

**Roland Drago**

Président du Tribunal Suprême  
Principauté de Monaco

## › LA DISCRIMINATION POSITIVE

Dans tous les Etats qui sont représentés dans notre rencontre d'aujourd'hui, le principe d'égalité est reconnu comme une règle de nature constitutionnelle et appliqué comme tel par les juges constitutionnels et par les autres juridictions. En France, il figure dans l'article 1er de la Déclaration de 1789 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits...* »

Pour ce qui concerne la France, l'égalité des citoyens –et même des êtres humains en général- a permis d'écarter, en 1789, la notion de « privilège », notion de droit public qui avait été employée sans signification péjorative sous l'Ancien Régime (*privata lex*) et qui s'appliquait aussi bien à des personnes qu'à des collectivités (provinces, villes, communautés religieuses). Par là même, nous rejoignons la notion de minorité qui fait l'objet de notre réunion puisque les membres d'une minorité doivent avoir, dans cette vision, des droits égaux à ceux de tous les autres hommes.

Dans ce rapport, j'étudierai d'abord le problème de la discrimination positive dans tous les systèmes juridiques et ensuite, en raison de mes fonctions, ce même problème dans le droit de la Principauté de Monaco.

### I. LA DISCRIMINATION POSITIVE DANS LE DROIT ÉCRIT ET LA JURISPRUDENCE.

On sait que la discrimination positive est une transcription et non pas une traduction de l'expression que la Cour Suprême des Etats Unis a adoptée depuis 1978, avec la formule « *affirmative action* ». Le mot « *affirmative action* » est une expression qui est difficile à interpréter. Le mot « *action* » ne signifie pas une action en justice mais un comportement, et je traduirai « *affirmative action* » par comportement convenable. Et c'est ce dont nous avons fait, « discrimination positive », pour expliquer qu'on est en présence d'une atteinte au principe d'égalité, mais dans les cas où cette atteinte est juridiquement défendable et possible. Il s'agit de savoir de quelle manière ce principe est respecté et comment il peut être respecté. L'expression est récente, mais je dois dire que si on prenait le cas de la France, la pratique est relativement ancienne aussi bien dans la jurisprudence administrative, c'est-à-dire celle du Conseil d'Etat, que plus récemment dans la jurisprudence de la juridiction constitutionnelle.

La Cour suprême des Etats Unis qui statue en matière constitutionnelle par voie d'exception s'est prononcée depuis 1978, à propos de la discrimination positive, en ce qui concerne, on l'a bien compris,

d'abord la présence des étudiants noirs dans les universités, c'était le cas de la décision de 1978. Puis, il y a eu une extension constante en ce qui concerne les catégories professionnelles, par exemple les petites et moyennes entreprises, par opposition aux grandes entreprises, etc. Autrement dit, elle a été amenée à se prononcer sur toute une série de discriminations pour savoir si les législations étatiques ou fédérales étaient conformes à ce qu'elle devait dégager en tant que discrimination positive car il faut bien noter que, à part le cas de Monaco dont je parlerai en second lieu, il n'y a pas, à ma connaissance, dans les dispositions constitutionnelles écrites de formulation de la discrimination positive. C'est le principe d'égalité qui est affirmé partout et, la discrimination positive, résulte donc bien d'une intervention du juge. Autrement dit, c'est une création proprement prétorienne et qui n'a pas de rédaction écrite. Cela montre la difficulté de la définition même du problème des minorités : minorités ethniques, minorités religieuses, mais pourquoi pas minorités tenant au comportement quel qu'il soit ?

Dans le droit public français, c'est d'abord le Conseil d'Etat, en tant que juge administratif, qui a consacré la discrimination positive bien avant que l'expression fut utilisée. Par exemple, il a admis, dans les services publics, des tarifs réduits discriminatoires, soit pour des motifs sociaux (mineurs, invalides, personnes âgées), soit pour des motifs économiques (gros consommateurs). L'arrêt de principe concerne la police des jeux (C.E., 18 avril 1902, Commune de Nèris les Bains, S. 1902. III. 81, note Hauriou) dans lequel le juge exige deux conditions pour admettre la discrimination : la réglementation doit être plus sévère ; l'exception doit être justifiée par les « *circonstances locales* ». Cette jurisprudence s'est développée et maintenue jusqu'à l'époque actuelle dans tous les domaines jusqu'au point d'admettre de nombreuses formes de « *dérogations* » à condition qu'elles correspondent à ces deux conditions et soient prévues par une loi ou un acte réglementaire (V. R. Drago, « *La dérogation* », AJDA, mai 2001).

