



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



**2021 FASC. III
(ESTRATTO)**

BERTRAND FAURE

LES DROITS DES FEMMES DANS LES CONSTITUTIONS FRANÇAISES

5 OTTOBRE 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Bertrand Faure***Les droits des femmes dans les constitutions françaises****

ABSTRACT: The essay focuses on the rights of women in the French Constitutions. After having retraced the constitutional evolution of political rights in the female perspective, the author draws the attention and examines with a critical approach the development of civil and social rights of women, in the light of the jurisprudence of the Conseil constitutionnel.

SOMMAIRE: Prémisses. – I. Les droits politiques des femmes. – II. Les droits civils et sociaux des femmes.

Il serait a priori peu raisonnable d'aborder le statut des femmes en écartant toute référence à nos Constitutions. On trouve nécessairement dans toutes celles qui se sont succédées depuis la Révolution française les idées, les convictions et les solutions de chaque époque: la conquête de la démocratie représentative et du suffrage, de la liberté et l'égalité sous toutes leurs formes, des garanties économiques et sociales que l'Etat s'engage à fournir à ceux qui en éprouvent la nécessité. S'y affichent ainsi toutes les batailles politiques et sociales et les doctrines qui se sont révélées. La méthode de recherche historique est alors convoquée. Celle-ci permet le jeu des parallèles entre les régimes faisant ressortir les avancées et les continuités.

Le problème est qu'on n'a jamais affaire qu'à des formules rondes et polies au niveau des textes constitutionnels dont les auteurs eux-mêmes savent qu'elles n'ont guère de chance de se réaliser complètement. Les compromis, les doctrines opposées donnant lieu à des solutions dosées qui sont celles qui régissent la vie juridique réelle, apparaissent plutôt dans les lois et les jurisprudences. Les constituants ont placé dans leur œuvre des affirmations qu'ils n'ont pas forcément pesées parce qu'elles leur paraissaient aller de soi. Ils leur ont même donné le statut de principe absolu s'en s'attacher à vérifier si la réalité pouvait y croire. En posant dans l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 la garantie pour la femme de disposer, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme s'était-il préoccupé de réviser le droit positif qui, à l'époque, établissait le mari comme le chef de famille pouvant imposer à sa femme la résidence conjugale, l'empêcher d'exercer une profession séparée? Cet alinéa déclarait plus qu'il n'innovait puisque, selon ses termes mêmes, il appartenait à « la loi » d'intervenir pour assurer cette égalité de droits. C'est une évidence à laquelle il faut généralement se résigner: le statut des libertés appelle bien souvent à distinguer la consécration de principe d'une part, de l'aménagement concret du régime d'autre part, réservant au constituant la première de ces deux opérations. Au surplus, la loi disposera d'une certaine autonomie par rapport à la Constitution, notamment dans tous les cas où l'égalité n'aurait aucun sens dans les cas où l'on touche aux limites de la nature comme le laissaient entendre le commentaire de J. Rivero et G. Vedel: « non sans quelque raisons », nous disent-ils, les minimas olympiques ne sont pas les mêmes pour les deux sexes¹. La célèbre formule selon laquelle le parlement britannique « peut tout sauf changer un homme en femme » n'aurait donc rien, sous cet angle de vue, d'une boutade misogyne. La déclaration absolue de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 n'engage pas concrètement le travail législatif.

Au fond, le préambule permet plus qu'il ne consacre, manifestant le désir de préparer des positions favorables quand viendrait l'heure plus tardive des progrès. Alors les droits des femmes, comme d'autres droits, ne progresseront pas autrement que par des conquêtes définitives à espérer tout en laissant l'avenir ouvert à d'éventuelles autres conquêtes.

Cette liberté du législateur ressortait également des contradictions relevées à propos de la force juridique du préambule de 1946: les principes posés étaient-ils revêtus de la pleine valeur constitutionnelle ou n'exprimaient-ils, à défaut, que des principes de philosophie politique et sociale? Ce qui était certain, au vu de la Constitution de la IV^{ème} République, c'est que le Comité

* Professeur à l'Université de Nantes.

