

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ETUDES SUR LES DROITS
FONDAMENTAUX (CREDOF)

UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE

RAPPORT FINAL

A L'ATTENTION DE LA MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE

CONVENTION DE RECHERCHE N° 211 11 18 10, 18 NOVEMBRE 2011

**LA LOI DU GENRE :
LE DROIT FRANÇAIS AU CRIBLE DE L'ANALYSE
FEMINISTE DU DROIT**

OCTOBRE 2014

La loi du genre : Le droit français au crible de l'analyse féministe du droit

Le programme de recherche « la loi du genre » est axé sur l'étude du droit français à la lumière de la théorie féministe du droit. Il constitue un pan spécifique du programme REGINE (recherches et d'études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe), financé par l'ANR (programme non thématique 2011).

L'équipe associe une trentaine d'enseignants-chercheurs, femmes et hommes, ainsi que des doctorantes en droit.

Entre mars 2012, date de début effectif de la recherche, et mai 2014 (fin de la période de prolongation consentie par la mission Droit et Justice), différentes réalisations scientifiques ont été menées à bien : la première, et principale, porte sur une étude systématique du droit français, conformément à la convention de recherche passée avec la Mission Recherche Droit et Justice. Cette recherche, dont les principales conclusions sont présentées ici, a abouti à la publication aux éditions du CNRS d'un ouvrage de référence : « **La loi et le genre. Eudes critiques de droit français** », 800 pages, paru en septembre 2014 (I). Elle a été possible par la mise au point d'un cadre méthodologique précis, présenté en annexe (II)

I) ETUDE DU DROIT FRANÇAIS A L'AUNE D'UNE ANALYSE DE GENRE

Le concept de genre qui figure au cœur du programme de recherches, fait aujourd'hui polémique en France. D'aucuns dénoncent une « théorie » univoque du genre, qui prescrirait à coup sûr, tantôt l'abandon de la distinction entre les sexes, tantôt la reconnaissance de l'homoparenté – pour ne s'arrêter ici que sur deux des plus grands maux réputés charriés par « le genre ». D'autres y voient la bannière d'une idéologie, celle d'un individualisme forcené qui n'aurait que mépris pour les institutions, et notamment les institutions « humaines » telles que le mariage, la procréation et la famille. D'autres enfin contestent la seule terminologie, et voient dans le genre une traduction superflue et inutile du terme anglais « gender », dont la langue française pourrait ou devrait se passer. La recherche entreprise ne se situe pas sur ce terrain. Enquête scientifique qui a pensé et publié son propre positionnement épistémologique¹, le programme de recherche n'entend pas prescrire. Il ne se rallie nullement à une « théorie du genre » et, au contraire, défend l'idée que le genre est un concept d'analyse, et non une théorie². En particulier, le programme de recherche postule l'intérêt du concept pour l'analyse juridique – et singulièrement, pour la reconceptualisation du principe d'égalité qui innerve l'ensemble des branches du droit.

La recherche embrasse, en outre, le concept de genre dans son évolutivité : apparu dans les années 1950³, le concept même demeure sujet à débats. On en distingue au moins deux acceptions principales.

Dans une première acception, le concept de genre permet en effet d'accéder à une compréhension large, riche, de l'égalité entre les sexes - une compréhension qui repose sur une redéfinition du « sexe », depuis une notion strictement biologique (mâle/femelle) vers une notion sociopolitique (masculin/féminin). Ce renouvellement permet de saisir la manière dont un contexte social, politique et culturel façonne ce que des auteurs ont appelé les rôles ou rapports sociaux de sexe. Il conduit à souligner que nombre de règles juridiques apparemment fondées, hier et aujourd'hui, sur le sexe sont en fait fondées sur le genre au

¹ V. CATTO Marie-Xavière et al., « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », In REGINE (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris : Dalloz, 2013, Coll. A Droit Ouvert, p. 3.

² V. en ce sens BÉRÉNI Laure, REVILLARD Anne, CHAUVIN Sébastien, JAUNAIT Alexandre, « La théorie du genre : réponse au Ministre Vincent Peillon », *Libération*, 10 juin 2013 ; en ligne : http://www.liberation.fr/societe/2013/06/10/la-theorie-du-genre-reponse-au-ministre-vincent-peillon_909686

³ Le concept est initialement forgé par des médecins confrontés à des nouveaux-nés intersexes – et visait d'abord à « remettre de l'ordre » : v. DORLIN Elsa, *Sexe, genre et sexualités*, Paris : PUF, 2008, p. 33.

sens de sexe social, et non biologique. Est-ce en raison de leur sexe biologique que les femmes, en France comme ailleurs, se sont vu refuser le droit de vote ou restreindre la capacité juridique ? Mobiliser le concept de genre dans ce premier sens de sexe social permet de comprendre que ce n'est pas parce qu'elles avaient un utérus, des seins ou des menstruations que les femmes se sont vu dénier ces droits, mais parce qu'il était attendu d'elles qu'elles s'intéressent prioritairement à la vie domestique, à la sphère de l'intime. En d'autres termes, ces multiples dénis de droits, et ce statut juridique différencié entre hommes et femmes, étaient les héritiers, ou les produits, de la séparation entre, d'une part, la sphère publique (le politique et l'économie) et, d'autre part, la sphère privée. Cette distinction fondamentale charrie, à son tour, une division sexuelle du travail (des rôles sociaux de sexe) entre sphère productive (hommes) et sphère reproductive (femmes). Au plan théorique, cette distinction du privé et du public, fondamentale pour la théorie libérale classique, est depuis longtemps décriée par les mouvements féministes, qui ont trouvé dans le slogan *The Private Is Political* un cri de ralliement efficace pour attirer l'attention sur le fait que l'organisation de l'articulation entre le travail, la famille et le politique, est, fondamentalement, politique. Des auteures comme Carole Pateman⁴, ou encore Anne Phillips⁵ ou Nancy Fraser⁶ se sont ainsi penchées, depuis un point de vue féministe, sur les effets de cette distinction fondamentale, et sur les moyens de l'interroger ou de la remettre en cause. Peut-elle être aménagée ? Suffit-il d'assurer une plus grande présence des hommes dans la sphère domestique et des femmes dans la sphère publique⁷ ? Ou faut-il considérer, plus généralement, que le libéralisme nuit à la cause des femmes⁸ ? On le voit, ce premier sens du concept de genre entendu comme sexe social ouvre déjà la voie à de vastes interrogations.

Dans une seconde acception, le concept de genre renvoie aux dispositifs par lesquels le pouvoir, et son arme principale qu'est le droit, saisit, classe et discipline les individus. Le genre se comprend ici à la fois comme assignation à un sexe biologique et comme assignation à un sexe social, c'est-à-dire comme dispositif d'identification. Certaines distinctions biologiques entre les individus ont été pensées et socialement construites comme des marqueurs lourds de signification. Le choix, consolidé par le droit, de prêter une attention particulière à la différence des sexes – et ce dès la naissance, par l'inscription à l'état civil – alors que d'autres catégorisations sont considérées comme non pertinentes et même taboues (telles que la couleur de la peau) – révèle la dimension culturellement construite et socialement performative du genre. En ce sens, comme l'écrit Christine Delphy⁹, le genre précède les sexes et participe à leur construction : la distinction entre les sexes apparaît ici comme une conséquence du genre – sa concrétisation fondamentale.

⁴ PATEMAN Carole, *Le contrat sexuel* [1988], Paris : La Découverte, 2010.

⁵ PHILLIPS Anne, *Engendering Democracy*, Cambridge : Polity Press, 1991.

⁶ FRASER Nancy, *Le féminisme en mouvements, des années 1960 à l'ère néolibérale*, Paris : La Découverte, 2012

⁷ PHILLIPS Anne, *The Politics of Presence*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

⁸ KLAUSEN Jytte et MAIER, Charles (dir.), *Has Liberalism Failed Women ?*, New York : Palgrave Macmillan, 2001.

⁹ DELPHY Christine, « Penser le genre : quels problèmes ? », p. 94-95, in HURTIG Marie-Claude, KAIL Michèle et ROUCH Hélène, *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, CNRS Éditions, 2003, p. 89-102.

Dès lors, penser avec le concept de genre, entendu, de manière englobante, comme « système de bicatégorisation hiérarchisée entre les sexes (hommes/femmes) et entre les valeurs et représentations qui leur sont associés (masculin/féminin) »¹⁰, c'est penser les mécanismes de pouvoir (de classement, de distinction) et de domination (de hiérarchisation) – et, pour le juriste, la mesure dans laquelle ils sont entérinés ou, au contraire, déjoués et corrigés, par la norme de droit.

C'est sur l'ensemble de ces questions que porte la recherche, qui entend recenser non seulement les cas dans lesquels le droit évolue pour favoriser l'égalité de genre ou exprimer une attention aux effets disciplinaires du genre, mais aussi ceux dans lesquels il participe, au contraire, à la construction d'inégalités de genre : soit qu'il les entérine, soit qu'il les aggrave, soit qu'il les légitime.

La recherche financée par la mission Droit et Justice constitue un développement du programme de recherche REGINE (Recherches et Etudes sur le genre et les Inégalités dans les Normes en Europe), financé dans le cadre du programme non thématique de l'ANR. Inauguré en novembre 2011, le programme de recherche s'est d'abord donné pour objectif de faire connaître au monde académique juridique français le vaste corpus théorique, technique et empirique que forment, essentiellement dans le monde anglo-américain, l'analyse féministe puis l'analyse genrée du droit. Car cela fait désormais presque un demi-siècle qu'à l'étranger, la perspective de genre (gender studies) est ancrée dans le paysage académique. Sous l'influence de travaux bien connus¹¹, elle y a donné lieu à des analyses s'intéressant aussi bien à la question de la disposition de leur corps par les femmes qu'à la fonction sociale des femmes (théories du care¹²) ou à la théorie générale de l'État¹³. Ces travaux universitaires font désormais autorité, à telle enseigne que leur point de départ, celui de la dimension socialement construite (et non seulement biologique) de la distinction homme / femme, n'est plus perçu comme subversif ni même comme radical. La perspective anti-essentialiste, affirmée avec éclat par Simone de Beauvoir dans sa formule célèbre, « on ne naît pas femme : on le devient »¹⁴, a désormais fait l'objet de solides étayages académiques. Les « études de genre », visant à analyser la construction sociale de la distinction homme-femme ainsi que les rapports de pouvoir assignant les femmes à une fonction politique, sociale, culturelle et économique secondaire, sont désormais institutionnalisées.

Outre-Atlantique, la réflexion juridique n'est pas restée à l'écart de ce mouvement intellectuel et scientifique. La théorie féministe du droit a fait l'objet de nombreuses

¹⁰ Sur cette définition, v. BERENI Laure et al. (dir.), Introduction aux études sur le genre, 2^e ed., Bruxelles : de Boeck, 2012, p. 10.

¹¹ Et souvent français : des auteures comme Simone de Beauvoir, mais aussi Luce Irigaray ou Christine Delphy, constituent des références centrales pour les gender studies. Sur l'ensemble, v. BERENI Laure et al. (dir.), Introduction aux études sur le genre, op. cit.

¹² GILLIGAN Carol, Une voix différente : pour une éthique du care, [1982], Paris : Flammarion, 2008 ; TRONTO Joan, Un monde vulnérable. Pour une politique du care [1993], Paris : La Découverte, 2009.

¹³ MACKINNON Catharine, Towards a Feminist Theory of the State, Harvard: Harvard University Press, 1989 ; PATEMAN Carole, op. cit..

¹⁴ DE BEAUVOIR Simone, Le deuxième sexe, Paris : 1949, réed. Poche 1986.

analyses et est aujourd'hui largement reconnue¹⁵. Enseignée dans les universités les plus prestigieuses, elle tend à la fois à apporter la preuve de ce que le droit a été et demeure un instrument de domination patriarcale mais aussi de ce qu'il peut être un outil de mobilisation sociale et un vecteur de promotion de la cause des femmes¹⁶. Quels que soient les objets sur lesquels elle porte (droit social, procédure judiciaire, droit de la famille, sexualité et violences, etc), la théorie féministe du droit vise à remettre en cause l'idée d'une neutralité du droit. Elle souligne le rôle du droit dans la constitution de distinctions fondées sur le genre, comme dans la pérennisation, voire la légitimation, d'inégalités de genre, et s'inscrit en ce sens à coup sûr dans une démarche critique¹⁷.

La particularité du contexte dans lequel le projet REGINE a été conçu tient à l'extrême rareté des travaux portant sur la théorie féministe du droit en France – et, conséquemment, sur les rapports entre « genre » et droit. En effet, malgré une forte tradition politique féministe en France, ce n'est que récemment que la question a pénétré le champ académique. Si l'histoire¹⁸, la sociologie¹⁹, la science politique²⁰, l'anthropologie²¹ ou la théorie politique²² font désormais une place respectable aux études sur les femmes et le genre²³, il n'en va pas de même des études juridiques qui demeurent singulièrement indifférentes - sinon hostiles – à de tels objets. Le constat était opéré en termes clairs par la revue *Nouvelles Questions Féministes* en 2009 : remarquant la rareté des études juridiques francophones sur le genre, les auteures relevaient qu'en France, « le féminisme a [...] été plus théorisé contre le droit que dans le droit »²⁴. En fait, on pourrait renvoyer ici au constat opéré dans le champ de la théorie critique de manière générale : le cantonnement des travaux, sinon d'un Michel Foucault, du moins d'auteurs comme Gilles Deleuze, Jean

¹⁵ On ne peut ici citer la bibliographie, immense. On peut toutefois illustrer cette profusion en mentionnant l'existence d'authentiques traités, manuels et autre handbooks de théorie féministe du droit, parmi lesquels : MILLNS Susan, BRIDGEMAN Jo, *Feminist Perspectives on Law : Law's Engagement with the Female Body*, Sweet & Maxwell, 1997 ; CONAGHAN Joan (dir.), *Feminist Legal Studies*, Routledge, 2009, 3 vol. ; FINEMAN Martha (dir.), *Transcending the Boundaries of the Law : Generations of Feminism and Legal Thought*, Routledge, 2011 ; SMITH Patricia (dir.), *Feminist Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 1993 ; MINOW Martha, GREENBERG Judith et ROBERTS Dorothy, *Mary Joe Frug's Women and the Law*, 2^e éd., Westbury, New York : Foundation Press, 1998.

¹⁶ V. par ex. en langue française LANGEVIN Louise (dir.), *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Éditions des archives contemporaines et AUF, 2008.

¹⁷ V. encore, CATTO Marie-Xavière et al., « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Paris : Dalloz, coll. A droit ouvert, 2013, p. 3.

¹⁸ Voir à titre emblématique: DUBY Georges, PERROT Michèle (dir.), *Histoire des femmes en Occident*, 1991 ; mais encore RIOT-SARCEY Michèle, *Histoire du féminisme*, Repères, Paris : La Découverte, 2002.

¹⁹ FERRAND Michèle, *Féminin Masculin*, Repères, Paris : La Découverte, 2004 ; ou les travaux de MARUANI Margaret, dont notamment : *Femmes, Genre et Sociétés. L'état des savoirs*, Paris : La Découverte, 2005.

²⁰ ACHIN Catherine, LEVÊQUE Sandrine, *Femmes en politique*, Repères, Paris : La Découverte, 2006 ; ACHIN Catherine et al. (dir.), *Sexes, Genre et Politique*, Economica, 2007 ; LEPINARD Eléonore, *L'égalité introuvable. La parité, les femmes et la politique*, Paris : Presses de Sciences Po, 2007 ; VARIKAS Eléni, *Penser le sexe et le genre*, Paris : PUF, 2006 ; SINEAU Mariette, *Profession femme politique. Sexe et pouvoir sous la Vème République*, Paris : Presses de Sciences Po, 2001.

²¹ TABET Paola, *La grande arnaque. Sexualité des femmes et échange économico-sexuel*, Paris : L'Harmattan, 2004.

²² FRAISSE Geneviève, *Muse de la raison. Démocratie et exclusion des femmes en France*, Paris : Gallimard, 1995 ; DORLIN Elsa, *Sexe, Genre et sexualités*, Paris : PUF, 2008.

²³ Parfois même, ces disciplines se réunissent dans des programmes de recherche communs ; voir en particulier le programme PRESAGE à Sciences-Po Paris.

²⁴ *Nouvelles Questions Féministes*, 2009, vol. 28, n°2, p. 6, volume intitulé « Les lois du genre ».

Baudrillard ou Félix Guattari dans une certaine marginalité au sein des sciences sociales en France contraste fortement avec l'engouement qu'ils suscitent outre-Atlantique, où la French Theory est, depuis de nombreuses années déjà, une référence de premier ordre. Ce décalage avait, il y a quelques années, fait l'objet d'une analyse sur les modalités de la « traduction » de théories relevant du champ des sciences sociales depuis le monde académique francophone vers celui anglo-américain²⁵. C'est, dans une certaine mesure, une démarche comparable qui constitue le point de départ du programme REGINE : il y a bien une tension paradoxale entre l'importance des références politiques et philosophiques françaises au sein de la théorie féministe du droit anglo-américaine (Simone de Beauvoir, bien sûr, mais aussi, par exemple, Monique Wittig ou Christine Delphy), et le très faible écho que reçoit cette dernière dans l'hexagone, à de notables exceptions²⁶. Ce sont de telles prémisses qui ont conduit REGINE à publier, en 2013, un ouvrage constituant une collection de réflexions sur l'épistémologie et les méthodes propres à l'analyse genrée du droit, et rassemblant des traductions de textes importants d'auteur-e-s étranger-e-s sur la famille, le travail, la démocratie, l'identité et la religion²⁷.

Reste que si REGINE fait le pari de l'intérêt scientifique qu'il y a à acculturer au sein de la pensée juridique française certaines des options théoriques qui sous-tendent la théorie féministe du droit et présenter les expressions qu'elles ont pu connaître dans le cadre d'organisations internationales, il ne s'agit pas pour autant de procéder à une importation aveugle et a-critique de concepts et de travaux essentiellement nord-américains. Même si le projet prend appui sur ces travaux, il ne méconnaît pas les critiques dont ils ont pu faire l'objet, au premier rang desquelles une dimension volontiers théorisée à l'extrême d'élaborations rarement ou insuffisamment vérifiées dans la réalité empirique des normes juridiques. C'est pourquoi un deuxième temps du projet – précisément celui organisé dans le cadre de la convention avec la mission de recherche Droit et Justice - a entendu répondre à l'objection selon laquelle il convient de porter une égale attention aux concepts juridiques et aux normes, en produisant des analyses novatrices prenant pour objet le droit français, jusque-là laissé quasi-vierge de toute analyse genrée²⁸.

* *

*

²⁵ CUSSET François, *French Theory*, Paris : La Découverte, 2005.

²⁶ Parmi lesquelles : « Le genre, une question de droit », *Jurisprudence Revue Critique*, t. 2, 2012 ; AUVERGNON Philippe, *Genre et droit social*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, *L'égalité des sexes*, Paris : Dalloz 1998 ; « Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille », *L'Année Sociologique*, 2003, 53, n° 1, p. 175 à 195 ; « La question juridique de l'égalité des sexes », *Comprendre*, n° 4, *Les inégalités*, Paris : PUF, 2004 ; FRISON-ROCHE Marie-Anne et SEVE René, « L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes », *Année sociologique*, 2003, préc. p. 55-88 ; LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Mél. Andrée Lajoie*, éditions Thémis, Université de Montréal, 2008, pp. 661 et s.

²⁷ REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, précit.

²⁸ Une démarche similaire a été entreprise par le programme REGINE à propos du droit international des droits de l'Homme et aboutira, en octobre 2014, à la publication aux éditions Pédone du premier ouvrage en langue française consacré à la Convention de 1979 pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la recherche conduite dans le cadre de la convention conclue avec la Mission Recherche Droit et Justice, dont les principaux éléments sont présentés dans le présent rapport et qui a abouti à la publication de l'ouvrage « La loi et le genre. Etudes critiques de droit français », aux éditions du CNRS en septembre 2014. Son objectif est de passer des pans du droit français au crible de l'analyse de genre. La recherche vise à identifier non seulement les normes juridiques qui opèrent explicitement une distinction entre les sexes mais aussi celles qui, apparemment (car sémantiquement) neutres, participent, en raison des modalités de leur application, à la catégorisation des individus et à la perpétuation de représentations sociales différenciant femmes et hommes, féminin et masculin. Elle entend également évaluer la part du droit dans la remise en cause de ces catégories et représentations.

Prétendre évaluer de la sorte l'imbrication du genre et du droit français en général peut sembler une ambition démesurée – et, de fait, la recherche, toujours en cours, ne saurait prétendre à l'exhaustivité. Néanmoins la volonté de couvrir les champs les plus divers a animé le projet – qui a donc nécessité de réunir une équipe nombreuse de trente-cinq membres. Dans une telle entreprise, le risque n'est pas tant la diversité des opinions – dès lors que l'objectif principal de la recherche n'est pas prescriptif, et qu'il ne s'agit pas de faire école – que l'absence d'unité des méthodes. Pour le conjurer et garantir, au contraire, l'unité de la démarche scientifique, chaque contribution a été construite à partir d'une grille d'analyse commune, collectivement élaborée et destinée à être appliquée à des corpus variés. La constitution des corpus permet d'étudier l'interprétation et l'application, tantôt de dispositions uniques (tel article de tel code), tantôt d'un ensemble d'énoncés législatifs (un titre du Code civil, par exemple) et tantôt encore de décisions de justice relatives à une question particulière. Chaque corpus ainsi défini fait l'objet d'une analyse sous un triple point de vue.

Il s'agit, d'abord, de recenser les hypothèses dans lesquelles la règle de droit saisit les personnes en tant que personnes sexuées (hommes ou femmes – on a alors affaire à une règle sexo-spécifique) ou, à l'inverse, en toute indifférence à leur sexe (règle dite *genderblind*). Il importe en effet de distinguer, comme l'explique Danièle Lochak, entre les « contextes dans lesquels le droit prend (ou ne prend pas) en compte la dimension du sexe et du genre, attache des conséquences juridiques à la distinction homme/femme, autrement dit érige les "hommes" et les "femmes" en catégories juridiques, ainsi qu'aux raisons qui peuvent expliquer que, selon les cas, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue ou non une donnée juridiquement pertinente »²⁹. Ainsi par exemple, les études consacrées au droit civil s'attachent à la reconstitution de l'histoire des catégories de l'état civil, et de la mesure dans laquelle l'intersexualité, l'hermaphrodisme ou la transidentité les interrogent. L'analyse est donc dans un premier temps sémantique, porte sur l'énoncé lui-même : est-il sexospécifique, à l'instar des dispositions du Code de la santé publique relatives aux femmes enceintes, ou aveugle au genre (neutre ou « *genderblind* »), à l'instar des dispositions visant « toute personne », « chacun » ou encore « les époux » (expression authentiquement

²⁹ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », précit., p. 661 ; *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 2010.

genderblind depuis la loi du 17 mai 2013 relative au mariage entre personnes de même sexe) ?

Il convient, ensuite, de chercher à identifier l'éventuelle contribution des règles juridiques et de leur application à la consolidation ou, au contraire, à la remise en cause, d'une part, des inégalités, d'autre part et au-delà, d'une certaine répartition des rôles sociaux entre hommes et femmes (gender stereotyping) – et, partant, le rôle du droit dans la construction du genre. L'analyse porte toujours ici sur la norme, mais au-delà de son énoncé, elle prête attention aux objectifs qu'elle peut poursuivre – dans la mesure où certains d'entre eux sont évoqués, par exemple, lorsque les débats parlementaires éclairent sur les intentions du législateur – et aux effets qu'elle est susceptible de produire. Les rapports de la règle juridique à l'égalité, elle-même érigée en norme juridique, ne constituent certes pas un terrain vierge, quoique l'approche des questions en termes de genre permette probablement de la renouveler. L'originalité méthodologique principale de la démarche réside dans la volonté de révéler les liens qu'entretiennent les normes et les stéréotypes de genre. Par l'expression « stéréotypes de genre », on entend ici désigner les constructions sociales et culturelles différenciant les femmes et les hommes sur la base de critères physiques, biologiques, sexuels et surtout de fonctions sociales³⁰. Ces conventions sociales reflètent la part de croyance attachée aux traits de personnalités, comportements, rôles qui seraient caractéristiques soit des hommes soit des femmes. La recherche entreprise vise ainsi, au-delà de la question de l'égalité, à étudier les conséquences juridiques de la réception ou de l'appréhension par le droit de tels stéréotypes. La norme juridique est-elle propice à les accueillir ? A-t-elle pour objet ou du moins pour effet de les conforter ? Au contraire, tend-elle ou conduit-elle à les amoindrir – sinon à les éradiquer ? Le recours à la notion de stéréotypes de genre par la jurisprudence nord-américaine ou européenne³¹ a permis de mettre un terme à certaines discriminations privant femmes et hommes d'égales opportunités : ont de la sorte été abrogées les dispositions réservant aux femmes certaines prestations tournées vers l'entretien des enfants, censurant de ce fait les représentations stéréotypées fondées sur le genre du care. Mais l'identification des stéréotypes de genre dans la norme juridique n'a pas pour seul enjeu celle des différences de traitement et de leur éventuelle sanction. Il s'agit aussi de s'interroger sur le rapport du droit aux faits et à la réalité statistique, qu'il faut souvent mobiliser pour révéler les effets sociaux des normes. Aménager une allocation pour garde d'enfant ou au profit de familles monoparentales, est-ce consacrer dans le droit un stéréotype genré, dès lors qu'une telle prestation sera essentiellement versée aux mères ? Prendre en compte, comme le fait l'article 271 du Code civil pour l'évaluation de la prestation compensatoire, « les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne », est-ce entériner la répartition genrée des rôles au sein du foyer, lors de la séparation de M. Gagne-Pain (breadwinner) et Mme Au-Foyer (caregiver) ? Sur cette voie, doit être interrogée la porosité de certains outils du droit - au

³⁰ COOK Rebecca, CUSACK Simone, *Gender Stereotyping, Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011.

³¹ ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », in REGINE (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, précit. p. 93-121.

premier rang desquels les standards d'interprétation ou les présomptions – aux représentations sociales dominantes. Du fait du recours aux standards tels que le « bon père de famille » ou le fait de la victime, la norme ne se révèle-t-elle pas particulièrement propice à l'accueil de stéréotypes de genre ? Les comportements des femmes, dans des situations juridiques qui les concernent principalement, sont-ils juridiquement interprétés à l'aune de tels stéréotypes ? L'appréciation du comportement de la victime d'un viol, de la responsabilité de la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de la légitime défense invocable par une victime de violences domestiques illustre l'acuité – et la complexité - des enjeux. Enfin, l'identification des stéréotypes de genre dans la règle de droit pose une dernière série de difficultés pour l'exégèse juridique : la motivation de la norme n'est, en effet, pas toujours évidente. Elle est parfois laconique ; c'est le cas, bien souvent, des décisions de justice françaises, peu motivées au regard des standards juridictionnels internationaux. Elle peut encore être complexe à identifier : les intentions du législateur peuvent être ambiguës, et refléter un accord politique conjoncturel dissimulant à peine des logiques différentes. On sait, par exemple, que les lois Strauss des 17 juin et 30 juillet 1913 instaurant un congé maternité obligatoire indemnisé ont été le fruit d'un consensus de façade entre parlementaires soucieux de la dépopulation, familialistes catholiques et mouvements féministes³². Identifier les stéréotypes de genre tapis dans les plis de la norme suppose une œuvre de dévoilement des logiques du droit parfois complexe.

Enfin, ces études cherchent à interroger la vocation ou la prétention universaliste de la règle de droit. La norme universelle est-elle nécessairement indifférente au genre ? Admettre une réponse positive implique-t-il alors de considérer que l'universalisme juridique est remis en cause par l'intégration, au sein de la normativité juridique, de revendications sexo-spécifiques, telle qu'opérée, par exemple, par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes ? Faut-il admettre une telle rupture avec l'universalisme au nom de la nécessaire protection de populations vulnérables, ou l'argument doit-il être disqualifié pour n'être que le masque maladroit du paternalisme ? Les débats politiques et juridiques qui ont encadré, à la fin du XX^e siècle, la réglementation relative au travail de nuit des femmes attestent l'ambivalence du droit : alors qu'une loi de 1892 interdisait le travail de nuit des femmes au nom de la protection de la morale et de leurs facultés reproductives, la levée de l'interdiction, un siècle plus tard, a suscité de nombreux débats : « si tout le monde s'accorde sur la nécessité d'encadrer le travail de nuit, l'ennemi principal n'est pas le même pour tous : fallait-il avant tout combattre la discrimination en se prononçant pour l'autorisation du travail de nuit des femmes ? Fallait-il, au contraire, prendre les nuisances liées au travail de nuit pour cœur de cible et maintenir l'interdiction au nom du progrès social ? [...] La question du travail de nuit est emblématique des paradoxes et contradictions qui traversent toute la réflexion sur l'égalité entre hommes et femmes : non-discrimination, protection, spécificité, exclusion, droit au travail, etc.»³³.

³² COVA Anne, *Maternité et droits des femmes en France, XIXe-XXe siècle*, Paris : Anthropos, 1997.

³³ LAUFER Jacqueline et al., « Le travail de nuit des femmes », *TRAVAIL, GENRE ET SOCIÉTÉS* 1/2001 (n° 5), p. 135-160.

En toute hypothèse, la question elle-même ne devrait-elle pas être précédée d'une réflexion sur cette prétention à l'universalité : quid en effet de son effectivité ? La proclamation de droits universels, qui résulte de la tradition républicaine française, et la répétition, au fil des siècles et des textes, de l'égalité entre les femmes et les hommes n'a en effet pas pour autant abouti à la suppression des inégalités qui caractérisent la situation des femmes. Le plafond de verre, qui traduit la hiérarchisation genrée des fonctions et activités professionnelles, l'infériorité des rémunérations professionnelles accordées aux femmes, la surexposition de ces dernières à la violence domestique et sexuelle comme à la pauvreté, l'inégale accession aux fonctions de responsabilité et/ou de représentation politiques et sociales... Les constats s'accumulent et se confortent, conduisant à jeter un doute sur la capacité de l'universalisme juridique à résoudre les inégalités sociales. Sans doute faut-il, ici comme ailleurs, privilégier la complexité aux raisonnements binaires et admettre que la réponse à la question de savoir si l'engagement du droit en faveur de l'égalité est mieux servi par une norme neutre ou sexo-spécifique varie.

