



HAL
open science

Les usages ambivalents de l'article 6 DDHC

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Les usages ambivalents de l'article 6 DDHC: le cas du genre. Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, Daniel Borrillo; Félicien Lemaire, May 2017, Angers, France. hal-03561833

HAL Id: hal-03561833

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03561833>

Submitted on 8 Feb 2022

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.

Actes du colloque organisé les 10-12 mai 2017
à la Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion de l'Université d'Angers
dans le cadre du projet de recherche GeDi : Genre et discriminations
sexistes et homophobes, financé par la Région Pays de la Loire

Les usages ambivalents de l'article 6 DDHC : le cas du genre

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS

*Professeure de droit public, Centre de Recherche et d'Études sur
les Droits fondamentaux (CREDOF), Université de Paris-Nanterre*

Soutenir que le principe d'égalité est l'un des principaux obstacles opposés à l'adoption de mesures visant à établir l'égalité est *prima facie* contre-intuitive et paradoxale¹. L'idée peut être exprimée de façon plus classique. Dans l'ordre juridique français, la conception formelle du principe d'égalité et le poids de l'universalisme l'emporte sur la recherche d'une égalité réelle. Le principe selon lequel la loi est la même pour tous tend à la prudence, si ce n'est à la méfiance, à l'égard de mesures favorisant des groupes ou des ensembles d'individus pourtant identifiés être socialement, culturellement ou économiquement dans une situation d'inégalité de fait ou de discrimination.

Les interprétations que le Conseil constitutionnel, comme le Conseil d'État, confèrent à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC)², mobilisé seul ou en combinaison

¹ Voir F. Edel, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, 2015/1, n° 61, p. 141.

² La loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

avec les articles 1³ ou 3 alinéa 3 de la Constitution française⁴, sont au cœur de du paradoxe. Elles sont sources de difficultés dès lors qu'il s'agit d'envisager des mesures spécifiques à destination de groupes d'individus ciblé. Cette situation est accentuée par les conséquences associées au caractère indivisible de la République française. Autrement dit, l'interprétation du principe d'égalité opérée à la lumière des principes d'universalité, d'unité et d'indivisibilité de la République rendent problématiques les références juridiques à certains groupes discriminés ou qui, sans être discriminés, présentent ou revendiquent des spécificités culturelles, sociales, linguistiques ou religieuses. Le Conseil constitutionnel, on le rappelle, a déclaré contraire aux principes « d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français » la référence législative au « peuple corse »⁵, tout comme certaines dispositions de la Charte européenne sur les langues régionales et minoritaires⁶. En droit français, il n'y a qu'un peuple, le peuple français ; il n'existe pas juridiquement de minorités ou de communautés bénéficiant de droits spécifiques fondés sur des caractéristiques linguistiques, religieuses, ethniques, sur le sexe ou encore sur des préférences sexuelles.

S'agissant plus particulièrement de ces deux derniers critères, toutes les mesures prises sur leur fondement s'adressent à des individus, des comportements, des activités et non à des communautés en tant que telles, c'est-à-dire en tant que titulaires d'une personnalité juridique et de droits spécifiques. Les débats qui ont entouré l'introduction de dispositions en faveur des femmes pour l'accès aux mandats politiques et aux fonctions électives sont à cet égard significatifs. La question de savoir si les femmes devaient être considérées comme une communauté ou une minorité est revenue de façon récurrente ce qui, incidemment, a

³ « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

⁴ Le suffrage est « universel, égal et secret ».

⁵ Décision n°91-290 DC, 9 mai 1991, *rec.* 50.