** Essai publié conformément à l'art. 3, paragraphe 14, du règlement de la revue.

¹ J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Droit social* 1947, volume 31, 13.

constitutionnel qui avait été prévu pour examiner si les lois votées par l'Assemblée étaient en accord avec la Constitution (art.91) excluait de son champ le préambule, faisant planer un sérieux doute sur la valeur constitutionnelle de ce préambule. Sur ce point, on sait que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a mis fin aux controverses en consacrant la pleine valeur du préambule de la Constitution de 1958 et, par là-même, à l'ensemble des textes auxquels il se réfère, dont le préambule de 1946, quand bien même celui-ci renfermerait, pour l'essentiel, des objectifs constitutionnels².

Au total, on ne peut pas dire que le préambule de la Constitution de 1946 ait pu réaliser une déclaration totale de droits puisque sont restés largement sous silence le problème de l'efficacité de ces droits tant en raison de leur sanction que de leurs rapports avec leurs conditions d'existence. C'était une déclaration renfermant des incertitudes et même des vices. Elle était à renforcer et à compléter pour qu'on évite de constater entre le droit et la réalité vécue un contraste, comme c'était le cas dans le domaine de la famille. J. Rivero et G. Vedel nous apprennent que l'alinéa 3 avait été voulu pour consacrer définitivement le droit de vote des femmes qui n'avait pour lui que l'autorité d'un texte ordinaire, procédant de l'ordonnance du gouvernement provisoire de la République du 21 avril 1944. En cela, l'alinéa 3 n'était pas un point litigieux du Préambule. Pourtant, la formule employée pouvait être lue comme ayant bien plus de portée, suggérant un alignement en tous points des possibilités juridiques des deux sexes.

Dernière ambiguïté de 1946: ses principes sont très généralement regardés comme une condamnation de l'individualisme révolutionnaire de 1789. Il était temps que l'homme abstrait de 1789 reçoive de l'Etat toutes les garanties matérielles d'existence que la misère de la vie pouvait refuser à son groupe social (jeunes, chômeurs, malades, étrangers...) le laissant alors hors d'état de profiter de ses libertés. L'histoire de la France devait ainsi se mettre à jour. Mais la construction de cette nouvelle démocratie économique et sociale lui donne ce dont elle a besoin en lui imposant sa loi et celle-ci n'est pas une cure d'épanouissement pour le cas de la femme. En la considérant tout à la fois comme « mère », « citoyenne » et « travailleuse » la Constitution se préoccupe en fait de lui permettre de concilier tous ses devoirs en invitant la loi à intervenir en ce sens. En clair, elle l'assigne à une exigence qui n'appartient qu'à sa catégorie. Autrement dit, la « famille » légitime est le cadre dans lequel la femme pouvait espérer de nouvelles conquêtes juridiques avec pour horizon d'y vivre dignement (Projet Constitution 19 avril 1946, art.24³, art. repris et condensé avec les art.23 et 29 notamment au sein de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁴), réservant, toutefois, pour faire une lecture totale du Préambule, les cas où elles viendraient rejoindre la catégorie des « économiquement faibles » qui n'a pas de sexe (chômeurs, vieux travailleurs, étrangers...). La diversité des solutions s'inscrivait ainsi au plus profond des réalités de l'époque. Elles prennent encore le visage de l'actualité. Mais c'est aussi une fidélité à une certaine tradition constitutionnelle française qui pouvait inspirer les solutions de 1946. En ce sens, les Chartes constitutionnelles du 4 juin 1814 et du 14 août 1830 promettait aux « veuves » le soutien de l'Etat au même titre que les militaires (art.69 et 60). La Constitution du 4 novembre 1848 trouvait sa base dans « la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre public » (Préambule, points IV et VIII).

Nous ferons le tour des droits que les Constitutions accordent aux femmes en abordant successivement le domaine politique et le domaine civil :

² Le Conseil d'Etat aura été la première juridiction à donner autorité à l'alinéa 3 du Préambule de 1946 : 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la recherche*, Rec. 152. Voir sur les rapports entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel sur ce point, M. CLAPIE, *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaire à notre temps*, thèse Montpellier 1992 (dactylo.), spéc. 301 et s.

³ « La Nation garantit à la famille les conditions nécessaires à son libre développement. Elle protège également toutes les mères et tous les enfants par une législation et des institutions sociales appropriées.

