



HAL
open science

Considérations sur la structure du principe d'égalité, à la lumière de l'article 9 de la Constitution sud-africaine de 1996

Laurent Sermet

► **To cite this version:**

Laurent Sermet. Considérations sur la structure du principe d'égalité, à la lumière de l'article 9 de la Constitution sud-africaine de 1996. *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.241-251. hal-02344107

HAL Id: hal-02344107

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02344107>

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.

*Considérations sur la structure du principe
d'égalité, à la lumière de l'article 9 de la
Constitution sud-africaine de 1996*

*Laurent SERMET
Université de La Réunion*

La transition de la République sud-africaine vers la démocratie, depuis le début de la décennie 1990, est remarquable par sa rapidité, son volontarisme et son succès. Fondée sur des actes constitutionnels successifs – les principes constitutionnels, la Constitution intérimaire et la certification constitutionnelle –, la Constitution finale de 1996 est entrée en vigueur le 7 février 1997. Ses valeurs sont modernes et engagées en faveur des droits de l'homme, du refus du racisme et du sexisme, de la suprématie de la règle constitutionnelle et du suffrage universel. L'ambition est de provoquer un changement social et politique global par le droit. Il y a lieu ici d'évoquer la libération de l'Homme par le droit. C'est dire si, pour le juriste, elle est chargée de significations. Le politologue, lui, montrera combien elle participe à l'établissement de mythes fondateurs de la nouvelle Afrique du sud, en structurant le champ politique de la cité et en assurant à celle-ci le passage de l'apartheid vers la démocratie.

Le principe d'égalité apparaît certainement comme l'un des mythes fondateurs les plus remarquables de la nouvelle société sud-africaine. Désormais chacun, quels que soient son origine, sa race, son sexe, son âge, est reconnu égal à autrui, bénéficiant par-là d'une reconnaissance de sa dignité en tant qu'Homme et de la

liberté de l'épanouissement de sa personne. Il est logique à cet égard que l'article 7 de la Constitution ait associé dignité, égalité et liberté. Quelle évolution juridique depuis le système d'apartheid ! Sa mise en œuvre néanmoins est délicate, en Afrique du sud comme ailleurs. Les mythes de la société rousseauiste de nature ou de la société marxiste sans classe n'ont jamais vu le jour. En effet, l'égalité n'est pas – à notre sens – une donnée propre à la nature même de l'Homme, dominée par la diversité de richesse, de santé, d'intelligence, de situation et tentée par la domination d'autrui... mais elle est loin d'être absente des processus sociaux. C'est pour satisfaire à l'exigence nécessaire d'un lien social que la société défend – soit en tant que valeur philosophique, soit en tant que pratique sociale régulatrice – l'égalité de ses membres. Emmanuel Kant, *Doctrine du Droit*, arrête une explication particulièrement convaincante sur la nature et la fonction de l'égalité. Il n'existe, dit-il, qu'un seul droit inné ou naturel : la liberté, c'est-à-dire « l'indépendance de toute contrainte imposée par la volonté d'autrui ». En fait, par le seul fait de sa naissance l'Homme est libre. Ce n'est donc pas un pouvoir politique qui peut soit lui attribuer, soit lui retirer cette liberté. Cette liberté naturelle a pour vocation de favoriser le libre-arbitre de la pensée assorti d'un libre-arbitre de l'action. Kant poursuit en posant que tous les hommes sont libres par leur naissance et qu'il est nécessaire, pour assurer une coexistence harmonieuse des différentes libertés, d'établir entre eux une égalité. En d'autres termes, l'équilibre social est fondé sur un principe moteur individuel et inné, la liberté, compensé par un principe régulateur social, l'égalité. De ces considérations, il résulte que toute société fondée exclusivement sur la valeur de liberté – société anarchiste – ne peut pas fonctionner en raison de l'absence de tout lien social. A l'inverse, l'absence totale de liberté – la société marxiste – empêche à l'individu tout épanouissement. Ces deux types de société, alors même qu'elles peuvent exister historiquement, sont vouées à l'échec en raison de leur négation de l'Homme.