⁶ Décision n°99-412 DC, 15 juin 1999, *rec.* 71.

conduit à évoquer le cas des personnes homosexuelles comme argument-repoussoir : « A quand des quotas d'homosexuels et de lesbiennes ? » s'inquiétait le député Jean-Louis Beaumont face à un amendement visant à permettre l'adoption de mesures paritaires en faveur des femmes aux élections nationales et locales lors de la révision constitutionnelle de 1995⁷. Et pourtant, à l'exception de certains mouvements féministes portant des revendications différentialistes, les promoteurs de la parité homme-femme n'ont eu de cesse d'en défendre la compatibilité avec l'esprit universaliste français. Par exemple, à ceux qui craignaient une contagion des revendications communautaristes, Guy Carcassonne répondait : « la division de l'humanité entre femmes et hommes offre le seul cas de division limitée à deux, d'importance à peu près égale, répondant à des critères totalement objectifs. Ce qui n'est ni le cas des catégories religieuses, ni ethniques ou raciales. Il ne s'agit donc, en aucun cas de mettre le doigt dans quelque engrenage que ce soit »⁸. Le rapport rendu au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale par Catherine Tasca le 2 décembre 1998 abondait en ce sens : « les critiques qui invoquent le risque de communautarisme au sujet de la parité sont sans fondement. Aller vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n'est pas ouvrir une boîte de Pandore antirépublicaine, c'est simplement faire œuvre de justice, c'est-à-dire faire la République »⁹. Cette stratégie de décommunautarisation de l'esprit des mesures paritaires proposées n'est d'ailleurs pas pour rien dans le succès qui adviendra en 1999 de la révision constitutionnelle, en particulier pour surmonter les résistances sénatoriales.

S'agissant des dispositions adoptées en direction des personnes homosexuelles, les cas du PACS et du mariage pour tous sont eux aussi significatifs. Alors que ces deux réformes juridiques ont été

⁷ Assemblée Nationale, 2^{ème} séance du 11 juillet 1995, *JO débats*, p. 949.

⁸ Cité in G. Halimi, *La parité dans la vie politique. Rapport de la commission pour la parité entre femmes et hommes dans la vie politique*, La Documentation française, 1999, p. 40. Voir aussi sur ces débats, S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, D. Roman, *Genre et droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, p. 510 et s.

⁹ Rapport n° 1240 : http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1240.asp#P561_80159.

proposées à l'attention première des couples de même sexe, elles se sont mues en réforme pour tous. Le PACS a été ouvert aux couples hétérosexuels qui en ont fait un abondant usage. Le mariage ouvert aux couples de même sexe est le même que celui des couples hétérosexuels. Il n'est pas un « mariage homosexuel », mais, précisément, un mariage « pour tous », un mariage tout court : « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » affirme dorénavant l'article 143 du Code civil.

Cette résistance à l'encontre des mesures juridiques ciblant des groupes d'individus, conjuguée à la prégnance de la conviction que la loi doit être la même pour tous, permet de comprendre le caractère tardif de la formulation par les juridictions françaises que le principe d'égalité peut s'accommoder de différences de traitement en cas de différence de situation. Le Conseil d'État a attendu 1974¹⁰ pour l'affirmer ; le Conseil constitutionnel, 1979¹¹. Toutefois, cette différence de traitement ne constitue pas une obligation. Elle n'est qu'une possibilité dont peuvent ou non se saisir les autorités administratives¹² ou le législateur. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe¹³ : « si, en règle générale » le principe d'égalité « impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ». Surtout, pour être légales ou constitutionnelles, les différences de traitement doivent être dûment justifiées. Elles doivent reposer sur des « différences de situation appréciables », viser « une nécessité d'intérêt général »¹⁴ ou être « la conséquence nécessaire d'une

¹⁰ Conseil d'État, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, req. n° 88032 et n° 88148.

¹¹ Décision n°79-107 DC, 12 juillet 1979, *rec.* 31.

¹² Voir Conseil d'État, 28 mars 1997, *Société Baxter*, req. n°179049 et 179054. Voir aussi Cass. soc. 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine*, *Dr. soc.*, 1998, p. 615.

¹³ Décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, *rec.* 721 ; voir aussi décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *rec.* 100.

¹⁴ Conseil d'État, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *précit.*

loi »¹⁵ pour le Conseil d'État, être « en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁶ pour le Conseil constitutionnel.

