

Constitutions et genre

Rapport français

Diane Roman

Professeure de droit, Université François-Rabelais

Diane.roman@univ-tours.fr

(rapport provisoire, ne pas citer)

1. Terminologie des sources constitutionnelles

A. Vocabulaire constitutionnel

Rédigée il y a soixante ans, la Constitution du 4 octobre 1958 emploie un registre linguistique exclusivement au masculin : pour désigner les titulaires de la souveraineté nationale, il est ainsi question des « citoyens » (art. 1 et art. 34), des « Français » (art. 34), des « électeurs » (art. 72-1). Alors même que les citoyennes françaises jouissaient du droit de vote depuis 1944, l'article 3 de la Constitution est rédigé de la manière suivante : « sont électeurs (...) tous les nationaux français majeurs des deux sexes ». Seule exception, l'article 76 utilise une formule épécène pour désigner « les populations de la Nouvelle Calédonie ».

Les fonctions officielles des titulaires de mandats politiques sont, elles aussi, au masculin singulier. La Constitution désigne le « Président de la République » (Titre II), le Premier ministre » (art. 8), le « Président de l'Assemblée nationale » et le « Président du Sénat » (art. 32). S'agissant des « représentants » du peuple (art.3), la Constitution emploie le masculin pluriel : les « députés » (art. 23) et les « sénateurs » (art.25).

Quant aux autorités nommées, elles sont systématiquement désignées au masculin, singulier ou pluriel : sont ainsi mentionnés les « conseillers d'État », le « grand chancelier de la Légion d'honneur », les « ambassadeurs et envoyés extraordinaires », les « conseillers maîtres à la Cour des comptes », les « préfets », les « représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie », les « officiers généraux », les « recteurs des académies », les « directeurs des administrations centrales » (art. 13), le « Président » du Conseil constitutionnel (art. 56), « le Premier président de la Cour de cassation » (art. 65), « le Défenseur des droits » (titre XI bis). La formule de l'art. 65, relative à la composition du Conseil supérieur de la magistrature, est révélatrice : « La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées (...) ».

On doit toutefois souligner certaines formules épiciques, qu'il s'agisse de la désignation d'institutions (par exemple, le titre V porte sur les rapports entre « le Gouvernement et le Parlement », le titre VIII porte sur « l'autorité judiciaire » - même si les membres de la magistrature sont désignés par le terme de « magistrats » (par ex. art. 64 et 65-), ou que les titulaires des fonctions soient désignées: l'article 31 et l'article 39 mentionnent « les membres du gouvernement », l'article 23 emploie l'expression épicique de « membres » du Sénat, l'article 26 porte sur « les membres du Parlement », l'article 68-2 vise « les parlementaires », l'article 57 traite des « membres du Conseil constitutionnel ».

Ce mode linguistique a été critiqué : comme le souligne le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, « en excluant symboliquement de son champ la moitié de la population française, la Constitution invisibilise les femmes : il est donc nécessaire de rédiger la Constitution en usant du féminin tout autant que du masculin. La portée performative du langage est importante, en ce qu'elle témoigne de notre vision du monde, et le choix de l'utilisation de la règle grammaticale, selon laquelle le masculin est neutre, exclut symboliquement les femmes des hautes fonctions de la République. En français, le neutre n'existe pas : un mot est soit masculin, soit féminin. L'usage du masculin n'est pas perçu de manière neutre en dépit du fait que ce soit son intention, car il active moins de représentations de femmes auprès des personnes interpellées qu'un générique épicique. Par conséquent, le HCE recommande l'application à la Constitution des recommandations du « Guide pour une communication publique sans stéréotype de sexe », en particulier en usant alternativement et selon la forme la plus fluide : la double flexion : « les ambassadeurs et ambassadrices » ; les termes épiciques ou englobant : « l'électorat » ; le point médian : « les député.e.s » »¹.

En lien avec cette volonté politique de modifier le langage constitutionnel, il convient de relever les débats que le terme de « droits de l'homme » suscite en France depuis une trentaine d'années. L'expression, consacrée pour la première fois en droit français par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (ayant toujours valeur constitutionnelle), est reprise dans différents textes dont le préambule de la Constitution de 1958 : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 », et l'art. 53-1 de la Constitution : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées ». Considérée comme désuète, exclusive et en décalage avec les usages existant dans les autres pays de la francophonie, l'expression pourrait se voir remplacer par celle de « droits humains ». Les premiers débats sur la révision de la Constitution, lancée à l'été 2018, ont vu de nombreux amendements parlementaires déposés en ce sens. Tous ont été rejetés.

¹ HCEF, Pour une Constitution garante de l'égalité femmes-hommes, rapport 18 avril 2018, p. 22 ; en ligne : http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_rapport_constitution-garante-v4.pdf

B. Principe d'égalité

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont le célèbre article 1er pose le principe d'égalité, ne comporte aucune référence à l'égalité entre les hommes et les femmes. La formule de l'article 1er (« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ») a longtemps toléré l'existence de dispositifs législatifs réservant des droits aux individus de sexe masculin (à commencer par le droit de vote) ou instaurant un statut subordonné pour les femmes (inégalité au sein du mariage et de la famille).

La première consécration du principe d'égalité s'est faite à travers le préambule de la Constitution de 1946 (intégré au bloc de constitutionnalité actuel). Son alinéa 3 dispose que « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». La formule, novatrice pour l'époque, est désormais critiquée. Comme le relève le HCEFH : « Les droits des femmes sont construits à partir de ceux des hommes, et les femmes y sont ainsi reconnues comme le second sexe »².

Le texte même de la Constitution de 1958 ne comportait aucune disposition relative à l'égalité entre les femmes et les hommes. Le silence de l'article 1er est révélateur : en affirmant que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », elle omet expressément la référence à la distinction de sexe.

Cette carence sera partiellement palliée par deux processus distincts :

1. D'une part, un processus de révision constitutionnelle : une double révision constitutionnelle a eu pour objet de reconnaître l'égal accès aux responsabilités politiques, professionnelles et sociales. La loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes a modifié la Constitution afin de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives et de surmonter la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision du 18 novembre 1982). La modification ajoute à l'actuel article premier : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. » et à l'article 4 : « Ils [les partis politiques] contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi. » La loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République élargit la portée de ces dispositions en ajoutant à l'article premier de la Constitution « ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Issu de cette double révision, l'article 1er de la Constitution prévoit que « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». En dernier lieu, la discussion parlementaire sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace présenté au parlement à l'été 2018 (dont l'adoption a été repoussée à l'hiver 2018-2019) a dégagé un consensus sur la nécessité de compléter l'article 1er de la Constitution afin de consacrer l'égalité entre les femmes et les

² Idem, p. 16

hommes en précisant que la République assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens « sans distinction de sexe ».

2. D'autre part, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel a progressivement consacré le principe d'égalité entre les femmes et les hommes.

S'agissant du premier, une lecture rétrospective de la jurisprudence administrative du siècle dernier affirme volontiers que, en 1936, le Conseil d'État a posé le principe de l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois publics³. Mais ce serait retenir une lecture biaisée du célèbre arrêt *Dlle Bobard*, qui a certes consacré le principe mais immédiatement admis la possibilité pour l'administration d'y déroger, en reconnaissant au pouvoir réglementaire la possibilité « de fixer par des règlements d'administration publique les règles relatives au recrutement et à l'avancement du personnel de ces administrations, et de décider, en conséquence, à cette occasion, si des raisons de service nécessitent, dans un ministère, des restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel féminin ». Si l'égalité était le principe, un texte express pouvait y déroger. Sous l'influence du droit européen, la jurisprudence administrative a retenu une conception plus exigeante du principe d'égalité, affirmant par exemple, par l'arrêt d'assemblée *Lesourd* de 2007, rendu au visa de l'alinéa 3 du Préambule de 1946, que « le principe d'égalité d'accès aux emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen exclut que, pour les candidatures à des dignités, places et emplois publics (...) une distinction puisse être faite entre les candidats en raison de leur sexe »⁴.

Quant au Conseil constitutionnel, sa jurisprudence est contrastée : si elle témoigne d'une forte réticence à l'égard des dispositifs de parité femme-homme (v. infra), elle fait désormais application de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 en présence de dispositions législatives instituant une différence de traitement non justifiée. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pu considérer que « en réservant aux Français du sexe masculin, quelle que soit leur situation au regard des obligations militaires, le droit de choisir de conserver la nationalité française lors de l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère, les dispositions contestées instituent entre les femmes et les hommes une différence de traitement sans rapport avec l'objectif poursuivi et qui ne peut être regardée comme justifiée ; que cette différence méconnaît les exigences résultant de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et du troisième alinéa du Préambule de 1946 »⁵. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs admis que le troisième alinéa du Préambule 1946 est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et peut à ce titre fonder une question prioritaire de constitutionnalité (2013-360 QPC, 9 janvier 2014, cons. 5)

³ CE, Ass., 3 juill. 1936, n° 43239, *Dlle Bobard* et autres

⁴ CE, sect., 22 juin 2007, n° 288206, *Lesourd*. L'assemblée formulait alors une réserve en précisant que le principe s'appliquait aux dignités et fonctions « autres que ceux ayant un caractère politique », compte tenu de la révision constitutionnelle de 1999.

⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014 : Mme Jalila K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes]

2. Etat civil et identité de genre

A. Identité de genre et binarité des sexes

La Constitution française n'utilise pas la notion d'identité de genre, inconnue à l'époque de sa rédaction (1958). Elle n'impose pas précisément non plus la binarité des sexes à l'état civil, même si l'article 3 prévoit expressément que « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes (...) ». La jurisprudence est en revanche venue apporter des précisions sur ces deux points.

D'une part, le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, laquelle a introduit dans plusieurs dispositions législatives la notion d' « identité de genre ». Ceci n'était pas une disposition inédite, puisque l'article 225-1 du Code pénal avait déjà été modifié par une loi du 18 novembre 2016 pour sanctionner les discriminations fondées sur ce motif. Toutefois, l'inconstitutionnalité éventuelle de cette disposition n'avait jamais été soulevée. En revanche, la saisine parlementaire de loi de 2017 arguait de l'inconstitutionnalité de la notion, invoquant son imprécision au regard du principe de légalité des délits et des peines et de l'exigence d'intelligibilité de la loi. Le Conseil rejette l'argument, en se référant d'une part aux différents textes internationaux qui emploient la notion (Conseil de l'Europe du 12 avril 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestiques et dans la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011) et, d'autre part, aux travaux parlementaires : « le législateur a entendu viser le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état-civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin ». Il conclut que « dans ces conditions, les termes d' "identité de genre" utilisés par le législateur sont suffisamment clairs et précis »⁶. Or, c'est justement un souci de clarté et de précision qui avait conduit le législateur à utiliser la notion d'identité de genre, de préférence à celle d' « identité sexuelle ». Il s'agissait pour le législateur d'éviter le recours à un adjectif commun qui favorise les amalgames dans l'expression « l'orientation et l'identité sexuelle ». La notion de « genre » plutôt que celle « d'identité sexuelle » permettrait ainsi de mieux les distinguer. L'identité de genre, qui relève du sexué (sentiment et expression de son identité construits comme relevant de la bicatégorisation masculin/féminin), peut ne rien dire de l'orientation, qui relève du sexuel (« attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers une autre personne »)⁷.

D'autre part, la jurisprudence de la Cour de Cassation a eu à se prononcer sur la question de la reconnaissance d'un sexe neutre. L'article 57 du Code civil, de valeur législative, dispose en effet que, parmi d'autres mentions, l'acte de naissance d'un enfant mentionne son sexe,

⁶ Conseil constitutionnel, décision n°2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, § 89

⁷ Marie-Xavière Catto, chronique REGINE « Droit et genre », Recueil Dalloz 2018 p. 919 et s., citant le rapport R. Hammadi, Doc AN n°3851, p. 67 et 686

sans préciser toutefois qu'il doit s'agir d'un féminin ou masculin⁸, laissant ainsi ouverte la possibilité théorique d'un 3^e sexe, pour les enfants hermaphrodites ou intersexués. Saisie d'un contentieux formé par une personne intersexuée réclamant la modification de son état civil, dans lequel il était mentionné de « sexe masculin », la Cour de cassation a considéré que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin »⁹. En effet, selon la Cour, « si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ». On voit ainsi que la cour mobilise deux types d'arguments, l'un d'ordre public (alors que la cour d'appel se référait au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, la Cour de cassation invoque un élément « fondateur » et « nécessaire » de l'organisation sociale et juridique), l'autre conséquentialiste, fondé sur les répercussions qu'aurait toute autre décision.

B. Transidentité

La solution rendue à propos de la reconnaissance d'un sexe neutre est congruente avec celle antérieure de la Cour de cassation relative à la transidentité et aux modifications de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transgenres. Longtemps hostile à toute modification de la mention du sexe à l'état civil, en vertu du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, la Cour de cassation a été amenée à faire évoluer sa jurisprudence, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰. Après avoir admis que « « lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence »¹¹, elle a affirmé que « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence »¹². C'est à cette jurisprudence que se référait la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel en date du 17 octobre 2016, qui soulignait que la réforme apportée par l'article 56 de la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle « bouleverse substantiellement le code civil en démedicalisant totalement la procédure de changement d'état civil des personnes transgenres en contradiction directe avec la jurisprudence de la Cour de cassation portant le caractère « irréversible » de la

⁸ « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant ».

⁹ C. Cass., Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189, statuant sur CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281

¹⁰ CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, n°13343/87

¹¹ C. Cass., Ass. plén. 11 déc.1992, n° 91-11.900

¹² C. Cass., Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490

transformation de son apparence ». Le Conseil constitutionnel balaie l'argument, en visant le principe à valeur constitutionnelle de « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ». Selon le Conseil, « En permettant à une personne d'obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil sans lui imposer des traitements médicaux, des interventions chirurgicales ou une stérilisation, les dispositions ne portent aucune atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Le grief tiré de la méconnaissance de ce principe manque en fait »¹³.

Désormais, la procédure de changement de sexe à l'état civil est encadrée par l'article 61-5 du Code civil. Elle prévoit que toute personne majeure ou mineure émancipée qui prouve, par une réunion suffisante de faits, que la mention relative à son sexe à l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue, peut en obtenir la modification. Ce même article 61-5 énumère une liste indicative de trois principaux faits susceptibles de révéler le changement de sexe dont la preuve peut être rapportée par tout moyen : se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; être connu sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; avoir obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. L'article 61-6 confie au tribunal de grande instance le soin de statuer sur les demandes de changement de sexe à l'état civil. Il dispose, par ailleurs, que le fait de ne pas avoir subi de traitements médicaux, d'opération chirurgicale ou de stérilisation ne peut fonder le refus d'une telle demande. En vertu de l'article 61-7, la mention du changement de sexe et, le cas échéant, de prénom est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé à la requête du procureur de la République.

3. Autonomie personnelle, sexualité et intégrité du corps humain

A. Droits sexuels et reproductifs

Les droits sexuels et reproductifs ne constituent pas une catégorie de droits fondamentaux expressément reconnue par le texte constitutionnel. Si la situation spécifique des femmes au regard des enjeux de procréation est évoquée par la Constitution, c'est uniquement au regard de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, selon lequel la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » (nous soulignons).

Les droits sexuels et reproductifs ressortent ainsi du domaine de la loi mais le Conseil constitutionnel a été amené à plusieurs reprises à se prononcer sur la question spécifique de l'avortement. La célèbre décision de 1975, plus connue en ce qu'elle écarte le droit international et européen des normes de référence du contrôle de constitutionnalité¹⁴, admet la constitutionnalité de la loi Veil dépénalisant l'avortement. Le Conseil constitutionnel relève ainsi, d'une part, que « la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse

¹³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, § 67.

¹⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse

respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » ; et d'autre part, que « la loi déferée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ». Il considère qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ». Par la suite, les différentes dispositions législatives tendant à assouplir les conditions de recours à l'IVG ont été validées par le Conseil constitutionnel. En 2001, il considère que « en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789. Il ressort par ailleurs du deuxième alinéa de l'article 16-4 du code civil que seule peut être qualifiée de pratique eugénique " toute pratique... tendant à l'organisation de la sélection des personnes ". Tel n'était pas le cas en l'espèce »¹⁵. En 2014, c'est la suppression de la condition de « détresse » qui est validée, le Conseil relevant que c'était déjà à la femme enceinte et à elle seule d'apprécier si elle se trouvait dans cette situation. En conséquence, la modification législative, qui prévoit qu'une femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut en demander l'interruption à un médecin, ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle¹⁶. En 2016, le Conseil admet la suppression du délai de réflexion exigé par la loi. Selon le Conseil, en supprimant le délai d'une semaine entre la demande de la femme d'interrompre sa grossesse et la confirmation écrite de cette demande, le législateur n'a pas rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789, dès lors que l'article L. 2212-5 du code de la santé publique dans sa rédaction résultant de l'article 82 fait obstacle à ce que la demande d'interruption de grossesse et sa confirmation écrite interviennent au cours d'une seule et même consultation¹⁷. En dernier lieu, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la loi portant extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, tout en l'assortissant de certaines réserves. Selon le Conseil, « en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu prévenir des atteintes susceptibles d'être portées au droit de recourir à une interruption volontaire de grossesse dans les conditions prévues par le livre II de la deuxième partie du code de la santé publique. L'objet des

¹⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, cons. 5

¹⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2014-700 DC, 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, cons. 2 et 4

¹⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-727 DC, 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, cons. 41 et 43

dispositions contestées est ainsi de garantir la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789 »¹⁸.

Par ailleurs, si le Conseil constitutionnel n'a jamais été appelé à se prononcer sur la question de l'accès à la contraception, il a en revanche déclaré conforme à la Constitution la procédure d'accouchement anonyme, prévue par le code de la santé publique (art. L.222-6). « En permettant à la mère de s'opposer à la révélation de son identité même après son décès, les dispositions contestées visent à assurer le respect de manière effective, à des fins de protection de la santé, de la volonté exprimée par celle-ci de préserver le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement tout en ménageant, dans la mesure du possible, par des mesures appropriées, l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles (...) Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant »¹⁹. Saisie de la législation française, la Cour européenne l'a également déclarée conforme à l'article 8 de la Convention²⁰.

B. Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui

En ce qui concerne l'accès à la procréation médicalement assistée, le choix fait par la première loi bioéthique (loi n°94-654 du 29 juillet 1994), et non remis en cause par les lois suivantes (loi n°2004-800 du 6 août 2004 ; loi n°2011-814 du 7 juillet 2011), est d'encadrer strictement l'accès à l'assistance médicale à la procréation, en la restreignant notamment à des couples hétérosexuels et en âge de procréer (Code de la santé publique, art. L. 2141-1 à L. 2141-11). Le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution cette exclusion des femmes célibataires ou des couples lesbiens, y compris ceux mariés²¹ : « il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ; que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que, par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières ».

Toutefois, l'examen par le Parlement du projet de loi Bioéthique, prévu pour 2019 pourrait être l'occasion de lever cette interdiction. En revanche, la question de la légalisation de la gestation pour autrui semble exclue. Cette pratique, déclarée contraire à l'ordre public

¹⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse

¹⁹ Conseil constitutionnel, Décision n°2012-248 QPC, 16 mai 2012, M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles]

²⁰ CEDH, Grande chambre, 13 février 2003, Odièvre c. France, n° 42326/98

²¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, cons. 44

par la Cour de cassation, en se fondant sur le principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes²² a en effet été exclue par le législateur²³.

C. Non discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

L'orientation sexuelle n'est pas mentionnée par la Constitution ; en particulier, l'article 1^{er} est singulièrement limitatif, en proclamant que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Quant au préambule de la Constitution de 1946, il interdit les discriminations dans le travail, en raison des origines, des opinions ou des croyances. Jusqu'à la loi du 16 novembre 2001, l'expression « orientation sexuelle » était inconnue du droit français²⁴.

La protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle repose donc un corpus législatif²⁵ : loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, qui a notamment modifié les articles 225-1 et 225-2 du code pénal sur les discriminations punissables ; loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, dans le champ du logement ; loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure modifiant le code pénal et faisant des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle une circonstance aggravante ; loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité modifiant la loi sur la liberté de la presse et incriminant les propos homophobes, tels que la provocation à la haine ou à la violence ou à la discrimination à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ; en dernier lieu, la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, qui a ajouté à l'interdiction des discriminations liées au sexe et à l'orientation sexuelle celles liées à l'identité à l'« identité de genre » à ceux d'« identité sexuelle » afin de réprimer de manière aggravée la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, la diffamation et l'injure publique lorsque ces infractions sont commises à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur identité de genre.

D. Violences de genre

Au sens de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (art. 3), le terme « violence à l'égard des femmes » doit être compris comme une violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes, et désigne tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner pour les femmes, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée » ; le terme de « violence domestique » désigne quant à lui « tous les actes de violence physique, sexuelle, psychologique ou économique qui

²² C. Cass., AP, 13 mai 1991, n° 90-20105

²³ Code civil, art. 16-7 et 16-9, Code pénal, art. 227-12 et art. 227-13

²⁴ Daniel Borrillo, Thomas Formond, « Homosexualité et discriminations en droit privé », HALDE. La Documentation Française, 2007, Etudes et Recherches, HALDE, 978-2-11-006848-4, p. 16

²⁵ Elle résulte également de l'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne par la Cour européenne des droits de l'Homme.

surviennent au sein de la famille ou du foyer ou entre des anciens ou actuels conjoints ou partenaires, indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction partage ou a partagé le même domicile que la victime ».

Le droit français n'emploie pas spécifiquement ce vocabulaire, pas plus qu'il ne se réfère à la notion de féminicide. Néanmoins, les mobiles sexistes ou homophobes, ainsi que la qualité de conjoint ou d'ex-conjoint, partenaire de PACS ou concubin de l'auteur de l'infraction constituent des circonstances aggravantes de certains crimes et délits. En dernier lieu, la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a renforcé ces incriminations et modifié le code pénal afin de prévoir que le fait d'accompagner, de faire suivre ou précéder un crime ou un délit de tout acte de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime à raison « de son sexe », « de son orientation sexuelle » ou « de son identité de genre », constitue une circonstance aggravante de ce crime ou de ce délit²⁶. Il en est de même lorsque l'infraction a été commise contre la victime pour l'une de ces raisons. La loi a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, qui a considéré « qu'en instaurant la circonstance aggravante contestée, le législateur n'a pas prévu une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des faits qu'il a entendu réprimer »²⁷.

Parmi les différentes violences de genre, l'une d'entre elle a suscité un contentieux constitutionnel remarqué, relatif à l'incrimination du harcèlement sexuel. Incriminé pour la première fois par une loi de 1992, modifiée en 1998, le harcèlement sexuel n'était envisagé que dans le cadre d'une relation de pouvoir entre l'auteur de l'infraction et la victime. La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 avait entendu élargir son champ d'application, en réprimant « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle », en dehors de toute relation de subordination. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel, dans une décision abondamment commentée, au motif de l'insuffisante précision des éléments constitutifs de l'infraction, contraires au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines²⁸. La censure du Conseil constitutionnel a créé un vide juridique, en rendant impossible toutes les actions contre les faits commis sous l'empire de la loi censurée. Ceci a conduit le législateur à adopter rapidement une nouvelle définition du harcèlement, désormais défini par l'article 222-33 du code pénal comme « le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou des comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. Par ailleurs, est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers »²⁹. Dans un arrêt remarqué, une Cour d'appel a considéré que le harcèlement sexuel peut consister en un harcèlement

²⁶ Lisa Leray et Elda Monsalve, « Un crime de féminicide en France ? A propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté », La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 février 2017, URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2967> ;

²⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, § 104

²⁸ Conseil constitutionnel, Décision n°2012-240 QPC, 4 mai, 2012, M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel], cons. 3 à 5

²⁹ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, art. 1

environnemental ou d'ambiance, où, sans être directement visée, la victime subit les provocations et blagues obscènes ou vulgaires qui lui deviennent insupportables³⁰.

4. Egalité dans la sphère familiale

Le mariage a pendant longtemps été la seule forme de reconnaissance légale du couple. Objet de vives critiques des féministes, il génère deux types d'inégalités : des inégalités externes, d'une part, et des inégalités internes, en aménageant un statut différencié entre les conjoints. Ces inégalités ont progressivement été levées par la loi, qui aménage désormais un statut égalitaire entre « les époux », quel que soit leur sexe. Toutefois, il convient de noter que ces enjeux juridiques n'ont pas fait l'objet de contentieux constitutionnels importants, sauf exception. En effet, comme le note un auteur, « La Constitution ne porte guère attention à la famille, dont le mariage est l' "acte fondateur" »³¹.

A. Inégalités externes : la question de la reconnaissance des couples de même sexe.

L'évolution sur le sujet est venue du législateur. Auparavant, dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation avait pu affirmer que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »³². Quant au Conseil constitutionnel, il avait considéré que ni la liberté du mariage, ni le principe d'égalité affirmé par l'article 6 de la Déclaration de 1789 n'exigeaient la reconnaissance du mariage aux couples homosexuels³³.

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a ainsi été fondatrice, en affirmant que « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. » (C. civ., art. 143). Cette disposition phare de la loi sur « le mariage pour tous » a été déclarée conforme à la constitution par le Conseil

³⁰ CA Orléans, 7 février 2017, n°15/02566 : journaliste dont l'environnement de travail était entaché de blagues salaces, de propos insultants et de photographies à connotation sexuelle sur les murs de « l'open space » et les fonds d'écran d'ordinateurs

³¹ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, n° 169.

³² C. Cass., 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 05-16627

³³ Conseil constitutionnel, Décision n° 28 janv. 2011, 2010-92 QPC, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe] : l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que 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 ; qu'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

constitutionnel³⁴, sur deux fondements principaux. Le premier relève l'absence de principe constitutionnel imposant l'altérité sexuée au sein du mariage. Le Conseil souligne ainsi que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme ».

Le second motif est la marge d'appréciation laissée au pouvoir législatif : le Conseil souligne « qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ».

Par cette même décision, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution les dispositions ouvrant l'adoption aux couples de même sexe dans les mêmes conditions que celles offertes aux couples hétérosexuels (§ 49 à 55).

La loi Taubira a également conduit à une modification substantielle des règles de droit international privé, reconnaissant un caractère d'ordre public à la validité des unions entre personnes de même sexe conclues à l'étranger³⁵.

B. Inégalités internes : la question de l'égalité des conjoints

Désormais rédigé de façon neutre, le Code civil reconnaît l'égalité des conjoints quel que soit leur sexe. L'évolution sur ce point s'est faite progressivement durant les cinquante dernières années.

