

**LA PARITÉ ENTRE HOMMES ET FEMMES
DANS L'ACCÈS AUX FONCTIONS ÉLECTIVES
FAUT-IL RÉVISER LA CONSTITUTION ?**

PAR

Gwénaële CALVES

Docteur en droit

ATER à l'Université Panthéon Assas (Paris II)

“La nécessité de parvenir à une répartition équilibrée des pouvoirs publics et politiques entre hommes et femmes”¹ n’est aujourd’hui contestée par personne. Le concept de parité, loin d’être politiquement “sensible”, est des plus consensuels. C’est un concept de cohabitation, sur lequel s’accordent le Président de la République et le Premier Ministre² ; c’est un concept fédérateur, qui réunit, à l’Assemblée nationale, des élus du PCF comme du RPR, du PS comme de l’UDF³.

1. Déclaration d’Athènes du 3 novembre 1992, adoptée à l’issue du sommet européen “Femmes au pouvoir” organisé par la Commission des Communautés Européennes. Ce texte, qui sera complété par la Déclaration de Rome du 18 mai 1996, constitue, pour un grand nombre de paritaristes français, une véritable “Charte”. Le réseau “Femmes pour la parité” l’a par exemple reproduit *in extenso* dans la pétition nationale diffusée lors des élections législatives de 1993. Pour un rapide historique du militantisme paritariste en France, v. Besnier (F.), *La parité hommes-femmes en politique. Histoire d’une revendication*, mémoire de DEA en sciences politiques dir. par Pisier (E.), Université Paris I, 1996.

2. Au cours de la campagne présidentielle de 1995, Jacques Chirac avait, comme tous les principaux candidats, exprimé un accord de principe avec l’idée paritaire : “*il faut se fixer des objectifs clairs en matière de représentation des femmes. Pour moi, ce ne peut être que la parité*” (Discours du 7 avril 1995 devant le Conseil National des Femmes Françaises). Lionel Jospin, quant à lui, a renouvelé la promesse déjà formulée par son prédécesseur, en affirmant qu’*“une révision de la Constitution, afin d’y inscrire l’objectif de parité entre les femmes et les hommes, sera proposée”* (Déclaration de politique générale, 19 juin 1997).

3. Pour un aperçu des positions en présence, v. le débat du 11 mars 1997 qui a suivi la Déclaration du Gouvernement sur la place des femmes dans la vie publique, *J.O.* du 12 mars 1997, pp. 1802-11840.

Tous semblent convaincus que *“la parité des femmes et des hommes dans la vie publique est une condition de l’approfondissement de la démocratie”*⁴.

Un premier pas en ce sens avait été franchi en 1982, lorsque fut adoptée une disposition législative prévoyant que *“les listes de candidats [aux élections municipales] ne peuvent comporter plus de 75% de personnes du même sexe”*. Mais le Conseil constitutionnel avait, comme on sait, censuré le *“quota par sexe”* ainsi institué⁵. Cette décision est assez largement perçue comme un *“verrou”* barrant l’accès à la voie législative : une loi imposant aux partis politiques de constituer des listes paritaires, ou, dans le cadre d’un suffrage uninominal, d’investir autant de femmes que d’hommes, ne manquerait pas, en vertu de ce *“précédent”*, d’être invalidée.

Devant un tel obstacle, trois stratégies sont envisagées : l’admettre, le contourner, ou, plus radicalement, le renverser.

Il est d’abord possible de tenir pour acquise l’inconstitutionnalité de toute mesure visant, en matière électorale, à instituer des quotas. Il s’agirait alors d’emprunter des voies détournées qui, sans s’exposer à la censure du juge, permettraient d’atteindre un résultat équivalent. L’Observatoire de la Parité⁶ a ainsi proposé de renforcer le dispositif relatif au non-cumul des mandats électifs et de créer un véritable statut de l’élu. L’appel d’air créé par la première mesure amènerait les femmes à pénétrer plus nombreuses dans l’arène électorale — démarche d’autant moins périlleuse que le statut serait plus protecteur. Il est également suggéré, de manière plus directement incitative, de moduler l’aide publique allouée aux partis en fonction du nombre de candidates et/ou d’élues dont ils peuvent se prévaloir⁷.

Peuvent ensuite être imaginés des stratagèmes visant à soustraire la loi au contrôle du Conseil constitutionnel. Le Professeur Demichel propose, à cette fin, de recourir au référendum prévu par l’article 11 de la Constitution. La loi paritaire adoptée par cette voie *“aurait, en tant que de besoin, valeur de loi*

4. Proposition de loi constitutionnelle du groupe communiste (Document Assemblée Nationale n° 3111).

5. Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 (*Quota par sexe*).

6. Créé par le décret n° 95.1114 du 18 octobre 1995, l’Observatoire de la Parité entre les hommes et les femmes s’est constitué en différentes commissions, au nombre desquelles figure la Commission pour la parité entre les hommes et les femmes dans la vie politique, présidée par G. Halimi. La Commission, après avoir conduit toute une série d’auditions, a formulé des propositions, résumées dans un Rapport rendu public en janvier 1997 (ci-après *Rapport de la Commission*). Gisèle Halimi a par la suite vivement dénoncé les conditions de précarité dans lesquelles a travaillé la Commission. V. Halimi (G.), *La nouvelle cause des femmes*, Paris, Seuil, 1997, not. pp. 53-68.

7. Carcassonne (G.), audition du 29 février 1996 devant l’Observatoire de la Parité, *Rapport de la Commission*, vol. III, Annexe 63. G. Carcassonne propose, pour réduire l’aléa que représenterait une éventuelle contrariété avec l’article 4 de la Constitution, de recourir à des *“primes”* plutôt qu’à des pénalités.

*organique (pour les élections aux assemblées parlementaires) ; elle aurait simplement, dans les autres cas (élections locales et européennes) valeur de loi ordinaire*⁸. Cette solution n'est praticable qu'à condition d'admettre que la parité a directement trait à "l'organisation des pouvoirs publics" — sauf à considérer, avec le Professeur Carcassonne, que le recours à l'article 11, "*juridiquement contestable, ne l'est ni politiquement, ni démocratiquement, ni moralement*"⁹. Pour empêcher le Conseil de statuer, une stratégie plus simple est également envisagée : il suffit que la loi paritaire ne lui soit pas déférée¹⁰. En 1982, la question de la constitutionnalité du "quota par sexe" avait été soulevée d'office par le Conseil, les parlementaires ayant pris soin de contester devant lui une toute autre disposition de la loi litigieuse¹¹. Une telle manoeuvre, dans l'hypothèse d'une loi exclusivement consacrée à la parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives, serait rendue impossible. Le pari semble, au regard du consensus actuel, assez peu risqué. Il convient toutefois de souligner que sa portée demeure limitée, la loi organique requise pour l'élection des membres du Parlement faisant l'objet d'un contrôle obligatoire.

Face au verrou que constituerait la décision du 18 novembre 1982, il est enfin possible de recourir, comme en 1993¹², à la révision constitutionnelle. Il s'agirait, à l'instar des Portugais¹³ et peut-être bientôt des Italiens¹⁴, d'insérer dans le texte fondamental une norme ou un objectif de parité invitant le législateur à adopter des mesures contraignantes en la matière.

8. Demichel (F.), audition du 3 mars 1996 devant l'Observatoire de la Parité, *Rapport de la Commission...*, vol. III, Annexe 66.

9. Carcassonne (G.), réponse au questionnaire de l'Observatoire de la Parité, *Rapport de la Commission...*, vol. III, Annexe 54.

