



HAL
open science

Présentation du principe constitutionnel d'égalité

Sonia Grimaud

► **To cite this version:**

Sonia Grimaud. Présentation du principe constitutionnel d'égalité. *Alizés: Revue angliciste de La Réunion*, 2004, *Founding Myths of the New South Africa / Les mythes fondateurs de la nouvelle Afrique du Sud*, 24, pp.219-239. hal-02344098

HAL Id: hal-02344098

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02344098>

Submitted on 3 Nov 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Présentation du principe constitutionnel d'égalité

*Sonia GRIMAUD
Université de La Réunion*

Les mutations constitutionnelles qu'a connues l'Afrique du Sud depuis 1990 sont remarquables. Les différentes étapes de la gestation de la nouvelle Constitution d'Afrique du Sud marquent l'instauration progressive du nouvel ordre constitutionnel, en tant qu'Etat fondé sur l'idée de Primauté du Droit et sur la protection effective des droits fondamentaux. La nouvelle démocratie a en effet entendu rompre avec le régime ancien :

- Tout d'abord, en fondant la citoyenneté sur le respect de l'*égalité* des droits de chacun, conformément à la philosophie des droits de l'homme ;
- Puis, en substituant le principe de la *suprématie de la Constitution* à celui de la suprématie parlementaire issue du modèle de Westminster auquel se rattachait la Constitution de 1983 ;
- Et enfin, en mettant en place les verrous juridiques de nature à éviter le retour à la situation antérieure d'une société divisée et en proie aux conflits induits par l'apartheid.

La Constitution Intérimaire du 22 décembre 1993¹ est le premier texte fondateur de la nouvelle Afrique du Sud qui

¹ Dreyfus (F.), « La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud », *in RFDC* 1994, n°19, pp. 465-496.

marque une rupture définitive avec le système d'apartheid. Elle devait permettre à la communauté sud-africaine divisée de construire son unité nationale par la mise en place, à tous les niveaux institutionnels, d'un pouvoir partagé. Elle définissait les modalités d'élaboration de la Constitution « définitive » qui a été adoptée en 1996 selon une liste de 34 principes définis au cours des négociations constitutionnelles.

La Constitution rappelle que la nouvelle République sud-africaine repose sur trois valeurs fondamentales : la *dignité* humaine ; l'*égalité* ; et la *liberté* :

- Le premier terme énuméré est la « *Dignité* », comme pour marquer une véritable rupture avec l'ancien régime discriminatoire de l'apartheid durant lequel la dignité et la valeur de la population noire a été bafouée. La nouvelle République affirme alors le respect de cette valeur fondamentale, cette expression du respect dû à tout être humain simplement en raison de ce qu'il est. En ce sens, puisque cette dignité est inhérente à tous les membres de la famille humaine, ils ont des droits égaux.
- Les deux autres termes énumérés par la Constitution sont « l'*Egalité* » et « la *Liberté* », sonnante comme une revendication mettant un terme à la ségrégation raciale qu'a connue le pays. Avec la liberté qui trouve ses bornes dans les droits égaux de tous les autres, l'égalité devient un instrument de régulation. Il est vrai que le propre de la liberté est d'amplifier les inégalités de fait résultant, soit de la nature (par exemple, « la différence des talents et des vertus » dont parle la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen), soit de la société. En ce sens, une société qui se veut égalitaire est obligée de restreindre l'usage des libertés, par l'élaboration de normes régulatrices permettant l'exercice effectif des droits de l'homme dans la société.

Les droits dont les Sud-africains peuvent désormais se prévaloir et que les organes législatifs et exécutifs, à tous les niveaux de gouvernement, doivent respecter, sont très étendus et procèdent d'une conception très moderne (non seulement, les

droits classiques et ceux de la 3^e génération, mais aussi des droits ayant fait l'objet de conventions internationales particulières). Par ailleurs, l'affirmation de certains droits individuels revêt un sens particulier fort dans la mesure où elle s'oppose aux pratiques odieuses du passé.

Il faut savoir que si la Constitution sud-africaine affirme l'existence de droits fondamentaux, elle n'en prévoit pas moins qu'ils peuvent être limités dans leur exercice (art. 36 Constitution 1996). Ces *limitations* relèvent de la compétence du législateur et doivent néanmoins être raisonnables et justifiables dans la cadre d'une société ouverte et démocratique basée sur la dignité, l'égalité et la liberté. Elles ne sauraient vider de leur contenu les droits visés au chapitre des droits fondamentaux et certains d'entre eux sont indérogeables même en période d'état d'urgence (art. 37 Constitution 1996).

En précisant les conditions dans lesquelles l'exercice de certains droits peut être restreint, la Constitution pose des bornes aux interprétations que le législateur et l'administration pourraient être tentés de faire. De plus, la création d'une institution nouvelle dans le paysage juridictionnel sud africain - la Cour constitutionnelle- ayant compétence dans la République en dernière instance sur toutes les questions relatives à l'interprétation, la protection et l'application des dispositions de la Constitution consacre le principe de soumission de tous les actes, législatifs ou administratifs, au respect de la norme suprême. Garante de la suprématie de la Constitution, elle s'est vu également confier la mission de maintenir la cohésion sociale de la nouvelle société sud-africaine.