Alors que le Code Napoléon posait explicitement le principe de l'inégalité des conjoints³⁶ et de l'incapacité juridique des femmes mariées³⁷, il se trouvait encore des voix autorisées, dans les années 1950, pour justifier cette inégalité. Ainsi, en 1951, Henri Mazeaud pouvait-il écrire que : « La femme est l'associée de l'homme. Dans cette association indissoluble, chacun a ses attributions propres, fixées par la nature elle-même. La puissance n'appartient

³⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

³⁵ Code civil, art. 202-1 ; Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2015, n° 13-50059

³⁶ V. par ex., l'ancien art. 213 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » ; ancien art. 214 - La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge bon de résider. Le mari est obligé de la recevoir.

³⁷ Ancien art. 217 C. civil

pas à l'homme, mais à Dieu, qui en confère seulement l'exercice. C'est dire dans quel esprit celui dont Dieu a fait son délégué doit agir. Celui-là, c'est le mari, parce que la nature l'a rendu plus apte à assumer les responsabilités et à remplir les lourdes tâches qu'exige la direction de la famille »³⁸.

La loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux puis la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs ont posé le principe de l'égalité des conjoints. Ces différents enjeux n'ont pas fait l'objet de contentieux constitutionnel. Néanmoins, une décision rendue par le Conseil constitutionnel doit être remarquée, en ce qu'elle censure une disposition législative différenciant les effets de l'acquisition d'une nationalité étrangère par voie de mariage selon qu'il s'agit d'une française ou d'un français. Selon le Conseil,

Quant aux règles relatives à la parentalité, elles ont, elles aussi, progressivement évolué. Jusqu'aux années 1970, dans la famille légitime, seul le père exerçait la puissance paternelle en sa qualité de chef de famille. En cas de divorce, alors que la garde des enfants était la plupart du temps confiée à la mère, le père conservait la puissance paternelle. Avec l'importante réforme opérée par une loi du 4 juin 1970, la puissance paternelle a été remplacée par l'autorité parentale. Au sein d'un couple de parents mariés, l'autorité parentale est, depuis cette loi exercée par les deux époux, même si l'égalité ne s'est imposée en matière d'administration légale des biens des enfants mineurs qu'avec la loi du 23 décembre 1985 « relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens de leurs enfants mineurs ». Ce mouvement législatif a été parachevé avec la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, qui a supprimé la distinction entre les enfants nés en et hors mariage en matière d'autorité parentale et a explicitement affirmé le principe de coparentalité (art. 373-2 du code civil).

5. Egalité professionnelle et sociale

Si les normes constitutionnelles ne prévoient pas expressément le principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, plusieurs dispositions constitutionnelles sont applicables : outre le caractère social de la République (art. 1 C) et les dispositions mentionnées supra sur les mesures destinées à assurer l'égal accès aux responsabilités professionnelles et sociales (art. 1 C), le Préambule de la constitution de 1946 reconnaît des droits égaux aux femmes et aux hommes (al. 3) et proclame que « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » (al. 10) ; « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Ces principes constitutionnels font le socle des dispositions visant à assurer l'égalité professionnelle et salariale (A) et l'égal accès aux droits sociaux (B).

³⁸ Henri Mazeaud, « Une famille sans chef », D. 1951, chron. XXXIII, p. 141 et s., p. 142

A. Egalité professionnelle et salariale

Le principe d'égalité professionnelle est désormais inscrit dans les textes législatifs. L'article L. 1142-1 du Code du travail interdit toute forme de discrimination fondée sur le sexe, la situation de famille et la grossesse, à l'embauche comme au fil de la carrière professionnelle. Par ailleurs, l'article L. 1142-2-1 du Code du travail, dans sa version issue d'une modification de 2015, dispose que « Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Le Code du travail prévoit toutefois que ces dispositions « ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes » (article L1142-4). Cette disposition s'inspire de l'article 157, § 4 du TFUE et a fait l'objet de nombreux contentieux. La Cour de justice marque en effet une grande prudence à l'égard des mesures positives qui ne seraient pas en lien avec la grossesse ou l'allaitement. Elle a ainsi condamné la France pour avoir laissé subsister dans les conventions collectives des dispositions accordant des droits particuliers aux femmes qui n'étaient pas justifiés par des conditions biologiques³⁹. En effet, l'article 157, §4, ces mesures positives doivent être justifiées au regard d'objectifs de politiques sociales et tendre soit à « faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté », soit « à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». La Cour avait ainsi jugé qu'un congé d'allaitement réservé aux femmes « ne s'analyse ni en une mesure ayant pour effet d'éliminer ou de réduire les inégalités de fait pouvant exister, pour les femmes, dans la réalité de la vie sociale (...), ni en une mesure visant à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 157, paragraphe 4, TFUE, des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées »⁴⁰. Si la Cour de cassation exerçait jusqu'ici un contrôle similaire⁴¹, un récent arrêt de la chambre sociale semble en décalage : il admet qu'un accord collectif d'entreprise puisse accorder une demi journée de repos aux seules salariées de sexe féminin le 8 mars, à l'occasion de la journée internationale pour le droit des femmes ». Pour la Cour, cette clause conventionnelle est justifiée « dès lors que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »⁴². Cette solution doit également se concilier avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui considère, en matière d'égalité professionnelle que les dispositions visant à favoriser un accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formation professionnelle et d'apprentissage (...) ne méconnaissent pas les exigences constitutionnelles

³⁹ CJCE, 25 octobre 1988, Commission c. France, aff. 312/86

⁴⁰ CJUE, 30 septembre 2010, Pedro Manuel Roca Álvarez c./ Sesa Start España ETT SA, aff. C 104/09

⁴¹ par ex., C. Cass., Soc. 4 mai 2011, n° 09-72.206

⁴² C. Cass., Soc. 12 juillet 2017, Soc. 12 juillet 2017, n° 15-26.262

précitées dès lors qu'elles n'ont pas « pour effet de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités »⁴³.

En matière d'égalité salariale, le principe « à travail égal, salaire égal » est régulièrement rappelé par les juges judiciaires, qui confèrent à ce principe la valeur d'une règle impérative⁴⁴ : « l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ». Depuis la loi n° 72-1143 du 22 décembre relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, de nombreux textes législatifs et réglementaires se sont succédés depuis les années 1980 pour mettre en œuvre ce principe : en dernier lieu, la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, celle n° 2006-340 du 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes sur l'égalité salariale ; loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique ; loi n° 2014-873 du 4 août 2014 « pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ». Pourtant, malgré la mise en œuvre progressive de dispositifs contraignants pour les employeurs, le constat d'une inégalité de rémunération perdure. Les écarts salariaux entre les hommes et les femmes peuvent atteindre 25% et sont liés à des causes multiples⁴⁵ : temps partiel majoritairement féminin, qu'il soit choisi ou subi, absence d'heures supplémentaires et de primes et à la répartition des fonctions (les postes d'encadrement, où ces primes sont les plus importantes, étant majoritairement masculins), phénomène de plafond de verre, empêchant les femmes d'accéder aux fonctions les mieux rémunérées.

B. Droits sociaux

Selon le Conseil constitutionnel, « l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents »⁴⁶. Si les congés parentaux d'éducation peuvent être attribués indifféremment à l'un des deux parents⁴⁷, il n'en va pas de même du congé maternité, qui ne peut être obtenu que par la mère, au terme de sa grossesse (« La salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci », art. L1225-17 du Code du travail). Le congé de paternité, d'une durée de onze jours, était, jusqu'à peu réservé au père. Par une décision d'irrecevabilité, la Cour européenne a rejeté la requête présentée par une femme PACSée dont la demande de congé paternité, présentée à la suite de la naissance de l'enfant de sa compagne, avait été refusée⁴⁸. Selon la Cour, le fait de réserver un tel congé au « père »,

⁴³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, cons. 18

⁴⁴ C. Cass., Soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680, Société Delzongle c. Mme Ponsolle

⁴⁵ V. l'analyse chiffrée produite par l'Observatoire des inégalités, L'évolution des inégalités de salaires entre hommes et femmes, 8 mars 2017, en ligne : http://www.inegalites.fr/spip.php?page=article&id_article=1482&id_rubrique=151&id_groupe=15&id_mot=104

⁴⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, cons. 24

⁴⁷ Article L1225-47 et s. du Code du travail

⁴⁸ CEDH, Hallier c. France, 12 déc 2017, n° 46386/10

défini par les tribunaux français comme une personne de sexe masculin rattachée à l'enfant par un lien de filiation juridiquement établi, ne constitue pas une violation de l'article 8 de la CEDH, conjointement à l'article 14. La Cour souligne, à l'appui de sa décision, que « l'institution du congé de paternité, laquelle vise à renforcer les pères dans leur responsabilité éducative à l'égard de leurs enfants par un investissement précoce auprès de ceux-ci et à faire évoluer le partage des tâches domestiques entre hommes et femmes, constitue un but légitime ». Selon la Cour, cette différence de traitement n'est fondée ni sur le sexe, ni sur l'orientation sexuelle, puisque, dans le cadre d'un couple hétérosexuel, le compagnon ou partenaire de la mère qui n'aurait pas été le père de l'enfant ne pouvait pas non plus, à l'époque des faits, bénéficier du congé de paternité. Toutefois, c'est peut être un autre argument très pragmatique qui justifie la décision rendue : la Cour prend en effet soin de relever l'évolution de la législation française depuis l'époque des faits. Désormais, en vertu des modifications introduites par la loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012, le ou la partenaire de la mère, quel que soit son sexe, qui n'est pas le parent de l'enfant peut bénéficier d'un congé d'accueil de l'enfant identique au congé de paternité (C. trav., art. L. 1225- 35).

