



**HAL**  
open science

# La conformité constitutionnelle de l'intégration de la notion d'identité de genre dans le droit pénal

Pierre Michel

► **To cite this version:**

Pierre Michel. La conformité constitutionnelle de l'intégration de la notion d'identité de genre dans le droit pénal. *Revue française de droit constitutionnel*, 2017, 111, pp.718-723. hal-03246069

**HAL Id: hal-03246069**

**<https://hal.science/hal-03246069v1>**

Submitted on 24 Sep 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA CONFORMITÉ CONSTITUTIONNELLE DE L'INTÉGRATION  
DE LA NOTION D'IDENTITÉ DE GENRE DANS LE DROIT PÉNAL

La loi relative à l'égalité et à la citoyenneté du 27 janvier 2017 déférée au Conseil constitutionnel se révèle d'une particulière densité à la fois dans les notions mobilisées et dans les champs disciplinaires concernés : y sont ainsi intégrées, entre autres, la procédure de carence relative aux communes n'ayant pas réalisé leurs objectifs de logements locatifs sociaux, la discrimination dans l'inscription aux cantines des écoles primaires en fonction de la situation familiale des enfants scolarisés, l'introduction des termes « identité de genre » dans le Code pénal, la discrimination des personnes ayant subi ou refusant de subir un bizutage, ou encore la réintroduction du délit de négationnisme et d'apologie du crime du génocide.

Appréciant la constitutionnalité de ce texte, la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-745 DC surprend en ce qui concerne deux des aspects centraux de la loi déférée : d'une part, la consécration de la notion d'identité de genre et, d'autre part, la non-conformité partielle de l'incrimination punissant le négationnisme du crime de génocide. Sur ce dernier point, l'article 173 (2°) de ladite loi modifiait l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 en y incorporant un élargissement du délit de négationnisme par la création de deux nouvelles incriminations<sup>17</sup>. Le Conseil constitutionnel a prononcé la non-conformité de la négation constitutive d'une incitation à la violence ou à la haine<sup>18</sup>. À ce titre, le Conseil a estimé que la nouvelle incrimination, en ne remplissant pas la condition

17. L'article 173 (2°) qualifiait de délit les cas de négation d'un des crimes prévus à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 lorsqu'il avait déjà fait l'objet d'« une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale », sans condition supplémentaire quant à la qualification juridique ; et un autre délit lorsque « la négation constitue une incitation à la violence ou la haine », ce dernier fut déclaré non conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (CC, décis. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et la citoyenneté*, *JORF* n° 0024 du 28 janvier 2017, texte n° 2, p. 16, cons. 197).

18. CC, décis. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *ibid.*, cons. 193.

d'existence d'une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale antérieure, engendrait une atteinte qui n'est « ni nécessaire, ni proportionnée » à la liberté d'expression<sup>19</sup>. Néanmoins, au vu de l'abondante littérature juridique portant sur la non-conformité de cette disposition, nous ne détaillerons pas ici davantage le raisonnement soutenu par le Conseil constitutionnel<sup>20</sup>. Il s'agira, dans cette chronique, de se focaliser sur la question spécifique de la notion d'« identité de genre », comprise comme « le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état-civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin »<sup>21</sup>.

#### A – L'IDENTITÉ DE GENRE : UNE NOTION CLAIRE ET PRÉCISE SELON LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

En examinant la validité des articles 170, 171 et 207 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté<sup>22</sup>, le Conseil constitutionnel s'est attaché à répondre à la question controversée de la substitution de « l'identité de genre » à « l'identité sexuelle » dans certaines dispositions du Code pénal, notamment au regard de sa conformité avec le principe de la légalité des délits et des peines. L'intérêt de l'intégration d'une telle notion dans le droit pénal réside dans la création d'un régime protecteur inédit contre les discriminations que peuvent subir les personnes transgenres, transsexuel(le)s, intersexuel(les) et *queers*. Ce point ayant cristallisé le désaccord entre l'Assemblée nationale et le Sénat<sup>23</sup>, les pensionnaires du Palais du Luxembourg avaient émis des réserves quant à la plurivoacité et l'imprécision de la notion de genre<sup>24</sup>. Sur ce point, le caractère

19. CC, décis. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *ibid.*, cons. 197.

20. Sur ce point, nous invitons les lecteurs à consulter les articles suivants : T. Hochmann, « Pas de lunettes sous les œillères : le Conseil constitutionnel et le négationnisme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n° 06, [En ligne] ; F. Safi, « À la recherche d'un fondement à l'incrimination du négationnisme », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 686.

21. CC, décis. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Op. cit.*, cons. 89.

22. L'article 170 crée une aggravation de la peine pour les délits d'injure publique, de diffamation et de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence (modification de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse) ; l'article 171 (2°) crée une circonstance aggravante pour tout crime ou tout délit qui serait accompagné, suivi ou précédé d'un acte portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne en raison de son appartenance, réelle ou supposée à un sexe déterminée, à une orientation sexuelle ou son identité de genre ; l'article 207 modifie plusieurs dispositions du Code de procédure pénale afin d'assurer la cohérence de la substitution de l'identité sexuelle par l'identité de genre.