Elle garantit à la femme l'exercice de ses fonctions de citoyenne et de travailleuse dans les conditions qui lui permettent de remplir son rôle de mère et sa mission sociale. »

⁴ « 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. »

I. Les droits politiques des femmes.

Pour les plus anciennes Constitutions françaises dépourvues de déclaration de droits, le prisme de leurs rapports aux femmes est essentiellement celui de la démocratie politique. Ces Constitutions donnent même ici le siège de la matière. Jusqu'en 1946, elles adoptent et perpétuent le point de vue d'établir le suffrage politique au seul profit de certains hommes. On peut ainsi marier le révolutionnaire, le royaliste, le sénateur de la III^{ème} république dans un unisson pour rejeter, en toute conscience de leur part, la participation des femmes à la vie politique, sorte de consentement universel et permanent attestant de leur vérité sur ce point. A cet égard, les constitutions révolutionnaires entrent généralement très avant dans les détails pour délimiter avec précision les contours de la citoyenneté⁵. Et, dans ce jeu des parallèles historiques, le constituant de 1848, à qui pourtant nous devons le suffrage universel et l'interdiction de l'esclavage, n'occupe pas une place à part.

Le chemin qui aura mené les femmes à la citoyenneté sera passé par des paysages variés. Des Constitutions révolutionnaires à la Constitution de 1848, les femmes et les hommes formaient indistinctement la collectivité de tous les citoyens. En cette qualité, ils étaient tous souverains, fussent-ils représentés pour la confection des lois. Il n'y a guère que certains hommes, en raison de leur âge et de leur niveau de revenu, qui étaient appelés à exercer la fonction élective consistant à désigner, non pas comme un droit mais comme une mission nécessaire, les représentants de l'ensemble de la collectivité. C'est parce que l'électorat était regardé comme une fonction que la constitution pouvait en subordonner ainsi l'exercice, comme pour toute autre fonction, à certaines conditions. La terminologie de 1791 distinguait ainsi les *citoyens actifs* des *citoyens passifs*. Leurs responsabilités les distinguaient donc, pas leur qualité⁶. On pourra trouver, qu'ainsi conçue et vécue, la citoyenneté des femmes était une apparence hypocrite. Néanmoins la fidélité aux Lumières aurait pu inspirer aux révolutionnaires des solutions plus sévères. La distinction chez Rousseau, entre les citoyens et les sujets était fondée sur l'impossibilité pour les femmes d'acquérir et d'exercer des droits politiques autrement que par l'intermédiaire de leurs époux et de leur famille. Elles pouvaient en jouir par ricochet en quelque sorte ; laissant d'ailleurs en suspens le sort des célibataires et des veuves⁷. La conquête du suffrage universel, proclamée pour les hommes en 1848, ne s'est pas étendue à toutes les femmes en 1946 puisque c'est en 1958 que les femmes musulmanes ont acquis le droit de vote dans les départements d'Algérie.

Mais la liberté politique n'est pas le pouvoir politique. La nuance est capitale. Habilitées à voter, les femmes demeurent néanmoins dans une subordination politique aux hommes si l'occasion pour elles de se faire élire ne se présente pas. Et elles savaient à quoi s'en tenir sur ce point, toujours représentées par des hommes. La première Assemblée constituante de 1945 ne leur cède que 5,6% des sièges. L'Assemblée nationale de 1995 n'est encore occupée que par 6,1% de femmes⁸. Et les élus locaux étaient traditionnellement des hommes. Le pire est que les manifestations d'indignation et les tentatives de réforme en faveur de quotas d'élus par sexe n'ont jamais fait défaut mais les données du droit constitutionnel tournées vers l'abstraction et l'universalisme auront joué un rôle d'empêchement. C'était au prix d'une construction aventurée reposant sur un double amalgame que la décision du 18 novembre 1982 avait refusé que la loi – votée à la quasi-unanimité des députés – réserve 25% des sièges aux femmes dans les conseils municipaux: en regardant les élections locales comme des élections politiques au sens de l'article 3 de la Constitution – car les citoyens y sont

⁵ Par exemple, Constitution du 5 fructidor an III, art. 8 : « Tout homme né et résident en France qui, âgé de 21 accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui a demeuré depuis pendant une année sur le territoire de la république, et qui paie une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français... ». Voir également Constitution du 22 frimaire an VIII, art.2

⁶ Voir, R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1922, tome 2 436 et s.

⁷ G. BACOT, « La situation juridique des non-citoyens d'après J.-J.Rousseau », RDP 2000, 77.