10. En ce sens, v. Debbasch (C.), "Un principe d'égal accès aux mandats électifs", in Choisir-La Cause des femmes, *Femmes : moitié de la terre, moitié du pouvoir*, Paris, Gallimard, 1994, pp. 139-144.

11. Sur l'"édifiante leçon d'hypocrisie collective" qu'a constitué cet épisode, v. Lochak (D.), "Les hommes politiques, les «sages» (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)", *Droit social*, février 1983, pp. 131-137.

12. Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 renversant la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

13. Deux articles de la Constitution portugaise ont récemment été modifiés (révision du 3 septembre 1997). L'article 9, relatif aux "*tâches fondamentales de l'Etat*", invite désormais les pouvoirs publics à "*promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes*". Par ailleurs, la loi, aux termes du nouvel article 112, "*doit promouvoir l'égalité dans l'exercice des droits civiques et politiques*" (Communication de M. L. N. de Almeida lors de la XIIe Table Ronde internationale organisée, les 12 et 13 septembre 1997 à Aix-en-Provence, par le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle).

14. La situation italienne est assez comparable à celle de la France, puisque la révision constitutionnelle actuellement étudiée par une commission bicamérale *ad hoc* est destinée à surmonter l'invalidation, par la Cour constitutionnelle, des lois électorales de 1993 qui visaient à renforcer la présence féminine dans les assemblées (Communication de M. Rossi, *eodem loco*).

C'est cette dernière voie que nous souhaiterions explorer. Est-il vraiment nécessaire, pour instaurer la parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives, de procéder à une révision de la Constitution ?

La réponse à cette question n'est pas seulement commandée par l'interprétation qu'on donne de la décision du 18 novembre 1982. Elle dépend aussi, selon nous, de la manière dont on conçoit la parité : si on la conçoit à la manière — dominante chez ses promoteurs — d'un "droit fondamental", la parité constitue une innovation majeure qui requiert, sans aucun doute, une intervention du constituant dérivé (I). Mais si on la conçoit — sur le modèle de l'*affirmative action américaine* — comme une discrimination positive, il est possible de soutenir qu'elle est admissible par le Conseil, et que la révision de la Constitution est inutile (II).

I - LA PARITÉ COMME DROIT FONDAMENTAL : UNE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE NÉCESSAIRE

Des "quotas par sexe" invalidés en 1982, il n'est plus question aujourd'hui — sauf à titre d'instruments permettant d'atteindre, par étapes, la parité. La revendication paritaire se distingue, à plusieurs titres, de la demande de quotas formulée à la fin des années soixante-dix : "*les quotas ne sont plus exigés au stade de la candidature mais des résultats ; le pourcentage n'est plus de 25% mais de 50% ; la garantie d'un minimum de représentation n'est plus exigée pour les femmes et pour les hommes, mais uniquement pour les femmes ; il ne s'agit plus d'une mesure temporaire de 'rattrapage' mais d'une mesure définitive*"¹⁵.

Cette analyse d'un adversaire déclaré de la parité est confirmée par les paritaristes les plus convaincus, qui soulignent que "*la parité dans la représentation et l'administration des nations*"¹⁶ se distingue du quota "*par sa philosophie même*"¹⁷. Elle n'est pas un instrument de lutte contre la discrimination sexiste, mais la consécration d'un "droit fondamental" nouveau : droit objectif qui constitue "*un fondement de la démocratie, au même titre que la séparation des pouvoirs ou le suffrage universel*"¹⁸ ; droit subjectif des femmes présenté comme "*le droit à la majorité civile, le droit à se représenter soi-même*"¹⁹.

15. Favoreu (L.), "Principe d'égalité et représentation politique des femmes : la France et les exemples étrangers", *Rapport public 1996* du Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, 1997, p. 399.

16. Déclaration d'Athènes citée *supra*, note 1.

17. Gaspard (F.), Servan-Schreiber (C.) et Le Gall (A.), *Au pouvoir, citoyennes ! Liberté, égalité, parité*, Paris, Seuil, 1992, p. 165.

18. *Parité-Info* n°1, mars 1993, éditorial de C. Servan-Schreiber.

19. Irigaray (L.), "L'identité féminine, biologie ou conditionnement social ?", in Choisir-La Cause des femmes, *Femmes : moitié de la terre...*, *op. cit.*, p. 107.

Du quota à la parité, le tournant n'est donc pas seulement rhétorique - même s'il est sans doute plus noble de revendiquer un droit que de demander à bénéficier d'une mesure protectrice. La mutation qui s'est opérée traduit un véritable bouleversement dans la doctrine de la représentation. De ce point de vue, on ne peut qu'être frappé par l'effet de symétrie existant entre la motivation développée en 1982 par le Conseil constitutionnel et les justifications apportées à la revendication paritaire : celle-ci apparaît comme le miroir inversé, ou le décalque, de la décision du 18 novembre 1982 (A). Elle semble, de ce fait, vouée à une nouvelle censure (B).

A) Une revendication décalquée de la décision 82-146 DC du 18 novembre 1982

Pour annuler la disposition législative limitant à 75% le pourcentage de candidats d'un même sexe autorisés à figurer, lors des élections municipales, sur les listes électorales, le Conseil n'a pas examiné, en 1982, des griefs d'inconstitutionnalité fondés sur la liberté de l'électeur ou la liberté de candidature. Il n'a pas invoqué l'existence d'une rupture d'égalité — entre les sexes, ou entre les candidats à l'investiture partisane. La question d'une éventuelle contrariété avec l'article 4 de la Constitution n'a pas plus été soulevée.

Le Conseil a préféré viser l'article 3 de la Constitution, intégralement reproduit dans le considérant 6, ainsi que l'article 6 de la Déclaration de 1789, dont, curieusement, il ne retient pas la disposition relative à la représentation nationale, mais la dernière composante qui consacre le principe d'égalité admissibilité des citoyens *“à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents”*. *“Du rapprochement de ces textes”*, estime le juge, *“il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus”* : *“ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles”*, et *“il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux”* (cons. 7).

Le quota apparaît ainsi comme inconstitutionnel *“non pas au regard de l'égalité des sexes, mais par rapport à la nature de la souveraineté et aux caractères du droit de suffrage”*²⁰. La règle posée par le législateur n'est pas censurée en ce qu'elle établit une différence de traitement, mais du simple fait qu'elle *“comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe”* (cons. 8). Le Conseil refuse ainsi d'admettre, en matière de droit de suffrage, la recevabilité ou la pertinence d'un critère de différenciation dont l'existence est par ailleurs (contrairement, par exemple, aux *“différences raciales”*) reconnue par la Constitution. En qualité de mère, une femme peut sans doute

20. Boulouis (J.), *“La loi n° 82-974 du 19 novembre 1982”*, A.J.D.A., fév. 1983, p. 80.

être distinguée d'un homme²¹ ; en qualité de citoyenne, elle est rigoureusement assimilée au citoyen. Pour établir cette stricte identité (ou indifférenciation) juridique entre les citoyens et les citoyennes, le juge procède, implicitement, à un raisonnement par analogie. L'égalité de suffrage dont le principe a été posé en 1789 supposait que les citoyens fussent dépouillés de toutes leurs caractéristiques sociales, religieuses ou culturelles. De même, ils sont, depuis 1944, asexués. Cette extrapolation est d'une irréprochable fidélité à l'esprit de 1789 ; elle donne toute sa force au principe posé par Sieyès, en vertu duquel "*les inégalités de propriété et d'industrie sont comme les inégalités d'âge, de sexe, de taille etc. Elles ne dénaturent point l'égalité du civisme*"²². Le citoyen est bien un "concept abstrait", il est la "*composante élémentaire [du corps politique] dont l'interchangeabilité garantit, avec la parfaite homogénéité de ce corps, l'indivisibilité de la souveraineté dont il est titulaire*"²³.