23. Seule la saisine des Sénateurs relevait l'éventuelle contrariété à la Constitution de la notion d'« identité de genre ».

24. Ces derniers qualifient la notion de genre comme « une notion subjective et [qui] correspond à une hypothèse scientifique qui fait actuellement l'objet de controverses » (Article 37 de la saisine des sénateurs accessible sur le site du Conseil constitutionnel).

polysémique et polémique de la notion de genre est fréquemment soulevé dans les débats sociopolitiques et juridiques<sup>25</sup>, même si cette notion est avant tout, une catégorie d'analyse du féminin et du masculin dans les disciplines humaines qui l'étudient<sup>26</sup>. De ce fait, la notion de genre est effectivement source d'imprécision puisque sa signification et son usage diffèrent en fonction du champ disciplinaire dans lequel elle est employée ; pour autant, ici, le Conseil constitutionnel n'a pas à apprécier la dimension heuristique de la notion de genre, mais la conformité de l'identité de genre à la Constitution. Ainsi, il semblerait que les Sénateurs aient assimilé le genre en tant qu'outil conceptuel à l'identité de genre comme caractéristique réelle ou supposée d'un individu. Toutefois, en raison de cette imprécision du genre dans le cadre de l'identification de la personne, les articles susmentionnés emporteraient, selon la saisine sénatoriale, contrariété au principe de légalité des délits et des peines, au principe de normativité des lois et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>27</sup>. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a considéré que « les termes d'« identité de genre » utilisés par le législateur sont suffisamment clairs et précis pour respecter le principe de légalité<sup>28</sup> ». Cette consécration de l'identité de genre par le Conseil est originale à la fois dans son raisonnement et dans sa substance.

## B – UNE CONSÉCRATION ORIGINALE DANS LE RAISONNEMENT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Eu égard à son raisonnement et à l'objet de la consécration, le Conseil constitutionnel fait preuve d'originalité. Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler que la notion de genre n'était pas présente dans le droit positif français, du moins, si l'on s'attache à une recherche terminologique du genre. Du point de vue de l'émanation de sa définition conceptuelle, le terme genre ne figure dans aucun texte de notre système juridique, si ce n'est depuis la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 12 avril 2011 qui en donne une définition<sup>29</sup>.

25. Nul besoin de rappeler les réticences liées à l'ABCD de l'égalité ou encore les critiques contre la « théorie du genre ». Pour une critique juridique de la notion de genre, voir notamment Godefridi (D.), *De la violence du genre à la négation du droit*, Bruxelles, Texquis, 2013.

26. I. Löwy, H. Rouch, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre*, Volume n° 34, 2003/1, p. 5 – 6.

27. CC, décis. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Op. cit.*, cons. 87, 92 et 100.

28. CC, décis. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Ibid.*, cons. 89.

29. La France a ratifié ladite Convention le 4 juillet 2014 (Loi n° 2014-476 du 14 mai 2014 autorisant la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, JO n° 0112,

Qui plus est, la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil vient aussi préciser et intégrer la notion de genre au sein du droit interne<sup>30</sup>. Ce sont d'ailleurs les deux références textuelles sur lesquelles s'appuient les juges de la rue Montpensier pour fonder la décision de conformité ici commentée<sup>31</sup>. Traditionnellement, le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la conformité de la loi aux traités internationaux<sup>32</sup>. Il paraît ainsi inhabituel que ce dernier se réfère à des normes européennes ou internationales pour affirmer la clarté d'une disposition de droit interne soumise à son examen. Bien que le Conseil se soit déjà basé explicitement sur l'interprétation d'une juridiction internationale dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité<sup>33</sup>, la décision ici commentée diffère par l'usage que fait le Conseil du droit conventionnel. En effet, il ne procède pas à un contrôle de conventionalité mais à une interprétation de la loi interne en fonction de ces normes externes, de façon à en déclarer la conformité au principe de légalité des délits et des peines – ce qui lui permet, par ailleurs, d'éviter le prononcé d'une censure. Ce choix peut paraître surprenant dans la mesure où le Conseil constitutionnel fournit, dans la présente décision, une justification minimaliste à la disposition – il fait uniquement référence aux textes internationaux et aux travaux préparatoires de la loi, sans plus de précision. Cependant, le droit positif français n'ayant pas encore donné d'éléments définitifs de l'identité de genre<sup>34</sup>, la Convention d'Istanbul du 12 avril 2011 et la directive européenne du 13 décembre 2011 – soumise à une exigence constitutionnelle de transposition en vertu de l'article 88-1 de la Constitution – sont les uniques textes juridiques donnant une définition de cette notion. L'originalité du raisonnement du Conseil se justifie

15 mai 2014, p. 8033). Dans son article 3c, cette convention définit le genre comme « les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes ».