Le premier des droits visés par le chapitre des droits fondamentaux est le *principe d'égalité* devant la loi et la protection qu'elle accorde - il s'agit de l'article 8 de la Constitution de 1993 et de l'article 9 de celle de 1996. La structure de l'article 9, composé de quatre paragraphes, est assez complexe. Dans le premier paragraphe, l'égalité *devant* la loi et l'*égale protection* y sont proclamées ; dans le deuxième, « l'égalité comprend la jouissance complète et égale de tous les droits et libertés », et de plus, pour promouvoir la réalisation de

cette égalité, « la *loi et d'autres mesures* doivent être prises pour protéger ou promouvoir des personnes ou catégories de personnes désavantagées par des discriminations injustes ». Le paragraphe 3 et 4, quant à lui, comporte une longue liste non-limitative des *motifs de discriminations* considérés comme injustes (tels que la race, le sexe, l'origine ethnique ou sociale, la couleur...) qui engage le législateur à intervenir pour prévenir la réalisation de ces discriminations. Toutefois, le dernier paragraphe précise que les discriminations opérées sur l'un des fondements précédents seront considérées comme injustes à moins qu'elles ne soient justifiées. Ainsi, l'étude de l'article 9 montre que « le principe est celui de *non-discrimination* ; l'exception, la *discrimination* pour la réalisation de l'égalité² ».

L'originalité de l'Afrique du Sud en matière d'*égalité* et de *discrimination* réside dans cette volonté de ne pas considérer l'égalité du seul point de vue juridique, mais de vouloir en faire également un *élément de cohésion politique*. Les Constitutions de 1993 et de 1996 illustrent cette volonté de promouvoir une « égalité dissymétrique », variant en fonction des secteurs dans lesquelles elle s'applique.

De cet article 9 de la Constitution de 1996 relatif au principe d'égalité, **trois pôles** principaux peuvent être dégagés : l'égalité présumée ; la discrimination présumée ; et la discrimination positive.

- L'*égalité présumée* découle de l'alinéa 1^{er}. Il s'agit d'une égalité formelle, autrement dit d'une application identique des lois, sans qu'entrent en jeu la situation des individus et le contexte général de la société. Aucune différenciation de traitement n'est envisagée.
- La *discrimination présumée* découle de la combinaison des alinéas 3/4 et 5. Ni l'Etat, ni les individus ne peuvent discriminer, que ce soit de manière directe ou indirectement. Par ailleurs, une différenciation de traitement ou discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs de discriminations expressément

² Philippe (X.), Table ronde « Les discriminations positives - Afrique du Sud », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XIII, 1997, Paris, Economica, 1998, pp. 53-73.

interdits par la Constitution est automatiquement considérée comme injuste. Il s'agit d'une présomption simple pouvant être renversée par la preuve contraire, à savoir que la discrimination est considérée comme juste puisqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée. En revanche, si cette différenciation de traitement est fondée sur un motif autre que ceux de la liste, le concept de dignité permet de déterminer s'il s'agit bien d'une discrimination et si le caractère injuste est rempli.

- La *discrimination positive* découle de l'alinéa 2. Il s'agit de l'égalité matérielle, autrement dit de l'adoption de mesures positives afin de « protéger ou promouvoir des personnes ou catégories de personnes désavantagées par des discriminations injustes ». Bien qu'elles établissent des différenciations de traitement, ces mesures discriminatoires sont considérées comme justes.

A noter que dans l'hypothèse d'un rapport raisonnable entre l'objet (par exemple, une différenciation de tarif) et le but poursuivi par la mesure (parvenir à l'application d'un plein tarif)³, il y a une concordance entre la discrimination considérée comme juste et la discrimination positive, toutes deux oeuvrant pour la réalisation de l'égalité matérielle.

De ces trois pôles découlent le contrôle juridictionnel du principe d'égalité. Dès 1997⁴, la Cour constitutionnelle de la République d'Afrique du Sud a défini les éléments de ce

³ Une précision s'impose en ce qui concerne la distinction entre l'objet et le but des actes normatifs. La distinction classique ajoute à ces deux termes celui de motif. Ainsi, tout d'abord, les motifs constituent les raisons de droit et de fait justifiant juridiquement le choix arrêté par le législateur. Puis, l'objet de la loi constitue la conséquence logique des motifs, autrement dit le « résultat immédiat » de l'intervention du législateur. Enfin, le but de la loi, c'est l'intention du législateur, le « résultat à long terme » ou médiat de l'acte normatif. Cette précision fort utile a été faite par Melin-Soucramanien (F.), dans son ouvrage : *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1997, pp. 191-192.

⁴ *Harksen v. Lane*, NO 1997 (II) BCLR 1489 (CC); 1998 (1) SA 300 (CC).

contrôle lui permettant de déterminer l'inconstitutionnalité des mesures administratives ou législatives non conformes au principe d'égalité.

Ce contrôle juridictionnel est principalement composé de trois étapes :

- Au cours de la première étape du contrôle, la Cour recherche si la mesure en question équivaut à une *différenciation de traitement* ? La mise en oeuvre de cette mesure diffère-t-elle en fonction des individus ou groupes d'individus concernés ? Existe-t-il un rapport raisonnable entre l'objet et le but de cette mesure ?

