

Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ?

Olivier Jouanjan

1. Considération théorique liminaire

1.1. Il ne peut s'agir, dans cette courte intervention, de procéder à un bilan complet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel consacrée à l'égalité. Cette jurisprudence, d'ailleurs, bien que très répétitive par nécessité objective, est devenue trop vaste pour qu'on puisse l'embrasser d'un regard aussi bref que celui que je peux porter aujourd'hui. On estime en effet que près d'une décision sur deux rendue par le Conseil constitutionnel comporte des développements touchant au contrôle du respect du principe d'égalité¹.

Il s'agira au fond d'insister ici sur le point d'interrogation qui a été inscrit au titre de ce colloque et que j'ai repris pour intituler ma propre intervention afin de répondre à l'invitation que nous font les organisateurs de cette rencontre, à savoir *problématiser* la question de l'égalité telle qu'elle se présente dans la jurisprudence constitutionnelle. Pas un bilan donc, mais une série d'interrogations. Il convient d'ailleurs de faire une remarque préliminaire à cet égard.

Je n'apporterai pas de réponse en termes de *jugement* sur les résultats de la jurisprudence constitutionnelle. Pour ce faire, il faudrait que l'on puisse déterminer avec certitude, dans les cas examinés, ce qu'exige le principe d'égalité pour, ensuite, comparer ce résultat scientifiquement certain avec celui auquel a abouti, dans

¹ F. Mélin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 29/2010, p. 89.

chaque espèce, le Conseil constitutionnel. Une telle entreprise est évidemment vaine car nul ne peut avoir de certitude objective, incontestable de ce qu'exige l'égalité dans tel ou tel cas. Cette remarque vaut sans doute, de manière générale, pour toute application des droits fondamentaux, dans la mesure au moins où les textes constitutionnels les formulent de manière lapidaire et vague. Mais elle vaut particulièrement s'agissant du principe d'égalité.

Mon objectif sera plutôt de clarifier d'abord un peu la structure théorico-dogmatique du principe d'égalité et de préciser sur cette base les questions de méthode de concrétisation de l'égalité. Ensuite, je me bornerai à poser simplement la question de savoir si la formulation la plus fréquente, par laquelle le Conseil constitutionnel s'efforce de donner une définition normative *a priori* et abstraite du principe d'égalité, est à même d'offrir des garanties méthodiques d'application du principe d'égalité. J'essaierai de montrer que tel n'est pas le cas et que le risque existe clairement d'introduire dans la jurisprudence sur l'égalité une rationalité de façade qui en réalité masque une confusion assez considérable. Je donnerai quelques illustrations de ces difficultés en privilégiant la jurisprudence la plus récente du Conseil, une étude plus systématique demandant des développements pour lesquels je n'ai pas ici la place. Mais ce papier remplirait son office s'il pouvait contribuer à expliciter les moyens rationnels (et critiques) d'analyse systématique de la jurisprudence du Conseil en matière d'égalité.

1.2. Celui-ci, en effet, n'est pas seulement « vague », notion « standard ». Si l'on prend en considération le principe général d'égalité ou principe d'égalité devant la loi ou ce que j'appellerai les principe sectoriels d'égalité qui spécifie le champ d'application matériel du principe (devant l'impôt, les services publics, les charges publiques, le suffrage etc.), à l'exclusion donc des principes personnels d'égalité (principes de non-discrimination à raison du sexe, de l'origine, de la religion etc.), et si l'on admet que, dans sa formulation la plus générale – on pourrait dire : le principe du principe, partout admis, à ma connaissance dans les ordres juridiques contemporains libéraux et démocratiques – l'égalité signifie traiter de manière égale ce qui est essentiellement égal.

Le principe d'égalité ne contient donc pas *en lui-même* la détermination de ce qui doit être considéré comme étant « *essentiellement* » égal, c'est-à-dire le principe

ou la valeur, les *raisons substantielles* d'après lesquels il convient d'assimiler ou, au contraire, de discriminer deux situations données pour conclure à la nécessité d'une égalité de traitement ou, au contraire, à la possibilité d'une inégalité de traitement². *En ce sens*, l'on peut dire que le principe général d'égalité est strictement « *formel* ». Il est le principe formel de la justice distributive.

On va donc tenter de le « formaliser ». L'égalité juridique dit une égalité de proportion établie en rapportant les « traitements » juridiques aux situations auxquelles ceux-ci s'appliquent. $T^a/S^a = T^b/S^b$, où T^a et T^b sont les traitements respectifs applicables aux situations S^a et S^b . Toutefois, dans la formulation adoptée plus haut, la proportion ne s'applique qu'au cas où $S^a = S^b$. D'où, même le piètre mathématicien que je suis conclut que T^a doit être égal à T^b . Si l'on ajoute à cette formule que, à situations inégales, les traitements doivent être inégaux, alors l'on ajoute la règle selon laquelle, puisque T^a/S^a doit rester égal à T^b/S^b , si $S^a \neq S^b$, alors $T^a \neq T^b$.