30. Articles 9 et 10 de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection. Cette dernière a été transposée par la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile et la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile.

31. CC, décis. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Op. cit.*, cons. 89.

32. CC, décis. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671, cons. 7.

33. CC, décis. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *JORF* du 24 novembre 2004, p. 19885, texte n° 89, cons. 18.

34. Dans les travaux parlementaires concernant la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, l'identité de genre avait déjà entraîné de nombreux clivages quant à l'intérêt de son insertion dans la loi mais aussi en raison de son absence de définition, source d'insécurité. V. A. Anziani, Rapport n° 619 du Sénat du 27 juin 2012, *Loi relative au harcèlement sexuel*.

donc par la nécessité d'une référence définitoire textuelle permettant de court-circuiter d'éventuelles interprétations judiciaires divergentes et, dans un même temps, une censure liée au caractère imprécis de cette nouvelle circonstance aggravante. Les normes européennes et internationales faisant montre de plus d'audace dans l'usage de la notion de genre, le renvoi inaccoutumé à ces textes par le Conseil constitutionnel s'explique par le fait que le droit interne portait en lui la carence juridique d'une définition du genre – surtout en matière pénale, discipline où le principe de légalité des délits et des peines nécessite une univocité des textes. L'originalité du raisonnement n'est donc pas sans lien avec le caractère singulier de l'identité de genre.

### C – UNE CONSÉCRATION ORIGINALE DANS LA CONFORMITÉ CONSTITUTIONNELLE DE L'IDENTITÉ DE GENRE

Ce n'est pas la première fois que le juge constitutionnel rencontre, dans son travail de garantie du respect de la Constitution, une notion relative au genre. Déjà, dans la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, il évoque « la considération de genre<sup>35</sup> » sans toutefois l'expliciter en raison de la « réticence » voire de la « méfiance » quant aux conséquences qui découleraient de l'inclusion d'une telle notion dans le droit positif<sup>36</sup>. Pour autant, le juge constitutionnel opère ici une rupture sans, pour autant, se départir d'une prudence de principe : la décision commentée valide, pour la première fois, la définition juridique de l'identité de genre dans le droit français. Le procédé est d'autant plus remarquable que la décision intervient dans le champ du droit pénal<sup>37</sup>, « traditionnellement considéré comme le symbole de la souveraineté nationale<sup>38</sup> ». Le Conseil constitutionnel met ainsi un terme aux deux écueils liés à l'introduction de la notion d'identité de genre dans notre droit pénal : les textes internationaux donnent suffisamment de clarté et de consistance à la notion pour qu'elle respecte le principe de légalité des délits et des peines, au point que la substitution de l'identité sexuelle par l'identité de genre répond

35. CC, décis. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, *JORF* du 18 janvier 2002, page 1053, cons. 115.

36. À ce titre, Jimmy Charruau indique que « Le mot inquiète suffisamment [le Conseil constitutionnel] pour en bannir l'usage » (J. Charruau, « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA*, 2015, p. 127).

37. Il est, d'ailleurs, étonnant qu'aucune saisine parlementaire n'ait porté sur l'article 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle qui intégrait l'identité de genre dans l'article 225-1 du code pénal concernant les discriminations (V. CC décis. n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016 texte n° 4).

38. M. Delmas-Marty, « Les processus d'internationalisation du droit pénal (criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne) », *Archives de politique criminelle*, no. 23 (2011), p. 123.

avec plus de force à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligence de la loi. Ainsi, l'identité de genre, par le biais de l'interprétation constitutionnelle, passe de l'imprécision controversée à la clarté performative.

Pour conclure, la conformité à la Constitution de l'incorporation de la notion d'identité de genre dans le droit pénal démontre le pragmatisme du juge constitutionnel au regard des nouvelles formes de discrimination<sup>39</sup>, quitte à recourir à un raisonnement original dans le fondement de sa validation. La méfiance du Conseil constitutionnel envers les conséquences de l'intégration d'une telle notion ayant disparu<sup>40</sup>, il poursuit, pour reprendre les mots de Louis Favoreu, son processus de coloration de l'ordre juridique<sup>41</sup> et plus précisément, ici, du droit pénal. La présente décision est, en ce point, des plus marquantes.

Pierre Michel

39. E. Fondimare, « Legenre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La revue des droits de l'Homme* [En ligne], n° 5, 2014, § 49.

40. V. notamment la consécration implicite du *fémicide* par l'article 171 de la loi déferée (E. Leray, E. Monsalve, « Un crime de fémicide en France ? A propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 10 février 2017, 9 pages).

41. L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit » in G. Conac, H. Maisl & J. Vaudiaux, *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235 et s.