Si la mesure manque de justification objective et raisonnable car elle ne poursuit pas un but légitime défini par une politique gouvernementale (*legitimate government purpose*), alors, la mesure sera déclarée inconstitutionnelle. En revanche, s'il existe un rapport raisonnable entre la différenciation de traitement et le but visé par cette mesure, alors, le contrôle se poursuit...

- Au cours de la deuxième étape du contrôle, la Cour recherche si la différenciation de traitement constitue une *discrimination injuste* ? Cette analyse est double, car dans un premier temps il faut rechercher s'il s'agit bien d'une discrimination, qu'elle soit *directe* ou *indirecte*. Puis, dans un second temps, il faut rechercher si elle possède ou non un caractère injuste.

Lorsque le motif de la discrimination figure sur la liste des motifs expressément interdits par la Constitution, le caractère injuste est alors présumé. En revanche, lorsque ce motif ne figure pas sur la liste, la Cour doit tenir compte de divers facteurs, tels que la situation de la personne concernée (sa vulnérabilité) ; la nature de la mesure en cause et son but (la légitimité de la discrimination) ; et le degré d'atteinte portée aux droits ou aux intérêts du plaignant. Il est important de rechercher les conséquences de la discrimination en cause.

S'il agit d'un acte administratif, la disposition sera déclarée inconstitutionnelle. En revanche, s'il s'agit d'une loi, le contrôle se poursuit...

- Au cours de la troisième étape du contrôle, la Cour recherche si le caractère injuste de la discrimination est justifié par l'article relatif aux *limitations des droits fondamentaux* ? L'article 36 de la Constitution de 1996 – art. 33 de la Constitution Intérimaire – prévoit que les droits fondamentaux peuvent être limités dans leur exercice, tant qu'est observé le principe de proportionnalité. Ces limitations, qui relèvent de la compétence législative, doivent néanmoins être « raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société ouverte et démocratique basée sur la liberté et l'égalité ». Il faut garder à l'esprit que cette dernière partie du contrôle juridictionnel de l'égalité n'est applicable qu'aux mesures législatives.

Au terme de ce contrôle, si l'autorité locale n'est toujours pas parvenue à convaincre la Cour de la nécessité de la différenciation de traitement, alors, la loi discriminatoire sera déclarée inconstitutionnelle et non valide.

A noter toutefois que le principe d'égalité peut également trouver une limite dans son application : puisque la Constitution précise que l'égalité ne doit pas être interprétée de manière absolue et empêcher que soient prises des mesures de nature à assurer la protection ou le progrès des individus, groupes ou catégories de personnes qui ont été désavantagées par des discriminations injustes. De plus, la disposition de l'article 9, al. 2 de la Constitution Intérimaire donne un fondement légal à l'*affirmative action* qui permet de corriger les inégalités en recourant à un traitement plus favorable de ceux qui ont fait l'objet de discriminations dans le passé.

Une distinction doit être faite entre l'*égalité matérielle* (*substantive equality*) et l'*égalité formelle* (*formal equality*),

avec la dernière qui cède devant la première⁵. L'approche formelle de l'égalité correspond au traitement égal des individus, sans tenir compte de leur situation personnelle. En fait, tous les individus sont considérés comme des titulaires ou détenteurs des mêmes droits dans un ordre social juste (*just social order*). Cette égalité formelle peut se révéler dangereuse dans la mesure où l'approche retenue – traiter tous les individus de manière identique – ignore les disparités économiques et sociales existantes entre les individus et surtout met en place des règles qui sont, à première vue, générales et neutres. En réalité, l'approche formelle renforce et perpétue les inégalités car les standards mis en place correspondent le plus souvent à une série détaillée de besoins et d'expériences provenant de groupes socialement privilégiés.

En revanche, dans l'approche substantielle ou contextuelle de l'égalité, des mesures positives peuvent être prises pour atteindre une plus grande égalité de fait. L'incidence réelle de la violation présumée du principe d'égalité sur l'individu appartenant ou non à différents groupes sociaux est examinée par rapport au contexte actuel – social, économique et politique – dans lequel se trouve le plaignant. Il en est de même pour l'impact de la différenciation juridique de traitement qui concerne le plaignant.

Dans la nouvelle République sud-africaine, la jurisprudence relative au principe d'égalité est, malgré sa complexité et sa difficulté, d'une importance capitale. Les juges doivent adopter une approche contextuelle lorsqu'ils traitent des affaires concernant une discrimination injuste. Le problème est ainsi analysé en tenant compte du contexte général de la société et des circonstances propres de l'espèce. La Cour ne doit pas perdre de vue la valeur et l'importance du but poursuivi *societal goal* par la discrimination injuste alléguée. Par ailleurs, l'égalité de protection de la loi vaut pour tout individu. En ce sens, la Cour doit se tenir sur ses gardes afin de ne prendre en compte que la

⁵ Selon Swanepoel (J.), dans son article « Is all fair in rates and taxes ? », la distinction entre l'égalité dite formelle et celle dite matérielle ou substantielle semble avoir été établie sur le modèle de la célèbre distinction entre justice formelle et justice substantielle.

véritable situation (*real situation*), et non se fier aux premières impressions ou apparences (*simulated situation or what it is made out to be*).