Au terme de cette recherche, et alors que le résultat de cette investigation critique est livré au débat scientifique, une conclusion générale semble pouvoir être partagée : le genre se manifeste de deux manières principales dans le droit français. Comme phénomène social, système de catégorisation, le genre informe le droit, préside à sa production et est, en retour, consolidé par lui ; comme concept et clef d'analyse du social, le genre fait figure d'outil permettant de révéler les inégalités et, partant, de renforcer l'engagement du droit au service de l'égalité.

Système de catégorisation, le genre produit du droit, comme, en retour, le droit produit du genre. Cette consolidation réciproque se révèle parfois dans les énoncés juridiques eux-mêmes, parfois dans leur interprétation. Les énoncés juridiques peuvent en effet assigner des identités de genre sur un mode quasi-ontologique. Ce sera tout particulièrement le cas en matière d'état civil, où le sexe, le prénom ou encore la filiation constituent autant d'éléments d'identification de la personne. De manière plus contingente, le droit du travail ou de l'action sociale assignent encore parfois les salarié-es ou les bénéficiaires de prestations sociales à un statut social genré - principalement en lien avec la maternité. Ce double phénomène (réception et production du genre par les énoncés juridiques) tend toutefois à décliner, à mesure que les règles de droit français (sous une variété d'influences dont celle du droit européen n'est pas la moindre) sont universalisées. Applicable sans distinction de sexe, le droit serait-il en passe de s'émanciper du genre - et partant, de renoncer à le conforter ? C'est oublier le fait que le droit est aussi, voire avant tout, le résultat d'une interprétation. De sorte que le genre, chassé de l'énoncé, réapparaît parfois dans son interprétation : une règle supposément neutre (qu'il s'agisse du droit pénal, du droit des pensions, du droit de la responsabilité, du droit fiscal ou du droit commercial) peut ainsi se révéler propice à une interprétation genrée. Là encore, les investigations livrent divers exemples : de la déqualification des violences sexuelles à l'appréciation du préjudice corporel, en passant par les modalités de calcul des pensions de retraites ou les notions de racolage et d'exhibitionnisme jusqu'à celle de statut du conjoint de commerçant, on voit le genre surdéterminer bien souvent l'interprétation des énoncés juridiques.

Parallèlement, en tant qu'outil d'analyse, le genre se révèle utilement mobilisé au service d'un approfondissement des exigences liées au principe d'égalité. C'est en effet le concept de genre qui a informé, depuis vingt ans, les débats relatifs à la parité ; c'est lui aussi qui, se fraie un chemin dans le droit de la lutte contre les discriminations. A cet égard, l'histoire du concept de parité est importante, dans la mesure où la parité a profondément renouvelé la manière dont on pense aujourd'hui le pouvoir et les liens entre représentation et représentativité. Que ce soit au plan géographique (plus de la moitié des pays du monde ont aujourd'hui adopté des mécanismes paritaires dans le champ de la représentation politique) ou matériel (des arènes parlementaires aux instances de gouvernance économique ou à la haute administration, en passant par la justice), il y a bien comme une matrice réformatrice paritaire à l'œuvre. Or elle a bien à voir, toujours et partout, avec un objectif fondamental de remise en cause de la distinction entre sphère publique et sphère privée qui, historiquement et structurellement, a été gouvernée par des normes de genre, cantonnant les un-es à certaines occupations et secteurs d'activité et réservant la responsabilité et les prérogatives aux autres. Un retour sur le débat proprement constitutionnel relatif à la parité en France permet de préciser le cadre théorique dans lequel ce concept a été stabilisé, avant de migrer vers les sphères du pouvoir non politique : administration, monde syndical, monde économique...

Mais c'est aussi dans le droit de la lutte contre les discriminations que le concept de genre joue comme outil du droit. Sa mobilisation est parfois hésitante : les ambiguïtés du concept, des méthodes d'identification comme des usages de la discrimination indirecte le prouvent à l'envi. Elle est parfois plus évidente, comme en matière de liberté d'expression où l'idée d'une inadmissibilité des discours, images et propos véhiculant de grossiers stéréotypes de genre se développe, même si, là encore, son application concrète révèle des difficultés. Mais c'est probablement dans le champ des violences, où les violences de genre ont été, sous l'effet d'entraînement, notamment, du droit international, requalifiées en discriminations, que cette dimension utilitaire du concept apparaît le plus clairement.

Cette ambivalence du droit à l'égard du genre est révélée par les contributions que le présent ouvrage soumet à la réflexion et à l'analyse critique. Les diverses études coordonnées dans ce programme de recherche permettent, d'ores et déjà, de poser deux éléments comme acquis. D'une part, le genre constitue un prisme pertinent pour renouveler l'analyse juridique sur des objets connus et moins connus, qu'ils soient attendus dans un tel ouvrage (discrimination salariale, procréation) ou non (droit administratif, droit des affaires). D'autre part, la recherche démontre l'apport d'une analyse juridique aux études de genre i.e. l'intérêt d'utiliser les outils propres à la technique juridique pour comprendre et analyser certains phénomènes sociaux jusqu'ici principalement abordés sous l'angle de l'analyse sociologique, anthropologique ou économique. Or, si ce constat était de longue date posé à l'étranger, son intégration au sein de la réflexion juridique française était attendue.

Les études peuvent être réunies autour de cinq thématiques³⁴, qui ne reproduisent pas les distinctions classiques qui ont cours dans la pensée juridique française. Elles entendent surtout ne pas reconduire la scission précisément critiquée par la théorie féministe entre le privé et le domestique - travail reproductif -, d'une part, et le public, le politique et l'économique - travail productif -, d'autre part. La première partie, « Corps en société(s) », regroupe ainsi les contributions qui analysent la manière qu'a le droit de façonner l'identité individuelle – identité sociale et identité physique, intimement liées. « Ressources et richesses » s'intéresse aux normes qui réglementent l'accès aux biens et leur distribution, quel que soit le cadre – professionnel ou familial – dans lequel ils ont lieu. La troisième partie, « Parité et mixité », s'arrête sur l'ensemble des mesures et dispositifs destinés à favoriser une plus grande mixité au sein des instances et lieux de pouvoir – au sens le plus large. « Dignité(s) » analyse, dans une perspective de genre, les dispositifs juridiques qui protègent ou dégradent la considération attachée aux individus. La dernière partie, « Intersectionnalité et discriminations multiples » s'intéresse aux configurations dans lesquelles le genre rencontre d'autres motifs de discrimination (religion, origine ethnique ou handicap par exemple), sans qu'il soit possible de distinguer celui des fondements qui cause la discrimination. D'autres pans du droit français auraient pu compléter cette première recherche, qui se veut de la sorte une invitation à poursuivre plus avant cette tentative de dévoilement de la « loi du genre »³⁵.

I. CORPS EN SOCIÉTÉ(S)

Le corps humain est, par excellence, le lieu de rencontre du sexe et du genre : à la fois marqueur du sexe biologique, par la différenciation sexuée et la spécialisation des organes génitaux, il est aussi le lieu d'expression de représentations sociales et d'assignation de genre. Étudier les corps en société(s) amène ainsi à soumettre l'ensemble des règles relatives au corps et à la personne, dont on dit volontiers que le premier est le substrat de la deuxième, à une grille d'analyse centrée sur le genre. Ceci conduit ainsi à réfléchir à la notion centrale d'identité. Celle-ci est à la fois caractéristique personnelle, issue de la rencontre des éléments de l'état civil (A. Identité) et ressemblance aux autres, en raison de l'identité de destin auxquels sont soumis les corps humains³⁶. Cette destinée commune, marquée par le genre et l'assignation à des fonctions sociales différenciées en raison du sexe, est caractérisée en premier lieu par l'opposition entre corps reproductifs (B.) et corps productifs (C.). La distinction entre travail productif et travail reproductif, formulée

³⁴ Ces thématiques constituent également l'armature du panorama annuel « Genre et Droit » que REGINE publie désormais au Recueil Dalloz ; pour le panorama inaugural : Rec. Dalloz, 23 mai 2013, p. 1235 ; pour la chronique de l'année 2013, v. Rec. Dalloz, 1^{er} mai 2014, p. 954.

³⁵ Les conclusions de la recherche présentées dans ce rapport ne reflètent par ailleurs que partiellement la richesse des développements reproduits in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014 et auquel le lectorat de ce rapport est invité à se reporter pour des analyses plus détaillées et approfondies.

³⁶ V. sur ce point PHILLIPS Anne, *Our Bodies, Whose Property ?*, Princeton UP, 2013

initialement par F. Engels³⁷, est devenue centrale dans les études féministes : elle souligne d'une part la double domination des femmes à la fois au patriarcat (qui les assigne alors dans la sphère domestique et les confine aux soins des enfants) et au capitalisme (lorsque elles s'inscrivent dans la sphère de l'économie marchande et du travail rémunéré), et, d'autre part, l'inscription fondamentale de cette domination dans le corps. Car le contrat social, sur lequel se fonde la société, est aussi un contrat sexuel, visant à assurer la répartition des pouvoirs entre hommes et femmes en société, et l'accès des premiers au corps des secondes³⁸. Mais le genre marque le droit du corps d'autres stigmates encore : les corps en société(s) sont aussi ceux qui sont soumis à différentes normes, notamment pénales : qu'elles soient protectrices ou réparatrices, ces normes à première vue indifférentes au sexe (genderblind) sont en réalité fortement influencées par les représentations sociales différenciant femmes et hommes (D. Violences et préjudices).

A. IDENTITE

L'état civil est l'instrument de prédilection du droit pour définir l'identité d'une personne. Qu'il s'agisse de définir le sexe, d'établir une filiation ou d'attribuer un nom et un prénom, l'état civil peut faire l'objet d'une analyse au prisme du genre.

La mention du sexe à l'état civil en est l'exemple premier et fondamental³⁹ : le sexe doit obligatoirement être déclaré à la naissance de l'enfant. Cette mention, imposée par l'article 57 du Code civil, est déterminée par l'apparence des organes génitaux et obéit à une logique binaire homme/femme, qui apparaît indépassable aussi bien aux yeux du droit que de la médecine. Pourtant, certaines personnes naissent avec des organes génitaux sains mais échappant à cette dualité. Ce fait, longtemps occulté, a été l'objet de publications scientifiques majeures⁴⁰. Pourtant, qu'elle apparaisse à la naissance ou se révèle au cours de la vie, l'intersexuation a été rendue invisible grâce à différents outils juridiques qui permettent soit de l'ignorer, soit de forcer l'assimilation. A la naissance, l'obligation de déclarer à l'état civil le sexe du nouveau-né conduit dans un pourcentage de cas non négligeable à ignorer l'ambiguïté sexuelle que peuvent présenter les organes génitaux ou à occulter les variations chromosomiques qui sont sans conséquences visibles sur les organes génitaux des nouveaux-nés. Or, ce phénomène n'est pas statistiquement marginal : la prise en compte de l'ensemble des variations de la différenciation sexuelle (anatomiques et chromosomiques) conduit à estimer entre 1,7 et 4 % la population concernée, la Haute Autorité de Santé l'évaluant pour sa part à 2 %⁴¹. Pour prendre le seul aspect génétique de l'intersexuation, 200 000 personnes au moins ont en France des formules chromosomiques

³⁷ ENGELS Friedrich, *L'Origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, 1884

³⁸ PATEMAN Carol, *Le contrat sexuel, La Découverte*, Institut Emile du Chatelet, série « textes à l'appui », 2010.

³⁹ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 29 et s.

⁴⁰ FAUSTO STERLING Anne, *Corps en tous genres*, La Découverte, 2013.

⁴¹ HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, nov. 2009, p. 23

atypiques (2 à 5X, 2X et 2Y, etc.)⁴². Par ailleurs, quand l'apparence des organes génitaux des nouveau-nés permet de détecter précocement l'intersexualité, l'intervention médicale et chirurgicale est alors présentée comme justifiée, au nom de la cohérence nécessaire entre le « sexe d'élevage » de l'enfant et la conformation de ses organes génitaux externes. Cet exemple montre bien que le genre précède, et forme parfois, le sexe et ce dès les premières heures de vie.

Ce constat se retrouve dans la façon dont le droit français encadre les procédures de modification de la mention du sexe à l'état civil⁴³. Les rectifications d'erreur sont admises dans des hypothèses d'intersexualité : la mention du sexe étant d'ordre public, les rectifications d'acte d'état civil sont possibles à l'initiative de toute personne intéressée, comme du ministère public, mais elles sont du seul ressort des tribunaux. Elles sont autorisées lorsque l'acte « contient des omissions ou des erreurs dont la réparation ne soulève aucune question relative à l'état des personnes »⁴⁴, ce qui est le cas en matière de rectification relative au sexe, l'acte étant « inexact dès l'origine »⁴⁵. En revanche, lorsque sont en cause des situations de transidentité, la souplesse de la procédure de rectification fait place à la rigidité de celle de la modification : ici, l'argument de l'indisponibilité de l'état civil est opposé aux personnes. Il fallut attendre une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁶ pour que la Cour de Cassation opère un revirement de jurisprudence en considérant que, « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification »⁴⁷. Le caractère très restreint des possibilités ainsi ouvertes a été souligné : trois conditions cumulatives sont exigées (diagnostic médical, opération de réassignation sexuelle, constatation judiciaire de la conformité entre le genre (« comportement social » et l'apparence physique). De sorte que les critères juridiques de la différence sexuelle s'affranchissent passablement de toute vérité biologique, qu'elle soit anatomique ou chromosomique : ce qui compte, c'est de maintenir la foi dans la différence des sexes pour fabriquer des identités et assigner des rôles. De sorte que, là encore, le genre précède le sexe.

⁴² WIELS Joëlle, « L'ovaire sort de l'ombre », *La Recherche*, Hors série n°6, nov. 2001, p. 31.

⁴³ V ; à nouveau CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 29 et s.

⁴⁴ IGREC, JO du 22/09/1955, §152, p. 9340.

⁴⁵ *Ibid*, p. 9341.

⁴⁶ CEDH B. c. F, 25 mars 1992, req. 57/1990/248/319 : viole l'art. 8 CEDH le refus opposé à une personne déclarée de sexe masculin à l'état civil d'ordonner une rectification de son acte de naissance et un changement de son prénom.

⁴⁷ Cass., AP, 11 déc. 1992 : JCP 1993, II, 21991, concl. Jéol.

La filiation, autre élément sur lequel s'appuie le droit pour « produire » l'identité des personnes, est elle aussi susceptible de faire l'objet d'une lecture genrée⁴⁸. Certes, il importe de rappeler que la distinction entre maternité et paternité ne constitue pas, en apparence, la *summa divisio* du droit français de la filiation. Bien au contraire, la lecture du Code civil, tel qu'issu de la réforme opérée par l'ordonnance du 4 juillet 2005⁴⁹, ratifiée et complétée par la loi du 16 janvier 2009⁵⁰, met en évidence la proximité de la maternité et de la paternité : en particulier, les modes d'établissement non contentieux répondent à la même typologie ; et le fondement ultime de la filiation est toujours d'ordre biologique. Mais, même si plusieurs modes d'établissement semblent, au premier abord, également ouverts aux femmes et aux hommes – la reconnaissance volontaire, d'une part, et la possession d'état, d'autre part –, les modes d'établissement par l'effet de la loi sont sexospécifiques : la présomption de paternité, par hypothèse, ne concerne que les hommes, tandis que l'établissement de la filiation par la mention du nom dans l'acte de naissance ne concerne que les femmes. Et cet acte de naissance est lui-même dressé en contemplation d'une déclaration de naissance qui est le reflet du fait de l'accouchement. On voit alors poindre une seconde différence entre maternité et paternité. Si l'une et l'autre se veulent expression de la biologie, ce n'est pas de la même biologie que l'on parle – ce que révèlent en particulier les textes et la jurisprudence relatifs aux actions en justice en matière de filiation. En matière d'action en recherche de paternité, on cherche un géniteur (même si les textes ne sont pas les plus explicites qui soient sur la question, la jurisprudence est en revanche très claire à ce propos) ; en matière d'actions en contestation de la paternité, il s'agit d'établir que celui qui, en droit, est le père, n'est pas le géniteur. En revanche, l'action en recherche de maternité repose sur la preuve de l'accouchement, tout comme l'action en contestation de la maternité repose sur la preuve de l'absence d'accouchement. Les gènes, d'une part, la gestation, d'autre part : le fondement ultime de la paternité est distinct du fondement ultime de la maternité. La différence se voudrait quasiment extérieure au droit car fondée sur des faits – sinon sur la nature : les rôles des hommes et des femmes dans la naissance des enfants ne seraient pas identiques, ce que devrait traduire un droit de la filiation qui entend dire quelque chose de la biologie. Car il n'est pas contestable que le droit de la filiation que l'on dit parfois charnelle (la filiation tout court selon le Code civil, à distinguer de la filiation adoptive) prétend dire quelque chose de la biologie. Cela seul explique que, à la différence de la filiation adoptive, la filiation « charnelle » doive permettre le rattachement d'un enfant à

⁴⁸ DIONISI-PEYRUSSE Amélie et PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 49 et s.

⁴⁹ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, *portant réforme de la filiation*. V. not. DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005/21, n°878 ; DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « La sécurisation de la filiation paternelle dans l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2006.612 ; FULCHIRON Hugues, « Égalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *Dr. et patr.*, mars 2006, 146 ; GOUTTENOIRE Adeline, « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.* 2006, ét. 6 ; GRANET-LAMBRECHTS Frédérique et HAUSER Jean, « Le nouveau droit de la filiation », *AJ fam.* 2005.424 et *D.* 2006.17 ; LEROYER Anne-Marie, *RTDCiv.* 2005.836 ; MASSIP Jacques, *Defrénois* 2006.6, 91 et 209 ; MILLET Florence, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP* 2006.I.112.

⁵⁰ Loi n° 2009-61 du 16 janv. 2009, ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation. V. not. DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *RLDC* 2009/58, n°3338 ; DIONISI-PEYRUSSE Amélie, *D.* 2009.966 ; GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, *AJ fam.* 2009.76

deux personnes, ni plus, ni même moins. Certes, un enfant peut n'avoir qu'un seul parent ou même aucun parent en vertu des dispositions qui régissent cette filiation dite « charnelle ». Mais la ou les places de parents demeurée(s) vacante(s) auront vocation à être comblées, à l'initiative de l'enfant lui-même ou de celui ou celle qui s'en prétendrait l'auteur-e. Et ces deux lignes doivent rattacher l'enfant à deux personnes de sexes différents au moment de la conception. Indiscutablement, l'engendrement biologique est le modèle de la filiation dite charnelle⁵¹. Mais faut-il en déduire que, dès lors, paternité et maternité doivent être différemment définies ? Le raccourci est évidemment l'expression d'un choix : si les rôles des femmes et des hommes dans le processus qui va vers la naissance d'un enfant ne sont pas identiques, ils sont en partie identiques. L'apport des forces génétiques d'un homme et d'une femme est nécessaire à la conception d'un enfant. Ainsi paternité et maternité – quand bien même on ne voudrait pas rompre avec une approche « charnelle » de la filiation - pourraient parfaitement être définies dans les mêmes termes. En les définissant différemment l'un de l'autre, on souligne ce qui distingue quand on pourrait construire un droit de la filiation sur la part commune des hommes et des femmes dans l'engendrement. Et cette construction de la différence va plus loin encore. En matière de paternité, les différents modes d'établissement de la filiation coexistent réellement : la présomption de paternité ne joue que dans certains cas, laissant une véritable place à la reconnaissance, mode majoritaire d'établissement de la paternité⁵², et à la possession d'état. Au contraire, si la filiation à l'égard de la mère est établie, elle le sera par l'effet de la loi puisqu'il suffit pour cela que l'acte de naissance mentionne le nom de la femme qui a accouché. Et quand bien même on serait dans une hypothèse très exceptionnelle d'absence d'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, un établissement ultérieur de la maternité par reconnaissance ou par possession d'état serait suspect car il laisserait présager le recours, prohibé, à une gestation pour autrui. Cette suspicion conduirait à vérifier la réalité biologique – entendue comme l'identité de la gestatrice. Ainsi, le dispositif, pris dans son ensemble conduit au constat que – sauf accouchement sous X - la filiation maternelle sera nécessairement établie à l'égard de la femme qui a accouché par l'effet de la loi c'est à dire sans manifestation positive de volonté. Et cette assimilation entre accouchement et établissement de la maternité n'est pas le fruit du maintien de conceptions ou de textes anciens ; elle constitue au contraire l'aboutissement, à l'occasion de l'ordonnance du 4 juillet 2005, d'un mouvement que l'on a pu stigmatiser comme « l'empire du ventre »⁵³. En vertu du droit antérieur, l'acte de naissance ne suffisait à établir la maternité que si la femme était mariée. La sexospécificité des textes était donc moins marquée : en présence d'un mariage, la filiation pouvait être établie automatiquement, à l'égard de l'épouse comme de l'époux d'ailleurs ; à défaut de mariage, elle ne l'était qu'en recourant à des modes d'établissement qui nécessitaient une manifestation positive de volonté. Ainsi, là où l'établissement automatique de la filiation s'appliquait autrefois aux hommes comme aux femmes sur le seul fondement du mariage, on estime aujourd'hui que le sexe du parent est un critère pertinent pour justifier l'établissement automatique de la filiation : les hommes mariés,

⁵¹ Rapp., en dernier lieu, CADOU Éléonore, « Le droit de la filiation à l'épreuve de l'homoparenté », in ZATTARA-GROS Anne-Françoise, *Bioéthique et genre*, LGDJ, 2013, p. 183 et s., p. 187.

⁵² D'après les données provisoires de l'INSEE, le taux de naissance hors-mariage atteindrait 56,6% en 2012.

⁵³ V. IACUB Marcela, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004. L'ouvrage est antérieur à la réforme de 2005 – qui a accentué le phénomène dénoncé.

d'une part, toutes les femmes, d'autre part, sont automatiquement parents, sans manifestation de volonté. La réduction des effets des constructions sociales, en l'occurrence du mariage, a conduit à renforcer les effets de la différence de sexe. On ne part plus du principe que la femme mariée (comme d'ailleurs son époux) va vouloir se rattacher juridiquement son enfant mais que toutes les femmes vont le vouloir. La gestatrice ne peut que vouloir être mère. En outre, même si présomption de paternité, reconnaissance et possession d'état sont censées refléter la participation génétique du père à l'engendrement, ainsi qu'en témoigne, notamment, la possibilité de contester la filiation paternelle en rapportant la preuve d'une réalité biologique contraire, il existe de nombreux cas dans lesquels la paternité ne peut plus être contestée, à la suite de l'écoulement d'un certain délai, soit cinq ou dix ans selon les situations⁵⁴. Passé le délai pour contester, qui peut donc être relativement bref, le fondement ultime de la filiation qu'est l'engendrement n'est plus accessible à la connaissance dans le cadre judiciaire. Dès lors, la volonté qui s'exprime dans la possession d'état et plus encore dans la reconnaissance se transforme en fondement de la filiation. Or ce fondement volontaire de la filiation pourtant censée être charnelle est hors de portée des femmes, puisque ces modes d'établissement ne sont en principe pas susceptibles d'être mobilisés par elles. Hors adoption, il n'existe donc pas de mères qui n'aient pas accouché de leur enfant – et toutes les femmes qui ont accouché d'un enfant sont susceptibles d'en être reconnues les mères ; il peut en revanche exister des pères dont la filiation est légalement établie et parfois même incontestable qui ne sont pas les géniteurs. Et le système juridique ne s'en émeut pas particulièrement : de l'avis général, le Ministère public, confronté à une filiation paternelle sciemment mensongère ne pourrait pas intervenir – faute de fraude : « dès lors que l'auteur de la reconnaissance s'engage par cet acte à assumer les conséquences du lien de filiation ainsi établi, la reconnaissance mensongère ne porte pas atteinte à l'ordre public et ne peut être contestée par le ministère public »⁵⁵. A l'inverse, en présence d'une filiation maternelle vacante, on admet que le Ministère public serait légitime à intervenir pour empêcher l'établissement du lien de filiation. Les arrangements entre particuliers seraient alors déjoués : une femme qui n'a pas accouché ne pourrait donc pas devenir mère, même si la gestatrice ne s'intéresse pas à l'enfant et malgré l'accord du père ; dans la même situation, la complicité de la mère peut faire d'un homme un père – sans que l'intervention du corps social ne semble ni possible, ni souhaitable. Et le même constat semble s'imposer en droit pénal : la reconnaissance mensongère par un homme ne constituerait pas une simulation ; la reconnaissance mensongère par une femme constitue le délit de simulation, punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Ces choix dessinent des images profondément différentes des hommes et des femmes dans leurs rapports à la parenté : des hommes, dans une certaine mesure, interchangeables, puisque le lien génétique n'apparaît pas absolument nécessaire pour faire de l'homme un père – dès lors qu'il remplirait la fonction de père, et en particulier qu'il pourvoirait aux besoins matériels de l'enfant ; une mère qui est nécessairement la gestatrice et une gestatrice qui est nécessairement mère – comme si le lien biologique qui s'est noué pendant la

⁵⁴ La nécessité de contester le lien de filiation préexistant est posée à l'art.320. C. civ. ; les délais des actions aux art. 333 et 334 C. civ.

⁵⁵ Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (n° NOR : JUS C0620513 C), p. 47 s.

grossesse devait impérativement se traduire au-delà de celle-ci. La paternité comme fonction ; la maternité comme essence.

Mais c'est autour de la détermination du nom de famille et du prénom que se manifeste certainement de façon la plus éclatante la dépendance du droit de l'état civil à des normes de genre. Élément d'identification des personnes physiques au sein de la société et droit de la personnalité, le nom de famille⁵⁶ est tiraillé : sa réglementation en partie d'origine coutumière peine aujourd'hui à réaliser l'évolution que connaît par ailleurs le droit contemporain de la famille. En la matière deux choses sont à distinguer : d'une part, la transmission du nom de famille à la naissance ; d'autre part, la liberté au sein du mariage de faire usage du nom de famille du conjoint. Sur le premier point, malgré un affichage égalitaire mis en exergue⁵⁷, la norme maintient encore un reliquat d'inégalité dans la transmission du nom aux enfants, fruit de résistances idéologiques irrationnelles mais solides. La liberté heurte en ce domaine l'égalité car elle favorise le maintien du *status quo* (c'est-à-dire la transmission du nom du père) ; et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe a paradoxalement renforcé ce constat. Certes, le nouveau dispositif est *genderblind* dans le principe ; mais il est sexospécifique dans l'exception, et c'est là que se situe la faille. En effet, le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de la réforme, contrairement à la version initiale de la proposition de loi⁵⁸, puisque à défaut de déclaration conjointe mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et l'autre (situation visée : l'enfant né en mariage ou reconnu par ses deux parents avant la naissance). La loi présume que les parents ont voulu transmettre le nom du père. Et ce choix est irrévocable⁵⁹. Sinon, l'enfant prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu (situation implicitement visée de l'enfant naturel non reconnu par son père au moment de la naissance). Sur le second point, en ce qui concerne la question du nom d'usage des personnes mariées, la pratique séculaire consistant à désigner les femmes mariées uniquement sous le nom de leur mari est toujours en vigueur. Pourtant, il n'existe aucune obligation légale contraignant les femmes mariées à utiliser le nom de leur mari⁶⁰. Toutefois, on observe une pratique sociale qui confine à la pression sociale consistant à ne pas reconnaître les femmes mariées sous leur nom de famille ou sous le nom d'usage

⁵⁶ LE DOUJET-THOMAS Frédérique, « Relecture genrée du système onomastique : nom de famille et nom d'usage », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 67 et s.

⁵⁷ L'article 311-21 dispose aujourd'hui : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier d'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre (...) ».

⁵⁸ V. proposition de loi n°639 adoptée par l'Assemblée nationale en 1ère lecture le 8 février 2001, art. 1, II disparu dans la version modifiée par le Sénat le 20 février 2002 (texte n°74) qui fut celle promulguée.

⁵⁹ V. CE, 12 déc. 2012, n°357865.

⁶⁰ Une telle obligation serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. V. CEDH, 22 févr. 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90 ; CEDH, 16 nov. 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, req. n°29865/96 (cas d'école de discrimination fondée sur le sexe) ; CEDH, 9 nov. 2010, req. n°664/06, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*.

choisi⁶¹, comme le montrent les nombreuses questions écrites posées au gouvernement par les parlementaires⁶². Or, cette pratique s'avère d'autant plus difficile à appréhender que le dispositif normatif est désormais formellement égalitaire : le nouvel article 225-1 du Code civil dispose que « Chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit ». Les difficultés rencontrées par les femmes mettent au jour la survivance d'un stéréotype de genre archaïque, celui que révélaient les dispositions aménageant l'incapacité des femmes mariées sous l'empire du Code Napoléon.

Quant au prénom⁶³, c'est un complément du nom de famille et il suit en principe le même régime que celui-ci (notamment dans sa soumission au principe d'immutabilité). On aurait pu penser toutefois que le prénom apparaîtrait juridiquement moins crucial à l'identité des personnes – moins crucial en tous cas que le nom ou la nationalité – et que, partant, le contrôle institutionnel pesant sur le choix du prénom serait allégé. Mais il n'en est rien : que ce soit dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant lors de la vérification du choix des prénoms par les parents au moment de la déclaration de naissance⁶⁴, ou lors de l'appréciation de l'intérêt légitime du ou de la requérant-e dans la procédure de changement de nom⁶⁵, les juges sont nécessairement conduits à se référer à leurs propres représentations. Ainsi, les notions flexibles d'intérêt de l'enfant et d'intérêt légitime constituent le creuset de stéréotypes de genre relatifs à ce que doit être un prénom féminin, un prénom masculin, un prénom ridicule pour un garçon, un prénom ridicule pour une fille, ou encore un prénom mixte pour une personne transgenre. Par exemple, dans le contentieux de l'attribution initial de prénom, les magistrats apprécient l'intérêt de l'enfant et vérifient de façon abstraite et impersonnelle si le prénom choisi par les parents n'est pas ridicule, péjoratif, grossier ou complexe. La concordance du prénom avec le sexe mentionné à l'état civil apparaît souvent comme une condition supplémentaire implicite. Par exemple, « Cristale » pour une fille n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant car le

⁶¹ V. LE DOUJET THOMAS Frédérique, *Quelques nouveautés à propos du nom et de l'égalité des sexes*, Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Montchrétien, Lextenso, 2012, p. 257.