Cette possibilité de traiter différemment des situations différentes a pour principal objectif de résorber des inégalités de fait ou, à tout le moins, de ne pas les accentuer par un traitement indistinct des spécificités... Or, et les questions relatives au genre, déclinées dans leur double dimension « sexe » (distinction « homme/femme ») et « sexualité » (personnes LGBT) le mettent en évidence, l'affirmation que des situations sont juridiquement différentes fournit aussi, à l'inverse, une justification pour ne pas accorder un traitement identiques à tous. Autrement dit, de façon paradoxale, l'interprétation que confèrent au principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État, peut aussi bien faire obstacle, d'un côté, à l'adoption de mesures « positives » visant à résorber certaines inégalités de fait (I) que, d'un autre côté, à contraindre de traiter identiquement à d'autres certaines situations. Certaines inégalités devant le droit se trouvent ainsi perpétuées tant le législateur n'exprime pas la volonté politique d'y mettre fin (II).

I. Le principe d'égalité, obstacle à l'adoption de mesures favorables fondées sur le critère du genre : le cas de la parité « homme/femme »

Le principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, constitue l'un des principaux fondements des déclarations d'inconstitutionnalité relatives à des dispositions prises en faveur de certaines catégories de personnes estimées être dans une situation inégalitaire. L'histoire de la parité homme-femme ou, plus exactement, des mesures visant à favoriser « l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » l'illustre tout

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Voir par exemple, décisions n°2015-465 QPC, 24 avril 2015 ; n°2015-495 QPC, 20 octobre 2015.

particulièrement. L'obstacle de l'article 6 de la DDHC tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel (A), n'a pu être levé que par deux révisions constitutionnelles (B).

A. L'« état du droit »

La saga de l'adoption des mesures visant à favoriser l'accès des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives a notamment pour point de départ la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982 dite « Quota par sexe »¹⁷. Le Conseil déclare inconstitutionnelles des dispositions législatives qui prévoyaient que les listes de candidats aux élections municipales ne pouvaient comporter plus de 75 % de personnes du même sexe. Le Conseil considère qu'une telle mesure est contraire au principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC ainsi qu'aux principes d'égalité et d'universalité de l'expression du suffrage énoncés à l'article 3 de la Constitution. Selon lui, il résulte du « rapprochement de ces textes » que « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ». Ces principes s'opposent « à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles » « pour tout suffrage politique » et par conséquent, en l'espèce, pour l'élection des conseillers municipaux.

Pendant longtemps, le législateur ne s'est plus risqué à pareille initiative. La préoccupation de la parité homme-femme a toutefois resurgi dans les agendas politiques une dizaine d'années plus tard. Elle a commencé par faire l'objet de propositions d'amendements au cours des débats sur la révision constitutionnelle de 1995 « portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires », adoptée le 4 août 1995. Les amendements soutenus par

¹⁷ Décision n°82-146, 18 novembre 1982, *rec.* 66.

l'opposition, à ce moment, socialiste et communiste, ont été rejetés¹⁸.

Cela ne fut que partie remise après la victoire de la gauche aux élections législatives de 1997. En décembre 1998, le parlement adopte une loi qui oblige les partis politiques à assurer la parité homme-femme sur les listes de candidats présentés aux élections régionales. Mais, saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel maintient la position affirmée en 1982. Il précise, néanmoins, que celle-ci est liée à « l'état du droit » : « en l'état du droit (...) la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans les conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus ni pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ni pour une raison tenant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, sans que puisse être opérée aucune distinction entre électeurs ou éligibles en en raison de leur sexe »¹⁹.

Il revenait par conséquent au pouvoir constituant de changer cet « état du droit ». À dire vrai, la majorité politique n'avait pas attendu la décision du Conseil constitutionnel. L'anticipant de quelques semaines, un projet de loi constitutionnelle avait été déposé en ce sens en décembre 1998 à l'Assemblée nationale. Après désaccord entre les députés favorables à des mesures paritaires affectant le nombre d'élus et des sénateurs, ou bien hostiles par principe à toute mesure, ou bien préférant agir sur l'organisation interne des partis politiques, un compromis est finalement trouvé. La révision constitutionnelle adoptée le 8 juillet 1999 ajoute, d'une part, un 4^e alinéa à l'article 3 de la Constitution selon lequel « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » et, d'autre part, un 2^e alinéa à l'article 4 qui prévoit que les partis et groupements politiques « contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi ».