Il faut garder à l'esprit que la jurisprudence relative à l'égalité possède un caractère permettant de « transformer », d'améliorer la société (*transformative nature*) et, c'est pour cette raison que l'actuelle inégalité (*ongoing structural inequality*) qui existe dans la société sud-africaine doit être prise en compte lors de la recherche du caractère injuste d'une discrimination. Toutefois, il faut nuancer ces propos en précisant que, depuis 1998, la Cour constitutionnelle s'est peu à peu éloignée de l'idée selon laquelle le principe d'égalité était principalement lié aux torts causés par les mesures discriminatoires du passé, pour se tourner vers une conception plus libérale et individuelle de l'égalité. Certains auteurs pensent que ce changement de position peut avoir de graves conséquences pour les possibilités de transformation (*transformative potential*) du principe d'égalité⁶.

Si le projet de transformation inscrit dans la Constitution sud-africaine (*project of transformative constitutionalism*) est réellement approuvé et si la notion d'égalité substantielle et non l'égalité individuelle, liée à un préjudice personnel à la dignité est acceptée ; alors, doivent être considérées comme une *discrimination injuste* et comme une violation des droits économiques et sociaux, non seulement l'absence de prise en compte par l'Etat des besoins économiques et sociaux des groupes particulièrement vulnérables, mais également l'absence de mise en place de mesures positives permettant à ces groupes désavantagés de bénéficier de manière plus égale des avantages socio-économiques offerts par les autorités publiques ou par le législateur. Il est envisageable d'utiliser l'article 9, al. 3 pour remettre en question de telles politiques, notamment dans les situations où ces mesures ou leur mise en œuvre ne font que reproduire les modèles de rapports de pouvoir déjà existants dans la société.

⁶ Albertyn (C.) & Goldblatt (B.), « Facing the challenge of transformation: Difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of Equality », (1998) 14 *SAJHR* 248 et 258-260.

Présentation de la décision Walker

Le requérant est le Conseil de la ville de Pretoria, créé en 1994 par le regroupement de plusieurs municipalités, dont deux banlieues noires – les *townships* d'Atteridgeville et Mamelodi – et un quartier historiquement habité par une population blanche, appelé « l'ancien Pretoria ». Le Conseil municipal a imposé une facturation forfaitaire pour la consommation d'électricité dans les banlieues noires, alors que, dans le quartier de l'ancien Pretoria, la facturation varie en fonction de la consommation relevée. La raison principale de cette différenciation reposait sur l'absence de compteurs dans les banlieues noires, même si l'installation de tels compteurs par le Conseil était, au moment des faits, en cours.

Pour protester contre cette différenciation de tarifs, des résidents de Constantia Park – une zone du quartier de l'ancien Pretoria –, dont M. Walker, refusent de payer la somme totale pour la distribution d'électricité qui leur a été faite, payant à la place un montant plus faible équivalant au tarif imposé dans les banlieues noires. Le Conseil municipal intente alors des actions contre les résidents de l'ancien Pretoria afin de récupérer les paiements en retard.

Le litige porte sur la mise en vigueur sélective de facturations établies par la municipalité de Pretoria, dans la mesure où aucune action n'a été intentée contre certains habitants des deux banlieues noires, également débiteurs.

Le défendeur, M. Walker, prétend qu'il avait le droit de ne pas payer ses factures, dans la mesure où l'attitude du Conseil municipal constituait une violation de ses droits, à savoir, du principe constitutionnel d'égalité figurant à l'article 8 de la Constitution Intérimaire. Sa défense porte sur trois arguments : tout d'abord, (a) la facturation forfaitaire imposée dans les banlieues noires est plus faible que celle variant en fonction de la consommation relevée, ce qui signifie que les résidents de l'ancien Pretoria subventionnent les deux banlieues noires ; puis, (b) la différenciation de tarifs est maintenue même après l'installation de compteurs dans certains foyers d'Atteridgeville et Mamelodi ; et enfin, (c) seuls les résidents de

l'ancien Pretoria ont été traduits en justice par le Conseil municipal pour le paiement des sommes dues, tandis que ceux d'Atteridgeville et Mamelodi n'ont pas été concernés par de telles actions.

M. Walker a été condamné, dans un premier temps, par la juridiction de première instance de Pretoria au paiement des sommes dues pour services rendus par la municipalité de Pretoria, ainsi qu'aux dépens. Par ailleurs, dans un second temps, la défense de M. Walker a été retenue en appel par la Cour Supérieure du Transvaal qui a infirmé le jugement du tribunal d'instance. Selon elle, la décision prise par le Conseil d'appliquer des tarifications différentes aux consommateurs d'électricité d'une même municipalité est contraire aux bonnes mœurs et constitue, *de facto*, une discrimination injuste. En revanche, les dettes résultant de la consommation de services rendus selon un tarif légalement déterminé ne sauraient être effacées. Par conséquent, la Cour décida de ne pas approuver ce recouvrement injuste en déboutant les actions du Conseil municipal tant que cette pratique discriminatoire reste en vigueur. Le Conseil municipal de Pretoria porta l'affaire devant la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle soutient que pour savoir s'il y a eu violation de l'article 8, il est nécessaire d'interpréter les termes de la Constitution à la lumière du contexte historique de l'Afrique du Sud. Le litige doit être résolu à la lumière des nombreux changements qui ont eu lieu dans le nouvel ordre constitutionnel de la République sud-africaine. Il aurait été surprenant que le fait de réunir, au sens constitutionnel du terme, des personnes et des communautés qui ont été pendant de longues années séparées n'entraîne pas certaines difficultés et certaines tensions. D'autant plus que ces difficultés sont aggravées par les nombreuses disparités et les déséquilibres sociaux inhérents aux politiques d'apartheid.