En fait, on se rend compte que, déjà, elle appliquait une règle qui a été formulée plus nettement, sous la Vème République, à partir du moment où la loi française a été soumise à un contrôle de constitutionnalité. Devant le Conseil constitutionnel, il est tentant pour les requérants d'invoquer le non-respect du principe d'égalité et il est vrai que, dans des situations significatives, le juge a décidé qu'une loi était contraire à la Constitution si elle violait le principe d'égalité. Mais les discriminations ont été admises en application de la règle qu'on vient d'évoquer et qui est formulée de la façon suivante : « *à situations égales, règles égales ; à situations différentes, règles différentes* ».

D'un certain point de vue, on pourrait dire que la discrimination n'est pas consacrée par cette jurisprudence puisque les situations ne sont pas égales. Mais on voit que cette dialectique est ambiguë puisqu'elle dépend de l'appréciation du juge.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a appliqué le principe d'égalité de manière particulièrement stricte en décidant que la loi ne pouvait instituer un « *quota par sexe* » pour les élections municipales (Cons. Cont. 18 novembre 1982, Décision n° 146 DC). Il a donc fallu que la Constitution fût modifiée par la loi constitutionnelle du 28 juin 1999.

---

De même, il a décidé qu'une loi ne pouvait modifier le statut de certaines universités à titre expérimental sauf à prévoir de façon très précise le régime de l'expérimentation (Cons. Const. 28 juillet 1993, Décision n° 322 DC) ; « *Considérant qu'il est même loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences comportant des dérogations aux règles ci-dessus définies de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci, des règles nouvelles appropriées à l'évolution des missions de la catégorie d'établissement en cause ; que toutefois il lui incombe alors de définir précisément la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon* ».

De même encore, il a décidé que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires ne pouvait permettre la constitution de « groupes » : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions combinées que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de « territoires » dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français ;*

*Considérant que ces dispositions également contraires au premier alinéa de l'article 2 de la Constitution en ce qu'elles tendent à reconnaître un droit à pratiquer une langue autre que le français non seulement dans la « vie privée » mais également dans la « vie publique », à laquelle la Charte rattache la justice et les autorités administratives et services publics* ». (Cons. Const., 15 juin 1999, n°412-DC)

Mais il devait adopter une attitude différente et consacrer pour la première fois, la discrimination positive à propos d'une loi permettant l'accès à l'Institut d'études politiques de Paris d'élèves ne correspondant aux conditions normales de recrutement et en raison de motifs sociaux (Cons. cont. 11 juillet 2001, n° 450 DC) : « *Considérant que le I de l'article 14 de la loi déferée insère dans le chapitre Ier du titre II du livre VI du code de l'éducation un article L. 621-3 ainsi rédigé : « Le conseil de direction de l'Institut d'études politiques de Paris détermine, par dérogation aux dispositions du troisième alinéa L. 612-3, les conditions et les modalités d'admission aux formations propres à l'institut ainsi que l'organisation des études, des premiers cycles à l'école doctorale. Il peut adopter des procédures d'admission comportant notamment des modalités particulières destinées à assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second degré. Les procédures d'admission peuvent être mises en œuvre par voie de conventions conclues avec des établissements d'enseignement secondaire ou supérieur, français et étrangers, pour les associer au recrutement par l'institut de leurs élèves ou étudiants* » ;

*Considérant qu'aux termes du treizième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'éducation... » ;*

*Considérant que, s'il est loisible de déroger aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 612-3 du code de l'éducation en vue de permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations dispensées par l'Institut d'études politiques de Paris c'est à la condition que les modalités particulières que fixera à cette fin, sous un contrôle du juge de la légalité, le conseil de direction de l'Institut, reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction ; que, sous cette réserve, l'article 14 est conforme à la Constitution ;*

*Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution ».*

Il s'agit là, pour le moment, de la seule décision qui consacre nettement la discrimination positive. On peut se demander si elle peut avoir des suites. On rappellera, au surplus, que la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats Unis, qui est à l'origine de l'évolution, opère, depuis 1995, un certain revirement. (V. E. Zoller, Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis, 2000, pp. 917, 945 et 1191).