¹⁸ Voir S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, D. Roman, *Genre et droit*, op. cit., pp. 510 et s.

¹⁹ Décision n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, rec. 21.

Cette révision constitutionnelle appelle ici deux remarques. En premier lieu, elle a suscité des débats très animés, en particulier au Sénat où elle a rencontré une forte opposition menée au nom de l'universalisme, argument objectivant parfois à bon compte des positions machistes moins avouables. Une des craintes essentielles, précédemment évoquée, était que ne s'ouvre une boîte de Pandore des revendications communautaires : aujourd'hui les femmes, demain les personnes issues de l'immigration, les bretons, les corses, les homosexuels... Dans cette perspective, le terme même de « parité » promu par les partisans de la réforme, mais que l'on ne retrouve pas tel quel dans le texte de la loi constitutionnelle, peut être compris comme l'expression d'un compromis qui permet d'éviter des références plus polémiques à celui de « quota ». En second lieu, lue à la lettre, la révision constitutionnelle ne formule aucune obligation à l'adresse du législateur. Elle s'inscrit dans un registre normatif incitatif ou promotionnel, pour le dire avec le vocabulaire de Norberto Bobbio²⁰. Il s'agit de permettre d'adopter des mesures considérées dérogatoires à l'interprétation que le Conseil constitutionnel confère au principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC, et non d'exiger du législateur d'édicter des normes imposant la parité homme-femme dans tous les domaines. Le législateur peut favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives ; il n'est pas obligé de l'imposer.

B. L'interprétation stricte des révisions constitutionnelles

Si ni le Conseil constitutionnel, ni le Conseil d'État n'ont pu ignorer le changement constitutionnel intervenu, ces deux institutions ont eu, et ont encore, tendance à en circonscrire la portée. Elles jouent pour ce faire sur l'étendue des activités couvertes par la réforme ainsi que sur le type d'obligations définies par les textes soumis à leur contrôle. À chaque fois, le principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC, seul ou combiné à d'autres, apparaît au fondement des décisions

²⁰ N. Bobbio, *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, Coll. Rivage du droit, 2012, pp. 41 et s.

d'inconstitutionnalité des mesures visant à favoriser l'élection ou la nomination de femmes dans les instances décisionnelles.

Le Conseil constitutionnel a ainsi déployé une conception stricte de la notion de « mandats électoraux » et de « fonctions électives ». Dans une décision où il contrôlait une loi organique relative au Conseil supérieur de la Magistrature²¹, il a refusé de considérer que les fonctions exercées au sein dudit Conseil constituent des mandats électoraux ou des fonctions électives. Selon le Conseil constitutionnel, l'élection au Conseil supérieur de la Magistrature présente un caractère professionnel. Elle n'entre pas dans le champ de la réforme adoptée par le pouvoir constituant. Le Conseil déclare par conséquent contraire au principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC les dispositions soumises à son examen.

Il réitère ce raisonnement dans deux décisions postérieures portant sur la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes²² et la loi relative à l'égalité des chances²³. Ces lois prévoyaient des quotas de présence de femmes, pour la première, au sein d'instances juridictionnelles et, pour la seconde, au sein d'organes délibératifs professionnels des secteurs publics et privés (conseils d'administration et de surveillance des établissements publics, des entreprises publiques et des sociétés du secteur public, commissions administratives, comités d'entreprise, délégués du personnel, conseil de prud'homme). En se fondant une nouvelle fois sur l'article 6 de la DDHC, le Conseil constitutionnel estime non seulement que ces dispositions n'entrent pas dans le champ de la révision constitutionnelle de 1999, mais, également, que si la recherche de l'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas en soi inconstitutionnelle, elle ne saurait aboutir à faire prévaloir le critère du sexe de la personne sur celui de ses capacités²⁴.

Le Conseil se montre toutefois plus souple à propos de la composition des jurys de concours, à condition, toutefois, là

²¹ Décision n°2001-445, 19 juin 2001, *rec.* 63.