Le principal contentieux en matière d'égalité d'accès aux droits sociaux a porté sur le calcul des droits à pension de retraite. Des dispositions spécifiques visaient à accorder aux mères des bonifications particulières pour le calcul des pensions de retraite. Initialement liées au congé maternité, ce droit avait été étendu aux pères ayant interrompu leur carrière professionnelle pour se consacrer pendant un temps à l'éducation de leurs enfants. Le Conseil constitutionnel avait validé le dispositif, en se référant expressément aux inégalités matérielles affectant la carrière professionnelles des femmes. Il soulignait ainsi qu' « il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes » et qu'un motif d'intérêt général pouvait justifier des mesures compensatrices⁴⁹. Le raisonnement n'a pas convaincu la Cour de justice de l'Union européenne. Par des arrêts remarquables⁵⁰, la Cour de justice a conclu à la violation du principe d'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes (art. 119 Traité CEE, devenu art. 157 TFUE), en retenant une conception formelle de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cette solution a fait l'objet d'un bras de fer avec les juridictions françaises, soucieuses de voir maintenu ce dispositif de compensation. Pour la Cour de cassation, reprenant l'argumentation du Conseil constitutionnel, cette différence de traitement est justifiée par « les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet »⁵¹. Quant au Conseil d'Etat, il souligne que le dispositif français répond à un objectif légitime de politique sociale car il vient compenser les inégalités entre les femmes et les hommes liées à la maternité, et notamment la plus faible progression de carrière des mères de familles : « il ressort néanmoins de l'ensemble des pièces produites devant le juge du fond et des données disponibles qu'une femme ayant eu un ou plusieurs enfants connaît, de fait, une moindre progression de carrière que ses collègues masculins et perçoit en conséquence une pension plus faible en fin de carrière ; que les arrêts de travail liés à la maternité contribuent à

⁴⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, cons. 25

⁵⁰ CJUE, Epoux Leone, 17-07-2014 ; n° C-173/13 ; confirmant CJCE, 29 nov. 2001, Griesmar, n° 366/99

⁵¹ C. Cass., Civ. 2^e, 18 avril 2013, n° 12-28033 et Civ. 2^e, 7 nov. 2013, n° 12-28033

empêcher une femme de bénéficier des mêmes possibilités de carrière que les hommes ; que de plus, les mères de famille ont dans les faits plus systématiquement interrompu leur carrière que les hommes, ponctuellement ou non, en raison des contraintes résultant de la présence d'un ou plusieurs enfants au foyer ; qu'ainsi, selon les données d'une étude statistique du service des retraites de l'État produite par le ministre des finances et des comptes publics, si une femme fonctionnaire sans enfant perçoit à la fin de sa carrière une pension moyenne supérieure de 2,6 % à celle des hommes également sans enfant, les femmes avec enfants perçoivent en moyenne des pensions inférieures à celles des hommes ayant le même nombre d'enfants ; que ces écarts entre les pensions perçues par les femmes et les hommes s'accroissent avec le nombre d'enfants ; que les pensions des femmes fonctionnaires, rapportées à celles des hommes, sont ainsi inférieures de 9,8 % pour un enfant, de 11,5 % pour deux enfants, de 13,3 % pour trois enfants et de 23 % pour quatre enfants ; que si la bonification par enfant était supprimée, les écarts passeraient à 12,7 % pour un enfant, 17,3 % pour deux enfants, 19,3 % pour trois enfants et à près de 30 % pour quatre enfants (...). Cette bonification n'a pas pour objet et ne pouvait avoir pour effet de prévenir les inégalités sociales dont ont été l'objet les femmes mais de leur apporter, dans une mesure jugée possible, par un avantage de retraite assimilé à une rémunération différée au sens de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une compensation partielle et forfaitaire des retards et préjudices de carrière manifestes qui les ont pénalisées »⁵².

6. Egalité dans la sphère publique

La question de la participation des femmes à la sphère publique est récurrente sous la V^e République. En réalité, elle est largement antérieure à 1958, puisqu'elle fut posée avec insistance par les suffragettes sous la III^e République à travers la revendication des droits politiques des femmes. Celle-ci s'est provisoirement soldée en 1944 par l'obtention du droit de vote et d'éligibilité des citoyennes et par sa constitutionnalisation en 1958, l'article 3 de la Constitution proclamant que peuvent être « électeurs » « tous les nationaux français majeurs des deux sexes , jouissant de leurs droits civils et politiques ».

Mais, derrière les règles de droit, les chiffres de la citoyenneté se sont avérés particulièrement décevants. La modernisation des institutions politiques décidée par Charles de Gaulle en 1958 s'institue dans une société dominée par une vision conservatrice des rapports familiaux, et la reconnaissance de la participation politique des femmes était exclue du projet politique de l'époque. En 1958, 9 femmes siègent à l'Assemblée nationale, 8 en 1962 soit beaucoup moins qu'en 1946 où l'on comptait 42 femmes à la chambre des députés... L'alternance politique n'a pas modifié la donne, la vague rose de 1981 n'ayant pas sensiblement féminisé le parlement (36 femmes sont élues députées).

Dans ce contexte, les années 1980 sont marquées par la préoccupation grandissante en faveur d'une meilleure accession des femmes aux fonctions de pouvoir et aux mandats électoraux. Ce n'est plus la question de la reconnaissance formelle des droits de citoyenneté

⁵² CE, Ass 27 mars 2015 M. Quintanel, req. n° 372426

qui est en jeu, celle-ci étant acquise depuis plusieurs décennies, mais celle de leur exercice effectif. La mise en évidence du monopole masculin sur le pouvoir politique interroge alors les notions de démocratie et de représentation. Émerge un nouveau thème dans le débat politique : celui de la parité. La question des droits politiques des femmes devient dès lors une question centrale, objet de nombreuses interventions législatives.

Les premières traductions législatives de l'objectif d'une meilleure représentation des femmes au Parlement ont suscité un verrouillage constitutionnel durable. Dans sa première décision *Quotas par sexe*⁵³, le Conseil Constitutionnel rejette toute idée de dispositif contraignant, sans viser l'alinéa 3 du préambule de 1946 et en se fondant sur le principe d'indivisibilité de la souveraineté et d'égalité devant la loi. Il confirmait cette interprétation presque mot à mot dix-sept années plus tard⁵⁴. Il a donc fallu une révision constitutionnelle pour que puisse être dépassée l'opposition du Conseil constitutionnel : la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes modifiait les articles 3 (désormais 1^{er}) et 4 de la Constitution, afin de permettre l'adoption de mesures législatives destinées à favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives. Dans la foulée, le législateur adoptait, avec la loi 2000-493 du 6 juin 2000, la première des lois⁵⁵ aménageant la parité en matière électorale. Le Conseil constitutionnel a toutefois cantonné la portée de la révision constitutionnelle aux seules consultations électorales politiques. Ainsi, la loi entendant « paritariser » les élections au Conseil Supérieur de la Magistrature ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'ancien article 3 de la Constitution –et était censurée⁵⁶. Il a donc fallu une seconde révision constitutionnelle pour que le concept de parité puisse produire ses effets au-delà de la sphère politique stricto sensu ; depuis la loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008, la recherche d'égalité a été étendue au champ des « responsabilités sociales et professionnelles ». En d'autres termes, par deux fois le pouvoir constituant a tenu un « lit de justice », pour reprendre l'expression du doyen Vedel, et surmonté les censures du Conseil constitutionnel. Ce dernier considère désormais que les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution « permettent au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » et « qu'il lui est loisible d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant », sous réserve « d'assurer la conciliation entre ces dispositions

⁵³ Conseil constitutionnel, Décision n° 82-146DC, 18 nov. 1982, *Quotas par sexe*.

⁵⁴ Voir Conseil constitutionnel, Décision n° 98-407DC, 14 janv. 1999, *Elections au conseil régional*.

⁵⁵ Voir, par la suite : Loi 2000-641 du 10 juill. 2000 relative à l'élection des sénateurs ; Loi 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ; Loi 2003-697 du 30 juill. 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs ; Loi 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; Loi 2008-175 du 26 fév. 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général ; loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral ; loi n° 2013-702 du 2 août 2013 relative à l'élection des sénateurs

⁵⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *Statut des magistrats* ; v. aussi Conseil constitutionnel, Décision n°2006-533 DC, *Egalité salariale entre hommes et femmes* : « si la recherche d'un équilibre entre les femmes et les hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles, elles ne sauraient, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ».

constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger »⁵⁷.