⁸ D. ROMAN, « Droit et féminisme : les hésitations du parlement français », *Pouvoirs* 2020, 27.

convoqués - d'une part ; en étendant aux éligibles le principe du caractère indifférencié des électeurs posé par cet article 3 d'autre part⁹. Il était tout de même difficile de considérer que la souveraineté nationale était en cause dans l'élection des conseils municipaux gouvernés par le principe de « libre administration » de l'article 72. N'était-il pas possible de résoudre autrement la question constitutionnelle? Trois ans plus tôt, à l'occasion d'un projet gouvernemental préfigurant celui de 1982, G. Vedel estimait que la référence à l'égalité des français devant le suffrage (art. 1^{er} C.) eut apporté une meilleure contribution à la discussion, étant entendu que le projet ne pouvait être contraire à l'égalité qu'il avait pour objet, au contraire, d'assurer¹⁰. Il suffisait que la loi procède de manière indéterminée en faveur de la constitution de listes devant comporter au moins 20% de candidats de sexes différents pour garantir le résultat recherché sans enfreindre le principe d'égalité – la solution valant alors symétriquement à l'égard des deux sexes -. Mais le problème est ici d'après G. Vedel: sur ce chemin des quotas électoraux, pourquoi s'arrêter sur l'égalité entre les sexes alors que le même article premier proclame simultanément l'égalité entre les races, les religions, etc...? A partir d'une démarche plausible et même souhaitable on parviendrait alors à installer un « corporatisme social » sur invitation implicite du constituant, ceci par excès d'analogies (handicapés, des gens de couleur...), et qui, au bout du chemin, ruinerait l'unité du suffrage universel et compliquerait la démocratie par des problèmes d'arithmétique et des distinctions inopérables¹¹. A la lumière de ces explications, on peut comprendre la précaution du juge constitutionnel à établir sa réflexion et sa décision de 1982 sur un autre fondement constitutionnel – celui de l'article 3 C. - plus adéquat à fixer l'avenir sur la position qui a toujours été celle de l'indivision du corps des personnes éligibles.

On se rappelle que cet obstacle jurisprudentiel posé en 1982 fut levé par la révision constitutionnelle - pratiquement 20 ans après - du 8 juillet 1999 invitant la loi à « favoriser » la représentation paritaire des femmes et des hommes dans le cadre des élections politiques (art. 1^{er} alinéa 2). Sur cette base nouvelle des progrès considérables ont été réalisés¹². Mais on les doit plus à la libre volonté du législateur car, derrière les termes de la révision, il y avait un objectif et non un impératif à établir la parité, a pu préciser le Conseil constitutionnel (Cons. const., [n°2003-475 DC](#) du 24 juillet 2003 à propos de l'élection des sénateurs - point 13)¹³. La révision de 1999 n'impose donc aucune obligation au législateur¹⁴, elle lui sert simplement de référence pour ne pas commettre d'acte constitutionnellement illicite, comme c'était le cas en 1982¹⁵. Exiger davantage de sa part eut pratiquement – pas impérativement cependant – pour effet de constitutionnaliser le scrutin de liste à l'encontre d'une tradition républicaine favorable à la liberté du législateur pour déterminer les modes de scrutin. Mais sur la base de cette solution, les retours en arrière dans la représentation politique des femmes sont possibles restant constitutionnellement irréprochables – par l'effet de la liberté de substituer le scrutin uninominal au scrutin de liste¹⁶.

⁹ Cons. const. 18 nov. 1982, [n° 82-146 DC](#), *Quotas par sexe*, Rec. 66, *AJDA* 1983 74, note J. BOULOUIS, *RDP* 1983 333, note L. FAVOREU, *Dr. Social* 1983 131, note D. LOCHAK, *D.* 1984 469 note L. HAMON, *JCP* 1983 n°19646, note P. MARCHAND.

¹⁰ G. VEDEL, « Les 20% de femmes et la Constitution », *Le Monde*, 3 févr. 1979, 9.

¹¹ G. VEDEL, art. préc. Encore que pour l'auteur les choses restaient simples à l'égard des femmes représentant, contrairement aux autres catégories, la moitié de la population citoyenne.

¹² Depuis la révision constitutionnelle de 1999, la représentation des femmes au sein de l'Assemblée nationale ne cesse de progresser pour s'élever à 228/577, soit 39,5% des sièges, sous l'actuelle législature de 2017.

¹³ Avec extension aux « responsabilités professionnelles et sociales » par la révision du 23 juillet 2008, [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015 (point 13), application à propos des élections au conseil académique des universités.