Avant la création du conseil municipal de Pretoria, les deux *townships* d'Atteridgeville et Mamelodi étaient régis par un régime légal différent de celui appliqué au quartier de l'ancien Prétoria, ce dernier quartier appartenant à « l'Afrique

du Sud blanche ». Ces deux banlieues noires n'étaient nullement différentes des autres *townships* qui existaient à travers le pays et qui souffraient de la misère. Des disparités flagrantes existaient entre les banlieues noires et l'ancien Pretoria en matière d'infrastructures et de distributions des services. De plus, à cette période des années 1995-96, la plupart des installations électriques dans les *townships* étaient détruites ou très endommagées et aucune loi n'obligeait les résidents de payer pour la distribution de services, dans la mesure où aucun compteur n'était installé. Le fait d'avoir regroupé en un seul Conseil municipal plusieurs quartiers n'a pas eu pour effet d'éliminer immédiatement toutes les disparités existantes.

Au début de son activité, le Conseil municipal avait pour mission d'offrir des services et de traiter tous les résidents de sa juridiction de manière égale. Les disparités pré-existantes et les ressources réduites dont disposait le Conseil rendaient sa tâche encore plus difficile. Il se lance malgré tout dans un projet d'installation de compteurs dans les deux banlieues noires d'Atteridgeville et Mamelodi afin de pouvoir par la suite leur appliquer, non plus une tarification forfaitaire, mais une tarification basée sur leur consommation d'électricité.

Il est indéniable qu'il existe une différenciation de traitement entre les résidents des *townships* qui paient un tarif forfaitaire – même après l'installation de certains compteurs – et ceux de l'ancien Pretoria qui paient selon leur propre consommation un tarif beaucoup plus élevé. De plus, seuls les résidents de l'ancien Pretoria ont été poursuivis en justice pour les paiements en retard.

La différenciation en matière de tarification des consommations d'électricité est, en partie, due au passé. Le regroupement qui a été opéré entraîne de nouvelles relations entre des quartiers qui ont été historiquement administrés de manière différente. Il s'agit en quelque sorte d'une rencontre de contrastes. En effet, le litige concerne des quartiers qui sont noirs et un qui est blanc. Les premiers sont peu développés en matière d'infrastructures pour les services municipaux, dans la mesure où aucun compteur ne permet de relever la consommation d'eau et d'électricité. Le quartier blanc, quant à lui, est

équipé de toutes les infrastructures nécessaires pour le relevé de la consommation d'eau et d'électricité. Le choix d'une tarification forfaitaire était un moyen commode en raison du manque d'infrastructures. Bien qu'une telle différenciation n'ait pas été établie par le nouveau Conseil, l'élimination de ces disparités relève toutefois de sa responsabilité. Tant qu'elle est maintenue, la différenciation s'applique de manière géographique, ce qui a pour conséquence que la tarification la plus élevée est appliquée dans l'ancien Pretoria et non dans les deux *townships*.

Dans son jugement majoritaire, la Cour rappelle que toutes les différenciations ne constituent pas des discriminations au sens de l'art. 8, al. 3-a. Afin de juger s'il y a eu, dans un premier temps, violation du principe d'égalité selon l'alinéa 1^{er} de l'article 8⁷, à savoir l'égalité devant la loi et l'égale protection de la loi, il faut rechercher, tout d'abord, s'il existe un rapport raisonnable entre la différenciation de traitement, d'une part, et le but poursuivi par le Conseil municipal d'autre part⁸. Dans la première partie du contrôle de l'égalité, le juge Langa DP. conclut qu'il n'y avait ni violation de l'égalité devant la loi, ni celle de l'égale protection qui en découle. En particulier, la Cour soutient que la différenciation de tarifs adoptée par le Conseil municipal était non seulement de nature provisoire, mais que, de plus, elle était destinée à garantir la continuité des services rendus par la municipalité au cours d'une période de transition difficile, à savoir celle de la mise en place progressive du principe d'égalité en matière d'aménagement et de ressources dans les banlieues noires⁹. Le contrôle de l'égalité ne s'arrête pourtant pas à ce stade car, même si une différenciation ne viole pas l'art. 8, al. 1^{er}, elle peut néanmoins constituer une discrimination injuste au sens de l'art. 8, al. 2.

Dans un second temps, afin de contrôler la nature injuste de la discrimination au sens de l'alinéa 2 de l'article 8¹⁰, le juge

⁷ (1) Every person shall have the right to equality before the law and to equal protection of the law.

⁸ Ce contrôle juridictionnel de l'égalité a été établi lors de l'affaire *Prinsloo v. Van der Linde*, 1997 (3) SA 1012 (CC) para 25.

⁹ *Walker* para 27.