Les dispositifs paritaires ont eu un impact notable sur l'accès des femmes aux mandats politiques⁵⁸. Toutefois, comme le montre le tableau ci dessous, les résultats sont à affiner : lorsque la loi n'est qu'incitative, les femmes sont encore sous-représentées. En l'absence d'exigence législative, les hommes restent largement majoritaires. Ce n'est que lorsque la loi impose des mesures contraignantes que la parité quantitative est atteinte (bien que les têtes de liste restent majoritairement masculines). Par ailleurs, les partis politiques exploitent l'ensemble des possibilités que la loi leur offre pour mettre en place des « stratégies anti parité ». Ainsi, à propos des dernières élections sénatoriales, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes a pu regretter que « des candidats à leur propre réélection aient pu décupler leurs chances d'être réélus en créant une liste dissidente dont ils prennent la tête, et en reléguant ainsi les femmes à la deuxième place. C'est ainsi que depuis 10 ans, le nombre de candidat.e.s et de listes a plus que doublé (754 candidat.e.s en 2008/1996 candidat.e.s en 2017), et cette année, les femmes ne représentaient qu'un quart des têtes de listes, limitant ainsi leur chance d'être élues »⁵⁹. Un plus strict encadrement des partis politiques, réclamé par le HCEFH, devrait se concilier avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui ci considère en effet que « ni l'article 1er de la Constitution, permettant à la loi de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ni son article 4, disposant que les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage et contribuent à la mise en œuvre de cet objectif de parité, ne font obstacle à ce que la loi prévoie une modulation de l'aide financière accordée à ces partis ou groupements. Toutefois, pour être conforme au principe d'égalité, cette modulation doit obéir à des critères objectifs et rationnels. Les critères retenus par le législateur ne doivent pas conduire à méconnaître l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions »⁶⁰.

⁵⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 ; Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral

⁵⁸ V. le bilan effectué par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, Edition 2017 du Guide de la Parité - Des lois pour le partage à égalité des responsabilités politiques, professionnelles et sociales, http://haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_guide_parite-version_longue_20171115.pdf

⁵⁹ <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/parite/actualites/article/elections-senatoriales-2017-les>

⁶⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010, Loi de réforme des collectivités territoriales

	Avant 1999 et les lois dites de parité	Dernières élections	Date de la dernière élection et/ou nomination
Sans contrainte légale			
Gouvernement français (hors Premier.ère ministre)	66 %	50 %	2017
Présidents de conseils régionaux	88,5 %	83,3 %	2015
Présidents de conseils généraux / départementaux	99,0 %	90,1 %	2015
Présidents d'intercommunalités (E.P.C.I.)	94,8 %	92,3 %*	2014
Vice-présidents d'intercommunalités (E.P.C.I.)	-	80,1 %*	
Maires (toutes communes confondues)	92,5 %	84,0 %	2014
Conseillers municipaux des communes de moins de 3 500 habitant.e.s (1995) puis de moins de 1000 (2014) habitant.e.s	79,0 %	61,5 %	
Avec contrainte légale partielle ou incitative			
Sénateurs	94,7 %	70,8 %	2017
Députés	89,1 %	61,3 %	2017
Avec contrainte légale stricte			
Députés français au Parlement européen	59,8 %	56,8 %	2014
Conseillers régionaux	72,5 %	52,1 %	2015
Vice-présidents régionaux	84,9 %	51,6 %	
Conseillers départementaux	90,8 %	49,9 %	2015
Vice-présidents départementaux	-	51,7 %	
Adjointes au maire dans les communes de plus de 3 500 habitant.e.s et plus (1995) puis 1 000 habitant.e.s et plus (2014)	78,2 %	52,5 %	2014
Conseillers municipaux dans les communes de plus de 3 500 habitant.e.s (1995) puis 1 000 habitant.e.s et plus (2014)	78,3 %	51,8 %	

Sources : Ministère de l'Intérieur - Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes – septembre 2017.

* Données incomplètes, seuls 80% des intercommunalités ont été renseignées auprès du Ministère de l'Intérieur.

Toutefois, le Conseil constitutionnel continue à marquer une certaine réserve à l'égard du principe de parité : il considère ainsi que la disposition de l'article 1er de la Constitution, selon lequel « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales », et qui constitue la matrice du concept de parité n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit. En conséquence, sa méconnaissance ne peut donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité⁶¹.

7. L'égalité dans l'espace public

A. Education

1) L'alinéa 13 du Préambule de 1946 dispose que « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de

⁶¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, Conférence des présidents d'université [Composition de la formation restreinte du conseil académique]

l'Etat. » L'éducation est garantie aux filles depuis la 3^e République même si la mixité de l'enseignement est plus tardive (loi Haby du 11 juillet 1975). Le Code de l'éducation se réfère indistinctement aux « enfants » ou aux « élèves », et son article L. 121-1 dispose que « Les écoles, les collèges, les lycées et les établissements d'enseignement supérieur (...) contribuent à favoriser la mixité et l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment en matière d'orientation. (...). Les écoles, les collèges et les lycées assurent une mission d'information sur les violences et une éducation à la sexualité ainsi qu'une obligation de sensibilisation des personnels enseignants aux violences sexistes et sexuelles et à la formation au respect du non-consentement ».

Selon une étude menée par le Ministère de l'éducation, alors que les filles ont des meilleurs résultats scolaires que les garçons, attesté par un taux de réussite au diplôme national du brevet et au baccalauréat plus élevé), les parcours scolaires demeurent différenciés : « À la fin du collège, quels que soient leur milieu social d'origine ou leur réussite scolaire, les filles s'orientent davantage vers l'enseignement général et technologique que vers l'enseignement professionnel (et très rarement dans les sections industrielles). Dans l'enseignement général et technologique, elles délaissent plus facilement les filières scientifiques et techniques. Elles choisissent également des options différentes des garçons. Après le baccalauréat, dans les classes préparatoires aux grandes écoles, 74 % des élèves des filières littéraires sont des filles, pour 30 % des élèves de filières scientifiques. Seulement 29 % des diplômés d'ingénieurs sont délivrés à des femmes. Les différences d'orientation entre filles et garçons ont des conséquences sur leur insertion dans l'emploi »⁶².

2) L'éducation en matière de sexualité ne fait pas l'objet de dispositions constitutionnelles spécifiques, même si la Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée sur le sujet à deux reprises⁶³. En France, les premiers enseignements ont été introduits par voie de circulaire. La circulaire Fontanet, du 23 juillet 1973, évoquait l'« éducation sexuelle et l'éveil de la responsabilité dans ce domaine », en distinguant l'« information sexuelle », consistant en une « information scientifique » intégrée aux programmes de biologie et de préparation à la vie familiale et sociale et l'« éducation sexuelle ». Cette dernière devait mettre l'accent sur la protection des jeunes face « aux problèmes concernant la sexualité » et avait pour objectif de les « responsabiliser », annonçant en cela la terminologie retenue par la loi Veil⁶⁴. L'éducation sexuelle est alors facultative et son enseignement laissée à l'appréciation des chefs d'établissement et des parents. Elle le restera jusqu'à une autre circulaire, en date du 19 novembre 1998, qui la renommera « éducation à la sexualité ». L'approche initiale de la circulaire Fontanet était à la fois sanitaire et moralisatrice ; dans la décennie 1980, l'épidémie du VIH Sida suscite un tournant vers une approche de réduction des risques, mais la dimension sanitaire demeure le prisme principal. Il faut attendre les années 2000 pour qu'un renversement de la perspective se remarque, à travers un accent marqué en faveur de l'objectif d'égalité entre filles et garçons.

⁶² <http://www.education.gouv.fr/cid4006/egalite-des-filles-et-des-garcons.html>

⁶³ CEDH, Kjeldsen e. a. c. Danemark, 7 décembre 1976, n° 5095/71; CEDH, A.R. et L.R. contre Suisse, 19 décembre 2017, n° 22338/15, § 35

⁶⁴ L'article 1er de la loi n° 75-17 envisage « l'information sur les problèmes de la vie » et « l'éducation à la responsabilité », comme « des obligations nationales » liées à la légalisation de l'interruption volontaire de la grossesse (art. L2211-2 du Code de la Santé publique).

C'est à partir de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception que ces transformations sont effectuées. Désormais, l'article L. 312-16 du code de l'éducation dispose qu' « une information et une éducation à la sexualité sont dispensées dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupes d'âge homogène. Ces séances présentent une vision égalitaire des relations entre les femmes et les hommes. Elles contribuent à l'apprentissage du respect dû au corps humain ». Ultérieurement est ajoutée une nouvelle disposition prévoyant qu' « une information consacrée à l'égalité entre les hommes et les femmes, à la lutte contre les préjugés sexistes et à la lutte contre les violences faites aux femmes et les violences commises au sein du couple est dispensée à tous les stades de la scolarité. Les établissements scolaires, y compris les établissements français d'enseignement scolaire à l'étranger, peuvent s'associer à cette fin avec des associations de défense des droits des femmes et promouvant l'égalité entre les hommes et les femmes et des personnels concourant à la prévention et à la répression de ces violences »⁶⁵.