Il est intéressant de mettre en évidence dans le contexte sud-africain la structure du principe d'égalité en privilégiant l'étude de

l'article 9 de la Constitution finale de 1996¹, qui est la disposition constitutionnelle sud-africaine principale. L'architecture établie fait ressortir la grande complexité du principe d'égalité, qui se décline à partir de trois oppositions croissantes. Tout d'abord, le sens du principe de non-discrimination conduit à une première opposition entre égalité moniste et égalité plurielle. Il s'agit naturellement uniquement de l'égalité par le droit. Ensuite, la signification du principe d'égalité permet d'envisager une deuxième opposition entre la discrimination « négative » – en principe prohibée – et la discrimination « positive », conditionnellement admise. En cas de recours à la discrimination positive, la fonction affectée au principe d'égalité est réparatrice et transformiste et de portée temporaire. Enfin, la portée du principe d'égalité donne lieu à une dernière opposition : soit le principe d'égalité peut être appréhendé pour son contenu propre, soit il s'entend plus largement par l'effet de son rayonnement dans le chef des autres droits et libertés.

Deux considérations supplémentaires méritent d'être avancées. Les rapports qu'entretiennent le principe d'égalité et le principe de non-discrimination, évidemment très proches l'un de l'autre, sont les suivants : le principe d'égalité constitue un objectif politique à atteindre ; le principe de non-discrimination apparaît comme l'instrument juridique par lequel l'égalité peut être pensée et donc réalisée. Comme on va le constater, le principe de non-discrimination intervient toujours au soutien du principe d'égalité.

¹ La version anglaise de cette disposition fait valoir :

- (1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.
- (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.
- (3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.
- (4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.
- (5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.

Ensuite, si la complexité de l'article 9 doit être soulignée, elle ne présente pas une originalité telle qu'elle serait unique. Il peut être dit que son contenu s'aligne sur celui revendiqué par le Comité des droits de l'homme, qui a arrêté, dans une observation générale, la doctrine qu'il entend faire prévaloir pour l'interprétation du principe d'égalité tel qu'il résulte du Pacte international des droits civils et politiques (Observation générale 18 du Comité des droits de l'homme, trente-septième session, 1989).

Le principe de non-discrimination au service de l'égalité moniste ou de l'égalité plurielle

Le principe de non-discrimination permet, tout d'abord, d'affirmer le droit à l'égalité juridique moniste, c'est-à-dire le droit à l'existence d'un même droit pour tous. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le 1^{er} paragraphe de l'article 9 : *“Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law”*. Le principe est important car il est censé structurer toute l'organisation de la cité par référence à l'égalité juridique de ses membres. L'archétype de l'égalité moniste est le droit de suffrage reconnu à toute personne, homme ou femme, majeure et jouissant de ses droits civiques. Symboliquement, ce paragraphe 1^{er} peut être rapproché de la clause de liberté et d'égalité de l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Il commande, en outre, que l'Etat ait à son égard une attitude active pour assurer le droit à l'égalité de la loi, fondant ainsi le droit à une obligation positive sur le terrain de l'égalité. Logiquement, le principe de non-discrimination intervient au secours de l'égalité². En fait, l'objet de la mesure est d'être non discriminatoire. Dans le cas de figure de l'égalité moniste, les expressions de principe de non-discrimination et principe d'égalité sont utilisées indifféremment.

² La formule de l'article 26 du Pacte des droits civils et politiques est révélatrice : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. *A cet égard*, la loi doit interdire toute discrimination... » (nous soulignons).

Le principe de non-discrimination permet, en outre, d'affirmer le droit à l'égalité plurielle. Il s'agit, cette fois, de considérer que le principe d'égalité peut être un instrument au service de la diversité. Une égalité de droit plurielle complète, et en un sens limite, l'égalité de droit moniste pour satisfaire à l'idée suivante : il convient de traiter différemment des situations objectivement distinctes parce qu'il serait discriminatoire de ne pas les traiter différemment. Si l'égalité moniste a une emprise universaliste, on tombe alors dans une société égalitariste et dépourvue de liberté. C'est donc pour tenir compte de la liberté, dans le chef de l'égalité, qu'il convient de consacrer l'égalité plurielle. Sur ce point, le texte de l'article 9 n'énonce pas aussi clairement cette considération, mais son sens est certain.