Ainsi formulé, le débat sur la place des femmes en politique était voué à se muer en une "*controverse sur les principes fondateurs de la République*"²⁴. Il ne pouvait que susciter un puissant écho, moins à cause de la crainte, très ancienne, de l'emprise des "intérêts particuliers", des "corps intermédiaires" ou des "factions" (il n'est pas très difficile de montrer que les femmes ne sauraient être porteuses de revendications "*catégorielles*"²⁵), qu'en raison de la crispation actuelle sur un "modèle républicain" qui serait menacé par une "dérive communautaire". La revendication paritaire entraînerait la France vers "*la démocratie communautaire des quotas importée des Etats-Unis*"²⁶. A cet égard, les métaphores de la brèche, de l'engrenage ou de la boîte de Pandore alimentent généreusement une critique d'où il ressort en substance que la République est en danger, dès lors qu'il est porté atteinte à l'universalité qui la fonde²⁷.

21. Préambule de la Constitution de 1946, al. 11.

22. Sieyès (E.), *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?* Paris, P.U.F., coll. Quadrige, p. 88.

23. Boulouis (J.), "La loi n° 82-974...", art. cit., p. 80.

24. Titre d'un article de Th. Bréhier, *Le Monde* du 8 mars 1997.

25. "*Les femmes ne sont pas une minorité. Elles sont partout. On les retrouve dans toutes les classes, dans toutes les catégories sociales. [...] On ne saurait les comparer à un groupe de pression dont les commanditaires — petits commerçants, adventistes, sourds-muets ou autres handicapés — demanderaient à être mieux représentés qu'ils ne le sont. [...] Les femmes ne sont ni une corporation, ni un lobby*" [Gaspard (F.) et al., *Au pouvoir, citoyennes...*, op. cit., p. 166]

26. Badinter (E.), "Non aux quotas de femmes", *Le Monde* du 12 juin 1996. Ce texte constitue un très bon exemple de la fonction que peut assurer, dans les débats français, la référence aux Etats-Unis. Pour une mise au point assez cinglante, v. Fassin (E.), "L'épouvantail américain", *Vacarme*, septembre-novembre 1997, pp. 66-68.

27. V., *inter alia*, Pisiér (E.), "Universalité contre parité", *Le Monde* du 8 février 1995 ; Mine (A.), "La journée des dupes", *Le Monde* du 21 mars 1997 ("*Avec, pour toile de fond, le communautarisme qui rôde, comment envisager sérieusement que les quotas demeureront durablement l'apanage des seules femmes ?*") ; Duhamel (O.), "Parité sans principes", *L'express* du 11 juillet 1996 ("*Remplacez homme/femme par Blanc/Noir et, pourquoi pas ? par « Français de souche » / « Français d'origine maghrébine » : qui l'accepterait ?*").

Il aurait été possible de quitter un terrain aussi mouvant, pour soutenir qu'un quota par sexe n'a rien à voir avec un quota "ethnique" ou "racial", puisque ceux-ci, contrairement à celui-là, reposent sur des catégories pros-crites. Un argument plus pragmatique aurait consisté à souligner que le danger de "dérive" est minime, dès lors que "la division entre hommes et femmes offre le seul cas de catégories limitées, d'importance à peu près égales, répondant à des critères objectifs"²⁸. Mais les paritaristes ont explicitement cherché à se placer sur le terrain choisi par le Conseil. Ils ont développé une contre-argumentation dont l'objectif est d'établir que "l'égalité politique n'est pas constituée de deux volets seulement ; elle en comporte trois. Outre le droit de suffrage et d'éligibilité, elle suppose la parité"²⁹.

Pour arriver à un tel résultat, il convient de saper les bases même du raisonnement mis en œuvre par le Conseil, en montrant que son refus d'admettre une distinction entre hommes et femmes est empiriquement (ou ontologiquement) mal fondé, et que le juge, loin de réaffirmer des valeurs universalistes, les trahit.

En effet, "le refus [du Conseil constitutionnel] de sexualiser la définition du citoyen confirme [...] la prégnance d'un schéma sexiste, qui masculinise automatiquement toutes les fonctions de responsabilité sociale et politique"³⁰. L'universalisme que postule et entérine la décision de 1982 est un universalisme "trompeur"³¹, hérité d'une époque où les femmes étaient totalement exclues de la vie publique. Il est le masque ou l'alibi de la domination. "L'homme universel, tout comme le citoyen, était l'être humain masculin exclusivement. [...] L'universalisme de 1789 était tout ce qu'il y a de plus particulariste et communautariste. La Révolution a instauré la communauté politique des mâles, libres et égaux en droits"³².

Contre cet universalisme abstrait, il faut poser que "la citoyenne n'est pas réductible au citoyen"³³. Comme le dit clairement Eliane Vogel-Polsky, "la base de la construction sociale et juridique de la parité" est "la reconnaissance de la dualité du genre humain"³⁴. Cette dualité est essentielle, au sens le

28. Carcassonne (G.), audition du 29 février 1996 devant l'Observatoire de la Parité, *Rapport de la Commission...* vol. III, Annexe 63, p. 388.

29. Gaspard (F.) et al., *Au pouvoir, Citoyennes...*, op. cit., p. 36.

30. Sledziwski (E. G.), *Rapport in Conseil de l'Europe, La démocratie paritaire - Quarante années d'activité du Conseil de l'Europe*. Actes du séminaire de Starsbourg des 6 et 7 nov. 1989, Les éd. du Conseil de l'Europe, 1992, p. 21.

31. V. Sledziwski (E. G.), "L'universalité trompeuse de la Révolution de 1789", in Choisir-La Cause des femmes, *Femmes : moitié de la terre...*, op. cit., pp. 49-58.

32. Agacinski-Jospin (S.), "Citoyennes, encore un effort...", *Le Monde* du 18 juin 1996.

33. Halimi (G.), "Plaidoyer pour une démocratie paritaire", in Choisir-La Cause des femmes, *Femmes : moitié de la terre...*, op. cit., p. 18.

34. Vogel-Polsky (E.), "Les impasses de l'égalité - ou pourquoi les outils juridiques visant à l'égalité des hommes et des femmes doivent être repensés en termes de parité", *Parité-Infos*, Hors-série n° 1, mai 1994, p. 12.

plus fort du terme : c'est une "condition inhérente à l'espèce, effective en chacun de ses représentants, de façon aussi naturelle et imprescriptible que la qualité de sujet rationnel — de façon aussi universelle, qui plus est"³⁵.

Ces thèses — dont l'écho n'est pas limité à quelques cénacles³⁶ — contrevennent manifestement, dans leurs présupposés comme dans leurs conséquences, aux principes fondamentaux du droit constitutionnel français.

B) Une revendication constitutionnellement inacceptable

Le Conseil accepterait-il de valider une loi disposant que "les assemblées élues au niveau territorial comme au niveau national sont composées d'autant de femmes que d'hommes"³⁷ ? Une telle éventualité semble fort peu probable — si toutefois on tient pour acquis que la solution dégagée en 1982 découlait essentiellement d'une interprétation de l'article 3 de la Constitution³⁸, et si, d'autre part, on forme l'hypothèse que le juge adopterait une nouvelle fois cette disposition comme norme de référence.