A ce changement d'orientation s'ajoutent deux précisions d'importance. D'abord, la circulaire d'application du 17 février 2003 relative à l'éducation à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées prévoit l'intégration transversale à tous les enseignements, à tous les niveaux, en s'appuyant sur les programmes scolaires. Ensuite, les séances d'éducation à la sexualité sont systématisées : auparavant centrées sur l'adolescence, elles doivent désormais bénéficier aux élèves de l'école au lycée. Enfin, la loi de 2001 ne se cantonne pas à l'Éducation nationale. Les établissements médico- sociaux sont également visés, puisqu'il est prévu qu' « une information et une éducation à la sexualité et à la contraception sont notamment dispensées dans toutes les structures accueillant des personnes handicapées »⁶⁶. En revanche, s'agissant des établissements d'enseignement privé sous contrat, l'obligation est réduite : ces établissements n'étant tenus de respecter que les programmes officiels, au rang desquelles ne s'inscrivent pas les trois séances annuelles d'éducation à la sexualité, les enseignements d'éducation à la sexualité sont assurés au titre de la vie scolaire et laissés à l'appréciation du chef d'établissement, en conformité avec le caractère propre de l'établissement.

Ainsi encadrée, l'éducation à la sexualité en France semble, dans ses principes, conforme aux standards internationaux. Mais sa mise en œuvre peut s'avérer problématique, ce que révèlent deux enjeux : celui de sa neutralité d'une part, celui de son effectivité d'autre part.

- Le premier enjeu est celui de la neutralité. L'éducation à la sexualité constitue un enseignement toujours contesté et objet de tension. Certes, la circulaire d'application du 17 février 2003 relative à l'éducation à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées se veut prudente lorsqu'elle souligne la responsabilité de l'école en matière d'éducation à la sexualité, « en complément du rôle de premier plan joué par les familles ». Elle relève que « l'école a un rôle spécifique dans la construction individuelle et sociale des enfants et des adolescents. (...) Dans ce cadre, l'éducation à la sexualité vise principalement à apporter aux élèves, en partant de leurs représentations et de leurs acquis, les informations objectives et les connaissances scientifiques qui permettent de connaître et de comprendre les différentes dimensions de la sexualité ; elle doit également susciter leur réflexion à partir de ces

⁶⁵ Art. L312-17-1 du Code de la Santé publique, issu de loi n°2010-769 du 9 juillet 2010.

⁶⁶ Art. 23, loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

informations et les aider à développer des attitudes de responsabilité individuelle, familiale et sociale ». Toutefois, elle demeure un sujet de crispation de la part de certains courants de pensée de la société française, qui n'hésitent pas à saisir le juge pour contester son principe ou ses modalités d'application. Le juge administratif a ainsi eu l'occasion de rappeler que « les autorités chargées du service public de l'éducation nationale doivent apporter aux élèves de l'enseignement public une information relative à la lutte contre les discriminations fondées notamment sur l'orientation sexuelle, information pour laquelle elles peuvent avoir recours à l'intervention d'associations spécialisées en la matière ; (...) l'information ainsi apportée doit être adaptée aux élèves auxquels elle est destinée, notamment à leur âge, et être délivrée dans le respect du principe de neutralité du service public de l'éducation nationale et de la liberté de conscience des élèves »⁶⁷. Le juge a ainsi admis que le ministre ait pu lancer une campagne d'information relative à la lutte contre l'homophobie en milieu scolaire et inviter les recteurs d'académies à favoriser l'action en milieu scolaire des associations qui luttent contre les préjugés homophobes, eu égard notamment à la vulnérabilité des jeunes face aux violences homophobes. Mais il a affirmé qu'il fallait s'assurer du contenu des documents fournis aux élèves. Or, à l'époque le site internet de " Ligne Azur ", que la circulaire ministérielle suggérait de consulter, comportait des mentions considérées comme problématiques. Il présentait ainsi l'usage de drogues comme susceptible de " faire tomber les inhibitions " et comme " "purement" associé à des moments festifs " sans mentionner l'illégalité de cette pratique, et définissait la pédophilie comme une " attirance sexuelle pour les enfants ", sans faire état du caractère pénalement répréhensible des atteintes ou agressions sexuelles sur mineurs. Le juge administratif a ainsi souligné que, même si le site internet n'avait pas entendu faire preuve de complaisance à l'égard de tels comportements, en la seule absence de mention du caractère illégal de ces pratiques, la décision du ministre d'inviter les recteurs à relayer cette campagne portait atteinte au principe de neutralité du service public de l'éducation nationale. Le recours au juge, et le contrôle que celui-ci exerce, montre à l'évidence combien la question de l'éducation à la sexualité en milieu scolaire demeure un sujet sensible politiquement.

- Le second enjeu de l'éducation à la sexualité est fort différent, et porte sur son effectivité : dans un rapport documenté publié en 2016, le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes en souligne les limites ⁶⁸: « l'application effective des obligations légales en matière d'éducation à la sexualité en milieu scolaire demeure encore parcellaire, inégale selon les territoires car dépendante des bonnes volontés individuelles. Elle est, selon le point de vue de certain.e.s acteur.rice.s, inadaptée aux réalités des jeunes ».

⁶⁷ CE, 15 octobre 2014, Société Confédération nationale des associations familiales catholiques, n ° 369965.

⁶⁸ HCEFH, rapport relatif à l'éducation à la sexualité. Répondre aux attentes des jeunes, construire une société d'égalité femmes-hommes, 2016, p. 6

B. Droit pénal et stéréotypes de genre

Les propos sexistes et homophobes font l'objet d'incriminations spécifiques (v. supra point 3). Ainsi, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, régulièrement modifiée, contient plusieurs dispositions réprimant l'incitation à la discrimination, à la haine, à la violence, la diffamation ou l'injure fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle.

Art. 24 : Ceux qui, par [des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique], auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal.

Art. 32 : La diffamation [toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé] commise par les mêmes moyens envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée sera punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

Sera punie des peines prévues à l'alinéa précédent la diffamation commise par les mêmes moyens envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap.

Art. 33 : Sera punie de six mois d'emprisonnement et de 22 500 euros d'amende l'injure [toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait] commise, (...) envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Sera punie des peines prévues à l'alinéa précédent l'injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap.

Toutefois, l'application de ces dispositions par les juges pénaux s'avère inégale, comme en témoigne une affaire largement médiatisée, relative aux propos du rappeur Orelsan, condamné à 1000 euros d'amende avec sursis pour injure et provocation à la violence à

l'égard des femmes par le tribunal correctionnel de Paris pour certains passages de ses chansons, dont une poétiquement appelée « Suce ma bite pour la Saint-Valentin ». Après différentes péripéties judiciaires, il est finalement relaxé en appel⁶⁹. La Cour d'appel rappelle la particulière protection dont bénéficie la création artistique : « Le domaine de la création artistique, parce qu'il est le fruit de l'imaginaire du créateur, est soumis à un régime de liberté renforcé afin de ne pas investir le juge d'un pouvoir de censure qui s'exercerait au nom d'une morale nécessairement subjective de nature à interdire des modes d'expression, souvent minoritaires, mais qui sont aussi le reflet d'une société vivante et qui ont leur place dans une démocratie. Ce régime de liberté renforcé doit tenir compte du style de création artistique en cause, le rap pouvant être ressenti par certains comme étant un mode d'expression par nature brutal, provocateur, vulgaire voire violent puisqu'il se veut le reflet d'une génération désabusée et révoltée. Dès lors, il appartient à la cour de rechercher si, au delà des expressions incriminées, formulées dans le style par définition agressif du rap, l'auteur a voulu d'une part injurier les femmes à raison de leur sexe et d'autre part, provoquer à la violence, à la haine ou à la discrimination à leur égard ou si ses chansons expriment, dans le style musical qui lui est propre, le malaise d'une partie de sa génération ».

Or, elle considère qu'il y a une œuvre de fiction, et une distanciation entre le chanteur et les personnages qu'il décrit à travers ses chansons : « Mais il est clair qu'une écoute exhaustive et non tronquée de ses chansons permet de réaliser qu'ORELSAN n'incarne pas ses personnages, au demeurant particulièrement médiocres dans les valeurs qu'ils véhiculent, qu'il ne revendique pas à titre personnel la légitimité de leurs discours et qu'une distanciation avec ceux-ci permettant de comprendre qu'ils sont fictifs, est évidente. La cour n'a pas à juger les sources d'inspiration d'un artiste, même si celles-ci peuvent reposer sur une minorité « perdue d'avance » au regard de la pauvreté et de l'indigence de ses capacités d'expression. Le rap n'est d'ailleurs pas le seul courant artistique exprimant dans des termes extrêmement brutaux, la violence des relations entre garçons et filles, le cinéma s'en est fait largement l'écho ces dernières années et il serait gravement attentatoire à la liberté de création que de vouloir interdire ces formes d'expressions. Les paroles de ses textes objets de la prévention, par nature injurieuses et violentes à l'égard des femmes lorsqu'elles sont prises isolément, comme « ... C'est pas de ma faute si les femmes c'est des putes » ou « ... Mais ferme ta gueule ou tu vas t'faire marie-trintigner... j respecte les schnecks avec un QI en déficit celles qui encaissent jusqu'à finir handicapées physiques.... », doivent en réalité être analysées dans le contexte du courant musical dans lequel elles s'inscrivent et au regard des personnages imaginaires, désabusés et sans repères qui les tiennent. Les sanctionner au titre des délits d'injures publiques à raison du sexe ou de provocation à la violence, à la haine et à la discrimination envers les femmes, reviendrait à censurer toute forme de création artistique inspirée du mal-être, du désarroi et du sentiment d'abandon d'une génération, en violation du principe de la liberté d'expression ».