Pour démontrer que l'égalité plurielle complète l'égalité moniste, quatre raisons peuvent être avancées. Tout d'abord, le paragraphe 3, de l'article 9, pose que l'Etat doit interdire toute discrimination injuste ou « *unfair discrimination* », directe ou indirecte. Les termes de discrimination injuste doivent être interprétés comme opposant la discrimination négative, qui est interdite et sanctionnée, à la discrimination « équitable », qui est possible. A cet égard, il est plus exact de parler de différenciation ou de restriction admise que de discrimination « équitable ». Ensuite, deuxième raison, le paragraphe 5, de l'article 9, énonce une liste de seize motifs sur le fondement desquels aucune mesure discriminatoire ne peut être adoptée. Il faut souligner que cette liste n'est ni exhaustive (elle ne mentionne pas la discrimination fondée sur la fortune que l'on retrouve dans l'article 26 du Pacte des Nations unies, aux côtés de la discrimination fondée sur « l'origine sociale » ou sur « la naissance »), ni définitive (elle ne mentionne pas la discrimination fondée sur « toute autre situation » au sens de l'article 26 du Pacte des Nations unies, qui conduit *prima facie* à interdire toute catégorie de discrimination). Cette liste ne doit pas être minorée puisqu'elle fait référence, pour la première fois dans une Constitution, à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Par définition cette liste, ni exhaustive ni définitive, autorise l'existence de mesures différenciées adoptées sur le fondement des motifs non explicitement énoncés. On doit souligner aussi que la Constitution dresse, au sein de cette liste, une série de motifs

hiérarchiquement plus importants. En cas de régime dérogatoire pour tenir compte de circonstances exceptionnelles (art. 37 de la Constitution sud-africaine), certains de ces motifs ne peuvent jamais servir de fondement à des mesures discriminatoires. Il s'agit, dans le chef du principe d'égalité, de la race, de la couleur, de l'origine ethnique ou sociale, du sexe, de la religion et de la langue³. A l'inverse donc, toujours en période de circonstances exceptionnelles, il peut être dérogé au principe d'égalité pour les motifs suivants : le genre, la grossesse, le statut marital, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la conscience, la croyance, la culture et la naissance. En outre, troisième raison, le paragraphe 5, de l'article 9, doit s'entendre en ce sens que la mesure discriminatoire fondée sur l'un des motifs énoncés n'est pas irréfragablement inconstitutionnelle mais ne fait l'objet que d'une présomption simple d'inconstitutionnalité. A cet égard, la Constitution sud-africaine est en retrait par rapport à l'article 1 de la Constitution française qui arrête que : « La France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de race, d'origine ou de religion », signifiant le refus constitutionnel du droit français de toute distinction sur des motifs de race, d'origine ou de religion. Enfin, quatrième raison, il est clair que le principe de non-discrimination, dont la fonction première est d'assurer l'égalité moniste, ne saurait s'entendre comme n'étant pas susceptible de limitations. L'article 36 de la Constitution sud-africaine, ou clause générale de la limitation des droits, se combine aussi avec le principe de non-discrimination, qui peut ainsi faire l'objet d'une limitation raisonnable et justifiable dans une société démocratique⁴. On doit considérer par ailleurs que la combinaison des articles 36 et 37 doit être admise dans le chef de l'égalité.

³ Ces motifs sont les mêmes que ceux retenus, en période de circonstances exceptionnelles, par l'article 4, paragraphe 1, du Pacte international des droits civils et politiques, à une seule différence près. Le texte sud-africain évoque l'expression d'« origine ethnique ou sociale » alors que le Pacte se contente de l'expression « origine sociale ».

⁴ L'article 36 dispose que :

(1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including –

Les quatre raisons exposées démontrent que l'égalité juridique moniste ne saurait avoir une emprise universaliste et que sa limitation, pour tenir compte de l'égalité plurielle, satisfait à la liberté. L'édification de catégories juridiques, assorties de régimes juridiques différents, devient possible et souhaitable, dès lors qu'aucune discrimination n'en résulte, telle que définie par le paragraphe 3, de l'article 9. Est ouverte la question de savoir si le recours à l'égalité plurielle est obligatoire ou facultatif. On a vu que l'égalité, moniste ou plurielle, est affirmée par référence au principe de non-discrimination. En cas d'égalité juridique moniste, le principe de non-discrimination est interprété littéralement : la non-discrimination est l'objet même de l'égalité. En cas d'égalité juridique plurielle, le principe de non-discrimination est interprété, non pas en tant qu'objet mais en tant qu'effet : la différenciation juridique est possible s'il est démontré qu'elle ne produit pas un effet discriminatoire, apparent ou caché, direct ou indirect. Dans la pratique, deux situations peuvent se présenter. Soit le texte de référence reconnaît lui-même le bien-fondé de la situation différenciée⁵, soit son bien-fondé est soumis à l'appréciation du juge⁶.