¹⁰ (2) No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or

Langa DP. utilise les éléments du contrôle juridictionnel de l'égalité développés dans l'affaire *Harksen v. Lane NO*¹¹, à savoir :

- Rechercher si la différenciation peut être considérée comme une « *discrimination* » fondée sur les motifs expressément interdits par la Constitution ou fondée sur tout autre motif¹² ?
- Si oui, rechercher si cette différenciation peut être qualifiée de « *discrimination injuste* » ? Pour les discriminations expressément interdites, le caractère injuste sera présumé, selon l'alinéa 4 de l'article¹³. En revanche, pour ce qui est des discriminations non spécifiées, le caractère injuste devra être démontré par le plaignant¹⁴.

Ainsi, l'alinéa 2 de l'art. 8 interdit les discriminations injustes, qu'elles soient directes ou indirectes. L'affaire *Walker* représente la première occasion pour la Cour constitutionnelle sud-africaine de se prononcer non seulement sur la différence entre *discrimination directe et indirecte* ; mais également sur le rapport d'une telle distinction avec l'analyse de l'article 8.

La majorité des juges soutient que le fait d'inclure la discrimination indirecte dans le champ de l'alinéa 2 de l'article 8 signifie que la Constitution reconnaît que « la conduite ou attitude apparemment neutre et non-discriminatoire peut s'avé-

more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language.

¹¹ 1998 (1) SA 300 (CC).

¹² *Ibid.*, para 29. En ce qui concerne les discriminations basées sur un motif non spécifié, il est impératif de tenir objectivement compte de motifs basés sur des attributs et des caractéristiques pouvant gravement porter atteinte à la dignité humaine ou sérieusement l'affecter de manière défavorable.

¹³ (4) Prima facie proof of discrimination on any of the grounds specified in subsection (2) shall be presumed to be sufficient proof of unfair discrimination as contemplated in that subsection, until the contrary is established.

¹⁴ *Ibid.*, para 29. Le contrôle juridictionnel déterminant le caractère injuste de la discrimination se concentre essentiellement sur l'incidence de cette discrimination sur le plaignant et d'autres personnes placées dans la même situation.

rer discriminatoire, et par conséquent, tombe sous le coup de l'article 8, alinéa 2¹⁵ ». Ainsi, les juges constitutionnels privilégient les conséquences plutôt que la forme du comportement en cause.

L'argument principal de la majorité est que le comportement du Conseil municipal de Pretoria – à savoir l'établissement d'une différenciation de traitement entre les résidents de *townships* historiquement et actuellement noirs et ceux de quartiers historiquement et actuellement blancs – équivaut à une discrimination indirecte basée sur le fondement de la race. Le fait que la différenciation juridique de traitement soit déterminée selon un critère géographique – certains quartiers de Pretoria – et non selon un critère racial – la population noire – signifie que la discrimination n'est pas directe. Néanmoins, examiner le problème sous le seul angle géographique correspond ici à faire une comparaison artificielle, dans la mesure où les politiques de l'apartheid avaient pour effet de lier le critère de la race au critère géographique.

Ce point de vue ne fait pas l'unanimité. Dans son opinion dissidente, le juge Sachs J. soutient que la différenciation de traitement établie par le Conseil municipal est « basée sur l'identification de caractéristiques déterminées objectivement selon des zones géographiques différentes, et non sur la race »¹⁶. Il n'y a pas discrimination directe ou indirecte fondée sur le critère de la race du seul fait que la population blanche vit dans un quartier et la population noire dans un autre. Toutefois, selon le juge Langa DP., « ignorer l'incidence raciale de la différenciation revient à privilégier la forme plutôt que le fond »¹⁷.

Compte tenu des preuves apportées devant la Cour, il ne fait aucun doute que les agents du Conseil municipal savaient que de telles mesures seraient discriminatoires et que les résidents de l'ancien Pretoria chercheraient à les contester. Cependant, le Conseil n'a ni utilisé l'alinéa 3 de l'art. 8, l'autorisant à prendre des mesures positives, ni suggéré que ces

¹⁵ *Walker* para 31.

¹⁶ *Ibid.*, paras 105.

¹⁷ *Ibid.*, paras 33.

mesures ont été prises par ses agents, alors même que des objections ont été émises afin de mieux traiter des discriminations injustes du passé. Le Conseil s'est contenté de justifier cette politique par le fait que les mesures prises étaient raisonnables et qu'il s'agissait du seul moyen de traiter la situation au moment des faits. Cet argument est, certes, pertinent en ce qui concerne le caractère injuste de la discrimination, mais il ne l'est pas en ce qui concerne l'existence d'une différenciation de traitement fondée sur le critère de la race, critère expressément interdit par la Constitution. Par conséquent, la majorité des juges décide qu'il incombe au Conseil municipal de réfuter la présomption du caractère injuste.

Pour la première fois, la Cour s'interroge sur la pertinence de « l'intention » dans la détermination du caractère injuste d'une discrimination¹⁸. Certaines juridictions, dans d'autres pays, prennent en considération la question de l'intention de l'auteur de la mesure lorsqu'ils traitent des discriminations indirectes¹⁹. Néanmoins, la majorité des juges a clairement affirmé que dans le contexte sud-africain, la notion d'intention n'est pas déterminante dans la recherche du caractère injuste. L'élément essentiel sur lequel la Cour doit se concentrer, n'est pas tant l'intention, mais l'interaction existant entre la mesure discriminatoire et la personne ou groupe de personnes concernés.