²² Décision n°2006-533 DC, 16 mars 2006, *rec.* 39.

²³ Décision n°2006-535 DC, 30 mars 2006, *rec.* 50.

²⁴ Voir décision n°2006-533 DC, 16 mars 2006, *rec.* 39.

encore, que les mesures visant à assurer une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes n'aient « pas pour objet » ni « pour effet de faire prévaloir lors de la constitution » des « jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications »²⁵. En d'autres termes, il ne s'agit pas de promouvoir une personne sur la seule considération qu'elle est une femme. L'acceptation de la constitutionnalité des mesures envisagées semble par ailleurs aussi tenir au fait que celles-ci ne sont pas de nature impérative, mais seulement incitative. Elles concourent « à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel appréhende les mesures en faveur des femmes comme une obligation de moyen et non de résultat.

Seule une nouvelle révision de la Constitution pouvait donc surmonter l'obstacle de l'interprétation stricte imposée par le Conseil constitutionnel. Chose fut faite le 23 juillet 2008 à l'occasion d'une réforme plus vaste de « modernisation des institutions ». L'article 1 de la Constitution française prévoit dorénavant que « la loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Plusieurs lois et décrets ont ensuite été adoptés pour imposer des pourcentages *minima* de présence des femmes dans les instances décisionnelles professionnelles, administratives, électives, en particulier là où les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État les avaient exclues.

Pour autant, s'ils ne peuvent ignorer cette nouvelle intervention du constituant, ni le Conseil d'État, ni le Conseil constitutionnel, n'ont fondamentalement changé leur conception du principe d'égalité à l'abord des mesures de type paritaire.

²⁵ Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *rec.* 49. Voir aussi sur l'objectif d'accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formations professionnelles instituées par les régions, décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *précit.*

S'agissant du premier, dont la jurisprudence se situe dans la droite lignée de celle du Conseil constitutionnel²⁶, on n'évoquera ici qu'un exemple, celui de la présence des femmes dans les instances dirigeantes des fédérations sportives. Le cas est significatif, car il a été jugé après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 alors qu'il portait sur des actes administratifs qui lui étaient antérieurs. En l'espèce, le Conseil d'État se fonde principalement sur les articles premiers de la DDHC et de la Constitution. Toutefois, l'article 6 de la DDHC n'est pas absent dans la mesure où le Conseil d'État se réfère directement à la décision précitée du 16 mars 2006 du Conseil constitutionnel portant sur la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Il fait alors jouer à plein les règles d'application de loi dans le temps et conséquemment l'interprétation stricte de la portée de la révision constitutionnelle de 1999 en ignorant celle intervenue entre temps en 2008. Il fait ainsi valoir « qu'en l'absence de toute disposition législative applicable aux fédérations sportives agréées, fixant les règles destinées à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux instances dirigeantes de ces fédérations, les dispositions du second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne peuvent, par elles-mêmes, avoir eu pour effet de rendre légales les dispositions (...) des statuts types des fédérations sportives agréées ». Sur le fond, il rappelle solennellement que « si le principe constitutionnel d'égalité ne fait pas obstacle à la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités, il interdit, réserve faite de dispositions constitutionnelles particulières, de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »²⁷.

S'agissant du Conseil Constitutionnel, les résistances à l'extension de mesures paritaires ont également pris une autre tournure. Il ne s'agit plus seulement pour lui de les censurer parce qu'elles seraient hors champ de la révision ou feraient prévaloir des

²⁶ Conseil d'Etat, 22 juin 2007, *M. Lesourd*, *RFDA*, 2007, p. 1077.

²⁷ Conseil d'Etat, 10 octobre 2013, *Fédération française de gymnastique*, <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/precision-du-conseil-detat-concernant-le-principe-degalite//h/obddf260e32c7453fc6dd1c7ba413547.html>

considérations de genre sur les vertus et les talents. Le Conseil refuse aussi de censurer des dispositions qui ne s'appliquent pas identiquement à tous dès lors qu'il estime que les situations concernées sont différentes. Autrement dit, sur le fondement du principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC, le Conseil peut tout autant s'opposer à des mesures visant à rétablir une égalité de fait, qu'à ne pas déclarer inconstitutionnelles des dispositions législatives qui perpétuent des différences de traitements.