## **II. LA DISCRIMINATION POSITIVE DANS LE DROIT PUBLIC DE LA PRINCIPAUTÉ DE MONACO.**

Le Tribunal suprême de la Principauté est, à la fois, juge constitutionnel et juge administratif. C'est en tant que juge administratif qu'il a eu à statuer en cette matière à propos de l'application de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution. Ce texte institue une discrimination positive en matière d'emploi à propos de ce qu'on appelle quelquefois la « *préférence nationale* ». Il y est dit que les emplois publics et privés sont réservés aux monégasques, ce qui se comprend dans un petit Etat ayant une population restreinte. Mais ce privilège se voit appliquer le principe d'égalité en ce sens que un candidat étranger peut l'emporter s'il possède des « *aptitudes nécessaires* » plus importantes que le candidat national. C'est la signification de la décision qui a été rendue.

Trib. Suprême, 5 novembre 2000, Boisson c/ Ministre d'Etat: « *Considérant qu'aux termes de l'article 25 alinéa 2 de la Constitution, « la priorité est assurée aux Monégasques pour l'accession aux emplois publics et privés, dans les conditions prévues par la loi ou les conventions internationales » ; que selon l'article 4 alinéa 1 de la loi du 17 juillet 1957 susvisée, « tout employé qui entend embaucher ou réembaucher un travailleur de nationalité étrangère doit obtenir, préalablement à l'entrée en service de ce dernier, une autorisation écrite de la direction de la main d'œuvre et des emplois » ; que l'article 5 de la même loi précise l'ordre de priorité selon lequel l'autorisation prévue à l'article 4 est accordée « pour les candidats possédant des aptitudes nécessaires à l'emploi et à défaut de travailleurs de nationalité monégasque » ; que ces dispositions s'appliquent à toute embauche de salarié sur le territoire de la Principauté, alors même que l'employeur est une personne ayant un statut de droit étranger, ayant son siège ou son domicile hors du territoire de la Principauté ;*

*Considérant que la méconnaissance par l'employeur des formalités prescrites par l'article 4 alinéa 1 précité n'est pas de nature à entacher d'illégalité l'autorisation accordée par l'administration ;*

---

*Considérant que la priorité reconnue aux monégasques par les dispositions précitées s'exerce, lorsqu'un emploi est vacant, à la condition qu'ils possèdent les aptitudes nécessaires à cet emploi ;*

*Considérant qu'il appartient à l'employeur d'apprécier selon une procédure dont il a la responsabilité, les aptitudes des candidats à l'emploi auquel il veut pourvoir ; qu'il n'appartient pas à l'administration, pour la délivrance de l'autorisation nécessaire à l'embauche d'un travailleur de nationalité étrangère, de substituer son appréciation à celle de l'employeur, sous réserve qu'elle ne commette pas d'erreur manifeste ;*

*Considérant que le recrutement du directeur du Musée océanique, annexe située à Monaco de l'Institut océanographique, « Fondation Albert 1er. Prince de Monaco » établissement reconnu d'utilité publique par décret du Président de la République française, et dont le siège est à Paris, a fait l'objet d'une procédure à l'issue de laquelle le choix appartient au comité de perfectionnement ; qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que, compte tenu du choix opéré par le comité de perfectionnement de Mme Dufrenne, de nationalité française, de préférence à M. Boisson, de nationalité monégasque, l'administration ait commis une erreur manifeste d'appréciation en accordant l'autorisation nécessaire à l'embauche d'une personne de nationalité étrangère ; que, par suite, la requête de M.Boisson n'est pas fondée et doit être rejetée. »*

On a pu constater que si la discrimination positive était reconnue, elle avait encore dans la législation et dans la jurisprudence une place limitée. On ne peut que s'en réjouir. Mais il faut dire que, dans tous les Etats, une partie de l'opinion publique lui est favorable et qu'elle fait même parfois l'objet de revendications violentes. Ainsi, le principe d'égalité pouvait être atteint dans son essence même et ce serait le renaissance des privilèges dans leur sens étymologique.