

N° 3923B⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE REVISION

de l'article 11 de la Constitution

* * *

TROISIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(16.3.2004)

Par dépêche en date du 7 octobre 2003, le Président de la Chambre des députés a, sur base de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, saisi le Conseil d'Etat d'une nouvelle proposition d'amendement au projet de révision sous rubrique.

Au texte de l'amendement, adopté par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés, était joint un commentaire.

L'amendement en question concerne l'alinéa 2 du nouveau paragraphe 2 de l'article 11 de la Constitution. Il est proposé de libeller cet alinéa comme suit:

„L'Etat adopte des mesures visant à éliminer les entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes et à promouvoir l'égalité de fait dans l'exercice des droits et devoirs.“

Les auteurs de l'amendement entendent rendre le texte plus contraignant que celui avisé par le Conseil d'Etat le 25 février 2003. A cet effet, il est prévu d'écrire, non plus que „l'Etat peut adopter ...“, mais que „l'Etat adopte des mesures ...“.

Les textes proposés par le Conseil d'Etat (avis complémentaire du 27 avril 1999, deuxième avis complémentaire du 25 février 2003) mettaient l'accent sur „l'obligation de moyens assumée par l'Etat, obligation qui est d'ailleurs contraignante même si la collectivité ne doit pas en assurer le résultat. Le texte est d'ailleurs un engagement pour l'Etat et va dès lors au-delà du texte proposé par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle“ (avis complémentaire du 27 avril 1999).

Le texte proposé actuellement par la Commission compétente de la Chambre entend imposer à l'Etat l'obligation d'adopter des mesures visant à éliminer les entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes et à promouvoir l'égalité de fait dans l'exercice des droits et devoirs. L'accent est ainsi mis prioritairement sur la concrétisation, par l'Etat, de l'égalité en droits et en devoirs des femmes et des hommes consacrée par l'alinéa 1 du nouveau paragraphe 2 de l'article 11 de la Constitution. La norme constitutionnelle imposerait donc à l'Etat d'agir, le cas échéant, en termes de résultats. Ne risque-t-on pas, de ce fait, de tomber dans le travers signalé par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 27 avril 1999, où il avait estimé qu'„il n'y a pas lieu de prévoir une égalité de traitement parfaite, en toute situation concrète entre hommes et femmes, par exemple dans le domaine professionnel pour chaque profession déterminée, prise le cas échéant isolément, mais d'assurer une égalité des chances, ce qui est tout à fait différent“?

Le Conseil d'Etat n'entend nullement mettre en doute la légitimité même de la révision constitutionnelle envisagée à l'endroit de l'article 11, paragraphe 2 de la Constitution. Il lui semble toutefois qu'il y a lieu d'éviter que les initiatives prises aux fins d'adapter le chapitre II „Des libertés publiques et des droits fondamentaux“ aux réalités contemporaines ne relèvent de ce qui a été qualifié de „pointillisme“ constitutionnel (voir l'étude doctrinale „L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution“, dans *Revue belge de droit constitutionnel*, 2002, pages 153 à 183, et plus particulièrement la page 155). Ce „pointillisme“ constitutionnel n'est pas fait pour œuvrer à une vision globale cohérente des libertés publiques et des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Pourquoi faudrait-il admettre que le critère du sexe jouirait d'une suprématie particulière dans l'ensemble des critères de distinction qui méritent *a priori* une attention particulière (à côté du sexe, de la race, de la

religion, d'un handicap, d'une maladie, etc.) (étude doctrinale précitée, page 156), qu'il faille à cet égard imposer une obligation de résultat à l'Etat?

Une obligation, en termes de résultats, imposée à l'Etat soulève encore d'autres interrogations. Se pose par exemple la question de la sanction éventuelle de mesures incomplètes. Si l'Etat est tenu d'une obligation, en termes de résultats, peut-il s'en affranchir dans le cadre d'un processus en étapes? Un arrêt de la Cour constitutionnelle (*arrêt 9/00 du 5 mai 2000*) semble de nature à illustrer la problématique: la Cour constitutionnelle retient en l'occurrence „qu'en cas d'inégalité créée par la loi entre des catégories de personnes, il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée; qu'il lui incombe ... de reconstituer le but expliquant la démarche du législateur pour, une fois l'objectif circonscrit (qui est en l'espèce la volonté du législateur de mettre progressivement à charge de l'Etat toutes les cotisations afférentes aux prestations familiales, en dégageant par étapes les redevables initiaux), examiner s'il justifie la différence législative instituée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité“. Cet arrêt peut être interprété comme admettant qu'il n'est pas déraisonnable que le législateur mette en œuvre le droit consacré par l'article 10bis(1) de la Constitution (principe d'égalité devant la loi) de manière progressive. Une telle jurisprudence serait-elle transposable à l'obligation mise à charge de l'Etat par le nouveau texte de l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 11 de la Constitution? Dans l'affirmative, à partir de quel moment le but expliquant la démarche de l'Etat ne serait-il plus apte à justifier rationnellement celle-ci?