II. Les différences de situation, justification à l'absence d'obligation d'un traitement identique

Toutes les juridictions françaises l'ont admis, le principe d'égalité s'accommode de différences de traitement lorsque des situations sont différentes, que l'intérêt général ou l'objet de loi, le justifie. Cette différence de traitement est en principe destinée à prendre en considération les spécificités de certaines situations afin de ne pas produire ou accentuer des inégalités de fait qui résulteraient d'un traitement identique de situations qui ne le sont pas. Dans le champ du genre, elle a plutôt été la conséquence d'une absence de volonté juridictionnelle de considérer juridiquement identique certaines situations de fait (A). C'est alors au législateur qu'il est revenu - et revient -, d'intervenir pour réputer juridiquement identique ces situations et permettre une identité de traitement (B). Il y a dès lors, avec le cas du genre, une belle illustration des propriétés fictionnelles du droit. Deux situations de fait peuvent être réputées juridiquement tantôt identiques, tantôt différentes et faire l'objet de traitements identiques ou distincts selon la volonté des acteurs juridiques.

A. L'accommodation aux différences de traitement

Le Conseil constitutionnel le répète à l'envi : « aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi 'doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse'. Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des

raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »²⁸. Cette différence de traitement est traditionnellement inspirée par un principe de justice. On l'a évoqué, il s'agit de ne pas entretenir ou accentuer des inégalités qui résulteraient du traitement identique de situations spécifiques ou distinctes.

La décision portant sur la loi égalité et citoyenneté adoptée en janvier 2017²⁹ offre une illustration de l'intégration de ce principe de justice en matière de lutte contre les discriminations. Ladite loi insère un article 54-1 dans la loi du 29 juillet 1881 qui autorise la juridiction pénale « saisie de poursuites pour des faits qualifiés soit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, soit de diffamation soit d'injures publiques, lorsqu'ils sont commis en raison de l'ethnie, de la race, de la nation ou de la religion » ainsi qu'« en raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre » à « requalifier l'infraction sur le fondement de l'une des deux autres qualifications ». Ce faisant, la loi institue une dérogation au régime général de la qualification des faits en matière d'infraction à la loi sur la presse. Celui-ci repose en effet sur le principe que la qualification fixée par l'acte de poursuite est irrévocable.

La question est alors de savoir si la lutte contre certaines discriminations présente des spécificités telles qu'elles justifient cette différence de régime en matière de qualification des faits. Le Conseil constitutionnel l'admet. Il rappelle qu'« il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense ». Le Conseil estime que les dispositions en cause « ont pour objet de faciliter la poursuite et la

²⁸ Voir par exemple, décision n°2015-465, 24 avril 2015.

²⁹ Décision n°2016-745 DC, 26 janvier 2017.

condamnation (...) des auteurs des susdits propos ou d'écrits » et que « la différence de traitement qui en résulte, selon la nature des infractions, ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi ».

Il reste que cet accommodement à l'égard des différences de traitement pour des situations différentes, conjugué à la volonté incessamment répétée par le Conseil constitutionnel de ne pas se substituer à l'appréciation du législateur, peut aussi desservir les personnes considérées être dans une situation différente. La formulation du principe d'égalité devient dans ce contexte une justification pour ne pas traiter - et ne pas contraindre à traiter - à l'identique des situations réputées distinctes. Pour le Conseil constitutionnel en effet, face à ces situations, le législateur a le choix. Si, en règle générale, nous dit-il, les situations identiques doivent être traitées de façon identique, quand les situations sont différentes, le législateur peut ou bien instituer une différence de traitement dûment justifiée, ou bien leur conférer un même traitement.