Il est vrai que l'interprétation de l'article 3 et des principes connexes, comme l'indivisibilité de la République, a beaucoup évolué. Nous ne croyons pas, pour notre part, que la décision du 13 novembre 1982 "s'insère dans une

35. Sledziewski (E.G.), "Rapport...", *op. cit.*, p. 21.

36. Elles ont été portées sur la place publique, sous forme euphémisée il est vrai, dans un retentissant "Manifeste des dix pour la parité" publié, le 6 juin 1996, dans *l'Express*. Signé par dix anciennes ministres (Mesdames Barzach, Bredin, Cresson, Gisserot, Lalumière, Neiertz, Pelletier, Roudy, Tasca et Veil), le Manifeste ne se borne pas à imputer la faible place des femmes en politique à "l'indifférence condescendante", au "mépris", voire à "l'hostilité déclarée" des hommes politiques. "Il y a là quelque chose de plus enraciné qu'un simple préjugé" : c'est l'héritage révolutionnaire. Les auteurs ne vont pas jusqu'à incriminer explicitement la doctrine de la souveraineté nationale, mais se livrent à une charge contre le "jacobinisme", "noyau dur de notre culture républicaine". Celui-ci n'apparaît pas directement comme une construction idéologique destinée à justifier le monopole du pouvoir par les mâles. Il n'en demeure pas moins "un concentré de qualités viriles" : "centralisateur et hiérarchique, donneur de leçons et arrogant autant qu'éducateur, rhétorique et rationnaliste jusqu'à l'abstraction chimérique". A ces qualités ou travers masculins s'opposent les qualités féminines que sont "la relation aux autres tels qu'ils sont, la sensibilité, le concret, le souci du quotidien". "Sont-ce nos qualités de ménagères qui sont visées?", s'interroge Elisabeth Badinter ("Non aux quotas de femmes", *art. cit.*).

37. Formulation du "Manifeste des 577 pour une démocratie paritaire", *Le Monde* du 10 novembre 1993.

38. En ce sens, v. Boulouis (J.), "La loi n°82-974...", *art. cit.*, p. 80. L'auteur invoque, à l'appui de cette interprétation, "l'ordre dans lequel sont présentées les références textuelles" (l'art. 3 C. précédant l'art. 6 DDHC), mais aussi le fait que "c'est [...] de l'appel à cette 'qualité de citoyen' que sont en définitive déduites les conséquences qui conduisent directement à la solution". *Contra*, v. Lochak (D.), *art. cit.*, pp. 135-136 (soutenant que l'article 3 C. "semble se trouver là pour la symétrie, et pour éviter de faire reposer l'ensemble de l'argumentation sur la Déclaration des droits de l'homme").

*jurisprudence parfaitement cohérente*³⁹. Il nous semble plus exact de soutenir, avec le doyen Boulouis, que “le crépuscule du principe représentatif”⁴⁰ est tombé, depuis lors, sur le Conseil constitutionnel.

Celui-ci a certes eu l’occasion de réaffirmer avec force que la Constitution “ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d’origine, de race ou de religion”⁴¹. Mais il a également introduit, dans la doctrine républicaine de la représentation, un véritable cheval de Troie voué à en subvertir complètement le sens. Le contrôle du découpage des circonscriptions électorales, inauguré en 1985 à propos de l’élection des membres du Congrès de Nouvelle-Calédonie⁴², puis étendu à l’élection des députés⁴³ et à celle des conseillers municipaux de la ville de Marseille⁴⁴, repose en effet sur l’idée que ces trois organes délibérants doivent être élus “sur des bases essentiellement démographiques”⁴⁵. Le Conseil, qui avait pourtant clairement posé, en 1976, que “la souveraineté qui est définie à l’article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale”⁴⁶, entérine ici “une conception de la représentation et du suffrage qui se détache de la qualité de citoyen constitutive du corps électoral, pour se rattacher à l’état d’habitant, constitutif de la population”⁴⁷.

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle contrevient, sur trois points essentiels, à la doctrine classique de la représentation. Elle met d’abord en péril le caractère représentatif du mandat et le caractère collectif de la représentation, le juge allant jusqu’à féliciter le législateur d’avoir “entendu assurer un lien étroit entre l’élu d’une circonscription et ses électeurs”⁴⁸ —

39. Favoreu (L.), “Principe d’égalité et représentation politique des femmes...”, art. cit., p. 404.

40. Boulouis (J.), note sous les décisions n° 86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986 et 86-218 DC du 18 novembre 1986, *A.J.D.A.*, 1987, p. 267. *Contra*, v. Genevois (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988, p. 250 ou Favoreu (L.) et Philip (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 9e éd., 1997, pp. 688-689 (faisant valoir que la solution retenue par le Conseil s’inscrit dans le droit fil de la tradition républicaine en matière de lois électorales).

41. Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 (*Statut de la Corse*), cons. 13.

42. Décisions n° 85-196 DC du 8 août 1985 (*Evolution de la Nouvelle-Calédonie I*), cons. 16. Dans le même sens, v. n° 85-197 DC du 23 août 1985 (*Evolution de la Nouvelle-Calédonie II*).

43. Décisions n° 86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986 (*Découpage électoral I*) et n° 86-218 DC du 18 novembre 1986 (*Découpage électoral II*).

44. Décision n° 87-227 DC du 7 juillet 1987 (*Régime électoral de Marseille*).

45. Décisions citées dans les notes 43 à 45, respectivement cons. 16, 35, 21, 7 et 5.

46. Décision n° 76-71 DC des 29 et 30 décembre 1996 (*Assemblée européenne*), cons. 6. Souligné par nous.

47. Boulouis (J.), “Note” citée, p. 269. On peut aussi se demander dans quelle mesure une telle solution ne met pas en péril la distinction entre élections politiques et élections corporatives, s’il est vrai que les unes font intervenir un corps homogène de citoyens et les autres des individus différenciés.

48. Décision n° 86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986 (*Découpage électoral I*), cons. 22.

“comme si l'élu l'était de cette circonscription et non pas dans cette circonscription”⁴⁹. Elle identifie, ensuite, représentation et représentativité : c'est bien “pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution” qu'un organe délibérant élu au suffrage universel doit l'être “sur des bases essentiellement démographiques”⁵⁰. Elle revient, enfin, à procéder à une lecture “quantitative” du principe d'égalité de suffrage. Que devient le caractère abstrait de la citoyenneté, si les votes ne se comptent plus mais se pèsent ? Si, comme aux Etats-Unis, le vote a désormais un “poids”, pourquoi n'aurait-il pas aussi, comme aux Etats-Unis toujours, une “couleur”⁵¹ ? On pourrait d'ailleurs soutenir que c'est déjà le cas : le Conseil n'a-t-il pas autorisé le législateur à tenir compte, dans les opérations de découpage des circonscriptions électorales, “de tous les éléments d'appréciation, notamment de la répartition géographique des populations” d'un TOM⁵². N'a-t-il pas admis que la “diversité ethnique” d'un territoire de la République pouvait constituer un élément d'appréciation dans le choix d'un mode de scrutin⁵³ ?

Le principe représentatif a donc fait l'objet d'un certain nombre d'aménagements. L'introduction, dans un édifice déjà lézardé, d'une mesure paritaire qui en marquerait la ruine complète, n'en demeure pas moins hautement improbable.