L'analyse permettant de réfuter la présomption de discrimination injuste peut se décomposer en trois stades : il est nécessaire de rechercher (1) la situation du plaignant et d'autres personnes placées dans la même situation²⁰ ; (2) la nature de la mesure ou du pouvoir qui a été utilisé et le but poursuivi ; ainsi que (3) l'incidence de la discrimination sur les droits et intérêts du plaignant.

Tout d'abord, en ce qui concerne *la situation sociale du plaignant*, la majorité constate que M. Walker n'est pas désavantagé économiquement, dans la mesure où il a profité des

¹⁸ Walker para 39.

¹⁹ *Ibid.*, para 40 : notamment, les Etats-Unis.

²⁰ *President of the Republic of South Africa v. Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC) et *Harksen* (supra note 1).

politiques raciales de l'ancien régime et que, de plus, il n'a pas invoqué en l'espèce le manque de moyen, ou la pauvreté. Toutefois, M. Walker a été qualifié par les juges majoritaires de « personne vulnérable », au sens politique du terme, puisqu'il appartient à une minorité raciale²¹. Cette qualification est, selon le juge Sachs « tout à fait déplacée » dans la mesure où M. Walker appartient à un groupe racial qui n'a pas été désavantagé dans le passé²². Ce dernier souligne que « ce n'est pas la présomption qui donne lieu à la discrimination, mais au contraire, c'est la preuve de la discrimination qui entraîne la présomption »²³.

Puis, en ce qui concerne *la nature et le but du pouvoir*, le Conseil municipal de Pretoria doit assurer la distribution de services à tous les résidents, sans aucune discrimination considérée comme injuste. En contre-partie, il est autorisé à être payé pour les services rendus et donc, est habilité à définir les moyens pour la perception des charges municipales. La responsabilité du nouveau Conseil de Pretoria est très importante en ce qui concerne l'élimination, dans sa municipalité, des nombreuses disparités dues aux politiques discriminatoires de l'apartheid afin de parvenir à un véritable traitement égal de tous. En ce sens, il doit, non seulement, s'efforcer d'éliminer la tarification forfaitaire pour appliquer à tous les résidents une tarification basée sur la consommation, mais également améliorer les conditions de vie dans les quartiers désavantagés en priorité.

Ensuite, en ce qui concerne, d'une part, *les conséquences de la tarification forfaitaire et de l'inter-financement sur la situation de M. Walker*, rien ne prouve que ce dernier a été matériellement affecté. Le Conseil a certes pris du retard dans la livraison de tous les compteurs, mais il n'est pas prouvé qu'un tel retard soit volontaire. Tant que la totalité des compteurs n'était pas installée, la municipalité refusait d'appliquer, aux résidents des banlieues noires possédant un compteur, une tarification basée sur la consommation. Par ailleurs, le principe d'inter-financement contestée par M. Walker représente un

²¹ *Ibid.*, para 48.

²² *Ibid.*, para 103.

²³ *Ibid.*, para 107.

aspect de la vie moderne qui est « reconnu et incontournable » et qui permet à l'autorité publique de répartir les frais d'aménagement de la collectivité²⁴. En ce sens, la tarification forfaitaire appliquée dans les banlieues noires est, certes, une différenciation de traitement provisoire, le temps que tous les compteurs soient installés ; mais elle ne constitue pas une discrimination injuste.

En revanche, en ce qui concerne, d'autre part, *la mise en vigueur sélective du recouvrement des créances*, l'action du Conseil municipal semble provenir d'une politique un peu confuse. De nombreuses actions en justice ont été intentées contre tous les résidents débiteurs de l'ancien Pretoria, alors que dans les deux banlieues noires d'Atteridgeville and Mamelodi, seuls les commerçants ont été poursuivis en justice.

Comme il a déjà été souligné, un point important dans la compréhension de cette affaire est que la différenciation juridique de traitement résulte de divers facteurs historiques, notamment l'habitude existant dans les *townships* de ne pas payer en guise de protestation contre les politiques de l'apartheid et l'insuffisance des moyens mis à leur disposition. Leur niveau de vie était nettement inférieur à celui de la population blanche qui, elle, avait l'habitude de payer pour continuer de bénéficier d'une telle qualité de vie. Le problème auquel le Conseil était confronté à cette période était de trouver à la fois, un moyen pour éviter qu'une habitude de non-paiement ne s'installe dans le quartier de l'ancien Pretoria et un autre pour transformer la tradition de non-paiement qui existe dans les deux banlieues noires en une habitude de paiement pour services rendus. C'est dans cette perspective qu'il décida de poursuivre en justice les débiteurs de l'ancien Pretoria et seulement d'encourager ceux des deux *townships* à payer leur dette, sans recourir à la justice tant que l'installation des compteurs n'était pas terminée.

Il faut garder à l'esprit que le *principe d'égalité*, consacré à l'article 8 de la Constitution Intérimaire, représente une véritable garantie pour les Sud-africains contre toutes les discriminations blessantes pouvant résulter de l'élaboration des lois

²⁴ *Ibid.*, paras 62-63.

ou de l'adoption de décisions administratives. Désormais, ces discriminations ne seront plus une caractéristique de la vie sud-africaine, puisque la nouvelle société repose sur des valeurs fondamentales, notamment le principe d'égalité. Et cette égalité va au-delà de la simple égalité formelle : la Constitution reconnaît aux autorités normative et locale le droit d'édicter certaines « mesures spéciales » afin de traiter des désavantages du passé, et cette garantie vaut pour tous les groupes de la société, pas seulement ceux qui ont été visés par les anciennes politiques discriminatoires. En ce sens, le Conseil municipal est tout à fait autorisé à choisir, en fonction de leur situation financière, les débiteurs qui seront poursuivis en justice, si toutefois cette décision relève d'une politique officielle clairement définie. La Constitution stipule qu'une telle mesure doit être raisonnable et ne doit pas constituer une discrimination injuste.