⁶² Citons : QE n°45188, rép. min. JO AN 03 juill. 2000 p.4028 (établissement des papiers d'identité); QE n°96745, rép. min. JO AN 19 déc. 2006 p. 13372 (signature des femmes mariées) ; QE n°06196, rép. min. JO Sénat 18 févr. 2010 p. 394 (pratiques des banques). Une autre source informelle et non vérifiable permet toutefois de se faire une idée de l'ampleur des plaintes et des revendications toujours actuelles de femmes mariées en consultant les forums dédiés à cette question sur Internet...

⁶³ LE DOUJET-THOMAS Frédérique, « Les normes relatives au prénom : une perméabilité aux stéréotypes de genre ? », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 85 et s.

⁶⁴ L'article 57 relatif aux mentions de l'acte de naissance de l'enfant énonce les règles applicables au choix des prénoms de l'enfant par les parents et la procédure de contrôle qui peut être initiée par l'officier d'état civil. En effet, si les père et mère sont libres, depuis la loi du 8 janvier 1993, de choisir les prénoms qu'ils veulent attribuer à leur enfant, ce choix demeure soumis au contrôle de l'officier d'état civil qui reçoit la déclaration de naissance. Selon l'alinéa 3, « lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales ». Le juge peut ordonner la suppression du prénom litigieux s'il estime les griefs de contrariété bien fondés (al. 4).

⁶⁵ L'article 60 du Code civil concerne la procédure de changement de prénom susceptible d'être sollicité par toute personne justifiant d'un intérêt légitime. La procédure est judiciaire et la demande peut être faite par l'intéressé-e ou par la personne qui la-le représente légalement (pour les mineurs et majeurs sous tutelle).

prénom « n'est ni ridicule, ni péjoratif ni grossier » et « qu'il ne s'agit pas d'un prénom de sexe opposé à celui de l'enfant »⁶⁶. Dans le même ordre d'idée, des prénoms sont supposés genrés en référence surprenante aux règles de grammaire françaises, tel le « e » final pour marquer le genre féminin. C'est ainsi que les juges en viennent à refuser « Steffi » pour une fille mais acceptent « Steffie », le « e » (bien que muet dans une telle hypothèse) étant supposé mieux traduire l'appartenance de l'enfant à son sexe (féminin)⁶⁷. Quant à la notion d'intérêt légitime dans la procédure de modification de l'état civil, elle donne là aussi libre cours à l'expression de certaines représentations stéréotypées, mais qui s'appuient sur le ressenti du requérant, apprécié *in concreto* : l'institution judiciaire accueille avec faveur ces requêtes dans lesquelles le demandeur justifie subir des difficultés psychologiques et/ou sociales avec le prénom attribué. Ainsi, dans une espèce relative au changement réclamé par des parents pour leur petite fille âgée de 6 ans, il est fait droit à leur demande afin d'éviter à l'enfant « la gêne suscitée par un prénom à consonance masculine » : « Rayyân » (beau et vigoureux en arabe), qui était en outre « porté dans la maternelle où est scolarisée l'enfant par plusieurs de ses camarades de sexe masculin », sera remplacé par « Aya »⁶⁸.

Ces différents exemples montrent en définitive la place du genre dans la définition juridique de l'identité : qu'il s'agisse d'attribuer un sexe, un prénom ou un nom de famille ou d'établir une filiation, le droit civil est sensible à des considérations de genre. Un constat identique peut être fait à propos de l'encadrement juridique de l'engendrement : les corps productifs sont saisis par des règles juridiques influencées par le genre.

B. CORPS REPRODUCTIFS

La reproduction, avant d'être l'objet d'une liberté, a été l'objet d'un encadrement juridique dense éminemment sensible à des considérations de genre ; les lois natalistes, à l'instar de celle du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, ont longtemps assigné le corps des femmes à la procréation et, *mutatis mutandis*, défini ce dernier comme un des lieux d'exercice du pouvoir politique et non, comme relevant de la sphère ou de la vie privée des femmes.

Désormais le choix de concevoir ou de ne pas concevoir, de mettre ou non au monde l'enfant qu'on porte, est présenté comme une liberté individuelle : ainsi, le Conseil constitutionnel a affirmé que l'accès à l'interruption de grossesse (IVG) devait être considéré comme la manifestation de la liberté individuelle de la femme qui y a recours⁶⁹. Il est alors tentant de considérer le choix de ne pas avoir d'enfant, dans sa globalité, comme une liberté constitutionnelle. S'interroger sur l'effectivité de cette liberté, à la fois sur le plan matériel et symbolique, révèle cependant les limites de l'affirmation : c'est ce que montrent les règles relatives à l'interruption de grossesse et à la contraception, qui peinent à

⁶⁶ CA Aix-en-Provence, 16 janv. 1996, Juris-Data n°1996-042027 (même si, grammaticalement, « cristal » est masculin, raison de l'opposition du Parquet à l'attribution du prénom à une fillette.

⁶⁷ CA Amiens, 26 févr. 1993, Juris-Data n°1993-043984

⁶⁸ CA Paris, 28 janv. 2010, Juris-Data n°2010-000554.

⁶⁹ Cons. const. 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, JORF du 7 juill. 2001, p. 10828

consacrer pleinement une liberté génésique⁷⁰ : pour la contraception, d'une part car, malgré la grande diversité des produits contraceptifs disponibles, la liberté contraceptive est aujourd'hui bridée par les dispositions relatives au remboursement. La concrétisation d'une telle liberté peut être empêchée par ces règles qui limitent l'accès à un véritable choix de sa méthode contraceptive⁷¹, tout comme elle pourrait l'être par l'invocation d'une clause de conscience au profit des pharmaciens⁷². Pour l'avortement, d'autre part, car malgré l'élargissement des dispositions du code de la santé publique, de la loi Veil de 1975 à celle Aubry de 2001 ou celle Vallaud-Belkacem de 2014, le droit français peine à reconnaître dans la décision du refus d'enfanter l'existence d'un droit de la femme enceinte⁷³ : la jurisprudence, de façon traditionnelle et explicite, ne cesse de rappeler que la naissance d'un enfant n'est pas, pour la femme, constitutive d'un préjudice, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse. Et qu'à ce titre ne saurait voir sa responsabilité engagée le médecin dont l'intervention s'est avérée infructueuse⁷⁴. Se trouverait ainsi construit un « droit » de la femme sans débiteur identifiable (le personnel médical ayant la possibilité d'invoquer une clause de conscience pour éviter de pratiquer ce geste⁷⁵), sans garantie d'effectivité (l'obligation de mettre en place, au sein du service public hospitalier, des structures médicales pratiquant les interruptions de grossesse, pourtant juridiquement énoncée, n'offrant pas effectivement aux femmes la possibilité matérielle d'y accéder dans des conditions et délais satisfaisants, ce constat étant régulièrement déploré⁷⁶ et sans sanction juridique (la naissance d'un enfant ne constituant pas un préjudice réparable). Un tel questionnement montre également que les normes relatives à la reproduction sont souvent construites sur des stéréotypes de genre, qu'elles tendent de surcroît à renforcer.

C'est également le constat que permet le développement plus récent du bio-droit⁷⁷. Le droit de la reproduction a fait l'objet d'un renforcement normatif avec l'essor de la procréation médicalement assistée : des premières lois Bioéthique en 1994 à leurs révisions successives,

⁷⁰ CARAYON Lisa, « Interruption volontaire de grossesse et contraception : quel accès à une liberté génésique? », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 107 et s.

⁷¹ Possible depuis la loi n°74-1026 du 4 déc. 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, JORF du 5 déc. 1974, p.12123

⁷² V. sur ce point MEMETEAU Gérard, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », *JCP G*, 1990, I, n° 3443 ; FOUASSIER Éric, « Vers une clause de conscience du pharmacien d'officine ? », *RDS*, 2003, p. 43

⁷³ V. notamment HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, « La procréation est-elle devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical », in *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, Colloques et débats, Lexis Nexis, 2011, pp. 167-190

⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1991, pourvoi n° 89-18617. – Bull. civ. I, n° 213 ; *RTD civ.* 1991, p. 753, note JOURDAIN Patrice ; *D.* 1991, 566, note LE TOURNEAU Philippe ; *D.* 1992, II, 21784, note BARBIERI Jean-François.

⁷⁵ C. santé publ., art. L. 2212-8. – V. C. Labrusse-Riou et F. Bellivier, *Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé : RID comp.* 2002, p. 579 et s. – D. Roman, *Le respect de la volonté du malade, une obligation limitée ? : RD sanit. soc.* 2005, n° 3, p. 423 et s.

⁷⁶ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, Rapport relatif à l'accès à l'IVG, rapport n°2013-1104-SAN-009, 7 novembre 2013.

⁷⁷ DUMORTIER Thomas, « Le droit de l'AMP à l'épreuve du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 127 et s.

L'encadrement juridique de la procréation médicalement assistée a pris le contrepied de la loi Veil de 1975. Il ne s'agit pas tant, en effet, de consacrer un droit des femmes, qu'un droit des couples : l'AMP est en effet ouverte aux couples composés d'un homme et d'une femme « vivants, en âge de procréer » et a pour finalité de « remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité », étant précisé que « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué »⁷⁸. Conséquemment, l'encadrement juridique de l'AMP et du don de gamètes peuvent être qualifiés de genderblind: au premier abord, les règles de droit relatives à l'AMP et au don de gamètes – du moins celles qui ont trait à son régime juridique, caractérisé par l'anonymat, la gratuité et le consentement – sont indifférentes dans l'ensemble⁷⁹ à la différence de sexe des membres du couple. Cependant, la neutralité apparente du droit vis-à-vis du sexe/genre ne manque pas d'interpeller l'observateur, pour deux raisons principalement : d'abord, parce que les hommes et les femmes ne se trouvent pas globalement dans la même situation face aux risques d'infertilité, la ménopause n'ayant pas son équivalent chez l'homme ; ensuite, parce que les techniques d'AMP, la ponction ovocytaire en cas de FIV et de don d'ovocyte notamment, mettent bien davantage à l'épreuve le corps des femmes que celui des hommes. Sans doute le législateur a-t-il progressivement introduit des dispositions relatives à la prise en charge spécifique des donneuses d'ovocytes, mais sans remettre en cause le régime commun applicable aux dons de gamètes. Ce faisant, la neutralité du droit ne tient pas compte de la différence de situation entre les membres du couple pratiquant une AMP, ou entre les donneurs de gamètes selon qu'il s'agit de sperme ou d'ovocytes ; pourtant, dans les deux cas, l'investissement du corps des femmes est sans équivalent avec celui des hommes. Par ailleurs, alors que les techniques médicales pourraient offrir aux femmes un moyen de remédier aux inégalités naturelles entre hommes et femmes à l'égard de la reproduction, tout particulièrement au regard de l'âge, voire offrir aux individus en général (célibataires, homosexuels) un moyen de se s'affranchir des standards de la procréation naturelle, elles font l'objet d'une réglementation qui perpétue ces inégalités, le législateur s'étant efforcé avant tout de « copier au plus près le mode « naturel » de reproduction »⁸⁰. Au fond, l'importance accordée à la différence de sexe au sein du couple parental renvoie de ce point de vue à une différence de genre, à la complémentarité supposée d'un père et d'une mère. Par ailleurs, les limites naturelles qui affectent notamment les capacités reproductives des femmes au fil des années constituent selon le corps médical un élément de différenciation « évident » entre hommes et femmes pour restreindre l'accès de ces dernières à l'AMP. De ce fait, sous couvert d'une disposition formellement neutre (« être en âge de procréer »), le

⁷⁸ Article L. 2141-2 du Code de santé publique (CSP).

⁷⁹ A quelques exceptions près cependant s'agissant du don d'ovocytes : la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a en effet introduit deux nouveaux articles : l'article L. 1244-1-1 (« Les médecins gynécologues informent régulièrement leurs patientes sur le don d'ovocytes »), l'article L. 1244-5 (« La donneuse bénéficie d'une autorisation d'absence de son employeur pour se rendre aux examens et se soumettre aux interventions nécessaires à la stimulation ovarienne et au prélèvement ovocytaire »). L'article L. 1244-7 (« La donneuse d'ovocytes doit être particulièrement informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire »), quant à lui, a été introduit par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁸⁰ BIOY Xavier, « Les crimes contre l'espèce humaine, Ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel », in *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, S. HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), LGDJ, 2006, p. 107.

législateur s'en remet à une appréciation genrée de cette condition par le corps médical, dans la mesure où l'argument biologique n'est en réalité pas déterminant à lui seul. D'un autre côté, alors que la technique de la vitrification des ovocytes pourrait permettre aux femmes de remédier à la précarité naturelle de leur fonction ovarienne, le législateur n'autorise pas l'autoconservation des ovocytes sauf lorsque la femme procède à un don⁸¹. Sont ainsi maintenus des obstacles destinés à entraver tout ce qui pourrait s'apparenter à un projet personnel, à un désir d'enfant différé, de la part d'une femme. Ces barrières opposées à la libre disposition par les femmes de leurs ovocytes se fondent sur l'idée que l'AMP, de manière générale, ne doit pas répondre à des besoins de « convenance » personnelle⁸². Elles s'inscrivent d'ailleurs plus globalement dans une histoire marquée par la réticence vis-à-vis de la maîtrise de leur corps par les femmes. Les oppositions à la légalisation de la contraception et de l'avortement soulevaient en effet cette même crainte⁸³.

Car se sont bien les corps des femmes qui sont principalement concernés par le droit de la reproduction. En France, depuis la III^e République, la maternité est davantage conçue comme une fonction sociale que comme un choix purement privé. A ce titre, la maternité est un lieu privilégié d'articulation de politiques de santé publique et d'action sociale, dont le service de la protection maternelle et infantile est le vecteur privilégié⁸⁴. Les règles juridiques encadrant l'intervention médico-sociale en faveur de la maternité sont marquées par une césure temporelle nette : celle de l'accouchement et de la naissance de l'enfant. D'abord médicales durant la grossesse et l'accouchement, les politiques publiques de soutien à la maternité se font principalement sociales à compter de la naissance, l'attention des politiques de santé publique se déplaçant alors de la femme enceinte à l'enfant en bas-âge. Ceci explique que les dispositifs de droit médical relatifs au suivi de la grossesse instaurés par le Code de la santé publique soient principalement pensés comme ayant pour destinataires les femmes enceintes : l'encadrement juridique du suivi de la grossesse, qui détermine les consultations et actes médicaux dont bénéficient les femmes enceintes, s'adresse spécifiquement aux femmes et non au couple : sont alors visées « les femmes enceintes »⁸⁵, « la femme enceinte »⁸⁶, « la femme »⁸⁷, ou « la future mère »⁸⁸. L'accouchement marque une rupture dans les dispositifs d'action publique : une fois la grossesse achevée, les politiques de santé publique – et l'application de dispositions de droit médical – à destination spécifiquement des femmes s'effacent (hormis la visite médicale

⁸¹ Art. L. 1244-2 CSP

⁸² MURAT Pierre, CIMAR Laurence, « Assistance médicale à la procréation – Accès », « AMP – Accès », *Juriscas. Civil*, art.16 à 16-14, n° 36.

⁸³ Voir not. GAUTHIER Xavière, *Naissance d'une liberté. Contraception, avortement : le grand combat des femmes au XX^e siècle*, Robert Laffont, 2002.

⁸⁴ ROMAN Diane, « Les mères vulnérables ? Le suivi médico-social de la maternité », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 143 et s.

⁸⁵ CSP, art. L2112-2 (Organisation des consultations et des actions de prévention médico-sociale).

⁸⁶ CSP, art. L2122-1 (Examen de prévention durant la grossesse) ; art. L2122-2 (remise du carnet de grossesse) ; CSP, Art. L2131-1 (remise du carnet de grossesse) ; CSP, Art. L2131-1 (diagnostic prénatal) ; CSP, Art. L2211-1 et s. (IVG).

⁸⁷ CSP, art. L2211-1 (IVG) ; CSP, Art. L2213-1 (IMG).

⁸⁸ CSP, art. L2122-2 (Carnet de grossesse) ; CSP, art. L2122-3 (examens médicaux du futur père).

obligatoire *post partum*). Les politiques de santé publique se ré-agencent autour de l'enfant, qui bénéficie, durant ses premières années de vie, d'un suivi médical renforcé (suivi médical obligatoire, veille de la PMI, rôle du médecin scolaire, etc). Les politiques de santé publique à destination des femmes enceintes se muent alors en politiques d'action sociale en direction des parents. *Prima facie*, une neutralité des règles encadrant juridiquement l'action sociale semble s'exprimer, qui visent « les parents », « les familles » ou « les titulaires de l'autorité parentale ». Pourtant, derrière l'apparente indifférence du droit à l'égard du genre des titulaires de l'autorité parentale, une construction sexo-spécifique domine, faisant des soins aux nouveau-nés une vocation spécifiquement féminine : ainsi, parmi les missions de la PMI entrent « des actions d'accompagnement psychologique et social des *femmes enceintes et des jeunes mères de famille, particulièrement les plus démunies* »⁸⁹. Mais surtout l'apparente neutralité des règles est dominée par une figure surplombante : qu'il s'agisse de dispositifs à vocation médicale ou d'action sociale, qu'ils portent sur la période de la grossesse ou celle des premières années de vie de l'enfant, l'encadrement juridique de la maternité cristallise certains rapports de pouvoir fondés sur le genre, d'où émerge l'idée d'une vulnérabilité des femmes enceintes et jeunes mères. Ainsi, même si les services de la PMI sont théoriquement ouverts à tous, les textes insistent sur certains destinataires : ainsi, l'article L 2112-2 CSP évoque les femmes enceintes et les enfants *requérant une attention particulière*⁹⁰. Plus spécifiquement, l'article R 2112-1 CSP affirme que les actions de la PMI s'effectuent selon une répartition géographique « déterminée en fonction des besoins sanitaires et sociaux de la population, en tenant compte prioritairement des spécificités socio-démographiques du département et en particulier de *l'existence de populations vulnérables et de quartiers défavorisés* »⁹¹. Symptomatiques de la fracture sociale, les missions de la PMI se sont ainsi progressivement réagencées autour de la notion de vulnérabilité de certaines populations.. Or, l'essor de la notion de vulnérabilité maternelle, désormais centrale dans les dispositifs de soutien à la maternité, interroge à la fois les modalités et les finalités de l'action médico-sociale conduite par les services de PMI : d'abord car, pendant la grossesse, les dispositifs médicaux peinent à reconnaître un droit des femmes à disposer de leur corps en faisant de l'encadrement médical de la grossesse une question de santé publique : les textes et la pratique ne reconnaissent pas un droit des femmes à choisir les modalités de leur accouchement. Ensuite car le soutien à la vulnérabilité maternelle n'est pas sans conséquences juridiques : la vulnérabilité résultant de la grossesse imposerait ainsi non seulement une protection de la femme enceinte contre les risques sociaux ou contre autrui⁹², mais aussi parfois contre elle-même : se retrouve ici consacrée l'idée que la grossesse est une situation de bouleversement physiologique, hormonal, psychologique mais aussi social de grande ampleur qui peut placer une femme dans une situation de fragilité et l'amener à prendre des décisions qu'elle pourrait regretter. Il conviendrait ainsi de la protéger⁹³, en restreignant son autonomie décisionnelle au cours de la grossesse et de

⁸⁹ CSP, art. L2111-1, nous soulignons.

⁹⁰ CSP, art. L2112-2 4°.

⁹¹ Souligné par nous.

⁹² GATÉ Juliette et ROMAN Diane, « Droits des femmes et vulnérabilité, une relation ambivalente », in Paillet Elisabeth (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruylant, 2014, 2014, pp. 219-243.

⁹³ Ce dont témoigne l'émergence du 'women protective argument' dans le débat constitutionnel américain de l'avortement : Cour suprême, États Unis, *Gonzales v. Carhart*, 550 US 124 (2007) spé. 159 ; pour des analyses, v. Reva B. Siegel, « The new politics of abortion: an equality analysis of woman-protective abortion

l'accouchement, et en la plaçant sous une surveillance sociale d'autant plus insidieuse qu'elle est bien-intentionnée.

Entre fonction sociale et choix privé, la maternité ainsi fait l'objet de dispositions parfois ambiguës et contradictoires : un dernier exemple en est offert par l'encadrement juridique de l'allaitement⁹⁴. Alors que la soft law existant en la matière incite fortement les femmes à le privilégier, dans une perspective de santé publique, les textes présentant une valeur normative plus importante ne cherchent paradoxalement pas à le faciliter, s'agissant notamment de sa conciliation avec la reprise d'une activité professionnelle. Les recommandations au sujet de l'allaitement maternel se veulent en effet prescriptives : sous l'influence du droit international et européen, depuis la fin des années 1990, une véritable politique publique d'incitation à l'allaitement a été mise en place en France. Même si, en la matière, le droit est faiblement contraignant, il n'est pas sans impliquer un certain ordre moral. La configuration du carnet de santé en témoigne⁹⁵ : le fait que les recommandations s'adressent essentiellement à la mère peut surprendre. Indiquer, dans le carnet de santé, « votre lait » et non « le lait maternel » n'est pas anodin : cette formulation véhicule en effet le stéréotype selon lequel les soins prodigués aux enfants sont essentiellement du ressort de la mère... Associé à la pression sociale en faveur de l'allaitement maternel, l'incitation véhiculée par les politiques de santé publiques mettent ainsi délibérément l'accent sur la santé de l'enfant, plus que sur la liberté des femmes de ne pas allaiter. Or, l'option de l'allaitement maternel ne saurait être étudiée en totale déconnexion avec les règles sociologiques de répartition du travail. Symboliquement, elle renforcerait un stéréotype : durant les premières années de vie des enfants, la femme serait préposée au travail domestique, quand l'homme serait voué au travail économique. En pratique, la poursuite de l'allaitement au-delà du congé maternité pose souvent un très grand nombre de difficultés, qui tendent à laisser penser qu'allaitement et exercice d'une activité professionnelle seraient sinon incompatibles du moins très difficilement conciliables. En principe, depuis près d'un siècle, le droit du travail prévoit que « pendant une année à compter du jour de la naissance, la salariée allaitant son enfant dispose à cet effet d'une heure par jour durant les heures de travail » (article L. 1225-30 C. du travail) et, sous certaines conditions, qu'un local aménagé voire une chambre d'allaitement soit prévu. Mais ces dispositions, dont le respect se heurte à des difficultés pratiques, dépendent du bon vouloir de l'employeur et sont en grande partie désuètes. Par ailleurs, les pauses d'allaitement ne sont pas rémunérées, contrairement au choix faits par d'autres systèmes juridiques nationaux. L'exemple de l'allaitement sur le lieu de travail présente un intérêt supplémentaire : il montre à l'évidence que les règles de droit portent également sur les corps productifs.

restrictions », 2007, *U. Ill. L. Rev.* 991 (2007); « The Rights reasons: constitutional conflict and the spread of woman protective antiabortion argument », 57 *DUKE L. J* 1641 (2008).

⁹⁴ FERCOT Céline et BUI-XUAN Olivia, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de l'allaitement », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 163 et s.

⁹⁵ Cerfa. V. arrêté du 5 décembre 2005 relatif à la forme et au mode d'utilisation du carnet de santé

C. CORPS PRODUCTIFS

De longue date, le droit du travail s'est avéré propice à une analyse genrée. Le champ fut même pionnier en la matière, et donna lieu à de nombreux écrits sur l'égalité des salariées et des salariés. « A travail égal, salaire égal » : l'affirmation est ancienne, même si elle peine à être vérifiée, comme le soulignent amplement jurisprudence et recherches institutionnelles ou académiques⁹⁶.

C'est une approche différente qui est tentée ici, visant à effectuer une lecture du Code du travail au prisme du genre⁹⁷. Le Code du travail comporte de nombreuses dispositions sexo-spécifiques et offre ainsi un terrain d'observation privilégié pour saisir les ressorts d'une écriture juridique genrée : à la lecture des dispositions du code du travail, on rencontre des termes et des expressions divers, notamment : le ou les « salarié(s) », la ou les « salariée(s) », « les salariés des deux sexes », la ou les « femme(s) », la « femme candidate à un emploi », les « hommes », le « travailleur masculin », le « travailleur féminin », la « femme » ou la « salariée » « enceinte », en « état de grossesse », « ayant accouché », « allaitante », « allaitant » ou « en congé de maternité », le « père », la « mère », les « filles », les « garçons ». D'autres désignations implicitement ou explicitement sexuées sont également employées, notamment les termes « sexe », « sexuel », « maternité », « paternité », « grossesse », « accouchement », « allaitement », et les expressions « rôle féminin », « rôle masculin », « modèle masculin », « modèle féminin ». Or, la manière dont la différenciation entre le masculin et le féminin est conçue dans le Code du travail est en elle-même riche d'enseignements. La référence au sexe du sujet de droit (la travailleuse ou le travailleur, la salariée ou le salarié) révèle – ou construit – les stéréotypes de genre qui s'appliquent aux femmes et aux hommes au travail. Plus précisément, cinq stéréotypes de genre peuvent être observés : le premier d'entr eux associe les femmes à leur corps, auquel il est assigné une vulnérabilité physique. Ce stéréotype est depuis longtemps véhiculé par le code du travail. La législation industrielle s'est d'abord incarnée dans plusieurs lois⁹⁸ visant à réglementer les conditions de travail des enfants et des femmes, auxquelles était ainsi associée une vulnérabilité physique justifiant des limitations spécifiques de leur temps de travail (durée, aménagement) ou l'interdiction de leur emploi pour certaines activités. Ce stéréotype est en net repli depuis la recodification de 2008. Le deuxième stéréotype assigné au féminin est la maternité, comme condition ou état biologique, ou comme lien biologique. Il permet de mettre en exergue des droits reconnus aux femmes pour garantir leur accès à l'emploi ou le maintien de leur lien d'emploi au regard de la maternité (embauche, congé maternité, rupture du contrat...). Le troisième stéréotype porte sur les liens familiaux des salariés : certes, lorsqu'il est fait référence à la situation familiale du salarié, le code du travail

⁹⁶ v. par ex., GRESY Brigitte, Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, IGAS, La Documentation française 2009, MARUANI Margaret, Travail et genre dans le monde. L'état des savoirs (dir.), Paris, La Découverte, 2013.

⁹⁷ CAMAJI Laure, ODOUL ASOREY Isabelle, PORTA Jérôme, « Travailleuse, travailleur : une lecture du code du travail au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, La loi et le genre, CNRS éditions, 2014, p. 185 et s.

⁹⁸ Notamment. la loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie (Bulletin de l'Assemblée nationale, XII, B. CCIV, n°3094) ; la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels.

privilégie le recours à des termes *genderblind*. Cependant, d'autres dispositions du code du travail intéressant la situation familiale introduisent une distinction formelle du féminin et du masculin, auxquels elles rattachent des droits spécifiques. Il en va ainsi des dispositions relatives au « congé de maternité » et au « congé de paternité », dont les bénéficiaires sont appréhendés de manière sexuée et dissymétrique. Un quatrième stéréotype associe l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe à une apparence physique. Il s'observe dans les dispositions du code du travail qui permettent à l'employeur de prendre en compte le sexe des candidats à l'embauche, en fonction de l'apparence physique socialement attribuée à chacun des sexes (R.1142-1 C. Trav). Enfin, le cinquième stéréotype mis en œuvre par le code du travail assigne certaines situations professionnelles au féminin et au masculin. L'emploi de l'expression « femmes et hommes » est devenu caractéristique d'une telle conception du genre. Sous l'inspiration de directives européennes, cette expression est systématiquement utilisée par les dispositions du code du travail relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Le genre féminin est alors implicitement associé à des inégalités de fait opérant à son détriment, compte tenu des rapports sociaux entre les femmes et les hommes.

À la diversité des stéréotypes de genre convoqués par la norme, correspondent autant de programmes et de politiques juridiques hétérogènes, relatifs à la protection, l'égalité et la vie familiale. La fonction de protection, d'abord, est probablement celle dont les racines sont les plus anciennes. Elle puise aux origines du droit du travail, en ces temps où celui-ci n'était encore désigné que comme la « législation industrielle ». Si cette fonction du droit du travail demeure aujourd'hui, elle a été très profondément remaniée sous l'influence des exigences d'égalité entre les femmes et les hommes. Le programme de l'égalité professionnelle, ensuite, implique également une référence au caractère sexué du sujet du droit du travail. Toutefois, cette référence au sexe a largement servi une neutralisation ou une bilatéralisation des énoncés sexués. Elle a impliqué la suppression des législations différenciant les hommes et les femmes de manière inégalitaire. Enfin, la vie familiale est le troisième objet visé par les énoncés sexués du code du travail. Tout comme la vulnérabilité, ce programme a connu de profonds bouleversements. Il demeure le lieu d'une tension entre deux logiques, celle de la promotion d'un modèle familial et celle de son refoulement au nom de la liberté familiale.

Car si le droit du travail se veut protecteur, les règles aménageant cette protection ne sont parfaitement linéaires. C'est ce que démontrent les dispositifs relatifs au harcèlement sexuel au travail⁹⁹. La simple évocation du harcèlement sexuel au travail véhicule des images caricaturales. En droit français, le harcèlement sexuel au travail n'a pas toujours suscité une réflexion approfondie en termes de rapports sociaux de sexe et de genre comme le reflètent l'évolution des normes et leur interprétation. La genèse de la notion aux Etats-Unis a été pourtant rattachée aux rapports sociaux de sexe¹⁰⁰, d'où la spécificité du contexte

⁹⁹ MERCAT-BRUNS Marie, « Harcèlement sexuel au travail : entre rupture et continuité », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 201 et s.