Il s'agit là d'une formalisation triviale, bien sûr. Mais elle permet mettre en évidence le point où le problème commence. Lorsqu'il y a inégalité de traitement, il doit y avoir inégalité de situation. Mais cela ne suffit pas puisqu'il faut encore que puisse être établie une relation d'égalité *entre les proportions*. Autrement dit si $T^a \neq T^b$ et s'il faut, dans ce cas que $S^a \neq S^b$, encore faut-il que $T^a/S^a = T^b/S^b$. C'est-à-dire qu'il reste à faire une opération de mesure et considérer les inégalités de traitements et les inégalités de situations comme des *distances* ou des *écarts mesurables* pour que puisse être vérifiée l'égalité de proportion : malgré la différence de traitement, les personnes placées dans des situations différentes doivent être traitées *sur un pied d'égalité*. Tel est le sens profond de la proportion qu'impose l'égalité³.

Ici s'arrête la possibilité d'une formalisation plus complète du principe d'égalité. Les mesures dont il s'agit, entre les traitements et les situations, ne peuvent être

² Dans la formulation générale que j'ai choisie, j'ai évité d'ajouter que le principe d'égalité pourrait aussi signifier « à situation inégale, traitement inégal ». Cet aspect n'est pas, en effet, partout admis et, précisément, pas en France. Si l'égalité devait avoir ce contenu, alors en cas d'inégalité de situation, il faudrait conclure à la *nécessité* d'une inégalité de traitement. Si l'on ôte ce contenu, on ne peut logiquement que conclure, en cas de situations inégales, à la *possibilité* d'une inégalité de traitement.

³ Sur ce point : Olivier Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1992.

dites des « mesures » qu'en un sens purement métaphorique. Il n'y a aucune règle, aucun double-décimètre qui puisse mesurer un écart entre deux traitements ou deux situations. Rien n'est chiffrable. En outre, traitements et situations ne sont pas des grandeurs homogènes et les proportions établies ne sont elles aussi que des métaphores ou des fictions.

Il en résulte que : 1/ Le principe d'égalité en lui-même ne donne qu'une règle formelle concernant le raisonnement juridique à tenir lorsqu'il s'agit de *comparer* des situations et les traitements qui leur sont appliqués. 2/ Si ce raisonnement consiste à établir, au terme de la comparaison, une égalité de proportion, cette égalité, qui n'entretient avec les mathématiques qu'un rapport métaphorique, suppose une série d'appréciations substantielles concernant les situations et les traitements. 3/ De telles appréciations substantielles supposent la prise en compte de *critères* matériels d'appréciation et donc une série de jugements de valeur non mathématisables⁴.

Malgré sa *forme* mathématique (une égalité de proportion), l'égalité impose, pour son application, sa concrétisation dans les situations réelles, de sortir d'une logique du calcul avec des nombres pour entrer dans celle de la justification et de l'argumentation avec des valeurs.

1.3. Si l'on adopte une position non-cognitivistique en éthique, alors on ne peut statuer sur la *validité* de l'argumentation et donc sur le résultat de l'application du principe. Le choix des valeurs, la concrétisation de leurs exigences dans la situation particulière ne sont pas des opérations susceptibles d'être dites vraies ou fausses. Pour ma part, je m'en tiens à cette position.

Celle-ci ne signifie toutefois pas que l'on doive s'en tenir au simple constat, au bilan neutre, à la pure description (si elle est seulement possible) d'une jurisprudence. Si l'on ne peut statuer sur la justesse des proportions établies par le

⁴ Dans certains domaines la formalisation mathématique du principe d'égalité peut être poussée plus loin. On peut penser à l'égalité de suffrage. Le principe « un électeur = une voix » fournit une équation mathématique simple mais qui ne permet de résoudre, du point de vue de l'égalité, qu'un aspect du droit de suffrage, celui des conditions d'exercice du suffrage. Il reste l'autre aspect qui ne trouve pas sa réponse simple par cette équation, celui des effets du suffrage, c'est-à-dire du poids comparé que chaque vote possède dans la détermination de la représentation. Aucun mode de scrutin pratiqué ne permet en effet de traduire le principe « un électeur = une voix » dans les effets du suffrage.

juge pour les comparer, l'on peut, je crois, apprécier la *méthode*, c'est-à-dire apprécier sa conformité logique avec la forme générale de l'égalité déterminée ci-dessus, apprécier l'effort de justification, apprécier la qualité de la réflexion méthodique sur les conditions d'application du principe, apprécier aussi la cohérence interne d'une jurisprudence. Il s'agit donc de déplacer l'objet de l'appréciation : de la « bonne décision » comme décision « juste » ou « vraie », à la « bonne décision », comme décision « bien justifiée »⁵, ou plus exactement comme décision susceptible, par sa densité argumentative, de convaincre un public neutre quant aux valeurs (un public qui serait strictement « démocratique »). Déplacer la question depuis celle des valeurs substantielles mises en œuvre à celle de la valeur formelle des méthodes de mise en œuvre des valeurs substantielles.