La question cruciale devient alors de déterminer les critères qui permettent de réputer une situation identique ou différente à une autre. L'appréciation est variable et convoque inévitablement un ensemble hétérogène d'éléments de nature idéologique, politique, anthropologique..., toutes choses particulièrement sensibles, on s'en doute, en matière de genre : un homme et une femme doivent-ils être considérés comme étant dans des situations identiques ou différentes ? Dans tous les cas ou en fonction des contextes considérés et des buts poursuivis ? Un couple composé de personnes de même sexe est-il identique à un couple composé de personnes de sexes différents ? Dans tous les cas ou en fonction des contextes considérés et des buts poursuivis ? Par exemple, tandis que la Cour de cassation a pu estimer, à propos de la transmission d'un logement de vie commune au compagnon d'un défunt, que la situation des concubins n'est « pas comparable à celle de personnes mariées de sorte que l'absence de transfert du contrat de bail au concubin homosexuel n'est pas discriminatoire alors qu'un tel transfert est prévu au profit du conjoint - au sens

strict, l'époux »³⁰, la Cour de justice des communautés européennes a considéré, pour sa part, que « les partenaires de vie et les époux » sont « dans une situation comparable et qu'en conséquence le refus d'une législation nationale d'accorder une prestation de survie au partenaire survivant était une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle »³¹.

La détermination de l'identité ou non de situation emporte donc des conséquences juridiques déterminantes. Réputer identiques des situations conduira, « en règle générale », à les traiter identiquement et à déclarer inconstitutionnelles des différences de traitement ; réputer différentes des situations renverra au législateur le choix du traitement juridique. Ou bien, celui-ci mettra fin aux différences de régime, ou bien il s'abstiendra d'intervenir et laissera se perpétuer des situations d'inégalité ou de discrimination.

B. Études de cas

Ces difficultés apparaissent nettement dans deux types de décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de genre, et ce d'autant mieux que le législateur, tirant les leçons de son appréciation souveraine, est dans certains des cas intervenu pour mettre fin aux différences de traitement, et donc réputer juridiquement identiques des situations jusque-là considérées comme différentes. Le principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC a ainsi été mobilisé pour justifier, d'une part, des différences de traitement à l'égard des couples de même sexe dans le champ du droit de la famille (1) et, d'autre part, un refus d'extension des règles paritaires hommes-femmes dans les instances universitaires (2).

a) Les couples de même sexe, le mariage et l'adoption

Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision sur le mariage pour tous³² comme il l'avait fait à l'occasion de questions

³⁰ Cass., civ. 3, 17 déc. 1997, Bull. civ., III, 1997, n° 225, p. 151.

³¹ CJCE, 1^{er} avril 2008, C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, point 73.

³² Décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013.

prioritaires de constitutionnalité sur l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe³³ et sur l'adoption au sein d'un couple non marié³⁴, il n'entend imposer aucune appréciation sur l'identité ou non de traitement à l'égard de situations dont il admet qu'elles puissent être considérées comme différentes au regard de l'objet d'une loi. Plusieurs conséquences en cascade en ont résulté pour les couples composés de personnes de même sexe.

Tout, conceptuellement, a pour point de départ la question du mariage, bien que, chronologiquement, c'est sur l'adoption que le Conseil constitutionnel s'est d'abord prononcé. Dans sa décision du 28 janvier 2011 rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe, après avoir rappelé le texte de l'article 6 de la DDHC et les conséquences qu'il lui attache, le Conseil affirmait sans ambages : « en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté »³⁵.

Entérinant ainsi l'existence d'une différence de situation, et donc d'une possible différence de traitement, entre les couples selon qu'ils soient composés de personnes de sexes différents ou non, on comprend que quelques mois plus tôt le Conseil ait, toujours sur le fondement du principe d'égalité, pu admettre que l'adoption était réservée aux seuls couples mariés : « en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la

³³ Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011.

³⁴ Décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010.

³⁵ Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011.

compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe »³⁶.

Pour le dire prosaïquement : si vous voulez adopter, mariez-vous. Mais c'est à l'époque double peine pour les couples de même sexe qui, ne pouvant se marier, ne pouvaient pas non plus adopter. La rédaction des décisions du Conseil constitutionnel laissait néanmoins une ouverture : le renvoi au législateur de la responsabilité d'intervenir pour modifier l'état du droit. Le Conseil n'impose en l'occurrence donc rien, mais il n'interdit *a priori* rien non plus.