¹⁰⁰ V. aux Etats-Unis, l'extension de la notion de discrimination fondée sur le sexe au harcèlement créant un environnement hostile, *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986)

français. Certains écrits étrangers de référence¹⁰¹ sur la question ont tenté d'expliquer le harcèlement sexuel, moins comme une manifestation de la sexualité au travail qu'une des manifestations de la discrimination fondée sur le sexe¹⁰². Depuis, d'autres auteurs étrangers rendent compte, au contraire, de la nécessité de construire un droit du harcèlement sexuel dépassant les rapports sociaux de sexe ou de genre que peut cristalliser l'idée de lutter contre les discriminations fondée sur le sexe : il s'agirait de préserver ainsi, dans l'application de la loi, la liberté sexuelle des individus, nécessaire à la construction des identités, notamment au travail¹⁰³. Dans l'Hexagone, les incertitudes sur la qualification de harcèlement sexuel au travail sont nées de la prééminence du débat relatif au harcèlement moral¹⁰⁴, dénué à la fois d'une dimension sexuelle¹⁰⁵ et sexospécifique : c'est *a priori* le travailleur, ni la femme, ni l'homme, qui subit un abus de droit, une atteinte à sa dignité en tant que personne, quel que soit son sexe. A présent, sous l'influence européenne, plus proche d'une définition américaine initiale qui prend en compte la dimension sexiste, la définition du harcèlement sexuel dans le Code du travail semble incorporer deux composantes principales. En premier lieu, elle renvoie implicitement aux conséquences discriminatoires du harcèlement sexuel qui sont *genderblind* et renvoie explicitement aux comportements sexistes répétés souvent décrits par les pouvoirs publics¹⁰⁶ comme sexospécifiques. En deuxième lieu, elle assimile le harcèlement sexuel à la sexualité contrainte non répétée. Selon l'article L 1153-1 du Code du travail, « aucun salarié ne doit subir des faits: soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante; soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ». Or, l'évolution du code du travail, et l'intérêt porté aux conséquences du harcèlement sexuel, à travers la notion de « situation intimidante, offensante et humiliante » imposée au / à la salarié-e harcelé-e, pose différentes questions : prend-elle en compte l'environnement hostile créé et certains préjudices collectifs sexo-spécifiques, affectant les salarié-e-s, contraint-e-s à demeurer dans certains métiers ? Dans le cas contraire, sous couvert de la prévention du harcèlement sexuel, le risque est d'inciter l'employeur à mettre en place des normes de conduite *genderblind* relatives à la sexualité au travail sans forcément amoindrir les discriminations systémiques liées au sexe.

¹⁰¹ MCKINNON Catherine, *Sexual harassment of working women: a case of sex discrimination* Yale University Press 1979

¹⁰² SIEGEL Reva, « A short history of sexual harassment » in MACKINNON Catherine, SIEGEL Reva, *Directions in sexual harassment law* 2004 YUP, p. 11

¹⁰³ V. les travaux infra IIème partie: HALLEY Janet, « Sexuality Harassment » in *Directions in sexual harassment law*, op. cit., p. 198

¹⁰⁴ Sur l'importance du harcèlement moral V. MINÉ Michel, « Harcèlement » in BEVORT Antoine, JOBERT Annette, LALLEMENT Michel, MIAS Arnaud (dir.) *Dictionnaire du travail*, PUF 2012, p. 361

¹⁰⁵ ADAM Patrice, « Harcèlement sexuel », *Répertoire Travail* Dalloz, Mise à jour 2013

¹⁰⁶ Circulaire Ministre de la Justice, Crim n°2012-15 du 7 août 2012

D. VIOLENCES ET PREJUDICES

La question des violences sexuelles est devenue centrale dans l'analyse féministe du droit¹⁰⁷. Et elle interpelle toute réflexion sur le lien entre genre et droit, pénal notamment. Les violences sexuelles masculines à l'encontre des femmes sont une réalité ancienne et massive. Ainsi, par exemple, en France, en 2006, 16 femmes¹⁰⁸ sur 100¹⁰⁹ ont été victimes de « rapports sexuels forcés » ou de tentative de « rapports sexuels forcés ». Si l'on rapporte ce chiffre à celui de la population féminine, ce sont donc environ 3 533 280 femmes qui ont été violées ou confrontées à une tentative de viol au cours de leur vie. Pour autant, leur prise en compte par le droit pénal et les institutions judiciaires donne lieu à un constat sans équivoque : elles sont le plus souvent l'objet de disqualifications¹¹⁰ : là encore, les chiffres sont explicites : en 2011, 861 condamnations¹¹¹ pour viols ont été prononcées. Si l'on considère qu'un délai supérieur à 5 ans¹¹² s'écoule entre le signalement de l'infraction et le jugement d'un crime de viol et qu'en 2006, 4 443 plaintes pour viol ont été déposées, cela donne un taux de condamnation d'environ 19, 3%. Rapporté au nombre de viols déclarés sur une année, cela signifie que seuls 0, 4% des auteurs de viols sont condamnés. Ces chiffres mettent en évidence un taux d'attrition très élevé. Parmi les multiples explications avancées pour justifier cette déperdition, la question de la qualification pénale des faits, tant légale que judiciaire, est centrale : pour que les faits dénoncés puissent être objets de plainte puis, éventuellement, de procédure judiciaire, ils doivent être qualifiables en droit pénal. De la qualification pénale retenue découle la désignation de la juridiction compétente et un régime procédural particulier. Or, les dispositions de droit pénal spécial relatives aux infractions sexuelles constituent un premier frein à la qualification, à la reconnaissance de l'atteinte à une personne : en effet, le viol et les agressions sexuelles ne sont répréhensibles que si elles sont commises « par violence, contrainte, menace¹¹³ ou surprise ». La définition renvoie ainsi à plusieurs stéréotypes de genre : celui selon lequel la sexualité féminine serait marquée par une présomption de disponibilité sexuelle, qui ne peut être renversée que par la « résistance » de la victime et le déclenchement, par l'auteur, le recours aux « violence, contrainte, menace ou surprise » pour imposer une activité sexuelle refusée ; ou encore celui selon lequel la parole des femmes est suspecte. La preuve de leur seul refus est insuffisante pour constituer l'infraction et leur récit doit être objectivé par des éléments vérifiables pour s'assurer de l'existence du refus et de sa valeur.

¹⁰⁷ v., par ex., Archives de politique criminelle, « Les violences sexuelles », n° 34, 2012/1

¹⁰⁸ Ne seront traitées ici que des violences sexuelles commises à l'encontre de femmes majeures.

¹⁰⁹ Selon l'enquête « Contexte de la Sexualité en France » de 2006. Source : Les violences sexuelles en France : quand la parole se libère, *Population et sociétés*, n°445, mai 2008. Lisible en ligne : http://www.ined.fr/fichier/t_publication/1359/publi_pdf1_pop_soc445.pdf Page consultée le 8 octobre 2013.

¹¹⁰ LE MAGUERESSE Catherine, « La (dis)-qualification pénale des violences sexuelles commises par des hommes à l'encontre des femmes », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 223 et s.

¹¹¹ Le chiffre global est de 1252 condamnations auquel sont soustraites 391 condamnations prononcées contre des auteurs de viol sur des enfants mineurs de moins de 15 ans. Les viols commis sur des enfants mineurs de 15 à 18 ans sont comptabilisés dans les 861 condamnations.

¹¹² LE GOAZIOU Véronique, *Le viol, aspects sociologiques d'un crime*, La documentation Française, 2011, p. 180.

¹¹³ Le terme de « menace » a été ajouté en 1992 lors de la réforme du Code pénal.

Après ce premier écueil, la personne victime doit en surmonter un autre. L'institution judiciaire est en effet un obstacle supplémentaire à cette reconnaissance lorsqu'elle n'imprime pas une qualification exacte à des faits qui satisfont pourtant aux exigences légales et réunissent les éléments constitutifs d'une infraction. Ainsi par exemple, une « main aux fesses », pénalement qualifiable d'agression sexuelle, sera-t-elle disqualifiée en harcèlement sexuel ; une pénétration forcée requalifiée en agression. Ce traitement judiciaire des violences sexuelles les disqualifiant est banal. Pour autant, ces disqualifications sont le plus souvent absoutes par la Cour de cassation notamment au nom de la théorie de la peine justifiée¹¹⁴. Un arrêt du 15 juin 2000¹¹⁵ l'illustre. La Cour refuse de censurer une disqualification d'agression sexuelle en harcèlement sexuel et déclare que : « *Si c'est à tort que la Cour d'appel a estimé que les faits dont elle a reconnu le prévenu coupable ne constituaient pas des agressions sexuelles (...) mais seulement le délit de harcèlement sexuel (...), l'erreur de qualification ainsi commise ne saurait entraîner la censure de l'arrêt, dès lors que la peine prononcée entre dans les prévisions des deux textes de répression* ». La lecture de l'arrêt apprend que l'auteur obtenait des victimes « *et à plusieurs reprises, des faveurs sexuelles [sic] allant d'attouchements sexuels et fellations jusqu'à des relations sexuelles complètes.* » La qualification de viol a donc été initialement écartée, celle pour agression sexuelle retenue en première instance infirmée en appel au profit de la qualification de harcèlement sexuel, sans que la Cour de cassation ne juge opportun d'intervenir et alors même que l'arrêt de la Cour d'appel faisait explicitement état de multiples viols¹¹⁶. Le droit pénal, androcentré, dénie aux femmes la possibilité de définir les frontières de leur intégrité, et la disqualification légale de leur parole génère ou facilite les disqualifications judiciaires. Dès lors, il est urgent de re-conceptualiser les infractions relatives aux violences sexuelles afin que les victimes puissent les dénoncer et compter sur un droit exempt de préjugés.

L'analyse tirée de vingt ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel donne lieu à un constat identique¹¹⁷. L'analyse critique de la jurisprudence rendue par les juridictions répressives en matière de harcèlement sexuel, entre l'incrimination de l'infraction par le Code pénal de 1994 et son abrogation temporaire par la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012¹¹⁸, permet de contrer un certain nombre de lieux communs véhiculés par une opinion dominante. La décision du 4 mai 2012 du Conseil

¹¹⁴ Bertrand de Lamy, La théorie de la peine justifiée, *Revue de sciences criminelles*, 2011, p. 185.

¹¹⁵ Crim. 15 juin 2000, *Bull. crim.* n° 227.

¹¹⁶ V., pour un autre ex. de disqualification, ici condamné par la Cour : Crim. 28 mai 2013. N° de pourvoi : 12-83843. Non publié au bulletin : prévenu renvoyé devant le tribunal correctionnel pour harcèlement moral alors que l'acte de saisine du tribunal relevait les agissements suivants « *en l'espèce en lui passant la main sur les fesses, en lui faisant des pincettes, en la serrant très fort dans ses bras, en l'enveloppant dans un film plastique, en lui portant des coups sans gravité et en lui lançant des élastiques et objets divers.* » La plaignante avait quant à elle, déposé plainte pour harcèlement sexuel et agression sexuelle. Il fut relaxé, ce qui fut confirmé en appel.

¹¹⁷ SAAS Claire, « 20 ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel – Réflexions sur le corps et la liberté sexuelle des femmes saisis par le droit pénal », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, La loi et le genre, CNRS éditions, 2014, p. 241 et s.

¹¹⁸ Déc. 2012-240 QPC, D. 2012.1372, note DETRAZ Stéphane ; *ibid.* 1177, édito ROME Félix ; ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel, « Valmont doit-il aller en prison ? », D. 2012.1344 ; *ibid.* 1392, entretien RADE Christophe ; CERF-HOLLENDER Agnès, « Imprécis et imprévisible délit de harcèlement sexuel », *Rev. sc. crim.* 2012. 380 ; MAYAUD Yves, « Le délit de harcèlement sexuel : histoire d'une abrogation fatale ! », *Rev. sc. crim.* 2012.371 ; *Dr. soc.* 2012.714, note LAPEROU-SCHNEIDER Béatrice ; *ibid.* 720, chron. SALOMON Renaud et MARTINEL Agnès ; GUERIN Didier, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *Dr. pén.* 2012, étude 12 ; LEPAGE Agathe, « À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal », *JCP G* 2012.1094.

constitutionnel a singulièrement vivifié les discussions portant sur l'incrimination de harcèlement sexuel. Aux voix indignées s'opposent celles des juristes puristes : le harcèlement n'étant pas défini en des termes suffisamment clairs et précis, il serait contraire au principe de légalité des délits et des peines, principe à valeur constitutionnelle. Par la suite, peu de voix se sont faites entendre, de manière audible tout au moins, pour remettre en cause le principe même du recours au droit pénal pour réguler les rapports interpersonnels, qu'ils soient sociaux, professionnels ou familiaux. L'intervention du système judiciaire pénal emporte des effets considérables, autorisant le recours aux instruments de coercition de la procédure pénale et de surveillance du droit pénal, produisant de la stigmatisation et une exclusion de la communauté. Ce qui apparaît de plus en plus comme une évidence pour toute une série de domaines – mobiliser l'instrument pénal, mais dans le respect des principes fondamentaux qui le sous-tendent – peut néanmoins, et devrait certainement être d'emblée questionné. La réponse pénale est-elle à même d'initier, d'imposer, de produire une évolution sociétale de fond quant à la place des femmes dans la société ? La relégation des femmes a été maintes fois dénoncée par un certain nombre d'intellectuels, en ce qu'elle aurait pour objet et pour effet de mettre le corps des femmes à disposition, si ce n'est matériellement, au moins psychologiquement. Cette main mise peut être considérée, selon Colette Guillaumin¹¹⁹, comme générale, en ce qu'elle serait réalisée par l'ensemble des hommes avant mariage¹²⁰ ou à un homme, après mariage, lorsque le corps de la femme est utilisé pour assumer les tâches du « *primary care-giver* » auprès des enfants, ou des personnes âgées, mais aussi pour assurer la satisfaction sexuelle de son époux, ainsi que la perpétuation de l'espèce. Sans avancer que le droit pénal soit l'outil idoine pour renverser une certaine conception de la disponibilité du corps des femmes, on constate qu'il existe des incriminations pénales, censées permettre de saisir ce type de comportements : atteintes à la liberté sexuelle¹²¹, à l'intégrité physique et psychologique, atteintes à la vie. Mais alors que le harcèlement sexuel est un phénomène assez largement documenté, fréquemment évoqué dans les médias, objet de travaux de recherche, thème d'articles pour la doctrine pénaliste¹²², le droit pénal, et avec lui les acteurs judiciaires, peinent à s'en emparer. En témoigne le peu de condamnations prononcées en la matière. L'annuaire statistique de la justice recense une cinquantaine de décisions de condamnation par an, au cours des dernières années. C'est un nombre minime au regard de l'ensemble du contentieux délictuel. Entre l'analyse légaliste des textes, qui va dans le sens d'une amélioration de la protection de la liberté sexuelle des plaignants, et l'analyse des pratiques judiciaires, l'écart se creuse. De l'entrée dans le code pénal de l'infraction de harcèlement sexuel en 1994 à l'abrogation, temporaire, de ce délit par la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012, à peine une vingtaine d'années se sont écoulées,

¹¹⁹ GUILLAUMIN Colette, *Sexe, Race et Pratique du pouvoir – L'idée de Nature*, INDIGO et Côté-femmes éditions, Paris, 1992.

¹²⁰ MACKINNON Catherine, *Sexual Harassment of Working Women – A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979.

¹²¹ Il faut rappeler que la sphère des rapports sexuels des époux entre eux fait l'objet d'une attention singulière du droit pénal.

¹²² Auxquels s'ajoutent l'analyse de la jurisprudence sociale : v. sur ce point, supra : MERCAT-BRUNS Marie, « Harcèlement sexuel au travail en France : entre rupture et continuité ». V. également ADAM Patrice, « Harcèlement sexuel », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz.

avec une succession de modifications de l'incrimination initiale¹²³. L'analyse d'un échantillon de décisions rendues durant cette période permet effectivement d'évaluer la façon dont les magistrats peuvent ou non relayer un certain nombre de stéréotypes¹²⁴. L'article 222-33 du code pénal tel qu'il a été appliqué avant son abrogation, est *prima facie* une règle *genderblind*, comme l'est la majeure partie des dispositions incriminant des infractions pénales qui ne distinguent pas en principe selon le sexe de l'auteur ou de la victime, exception faite de la vulnérabilité liée à une grossesse. Cette caractéristique de *genderblind* peut toutefois être contestée, car la mention de « *faveurs sexuelles* » renvoie nettement à une certaine conception des relations sexuelles et du positionnement de la femme dans la société. Pour apprécier si l'application du texte s'effectue de manière sexospécifique, la méthode d'analyse a été reprise, dans ses grandes lignes, d'une étude menée dans le cadre de l'action thématique programmée « Recherches sur les femmes et recherches féministes ». Cette étude¹²⁵ portait sur le dépouillement de nombreux dossiers de viols avant et après la réforme opérée par la loi du 23 décembre 1980. En retenant un certain nombre de critères tenant à la fois à la technique juridique et aux faits, les chercheurs mettent à jour un processus de déqualification des infractions commises, d'exigences non définies par la loi, de renversement de charge de la preuve, notamment lorsque l'absence de consentement est envisagée, de prise en considération d'éléments de fait en principe indifférents ou de stéréotypes selon lesquels les hommes auraient, sur un plan biologique, des pulsions sexuelles plus fortes et donc plus difficilement maîtrisables que celles des femmes. Dans ce même esprit, ont été retenus pour l'analyse de notre corpus une série de critères portant sur le choix de la qualification juridique retenue, le degré

¹²³ 1^{er} mars 1994-18 juin 1998 : Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

18 juin 1998-18 janvier 2002 : Le fait de harceler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F [lire 15 000 euros à compter du 1^{er} janvier] d'amende.

18 janvier 2002-4 mai 2012 : Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

8 août 2012 : I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis :

1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° Sur un mineur de quinze ans ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;

4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ;

5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice.

¹²⁴ Pour une analyse des résultats, v., à nouveau, SAAS Claire, « 20 ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel – Réflexions sur le corps et la liberté sexuelle des femmes saisis par le droit pénal », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 241 et s.

¹²⁵ BORDEAUX Michèle, HAZO Bernard, LORVELLEC Soizic, *Qualifié viol*, Ed. Médecine et Hygiène, Coll. Déviance et société, 1990, 232 p.

d'exigence pour caractériser les éléments constitutifs de l'infraction, l'exigence d'un dol spécial, la présentation des faits et des témoignages, l'appréciation du préjudice subi par la victime, la prise en considération des qualités ou de l'attitude de la partie lésée, le soutien de l'accusation publique, l'existence d'une information judiciaire préalable. Ce qui apparaît, lorsqu'on applique cette grille de lecture, c'est un certain nombre de mécanismes que l'on pourrait rapprocher d'une application sexo-spécifique d'une norme pseudo *genderblind* : la présentation édulcorée ou poétisée des faits, la fréquente minoration de la qualification juridique, la minoration du préjudice, l'appréciation exigeante des éléments constitutifs ou l'ajout de conditions non retenues par la loi, l'absence de soutien du représentant du ministère public, la prise en considération des qualités ou de l'attitude de la partie lésée... Ces éléments permettent d'affirmer que l'application de l'article 222-33 du CP apparaît, pour partie, sexo-spécifique, en ce qu'elle peut reposer sur des stéréotypes fondés sur une représentation de disponibilité du corps des femmes¹²⁶. Et il n'est pas certain que, malgré ses ambitions, la loi du 6 août 2012 permette de sortir de ces ornières.

Malgré ses ambitions réformistes, et l'objectif affiché de mieux prendre en compte et sanctionner les violences de genre, le droit pénal peut en effet s'avérer insuffisant, voire ambivalent. Un exemple en est donné en matière de violence domestique par l'étude de la circonstance aggravante des violences commises par les anciens conjoints ou concubins¹²⁷. À l'exception de l'infraction de harcèlement moral sur conjoint, la répression des violences commises au sein de la cellule familiale se construit surtout par l'application de circonstances aggravantes. Comme l'usage d'une arme ou la préméditation, certaines circonstances aggravantes permettent en effet d'aggraver les peines encourues lorsque des violences sont commises par un membre de la famille. Ainsi, les peines encourues pour les violences commises *sur* un ascendant (légitime, naturel ou adoptif), *par* un ascendant ou encore par une personne ayant autorité sur un mineur de quinze ans sont aggravées. Mais qu'en est-il lorsque les violences sont commises au sein du couple ? Plusieurs études ont relevé l'ampleur des violences commises par les conjoints ou concubins. Cette forme de délinquance touche près de deux millions de femmes en France, soit une femme de 18 à 59 ans sur dix¹²⁸. Ces violences tuent en moyenne une femme tous les deux jours et demi et les « meurtres commis par les partenaires ou ex-partenaires représentent (...) 50 % de l'ensemble des homicides de femmes en France »¹²⁹. Face à ce constat, le législateur a adopté diverses dispositions tendant à aggraver la répression. Le Code pénal de 1994 a tout d'abord innové en créant, pour certaines infractions, une circonstance aggravante

¹²⁶ Jean-Yves MARECHAL, *op. cit.*

¹²⁷ VIENNOT Camille, « L'ambivalence du droit pénal à l'égard des « ex » violents : étude de la circonstance aggravante des violences commises par les anciens conjoints ou concubins », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 261 et s.

¹²⁸ LABORDE Françoise, *Rapport d'information* n° 553 (2009-2010) fait au nom de la délégation aux droits des femmes du Sénat, déposé le 10 juin 2010, p. 18 : « Les violences conjugales (menaces, chantage, séquestration, rapports sexuels non consentis, coups et blessures, tentatives de meurtre) concerneraient une population de 2 millions de femmes en France (...). Le nombre de victimes de violences est stable dans l'ensemble des études réalisées depuis 20 ans. ».

¹²⁹ *Ibid.* : « En 2008, 184 personnes sont décédées victimes de leur partenaire ou ex-partenaire : 157 femmes (...) et 27 hommes (dont 11 étaient eux-mêmes violents). La violence conjugale tue en France une personne tous les 2 jours, dont une femme tous les 2 jours et demi ».

applicable lorsque les faits ont été commis par le conjoint ou le concubin de la victime¹³⁰. À cette période, les infractions suivantes sont aggravées : les tortures et actes de barbarie¹³¹, les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner¹³², les violences ayant entraîné une mutilation ou infirmité permanente¹³³ et les violences ayant entraîné une ITT de plus de huit jours¹³⁴. Par ailleurs, le nouveau Code pénal a également prévu que les violences sans ITT ou ayant entraîné une ITT inférieure ou égale à huit jours, habituellement contraventionnelles, deviennent des délits passibles de trois ans d'emprisonnement lorsqu'ils sont commis par un conjoint ou concubin¹³⁵. Plus d'une décennie après, les lois du 4 avril 2006 (intitulée « loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs »¹³⁶) puis du 9 juillet 2010 (« loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants »¹³⁷) ont réactivé le débat sur les violences commises au sein de la cellule familiale et, par voie de conséquence, sur le champ d'application de la circonstance aggravante. Une des dispositions phare de la loi de 2006 a consacré, non plus seulement des circonstances aggravantes spéciales pour certaines infractions, mais une circonstance aggravante au sein des dispositions générales du Code pénal, à l'article 132-80. Toutefois, cette disposition est surtout symbolique car, pour être applicable, la circonstance aggravante doit également être expressément prévue par la loi, pour chaque infraction. Autrement dit, bien que d'apparence générale, la circonstance aggravante ajoutée à l'article 132-80 n'a pas modifié les peines encourues pour toutes les infractions commises par les conjoints, concubins et partenaires de PACS¹³⁸. C'est pourquoi, le législateur a continué d'étendre, en parallèle, le champ d'application de la circonstance aggravante en la rendant applicable à de nouvelles infractions telles que le meurtre¹³⁹ et le viol¹⁴⁰ en 2006¹⁴¹ ou les menaces¹⁴² et agressions sexuelles¹⁴³ en 2010¹⁴⁴. Par

¹³⁰ ANGEVIN Henri, « Art. 132-71 à 132-80 - Fasc. 20 : Circonstances aggravantes définies par le code pénal », *Jurisclasser Pénal*, point 272 : cet auteur note, à partir de cette période, la volonté de « reconnaissance de la particulière gravité des violences dites conjugales » (selon une circulaire du Garde des sceaux du 14 mai 1993).

¹³¹ L'article 222-3 6° du Code pénal aggrave la peine encourue de 15 ans à 20 ans de réclusion criminelle.

¹³² L'article 222-8 6° du Code pénal aggrave la peine encourue de 15 ans à 20 ans de réclusion criminelle.

¹³³ L'article 222-10 6° du Code pénal aggrave la peine encourue de 10 ans d'emprisonnement à 15 ans de réclusion criminelle.

¹³⁴ L'article 222-12 6° du Code pénal aggrave la peine encourue de 3 ans à 5 ans d'emprisonnement.

¹³⁵ L'article 222-13 6° punit ces comportements de 3 ans d'emprisonnement et non plus d'une amende de 4^{ème} ou 5^{ème} classe.

¹³⁶ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

¹³⁷ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

¹³⁸ Les « partenaires de PACS » ont fait leur entrée dans le Code pénal avec la loi du 4 avril 2006. Cet ajout ne fera pas l'objet de développements particuliers dans la mesure où le partenaire de PACS pouvait auparavant être poursuivi en tant que concubin.

¹³⁹ Voir la création de l'alinéa 221-4 9° du Code pénal.

¹⁴⁰ Voir la création de l'alinéa 222-24 11° du Code pénal. Dans le même temps, la loi de 2006 reconnaît également le viol entre époux en consacrant une jurisprudence de 1990, mais en posant néanmoins une « présomption de consentement des époux à l'acte sexuel jusqu'à preuve du contraire ». La loi de 2010 supprimera ensuite cette présomption.

¹⁴¹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 précitée.

¹⁴² Voir la création de l'alinéa 222-18-3 CP créé en 2010.

¹⁴³ Voir l'article 222-28 6° CP.

ailleurs, la relation de couple est également retenue comme un élément constitutif du délit de harcèlement moral au sein du couple créé en 2010¹⁴⁵. En outre, la loi de 2010 complète le texte relatif aux violences habituelles sur mineur de quinze ans ou sur une personne en situation de particulière vulnérabilité afin de préciser (de façon surabondante toutefois) que l'infraction est « applicable aux violences habituelles commises par le conjoint ou le concubin de la victime »¹⁴⁶. Avec ces deux lois successives, le champ d'application de la circonstance aggravante des violences commises par les conjoints, concubins ou partenaires de PACS s'est donc considérablement étendu¹⁴⁷. Mais, au-delà de cette extension par touches successives, une des évolutions majeures de la loi de 2006 est d'étendre l'application de la circonstance aggravante aux ex-conjoints, ex-concubins ou ex-partenaires de PACS. En effet, les violences commises au sein du couple peuvent avoir lieu avant mais aussi après une séparation car « au-delà de la rupture, le schéma de violences à tendance à se reproduire » lorsque les relations perdurent¹⁴⁸. Des études statistiques montrent ainsi que près du tiers des victimes de violences sexuelles ou physiques commises au sein du couple sont en réalité les victimes d'un « ex » (conjoint ou concubin)¹⁴⁹. De même, une étude nationale sur les morts violentes au sein du couple souligne que, sur les 122 femmes et les 24 hommes décédés en 2011, 26 (soit plus de 17%) étaient séparés ou divorcés au moment des faits¹⁵⁰. Dans 53 cas sur les 146 décès recensés, l'infraction s'inscrivait dans le contexte de la séparation¹⁵¹. C'est la raison pour laquelle, lors des débats précédant l'adoption de la loi de 2006, la commission des lois du Sénat a proposé d'ajouter un alinéa 2 à l'article 132-80 précisant que « la circonstance aggravante est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire [de PACS] » de la victime¹⁵². S'agissant de la répression des violences commises au sein du couple – en pratique très majoritairement commises à l'égard des femmes – l'extension de l'application de la circonstance aggravante aux « ex » pouvait donc apparaître comme une véritable avancée. Mais avec un peu de recul depuis l'adoption de la loi, on peut s'interroger sur

¹⁴⁴ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 précitée.

¹⁴⁵ *Ibid.* L'article 222-33-2-1 du Code pénal, créé par la loi de 2010, punit de « le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ».

¹⁴⁶ Cette précision, qui ne change pas la peine encourue, a été ajoutée à l'article 222-14 du Code pénal par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 précitée.

¹⁴⁷ Quelques infractions demeurent cependant exclues de son domaine d'application. Par exemple, l'application de la circonstance aggravante n'a pas été étendue au harcèlement sexuel.

¹⁴⁸ FEDERATION NATIONALE SOLIDARITE FEMMES, *Justice et violences conjugales*, Fédération nationale solidarité femmes, 2005, p. 65-68.

¹⁴⁹ Voir par exemple, OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA DELINQUANCE ET DES REPONSES PENALES, « Le profil des personnes de 18 à 75 ans s'étant déclarées victimes de violences physiques ou sexuelles par conjoint ou ex-conjoint sur 2 ans lors des enquêtes « cadre de vie et sécurité » INSEE-ONDRP de 2008 à 2012 », *Repères*, n°18, octobre 2012, p. 6 ; FEDERATION NATIONALE SOLIDARITE FEMMES, *Justice et violences conjugales*, *op. cit.*, p. 67 : « l'enquête ENVEFF (...) fait apparaître que 30.7% des femmes ayant subi des violences conjugales n'étaient plus en couple au moment de l'enquête, mais avaient tout de même subi des violences au cours des 12 derniers mois ».

¹⁵⁰ MINISTERE DE L'INTERIEUR – DELEGATION AUX VICTIMES, *Etude nationale sur les morts violentes au sein du couple*, janvier 2012, p. 6.

¹⁵¹ *Id.*, p. 8.