En l'espèce, la décision du Conseil municipal de Pretoria de mettre en vigueur de manière sélective le recouvrement des créances n'a pas pour objet de traiter la situation désavantageuse des résidents d'Atteridgeville et de Mamelodi. Apparemment, selon un ingénieur municipal, la décision de ne pas poursuivre les résidents des deux banlieues noires reposerait plutôt sur la crainte d'une réaction hostile de leur part, surtout tant que les ouvriers n'avaient pas achevé les travaux. C'est pour cette raison que les agents municipaux ont décidé, malgré la position contraire du Conseil exigeant que tous les débiteurs soient poursuivis en justice, de ne poursuivre que les résidents (blancs) de l'ancien Pretoria. Pour se justifier, le Conseil affirme que le recouvrement sélectif des créances – qui était une mesure provisoire – avait pour objectif légitime de faciliter la transition d'un système où la distribution de services municipaux était basée sur la séparation et l'inégalité vers un autre beaucoup plus égalitaire.

Néanmoins, l'argument du Conseil ne mentionne pas le fait que la mesure d'un recouvrement sélectif ne résulte pas de son action puisqu'elle a été adoptée par ses agents, contrairement à sa résolution. Bien sûr, le simple fait qu'elle ait été adoptée sans autorisation du Conseil ne fait pas d'elle une discrimination injuste. Toutefois, ajouté au fait que cette

politique était fondée sur un motif expressément interdit par la Constitution, la présomption du caractère injuste de l'alinéa 4 semble être plus difficile à renverser.

Il est intéressant de noter que le Conseil, dans son raisonnement, démontre par quel moyen il aurait été possible de renverser la présomption. Dans la mesure où le défendeur et les autres résidents de l'ancien Pretoria ne sont pas des victimes des politiques discriminatoires du passé, une politique officielle visant à promouvoir le paiement dans des quartiers historiquement habitués à ne pas payer ne peut porter atteinte aux intérêts de M. Walker, tant que cette politique est convenablement élaborée. Ainsi, la Cour constitutionnelle explique que le recouvrement sélectif des créances aurait pu être convenablement fondé sur une politique précise destinée, d'une part à transformer non seulement les conditions de vie, mais aussi la tradition de non-paiement existant dans les deux banlieues noires, et d'autre part, à réaliser un objectif pour la société (*societal goal*). Alors, la Cour aurait été à même d'évaluer le caractère juste d'une telle politique et de contrôler sa mise en œuvre. Ce point de vue est également soutenu par le juge Sachs, car selon lui, il s'agissait par le biais de cette politique de « vaincre les inégalités et non de les perpétuer »²⁵.

Néanmoins, en l'espèce, la Cour souligne qu'aucune preuve d'une politique convenablement élaborée n'a été apportée²⁶. Le jugement majoritaire conclut que le Conseil municipal n'a pas réussi à réfuter de manière probante la présomption du caractère injuste relative à une mise en vigueur sélective du recouvrement de créances. Les preuves apportées devant la Cour ont montré que, d'une part, la décision d'une mise en vigueur sélective ne venait pas du Conseil municipal lui-même, mais de ses agents qui ont décidé de ne pas poursuivre en justice les résidents des deux *townships*, sans même que soit prise en compte leur situation financière. D'autre part, cette politique officieuse n'a jamais été rendue publique et a, de plus, été *corroborée* par de faux communiqués, mentionnant que la « stratégie globale » du Conseil ne pouvait être révélée et qu'il

²⁵ *Ibid.*, para 113.

²⁶ *Ibid.*, paras 77-78.

était nécessaire d'être patient. Par ailleurs, même si le Conseil a eu connaissance de ces faits, il a laissé ses agents résoudre eux-mêmes le problème.

La Cour précise qu'aucun membre d'un groupe racial ne doit pouvoir ressentir qu'il n'est pas digne d'égal respect et d'égale considération ou que la loi est plus sévère pour lui que pour les autres groupes. En ce sens, l'attitude du Conseil municipal est discriminatoire. La politique du Conseil municipal de Pretoria a eu pour conséquence de porter atteinte à la dignité des résidents de l'ancien Pretoria, d'autant plus que ces derniers ont été mal informés et induits en erreur par le Conseil.

Par conséquent, la Cour conclut que la présomption du caractère injuste n'est pas renversée et que la ligne de conduite du Conseil municipal de Pretoria contestée par M. Walker constitue bien une discrimination injuste au sens de l'art. 8, al. 2. En ce sens, bien que la dette de M. Walker ne soit pas effacée, ce dernier a le droit de ne pas payer tant que le Conseil municipal maintient une politique de mise en vigueur sélective du règlement pour la distribution d'électricité (*selective enforcement of payment for services*).

Sonia GRIMAUD
Université de La Réunion