La question de la valeur substantielle ne pourrait entrer en ligne de compte dans l'appréciation d'une décision qu'en cas de conflit direct et indiscutable entre une valeur fondant une décision juridictionnel et une valeur s'imposant à celle-ci à raison du droit positif : par exemple, si une différence de traitement était justifiée sur la base du critère de la race ou de la couleur de peau. S'il apparaît qu'un tel critère explique *logiquement* la décision alors qu'il est *matériellement* prohibé, la critique de la décision apparaît comme étant rationnellement légitime et, elle-même, justifiée.

Toute appréciation qui va au-delà de ces limites et précautions doit être tenue pour être de caractère politique, ce qui ne la délégitime pas en elle-même, mais la rend problématique si elle est énoncée du point de vue de la science juridique, revendiquant pour elle-même l'autorité de la science.

1.4. Le droit est affaire de « mesure »⁶, mais toute la difficulté vient de ce que ces mesures (lorsqu'il ne s'agit pas de délais ou de distance dans des affaires de voisinage) doivent mesurer ce qui n'est pas quantifiable. On le voit évidemment à l'exemple de l'égalité comme à celui de la proportionnalité⁷. On est alors renvoyé du domaine du « rationnel » à celui du « raisonnable », oui bien, peut-être, à celui du « pseudo-rationnel ». Autrement dit, de la rationalité dogmatique et substantielle il

⁵ Voir : Christensen/Kudlich, *Theorie juristischen Begründens*.

⁶ Et, certains mots fondamentaux du droit renvoient à des instruments de mesure : le *nomos* (qui vient de *gnomon*, qui signifie originairement une équerre d'architecte) et, bien sûr la *regula*, la règle.

⁷ Et l'égalité est-elle autre chose qu'une proportionnalité compliquée de comparaison ?

faut s'efforcer d'aller à un type fonctionnel et critique de la rationalité : la décision « bien justifiée » est celle qui fait l'effort de motivation qui la rend contrôlable, discutable et donc critiquable⁸. C'est sur cette base que je veux procéder à un examen partiel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'examen sera partiel parce qu'il n'est pas possible, dans ce cadre, de prendre en considération toutes les décisions relatives au principe d'égalité. Il le sera aussi, en cet autre sens, en ce que, de manière sans doute arbitraire, j'exclurai de mon investigation la jurisprudence relative à certains domaines (élections, impôts), soit parce que l'égalité générale y prend un contour particulier, soit à raison d'un caractère très technique qui, par incompetence de ma part risquerait de fausser mon appréciation. Enfin, je ne prendrai pas en compte les principes dits de « non-discrimination », à raison du sexe, de la race, de l'orientation politique ou religieuse etc. pour me concentrer sur la structure de l'argumentation relative au principe général d'égalité devant la loi.

1.5. J'ajouterai une brève remarque terminologique qui n'est pas sans importance, car, même sans être un adepte inconditionnel de l'« *analytical jurisprudence* », la clarification du langage est une condition première des opérations juridiques qui sont toujours aussi des opérations sur et dans le langage, du « travail de textes ».

L'opération de concrétisation du principe d'égalité doit déboucher sur la conclusion de savoir si entre deux ou plusieurs situations il y a ou non « égalité de traitement ». La notion d'« égalité » de traitement est donc le résultat d'une évaluation comparée dont le point de départ ne doit pas être considéré comme une « inégalité » ou une « égalité » de traitement, contrairement à des formules souvent employées et que j'ai moi-même utilisées au début de ce texte. Il convient de réserver l'expression « égalité de traitement » (ou « inégalité de traitement ») pour qualifier juridiquement le résultat de l'analyse. Au départ de l'analyse, avant l'évaluation qu'il convient de faire, il n'y a qu'une *différence* ou une *identité* de traitement, dont il convient d'examiner si, rapportée aux situations auxquelles elle s'applique, elle peut être qualifiée « égalité de traitement ». Juridiquement, la

⁸ Voir F. Müller, *Discours de la méthode juridique*.

« différence » n'est pas le concept antonyme d' « égalité », mais l'antonyme d' « identité ».

De même, les situations ne peuvent être dites en elles-mêmes « égales » ou « inégales », car le concept juridique d'égalité (et d'inégalité) s'applique précisément au rapport entre traitements et situations et non aux situations prises *en elles-mêmes*. *Stricto sensu*, et parce que la comparaison des situations impose la prise en considération d'éléments matériels d'appréciation, parce que donc l'évaluation des situations ne saurait échapper à l'analogie, il convient de dire que les situations sont analogues ou non, ou encore semblables ou dissemblables.

De sorte qu'une formulation précise et, à mon sens, plus exacte de l'égalité de traitement serait : à situations semblables, traitement identique. Dans le cas d'une différence de traitements, l'égalité de traitement n'est pas violée, si cette différence est justifiée par la dissimilitude des situations. Et si tel est le sens même de l'égalité juridique, il en résulte qu'égalité au sens juridique ne signifie pas identité et qu'une différence de traitements justifiée doit être qualifiée « égalité de traitement ». La différence de traitements justifiée *n'est pas*, contrairement à ce qu'on peut lire souvent, une « dérogation » à l'égalité, ce qui suppose qu'une notion juridique de l'égalité serait postulée et qui l'assimilerait à une identité : le traitement égal devrait être le traitement identique.