¹⁵² DE RICHEMONT Henri, Rapport n° 228 (2004-2005) fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 8 mars 2005.

l'effectivité de l'aggravation recherchée. Pour ce faire, il a été procédé, d'une part, à l'étude du processus législatif ayant abouti à l'adoption de l'article 132-80 du Code pénal et, d'autre part, à l'analyse de l'ensemble des arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation contenant une référence à cette disposition entre 2009 et 2013. Cette analyse met en lumière une situation paradoxale : malgré un large consensus en faveur d'une répression aggravée des actes commis après la séparation, différents obstacles juridiques soulignent également une certaine réticence à l'aggravation de la répression des violences commises par les « ex ». Qu'il s'agisse de la frilosité des parlementaires dans l'élaboration du texte, des insuffisances rédactionnelles du texte ainsi adopté et de l'interprétation particulièrement stricte des textes par la Cour de cassation, tout concourt à réduire la portée du dispositif en matière de lutte contre les violences commises au sein du couple. Pourtant, des pistes de réformes sont envisageables. Et notamment, afin de lutter efficacement contre les violences faites aux femmes, il serait opportun de consacrer un véritable statut de l'« ex » conjoint ou concubin – comme c'est le cas de l'ascendant ou du descendant – ou *a minima* d'objectiver l'appréciation de la circonstance aggravante – comme cela a été fait pour les infractions à caractère raciste ou sexiste.

Pour lutter contre les violences de genre, d'autres pistes législatives peuvent être suivies. L'une d'entre elles concerne une question majeure – et très controversée – du débat féministe : celle de la prostitution¹⁵³. La posture que le droit français adopte à l'égard de la prostitution est éminemment ambiguë. Dans une perspective dite « abolitionniste », marquée, notamment, par la ratification par la France, le 28 juillet 1960, de la Convention des Nations Unies pour la répression de la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949, le droit d'entretenir des relations sexuelles, y compris vénales, relève strictement de la liberté de disposer de son corps. La prostitution n'est donc pas, en soi, un délit. Le principe de légalité, qui veut que ce qui n'est pas interdit par la loi pénale échappe à toute sanction, laisse ainsi à la vie sexuelle un champ d'application très ample. Néanmoins, le droit français, loin de reconnaître expressément une liberté de se prostituer, prévoit de nombreuses infractions encadrant, parfois strictement, le fait prostitutionnel¹⁵⁴. Par là même, il établit un régime juridique qui, sans condamner l'acte prostitutionnel, cherche à rendre l'exercice de la prostitution plus difficile. Ambigus, les textes juridiques relatifs à la prostitution le sont également du point de vue du genre. Le droit semble en effet aujourd'hui faire fi du genre des différents acteurs du monde prostitutionnel. Les énoncés juridiques ont été, en la matière, parfaitement – ou quasi parfaitement – neutralisés. Le temps du vocabulaire totalement sexo-spécifique semble ainsi révolu : lointaine est l'époque des juristes romains qui évoquaient « le métier de *ces femmes* qui se prostituent à tout venant et sans choix »¹⁵⁵, ou de textes bien plus récents tel le décret du 5 novembre 1947, qui, dans son article 1^{er}, définissait *la* prostituée comme « TOUTE FEMME qui consent habituellement à des rapports sexuels avec un

¹⁵³ FERCOT Céline, « Prostitution et racolage au prisme de l'égalité de genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 279 et s.

¹⁵⁴ V. not. ROMAN Diane, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », *Dalloz*, 2005, p. 1508.

¹⁵⁵ « Ainsi, ce terme ne s'étend pas aux femmes mariées qui se rendent coupables d'adultère, ou aux filles qui se laissent séduire : on doit l'entendre des *femmes prostituées* » (*Digeste*, Lib. XIII, t. II, n° 43 ; Ulpian, Livre I sur la loi Julia et Papia, § 2, souligné par nous).

nombre indéterminé d'individus moyennant rémunération»¹⁵⁶. Le droit contemporain manifeste désormais, du point de vue du genre, et à l'exception de quelques entorses faites à cette nouvelle règle syntaxique¹⁵⁷, une indifférence générale à l'égard du dispensateur de relations sexuelles tarifées¹⁵⁸. En revanche, le « bénéficiaire » de ces relations est désigné par le biais de termes qui, eux, n'ont pas été neutralisés. Peut ainsi être observée une distorsion entre, d'un côté, « la *personne prostituée* » (vocabulaire totalement *genderblind*) et « le client », ou « le proxénète » (vocabulaire sexo-spécifique unisexe)¹⁵⁹. La neutralisation des énoncés des énoncés ne saurait occulter le fait que la relation prostitutionnelle est rarement étudiée au prisme de l'égalité de genre, et ce alors même qu'elle apparaît en soi comme étant révélatrice d'une inégalité profonde entre les femmes et les hommes et de violences de genre. Le délit de racolage est symptomatique de l'ambiguïté juridique qui entoure la prostitution, et qui tend à considérer les personnes prostituées à la fois comme des victimes et des délinquantes : Comme en témoignent les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 18 mars 2003, les personnes prostituées sont généralement présentées comme les victimes d'une atteinte à leur dignité¹⁶⁰. Une dignité expressément protégée par le droit français et qui s'apparente tantôt à la dignité des personnes prostituées, au sens de respect dû à leur personne – dès lors que l'idée de contrainte est avérée, qu'il s'agisse de la traite des êtres humains¹⁶¹ ou du proxénétisme de profit¹⁶² –, tantôt à une dignité entendue comme un attribut de l'humanité¹⁶³ – lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un simple proxénétisme de soutien, lequel désigne le fait, pour un conjoint ou un enfant, par exemple, « d'aider, [d']assister ou [de] protéger la prostitution d'autrui »¹⁶⁴.

¹⁵⁶ Décret n°47-2253 du 5 nov.1947, pris en application de la loi du 24 avril 1946 (abrogée en 1960), souligné par nous. V. encore l'ord. n° 60-1246 du 25 nov. 1960, qui créa les services de prévention et de réadaptation sociale (SPRS) en vue de « rééduquer » et de « reclasser » les « *prostituées* ».

¹⁵⁷ Ainsi, la circulaire du 23 août 2002, qui a vocation à encadrer les arrêtés municipaux relatifs à la prostitution sur la voie publique, mentionne certes les « personnes se livrant à la prostitution » (vocabulaire *genderblind*). Elle évoque toutefois très rapidement « les risques de trouble à la sécurité (...) qui peuvent être causés par les rassemblements de *prostituées*, de *clients* et de curieux », évoquant, un peu plus loin, les « tenues vestimentaires des *prostituées* », ainsi que la concentration « des *clients* » en un lieu précis (vocabulaire sexo-spécifique, souligné par nous). De même, on retrouve encore, ici et là, dans les travaux préparatoires qui ont précédé l'adoption de la loi du 18 mars 2003, quelques mentions des « *prostituées* ».

¹⁵⁸ Le changement de vocable, qui semble dater des années 1970, peut être perçu à la fois comme une victoire des féministes issues du courant abolitionniste et comme une conséquence de la « masculinisation » de la prostitution, phénomène progressif qu'il est difficile de dater précisément.

¹⁵⁹ Ainsi, à propos du proxénétisme, le Code pénal (CP) contient, dans ses art. 225-5 à 225-12, les termes et expressions « quiconque », « prostitution d'autrui », « personne se livrant habituellement à la prostitution », « personnes en danger de prostitution » etc. (vocabulaire totalement *genderblind*) quand, en revanche, sont mentionnés « un » proxénète (v. art. 225-6 CP) ou « un » mineur (v. art. 225-7 CP). On peut certes voir ici une illustration de la règle grammaticale selon laquelle le masculin l'emporte sur le féminin ; on constate néanmoins l'absence de volonté de procéder à une écriture épiciène des textes.

¹⁶⁰ V. not. DERYCKE Dinah, *Les politiques publiques et la prostitution*, rapport d'activité n° 209, 2000-2001.

¹⁶¹ Art. 225-4-1 CP.

¹⁶² Art. 225-5-2 CP.

¹⁶³ A propos des différents sens de la dignité, v. GIRARD Charlotte, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *La dignité de la personne humaine*, PUF, Mission de recherche Droit et justice, 2005.

¹⁶⁴ Art. 225-5-1 CP. Cette incrimination est symptomatique des incertitudes dont témoigne le droit français : en effet, si l'objectif est de protéger les personnes prostituées – en l'occurrence les femmes prostituées, les hommes exerçant quant à eux, dans les faits, leur activité le plus souvent à leur compte –, l'effet produit est généralement inverse. En effet, peuvent être poursuivis pour proxénétisme d'assistance non seulement les enfants majeurs vivant avec leur mère prostituée, mais également d'éventuelles collègues de travail avec qui

Mais, parallèlement, le droit pénal appréhende également les personnes prostituées comme des délinquantes, auteures potentielles d'infractions, susceptibles de causer un trouble à l'ordre public (incrimination du racolage, en cours d'abrogation au Parlement¹⁶⁵). Cette ambiguïté se manifeste aisément : ainsi, l'infraction de racolage demeure curieusement rangée parmi les « atteintes à la *dignité* de la personne » du Chapitre V du Livre deuxième du Code pénal, voisinant avec la traite des êtres humains¹⁶⁶, le recours à la prostitution de mineurs ou de personnes vulnérables¹⁶⁷ et le proxénétisme¹⁶⁸ ; autant d'infractions dont la personne prostituée elle-même est considérée comme étant la victime¹⁶⁹. Une autre approche du phénomène prostitutionnel semble pourtant se dessiner : la proposition de loi « renforçant la lutte contre le système prostitutionnel », en cours d'examen au Parlement mais faisant suite à des initiatives parlementaires antérieures¹⁷⁰, a pour objectif de renverser la charge pénale afin qu'elle pèse non plus sur les personnes prostituées mais sur les clients¹⁷¹ et de mettre en place des dispositifs sociaux d'aide à la sortie de la prostitution.

Entre liberté individuelle et soumission à des logiques de genre, le traitement juridique de la prostitution rejoint un certain nombre de considérations relatives à la responsabilité civile¹⁷². Le droit français de la responsabilité civile, qui se saisit des comportements fautifs pour indemniser leurs conséquences dommageables, ne semble *a priori* pas porter les traces de cette stigmatisation des comportements féminins véhiculée par cette allégorie. Le Code civil formule en la matière des règles qui, de par la neutralité de leur formulation, n'invitent pas à une lecture genrée de celles-ci. Pourtant, lorsqu'une méthode abstraite d'évaluation des conduites a été développée, c'est bien une figure masculine – celle du « bon père de famille » - qui a été érigée en modèle. La faute n'étant pas définie par la loi, législateur, juges et doctrine ont eu recours à ce référent dont la force évocatrice devait permettre à chaque individu d'avoir une représentation du comportement que l'on attend de lui. Le bon père de famille s'est ainsi vu gratifié d'une exemplarité propre à justifier sa

elles partageraient un même lieu d'exercice, leur propriétaire ou encore leurs compagnes ou compagnons, ce qui contribue directement à rendre l'environnement social des prostituées davantage vulnérable.

¹⁶⁵ Art. 225-10-1 que « le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération » est passible de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende CP

¹⁶⁶ Art. 225-4-1 à 225-4-9 CP.

¹⁶⁷ Art. 225-12-1 à 225-12-4 CP.

¹⁶⁸ Art. 225-5 à 225-10 CP.

¹⁶⁹ Ainsi en témoigne l'art. 225-4-1 CP en évoquant « la commission contre cette personne » de l'infraction de proxénétisme. Dans le cas du racolage, il paraît difficile de soutenir que la dignité protégée est celle des riverains ou des témoins du racolage, et pas davantage celle des clients ; reste celle de la personne prostituée elle-même, objet de la sollicitude du Code pénal, mais qui serait alors protégée contre son gré. C'est du moins ce qui avait été soutenu par le Ministre de l'Intérieur, expliquant au Sénat : « Nous n'avons pas créé un délit dans l'optique de punir des malheureuses qui, c'est vrai, sont plus souvent victimes que coupables. Si nous avons créé un délit, c'est, au contraire, pour les protéger : l'argument est lumineux dans sa simplicité ».

¹⁷⁰ Proposition de loi du 7 décembre 2011, n° 4057 visant à pénaliser les clients de la prostitution et à renforcer la protection des victimes de la traite des êtres humains et du proxénétisme

¹⁷¹ Les auteur.e.s canadien.ne.s emploient le terme de « prostitueur » pour désigner le « client » de la prostitution dès lors qu'il participe à la prostitution d'autrui. « Client » est en effet considéré comme un terme (trop) neutre, contrairement à « prostituée ».

¹⁷² CHASSAGNARD Sandrine et NAAB Malha, « Corps féminins et responsabilité civile », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, La loi et le genre, CNRS éditions, 2014, p. 297 et s.

consécration en modèle de conduite universel. Ce standard, qui trouve sa source historique dans le *paterfamilias*, dont la toute-puissance était reconnue à l'intérieur de la *domus* mais aussi dans les relations économiques que celui-ci nouait avec l'extérieur¹⁷³, aurait dû s'effacer au profit d'un modèle moins androcentré au gré du rééquilibrage des rôles dans la famille et dans la cité¹⁷⁴. Mais « il est des expressions qui ont la vie dure » et, comme le relevait un auteur, « celle du bon père de famille en est une » qui, traversant « les siècles sans sourciller », résiste « aux assauts conjugués du modernisme et du féminisme »¹⁷⁵. Peut-être finira-t-il tout de même par disparaître des codes français après le vote définitif de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, un amendement adopté par l'Assemblée nationale prévoyant d'effacer toute référence à ce standard pour le remplacer par les termes « raisonnable » ou « raisonnablement »¹⁷⁶. La jurisprudence fait d'ores et déjà un usage limité de cette notion, se contentant de reprendre cette dernière lorsqu'elle a à appliquer un texte y faisant expressément référence et l'utilisant peu de sa propre initiative. La suppression de tout renvoi légal à ce standard devrait entraîner la disparition de celui-ci de la motivation des décisions de justice. Les écrits doctrinaux mettront sans doute plus de temps à éconduire le « bon père de famille », la plupart des auteurs continuant à se référer à cette figure paternelle¹⁷⁷, voir à louer sa neutralité¹⁷⁸.

Bien plus que cette interrogation nécessairement spéculative sur la nature potentiellement genrée des notions mobilisées à l'occasion d'une appréciation abstraite des conduites, c'est un examen des jugements de valeur formulés par les juges qui peut permettre d'éclairer sur l'influence du genre dans le champ de la responsabilité civile. Au-delà des questions soulevées par l'usage de l'étalon masculin du « bon père de famille » dans le droit français¹⁷⁹, c'est plus largement l'influence des stéréotypes de genre sur la mise en œuvre des règles de

¹⁷³ Sur la construction de standard du bon père de famille, voir SEYRAT Serge, *Le bon père de famille. Essai sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, TALLON Denis (dir.), th. dacty., Université Paris 2, 1985, p. 13 et s. ; VINEY François, *Le bon père de famille et le plerumque fit. Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, LOISEAU Grégoire (dir.), th. dacty., Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2013.

¹⁷⁴ « Le recours au « bon père de famille » constitue aujourd'hui un anachronisme dans une société qui reconnaît l'égalité de l'homme et de la femme, des époux dans le mariage et des parents dans la direction de la famille », (LANGÉVIN Louise, « Le principe d'égalité en droit québécois de la responsabilité extracontractuelle. Rapport canadien », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, Tome LI, 2001, p. 511 et s., spéc. 523).

¹⁷⁵ DARMAISIN Stéphane, « A la recherche du bon père de famille », in *Mélanges Ph. le Tourneau, Libre droit*, Dalloz, 2007, p. 295 et s. spéc. p. 295.

¹⁷⁶ Amendement 249 au projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, voté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 28 janvier 2014.

¹⁷⁷ Sur quinze manuels de droit des obligations examinés, treize recourent au standard du « bon père de la famille », trois de ces ouvrages utilisent les concepts de « bon père de famille » et de « personne raisonnable » comme des synonymes, un préférant faire exclusivement référence à la personne raisonnable pour exposer la méthode d'évaluation *in abstracto* des conduites. Seul un ouvrage se dispense de toute référence à un standard, considérant que la caractérisation de la faute suppose « un jugement de valeur qui ne se laisse pas enfermer dans une formule stéréotypée » (FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric, *Droit civil, Droit des obligations*, 2. Le fait juridique, Dalloz, 14e éd., 2011, n° 98-1).

¹⁷⁸ Selon un auteur, « la notion cadre de bon père de famille ne renvoie ni à la qualité de père, ni à celle de famille. C'est une notion neutre exploitée pour caractériser le comportement de chacun, qu'il soit femme, homme, père, mère, marié, célibataire, sans famille, etc » (ROME Félix, « Bonne mère ! », *D.* 2014, p. 201).

¹⁷⁹ Effacé du Code civil par la loi n° 2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes du 4 août 2014.

la responsabilité civile et la propension de la pratique judiciaire à les véhiculer ou, au contraire, à les écarter, qui doivent être mesurées. Les juges français se trouvent plus spécifiquement confrontés aux normes sociales sexuées lorsqu'ils ont à appréhender la relation des femmes à leur corps. Parce que le corps, et surtout les corps féminins, portent tout « un passé sédimenté d'interrogations, de représentations, de polémiques, d'exactions, d'impositions physiques et symboliques commises au nom d'une définition de ce qu'il est et de ce qu'il devrait être »¹⁸⁰, le droit de la responsabilité civile pourrait être un outil d'objectivation des normes sociales assignant les corps féminins à un rôle prédéterminé. La responsabilité civile, en ce qu'elle suppose une évaluation des conduites, peut amener à un contrôle du mode de vie des femmes et de l'usage qu'elles font de leur corps. Il convient, par conséquent, de mesurer le degré d'immixtion du droit français de la responsabilité civile dans des décisions aussi intimes que celles relatives à la sexualité, la procréation, les choix de vie des femmes enceintes et d'apprécier, si au vu de la jurisprudence civile française, le risque d'une atteinte à l'autonomie décisionnelle des femmes peut être caractérisé. Le droit de la responsabilité civile se saisit également du rapport des femmes à leur corps lorsqu'il s'agit d'indemniser une atteinte corporelle subie par une femme. Ce sont tout à la fois les chefs de préjudice retenus, ainsi que les modalités d'évaluation des dommages et intérêts octroyés à la victime qui doivent, dès lors, faire l'objet d'une analyse sous le prisme du genre, afin de déterminer si le sexe de la victime est de nature à influencer tant sur le type du préjudice réparé que sur son évaluation. Or, il apparaît que l'évaluation des fautes imputées aux femmes en raison des choix qui engagent leur corps (qu'il s'agisse de leur autonomie sexuelle, procréative ou décisionnelle lorsqu'elles sont enceinte), de même que la réparation des atteintes corporelles dont elles sont victimes (atteinte à l'esthétique des corps féminins ou préjudice de nature sexuelle), montrent que le droit de la responsabilité civile peut être un outil d'objectivation des normes sociales assignant les femmes à un rôle prédéterminé. Malgré une formulation non sexo-spécifique des règles de la responsabilité civile, leur application judiciaire n'est pas dénuée de considérations genrées lorsqu'il s'agit d'appréhender la relation des femmes à leur corps. L'évaluation des fautes imputées aux femmes, de même que la réparation des atteintes corporelles dont elles sont victimes, montrent que le corps des femmes demeure « le lieu et le moyen de l'inscription du social (...), mais également le résultat même de cette inscription »¹⁸¹. Par-delà la disparition du « bon père de famille » qui amène une plus grande neutralité – au moins terminologique – du droit de la responsabilité civile, certains mécanismes de cette discipline restent donc à interroger au regard du rôle du droit dans la (re)production des inégalités de genre. C'est le cas du principe de réparation intégrale qui amène les juges non seulement à prendre en compte les différences biologiques entre les sexes – telle l'inégalité des femmes et des hommes en matière de fertilité – mais aussi à relayer les discriminations systémiques - telles les différences de salaires des femmes et des hommes à l'occasion de la réparation des pertes de gains professionnels¹⁸².

Ce qui conduit à rendre nécessaire l'étude de l'organisation par le droit de la répartition des ressources et des richesses.

¹⁸⁰ DETREZ Christine, *La Construction sociale du corps*, Paris, Seuil, 2002, p. 223.

¹⁸¹ Id., p. 23.

¹⁸² Voir, en ce sens, LANGEVIN Louise, précit., p. 529.

II. RESSOURCES ET RICHESSES

S'agissant des règles de droit qui régissent l'accès aux ressources ou la distribution des richesses, on constate avant toute chose, et en principe, une même évolution des énoncés, en particulier législatifs. Bien des règles, en la matière, distinguaient, de manière parfois fondamentale, les femmes et les hommes – par exemple en matière de pensions de retraite ou de droit fiscal applicable aux particuliers, entre autres. Les textes régissant les régimes matrimoniaux sont à cet égard très significatifs : de 1804 à 1965, le Code civil réservait un sort profondément différent aux épouses et aux maris. Faut-il rappeler que, dans les textes d'origine du Code civil relatif au régime légal de la communauté de meubles et acquêts, la masse commune était administrée par le seul mari, qui par ailleurs avait en principe le pouvoir d'administrer et de jouir des propres de son épouse ? Seuls le droit des successions et le droit des libéralités échappaient, presque totalement, en 1804, aux distinctions selon le sexe, quand ils ne le les prohibaient pas – en raison de la volonté de rompre avec les principes de primogéniture et de masculinité¹⁸³ et d'éviter le rétablissement des privilèges féodaux¹⁸⁴.

Or les distinctions instaurées reflétaient et, parfois, participaient à la consolidation d'une division sexuée du travail social – ou d'une norme de genre : alors que les hommes – les maris – étaient censés fournir l'essentiel des ressources économiques du foyer, en particulier par leur activité hors de celui-ci, la vocation des femmes, et en particulier des épouses, à assumer avant toute chose les tâches domestiques s'exprimait dans plus d'une règle de droit. Les stéréotypes de genre conduisant à distinguer *M. Breadwinner* - M. Gagne-Pain - et *Mme Caregiver* – Mme Au-foyer - étaient reçus et même consolidés sinon créés par la règle de droit. Du reste, le droit des successions et le droit des libéralités ne rompaient pas vraiment avec ce schéma, qui – pour l'essentiel - rendaient les femmes riches des richesses que leurs parents avaient eux-mêmes reçues ou que leurs pères avaient accumulées ; les richesses des femmes provenaient alors de la famille, pas de leur propre activité à l'extérieur du foyer : si les dispositions en cause ne s'inscrivaient pas dans le schéma général, elles ne rompaient pas non plus fondamentalement avec lui.

Ce temps de la construction de la différence entre les hommes et les femmes par les normes relatives aux ressources et aux richesses semble révolu. D'une part, toutes les distinctions explicites entre les hommes et femmes ont disparu des énoncés législatifs qui

¹⁸³ L'article 745 du Code civil disposait alors: « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages ».

¹⁸⁴ A cette fin, en particulier, l'article 1050 du Code civil, relatif aux substitutions fidéicommissaires disposait : « Les dispositions permises par les deux articles précédents ne seront valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe ».

concernent les ressources et les richesses – sauf lorsqu'est en cause la maternité, ce qui s'explique. On ne saurait par exemple, pour s'en tenir à ce domaine, trouver le moindre énoncé sexospécifique dans les textes du Code civil relatifs aux régimes matrimoniaux, depuis la loi du 23 décembre 1985, « relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs » ; du reste, cette neutralité formelle du droit en la matière a permis l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013 sans qu'aucune disposition régissant le domaine n'ait à être modifiée. D'autre part, le droit a été mobilisé pour œuvrer au rétablissement de l'égalité, le cas échéant en abandonnant une approche formelle de celle-ci au profit d'une analyse des différences effectives entre les hommes et les femmes – en particulier, via la sanction des discriminations indirectes. Pour autant, cette mobilisation du droit comme cette neutralité formelle des énoncés signifient-elles traitement identique des hommes et des femmes par le droit, c'est à dire égalité, et absence de réception ou de construction par le droit de stéréotypes opposant femmes et hommes ? La question mérite d'être posée car on constate, dans les faits, la persistance de différences considérables entre les hommes et les femmes, relativement à l'argent. Certes, les évolutions sociales en la matière ne sauraient être minimisées : même si « les femmes ont toujours travaillé »¹⁸⁵, et participé, depuis la sphère domestique, à l'économie marchande – en particulier dans l'agriculture, le petit commerce ou l'artisanat -, elles sont de plus en plus nombreuses à désormais travailler « comme des hommes ». Pourtant, elles accèdent plus difficilement aux ressources et demeurent moins riches que les hommes. Et l'on ne saurait exclure que le droit y soit pour quelque chose, dans une mesure à identifier.

S'agissant de révéler les effets de genre de textes formellement neutres, les dispositifs juridiques relatifs aux prestations sociales destinées aux familles monoparentales s'avèrent un terrain d'étude particulièrement fécond¹⁸⁶. D'une part, en effet, l'égalité semble au cœur de ces dispositifs, égalité tout à la fois formelle (les énoncés sont *genderblind*) et matérielle (les normes œuvrent à la redistribution des ressources au bénéfice des familles pauvres). Pourtant, et d'autre part, l'analyse ne saurait ignorer le fait que ces allocations sont quasi-exclusivement versées aux femmes et ont été pensées à leur intention. Il en va ainsi historiquement de l'ancienne Allocation de Parent isolé et de l'Allocation de soutien familial (ASF). La première a été instituée par la loi n° 76-617 du 9 juillet 1976 portant diverses mesures de protection sociale de la famille. Dans sa version initiale, l'article L543-10 du Code de la sécurité sociale visait à garantir un revenu familial à toute personne assumant seule la charge d'un ou plusieurs enfants. En 2008, l'API a été fusionnée avec l'allocation de RMI pour donner lieu au RSA majoré en fonction de la taille du foyer. Désormais, l'article L262-9 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) prévoit que le montant du RSA est majoré pour « 1° Une personne isolée assumant la charge d'un ou de plusieurs enfants ; 2° Une femme isolée en état de grossesse, ayant effectué la déclaration de grossesse et les examens prénataux ». La période de majoration est ouverte jusqu'aux 3 ans de l'enfant. L'allocation de soutien familial est quant à elle issue de la loi n°

¹⁸⁵ Selon le titre de l'ouvrage de SCHWEITZER Sylvie, *Les femmes ont toujours travaillé : une histoire du travail des femmes aux XIXe et XXe siècles*, Odile Jacob, 2002.

¹⁸⁶ ROMAN Diane, « Les aides aux parents isolés : l'aide sociale au prisme d'une lecture féministe du droit », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 321 et s.

84-1171 du 22 décembre 1984 et a remplacé l'ancienne allocation d'orphelin¹⁸⁷. Versée sans conditions de ressources jusqu'aux 20 ans de l'enfant, elle bénéficie, selon l'article L523-1 du code de la Sécurité sociale, au parent d'enfants orphelins de père ou mère ou au parent de « tout enfant dont le père ou la mère, ou les père et mère, se soustraient ou se trouvent hors d'état de faire face à leurs obligations d'entretien ou au versement d'une pension alimentaire mise à leur charge par décision de justice ». Le texte ajoute que « lorsque le père ou la mère titulaire du droit à l'allocation de soutien familial se marie, conclut un pacte civil de solidarité ou vit en concubinage, cette prestation cesse d'être due ». Ces allocations présentent de nombreux points communs : formellement ouvertes aux femmes comme aux hommes (*genderblind*), elles sont de fait très majoritairement versées aux femmes et ont même été conçues explicitement par le législateur comme des dispositifs de soutien aux mères célibataires¹⁸⁸. En ce sens, elles prétendent poursuivre un objectif d'égalité matérielle (redistribution sociale) en garantissant des revenus aux familles monoparentales. Toutefois, en raison de la configuration même de ces allocations, elles produisent des effets spécifiques que seule une analyse genrée peut révéler. D'une part, comme bon nombre de dispositifs sociaux issus d'un modèle social familialiste, elles contribuent à l'édification d'un État social où l'articulation des droits et devoirs des bénéficiaires de prestations sociales se fait selon une logique sexuée et en fonction du statut familial : ainsi, par exemple, l'article L. 262-28 du code de l'action sociale et des familles dispose en effet que « les obligations auxquelles est tenu (...) le bénéficiaire ayant droit [au RSA majoré au titre de l'isolement] tiennent compte des sujétions particulières, notamment en matière de garde d'enfants, auxquelles celui-ci est astreint ». De même, la priorité donnée à la solidarité familiale sur la solidarité nationale implique de rechercher la mise en cause des obligations alimentaires par l'autre parent, à savoir principalement le père. Or, la récupération des obligations alimentaires soulève différents problèmes¹⁸⁹ : ainsi, « l'application du principe de subsidiarité accroît la conflictualité des séparations alors que cette dernière est préjudiciable à l'intérêt de l'enfant et contraire à la volonté constante du législateur de favoriser une véritable coparentalité malgré la séparation du couple » notait le CESE¹⁹⁰. D'autre part, la configuration des aides sociales aux familles monoparentales induisent un contrôle de la vie privée des bénéficiaires, plaçant sous observation la vie amoureuse et familiale des mères célibataires. Dans le contexte désormais central de la lutte contre la fraude aux prestations sociales et du versement à bon droit des prestations, le calcul des droits au RSA est souvent considéré comme délicat et susceptible de donner lieu au versement de trop-perçus ou d'indus, en raison de ses critères d'attribution (conditions de ressources et composition du

¹⁸⁷ Loi n° 70-1218 du 23 décembre 1970 instituant une allocation en faveur des orphelins et de certains enfants à la charge d'un parent isolé.

¹⁸⁸ L'examen des débats parlementaire montre que le projet de loi initial présenté par le gouvernement en 1976 consacrait une « allocation des mères ». C'est un amendement sénatorial qui a élargi le bénéfice de l'API aux pères célibataires. Le bien fondé de cet élargissement n'a pas été discuté mais, malgré cette neutralisation, les débats parlementaires autour du projet de loi, de façon significative, ne se référaient qu'aux seules « mères célibataires ».