Il est bien certain, en effet, que “l'humain, quel qu'il soit, naît toujours homme ou femme”⁵⁴. Mais comment passer de l'idée que l'humanité est “duelle” à sa conséquence, selon laquelle “elle ne saurait être légitimement représentée que sous sa double forme, masculine et féminine”⁵⁵ ? Il faut, de toute évidence, poser un droit des femmes à être représentées *en tant que telles*. Ce qui est demandé, c'est bien, en fait, une représentation séparée, ou spécifique. Une telle exigence, qui repose sur des présupposés qu'on considérera, au choix, comme naïfs⁵⁶, régressifs⁵⁷ ou auto-contradictoire⁵⁸, constitue une rup-

49. Boulouis (J.), “Note” citée, p. 268. Il est vrai que le Conseil est ensuite revenu à l'orthodoxie républicaine, en rappelant que “les élus en Corse ont la qualité de représentants du peuple” (Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, cons. 53).

50. Décisions n° 85-196 DC du 8 août 1985 (*Evolution de la Nouvelle-Calédonie I*), cons. 16 et n° 85-197 DC du 23 août 1985 (*Evolution de la Nouvelle-Calédonie II*), cons. 35.

51. *United Jewish Organizations of Williamsburgh v. Carey*, 430 U.S. 144 (1977). Sur cette jurisprudence, v. Pouzoulet (C.), “Représenter les minorités par le découpage électoral”, *R.F.S.P.*, 1993.

52. Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985 (*Evolution de la Nouvelle-Calédonie I*), cons. 15.

53. Décision n° 83-151 DC du 1er janv. 1983 (*Conseils municipaux des TOM*), cons. 3.

54. Kriegel (B.), “Parité et principe d'égalité”, in Conseil d'Etat, *Rapport public 1996*, *op. cit.*, p. 383.

55. Vogel-Polsky (E.), “Les impasses de l'égalité...”, art. cit., p. 11.

56. En paraphrasant P. Guyomar, rappelons cette évidence : il y a plus de différence de femme à femme qu'il n'y en de telle femme à tel homme [Guyomar (P.), “Le partisan de l'égalité politique entre les individus ou problème très important de l'égalité en droits et de l'inégalité en fait”, in Badinter (E.), *Paroles d'hommes (1790-1793)*, Paris, P.O.L., 1989, p. 150].

57. Si la “spécificité féminine” relève d'une “nature” ou d'une “essence”, on mesure sans peine la régression naturaliste dont est porteuse la revendication paritaire.

58. Si la “spécificité féminine” est le produit d'une histoire de domination, alors la

ture majeure avec l'ordre constitutionnel issu de la Révolution. "Au bout de ce chemin se profile tout simplement l'ancienne figure d'une société de corps"⁵⁹.

Mieux vaut donc renoncer à formuler la revendication paritaire en termes de "droit [pour les femmes] à se représenter soi-même"⁶⁰. "Les représentantes doivent bénéficier de la même fiction universaliste que les représentants et non se voir assigner la mission de défendre la cause de la moitié de l'Humanité"⁶¹. Les femmes ne sont pas, à proprement parler, "sous-représentées".

Elles n'en sont pas moins victimes, dans l'accès aux mandats électifs, de discriminations inacceptables, auxquelles il est nécessaire et urgent de mettre un terme.

II - LA PARITÉ COMME DISCRIMINATION POSITIVE : UNE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE INUTILE

La parité n'est pas toujours présentée par ses promoteurs comme un droit nouveau à conquérir. Elle apparaît parfois, alternativement, comme une sorte de "mal nécessaire" auquel on se résoud en dernier recours. Le "Manifeste des 577 pour une démocratie paritaire"⁶² se situe bien dans ce registre, lorsqu'il pose que, pour les femmes, "l'accès aux responsabilités [politiques] est verrouillé", et que "le moment est venu de voir les choses en face : rien ne changera, sinon par la loi". Face à une situation d'exclusion qui perdure depuis plus d'un demi-siècle, "force est de reconnaître", admet le Professeur Duhamel, "que sans la parité les choses ne bougeront guère"⁶³.

La loi doit faire contrepoids à des mécanismes d'exclusion dont tout indique qu'ils sont structurels ; la discrimination "positive" peut seule contrebalancer et, à terme, éradiquer, la discrimination "négative". Une telle démarche, qui a inspiré les politiques d'*affirmative action* mises en œuvre aux Etats-Unis, jette une autre lumière sur la revendication paritaire. Conçue sur ce modèle (A), celle-ci pourrait, selon nous, être constitutionnellement admissible (B).

(suite note 58) revendication paritaire est grevée d'une importante contradiction interne : on ne peut revendiquer comme "droit fondamental" l'expression d'une différence vouée, par hypothèse, à disparaître avec la domination dont elle est le produit.

59. Rosanvallon (P.), "Le nouveau travail de la représentation", *Esprit*, Février 1998, p. 40.

60. Irigaray (L.), "L'identité féminine...", art. cit., p. 107.

61. Pisier (E.), "Des impasses de la parité", in Conseil d'Etat, *Rapport public 1996*, op. cit., p. 392.

62. Les signataires, 289 femmes et 288 hommes, y réclament l'adoption d'une loi organique disposant que "les assemblées élues au niveau territorial comme au niveau national sont composées d'autant de femmes que d'hommes" (*Le Monde* du 10 novembre 1993).

63. Duhamel (O.), "Guérir le mal par le mâle", *L'Express* du 6 juin 1996. Dans le même sens, v. son audition devant l'Observatoire de la Parité, *Rapport de la Commission...*, vol. III, Annexe 62.

A) Une revendication conçue sur le modèle de l'affirmative action américaine

Les politiques d'*affirmative action* sont, aux Etats-Unis, vivement controversées. Elles soulèvent, aux plans politique, éthique et juridique, des problèmes aigus et peut-être insolubles⁶⁴. Nul ne suggère que soient importées en France des solutions spécifiquement américaines et qui, de surcroît, ne concernent pas directement le problème qui nous occupe ici : les mesures préférentielles dont bénéficient les femmes et les membres de certaines "minorités raciales" ne jouent qu'en matière d'emploi, de contrats publics ou d'accès à l'enseignement supérieur. L'*affirmative action*, aux Etats-Unis, n'existe pas en matière électorale. Certains tenants de la thèse paritaire n'en retrouvent pas moins des accents que n'auraient pas reniés, à la fin des années soixante, les promoteurs de l'*affirmative action* en faveur des Noirs américains.

L'*affirmative action* est née d'un constat : il ne suffit pas de proclamer l'égalité des droits et de proscrire la discrimination intentionnelle pour que s'instaure une véritable égalité des chances. Quand la discrimination est ancienne, profondément ancrée dans les structures sociales, politiques et mentales, il est illusoire de vouloir laisser du temps au temps : les mécanismes d'exclusion sont perçus comme naturels, l'inégalité est dans l'ordre des choses ; le *statu quo*, dès lors, est voué à se perpétuer indéfiniment. Seules des mesures volontaristes, comme les quotas, peuvent rompre le cercle où sont enfermés dominants et dominés. Il ne s'agit pas seulement de couper court à toute tentative de discrimination indirecte. L'objectif, à plus long terme, est de rendre banal, ou normal, ce qui était incongru, ou impensable : un Noir à l'Université d'Harvard, par exemple. En imposant la présence d'indésirables en des lieux où, de l'avis de tous et de leur propre avis, ils ne sont pas "à leur place", la discrimination positive cherche à dissoudre les stéréotypes des uns et le sentiment d'illégitimité des autres.