2. Analyse de la définition générale de l'égalité selon le Conseil constitutionnel

2.1. On doit considérer dans un premier temps l'évolution des formules par lesquelles le Conseil constitutionnel s'est efforcé de préciser la teneur normative de l'égalité, ses exigences générales et abstraites.

Dans les premiers temps de sa jurisprudence, le Conseil se bornait à dire que : « Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes puissent être appliquées des règles différentes⁹. » On trouve cette formulation

⁹ 81-129 DC, 30 et 31 octobre 1981, cons. 15, Rec. p. 35 ; 85-189 DC, 17 juillet 1985, cons. 15, Rec. p. 49 ; 86-217 DC, 18 septembre 1986, cons. 75, Rec. p. 141. Dans des termes légèrement différents : 79-107 DC, 12 juillet 1979, cons. 4, Rec. p. 31 ; 79-112

jusqu'au milieu des années 1980¹⁰ alors même qu'une autre formule avait entre-temps été adoptée¹¹. Il est assez clair que le défaut manifeste de cette formulation tenait à l'absence complète d'indication des types de critères pertinents autorisant la différence de traitement, c'est-à-dire à l'absence de toute mention du moment de proportionnalité que doit nécessairement contenir le principe d'égalité : toute différence de situation ne saurait justifier toute différence de traitement.

C'est pourquoi la nouvelle formule adoptée en 1982 constituait un progrès manifeste : « Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi¹². »

Celle-ci en effet d'une part rappelle que la différence de situation doit avoir une capacité « justificative » de la différence de traitement et introduit, d'une certaine façon, un critère d'appréciation de la différence de traitement, celui de la « finalité de la loi ». Toutefois l'emploi de l'adjectif « incompatible » (la non-identité de traitement ne doit pas être incompatible avec la finalité de la loi) limitait considérablement le rôle de ce critère : il ne jouait pas de manière positive pour déterminer *ce qui* peut justifier la différence de traitement, mais seulement de manière négative pour censurer la différence incompatible avec la finalité de la loi. En outre, elle suppose que la loi ne poursuive qu'une « finalité », ce qui est en soi un problème. Le mystère reste entier de savoir *d'où*, positivement, se justifie la différence de traitement.

Cette formulation est d'ailleurs, sur ce point, sensiblement différente de celles qu'a pu adopter le Conseil dans certaines autres décisions : « Si le principe d'égalité interdit qu'à des situations semblables soient appliquées des règles différentes, il ne fait nullement obstacle à ce que, en fonction des objectifs poursuivis, à des situations différentes soient appliquées des règles différentes¹³. » Les « objectifs », au pluriel

DC, 9 janvier 1980, cons. 3, Rec. p. 32 ; 80-120 DC, 17 juillet 1980, cons. 3, Rec. p. 39 ; 84-183 DC, 18 janvier 1985, cons. 5, Rec. p. 32.

¹⁰ Décisions de 1985 et 1986, citées à la note précédente.

¹¹ 81-132 DC, 16 janvier 1982, cons. 30, Rec. p. 18.

¹² Décision précitée du 16 janvier 1982.

¹³ 85-200 DC, 16 janvier 1986, cons. 11, Rec. p. 9.

cette fois, gouvernement *positivement* l'appréciation de la différence de traitement rapportée à la différence de situation (« *en fonction* des objectifs poursuivis »).

Pourtant, une autre formulation apparaît à la même époque : la non-identité de traitement doit être justifiée par la différence de situation « compte-tenu de l'objet de la loi »¹⁴. Il est en effet difficile d'admettre que l'« objet de la loi » s'identifie strictement aux « objectifs poursuivis par la loi ».

Pour finir, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est relativement stabilisée autour de la formule suivante : « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit¹⁵. » Ultérieurement, le Conseil a ajouté une précision qui tend, rhétoriquement du moins à renforcer l'importance, dans l'analyse, du rapport que doit avoir la différence de traitement avec l'« objet de la loi » : ce rapport doit désormais être « direct »¹⁶. Avec cet amendement, la formule est désormais stabilisée après une période de flottement quant à sa détermination exacte¹⁷.

Cette formule appelle plusieurs remarques critiques.

2.2. L'« objet de la loi » apparaît désormais être le référent d'appréciation des différences de traitement¹⁸. Mais dans quelle mesure l'objet se distingue-t-il de l'objectif ? Et dans quelle mesure l'objectif législatif se distingue-t-il de l'objectif de valeur constitutionnelle ? Dans quelle mesure s'agit-il de l'objet de la disposition législative spécialement examinée ou de l'objet « de la loi », ce qui suppose une cohérence d'ensemble de celle-ci ?

¹⁴ 86-209 DC, 3 juillet 1986, cons. 25, Rec. p. 86. Même formulation dans : 89-267 DC, 22 janvier 1990, cons. 12, Rec. p. 27.