C'est ainsi qu'a pu être adoptée et validée la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples composés de personnes de même sexe. Pour le Conseil constitutionnel, cette loi ne méconnaît pas plus le principe d'égalité que ne le méconnaissait l'état du droit antérieur : « en permettant l'adoption par deux personnes de même sexe ou au sein d'un couple de personnes de même sexe », nous dit-il, « le législateur, compétent pour fixer les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes en application de l'article 34 de la Constitution, a estimé que l'identité de sexe des adoptants ne constituait pas, en elle-même, un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, pour l'établissement d'un lien de filiation adoptive, de la différence entre les couples de personnes de même sexe et les couples formés d'un homme et d'une femme »³⁷.

³⁶ Décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010.

³⁷ Décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013.

b) Retour sur la parité homme-femme

La décision n° 2015-465 du 24 avril 2015 relative à la composition des instances universitaires fournit un dernier exemple de l'interprétation ambivalente dont peut faire l'objet l'article 6 de la DDHC. Cet article y est mobilisé pour déclarer constitutionnelles à la fois des dispositions législatives imposant la parité dans des formations d'instances universitaires et celles qui en excluent l'extension au corps des professeurs d'université.

Ainsi, d'un côté, le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité des règles de composition paritaire hommes-femmes pour la formation restreinte du Conseil académique des universités lorsque celui-ci examine « des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs autres que les professeurs d'universités ». Ses règles assurent, selon le Conseil constitutionnel, « la conciliation entre » le principe d'égalité devant la loi énoncé à l'article 6 de la Déclaration et l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles énoncé à l'article premier alinéa 2 de la Constitution. Relevons au passage, qu'en contrôlant le niveau de conciliation, le Conseil conçoit le principe d'égalité et l'objectif de parité non pas sur le mode de la complémentarité, mais celui de l'antagonisme.

D'un autre côté, le Conseil constitutionnel prend appui sur ce même principe d'égalité pour également admettre la constitutionnalité de l'absence d'extension de l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles au corps des professeurs d'université, et donc pour justifier une différence de traitement au détriment de ce corps. Le Conseil considère que la différence entre les enseignants-chercheurs autres que les professeurs d'universités et ces derniers est « en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». Autrement dit, le corps des professeurs se trouve dans une situation différente des autres corps au regard de l'objectif paritaire. Certes, mais sur le fondement de quel ordre de considération ? Car s'il est bien vrai que le taux et le nombre de femmes professeurs d'université est structurellement plus faible que celui des hommes, et que la parité stricte n'est pas toujours aisée à obtenir dans les instances faute de combattantes,

est-ce en excluant par principe l'application de cet objectif que le plafond de verre pourra se briser ?

Si l'article 6 de la DDHC reste l'un des fondements les plus puissants du principe d'égalité en France, ses divers usages l'ont érigé en principal obstacle à l'adoption de mesures visant à remédier à certaines situations d'inégalité de fait. Les cas relatifs au genre sont révélateurs. Ils sont sans doute aussi symptomatiques tant des résistances - en tout genre pourrait-on dire - que les questions de genre suscitent que de la prégnance du soubassement universaliste qui guide toujours les raisonnements déployés au sein des institutions françaises. Pour parvenir à adopter des mesures visant à favoriser l'« égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales », et surmonter l'interprétation qu'impose le Conseil constitutionnel du principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la DDHC, il aura fallu deux révisions constitutionnelles. Et ces révisions n'ont pu aboutir qu'avec un effort de décommunautarisation des mesures proposées. Dans les cas portant sur les couples composés de personnes de même sexe, les décisions du Conseil constitutionnel n'ont pas conduit à solliciter le constituant, mais le législateur. L'article 6 de la DDHC s'est alors révélé être non pas tant un obstacle à ce que le législateur adopte des mesures à l'attention de ces couples, qu'un argument pour le laisser libre et pour ne pas le contraindre à agir dans le sens d'une égalité de traitement.