Le Conseil d'Etat, au regard des considérations qui précèdent, estime qu'il n'y a pas lieu de s'engager dans la voie préconisée par les auteurs de l'amendement. Il préconise le maintien d'une obligation de moyens à charge de l'Etat et renvoie aux textes par lui proposés dans ses avis complémentaires antérieurs.

Le Conseil d'Etat relève finalement, s'agissant de la nouvelle mouture du texte, que la Commission compétente de la Chambre précise, à propos des „mesures“ prévues par le texte, qu'il s'agit bien entendu de „mesures positives“ ou „actions positives“ ou „discriminations positives“. Elle a cependant jugé préférable de ne pas utiliser dans le nouveau texte constitutionnel les termes „mesures positives“.

La réticence de la Commission provient de ce que les „discriminations positives“ posent le problème du contrôle, notamment de constitutionnalité. Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 27 avril 1999, avait renvoyé à un ouvrage consacré à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage belge (*Dix ans de jurisprudence de la Cour d'Arbitrage, par Jean Sarot*), citant un passage résumant la jurisprudence de cette juridiction à propos des règles constitutionnelles de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination. De la conception classique et formelle de l'égalité et de la non-discrimination (égalité et non-discrimination sont entendues comme des concepts ayant le même contenu) que cette jurisprudence traduit, on a pu déduire que la mesure de discrimination positive sera, le cas échéant, contrôlée par le juge comme n'importe quelle norme établissant une différence de traitement entre groupes d'individus (*Bernadette Renauld, Les discriminations positives, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1997, pages 448 et 449*). En appliquant au contrôle de la discrimination positive une telle conception classique et formelle de l'égalité et de la non-discrimination, on fait subir à la notion d'égalité une sorte de „torsion“, parce qu'on l'y fait jouer deux rôles. Si la discrimination positive est considérée comme n'importe quelle autre discrimination, le principe d'égalité est considéré comme un droit auquel il a été porté atteinte. Dans le même temps, l'autorité qui tente de justifier la mesure en cause le fera par rapport à son objectif, énoncé lui aussi en termes d'égalité et de non-discrimination. La notion d'égalité intervient donc deux fois: elle est à la fois l'objectif à atteindre et le droit auquel il est porté atteinte par la mesure mise en œuvre (*Bernadette Renauld, article précité, page 452*). C'est peut-être aussi cette considération qui est à la base du commentaire, qui fait état de ce que „les mesures en question risquent de ne pas être ressenties toujours, en pratique, comme positives“.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle semble pareillement traduire cette conception classique de l'égalité et de la non-discrimination (*arrêt 2/98 du 13 novembre 1998*: „ce principe constitutionnel (de l'égalité devant la loi) ... requiert que tous ceux qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit soient traités de la même façon“; *arrêt 7/99 du 26 mars 1999*: „le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but“, l'arrêt en question utilisant par ailleurs le terme „inégalité“ pour caractériser la situation des personnes concernées; *arrêt 9/00 du 5 mai 2000*).

Il n'est pas à exclure que les discriminations positives soient traitées comme toutes les discriminations, si on devait retenir par ailleurs que le principe constitutionnel de l'égalité comprend déjà l'égalité

des femmes et des hommes (*Cour d'arbitrage de Belgique, arrêts du 20 janvier 1999 (No 6/99) et du 10 novembre 1999 (No 116/99)*). Même en donnant un fondement constitutionnel aux discriminations positives (et fût-ce par la précision, dans le futur texte constitutionnel même, que par „mesures“ il y a lieu d'entendre des „mesures positives“), on n'est pas assuré que le mécanisme de la discrimination sera désormais considéré comme un mécanisme original auquel un traitement particulier devra être réservé, en ce sens que le contrôle s'effectuerait désormais non plus au regard de l'égalité, entendue comme principe à respecter, mais au regard de l'égalité, entendue comme objectif à atteindre. Dans ce contexte, il convient peut-être de faire le rapprochement avec le paragraphe 1er nouveau de l'article 11 de la Constitution, qui pourrait être interprété comme consacrant une conception strictement individualiste aussi du droit à l'égalité, rendant d'autant plus difficile, à propos des discriminations positives, à penser l'égalité comme un objectif à atteindre en soi (article précité, *Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1997*, page 453).

Aux yeux du Conseil d'Etat, il demeure plus que des hésitations quant à l'aptitude du texte à résoudre les multiples questions, de droit et de fait, posées par la discrimination positive.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 mars 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