¹⁸⁹ V. PICHARD Marc, « La justiciabilité de l'obligation alimentaire entre parents et alliés : quels enseignements pour la justiciabilité des droits sociaux ? », *Rev. électronique des droits de l'Homme*, juin 2012 (www.revdh.org).

¹⁹⁰ *L'obligation alimentaire : des formes de solidarité. à réinventer*. Avis du Conseil économique et social sur le rapport de Christiane Basset, 2008, I, p. 8.

foyer)¹⁹¹. C'est notamment le cas en ce qui concerne la condition d'isolement pour l'octroi du RSA majoré. Comme le souligne une réponse ministérielle de 2013, « les prestations sociales liées à l'isolement, en particulier le RSA majoré et l'ASF font [...] partie des prestations sur lesquelles les risques de fraudes sont souvent les plus importants (27,4 % des cas de fraudes détectées par les CAF en 2011) »¹⁹². A ce titre, le contrôle de l'isolement a été présenté par une circulaire interministérielle de 2012 comme un des éléments importants de politique de lutte contre la fraude¹⁹³ : il représente « environ un tiers de l'activité des agents de contrôle, soit environ 100 000 contrôles par an sur les 280 000 contrôles sur place effectués »¹⁹⁴. Il faut bien apprécier la portée d'un tel discours politique et bureaucratique : les femmes – qui sont les bénéficiaires quasi-exclusives de ces prestations – sont ainsi présentées comme des fraudeuses massives dont il convient de surveiller la réalité de la vie privée, sentimentale et familiale... Or, force est de constater qu'une telle assertion n'a jamais été discutée en tant que telle en France, où la nécessité de lutter contre la fraude sociale a obéré toute réflexion de fond sur la protection de la vie privée et de l'intimité des personnes. La lutte contre la fraude justifie ainsi, sans discussion de fond, qu'un tiers de l'activité du contrôle des CAF porte sur ce qui relève de l'intimité des bénéficiaires, principalement des mères isolées.

Si l'on s'intéresse non plus aux parents mais aux membres d'un couple, deux questions principales appellent l'attention : d'une part, et d'un point de vue civiliste, la question générale et *a priori* bien connue des règles régissant les rapports patrimoniaux entre époux ; d'autre part, et d'un point de vue plus « commercialiste », celle du statut reconnu aux femmes et en particulier aux épouses exerçant le commerce ou participant à l'exercice du commerce.

S'agissant des rapports patrimoniaux entre époux à l'aune d'une perspective de genre¹⁹⁵, l'évolution déjà signalée, et en particulier opérée par la loi du 23 décembre 1985, semble, au premier abord, ruiner tout l'intérêt d'une recherche en la matière. Plus encore, et au-delà de l'intérêt, c'est la pertinence scientifique de la démarche qui pourrait être mise en doute. En effet, le mariage n'est plus le seul mode d'institution du couple – qui connaît, depuis 1999, la concurrence du pacte civil de solidarité. Or, on pourrait être tenté de poser en hypothèse que toutes les règles identiques en mariage et en PaCS – assez nombreuses, surtout depuis la réforme du PaCS réalisée par la loi du 23 juin 2006 – sont nécessairement dépourvues de toute portée en termes de genre, puisque susceptibles de s'appliquer indifféremment à des couples de personnes de sexes différents ou à des couples de personnes de même sexe. En

¹⁹¹ ASSEMBLEE NATIONALE, TIAN Dominique, Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale sur la lutte contre la fraude sociale, n° 3603, 29 juin 2011, qui évoque des « dispositifs fraudogènes ».

¹⁹² MINISTÈRE DU BUDGET, Réponse à la question de M. Pierre Morange, n° 6756, JO 19 février 2013, p. 1861.

¹⁹³ Circulaire interministérielle n°DSS/2012/32 du 23 janvier 2012 relative à la généralisation des dispositions du plan de coopération renforcée de lutte contre les fraudes aux prestations versées par les caisses d'allocations familiales.

¹⁹⁴ Circ. précit., p. 7. Les chiffres donnés par la circulaire traduisent une augmentation importante des contrôles par rapport à ceux mentionnés par le rapport IGAS-IGS de 2006.

¹⁹⁵ PICHARD Marc, « Genre et rapports patrimoniaux entre époux », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, La loi et le genre, CNRS éditions, 2014, p. 339 et s.

somme, il pourrait sembler difficilement envisageable qu'une même disposition soit considérée comme consolidant des rapports sociaux de sexe différenciés en mariage alors que, par hypothèse, elle ne saurait le faire en PaCS. Par ailleurs et surtout, on pourrait soutenir que le mariage ne saurait plus lui-même être une machine à distinguer entre hommes et femmes désormais qu'il est également ouvert aux couples de personnes de même sexe. Pourtant, on ne peut exclure *a priori* que des dispositifs formellement neutres, et même s'ils sont susceptibles de s'appliquer à des couples de personnes de même sexe, persistent à favoriser la distribution de rôles sociaux différenciés, dans l'immense majorité des cas où ils concernent des couples de personnes de sexes différents. Parce que le droit reliait ou encouragerait une certaine division des fonctions sociales, lors même que d'autres solutions seraient possibles, il pourrait participer, serait-ce dans une modeste mesure, à la production de stéréotypes de genre. En somme, la question du genre et des rapports patrimoniaux entre époux doit être abordée selon deux angles différents : d'une part, en termes d'égalité ; d'autre part, en termes de stéréotypes. S'agissant de l'égalité, il convient d'aller au-delà du seul constat de la neutralité formelle des énoncés. De manière très classique en matière de régimes matrimoniaux, on peut distinguer la place de l'égalité dans le régime primaire et, puisqu'il est encore le régime le plus couramment choisi, sa place dans le régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Les textes du régime primaire, au premier abord, se caractérisent non seulement par leur neutralité formelle mais par leur ambition d'instaurer de l'égalité, une égalité matérielle, une égalité en action : il ne s'agit pas seulement de poser un *statut* égal mais de concevoir et d'imposer des *relations* d'égalité entre les époux. Certaines formules sont à cet égard sans ambiguïté : « les époux assurent ensemble la direction [...] matérielle de la famille »¹⁹⁶ ; « ils ne peuvent l'un sans l'autre »¹⁹⁷ ; « toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement »¹⁹⁸. Par ailleurs, la loi manifeste son souci de l'effectivité des dispositions égalitaires qu'elle promet, en particulier à travers l'instauration de présomption de pouvoirs qui garantissent que le changement des règles de fond dans le sens de l'égalité ne peut pas être mis en échec par le comportement des cocontractants des époux¹⁹⁹. Pourtant, cette inspiration égalitaire ne passe pas par la proclamation d'un principe indérogeable d'égalité, ce qui conduit à se demander si la charte fondamentale des époux impose un respect absolu de l'égalité entre époux. En particulier, serait-il possible de faire d'un des époux le seul maître de la communauté ? L'article 1497 dispose que les époux communs en biens « peuvent [...] convenir [...] qu'il sera dérogé aux règles concernant l'administration » de la communauté et aucune disposition légale particulière n'impose l'exercice de pouvoirs égaux des époux sur les biens communs, s'ils choisissent un régime communautaire : la primauté masculine en la matière, considérable jusqu'en 1965, affaiblie mais maintenue de 1965 à 1985, est-elle susceptible d'être réintroduite par contrat de mariage ? En d'autres termes, au-delà de l'ordre public explicite qui protège l'indépendance, en particulier les autonomies professionnelle et bancaire de chaque époux et la souveraineté du propriétaire sur ses biens,

¹⁹⁶ Art. 213 C. civ.

¹⁹⁷ Art. 215, al. 3, C. civ.

¹⁹⁸ Art. 220 C. civ.

¹⁹⁹ V. la formule, au demeurant très ambiguë, de CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, 2^e éd., 1995, Défrénois, p. 54-55 : « La loi est partie de cette donnée d'expérience que, tout compte fait, la femme avait plus d'armes en elle pour réduire, s'il en était besoin, la phalocratie que la bureaucratie ».

un ordre public implicite s'impose-t-il également – qui emporterait, en toute hypothèse, égalité entre les époux ? Ni la jurisprudence (inexistante sur le sujet) ni la doctrine (divisée) ne permettent d'affirmer que l'égalité doive, en la matière, et en toute hypothèse, prévaloir. Les silences du Code établissent que, même si la conquête de l'égalité entre les époux a été le mot d'ordre de la réforme de 1985, ce qui est indéniable, sa traduction juridique est demeurée inaboutie ... Quant à la lecture des textes propres à la communauté légale à la lumière de l'exigence d'égalité, elle conduit à s'arrêter sur deux questions : celle du passif ; celle de l'exercice d'une profession séparée. S'agissant du passif, l'article 1413 du Code civil, dispose : « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs ». La règle a pu être analysée comme générant un péril spécifique pour les femmes. « Il suffit que le mari ait une dette trop importante pour que disparaisse purement et simplement la part que l'épouse est en droit d'attendre de la communauté. De ce point de vue l'article 1413 est une rude atteinte à l'égalité entre les époux »²⁰⁰. Le péril n'est pas contestable, et sa dimension genrée ne doit pas être négligée, dans la mesure où il est avéré que l'exercice d'une profession à risques est beaucoup plus souvent le fait des hommes que des femmes²⁰¹. Pourtant, on peut préférer une autre lecture. La disposition garantit une égalité matérielle entre les époux mariés sous le régime de la communauté des biens dans la mesure où chacun d'eux engage par ses dettes l'ensemble des biens communs, ce qui signifie aussi que chacun profite du crédit de l'autre, du moins du crédit issu de l'accumulation de richesses communes. En permettant à l'époux qui participe le moins à l'enrichissement du couple d'engager l'ensemble de l'actif commun par chacune de ses dettes, la loi de 1985 a incontestablement libéré l'époux le plus fragile économiquement – statistiquement, l'épouse -, dont la signature est, de ce fait, crédibilisée. Et, par contraste, dans les régimes matrimoniaux d'essence séparatiste, l'époux qui gagne le moins est quasiment dépourvu de crédit, sauf pour les dettes « ménagères ». On a du mal à concevoir qu'un régime dans lequel le conjoint le moins fortuné n'a de crédibilité économique à l'égard des tiers que pour les dettes relatives à « l'entretien du ménage et l'éducation des enfants », c'est à dire la sphère domestique, soit plus égalitaire qu'un régime qui confère un égal crédit, s'agissant du moins des biens communs, en toute matière, à chacun des époux²⁰². S'agissant de l'exercice d'une profession séparée, il emporte application de solutions spécifiques en termes de pouvoirs²⁰³, mais aussi de propriété, du fait de la mise en œuvre, au demeurant de plus en plus courante, de la distinction du titre – réservé à celui qui exerce la profession - et de la finance. L'autonomie professionnelle qu'assurent ces solutions bénéficie au premier chef à celui des deux époux qui exerce une profession réglementée (notaire, médecin, taxi, ...) à titre libéral. Or, même si plusieurs des professions

²⁰⁰ BEIGNIER Bernard, *op. cit.*, n° 31, p. 61.

²⁰¹ V. INSEE, France, *Portrait social*, éd. 2013, p. 193. En 2012, 2,7% des hommes sont agriculteurs exploitants, 1,2% des femmes ; 9% des hommes sont artisans, commerçants ou chefs d'entreprise, 3,7% des femmes. Tout au contraire, 12,6% des hommes sont employés, 45,2% des femmes.

²⁰² Rapp., à propos des pouvoirs en communauté, LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 582 et s., n° 8, p. 589 : « La communauté est le régime qui maximise la capacité financière apparente de chacun des époux, pris isolément » ; et p. 590, après des développements sur le passif : « Tout se passe comme si la masse commune appartenait, simultanément, pour sa totalité, à chacun des deux époux ».

²⁰³ V. l'article 1421, alinéa 2, du Code civil : « L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci ».

concernées sont désormais très largement féminisées²⁰⁴, d'une part, cette féminisation est surtout flagrante chez les débutant-e-s, de sorte que le « stock » de professionnels demeure majoritairement masculin, d'autre part, la féminisation est moins significative lorsqu'est en cause l'exercice libéral de la profession²⁰⁵. Par conséquent, la règle neutre sur le plan formel produit des effets principalement dans l'intérêt des époux d'un certain sexe. Au-delà de l'égalité, se pose la question des rapports entre les règles régissant les régimes matrimoniaux et les stéréotypes de genre. Ces rapports peuvent être de deux ordres. Les stéréotypes de genre sont parfois reçus par la règle de droit. Deux exemples sont significatifs. Au moins une règle du régime légal conduit à faire dépendre la propriété de certains biens du genre des époux. L'article 1404 du Code civil dispose en effet : « Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux ». Implicitement mais nécessairement, le texte présuppose que les époux, du moins les époux de sexes différents, ne s'habillent pas l'un comme l'autre. Les vêtements de l'épouse (à son usage personnel) échappent à la qualification d'acquêts, communs, pour être considérés comme des propres par nature, qui n'appartiennent donc qu'à elle ; mais si cette règle de propriété a pu être érigée sans que l'on s'interroge plus avant sur ses éventuelles difficultés d'application, c'est que les vêtements *de la* femme sont supposés être des vêtements *de* femme. Pour sa part, l'article 271 du Code civil relatif à la prestation compensatoire indique des critères susceptibles d'être mobilisés par l'interprète pour la mise en œuvre de l'article 270. Or, si certains d'entre eux sont parfaitement neutres en termes de genre, d'autres semblent porteurs d'un stéréotype de genre : le texte invite en effet à prendre en considération les « conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne » et « la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée » par ces circonstances. Il paraît difficile de contester que l'énoncé se réfère à un stéréotype social parfaitement identifié : l'opposition entre *Mr Breadwinner* et *Mrs Housekeeper*. La norme, à l'énoncé formellement neutre, a, à l'évidence, été construite à partir d'une hypothèse factuelle typique²⁰⁶ : celle où l'épouse cesse, en tout ou en partie, de

²⁰⁴ Par exemple, au 31 mai 2013, 32% des notaires sont des femmes (<http://www.notaires.fr/notaires/le-notariat-en-chiffres>).

²⁰⁵ Ainsi, si 41% des médecins sont des femmes, elles ne représentent que 34% des médecins exclusivement libéraux, mais 66,2% des médecins salariés non-hospitaliers (SICART Daniel, *Les médecins au 1^{er} janvier 2013*, DREES, Document de travail, Série statistique, n° 179, avril 2013, p. 23).

²⁰⁶ Sur l'importance quantitative du phénomène, v. INSEE Première, n° 1463, août 2013 : « En 2011, parmi les femmes âgées de vingt à cinquante-neuf ans [soit 15 millions], 2,1 millions sont des "femmes au foyer" : elles vivent en couple et sont inactives [...] (au sens du Bureau international du travail), c'est à dire qu'elles ne travaillent pas et ne sont pas au chômage ». L'étude souligne que les femmes au foyer sont beaucoup plus souvent que les femmes actives « mères de famille nombreuse » – c'est à dire de trois enfants ou plus. En outre, « la situation de femme au foyer est aujourd'hui plus concentrée sur les âges où les enfants sont jeunes ». Près de 80% ont déjà exercé une activité professionnelle. Elles sont toutefois de moins en moins nombreuses à déclarer avoir cessé leur activité pour des raisons personnelles (21%). Sur les taux d'activité comparés des hommes et des femmes, v. INSEE Première, n° 1462, août 2013. De manière générale, le taux d'emploi des hommes est de 76%, celui des femmes de 67%. Surtout, « 30% des femmes travaillent à temps partiel (30% à temps partiel subi) contre 6% des hommes (34% à temps partiel subi) ». Par conséquent, « le taux d'emploi en équivalent temps plein [...] est de 74% pour les hommes contre 59% pour les femmes ». En outre, « en présence d'enfant et avant 40 ans, l'écart entre les hommes et les femmes se creuse. En effet, lorsqu'ils ont des enfants, les hommes sont encore moins souvent à temps partiel (4% contre 7%), à l'inverse des femmes (34% contre 17%) ».

travailler à l'extérieur contre rémunération, pour se consacrer aux tâches « domestiques ». Le signal envoyé par le texte n'est pas neutre en termes de genre : du fait du contexte social, ce sont majoritairement les femmes qui se projettent comme créancières d'une prestation compensatoire à ce titre, et pas les hommes. L'énoncé, construit à partir d'une certaine figure sociale, pourrait donc être analysé comme renforçant celle-ci, en incitant à l'abandon de l'exercice d'une profession par l'un-e des époux. Mais, en sens contraire, les stéréotypes sont parfois non pas reçus mais consolidés par l'application de règles de droit. On songe en particulier à la contribution aux charges du mariage à proportion des facultés respectives de chacun des époux, que l'on peut lire comme une incitation adressée à l'un des époux à rester au foyer – puisque la règle de droit impose à l'autre de l'entretenir. On conçoit toutefois mal qu'une telle règle puisse être abandonnée – dans la mesure où elle garantit une solidarité entre les époux que l'on peut juger nécessaire, car consubstantielle à l'institution d'un couple.

Du reste, cette nécessaire solidarité entre époux ne saurait être ignorée à l'heure d'étudier le régime juridique applicable aux conjoint-e-s qui collaborent à l'activité de leurs époux et plus généralement la question du statut des femmes et des épouses en matière commerciale²⁰⁷. Ici comme ailleurs, c'est le mariage qui était la source de la distinction entre les hommes et les femmes : les femmes célibataires pouvaient librement exercer le commerce ; en revanche, jusqu'en 1942, les épouses ne pouvaient exercer le commerce sans obtenir à cette fin l'accord de leurs maris (en vertu de l'article 4, alinéa 1^{er} du Code de commerce, dans sa version de 1807). L'incapacité commerciale de la femme mariée n'avait donc rien d'original ; en revanche, plus remarquable était la relative indépendance de la commerçante mariée c'est-à-dire de la femme une fois autorisée par son mari à exercer le commerce. Cette liberté dans l'exercice du commerce se comprenait aisément, car elle est consubstantielle au monde des affaires. Le droit commercial a dès lors dérogé, pour les impératifs du commerce de l'épouse, aux règles civilistes d'exercice du pouvoir au sein du couple marié. Ainsi, dès 1807, une fois la capacité d'exercice acquise par le consentement du mari, l'épouse pouvait librement engager la communauté par l'accomplissement d'actes de commerce pour les besoins de sa propre activité commerciale, en vertu de l'article 5, al. 1^{er} du Code de commerce, dans sa version d'origine²⁰⁸. L'étendue du pouvoir de la femme mariée commerçante vis-à-vis de la communauté était donc assez remarquable dès les origines du droit commercial moderne, tout du moins si on la compare à celle de la femme mariée non commerçante à la même époque... La femme mariée à un commerçant était quant à elle appréhendée de manière totalement différente : comme une femme soumise. L'article 5, al. 2 du Code de commerce de 1807 disposait que la femme du commerçant « n'[était] pas réputée marchande publique, si elle ne fai[sai]t que détailler les marchandises du commerce de son mari ; elle n'[était] réputée telle que lorsqu'elle fai[sai]t un commerce séparé ». Cette présomption de non-commercialité conduisait à supposer l'inégalité au sein du couple, lorsque l'un et l'autre des époux collaboraient ensemble dans un commerce. Aussi des auteurs admettaient-ils à la veille de sa suppression, que la présomption de non

²⁰⁷ DUHAMEL Jean-Christophe, « Genre et rapports patrimoniaux entre époux », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 357 et s.

²⁰⁸ « La femme, si elle est marchande publique, peut sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux ».

commercialité de la femme mariée « ne s'explique que par l'idée de prééminence maritale (la femme est présumée être un préposé du mari, une sorte de vendeuse et non un co-exploitant)²⁰⁹ ». Mais cette justification n'était plus en phase avec son époque. Le rapporteur de la loi du 10 juillet 1982 n'exprime pas une opinion différente lorsqu'il énonce que « l'article 4 du Code de commerce résulte d'une conception aujourd'hui dépassée du rôle de la femme mariée au sein de l'entreprise familiale, [emportant] nécessité de supprimer cet archaïsme de notre Code de commerce²¹⁰ ». Ce fut chose faite par l'adoption de la loi précitée. À compter de cette loi, toutes les dispositions relatives au statut de conjoint de commerçant sont neutralisées. Pour autant, cette neutralisation a-t-elle fait disparaître tout stéréotype de genre en la matière, toute assignation des rôles dans le couple marié tirant ses revenus d'une activité commerciale ? On peut en douter. D'une part, la loi de 1982, qui a créé le statut de « conjoint collaborateur » charrie, à l'instar des textes relatifs aux régimes matrimoniaux, un certain modèle social : faut-il rappeler que le conjoint est la seule personne en droit français qui est présumée se mettre, à titre bénévole, au service de son époux ou de son épouse commerçante ? Or, et d'autre part, le « conjoint collaborateur », assistant bénévole dans le fonds de commerce, demeure aujourd'hui très majoritairement une femme – à hauteur de plus de 90%. Surtout, l'analyse d'un panel de décisions de justice, composé de 49 décisions principalement rendues par les juridictions, révèle que les juges protégeraient davantage, face aux créanciers du commerce, l'épouse collaboratrice que le mari collaborateur. La neutralisation des textes n'a pas emporté une neutralité des pratiques juridictionnelles.

Examinées sous le prisme du genre, les règles relatives aux richesses du couple, bien que neutralisées, ne semblent pas se départir totalement de la sexospécificité qui, longtemps, les a caractérisés. La question du genre se pose nécessairement en des termes différents lorsque sont en cause les modalités et l'encadrement de la transmission des richesses par le droit civil, historiquement marquée par l'égalité au regard du sexe, du moins entre enfants.

S'agissant, en premier lieu, de la transmission à cause de mort organisée par la loi, c'est à dire du droit des successions²¹¹, le dispositif juridique se présente comme sexo-indifférent : la neutralité des textes du Code civil ne connaît désormais plus aucune exception. Pourtant, derrière cette apparence, le dispositif successoral continue à véhiculer certains stéréotypes – non pas s'agissant des successions dévolues aux enfants, mais de la figure du conjoint survivant c'est à dire des rapports entre époux. Partant du constat que le veuvage est majoritairement subi par des femmes, le législateur français a pensé les droits du conjoint survivant à l'aune, essentiellement, du modèle féminin. Mais c'est une image plurielle des femmes qui se dégage de l'analyse des textes. Les femmes sont, parfois, conçues comme dépendantes économiquement des époux, évoluant dans le sillage de leurs conjoints : logiquement, alors, les règles de droit visent à assurer la stabilité de la situation économique

²⁰⁹ DU PONTAVICE Emmanuel, DUPICHOT Jacques, *Droit commercial*, vol. 1, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1981, spéc. n° 125, p. 379.

²¹⁰ BOUVIER Raymond, *Rapport sur le projet de loi relatif aux conjoints d'artisans et de commerçant travaillant dans l'entreprise familiale*, Sénat, n° 316, 5 mai 1982, spéc. p. 21.

²¹¹ GODECHOT-PATRIS Sara, « Analyse genrée du droit des successions. Étude de droit interne et de droit international privé », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 377 et s.

de la veuve, en particulier en lui accordant des droits en usufruit sur l'ensemble de la succession du défunt. Parfois, au contraire, se dégage des textes une image des femmes très différente, car égales, en particulier en termes de capacité de gestion, des hommes, et auxquelles on reconnaît par conséquent des droits en pleine propriété. Mais on ne saurait nier que cette image soit elle-même liée à une figure caricaturale : celle de la femme jeune épousant un homme âgé en vue de se ménager une situation financière confortable. Au-delà, la question du droit des successions se prête toute particulièrement à une analyse de droit international privé. Car l'égalité des héritiers, indépendamment de leur sexe, qui semble imprégner le droit des successions, se trouve fragilisée dans un contexte international : l'inégalité des sexes sur laquelle reposent certains systèmes de droit étranger ne se trouve pas systématiquement sanctionnée au nom du respect des principes essentiels du droit français. C'est le cas lorsque se pose la question de la transmission des biens aux épouses, dans le contexte d'un mariage polygamique – dont la réception par le droit français produit des effets discutables. La jurisprudence n'hésite pas en effet à mettre en place un système à deux vitesses. L'inégalité homme/femme inhérente à la polygamie, si elle est, aux yeux des juridictions françaises, acceptable lorsque tous les conjoints ont la nationalité d'États l'autorisant, ne l'est plus dès lors que le premier conjoint a la nationalité française. La seconde épouse se voit ainsi privée de tout droit. La prise en considération de la nationalité si elle tend à rétablir l'égalité entre hommes et femmes devient paradoxalement un critère de discriminations entre les femmes. Quant aux droits des enfants dans un contexte international, il faut souligner que l'entrée en vigueur prochaine du règlement européen sur les successions internationales devrait être de nature à multiplier les hypothèses où des lois étrangères discriminatoires trouveront à s'appliquer devant les tribunaux français. Les voies de la protection des droits des femmes prêtent alors à controverses.

S'agissant, en second lieu, de la transmission à titre gratuit des richesses selon la volonté du propriétaire, c'est à dire du droit des libéralités²¹², la dynamique semble opposée à celle constatée dans les autres matières : l'exigence d'égalité, très forte en 1804, semble en recul. En dépit du principe d'égalité entre les héritiers et de la prohibition de toute inégalité selon le sexe de l'article 735 du Code civil, par testament ou donation, l'auteur de la libéralité peut remettre en cause leur vocation légale à recevoir chacun-e une quote-part de ses biens en nature ou en valeur. Simples motifs, et bien difficiles à identifier en tant que telles, les éventuelles préférences de genre qui pourraient animer son choix demeurent en elles-mêmes hors de portée du droit – et ne peuvent pas en principe être saisies comme des discriminations prohibées, sauf à ce que le motif discriminatoire soit explicité dans la libéralité, mais l'hypothèse semble d'école. Or le risque d'une transmission inégalitaire genrée paraît d'autant plus fort que le recul de l'ordre public successoral en la matière confère une place éminente à la volonté du disposant : dans certains cas, le propriétaire peut dorénavant rompre en profondeur l'égalité entre ses héritiers – sans que le droit semble apte à déjouer son éventuel dessein discriminatoire. Se dévoile alors une tension fondamentale : le libéralisme croissant en la matière semble de nature à mettre en danger les droits des femmes. Tandis que l'ancien ordre public protégeait, l'empire du propriétaire

²¹² AUTEM Delphine, « La transmission des biens par libéralités », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 393 et s.

sur ses biens fragilise la situation des femmes. Certes, pour que l'ordre public successoral s'efface totalement, le consentement des héritiers, en l'occurrence des héritières, exprimé dans une renonciation anticipée à l'action en réduction, devra être recueilli. Mais l'analyse féministe du droit permet précisément de mettre en question le sens d'un consentement donné dans un contexte de domination ...

Ce « verrou » qu'est la place croissante laissée à la volonté en matière de libéralités semble en revanche totalement hors-sujet s'agissant du droit des pensions – de sorte que la matière semble plus sujette à la prise en considération de l'exigence contemporaine d'égalité entre les hommes et les femmes. Et, de fait, si longtemps, le droit des pensions a fait une place à part aux femmes, le mouvement semble toutefois, ici comme ailleurs en matière patrimoniale, d'une radicale neutralisation des énoncés, voire plus.

Une étude générale de la question permet en effet de mettre en évidence la sensibilité de la matière à l'argument de la discrimination indirecte. De fait, en France comme dans d'autres pays, les pensions de retraite des femmes sont nettement inférieures à celle des hommes. Or il s'avère que cette inégalité est organisée par le droit : les modalités de calcul des pensions de retraite françaises désavantagent en effet les femmes, dans la mesure où ces modalités sont pensées pour des carrières longues, complètes et ascendantes. Le modèle idéal-typique est ici celui des carrières professionnelles masculines, les carrières féminines se déroulant selon d'autres trajectoires, en raison notamment de la charge inégalement répartie des responsabilités familiales. Dans ce contexte, se pose la question de l'aptitude du droit de la non-discrimination à se saisir des inégalités factuelles de retraite entre les femmes et les hommes, pour les corriger. À cette fin, c'est l'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe qui est mobilisé - non sans succès. Il faut en particulier signaler plusieurs décisions récentes de la Cour de cassation, dans lesquelles elle censure des dispositifs de retraite sur le fondement d'une discrimination indirecte en raison du sexe. Ainsi, dans une décision du 6 juin 2012²¹³, elle conclut à l'existence d'une discrimination indirecte non justifiée dans le régime de retraite complémentaire AGIRC. Selon la Cour de cassation, le refus de l'AGIRC d'affilier les salariés de la Mutualité sociale agricole (MSA) qui exercent les fonctions d'assistants du service social, de délégués à la tutelle et de conseillers en économie sociale constitue une telle discrimination. En effet, ces fonctions sont majoritairement occupées par des femmes, alors que des fonctions d'un niveau comparable et dépendant de la même convention collective, occupées principalement par des hommes, sont affiliées à l'AGIRC. Les objectifs invoqués par l'AGIRC à l'appui de cette inégalité de traitement sont écartés : l'AGIRC « ne [justifie] pas du caractère nécessaire et approprié du refus d'affiliation des catégories essentiellement féminines d'assistant du service social, de délégué à la tutelle et de conseiller en économie sociale ». Moins d'un mois plus tard, le 3 juillet 2012²¹⁴, la Cour de cassation relève à nouveau une discrimination indirecte, cette fois dans le dispositif de

²¹³ Cass. Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489, P+B, RJS 08/12 n°677 ; *Dr. soc.* 2012, p. 813, rapp. GOSELIN Hervé ; *D.* 2013, p.1031 obs. PORTA Jérôme et p. 1243, obs. LAULOM Sylvaine; *JCP E* 2012 n°41 p.46, obs. CHOPIN Frédérique ; *JCP S* 2012 n°37 p.30, obs. ROZEC Philippe et MANIGOT Vincent ; RDT 2012.496, obs. MINE Michel ; *JCP G* 2012.1508, obs. MERCAT-BRUNS Marie ; *Dr. Ouvr.* 2012.687, note LANQUETIN Marie-Thérèse ; *Dr. Soc.* 2013.447, note BARTHELEMY Jacques. Voir déjà dans la même affaire le premier arrêt de la Cour de cassation, Cass. Soc. 14 janv. 2009, n°06-41902, inédit.