¹⁵ 87-232 DC, 7 janvier 1988, cons. 10, Rec. p. 17 ; 89-266 DC, 9 janvier 1990, cons. 5, Rec. p. 15 ; 90-280 DC, 6 décembre 1990, cons. 15, Rec. p. 84 ; 90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 34, Rec. p. 11 ; 91-291 DC, 6 mai 1991, cons. 23, Rec. p. 40 ; 91-296 DC, 29 juillet 1991, Rec. p. 102 ; 92-316 DC, 20 janvier 1993, cons. 45, Rec. p. 14 ; 94-348 DC, 3 août 1994, cons. 5, Rec. p. 117 ; 95-369 DC, 28 décembre 1995, cons. 5, Rec. p. 257 ; 96-377 DC, 16 juillet 1996, cons. 22, Rec. p. 87 ; cons. 29, Rec. p. 180)

¹⁶ 97-388 DC, 20 mars 1997, cons. 27, Rec. p. 31 puis jurisprudence constante.

¹⁷ Pour un exemple récent : 2010-624 DC, 20 janvier 2011, cons. 27, non encore publiée au recueil.

¹⁸ Voir aussi, dans des formules plus ramassées : 89-267 DC, 22 janvier 1990, cons. 12, Rec. p. 27 ; 93-331 DC, 13 janvier 1994, cons. 10, Rec. p. 17 ; 93-333 DC, 21 janvier 1994, cons. 16, Rec. p. 32.

Ces difficultés, on les voit apparaître à de nombreuses reprises, mais je me bornerai ici à prendre l'exemple, qui me semble symptomatique, d'une décision QPC récente en matière fiscale¹⁹. L'article 168 du Code général des impôts donne à l'administration, en cas de disproportion marquée entre le train de vie et les revenus déclarés d'un contribuable, la possibilité de porter la base d'imposition à l'impôt sur le revenu de ce dernier à un montant forfaitaire en appliquant un barème à certains éléments révélateurs de son train de vie. Tel est l'objet précis de la disposition contestée. Mais le Conseil constitutionnel conclut : « Ainsi, le législateur a entendu mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale. Il a institué, entre les contribuables ayant un train de vie disproportionné par rapport à leurs revenus déclarés et les autres contribuables, une différence de traitement en rapport direct avec l'objet de la loi. »

Ce qui donc justifie la différence de traitement, ce n'est pas l'objet de la loi, mais bien l'objectif du législateur, en tant qu'il poursuit non pas un simple « but d'intérêt général », mais un « objectif de valeur constitutionnelle ». Il est d'ailleurs assez clair que l'objet d'une disposition qui consiste à donner un pouvoir à l'administration ne peut en rien justifier la différence de traitement qui résulte de l'exercice de ce pouvoir. Il faudrait d'ailleurs s'interroger de façon générale sur la question de savoir si l'objet d'une disposition législative peut, en quelque cas, *justifier* une différence de traitement.

Ce qui justifie en l'espèce, c'est le rapport moyen-fin. L'égalité est prise dans le rapport instrumental qu'institue la loi entre le but (légitime) poursuivi par le législateur et le moyen que constitue la différence de traitement. La fin est bien le critère d'appréciation du moyen. Seulement, une jurisprudence dans un État de droit, dont la dignité, la liberté personnelle et même la propriété sont des valeurs (matérielles) constitutives (quelle que soit la discussion ouvert qu'on doit avoir sur leur sens en démocratie), ne peut se borner à la seule formule selon laquelle « la fin justifie les moyens », une pure logique instrumentale. C'est bien ici que doit intervenir le motif de la proportionnalité : *n'importe quelle* différence de traitement ne saurait être justifiée même par la fin la meilleure. Ou bien c'est la politique qui a saisi le droit.

¹⁹ 2010-88 QPC, 21 janvier 2011, cons. 2 à 4.

Dans d'autres cas, l'objet de la loi désigne en vérité l'« intention » du législateur et le but visé par lui, sans que ce but soit « couvert » par un objectif constitutionnel. Ainsi, en plafonnant le cumul de la pension de retraite et la rente d'invalidité d'une part, le cumul de la pension et de la majoration pour enfants à charge d'autre part, c'est la volonté (« le législateur a voulu ») ou l'intention (« l'intention du législateur a été de... ») qui aboutit à la solution selon laquelle « l'application combinée de ces deux plafonnements a pour effet de créer une différence de traitement au regard de l'objet de la majoration de pension pour charges de famille entre les fonctionnaires pensionnés invalides ayant élevé au moins trois enfants et les fonctionnaires pensionnés qui ne sont pas invalides et ont élevé au moins trois enfants ». Et si la conclusion tirée par le Conseil est que : « La différence de traitement ainsi créée n'est pas justifiée par l'objet de la loi ». La réalité est en fait que la différence de traitement objectivement créée a dépassé l'intention ou le but voulu par le législateur et non l'« objet » de la loi. En effet, on imagine mal comment la loi peut dépasser son propre « objet »²⁰.