-
- (a) the nature of the right;
 - (b) the importance of the purpose of the limitation;
 - (c) the nature and extent of the limitation;
 - (d) the relation between the limitation and its purpose; and
 - (e) less restrictive means to achieve the purpose.
- (2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.

⁵ C'est en ce sens que doit être compris l'article 4, paragraphe 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 décembre 1979) : « L'adoption par les Etats parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues par la présente Convention, qui visent à protéger la maternité n'est pas considérée comme un acte discriminatoire ».

⁶ Ex. Cour constitutionnelle sud-africaine, 2 décembre 1999, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others*, CCT 10-99 : est une discrimination injustifiée le fait de refuser l'octroi d'un permis d'immigration, à un conjoint étranger de même sexe engagé dans une relation permanente, alors qu'il est octroyé à un conjoint de sexe différent.

Le principe de discrimination positive au service de l'égalité réparatrice et transformiste

Par exception à ce qui vient d'être considéré – qui vise ce que l'on peut appeler la discrimination négative – et par un raisonnement en forme de symétrie, le principe d'égalité peut être servi par recours au « principe » de discrimination. L'équation devient la suivante : l'établissement de la discrimination positive égale l'édification de l'égalité réparatrice alors que le maintien de la non-discrimination égale le maintien de l'inégalité. La fonction de la discrimination positive est de réparer des situations de fait qui, si elles sont maintenues, pérennisent l'inégalité et empêchent de transformer la société vers plus d'égalité. C'est pourquoi il faut parler d'égalité réparatrice et transformiste. Le paradoxe de la discrimination positive est le suivant : son objectif est d'obtenir à terme une égalité et se fonde pour cela sur une mesure discriminatoire. Dans la Constitution sud-africaine, elle est mentionnée à l'article 9, paragraphe 2, 2^e phrase : « *To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken* ». En Afrique du sud, on conçoit aisément que, pour réparer les injustices liées au régime de l'apartheid, il faille mettre en place une politique d'égalité réparatrice et transformiste. C'est la logique qui inspire le *Employment Equity Act* du 21 août 1998⁷. Mais est-ce aussi simple ?

Comment caractériser clairement égalité juridique moniste, égalité juridique plurielle et égalité réparatrice et transformiste ? On peut en effet *prima facie* considérer que ces deux dernières notions sont semblables car elles autorisent la différenciation juridique, ce qu'interdit très formellement l'égalité moniste, et qu'elles apparaissent ainsi comme un instrument d'intervention politique et sociale de l'Etat. Pour les distinguer, on présentera les deux arguments suivants.

⁷ Pour une présentation critique, T. Lamarche, « Réflexions sur l'affirmative action à partir de l'exemple de l'Afrique du sud », in L. Sermet, *Droit et démocratie en Afrique du sud*, L'Harmattan, 2001, 185.

Il doit être mis en évidence que l'égalité juridique plurielle permet – voire oblige – la différenciation juridique en vérifiant que la mesure ne produit pas d'effets discriminatoires, ce qui serait contraire au principe de non-discrimination. En d'autres termes, l'égalité juridique plurielle entraîne des traitements différenciés, pour tenir compte de la diversité des situations sur une base objective et rationnelle (ex. interdiction de l'exécution à mort des femmes enceintes, art. 6, paragraphe 5 du Pacte international sur les droits civils et politiques). Ces traitements différenciés ne sauraient être plus favorables. Si tel est le cas, le principe de non-discrimination les condamne. En cas de discrimination positive, la discrimination est non seulement recherchée mais encore juridiquement admise : la discrimination forme l'objet même du traitement différencié plus favorable. Si jamais il résulte de la mesure de discrimination positive des effets qui dépassent la correction et la transformation recherchée, alors les effets discriminants de la discrimination positive deviennent inacceptables et finissent par heurter le principe de non-discrimination. La doctrine évoque à cet égard l'hypothèse de la discrimination à rebours, en tant qu'effet discriminatoire produit par une mesure de discrimination positive⁸.