Nous ne voulons évidemment pas suggérer que la présence d'une femme dans un lieu de pouvoir est, dans la France d'aujourd'hui, aussi "déplacée" que pouvait l'être, aux Etats-Unis, celle d'un Noir. La discrimination qui frappe les femmes ne saurait être comparée à l'ostracisme raciste dont étaient victimes les Noirs américains. Il n'en demeure pas moins que les fonctions électives sont massivement détenues par des hommes, et qu'il semble difficile d'imputer cette situation au simple hasard, ou à la "timidité féminine". Les facteurs objectifs qui contribuent à cette exclusion sont d'ailleurs bien connus⁶⁵. Le recrutement du personnel politique, sous la Ve République, favorise les hommes à plusieurs titres : poids d'une haute fonction publique encore

64. Sur ces différents points, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême. Le problème de la discrimination "positive"*, Paris, L.G.D.J., 1998.

65. Pour une synthèse, v. Sineau (M.), "Les femmes politiques sous la Ve République. A la recherche d'une légitimité électorale", *Pouvoirs*, n° 82, *Femmes en politiques*, 1997, pp. 45-57.

peu féminisée ; symbolique de l'homme fort alimentée par l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel ; scrutin uninominal majoritaire qui encourage la notabilisation et pousse à la constitution de "fiefs électoraux". Il est vrai que l'Exécutif s'est peu à peu ouvert aux femmes, notamment à partir de l'accession de François Mitterrand à la Présidence de la république. Mais, "sans la présence d'une 'masse critique' d'élues siégeant au Parlement, les femmes promues par le prince restent dans une situation précaire"⁶⁶. L'obstacle essentiel, à cet égard, tient au comportement des partis politiques qui rechignent — et c'est un euphémisme — à investir des femmes⁶⁷. Les militantes, parfois aussi nombreuses que les militants⁶⁸, ne parviennent pas à prendre pied dans les états-majors, où prévaut toujours une logique de cooptation entre hommes.

Cette logique semble toutefois, depuis les élections européennes de 1994, en voie d'affaiblissement. Le Parti Socialiste avait alors présenté une liste où figuraient autant de femmes que d'hommes. Le même volontarisme a inspiré sa campagne pour les élections législatives de mai 1997, puisqu'il a présenté près de 30% de candidates, permettant ainsi à l'Assemblée Nationale de compter parmi ses membres une proportion de femmes jamais atteinte jusqu'alors : un peu plus de 10 %. Ce "record" est appréciable, mais il demeure modeste, et surtout fragile : "il faut reconnaître que [la pratique du quota en faveur des femmes] est d'autant plus facile à développer que le nombre des situations acquises à remettre en cause est limité..."⁶⁹. Il serait donc quelque peu illusoire de tabler sur sa généralisation "spontanée", et il peut sembler souhaitable d'accompagner ce mouvement de féminisation en imposant aux partis de proposer au suffrage des électeurs un nombre égal de femmes et d'hommes. Une telle mesure, adoptée à titre provisoire ou "expérimental"⁷⁰, serait-elle constitutive d'une discrimination à l'égard des hommes ? Porterait-elle atteinte au principe méritocratique de sélection des plus "méritants" ? Il faudrait poser, pour répondre à ces questions par l'affirmative, que les hommes doivent leur position quasi-hégémonique à la supériorité de leurs vertus et de leurs talents.

(suite note 65) On pourra également se reporter à Mossuz-Lavau (J.) et Sineau (M.), *Enquête sur les femmes et la politique en France*, P.U.F., 1983, et Sineau (M.), "Droit et démocratie", in Duby (G.) et Perrot (M.), dir., *Histoire des femmes*, vol. V, Paris, Plon 1992.

66. Sineau (M.), art. cit., p. 53.

67. Sur ce point, v. not., Gaspard (F.), "Des partis et des femmes", in Riot Sarcey (M.), dir., *Démocratie et représentation*, Paris, éd. Kimé, 1995, pp. 221-242. On pourra aussi se reporter aux nombreux témoignages de femmes politiques publiés au cours des dernières années, not., Barzach (M.), *Vérités et tabous*, Paris, Seuil, 1994, Guigou (E.), *Etre femme en politique*, Paris, Plon, 1997, Royal (S.), *La vérité d'une femme*, Paris, Stock, 1996.

68. Les femmes formeraient environ 40% des adhérents du PCF, 30% de ceux du PS et du RPR et 50% de ceux du PR [Mossuz-Lavau (J.), "Les Françaises et la politique : de la citoyenneté à la parité", *Regards sur l'actualité*, déc. 1997, p. 10]

69. Hochedez (D.) et Maurice (C.), "Règles et réalités européennes", *Pouvoirs*, n° 82, op. cit., p. 89.

70. Sur cette technique encore assez peu fréquente en France, v. Morand (Ch.-A.), dir., *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 1993.

Un tel postulat semble — toute révérence gardée — hautement irréaliste⁷¹. Dira-t-on alors que les quotas sont stigmatisants et humiliants pour leurs bénéficiaires, les femmes ne devant leur mandat qu'au seul fait d'être femmes ? Il est possible ici de faire valoir que la discrimination positive ne joue qu'en matière d'accès à la candidature. Si la candidate bénéficie d'un "coup de pouce" qui — contrairement à celui dont bénéficient aujourd'hui les candidats — est ouvertement reconnu, l'élue ne doit son élection qu'au corps électoral qui l'a choisie. Quant au risque de promouvoir ainsi des "incompétentes", il nous semble des plus limités. La notion de "compétence" recouvre, en politique, des qualités très variées dont l'appréciation ne relève évidemment pas de critères objectifs. Entre une élection politique et un concours de recrutement, il existe une différence de nature. Ajoutons, au risque d'avancer un paradoxe facile, que la promotion d'"incompétents" est la vraie marque de réussite de l'*affirmative action* : les séquelles d'une discrimination multi-séculaire auront disparu le jour où celles qui étaient considérées (et se considéraient) comme moins compétentes "par nature", feront litière de scrupules dont les hommes ne se sont jamais encombrés, et accepteront, sans état d'âme, d'assurer des fonctions pour lesquelles elles n'étaient pas les plus qualifiées.

Une revendication paritaire conçue sur le modèle de l'*affirmative action* poursuit donc des objectifs diamétralement opposés à ceux qui nous avons précédemment exposés : il ne s'agit pas de faire entendre "la voix des femmes", mais bien de montrer qu'elles sont "des hommes comme les autres". La parité, d'autre part, est ici justifiée par des arguments de type utilitariste : elle est le moyen le plus efficace de mettre un terme à une situation dommageable pour la société en général⁷², et pour la classe politique en particulier⁷³.

Le parallèle que trace le Professeur Duhamel entre la parité, à laquelle il se résoud, et la mise en application de l'article 16 de la Constitution présentée comme une suspension de l'Etat de droit⁷⁴ ne fait toutefois pas justice, selon nous, à un autre élément de justification, qui n'est pas de type pragmatique mais éthique : s'il faut démanteler un système d'exclusion, ce n'est pas seulement parce que la discrimination sexiste est stupide et coûteuse ; c'est aussi parce qu'elle est, comme toute discrimination, injuste et odieuse. Ainsi com-

71. V. à ce sujet les remarques quelque peu ironiques de S. Agacinski in *Politique des sexes*, Paris, Seuil, 1998, p. 179.