2.3. La formule du Conseil offre une autre voie de justification de la différence de traitement : les « raisons d'intérêt général ». Mais il faut ajouter que, dans ce cas, le Conseil constitutionnel parle expressément de *dérogation* à l'égalité (Le principe d'égalité ne s'oppose [pas] à ce qu'il [le législateur] déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général »). Avant de faire la critique de cette formule, il convient de noter que le Conseil constitutionnel s'est par là aligné sur la jurisprudence du Conseil d'État et la mise au point que celle-ci a faite du principe d'égalité dans son arrêt célèbre *Denoyez et Chorques* de 1974²¹. Qu'on me permette de dire que ce n'est pas ce qu'il a fait de mieux.

On comprend d'abord assez mal quelle idée rationnelle, fondée sur le droit positif constitutionnel, peut être en mesure de justifier que le principe d'égalité ne

²⁰ 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, cons. 4 à 6.

²¹ CE 10 mai 1974, Rec. 274. À propos de l'égalité des usagers devant le service public : « La fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure. »

s'oppose pas à ce que le législateur puisse déroger à l'égalité. Une telle formule, en elle-même, vide de sens le principe d'égalité.

Sans doute s'agit-il de laisser au législateur une large marge d'appréciation et de limiter en contrepartie le contrôle du juge en matière d'égalité. Ce souci n'est pas en soi critiquable : toute loi, presque, toute norme parce qu'elle vise à organiser, réguler ou orienter les comportements sociaux, procède par distinctions et catégorisations. Il est assez clair que le principe d'égalité par lui-même ne prescrit pas de contenu positif précis à la norme et que le législateur, politiquement légitimé, doit pouvoir décider politiquement de ses principes d'action. En tant que telles les normes constitutionnelles ne *font* pas de politique et elles devraient être davantage comprises comme un *cadre* de l'action politique et donc, au premier chef, législative, que comme la détermination substantielle des *contenus* d'une politique²². Mais de cela, le Conseil constitutionnel tient compte, à juste titre, dans cette formule générale, dont la visée ne se limite pas à l'égalité et selon laquelle les articles 61 et, aujourd'hui, 61-1 de la Constitution ne confèrent pas au Conseil constitutionnel « un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Que cette réserve politique du Conseil constitutionnel joue lorsqu'il est saisi de questions d'égalité, on en a eu la démonstration éclatante dans sa réponse à la QPC « mariage homosexuel » : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation²³. »

Si la signification qu'il faut attacher à la justification par les raisons d'intérêt général tient bien en ce souci du juge de préserver la capacité d'action politique du législateur, on peut considérer qu'elle est redondante et donc inutile par rapport à cette réserve générale que reconnaît le Conseil constitutionnel à son propre pouvoir d'appréciation.

Par ailleurs, on comprend mal la logique interne de cette justification possible. Elle est présentée comme une alternative à la justification par la différence

²² Ce faisant, je rejoins en substance, la position souvent défendue par l'ancien juge constitutionnel allemand, Ernst-Wolfgang Böckenförde.

²³ 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, cons. 9.

appréciable de situations. Mais elle suppose, au point de départ et comme pour toute mise en œuvre de l'égalité, une différence de traitement. Or, une différence de traitement s'établit nécessairement entre des situations, généralement catégorisées, distinguées par des critères, de sorte qu'on voit mal pourquoi il n'y aurait pas de différences de situation. Il y en a bien sûr. C'est donc que les raisons d'intérêt général sont susceptibles de sauver encore la différence de traitement qui n'aurait pas passé avec succès le premier test (la justification par la différence de situations en rapport avec l'objet de la loi). Telle devrait être la logique formelle de cette alternative entre justification par la différence de situations et justification par les raisons d'intérêt général. Or, ce n'est pas ainsi que les choses se passent et je prendrai une illustration tirée de la jurisprudence récente.

Il s'agit d'une décision QPC rendue le 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*. Était en cause le monopole de représentativité reconnu par l'État à l'Union nationale et aux Unions départementales des associations familiales. Les associations n'appartenant pas à ces Unions contestaient donc ce monopole. Voici la réponse du Conseil constitutionnel : « Compte tenu de leurs règles de formation, de fonctionnement et de composition ainsi que des missions qui leur sont imparties par la loi, l'union nationale et les unions départementales des associations familiales ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des associations familiales qui peuvent y adhérer ; qu'au demeurant, en reconnaissant la représentativité de l'union nationale et des unions départementales, le législateur a entendu assurer auprès des pouvoirs publics une représentation officielle des familles au travers d'une association instituée par la loi regroupant toutes les associations familiales souhaitant y adhérer ; qu'il a, par là même, poursuivi un but d'intérêt général ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté²⁴. »

Encore une fois, ce n'est pas le résultat que j'entends critiquer, mais la structure du raisonnement. Il y a bien une différence de situation entre les Unions et les associations indépendantes. Mais la question de savoir si cette différence de situation justifie la différence de traitement n'est pas du tout posée. On va, au lieu de cela, directement à la deuxième branche, celle du « but d'intérêt général ». Mais ce « but d'intérêt général » n'est pas différent de l'« intention » ou de l'objectif du législateur qui se cache derrière l'objet de la loi. Si le Conseil constitutionnel avait