¹⁴ C'est pourquoi le Haut conseil à l'égalité des femmes et des hommes avait proposé la substitution du mot « favorise » par « garantit » l'égalité femmes-hommes (propositions au président de l'Assemblée nationale le 18 avril 2018).

¹⁵ La parité femmes-hommes n'a pas été jugée comme un « droit ou une liberté que la Constitution garantit » au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Elle ne saurait donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité : [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015 préc.

¹⁶ Jugé en ce sens à propos de l'abandon du scrutin de liste pour désigner les conseillers territoriaux appelés à siéger au sein des conseils délibérants des départements et régions : Cons. const. [n°2010-618 DC](#) du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, réforme abandonnée depuis. Précisons que la parité femmes-hommes n'est pas regardée par les juges comme un « droit » ou une « liberté » sur le fondement duquel une QPC peut être déposée (Cons. const. [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015).

II. Les droits civils et sociaux des femmes.

La liberté politique des femmes ne saurait être la seule expression de leur liberté. Les Constitutions sont également appelées à garantir leur liberté civile et sociale. Mais on peut ici aussi se demander si les traits essentiels qui définissent l'esprit des libertés constitutionnelles – abstraction, généralité, individualisme – n'ôtent pas aux femmes les armes que leur combat nécessite. Ces traits se manifestent jusque dans le vocabulaire employé, « l'homme », « le citoyen », la « volonté générale », la « société » ..., dont la signification ne se rapporte à aucune situation particulière et donne aux libertés un caractère désincarné plus ou moins inscrit dans toutes les Constitutions depuis la perspective universaliste de 1789. Alors, ces Constitutions n'en font pas assez pour les femmes à ce point de vue: elles manquent de réalisme en ne prenant pas en considération les situations particulières dans lesquelles les femmes se trouvent engagées. Et cette hypocrisie fondamentale se vérifie toujours selon laquelle les libertés que les Constitutions proclament ne bénéficient qu'à ceux qui ont les moyens d'en tirer profit. Le faible n'a pas de liberté. Malgré le tournant de 1946, l'individualisme affecte encore les libertés reconnues. Pire: la généralité des formules constitutionnelles donne aux femmes qui sont économiquement, socialement, familialement en situation d'oppression, l'illusion qu'elles sont libres et, par là, leur ôte la conscience de leur servitude – à l'image du travailleur pauvre. Le vocabulaire des libertés recouvre une réalité d'oppression. On ne saurait donc échapper à une condamnation de principe des libertés classiques telles qu'elles sont proclamées dans les textes.

La jurisprudence constitutionnelle est plus susceptible d'ouvrir la Constitution aux préoccupations nouvelles en opérant une lecture du texte par les juges permettant de devancer son renouvellement. On peut espérer de la haute juridiction qu'elle prenne en considération les situations concrètes, qu'elle complète les libertés classiques, les marquant d'un esprit nouveau, jusqu'à réserver une place constitutionnelle à la cause des femmes.

A lire cette jurisprudence on ne voit pas de modèle de consécration des droits fondamentaux dont la cause des femmes pourrait bénéficier. Cette jurisprudence ne marque pas de rupture, en effet, dans l'objet des droits ni leurs débiteurs. La liste des droits invoqués devant le Conseil constitutionnel fait tantôt place aux droits classiques, tantôt aux droits économiques et sociaux et aux créances sur l'Etat¹⁷. Les premières sont toutefois les plus largement sollicitées, et notamment l'égalité devant la loi, la plus suspecte de se trouver bafouée par les politiques publiques de l'Etat. Sur le fondement de la révision constitutionnelle de 2008¹⁸, diverses lois ont imposé, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, une composition « équilibrée »¹⁹ des instances représentatives d'organismes publics et privés (Cons. const., [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015 ; [n°2017-686 QPC](#) du 19 janvier 2018 ; [n°2018-761 DC](#) du 21 mars 2018). Plus généralement, les discriminations entre sexes, dans un sens ou dans l'autre, non recherchées mais induites des politiques publiques, sont assez systématiquement

¹⁷ Par ex., pour ce second cas, Cons. const., [n°2012-248 QPC](#) du 16 mars 2012, justifiant l'accouchement sous X sur le fondement du principe constitutionnel de protection de la santé.