72. "Parce que les femmes représentent la moitié des talents et qualifications potentielles de l'humanité [...] leur sous-représentation aux postes de prise de décision constitue une perte pour la société dans son ensemble" (Déclaration d'Athènes, citée *supra*, note 1).

73. Toute misandrie mise à part, on ne peut qu'être d'accord avec le constat de C. Boutin — par ailleurs adversaire de la parité — lorsqu'elle souligne que l'excessive masculinité de la classe politique contribue à son discrédit, en la faisant apparaître comme "le lieu des bavardages, des coups bas, de l'inefficacité et de l'inadéquation avec les problèmes réellement posés" (débat du 11 mars 1997 cité *supra*, note 3, *J.O.* du 12 mars 1997, p. 1822).

74. Duhamel (O.), "Guérir le mâle par le mal", art. cit.

prise, la parité ne consiste pas à réclamer un droit nouveau, mais à réaffirmer un droit ancien : l'égalité. Elle n'est pas une "*mise entre parenthèses des principes démocratiques*"⁷⁵, mais un moyen de les rendre effectifs.

B) Une revendication constitutionnellement admissible

Une loi imposant la parité dans l'accès aux fonctions électives⁷⁶ n'est pas, en tant telle, contraire à la Constitution. Nous voudrions soutenir ici que le Conseil, saisi d'une telle loi, pourrait la juger admissible — même en conservant la norme de référence adoptée dans sa décision du 18 novembre 1982.

Son interprétation des deux séries de dispositions constitutionnelles visées et combinées l'une à l'autre en 1982 a en effet connu, au fil des années, une évolution certaine.

Ceci est vrai, d'abord et surtout, du principe d'égalité devant la loi visé à travers l'article 6 de la Déclaration. Le Conseil admet depuis longtemps que "*le principe d'égalité devant la loi, énoncé dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 [...], s'il implique qu'à situations semblables, il soit fait application de règles semblables, n'interdit aucunement qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes*"⁷⁷. Il se montre aussi de plus en plus enclin à admettre que l'intérêt général poursuivi par le législateur puisse être de type correcteur ou compensateur, et qu'il lui est loisible, pour réduire les inégalités, d'instituer des traitements différenciés. Le juge admettra ainsi une différence de traitement qui, fondée sur des "*critères objectifs et rationnels*", "*correspond à la volonté des pouvoirs publics d'enga-*

75. *ibid.*

76. Il est évidemment plus difficile, techniquement, d'instaurer la parité lors d'élections se déroulant au scrutin uninominal. Plusieurs formules — dont certaines ont fait l'objet de propositions de loi — figurent dans le Rapport de la Commission pour la Parité entre les hommes et les femmes dans la vie politique (*op. cit.*, p. 36) : "*soit leur transformation en élections 'binominales' (un candidat plus une candidate dans chaque circonscription, ce qui présenterait l'inconvénient important de multiplier par deux la représentation nationale ; soit l'évaluation, sous l'autorité des préfets, dans les circonscriptions, des 'couleurs' politiques des circonscriptions et l'obligation, pour chaque parti, de partager celles que les statistiques et sondages lui attribuent, à égalité de nombre et de chances entre candidats des deux sexes [...]; soit le regroupement de deux circonscriptions en une qui élirait deux députés : une femme, un homme*".

77. Décision n°79-112 DC du 9 janvier 1980 (*Taxe professionnelle EDF*). La formule avait été dégagée, mais sans référence à l'article 6 de la Déclaration, dès 1979 (78-101 DC du 17 janvier 1979, *Conseil de Prud'hommes*) "*si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi*". Dans le même sens, v. la décision n° 79-107 DC du 12 juill et 1979 (*Ponts à péage*) : "*si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes*".

ger [dans la région Ile-de-France] un programme d'investissement visant à corriger les déséquilibres les plus graves qu'elle connaît"⁷⁸. Il admettra aussi des dérogations en matière de recrutement dans la fonction publique⁷⁹, ou le traitement plus favorable de "salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification qui les exposent plus que d'autres aux conséquences de l'évolution économique ou technologique"⁸⁰. Il est donc acquis que, sous certaines conditions, une rupture d'égalité, "loin de méconnaître le principe d'égalité devant la loi, permet d'en assurer l'application à des situations diversifiées"⁸¹, c'est-à-dire qu'elle "constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre"⁸².

On objectera qu'une telle interprétation du principe d'égalité est, dans la matière qui nous occupe, impossible à mettre en œuvre : la combinaison avec l'article 3 de la Constitution imposerait une analyse en termes d'identité stricte, ou indifférenciation de principe.

Telle est bien la conclusion atteinte par le juge en 1982. S'impose-t-elle aujourd'hui dans les mêmes termes ? Il est permis d'en douter. La norme constitutionnelle s'opposant à "toute division par catégories des électeurs et des éligibles" avait en effet été construite, dans le silence du texte, par le juge. C'est du droit du suffrage consacré par l'article 3 qu'avait été déduite "l'éligibilité". Le candidat était ainsi envisagé à partir du citoyen, et conçu à son image. Or ce raisonnement par analogie n'a plus lieu d'être. Le Conseil a, par la suite, consacré un droit d'éligibilité⁸³ et ce droit, depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, figure dans le texte constitutionnel lui-même (article 88-3). Il apparaît dès lors comme clairement distinct du droit de suffrage — à telle enseigne que ce sont bien deux "catégories d'éligibles" qui ont été instituées sur le fondement de cette nouvelle disposition constitutionnelle.

Du citoyen à l'éligible, un décentrement de perspective est donc possible. L'exercice du droit à être éligible ne demande plus à être analysé sur le modèle de l'exercice du droit de suffrage ; l'exigence d'identité peut laisser place à

78. Décision n° 89-270 DC du 29 décembre 1989 (*Loi de finances rectificatives pour 1989*), cons. 4 et 5. Dans le même sens, v. décisions n° 91-291 DC du 6 mai 1991 (*Fonds de solidarité des communes*), cons. 23 à 26, ou n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 (*Aménagement du territoire*).

79. Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983 (*Troisième voie d'accès à l'ENA*), cons. 5 ; décision n° 84-178 DC du 30 août 1984 (*Statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*) cons. 9 à 13 ; décision 85-204 DC du 16 janvier 1986 (*Ministres plénipotentiaires*), cons. 7.

80. Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 (*Prévention des licenciements économiques*), cons. 5.

81. *ibid.*, cons. 12.

82. Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, cons. 29.

83. Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), cons. 26. Les Professeurs Favoreu et Philip suggèrent que le Conseil a "repris à son compte la formule de l'article 8 du *Traité de Maastricht*. [...] Le droit d'être éligible est ainsi entré dans le vocabulaire juridique" (*Les Grandes Décisions...*, op. cit., p. 820).

l'exigence d'égalité — égalité non pas formelle, mais effective. On pourrait d'ailleurs soutenir que le principe de l'égalité de traitement entre les candidats s'entend déjà en ce sens "constructif". Les dispositions législatives relatives au financement de la vie politique tendent, sans doute, à assurer une plus grande transparence et à lutter contre la corruption. Mais lorsque le législateur plafonne le montant des dépenses de campagne ou alloue aux partis des subventions publiques, il vise aussi à faire en sorte que "*l'argent ne vienne pas fausser la compétition électorale*"⁸⁴. Les différentes formations n'étant pas dotées de ressources égales, il s'agit bien, pour assurer "*l'égalité dans la lutte des idées*"⁸⁵, de mettre en œuvre des mesures compensatrices (financement public), mais aussi coercitives (limitation des dépenses). Le Conseil n'a pas jugé que ce dernier type de mesure contrevient au principe constitutionnel selon lequel "*les partis exercent leur activité librement*". Il a même devancé le progrès de la législation, en estimant, avant que la loi du 15 janvier 1990 n'en pose le principe, que le dépassement du plafonds des dépenses par un candidat à une élection législative était "*susceptible d'entraîner l'annulation de son élection*"⁸⁶.