²⁴ 2010-3 QPC, 28 mai 2010, cons. 5.

procédé à l'examen de la possible justification par la différence de situation, c'est très certainement le même but qu'il aurait pris en compte (assurer une représentation officielle des familles). Mais c'est alors en même temps l'« objet de la loi » avec lequel les « raisons d'intérêt général » doivent être elles aussi en « rapport direct ». Il ne peut y avoir de rapport plus direct, en vérité, puisqu'on voit mal comment et en quoi les raisons d'intérêt général de *distingue* d'un objet de la loi que la jurisprudence assimile généralement aux « objectifs » et « intentions » du législateur. En tout cas, le Conseil ne montre d'aucune manière comment les raisons d'intérêt général sont en rapport avec l'objet de la loi (sans doute parce qu'il devait s'y essayer, il s'apercevrait de l'extraordinaire confusion logique dans laquelle le place cette formule mal venue).

Qui plus est, le seul « intérêt général » justifie la différence de traitement, puisqu'il n'y a plus à apprécier la différence de situation, qui pourtant est relevée en passant. C'est-à-dire que cette formule évite de passer par ce qui est la base logique même de l'égalité, à savoir l'analyse comparée des situations. Sans parler de la question de la proportion. Car on aimerait savoir dans quel cas la loi est autorisée à poursuivre un but autre que d'« intérêt général ». Si l'on devait aller jusqu'au bout de la logique de cette manière de contrôler la justification par l'intérêt général, le principe d'égalité n'offrirait guère plus qu'un simple contrôle du détournement de pouvoir appliqué au législateur. Mais telle n'est pas la logique interne du principe. Supprimer la comparaison des situations dans l'application de l'égalité, c'est retirer toute sa signification au principe²⁵.

Et si le Conseil constitutionnel était effectivement cohérent avec sa propre formule, il retirerait dans tous les cas toute signification au principe. Car si le motif d'intérêt général – sur la consistance duquel le législateur a, dans la limite des normes constitutionnelles qui s'imposent à lui et qui sont autres que le principe général d'égalité – suffit à sauver les différences de traitement que les différences de situation ne parviennent pas à justifier, l'examen même de cette justification par les différences de situation devient superflu ou purement ornemental.

²⁵ C'était d'ailleurs par le même genre d'arguments qu'avait été critiquée en Allemagne la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale qui assimilait de l'principe d'égalité à un principe de « prohibition de l'arbitraire ». Voir : Olivier Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*.

Fort heureusement, le Conseil constitutionnel n'est pas cohérent avec lui-même. Il censure bien des différences de traitement non justifiées par des différences de situations, sans guère se préoccuper si le motif d'intérêt général recherché par le législateur ne pourrait, subsidiairement, justifier une « dérogation » à l'égalité.

3. Bilan partiel et provisoire

Je ne vais pas plus loin dans la critique. J'indique qu'elle devrait à tout le moins être complétée par l'analyse de deux questions. Comment s'articule cette formulation la plus courante de la définition du principe d'égalité avec cette autre formulation alternative celle qui justifie la différence de traitement qui repose sur des « critères objectifs et rationnels », et y a-t-il des critères stricts d'application de l'une ou l'autre de ces définitions ? Comment peut-on rationnellement justifier que « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes²⁶ » ? Prise à la lettre, cette dernière proposition signifie que le principe d'égalité seul – indépendamment de l'application d'autres principes – ne peut s'opposer à ce que la loi prévoit une même peine de prison pour le criminel et l'honnête homme. Cette manière provocatrice de présenter la chose doit seulement être comprise comme une invitation à réfléchir plus avant sur la pertinence d'une jurisprudence qui refuse de voir, dans aucune *identité* de traitement, une violation possible de l'égalité, en même temps qu'elle admet qu'une différence de traitement peut, à certaines conditions, est conforme au principe d'égalité. Pour les raisons qu'on a dites plus haut, il conviendrait de distinguer et séparer clairement le registre de l'identité et celui de l'égalité (juridique).

Si je veux résumer mes principales critiques sous une forme qui pourrait aussi valoir proposition, je dirais essentiellement les choses suivantes.

²⁶ 2003-489 DC, 29 décembre 2003, cons. 37, Rec. p. 487 ; 2006-541 DC, 28 septembre 2006, cons. 9, Rec. p. 102 ; 2008-573 DC, 8 janvier 2009, cons. 30, Rec. p. 36 ; 2010-617 DC, 9 novembre 2010, cons. 11.

Il faut partir du caractère normatif propre de l'égalité qui est déterminé à la fois par l'idée de comparaison et celle de proportion. À défaut, on réduit l'égalité à une simple *rule of reasonableness* ou à une coquille vide.