²¹⁴ Cass. 2^{ème} Civ. 3 juillet 2012 n°10-23013, RJS 10/12 n°797 ; *JCP S* 2012 n°46 p.34, note TRICOIT Jean-Philippe.

retraite supplémentaire du GIE Pari Mutuel Hippodrome : la condition d'avoir été rémunéré au moins 200 heures par trimestre pendant quinze ans pour bénéficier de l'allocation de retraite supplémentaire est discriminatoire, car elle affecte un pourcentage considérablement plus élevé de travailleuses que de travailleurs ; en effet, contrairement aux hommes, les femmes occupent majoritairement un emploi à temps partiel dans les entreprises relevant de ce dispositif de retraite supplémentaire. Malgré cette réception notable de l'instrument de la discrimination indirecte dans le champ des pensions de retraite, on constate toutefois que toutes les questions ne se prêtent pas aussi bien à la prise en compte des phénomènes de discrimination indirecte. Ainsi, il est avéré que les périodes d'interruption de carrière ont généralement une incidence négative sur le montant des pensions de retraite, dans la mesure où ces périodes ne sont pas rémunérées et ne donnent pas lieu au versement de cotisations sociales. Par conséquent, dans un système où les droits à pension de retraite sont fondés sur l'activité professionnelle, les assurés sociaux qui connaissent des périodes d'inactivité professionnelle sont désavantagés par rapport à ceux dont l'activité professionnelle n'a pas été interrompue. Les femmes étant davantage que les hommes concernées par les interruptions de carrière, ce mode d'acquisition des droits à retraite pénalise beaucoup plus les femmes que les hommes. À première vue, l'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe paraît donc pertinent pour contester les effets de genre produits par ce mode de calcul des pensions de retraite. Pourtant, alors que la question a été soumise à la CJUE, dans une affaire relative au calcul d'une pension d'invalidité qui concernait la législation espagnole, la Cour a refusé de reconnaître l'existence d'une discrimination indirecte (CJUE, 26 juillet 2009, *Gómez-Limon*). En l'espèce, la diminution de l'activité professionnelle était liée à un congé parental. En application de la réglementation nationale, l'exercice à temps partiel d'un congé parental entraînait une réduction proportionnée des cotisations²¹⁵. L'acquisition des droits à pension de retraite était diminuée en conséquence. La Cour de Justice reconnaît que les femmes subissent davantage que les hommes les effets de ce mode de calcul des pensions de retraite. Pourtant, elle écarte la discrimination indirecte – au terme d'un raisonnement juridique hasardeux qui illustre parfaitement l'embarras des juges à reconnaître pleinement les effets de genre induits par la réglementation en matière de retraite, et que l'on retrouve dans des termes très proches en droit français²¹⁶. Comment expliquer cette réception différenciée de l'argument de la discrimination indirecte ? On peut avancer l'hypothèse que cette réception à géométrie variable s'explique par le fait que la convention de genre n'est pas en cause dans la première hypothèse, alors qu'elle est au cœur du débat dans la seconde. Dans le premier cas, la discrimination indirecte permet de « démasquer » la sous-valorisation de métiers, de professions ou de statuts d'emploi majoritairement occupés par des femmes. En sanctionnant cette discrimination, le juge empêche que l'institution de protection

²¹⁵ Les cotisations étaient calculées sur le salaire perçu en contrepartie du travail à temps partiel.

²¹⁶ En droit français, le travailleur qui prend un congé parental doit cesser au moins partiellement son activité professionnelle (congé parental d'éducation à temps plein ou à temps partiel). Sa rémunération est réduite proportionnellement au temps travaillé et les cotisations sociales ne sont dues que sur cette rémunération du travail : l'acquisition de droits à pension de retraite ne concerne donc que le congé parental à temps partiel et elle est réduite à due proportion du temps travaillé. En parallèle, le travailleur perçoit une allocation versée par la branche Famille de la Sécurité sociale, mais cette allocation est forfaitaire (elle n'est pas proportionnelle à la dernière rémunération) et elle ne donne pas lieu à cotisations sociales en vue de la retraite.

sociale ne fasse siens ces stéréotypes de genre²¹⁷. En revanche, l'incidence des périodes d'interruption de carrière sur les pensions de retraite met directement en cause la convention de genre inhérente au système de protection sociale, en vertu de laquelle les hommes et les femmes ne sont pas censés avoir exactement le même rapport au travail, du fait en particulier de la prégnance du stéréotype de *M. Breadwinner*. Reconnaître la discrimination indirecte reviendrait à souligner les effets de genre induits par les paramètres de calcul des pensions de retraite, et à mettre en cause le modèle de carrière « masculin » privilégié par le système français des retraites. Le refus des juges de reconnaître la discrimination indirecte en raison du sexe traduit sans doute une certaine prudence face à ce débat de société majeur.

Et les conventions de genre en cause peuvent s'avérer plus résistantes que l'on pourrait, au premier abord, le croire ou l'espérer – comme l'établit l'analyse approfondie des pensions de la fonction publique²¹⁸. En la matière, il a fallu attendre 1992 pour que le juge administratif accepte enfin de tirer les conséquences de l'évolution de la législation civile et neutralise la signification initialement sexuée de la notion de « chef de famille »²¹⁹, et 2002 pour qu'il impose de façon générale à l'administration de tirer les conséquences d'une situation juridique nouvelle en adaptant tout texte ancien à la lumière du principe d'égalité, solution de nature à reconnaître aux femmes le bénéfice d'indemnités qu'un tel texte réservait explicitement (sans justification objective et raisonnable) aux hommes²²⁰. Et c'est en 2003 que le législateur, sous la pression du droit communautaire, prit le relais et expurgea le code des pensions de la fonction publique de toutes les anciennes références genrées, qui faisaient de celui-ci le réceptacle d'une vision différenciée des rôles sociaux des hommes et des femmes. Le genre semblait alors avoir disparu à jamais du droit des pensions. Toutefois, écarté de la loi, chassé par la porte, le genre a su revenir par la fenêtre, par le règlement. En effet, les dispositions réglementaires du code des pensions relatives aux avantages de retraite censés compenser les contraintes de la parentalité ont réintroduit, avec l'aval du juge, l'idée d'une différence des rôles féminins et masculins en matière d'éducation des enfants. C'est en particulier la définition réglementaire de « l'interruption d'activité » qui mérite attention²²¹. Elle doit, au plan temporel, « être d'une durée continue au moins égale à deux mois » et, au plan matériel, intervenir dans le cadre de l'un des congés statutaires limitativement énumérés par le décret, mais au nombre desquels figure spécifiquement le « congé pour maternité ». Bien entendu, l'ensemble des autres congés visés est ouvert aux hommes (congé d'adoption, congé parental, congé de présence parental, disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans). L'un d'entre eux leur est même réservé dans le cadre de l'article R. 37 du Code des pensions civiles et militaires

²¹⁷ Cette analyse sied pleinement à l'usage du mécanisme de la discrimination indirecte en raison du sexe en droit du travail : c'est « la lutte contre les stéréotypes et la neutralisation des pratiques qui, si elles répondent parfois à l'intérêt de l'entreprise », sont visées par les exigences d'égalité entre les sexes (LHERNOULD Jean-Philippe, *op. cit.*).

²¹⁸ ZARCA Alexis, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 431 et s.

²¹⁹ CE, sect., 6 novembre 1992, *Mme Perrault*, req. n°93734, Rec. p. 398, JCP 1993.II.22055, concl. Lasvignes.

²²⁰ C.E., ass., 28 juillet 2002, *M. Villemain*, req. n°220361, *A.J.D.A.* 2002, p. 589, chron. F. Donnat et D. Casas.

²²¹ Art. R. 13 et R 37 du Code des pensions civiles et militaires.

puisqu'il vise de surcroît le « congé de paternité », ce qui à vrai dire interroge dans la mesure où la durée légale de ce congé (onze jours²²²) ne permet pas de répondre à la condition tenant à la durée de l'interruption pour prétendre à l'avantage (deux mois). A l'inverse, la durée du congé pour maternité (quatre mois)²²³ permet que cette condition de durée soit systématiquement remplie et, surtout, l'objet même de ce congé lui confère un caractère quasi-captif puisque, à la différence de ce qu'il en est pour tous les autres congés visés, les femmes concernées ont vocation à toujours en faire usage. Autrement dit, le dispositif réglementaire aboutit clairement à garantir, au bénéfice des seuls fonctionnaires féminins, l'automatisme de l'attribution de la bonification pour éducation des enfants. Ce faisant, le dispositif véhicule indiscutablement cette idée que la maternité signifie nécessairement (ontologiquement ?) éducation des enfants : contrairement aux pères qui doivent, eux, en apporter la preuve, les mères seraient *présumées* assurer l'éducation des enfants. Les dispositions de ce type sont-elles véritablement à l'abri de toute remise en cause ? Sauf à démontrer que la période du congé de maternité affecte réellement le déroulement de la carrière des fonctionnaires féminins de l'Etat, ce qui ne relève pas de l'évidence, on ne voit pas bien, si la disposition est maintenue, comment elle pourrait échapper aux fourches caudines du principe d'égalité entre hommes et femmes. A moins encore que la Cour de justice de l'Union européenne elle-même accepte d'entériner cette idée que la maternité, contrairement à la paternité, emporte présomption irréfragable d'éducation des enfants. Car si tel n'est clairement pas le sens du modèle social qu'elle promeut à travers l'ensemble de sa jurisprudence²²⁴, à l'instar de la Cour de Strasbourg au demeurant²²⁵, il faut aussi se souvenir que, dans une incise passée assez inaperçue au cœur de son arrêt *Griesmar*, elle avait indiqué que la condamnation de la loi française, en tant qu'elle empêchait à l'époque à tout fonctionnaire masculin d'apporter la preuve de l'exercice effectif de sa parentalité, était une solution qui s'imposait « indépendamment de la question de savoir si une telle preuve devrait être également exigée des fonctionnaires féminins ayant des enfants »²²⁶. A l'évidence le législateur, le pouvoir réglementaire et le juge administratif français se sont engouffrés dans cette brèche que la Cour, laissant la question en suspens, n'a pour l'heure pas refermée.

Au demeurant, et du reste, on ne saurait exclure que certaines des solutions du droit positif en matière de pensions, aient un lien avec la protection des deniers publics. Or, que l'on s'intéresse aux recettes, c'est à dire au droit fiscal, ou aux dépenses, c'est à dire au droit budgétaire, les règles de droit qui ont pour objet ces deniers se prêtent à une analyse en termes de genre.

²²² Art. L. 331-8 du code de la sécurité sociale. Le congé de paternité doit être pris dans les quatre mois à compter de la naissance de l'enfant (art. D. 331-8). Au plus peut-il être porté à 18 jours en cas de naissances multiples.

²²³ Art. L. 331-3 du code de la sécurité sociale.

²²⁴ V. à propos de l'extension du congé d'allaitement aux pères, C.J.U.E., 30 septembre 2010, *Roca Alvarez c/ Sesa Start España ETT SA*, aff. C-104/09.

²²⁵ V. à propos du congé parental des militaires masculins, C.E.D.H., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/ Russie*, n°30078/06, *A.J.D.A.* 2012, p. 1730, chron. BURGORGUE-LARSEN Laurence ; *D.* 2013, p. 1245, obs. PICHARD Marc.

²²⁶ Point 58 de l'arrêt.

À propos des recettes, c'est à dire du droit fiscal²²⁷, le constat s'impose de la persistance d'un dispositif juridique initialement construit à partir d'une certaine conception du couple et de la répartition des fonctions en son sein : le mécanisme du foyer fiscal a été conçu à l'origine suivant une approche sexiste de la cellule familiale, au détriment de l'épouse – et continue à produire des effets de cet ordre. En particulier, le droit fiscal français s'avère peu incitatif au travail des femmes vivant en mariage : le quotient conjugal a un effet désincitatif car il impose le revenu du second apporteur – le plus souvent l'épouse – au taux marginal d'imposition du premier apporteur²²⁸ ; « lorsque l'homme travaille et a un revenu plus élevé ou égal à celui de la femme, la taxe sur l'activité féminine est plus importante dans un système d'imposition joint »²²⁹. Cette analyse du foyer fiscal n'est pas sans rappeler celle de la contribution aux charges du mariage comme autre facteur de désincitation au travail. Toutefois, alors que cette dernière paraît consubstantielle aux couples institués, il n'en va pas de même de l'imposition commune des époux : l'alternative existe, ce qu'illustrent droit comparé et travaux doctrinaux, principalement étrangers. C'est au regard de l'existence de modèles alternatifs, qui établissent que d'autres solutions sont envisageables, que le jugement sur le système français doit être étayé – même s'il est probable que certaines pistes ne puissent pas être acculturées, comme la discrimination fiscale positive²³⁰.

De fait, cette influence des modèles étrangers est prégnante à propos des dépenses, c'est à dire du droit budgétaire²³¹ – qui voit l'émergence de la notion de budget sensible au genre. Un budget sensible au genre - ou encore un budget genré – ne vise pas à créer un budget distinct pour les femmes ni même à augmenter les crédits des programmes les concernant ; il a vocation à prendre en compte les différences de rôles, capacités et besoins entre les femmes et les hommes et donc à intégrer la dimension de genre dans la conception, la

²²⁷ TRINDADE MARINHO Anapaula et VAPAILLE Laurence, « La fiscalité des particuliers au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 449 et s.

²²⁸ BEN JELLOU Mahdi et SCHAFF Clément, « Réformer la politique familiale. Pourquoi et pour qui ? », BEN JELLOUL Mahdi et SCHAFF Clément, « Réformer la politique familiale. Pourquoi et pour qui ? », *Revue de l'OFCE*, 2012, n° 122, p. 179.

²²⁹ ECHEVIN Damien, « L'individualisation de l'impôt sur le revenu : équitable ou pas ? », *Economie et prévision*, 2003/4, p. 155.

²³⁰ La discrimination fiscale positive serait fondée sur l'élasticité de l'offre de travail des femmes et sur le fait que la population féminine est majoritairement plus sensible en termes de pauvreté, chômage, travail non-qualifié et sous-emploi (ALESINO Alberto, ICHINO Andrea, KARABARBOUNIS Loukas, « Gender-Based Taxation and the Division of Family Chores », *American Economic Journals: Economic Policy*, 2001, p.1-40). Nombre d'écrits doctrinaux insistent sur le fait que l'offre de travail des femmes a une propension à varier du fait de leur rôle dans la procréation et dans les soins prodigués à la cellule familiale. A l'élasticité de l'offre de travail des femmes s'opposeraient la rigidité et le caractère constant de l'offre de travail masculine, qui seraient à l'origine d'un pouvoir économique stable et confortable. Partant de cet état de fait, au lieu de laisser à l'Etat Providence le soin de financer des politiques familiales à travers l'impôt, différents auteurs soutiennent l'opportunité de compenser par un régime fiscal plus favorable cette élasticité subie par les femmes. Suivant la logique de la discrimination fiscale positive, les femmes pourraient bénéficier de taux d'imposition moins élevés, en même temps que les hommes seraient soumis à des taux d'imposition sensiblement plus forts. La disparité permettrait d'attirer les femmes sur le marché du travail, tout en les encourageant à gagner plus d'argent et à travailler plus. La discrimination fiscale positive au profit des femmes permettrait d'abandonner les mesures fiscales incitatives ou palliatives au non-emploi des femmes. La discrimination positive en faveur des femmes viserait à compenser le poids de la conciliation entre procréation, soins à la petite enfance et carrière professionnelle. L'imposition à un taux moins élevé serait la compensation d'éventuels ralentissements de la carrière professionnelle des femmes-mères.

²³¹ GÉLY Marie-Laure, « Le budget de l'État : un budget sensible au genre ? », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 469 et s.

réalisation et l'évaluation de toutes les politiques publiques. Le budget ne doit plus être soumis aux seules priorités économiques ; il doit aussi intégrer l'égalité entre les femmes et les hommes qui, par le passé, relevait des seules politiques sociales. Un tel budget est le fruit d'une stratégie relevant d'une décision politique forte et obéit à une méthode qui consiste à combiner le financement d'actions spécifiques mais aussi d'actions transversales. En France, le budget de l'État affiche une sensibilité au genre particulièrement manifeste depuis 2012 dans les documents budgétaires. Ainsi le projet annuel de performance – ou bleu budgétaire – du programme n°137 « Égalité entre les femmes et les hommes » annexé au projet de loi finances pour 2014 indique les cinq actions financées par le budget de l'État, en particulier l'« égalité entre les femmes et les hommes dans la vie professionnelle, économique, politique et sociale », la « promotion des droits, prévention et lutte contre les violences sexistes » et la « prévention et [la] lutte contre la prostitution et la traite des êtres humains ». Dans le projet de loi de finances, sur les 138 programmes que compte le budget général, 31 concourant à la réalisation de la politique transversale en faveur de l'égalité réelle sont rassemblés dans un document de politique transversale de 134 pages. Plus précisément, la stratégie de la « Politique de l'égalité entre les femmes et les hommes » est menée par six axes²³². Le gouvernement s'engage à financer des actions pour : « construire la culture de l'égalité des sexes dès le plus jeune âge », « agir contre la pauvreté et l'exclusion sociale », « lever les obstacles à l'égalité professionnelle effective », « réduire les inégalités entre les femmes et les hommes en matière de santé », « combattre les violences faites aux femmes, protéger les victimes et prévenir la récurrence », « affirmer la diplomatie des Droits des femmes au niveau international ». La promotion de l'égalité passe notamment par la lutte contre les stéréotypes sexistes²³³. En effet, les représentations conduisent trop souvent à donner une image dévalorisante des femmes ou ne leur permettent pas d'exprimer leurs compétences à l'égal des hommes. Ainsi, l'axe 1 vise essentiellement à favoriser l'acquisition et la transmission à l'école d'une culture de l'égalité entre les sexes, à promouvoir le rôle des femmes dans les programmes scolaires et à veiller à la mixité dans toutes les filières de formation pour une meilleure insertion dans l'emploi. Néanmoins, la perspective de genre doit être affinée, précisée, perfectionnée. C'est uniquement à cette condition que le budget pourra s'avérer un outil majeur de l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

Mais cette égalité réelle, et plus précisément cette égalité économique réelle, se construit, probablement avant toute chose, par le rééquilibrage des rôles familiaux. C'est pourquoi il semble pertinent d'aborder l'autorité parentale au sein des normes relatives aux ressources et aux richesses²³⁴. Car avoir égard de manière générale à la situation des femmes et des hommes dans la société conduit nécessairement à lier les deux questions : la charge des enfants, qui pèse très majoritairement sur les mères, nuit à leur carrière. Certes, après avoir

²³² Et non 3 axes comme en 2013 : « Rendre effective l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et favoriser l'articulation des temps de vie », « Lutter contre les violences faites aux femmes et les atteintes à leur dignité », « Agir contre les facteurs spécifiques de la pauvreté et de l'exclusion sociales des femmes ».

²³³ ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre : « vieilles lunes » ou nouvelles perspectives pour le droit ? », in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013, pp. 93-123.

²³⁴ DIONISI-PEYRUSSE Amélie et PICHARD Marc, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 487 et s. V. aussi, pour une analyse plus succincte DIONISI-PEYRUSSE Amélie et PICHARD Marc, « Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit », *AJ famille*, mars 2014, p. 174 et s.

été longtemps marqués par une forte sexospécificité, les énoncés relatifs à l'autorité parentale dans le Code civil s'avèrent désormais d'une absolue neutralité en termes de genre. Pour autant, on constate que l'exercice effectif des prérogatives d'autorité parentale demeure très inégalitaire : la charge des enfants pèse toujours à titre principal sur les mères, chez lesquelles la résidence habituelle des enfants est encore très majoritairement fixée²³⁵ ; les prérogatives des pères, et le principe de codécision, sont fragilisés. On ne saurait dès lors exclure que des normes pourtant *genderblind* participent à cette distribution des fonctions sociales. L'identification de la part du droit dans la persistance des inégalités de genre en matière d'autorité parentale passe par l'examen des normes relatives à la codécision : celles-ci renforcent la place du parent chez lequel l'enfant réside effectivement du fait du régime spécifique reconnu aux actes usuels, sans instaurer de solution pleinement satisfaisante en cas d'abus de pouvoir. Elle nécessite surtout de s'interroger sur les dispositions relatives à la fixation de la résidence habituelle de l'enfant. En particulier, on constate en la matière une sorte d'invitation des règles de droit à l'accueil des pratiques majoritaires et à la continuité des pratiques individuelles des parents, lorsque le couple vient à se séparer et que se pose la question de la fixation de la résidence habituelle de l'enfant mineur, ce qui est de nature à consolider une répartition genrée des fonctions et à faire peser la charge des enfants mineurs en priorité sur les mères. Cette tendance du droit s'exprime parfois par des règles d'ordre procédural, parfois par des règles de fond. Sur le plan procédural, les textes tendent à privilégier, au nom de la pacification des relations familiales, les accords entre les parents. Or les accords interindividuels peuvent s'analyser comme particulièrement propices à la reproduction des modèles sociaux dominants, de sorte que l'on pourrait craindre qu'ils fassent la part belle à l'attribution aux mères de la charge de l'éducation des enfants. - qui leur incombait bien souvent avant la séparation. Certes, au premier abord, le risque ne semble pas se réaliser puisque la résidence alternée est plus souvent adoptée en cas d'accord entre les parents que dans un contexte contentieux. Mais, d'après plusieurs études, le surcroît de résidence alternée se fait au détriment de la résidence chez le père, la part de résidence chez la mère restant fixe. Les accords réduisent la part des résidences habituelles chez les pères. L'inquiétude est donc fondée : la place laissée aux accords de volonté est une place laissée aux arrangements domestiques conçus comme « normaux » ou antérieurs à la séparation – et ainsi la charge des enfants persiste-t-elle à peser principalement sur les mères. S'agissant des règles de fond, il convient de s'arrêter sur les critères que le juge doit prendre en considération lorsqu'il lui revient de fixer lui-même la résidence. Le juge doit, avant toute chose, avoir égard à l'intérêt de l'enfant, en vertu de l'article 371-1 du Code civil. Mais certains textes précisent les éléments que le juge doit solliciter pour identifier cet intérêt. Sont en particulier cités, dans cet ordre, à l'article 373-2-11 du Code civil : « 1° La pratique que les

²³⁵ En 2012, 71 % des enfants voient leur résidence habituelle fixée, par une décision définitive, chez leur mère (ils étaient plus de 80 % en 2003 et 73,5 % en 2010), 17 % en alternance chez chacun de leurs parents (9,9 % en 2004 et 16,5 % en 2010) et environ 12 % chez leur père. En cas d'accord entre les parents, trouvé dans plus de 80% des cas, la proportion de résidences chez la mère demeure identique, la résidence alternée augmente, au détriment de la résidence chez le père, qui tombe à 10%. Par ailleurs, la prépondérance de la résidence chez la mère s'accroît avec le jeune âge de l'enfant (elle concernait 90% des enfants de moins de deux ans en 2007 et 84% des enfants de moins de cinq ans pour lesquels un accord entre les parents avait été trouvé en 2012. V. en part. GUILLONNEAU Maud et MOREAU Caroline, *La résidence des enfants de parents séparés. De la demande des parents à la décision du juge*, Ministère de la Justice, nov. 2013, p. 5.

parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ; 2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur [...] ; 3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ; 4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ; 5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales [...] ; 6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre ». On ne saurait exclure que ces critères, formellement neutres, conduisent pourtant à donner la priorité à la résidence auprès de la mère. Ainsi, le critère des pratiques ou accords antérieurs favorise probablement la persistance d'une certaine répartition des fonctions au sein du couple. Il revient à présumer que la stabilité est dans l'intérêt de l'enfant – lors même que la situation économique des parents a pu être bouleversée par la séparation. Et il n'est pas exclu que la place ménagée aux sentiments exprimés par l'enfant, en particulier dans l'hypothèse où celui-ci est encore jeune, oriente vers la même solution, lorsque, jusqu'à présent, c'est sa mère qui s'est occupé de lui au quotidien. Dans le même sens, la norme selon laquelle les expertises doivent notamment tenir compte de l'âge de l'enfant invite à considérer que certains âges seraient l'apanage d'un certain parent. La neutralité des énoncés relatifs à l'autorité parentale n'implique donc pas la neutralité des normes que signifient ces énoncés, en termes de genre. Se pose alors la question de la possibilité de concevoir des énoncés qui permettraient de rompre efficacement avec la consolidation des stéréotypes de genre par la règle de droit. De fait, la recherche d'une solution alternative ne pose en l'occurrence pas de difficulté particulière. On conçoit aisément l'insertion dans le Code civil d'un principe, inexistant en l'état des textes, selon lequel l'enfant devrait bénéficier d'une résidence alternée ou même plus précisément selon lequel l'enfant devrait bénéficier d'un temps égal (en quantité et en qualité) auprès de chacun de ses parents. Une telle disposition serait susceptible de produire deux types d'effets. En aval, elle impliquerait que le juge motive spécialement sa décision de ne pas fixer la résidence de l'enfant également chez chacun de ses parents. En somme, faire référence à l'intérêt de l'enfant ne saurait suffire pour écarter la résidence alternée – ou de manière générale les modalités d'exercice de l'autorité parentale les plus égalitaires possibles au regard de la situation de fait. Le sacrifice de l'égalité devrait être justifié en lui-même - ce qui ne signifie évidemment pas qu'il ne pourrait jamais être justifié. En amont, elle impliquerait que les parents eux-mêmes, dans une matière marquée par son indisponibilité, justifient des raisons pour lesquelles une résidence alternée leur semble impossible. Une telle contrainte serait l'occasion pour chacun des parents de s'interroger sur ses motivations et ses priorités. Il est en effet avéré que, dans une grande majorité de cas, les pères ne demandent pas la résidence principale, ni même la résidence alternée. Ce faisant, ils lient en fait sinon en droit le juge qui peut hésiter à imposer une résidence chez un parent qui ne la demande pas. La contrainte argumentative aurait au moins le mérite de conduire chacun des parents, et en particulier le père, à exposer pourquoi il ne pense pas être en mesure d'assumer au quotidien sa responsabilité éducative auprès d'un enfant, et pourquoi, par exemple, il pense que cette charge serait strictement incompatible avec ses responsabilités professionnelles, quand elle serait parfaitement compatible avec la carrière – actuelle ou future - de la mère ... Plus d'un conclurait probablement alors qu'il lui est possible de ménager à l'enfant une place – et libérerait d'autant l'autre parent de cette charge « domestique ».

III. PARITE ET MIXITE

Y aurait-il un piège de la parité ? Le concept, forgé en France au cœur de débats constitutionnels au cours des années 1990, suscite un vif intérêt au-delà de nos frontières – tant au plan théorique qu’au plan politique.

Théoriquement, il a attiré l’attention de nombreux chercheurs en sciences humaines et sociales. Ceci tient notamment aux réorientations de la compréhension traditionnelle du concept de citoyenneté qu’il emporte. L’historienne américaine Joan Wallach Scott, qui avait déjà travaillé sur le mouvement féministe français et la manière dont il se positionnait par rapport à la notion de « droits de l’homme »²³⁶, a ainsi consacré un ouvrage à ce concept²³⁷. De nombreux/ses politistes de par le monde se sont, similairement, intéressés aux quotas de sexe en politique²³⁸ –souvent, en prenant appui sur l’expérience française²³⁹. La théorie constitutionnelle, enfin, propose ici et là un renouvellement de l’approche traditionnelle de la notion de représentation sur la base du concept de parité²⁴⁰.

Au plan concret, on ne peut que constater que les réformes paritaires se sont multipliées de par le monde. Si elle a trouvé dans les instances parlementaires son berceau premier (plus de la moitié des pays au monde ont aujourd’hui adopté un mécanisme à cette fin, qu’il s’agisse de quotas, de sièges réservés²⁴¹ ou de règles internes aux partis politiques²⁴²), l’authentique matrice réformatrice paritaire qui se déploie aujourd’hui semble migrer vers des domaines nouveaux. On voit ainsi des mécanismes paritaires apparaître et se développer au sein des instances de gouvernance économique²⁴³, dans les procédures

²³⁶ SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l’homme* (1996), Albin Michel, 1998.

²³⁷ SCOTT Joan, *Parité ! L’Universel et la différence des sexes*, Albin Michel, 2005.

²³⁸ Voir notamment DAHLERUP Drude, *Women, Quotas and Politics*, Routledge, 2006 et notamment les projets menés par son groupe : <http://www.quotaproject.org>. En langue française : SENAC Réjane, *La parité*, PUF, 2008, Coll. Que sais-je ; LEPINARD Eléonore, *L’égalité introuvable. La parité, les féministes et la République*. Paris : Presses de Science Po, 293 p., 2007.

²³⁹ Voir par exemple les travaux de KROOK Mona Lena : (avec MURRAY Rainbow, OPELLO Katherin), « Why are gender quotas adopted ? Parity and Party Pragmatism in France », *Political Research Quarterly*, 2012, vol. 65, n°3, pp. 529-543. Voir aussi, en langue française : ACHIN Catherine, DULONG Delphine, dir., *Femmes, Genre et Politique*, Economica, 2007 ou encore les travaux de SINEAU Mariette, MOSSUZ LAVAU Janine, SABBAGH Daniel ...

²⁴⁰ RUBIO MARIN Ruth, BAINES Beverly, dir., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2004; voir aussi RUBIO MARIN Ruth, RODRIGUEZ RUIZ Blanca, “The gender of representation: On democracy, equality and parity”, *International Journal of Constitutional Law* 2008, Vol. 6, No. 2 –texte traduit et abrégé in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013; RUBIO MARIN Ruth, « A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and why it won't Fly in the United States », *American Journal of Comparative Law*, 2012, vol. 60, n°99.

²⁴¹ Voir par exemple DUTOYA Virginie, *La représentation des femmes dans les Parlements de l’Inde et du Pakistan*, Dalloz, 2014.