Le juge est donc disposé à admettre que le législateur réglemente, de façon assez contraignante, les conditions de fonctionnement de la vie politique et des activités partisanes. Les mesures adoptées en la matière doivent toutefois, "*pour être conforme[s] au principe d'égalité, obéir à des critères objectifs*", et ne doivent pas "*aboutir à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'Etat, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions*"⁸⁷. Une loi imposant aux partis de proposer autant de femmes que d'hommes au choix du corps électoral mettrait en œuvre un critère objectif (le sexe) et n'aurait évidemment pas pour effet de créer un quelconque "lien de dépendance" vis-à-vis de l'Etat. Mais ne reviendrait-elle pas à "*méconnaître l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui constitue le fondement de la démocratie*"⁸⁸ en interdisant, de fait, l'émergence de "partis d'hommes" ou de "partis de femmes" ? L'objection ne manque pas de poids, et le Conseil, qui semble enclin à interpréter strictement l'exigence de respect du pluralisme⁸⁹, pourrait y faire droit. En soulevant ce grief, il opérerait toutefois

84. Camby (J.-P.), *Le financement de la vie politique en France*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 1995, p. 11.

85. Masclet (J.-C.), "Le prix de la démocratie", *Mélanges Gaudemet*, 1984, p. 120 [cité in Camby (J.-P.), *ibid.*]

86. Décision du 11 mai 1989 relative à l'élection de M. Tapie dans les Bouches-du-Rhône, *AJDA* du 20 novembre 1989.

87. Décision 89-271 DC du 11 janvier 1990 (*Ammistie des parlementaires*), cons. 12. Dans le même sens, v. décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988 (*Financement des campagnes électorales*), cons. 26.

88. *Ibid.* Cette objection a été avancée à plusieurs reprises lors de la table ronde consacrée à la discrimination positive en matière électorale organisée dans le cadre du colloque d'Aix-en-Provence cité *supra*, note 13.

89. Il a ainsi estimé, dans la décision 89-271 DC déjà citée (cons. 14), que la disposition législative réservant le bénéfice de l'aide publique aux partis ayant atteint des résultats égaux ou supérieurs à 5 % des suffrages exprimés dans chaque circonscription était "*de nature à entraver l'expression de nouveaux courants d'idées et d'opinions*".

un revirement majeur par rapport aux motifs développés dans la décision du 18 novembre 1982 : critère totalement irrecevable en 1982, l'appartenance sexuelle pourrait, seize ans plus tard, être à la source de "courants d'idées et d'opinions" dont le développement ne doit pas être entravé. Le juge entérinerait ainsi l'existence, dans la sphère politique, d'intérêts spécifiquement féminins ou spécifiquement masculins. Il est peu probable que le Conseil s'engage dans une voie aussi directement opposée à sa jurisprudence antérieure.

Rien n'empêche, en revanche, qu'il admette une loi qui imposerait, pour un temps limité, des mesures contraignantes destinées à résorber l'inégalité des conditions dans lesquelles hommes et femmes exercent leur droit d'éligibilité. Sur le fondement d'une interprétation rénovée de la combinaison que forment l'article 6 de la Déclaration et l'article 3 de la Constitution, il pourrait mettre en œuvre l'approche plus réaliste, plus soucieuse de l'égalité concrète, qu'il tend à développer en matière de libertés publiques⁹⁰. En s'inclinant devant la liberté d'appréciation du législateur, il marquerait qu'il a conscience, à l'instar du juge de Strasbourg, que les droits dont il est le gardien sont "*des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs*"⁹¹, et qu'ils demandent à être interprétés "*à la lumière des conditions d'aujourd'hui*"⁹². A l'appui d'une telle démarche, il pourrait du reste invoquer le "*principe particulièrement nécessaire à notre temps*" consacré à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, en vertu duquel "*la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme*".

C'est donc à tort, selon nous, qu'il est proposé de recourir à la voie constituante pour instaurer la parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives. Il n'est pas du tout certain, au regard de l'évolution de sa jurisprudence, que le Conseil constitutionnel censurerait à nouveau une disposition législative visant à instaurer des quotas par sexe.

En toute hypothèse, le risque d'une nouvelle invalidation mérite d'être couru : il faut tenter de rendre inutile une révision constitutionnelle dangereuse, qui marquerait un recul par rapport à une conception proprement normative du texte fondamental.

Quels seraient, en effet, le contenu et la portée de la disposition qu'il est envisagé d'insérer dans la Constitution ? Dans une première hypothèse, avancée par certains parlementaires et par l'actuel Premier ministre⁹³, il s'agirait

90. Sur ce point, v. Genevois (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 284-289.

91. *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979, in Sudre (F.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1997, p. 38.

92. *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, op. cit., p. 37.

93. V. *supra*, notes 2 et 4.

d'inscrire dans la Constitution un "objectif" de parité, en laissant au législateur ordinaire ou organique le soin d'adopter les mesures utiles à sa réalisation. Ce "texte d'affichage" pourrait s'analyser, selon la formule retenue par le Conseil d'Etat pour caractériser certaines dispositions législatives, comme un "droit mou"⁹⁴ qui dévalorise la norme législative — et, *a fortiori*, constitutionnelle — en "cantonnant [son auteur] dans un rôle velléitaire"⁹⁵. Dans une seconde hypothèse, formulée par des membres de la doctrine et retenue par le prédécesseur de Lionel Jospin⁹⁶, il faudrait que la norme constitutionnelle impose directement la parité — non pas à titre de "droit fondamental", ce qui exigerait, comme nous l'avons souligné, une refonte complète de la Constitution, mais à titre de discrimination positive instituée provisoirement. La solennité et l'autorité du texte constitutionnel ne pourraient qu'être affaiblis par l'insertion d'un amendement ainsi assorti d'une "date de péremption".

Entre conception ornementale et conception instrumentale de la Constitution, il faut espérer que le Conseil pourra éviter au Constituant de devoir trancher.

94. Conseil d'Etat, *Rapport public 1991*, "De la sécurité juridique", Paris, La Documentation française, 1991, p. 32.

95. Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 34.

96. A. Juppé avait proposé, dans sa déclaration du 11 mars 1997 citée *supra*, note 3, une révision constitutionnelle permettant l'ouverture d'une "décennie de la parité". Il suivait en cela les propositions des Professeurs Duhamel et Carcassonne. O. Duhamel avait prôné, devant l'Observatoire de la Parité et dans des articles parus dans la grande presse (v. not. "Guérir le mâle par le mal", art. cit.), une "décennie paritaire", présentée comme un "droit politique dérogatoire", une "exception paritaire". G. Carcassonne avait également suggéré, dans son audition par l'Observatoire, "d'ajouter à la Constitution un titre XVII, intitulé 'disposition provisoire', contenant un nouvel article 90, qui aurait vocation à disparaître le jour où il aurait rempli son office. Ceci ne signifie nullement qu'il doive avoir une durée de vie juridiquement limitée a priori, mais seulement que le choix de cette place soulignerait la conviction qu'un jour il ne sera plus indispensable de contraindre à ce qui sera devenu normal" (*Rapport...*, vol. III, Annexe 54).