Ce caractère normatif propre doit être traduit dans la formulation générale du principe. Cette formulation est d'autant plus décisive que le principe général d'égalité – abstraction faite donc des principes de non-discrimination – ne contient aucun critère matériel. La formulation générale du principe d'égalité doit déterminer le schéma méthodique de concrétisation. En laissant de côté l'idée centrale de proportion, en doublant la justification par la différence de situation d'une justification floue et incohérente par les « raisons d'intérêt général », la formule la plus fréquente par laquelle le Conseil constitutionnel définit l'égalité présente des défauts majeurs à mon sens.

Ces défauts sont majeurs parce que la formule du juge constitutionnel français, qu'il faudrait comparer avec celles de ses homologues européens, enveloppe le processus de concrétisation d'un halo de rationalité apparente, dont l'incohérence se révèle à toute analyse logique et pratique un peu rigoureuse.

Or la qualité d'une jurisprudence ne se mesure pas seulement à ses résultats et à la satisfaction que ceux-ci peuvent susciter dans l'opinion publique ou parmi le petit cercle des spécialistes. Elle se mesure à la qualité d'une argumentation, c'est-à-dire, à la fois, la détermination d'un guide méthodique (à travers une formule générale qui garantisse la cohérence et la pertinence des méthodes de concrétisation) et la qualité du travail sur les motifs de fait qu'impose le principe d'égalité. Je me suis borné à critiquer le premier aspect de la question. Quant au second, on peut seulement relever que la concision des motivations de fond dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, héritier en cela d'une tradition française, ne saurait inviter à l'optimisme. Mais il faudrait une étude appropriée sur ce point que je ne peux faire ici.

Simplement, il serait à tout le moins possible de chercher à rationaliser la concrétisation du principe d'égalité en distinguant des *types* de différences de traitement qui appellent sans doute des solutions distinctes en ce qu'ils posent des problèmes différents. J'insiste sur un point à cet égard.

Il y a au moins deux cas de figures concrets très différents selon que la différence de traitement s'applique à des situations d'une réalité sociale que l'on

pourrait dire « *granulaire* » (des structures ou systèmes sociaux distincts : des professions différentes, par exemple) ou à des situations qui ne se différencient entre elles que par gradation sur une échelle continue (un niveau de revenu, par exemple, ce qui pose des problèmes spécifiques et typiques pour la loi fiscale ou la loi sociale). Dans le second cas, en effet, le principe d'égalité est confronté à des effets de seuil dont la particularité est précisément de créer nécessairement de la discrimination : au plus proche du seuil (S), entre S - 1 et S + 1, la différence de situation est insignifiante au regard de l' « objet » ou des « objectifs » de la loi ; la différence de traitement est nécessairement discriminatoire, mais on ne peut pour ce motif interdire le recours à des techniques législatives inévitables et indispensables.

Enfin et par une légère provocation finale, je dirai que l'introduction de la QPC a eu pour effet de faire naître, autour du Conseil constitutionnel, de nouveaux « juges de la constitutionnalité des lois », à savoir les juges ordinaires et plus précisément les juridictions suprêmes, le Conseil d'État et la Cour de cassation. S'agissant, plus précisément, du principe d'égalité, il existe désormais une jurisprudence constitutionnelle du Conseil d'État²⁷ qui prospère dans l'espace ouvert par l'examen du caractère sérieux de la question soulevée. Je citerai pour conclure l'une des plus récentes décisions en ce sens²⁸ :

« Considérant d'autre part, que, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en instituant une taxe sur les surfaces commerciales, le législateur a notamment entendu favoriser un développement équilibré du commerce et qu'il a choisi, pour ce faire, d'imposer les établissements commerciaux de détail ayant une surface significative ; que, compte tenu des seuils prévus par la loi, la disposition contestée a pour objet d'augmenter le montant de la taxe due par les commerces de

²⁷ Ce qui permettra peut-être enfin de reconnaître clairement le statut du principe d'égalité dans la jurisprudence administrative comme un principe à valeur constitutionnelle et d'en finir (en doctrine aussi) avec la qualification « principe général du droit », qui devrait être réservée aux principes de rang simplement législatif (et non pas « infra-législatif et supra-décrétal », malgré une célèbre et ancienne doctrine tout entière fondée sur un paralogisme consistant à déduire d'une « hiérarchie » d'*organes* à une « hiérarchie » de *normes*).

²⁸ CE 20 avril 2011, *Société Auchan France*, n 346206.

distribution non spécialisée de très grande surface ; qu'en particulier, le seuil de 5000 m² au-dessus duquel s'applique la majoration contestée a un rapport suffisant avec la capacité contributive des commerces en cause ; qu'en outre, en fixant à 30 % le montant de la majoration de la taxe applicable aux commerces dépassant ce seuil, le législateur n'a pas introduit une rupture caractérisée de l'égalité entre contribuables ; que dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le législateur aurait ainsi méconnu le principe d'égalité devant la loi ou devant les charges publiques ne présente pas un caractère sérieux ; que par suite, il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée. »

Il n'est pas sûr que l'examen du Conseil constitutionnel eût été en tout état de cause plus approfondi et méthodiquement plus abouti. Mais on voit à cet exemple que le Conseil constitutionnel ne saurait se sentir la cible exclusive des critiques que j'ai tenté de développer dans ce court aperçu.