¹⁸ Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 complétant l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution selon lequel : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, *ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* » (souligné par nous). Cet ajout constitutionnel s'est imposé pour tenir en échec la jurisprudence du Conseil constitutionnel censurant comme contraire au principe d'égalité des dispositifs légaux imposant des quotas par sexe de participation à des instances d'organismes publics et privés (Cons. const. [n°2006-533 DC](#) du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* (cons. 16), jugé ainsi en ce que la loi faisait « *prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune* »). Le Conseil constitutionnel a jugé depuis que les dispositions ajoutées à l'article 1^{er} de la Constitution ne pouvaient constituer un droit ou une liberté susceptible d'être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015, cons. 14), sauf combinées avec l'appel au principe d'égalité entre les femmes et les hommes (même décision, cons. 10).

¹⁹ Comprendre que le législateur dispose de la liberté d'imposer une représentation proportionnelle, et non forcément paritaire, des salariés de chacun des deux sexes dans l'entreprise. Cette liberté est appelée à se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de représentation des salariés dans l'entreprise.

pourchassées devant le juge constitutionnel²⁰. Le principe d'égalité demeure à la base des relations entre les individus. S'agissant plus spécifiquement du principe d'égalité entre les sexes proclamé sur le fondement de l'alinéa 3 du préambule de 1946, le juge constitutionnel semble en avoir limité l'application aux problèmes d'accès à la nationalité française, lui donnant nonobstant l'occasion de censurer la loi sur ce fondement²¹. Le principe d'égalité plus généralement formulé par la DDHC inspire bien plus fréquemment ses solutions.

L'individualisme de 1789 subsiste donc dans cette jurisprudence constitutionnelle. Mais il laisse place à cette nuance: l'appui sur des textes plus contemporains permet de substituer « la personne » à « l'homme ». Il y a plus qu'une simple évolution du vocabulaire dans la mesure où la notion de personne exprime l'impossibilité de penser l'individu en dehors des groupes sociaux auxquels il est intégré et partageant le sort de tous ses membres. C'est alors un élément d'évolution: une certaine protection réservée au groupe des femmes se fait jour, profilant à l'horizon un droit constitutionnel propre aux femmes qui n'est pas le droit constitutionnel commun des individus que nous connaissons²². Cette orientation se discerne dans l'appel au principe de « la dignité de la personne humaine » par le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat, dignité qu'aurait pu heurter l'installation de panneaux dans la ville de Dannemarie, à l'occasion de l'année de la femme, présentant des femmes dans différentes attitudes qui pouvaient laisser supposer des préjugés sexistes et dévalorisants à leur égard (CE 1^{er} septembre 2017, *Commune de Dannemarie*, req. N°413607).

En ce sens également, le juge constitutionnel s'en remet à une conception plus exigeante du principe d'égalité, permettant de passer de l'égalité juridique de 1789 à l'égalité des situations concrètes. Sur son fondement, il se détermine en faveur des politiques compensatrices au bénéfice des femmes, notamment en matière de calcul des retraites, les majorations et bonifications dont leur pension de retraite fait l'objet permettant d'assurer la contrepartie des interruptions de carrière qu'elles sont contraintes d'accepter (Cons. const., [n°2003-483 DC](#) du 14 août 2003 et [n°2010-617 DC](#) du 9 novembre 2010, solutions toutefois fondées sur l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 au profit de la « mère » et des « vieux travailleurs »)²³.

La principale originalité de la jurisprudence, dans ce sens, consiste dans la consécration du principe de la « liberté des femmes » que le juge constitutionnel déduit de l'article 2 de la Déclaration de 1789 pour justifier les initiatives du législateur en matière d'IVG²⁴. Ainsi la reconnaissance d'intérêts propres aux femmes procède d'un approfondissement de la notion de personne qui conduit à voir, dans le groupe qu'elles représentent, un élément nécessaire à leur épanouissement.

Mais l'affirmation de groupes naturels – comme ici –, ou des groupes résultant d'une libre création, pose un problème nouveau au libéralisme individualiste: la vision simplifiée du face à face entre la personne et l'ensemble de la communauté nationale s'efface, finalement ressentie comme un schéma simpliste et une injustice face aux réalités. L'organisation des rapports de groupe à groupe tend à s'y substituer. Et, cette tendance nouvelle reflète précisément l'antagonisme qu'on croit pouvoir discerner entre deux courants d'inspiration qui traversent le féminisme. Le droit constitutionnel s'en fait le miroir: le courant individualiste qui exclu l'interposition des femmes, en tant que groupe social,

²⁰ Par ex. Cons. const., [n°2018-737 QPC](#) du 5 oct. 2018, la législation en matière de nationalité ne pouvait réserver au père français la transmission de la nationalité française à son enfant légitime né à l'étranger et priver la mère française d'une telle possibilité sans heurter l'article 6 DDHC et l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946.