Il est permis de penser si de tels propos avaient été adressés à d'autres catégories de personnes, à raison de leur orientation sexuelle, de leur couleur de peau, de leur religion, de leur genre masculin, de leur activité professionnelle, le seuil de tolérance aurait probablement été moins élevé. La protection de l'égalité entre les femmes et les hommes, pourtant garantie par la Constitution, apparaît ainsi à géométrie variable, en ce qu'elle devrait s'effacer devant la liberté de création⁷⁰.

⁶⁹ CA Versailles, 18 février 2016, n° 15/02687

⁷⁰ Céline Chassang, chronique REGINE « Droit et genre », Recueil Dalloz 2017, p. 935 et s.

En marge du droit pénal, doit être mentionnée ici un contentieux récent portant sur l'installation par une commune de pancartes suggestives, représentant des silhouettes de femmes, parfois dans des poses lascives. Saisi en référé, le Conseil d'Etat refuse d'ordonner leur destruction, en rejetant les arguments tirés de l'atteinte à l'égalité et à la dignité. Sur le premier motif, il affirme que le principe d'égalité ne constitue pas une « liberté fondamentale » susceptible d'ouvrir une action en référé au sens de l'article 521-2 du code de justice administrative. L'ordonnance rendue précise toutefois que « certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent ou aux effets qu'elles produisent sur l'exercice d'une telle liberté, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». Sur le second motif, le juge administratif retient que « si, en dépit des intentions affichées par la commune, les panneaux incriminés peuvent être perçus par certains comme véhiculant, pris dans leur ensemble, des stéréotypes dévalorisants pour les femmes, à l'opposé de l'objectif poursuivi par le législateur lors de l'adoption de la loi du 4 août 2014, ou, pour quelques-uns d'entre eux, comme témoignant d'un goût douteux voire comme présentant un caractère suggestif inutilement provocateur s'agissant d'éléments disposés par une collectivité dans l'espace public, leur installation ne peut être regardée comme portant au droit au respect de la dignité humaine une atteinte grave et manifestement illégale de nature à justifier l'intervention du juge des référés »⁷¹.

C. Bonnes mœurs et vivre ensemble

La tenue vestimentaire ne fait l'objet ni de dispositions constitutionnelles, ni de dispositions législatives générales, sous réserve de trois remarques d'importance.

1. La première concerne l'interdiction de l'exhibition sexuelle dans un lieu accessible aux regards du public, résultant de l'article 222-32 du code pénal. L'élément matériel constitutif de l'infraction a pu être discuté. Si l'exhibition des parties génitales ne suscite pas de discussion, celle des organes sexuels secondaires – et notamment de la poitrine féminine, semble également visée, comme en témoigne la jurisprudence rendue à l'occasion de poursuites contre des militantes Femen. Dans un arrêt du 15 février 2017, la Cour d'appel de Paris a confirmé la condamnation d'une Femen à une peine d'un mois d'emprisonnement assorti d'un sursis simple pour l'infraction d'exhibition sexuelle, la Cour estimant que les poursuites exercées à l'encontre de la prévenue ne visent « en aucun cas, à la priver de sa liberté d'expression et de son droit de manifester ses opinions politiques, mais bien à réprimer une exhibition sexuelle, inadmissible dans un lieu de culte et à protéger la sensibilité religieuse des fidèles directement visés par cette action »⁷². Dans une autre affaire, la Chambre criminelle a censuré la décision de relaxe d'une autre activiste Femen pour des faits commis au musée Grévin, l'exhibition volontaire de la poitrine dans un lieu ouvert au public caractérisant l'infraction⁷³.

2. La deuxième porte sur l'interdiction de signes religieux dans certains espaces. Depuis une quinzaine d'années, le principe de laïcité, de valeur constitutionnelle, connaît en effet une application inédite⁷⁴ : alors que sa signification traditionnelle fondait des obligations de

⁷¹ CE, 1er sept. 2017, Commune de Dannemarie, n° 413607

⁷² CA Paris, 15 février 2017, n° 15/01363

⁷³ C. Cass., Crim., 10 janvier 2018, n° 17-80.816

⁷⁴ Stéphanie Hennette-Vauchez et Vincent Valentin, L'affaire Babyloup ou la nouvelle laïcité, LGDJ 2014

neutralité religieuse aux autorités publiques, et donc, essentiellement, aux fonctionnaires et agents publics, le principe de laïcité emporte désormais des restrictions à la liberté religieuse des personnes privées. Ainsi, depuis la loi n°2004-228 du 15 mars 2004, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics est interdit aux élèves de l'enseignement public⁷⁵, mais aussi potentiellement d'autres usagers des services publics (comme par exemple les parents accompagnateurs de sorties scolaires⁷⁶). Une restriction identique peut s'appliquer aux employés de droit privé, comme l'a affirmé la Cour de cassation dans la célèbre affaire *BabyLoup*⁷⁷. Dans cette affaire, relative au licenciement d'une employée d'une crèche portant un foulard, la Cour relève que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche », la Cour d'appel a pu en déduire, appréciant de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents, que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché ». La solution jurisprudentielle a été confirmée par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. L'article L 1321-2-1 du Code du travail dispose désormais que « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ». Le Conseil constitutionnel ne s'est pas, à ce jour, prononcé sur la conformité à la Constitution de cette disposition. Enfin, s'agissant de la liberté vestimentaire, on ne saurait oublier l'épisode médiatique qui, à l'été 2016, a vu le juge se prononcer sur la légalité de certains vêtements de baignade. La célèbre affaire du « burkini », suscitée par des arrêtés municipaux interdisant aux baigneuses de fréquenter les plages vêtues d'un maillot de bain intégral, a fait l'objet d'une jurisprudence en deux temps. Dans un premier temps, le juge administratif a suspendu les arrêtés, en considérant que les maires ne pouvaient pas se fonder sur le principe de laïcité pour interdire des tenues vestimentaires manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse lors de la baignade et sur les plages. Il a rappelé que les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent donc être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public⁷⁸. Dans un second temps, il a admis la légalité d'un arrêté municipal dans une commune corse ayant été marquée par des violents affrontements entre un groupe de familles d'origine maghrébine dont les femmes portaient sur la plage un hijab ou une burka, et une quarantaine

⁷⁵ Article L. 141-5-1, Code de l'Éducation : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève ».

⁷⁶ CE, 19 déc. 2013, Etude demandée par le Défenseur des droits

⁷⁷ C. Cass., AP, 25 juin 2014, n°13-28369

⁷⁸ CE, 26 août 2016, ordonnance du 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, n° 402742, 402777

d'habitants de la commune. Considérant « qu'une mesure moins contraignante, telle que celle consistant à solliciter la présence d'une patrouille de gendarmerie aux abords de la plage, n'aurait pas permis d'atteindre le même objectif », le juge considère que « la circonstance que l'arrêté contesté vise le respect du principe de laïcité est sans incidence sur sa légalité dès lors que le maire de Sisco pouvait légalement se fonder sur l'autre motif tiré de l'existence de troubles avérés à l'ordre public » et déclare l'arrêté légal « alors même qu'elle porterait une atteinte grave aux libertés fondamentales invoquées par la Ligue des droits de l'Homme, en particulier celle de pouvoir aller et venir vêtu conformément à ses convictions religieuses »⁷⁹. ;

3. La troisième, très liée à la précédente, porte sur l'interdiction du voile intégral. La loi n°2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a été validée successivement par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne. Le premier au motif que « que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public »⁸⁰. La seconde est plus nuancée : la Cour européenne écarte l'argument tiré des nécessités du maintien de la sécurité publique, mais relève qu' « il entre assurément dans les fonctions de l'État de garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité. Par ailleurs, la Cour peut accepter qu'un État juge essentiel d'accorder dans ce cadre une importance particulière à l'interaction entre les individus et qu'il considère qu'elle se trouve altérée par le fait que certains dissimulent leur visage dans l'espace public » (§ 144). Dans une perspective de genre, la Cour se déclare « consciente du fait que la prohibition critiquée pèse pour l'essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral » (§ 151) et affirme que « un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes (...) revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux » (§119)⁸¹.

⁷⁹ CAA Marseille, 3 juillet 2017, Ligue des droits de l'Homme, n° 17MA01337 (confirmé par CE, 14 février 2018, n° 413982).

⁸⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, Dissimulation du visage dans l'espace public

⁸¹ CEDH, Grande Chambre, 1er juillet 2014, SAS c. France, n° 43835/11