Par ailleurs, la politique de discrimination positive a une portée temporaire comme l'indique clairement la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (21 décembre 1965) :

Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection... ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient (art.1, paragraphe 4).

Une différenciation juridique, consacrée sur le fondement de l'égalité pluraliste, ne saurait être en principe temporaire.

⁸ Mais cette expression peut être utilisée, nous semble-t-il, dès qu'il existe une différenciation juridique, tant en cas d'égalité plurielle que d'égalité réparatrice et transformiste.

Ainsi les vocations du principe d'égalité se déclinent-elles selon ses champs d'intervention. Soit le principe d'égalité a une vocation égalisatrice (égalité juridique moniste). Soit il possède une vocation libérale (égalité juridique plurielle). Soit il a une vocation réparatrice et transformiste (discrimination positive). Le recours au principe de non-discrimination rend les choses plus délicates car il est applicable dans les trois cas de figure et il assure, de toute évidence, une continuité entre eux. Qu'on en juge ! En cas d'égalité juridique moniste, le principe de non-discrimination est l'objet même de la mesure. Si la mesure différenciée repose sur une base objective et rationnelle, cela suffit à ce qu'elle ne heurte pas le principe de non-discrimination. Si la mesure différenciée, plus favorable, est prise pour satisfaire à une politique de discrimination positive, elle est acceptée comme n'ayant pas un effet discriminatoire tant que son caractère temporaire et son but de réparation et de transformation sociale sont démontrés. On peut établir le tableau suivant.

	Egalité moniste	Egalité plurielle	Discrimination positive
Objectif politique	Egalisateur	Libéral	Réparateur et transformiste
Mise en œuvre	Refus de toute discrimination ou de toute distinction	Admission de la différenciation juridique dès lors qu'elle n'est pas fondée sur la recherche d'un traitement plus favorable mais sur une base objective et rationnelle.	Admission de la différenciation juridique fondée sur la recherche d'un traitement plus favorable. L'objet de la mesure est discriminatoire.
Contrôle	Vérification que la mesure n'a pas d'objet discriminatoire	Vérification que la différenciation n'a pas d'effet discriminatoire	Vérification que la différenciation, dont l'objet est discriminatoire, n'a pas d'effets définitifs ou qui vont au-delà de la réparation et de la transformation recherchée, et puisse ainsi créer une discrimination à rebours, contraire au principe de non-discrimination. Paradoxe : comment ne pas considérer qu'une mesure discriminatoire ne produit

			pas par définition d'effets discriminatoires ?
--	--	--	--

Le rayonnement du principe d'égalité

Le rayonnement du principe d'égalité est, tout d'abord, souligné par la potentialité de son champ d'opposabilité. Il est opposable aux pouvoirs publics mais également à chacun à qui il est fait interdiction de procéder, à l'égard des tiers, de façon discriminatoire (art. 9, paragraphe 4, 1^{re} phrase). C'est la non-discrimination qui doit régir les rapports entre individus. Ainsi sont reconnues l'opposabilité verticale et l'opposabilité horizontale du principe d'égalité. Assez logiquement, le champ de l'opposabilité horizontale ne concerne que le principe d'égalité moniste car c'est à l'Etat – sauf exception – de mettre en œuvre les hypothèses de différenciation par le droit. Il est précisé que l'opposabilité horizontale oblige l'Etat à prévenir et à interdire toute discrimination entre les tiers (art. 9, paragraphe 4, 2^e phrase). Cela signifie qu'une discrimination subie par un particulier pourrait être dénoncée tant en raison de l'action d'un tiers que de l'inaction de l'Etat.

Second élément du rayonnement du principe d'égalité là-encore lié au principe de non-discrimination : son rayonnement dans le chef des autres droits et libertés. L'article 9, paragraphe (2) 1^{re} phrase, dispose : « *Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms* ». Il s'agit-là, par effet de symétrie attaché à l'introduction de la liberté dans l'égalité qui produit l'égalité juridique plurielle, de l'introduction de l'égalité dans la liberté. Le principe d'égalité remplit une fonction sociale régulatrice qui donne, à chacun, une jouissance égale dans l'exercice des droits et libertés.

Laurent SERMET
 Université de La Réunion