²¹ La Cour de cassation fonde sur le troisième alinéa du préambule de 1946 la nullité du licenciement d'une salariée à raison de son état de grossesse, Cass. Soc. 29 janv. 2020, *Mme R.M.*, n°116 FS-P+B.

²² Droit commun qu'on voit centré sur le principe d'égalité dans son sens formel et négatif prohibant toute discrimination quelle qu'elle soit (V. J.-M.SAUVÉ, « La jurisprudence administrative et les femmes », intervention lors du colloque organisé par la CAA de Marseille le 14 novembre 2017, site du Conseil d'Etat). Le Conseil constitutionnel admet les mesures correctrices au bénéfice des femmes en matière de retraite ou de maternité sur le fondement du 11^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946 et de ses dispositions en faveur de la « mère » et des « vieux travailleurs » (Cons. const., [n°2003-483 DC](#) du 14 août 2003 et [n°2010-617 DC](#) du 9 novembre 2010).

²³ Voir également, Cons. const., [n°2020-810 DC](#) du 21 décembre 2020, jugeant que l'égal accès à la fonction publique selon ses mérites n'exclut pas qu'on différencie la qualité des candidats afin d'assurer une variété des mérites (§5).

²⁴ Cons. const., [n°2001-446 DC](#) du 27 juin 2001 (cons. 5 et 10) ; [n°2014-DC](#) du 31 juillet 2014 (cons. 4 impl.) ; [n°2015-727 DC](#) du 21 janvier 2016 (cons. 43) et [n°2017-747 DC](#) du 16 mars 2017 (§10).

entre la personne et la communauté nationale et, comme alternative, le courant corporatiste selon lequel une autorité doit pouvoir s'exercer au nom d'un groupe particulier. Le premier courant est censé servir la communauté toute entière, n'acceptant aucun intermédiaire pour reconnaître à tous les mêmes droits, le second ne se soucie que du groupe particulier refusant d'admettre la réalité d'un intérêt commun. Ce dernier dessine une nouvelle conception de l'Etat bien plus complexe: non plus neutre pour l'ensemble de la société, simple cadre pour le jeu de libertés, mais un Etat régulateur qui se reconnaît le devoir d'intervenir dans les rapports entre les citoyens et de les organiser selon des rapports de groupes à groupes (femmes/hommes, religieux/non religieux, parents/enfants, défenseurs de l'environnement/acteurs de l'économie, nationaux/étrangers...). Et les manières d'énoncer, d'agencer et de résoudre ces rapports sont riches de tant de variétés et de tensions qu'on relèvera presque autant de contradictions entre les membres du groupe qu'entre les groupes eux-mêmes, avec le danger d'une perte d'autodétermination au profit des responsables du groupe. En effet, la personne ne saurait s'accomplir en dehors des préoccupations de son groupe ou contre lui, avec le risque d'une discipline à l'égard de sa communauté parce que cette personne ne vaut que par son appartenance à elle. Ainsi les feux tirés par les armes des combattantes féministes ne convergent pas. Pour s'en tenir à une seule illustration: le voile est-il un instrument de libération ou d'asservissement des femmes musulmanes? ²⁵

Au bout du chemin, cette contestation de l'individualisme peut-elle conduire à l'apaisement social? On pourrait marquer quelque scepticisme à l'égard de l'évolution actuelle qu'on peut voir comme une menace pour la Cité toute entière qui ne pourrait survivre si sa base sociale est ébranlée parce que plus personne n'est d'accord avec personne sur les buts à poursuivre et les limites à respecter, sur les évidences. A l'inverse, on croit cette contestation utile à prendre conscience qu'il n'y a pas pour soi de liberté illimitée et à nous obliger à tenir compte de l'existence des autres.

²⁵ Le sujet est conflictuel au sein du féminisme considérant que le voile peut manifester leur soumission. La conception française de l'ordre public et de la laïcité ne s'y oppose pas, la loi du 11 octobre 2010 ne prohibant que le port du niqab en ce qu'il dissimule le visage (Cons. const., [n°2010-613 DC](#) du 7 octobre 2010 (cons. 5)). V. M. PERROT, « Féminisme pluriel », *Pouvoirs* 2020, 5.