²⁴² Voir : <http://www.quotaproject.org>

²⁴³ SUK Julie, « Gender parity and state legitimacy: From public office to corporate boards », *International Journal of Constitutional Law*, 2012, vol. 10, n°2, p. 499 ; ROSENBLUM Daren, « Feminizing Capital : A Corporate Imperative », *Berkeley Business Law Journal*, 2009, vol. 6, n°1 .

présidant nominations politiques²⁴⁴ et/ou honorifiques²⁴⁵, dans la haute fonction publique²⁴⁶... Il n'est pas jusqu'au monde de la justice qui ne soit concerné par cette préoccupation paritaire : à l'échelle internationale, on voit en effet les règles de composition de nombreuses cours intégrer une exigence de parité entre les sexes²⁴⁷, et à l'échelle nationale, le Conseil Supérieur de la Magistrature a commencé, depuis 2011 avec vigueur²⁴⁸, à s'intéresser à cette question puisqu'en dépit d'une forte féminisation des effectifs de la justice, le plafond de verre semble se faire plus épais encore dans ce monde-là que dans certains autres²⁴⁹.

Ce succès du concept de parité, tant théorique que réformateur, contraste toutefois assez grandement avec l'ensemble des bilans qui sont disponibles : le bilan de la parité est bien plus contrasté, que ce soit en termes empiriques (quelle est son efficacité ? ie., le nombre de femmes dans les secteurs concernés s'est-il effectivement accru ?) ou théoriques (ses fondements sont-ils clairement explicités ? dans quelle mesure redéfinit-il les notions qu'il affecte ou remplace, à l'instar de celle de représentation ?). Se concentrant sur le cas français, la recherche menée dans le cadre de la présente convention a entrepris d'examiner dans le détail la manière dont le concept a été décliné dans diverses réformes déployées, depuis une quinzaine d'années, dans une variété de secteurs (politique, mais aussi instances syndicales, administration, entreprises...). Les conclusions des analyses menées dans chacun des cas d'étude convergent pour souligner que fondamentalement, le concept de parité est le plus souvent resté cantonné aux marges du pouvoir –qu'il soit politique, économique, syndical... En d'autres termes, la parité ne s'applique le plus souvent que là où les enjeux sont décroissants, loin, dès lors, de menacer ou remettre réellement en cause l'inégalité fondamentale entre les sexes dans l'accès à et l'exercice du pouvoir. Dès lors, s'il ne fait pas de doute que le concept de parité a trouvé son origine dans le constat d'un partage inégal du pouvoir (quelle qu'en soit la nature) entre les sexes et était présenté comme ambitionnant d'y apporter des changements structurels, l'examen minutieux de la manière dont opèrent les réformes accomplies en son nom révèle qu'elles sont parvenues à contenir très largement sa force subversive. Ce que l'on observe en effet, c'est que, lorsque le mécanisme paritaire s'exerce à plein, c'est généralement dans les franges de chaque domaine où les enjeux de pouvoir sont les moindres ; tandis qu'à l'inverse, au cœur du pouvoir, ses effets sont généralement limités par les détails techniques de sa déclinaison. De subversif et portant en germe une authentique redéfinition du pouvoir, le concept de

²⁴⁴ En particulier, les nominations gouvernementales : la parité fonctionne en effet aujourd'hui comme une authentique contrainte politique dans de nombreux pays.

²⁴⁵ En France, voir par exemple le caractère paritaire des promotions de la Légion d'Honneur depuis 2008 : HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Honneurs et déshonneurs républicains : une affaire de genre ? », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 503.

²⁴⁶ Suite à la loi française du 12 mars 2012 relative à la fonction publique, voir : BUI-XUAN Olivia, « L'obligation de nominations équilibrées dans la haute fonction publique », *Recueil Dalloz*, 2013, n°18, p. 1237.

²⁴⁷ GROSSMAN Nienke, « Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts? », *Chicago Journal of International Law*, 2012, vol. 12, n°2 ; KENNEY Sally, *Gender and Justice. Why Women in the Judiciary Really Matter*, Routledge, 2013 ; HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie, « More Women – but which women ? The Rule and Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights », *European Journal of International Law*, à paraître.

²⁴⁸ CSM, Rapport Annuel, 2011.

²⁴⁹ MEKKI Mustafa (dir.), *La féminisation des métiers de la justice*, Economica, 2012.

parité a été ramené à un principe réformateur, plus modeste dans ses ambitions et variable dans ses effets. Cette conclusion est atteinte au terme d'une analyse portant à la fois sur le monde politique, et sur les mondes syndical, administratif et économique.

La parité dans le monde politique

Le premier terrain d'investigation choisi pour cette étude sur les effets réels des mécanismes paritaire fut, naturellement, le terrain politique. Un retour sur plus de deux décennies de débats dans le champ du droit constitutionnel permet de formuler un certain nombre de propositions analytiques. A la question : « post-parité », le droit participe-t-il toujours de la domination masculine dans le monde politique ?, la réponse doit être fortement nuancée. D'un côté en effet, le droit constitutionnel prescrit en principe (et clairement, jusqu'à la réforme constitutionnelle de 1999) que le pouvoir doit être aveugle au genre (voici l'empreinte de l'universalisme²⁵⁰) ; pour autant, comme chacun sait, la domination masculine est avérée et pérenne. A la veille des débats constitutionnels relatifs à la parité (qui s'échelonnent sur la période 1997-99), les statistiques ne souffrent pas de discussion : les hommes représentaient 92,5% des élu-es aux élections municipales de 1995 ; 89,1% aux élections législatives de 1997 ; 94,4% aux élections sénatoriales de 1998 ; 72,5% aux élections régionales de 1999²⁵¹... Certains parlent justement de « quasi-confiscation de la chose publique par la moitié masculine de l'humanité »²⁵². Le principe de l'universalisme de la règle de droit, sa neutralité vis à vis du genre, commencent alors à être contestés ; la parité est le nom que prend la remise en question. A compter de la seconde moitié des années 1990, le droit entend donc s'emparer du genre pour remédier aux inégalités en matière de pouvoir. Une volonté politique s'affirme pour surmonter les blocages constitutionnels de 1982 et 1999 ; et la loi constitutionnelle de 1999 autorise le législateur à favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives. Cette révision constitutionnelle, et les interventions législatives qui s'en sont suivies²⁵³, sont bien connues ; mais l'hypothèse de la recherche ici menée fut celle d'une relativité de son impact réel. L'analyse a confirmé que le dispositif paritaire, aujourd'hui dense et volumineux, n'empêche pas l'inégalité sexuelle face au pouvoir politique. Certes, son effet n'est pas nul ; mais plutôt que de subvertir ou éradiquer la domination masculine en politique, il en assure plutôt la permanence sous de nouvelles formes. Le chapitre dissèque les mécanismes variés par lesquels la parité en politique joue ce rôle paradoxal d'invisibilisation du problème et de maintien de l'inégalité.

Le plus connu des mécanismes qui bloquent ou atténuent considérablement les effets du dispositif paritaire est celui de la différenciation des règles applicables selon que le scrutin est uninominal ou de liste. Le mécanisme est connu : alors qu'aux élections de liste,

²⁵⁰ Emblématique de ce point de vue est le raisonnement déployé à deux reprises par le Conseil constitutionnel : voir CC, 82-146DC, 18 nov. 1982, *Quotas par sexe* ; et CC, 98-407 DC, 14 janv. 1999, *Election des conseillers régionaux*.

²⁵¹ Chiffres disponibles sur le site de l'Observatoire de la parité, juin 2012.

²⁵² ROMAN Bernard, DP AN 25 janvier 2000.

²⁵³ Voir notamment Loi n°2000-493 du 6 juin 2000 ; loi 2000-641 du 10 juillet 2000 ; loi n°2003-327 du 11 avril 2003 ; loi 2003-1201 du 18 décembre 2003 ; loi 2007-128 du 31 janvier 2007...

la parité est arithmétique (même nombre de candidats hommes et femmes sur la liste) et fortement sanctionnée (les listes ne peuvent être déclarées recevables si elles méconnaissent l'exigence de parité entre les sexes), les élections au scrutin uninominal ont donné naissance à la « parité monnayée » : la méconnaissance de la parité emporte une diminution de l'aide publique aux partis politiques proportionnelle à l'écart entre le nombre de femmes présentées et la norme paritaire (50%)²⁵⁴. Les raisons avancées par les acteurs politiques pour justifier cette parité à deux vitesses ne sont, pour autant pas convaincantes. L'argument de l'impossibilité technique ne doit pas, en effet, être considéré comme dirimant. S'il est vrai que représentation proportionnelle et scrutin de liste vont souvent de pair, il n'en va là que d'une coïncidence statistique –mais non d'une impossibilité structurelle de faire autrement. Le législateur lui-même l'a récemment prouvé, en inventant, à la faveur de la loi 2013-403 du 17 mai 2013, le scrutin binominal à deux tours pour l'élection des conseillers départementaux : où l'on voit que le scrutin majoritaire n'est pas nécessairement uninominal. Il est un autre argument plus récemment mobilisé pour justifier le *status quo* : celui de l'impossibilité d'aggraver la sanction financière frappant les partis ne respectant pas l'exigence de parité lors des élections au scrutin uninominal. C'est ainsi que d'aucuns interprètent le considérant 61 de la décision du Conseil en date du 9 décembre 2010²⁵⁵, par laquelle il prévenait que toute éventuelle aggravation devrait répondre « à des critères objectifs et rationnels » et ne pas méconnaître « l'exigence de pluralisme des courants d'idées et d'expression ». Où l'on voit que, malgré la révision constitutionnelle de 1999, la démocratie constitutionnelle française n'est pas paritaire au sens où la parité n'est pas devenue une valeur fondamentale (au même titre que l'égalité ou la laïcité) du régime. Elle ne contraint pas l'interprétation constitutionnelle ; bien plutôt, elle demeure contrainte par cette dernière.

Cela étant, l'exercice du pouvoir n'est pas réservé au monde politique ; et c'est en partant de ce constat simple, mais important, qu'on a souhaité ici élargir la focale en incluant d'autres lieux marqués par la compétition pour le pouvoir : le monde syndical, celui de l'administration publique et celui de l'entreprise, suivant en cela l'évolution de la portée du concept de parité lui-même, qui précisément, et indépendamment du caractère en partie mitigé des conclusions auxquelles permet de parvenir l'analyse serrée de ces effets dans le monde politique, a trouvé ces dernières années à s'appliquer à ces nouveaux domaines.

La parité dans le monde syndical

Il importait considérablement d'inclure aux terrains explorés dans le cadre du présent projet le monde syndical, pour deux raisons au moins. La première tenait à l'importance théorique de l'inclusion du monde syndical dans les lieux de pouvoir ; la seconde, à la nécessité de combler un déficit d'études juridiques en la matière. Une attention particulière est donc portée à la question de la représentation collective des salariés.

²⁵⁴ Ce mécanisme est inauguré par la loi 2000-493 du 6 juin 2000.

²⁵⁵ CC, 2010-618 DC, 9 décembre 2010, cons. 61.

C'est qu'en effet, le souci d'une représentation équilibrée entre les sexes a vu le jour dans le droit de la représentation collective des salariés. D'abord législatif²⁵⁶, ce souci revêt depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 une dimension constitutionnelle, puisque l'article 1^{er} de la Constitution dispose désormais que « la loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives, *ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Il faut voir là une ultime évolution de la structure même des rapports du droit social, et singulièrement du droit du travail, au genre. Si historiquement en effet, le droit du travail a fourmillé de dispositions sexo-spécifiques destinées notamment à protéger la vulnérabilité particulière des femmes, celles-ci furent par la suite largement neutralisée : le droit du travail devenait de plus en plus indifférent au sexe. Non sans quelques réticences, les femmes acquièrent ainsi le droit de vote aux élections prud'homales en 1907, et le droit de se porter candidates en 1908. Elles acquièrent le droit autonome (ie. sans accord préalable de leur mari) d'adhérer à un syndicat en 1924. Cette égalité formelle n'est pas la suite que renforcée et réaffirmée²⁵⁷. Toutefois, en matière de représentation collective des salariés comme en d'autres, il s'avérait enfin que l'approche neutre du point de vue du genre produisait des effets fortement déséquilibrés ; ici comme ailleurs, tout constat ne pouvait qu'être celui d'une forte sous représentation des femmes. D'où le développement de règles paritaires volontaristes. En matière syndicale²⁵⁸, sous l'impulsion d'une implication et d'une mobilisation de l'appareillage juridique pour corriger les effets de genre dans le champ de la représentation collective des salariés, se dessine par petites touches une mutation du statut assigné par le droit au sexe. Initialement portée sous l'égide de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'action juridique volontariste se décline désormais dans des mesures de quotas de sexe relatives aux listes de candidatures aux élections professionnelles, inscrites au fronton de la parité. Au-delà de la conception juridique de l'égalité des femmes et des hommes, c'est ici la notion même de représentation collective des salariés qui est affectée.

Cette spécificité des rapports du monde syndical à cette préoccupation de l'égalité de genre est d'autant plus grande que, traditionnellement, le principe de l'autonomie du mouvement syndical a porté les pouvoirs publics à s'en remettre aux initiatives autonomes en ce domaine. En témoigne le vocabulaire employé par le législateur dans la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle : mettant l'accent sur la négociation collective comme levier principal de toute action volontariste dans ce domaine, il oblige les organisations syndicales à « examiner les voies et moyens en vue d'atteindre une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidature »²⁵⁹. Bien que ce dispositif ait pu être décrié pour manquer de sanctions précises et conserver des contours incertains, il a de fait été suivi de plusieurs résultats concrets non négligeables.

²⁵⁶ V. notamment les articles L. 2314-5 et L. 2324-14 du Code du travail, de même que les articles L. 2324-6 et L. 2342-9 du même code.

²⁵⁷ V. loi du 24 juin 1936 relative aux conventions collectives ; loi du 16 avril 1946 relative aux délégués du personnel ; ordonnance du 22 février 1945 relative aux comités d'entreprise, et le préambule de la Constitution de 1946 qui, bien qu'il perpétue l'usage du masculin englobant (le travailleur, tout homme...) consacre l'égalité des femmes et des hommes face au vote.

²⁵⁸ ODOUL ASOREY Isabel, « Le droit à l'assaut des effets de genre, dans le champ de la représentation collective des salariés », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 527 et s.

²⁵⁹ Art. L. 2314-5 et L. 2324-14 Code du travail.

Ainsi l'Accord national interprofessionnel du 23 novembre 1999 était essentiellement consacré à l'emploi féminin ; celui du 4 mars 2004 relatif à la mixité et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes reconnaissait officiellement « la nécessité d'une volonté politique de tous les acteurs de mettre en œuvre des actions concrètes, y compris, si nécessaire, des actions positives, en faveur de la mixité et de l'égalité professionnelle » ; et celui du 19 juin 2013 abord également ces questions. Enfin, la question soulève aussi, indubitablement, celle des effets sociaux du droit. En effet, ici plus qu'ailleurs et en raison du monopole reconnu aux syndicats pour la présentation des listes au premier tour des élections, la sous-représentation des femmes peut aussi être comprise comme le reflet d'une sous-syndicalisation des femmes²⁶⁰.

De l'ensemble de ces points de vue, la loi 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes marque une inflexion nette, dès lors que le pas est ici franchi vers des quotas de sexe contraignants applicables aux listes de candidatures aux élections professionnelles. Le principe posé par la loi est celui d'une exigence sexuée bilatérale strictement proportionnée aux parts respectives d'hommes et de femmes parmi les salariés au sein de chaque collège électoral. On le sait, ce mécanisme a été censuré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 mars 2006²⁶¹, qui reproduisait pour l'occasion sa jurisprudence hostile aux quotas par sexe. C'est la raison pour laquelle, ici comme ailleurs, la révision constitutionnelle s'est imposée –et l'article 1^{er} de la Constitution a été complété dans le sens évoqué *supra*. Les obstacles rencontrés par la matrice réformatrice paritaire dans le monde syndical n'allaient pas pour autant disparaître. En effet, après que la loi du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle eut imprudemment ouvert la voie au pouvoir réglementaire pour concrètement organiser la parité aux élections professionnelles, le premier décret en ce sens fut annulé par le Conseil d'Etat²⁶² : l'obligation d'inscrire, pour les élections aux chambres d'agriculture, au moins 1/3 de candidats de chaque sexe fut en effet invalidée, au motif que la constitution chargeait le législateur –et lui seul- de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales. La parité demeurerait comprise comme une dérogation au principe d'égalité –plutôt que comme un des modes de sa mise en œuvre. La censure étant, cependant, intervenue au beau milieu du travail préparatoire à la loi relative à l'égalité des femmes et des hommes, elle a été aussitôt surmontée par plusieurs dispositions de cette dernière²⁶³. De sorte que le droit de la représentation collective des salariés est aujourd'hui clairement ouvert à la logique paritaire, sans qu'aient toutefois été tranchées, en amont, les questions des mutations de la notion même de représentation qu'elle porte en germe.

²⁶⁰ « Genre, Féminisme et Syndicalisme », dossier coordonné par GUILLAUME Cécile, POCHIC Sophie et SILVERA Rachel, *Travail, Genre et Sociétés*, 2013, n°30.

²⁶¹ CC, Déc. 2006-533 DC du 16 mars 2006. Contra : Conseil d'Etat, Avis du 14 octobre 1999, EDCE, 2000, n°51, p. 83.

²⁶² CE Ass., 7 mai 2013, Fédération CFTC de l'agriculture et Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des services annexes (FGTA-FO), req. n°362280 ; note HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Revue française de droit administratif*, 2013, p. 882 ; concl. PELLISSIER Gilles, « Principe de parité et réserve de loi », *RFDA*, 2013, p. 868.

²⁶³ Loi 2014-873 du 4 août 2014, voir articles 70 et suivants.

Le monde administratif

Parité dans l'administration ? La question pourrait paraître saugrenue tant il est connu de tous que l'administration est, en France, déjà largement et structurellement féminisée. Mais ici comme ailleurs, le plafond de verre est épais qui marque une césure nette entre les catégories inférieures et supérieures de la fonction publique – les premières rassemblant la grande majorité de la majorité de femmes, et les dernières parvenant l'exploit de demeurer, elles, dominées par la présence des hommes : la part des femmes à des postes de responsabilité dans la haute fonction publique peine à franchir la barre des 25% (elles sont 27% parmi les directeurs d'administration centrale, mais seulement 15% parmi les ambassadeurs et 9% parmi les préfets). C'est donc sur la haute fonction publique que se concentre l'étude ici présentée²⁶⁴, à l'instar des efforts récents du législateur.

L'étude de l'(in)égalité de genre dans la haute fonction publique est d'autant plus intéressante qu'il en va d'un exemple particulièrement pertinent pour démontrer les insuffisances d'une approche formelle de l'égalité. Car en effet, si l'on considère qu'est mixte un groupe ou une structure qui comprend des individus des deux sexes, la haute fonction publique l'est assurément. Sans qu'il soit possible ou nécessaire de refaire ici l'histoire de l'admission des femmes dans la fonction publique²⁶⁵, il est clair que femmes et hommes y ont aujourd'hui égal accès. Il n'en reste pas moins que l'épaisseur et la solidité du plafond de verre rend cette première analyse de bien courte vue. La magistrature judiciaire est, de ce point de vue, un exemple emblématique : si les femmes constituent aujourd'hui 80% des diplômés de l'ENM et 60% des juges, elles ne sont que 34,1% à occuper les postes 'hors hiérarchie' correspondant aux postes les plus élevés. 75% des présidents de TGI et premiers présidents de cours d'appel demeurent des hommes²⁶⁶. L'ensemble des grands corps de l'Etat répondent au même schéma ; à telle enseigne que l'on peut bien considérer que le principe de l'égale admissibilité aux emplois publics ne constitue pas, de ce point de vue, un rempart satisfaisant empêchant les discriminations indirectes contre les femmes.

On le sait, les causes de l'« hypermasculinisation » de la haute fonction publique française sont diverses et empruntent tant à la prégnance de stéréotypes sur les compétences des femmes et leur aptitude à gérer les plus hautes affaires de l'Etat qu'à l'intériorisation de ces derniers par les femmes elles-mêmes. Plus difficiles à expliciter sont les possibles justifications théoriques des politiques volontaristes visant à féminiser la haute administration. Certes, on pourrait *a priori* penser que le besoin de lutter contre les discriminations indirectes justifie à lui seul toute mesure destinée à accroître le nombre de femmes dans la haute fonction publique. Cela étant, la faible acculturation voire l'hostilité

²⁶⁴ BUI XUAN Olivia, «La mixité dans la haute fonction publique», in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 543 et s.

²⁶⁵ THUILLIER Guy, *Les femmes dans l'administration depuis 1900*, PUF, 1988 ; BUI XUAN Olivia, *Les femmes au Conseil d'Etat*, L'Harmattan, 2001.

²⁶⁶ V. notamment Conseil Supérieur de la Magistrature, Rapport Annuel, 2011 ; et aussi : MEKKI Mustafa, dir., *La féminisation des métiers de la justice*, Economica, 2012.

du droit français vis à vis de ce concept²⁶⁷ explique que ce n'ait pas été la voie prioritairement choisie. S'il fallait trouver un fondement théorique aux réformes récentes par lesquelles la politique volontariste en direction d'un équilibre hommes/femmes dans la haute fonction publique s'incarne (fondement théorique peu mis en avant), c'est plutôt vers d'une part la notion de bureaucratie représentative et d'autre part vers la notion de diversité qu'il faudrait se tourner. La notion de bureaucratie représentative, née en Grande-Bretagne, a surtout été développée aux Etats Unis²⁶⁸. Expriment l'idée selon laquelle une bureaucratie démocratique se devrait de refléter (d'être représentative) des groupes au service desquels elle travaille, la notion paraît de prime abord peu compatible avec le modèle français de fonction publique. Ce dernier est en effet travaillé par les principes d'unicité du peuple (pas de groupes) et de neutralité des fonctionnaires et agents publics (qui mettent de côté leurs croyances politiques, religieuses etc... dans l'exercice de leurs fonctions, de sorte que leur inclusion à la fonction publique à raison de ces caractéristiques singulières perd de sa force). On le voit toutefois guider un certain nombre de réflexions et rapports²⁶⁹ qui, clairement, ont joué un rôle dans l'émergence de la problématique à l'agenda réformateur national. Elle trouve certainement un écho dans la notion de « représentation équilibrée » que l'on trouve aujourd'hui dans différents textes législatifs – explicitement²⁷⁰ ou implicitement²⁷¹. Reste que d'autres fois, c'est le paradigme de la diversité²⁷² qui est mis en avant comme fondement ou sous-bassement théorique de la réforme. La décennie 2000 aura vu cette notion largement mise en avant par nombre d'acteurs de la réforme²⁷³ ; de manière intéressante, la plus-value attendue de la « diversité » n'est pas tant un renforcement de la qualité démocratique de la bureaucratie, qu'une amélioration de ses performances. La diversité, c'est la garantie de la performance renforcée des organisations qui l'appliquent ; et, si elle a d'abord pris son essor dans la réflexion sur les entreprises (voir *infra*), cette logique a été intégrée à la fonction publique à partir de 2008 –et notamment de la Révision générale des politiques publiques.

Concrètement, ces politiques volontaristes se sont d'abord incarnées dans un ensemble de dispositifs non ou peu contraignants, tels que la circulaire du 6 mars 2000 relative à la préparation des plans pluriannuels d'amélioration de l'accès des femmes aux emplois et aux postes d'encadrement supérieur de la fonction publique de l'Etat, la Charte

²⁶⁷ V. SOUVIGNET Xavier, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *Revue française de Droit Administratif*, 2013, p. 315 ; MOSCHEL Mathias, NIVARD Carole, « Discriminations indirectes et statistiques », in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013.

²⁶⁸ KINGSLEY Donald, *Representative Bureaucracy*, Antioch Press, 1944 ; MOSCHER Frederik, *Democracy and the Public Service*, Oxford University Press, 1968 ; KRISLOV Samuel, *Representative Bureaucracy*, Prentice Hall, 1974. En français : ROSENBLOOM David, DOLAN Julie, « La bureaucratie représentative », *Revue Française d'Administration Publique*, 2006, n°118, p. 252.

²⁶⁹ Notamment : COLMOU Anne Marie, *L'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes*, La Documentation Française, 1999.

²⁷⁰ V. loi Génisson 2001-397 du 9 mai 2001 ; loi Copé-Zimmerman 2011-103 du 27 janvier 2011.

²⁷¹ V. François Sauvadet au sujet de la future loi du 12 mars 2012 : « C'est un symbole de la modernisation de la fonction publique, une fonction publique qui, pour pleinement remplir ses missions, se doit d'être à l'image de la population qu'elle sert ».

²⁷² V. SENAC Réjane, *L'invention de la diversité*, PUF, 2012.

²⁷³ V. notamment les trois rapports : SABEG Yazid, MEHAIGNERIE Laurence, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Institut Montaigne, 2004 ; BEBEAR Claude, *Des entreprises aux couleurs de la France*, Institut Montaigne, 2004 ; VERSINI Dominique, Rapport sur la diversité dans la fonction publique, *La Documentation française*, 2004.

pour la promotion de l'égalité du 2 décembre 2008, les chartes 2010-2013 par ministère, etc. A partir de la loi Génisson de 2001²⁷⁴, le dispositif se fait contraignant (représentation équilibrée hommes/femmes au sein des jurys de concours notamment²⁷⁵). L'interprétation largement neutralisante qu'a toutefois développé le Conseil constitutionnel de l'ensemble des dispositifs visant à favoriser l'accès des femmes aux postes d'encadrement de la fonction publique²⁷⁶ compte cependant parmi les moteurs de l'extension de la portée du principe de parité réalisée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 –désormais applicable non seulement aux mandats électoraux et fonctions électives, mais aussi aux « responsabilités professionnelles et sociales ». Le législateur a vite pris appui sur cette consolidation du socle des mesures paritaires ; la loi du 12 mars 2012²⁷⁷ comprend diverses mesures importantes telles qu'une amélioration des dispositifs de recension statistique sexués afin que la question de l'égalité entre les sexes soit mieux connue et appréhendée dans la fonction publique, un renforcement de l'exigence de mixité dans les jurys de concours (de 30% à 40% pour la proportion minimale de membres de chaque sexe). Mais surtout, les articles 52 et 56 de la loi innovent. Le premier dispose que « la proportion de personnalités qualifiées de chaque sexe nommées en raison de leurs compétences, expériences ou connaissances administratives dans les conseils d'administration, les conseils de surveillance ou les organes équivalents des établissements publics (...) ne peut être inférieure à 40% » (sachant qu'un dispositif transitoire est prévu). En outre, le non respect de cette prescription s'accompagne d'une sanction nette : la nullité des nominations. Le second prévoit quant à lui qu'au titre de chaque année civile, les nominations dans les emplois supérieurs de la fonction publique²⁷⁸ devront concerner « au moins 40% de personnes de chaque sexe ». Là encore, une sanction sous forme de pénalité financière est prévue.

Bien qu'il soit trop tôt pour espérer faire un bilan de ce dernier dispositif, on peut dire au sujet de ceux qui l'ont précédé qu'ici comme ailleurs (voir *supra*), des exceptions de taille sont gravées dans les politiques de féminisation : en effet, la politique publique de féminisation de la haute fonction publique française laisse indemne pour l'essentiel les nombreux postes de pouvoir –qui ne sont pas concernés par le dispositif juridique paritaire. Emblématique de ce point de vue est l'article 56 de la loi Sauvadet de 2012 qui certes prévoit un quota de femmes pour les personnalités qualifiées siégeant dans les conseils d'administration, mais n'étend pas cette obligation à l'ensemble des membres desdits

²⁷⁴ 2001-397 du 9 mai 2001.

²⁷⁵ Principe au sujet duquel le Conseil constitutionnel a, de nouveau, marqué une forme de réticence : CC, 2002-766 DC du 3 mai 2002, Jurys et comités de sélection, précisant qu'il n'y a qu'un « objectif » de représentation équilibrée, et que « la considération du genre » ne saurait primer sur celle des compétences. Comp., CE, Sect., 22 juin 2007, *Lesourd*, Rec. p. 253.

²⁷⁶ CALVES Gwénaële, « Le 'dernier mot' était l'avant-dernier... Brève remarques sur une révision constitutionnelle à double détente », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur de Jacques Chevallier*, LGDJ/Lextenso, 2013, p. 289.

²⁷⁷ Loi 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique ; v. commentaire BUI-XUAN Olivia, « L'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans la fonction publique : une révolution manquée ? », *AJDA*, 2012, p. 1100.

²⁷⁸ L'article 56 de la loi précise qu'il s'agit des emplois relevant du décret mentionné à l'article 25 de la loi 84-16 du 11 janvier 1984, des autres emplois de direction de l'Etat, des emplois de direction des collectivités territoriales et des EPCI ainsi que les emplois de direction de la fonction publique hospitalière.

conseils... Plus difficile à traquer, mais tout aussi efficace en termes d'atténuation des effets de la réforme est la disposition de la circulaire du 20 août 2012 qui prévoit une possibilité de compensation « par type d'emplois » -permettant donc que des nominations de sous-préfètes viennent, par exemple, compenser des nominations de préfets...

Cette incursion dans le monde administratif a permis d'identifier une spécificité de la problématique paritaire dans la fonction publique, à savoir : sa dépendance possible à la composition des jurys de concours. Dans un système de fonction publique qui, comme le système français, demeure très largement gouverné par le principe du concours, il est normal que chercheurs et réformateurs se soient posé la question de savoir si une présence accrue des femmes dans les jurys de recrutement aurait un impact sur la composition sexuée des recrutements. On a donc cherché, dans le cadre de la présente recherche, à produire une étude relative à l'impact de la logique paritaire sur l'organisation des procédures de recrutement²⁷⁹. On l'a vu, c'est depuis 2001 que la notion de représentation équilibrée des femmes et des hommes dans la composition des jurys de concours et des comités de sélection a été consacrée par le législateur. On a également souligné que le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'Etat avaient, chacun, adopté des positions plutôt hostiles vis à vis de cet « objectif de représentation équilibrée », neutralisant pour l'essentiel un dispositif que le législateur, déjà, n'avait pas osé rendre totalement contraignant. Par delà ces premiers éléments juridiques et jurisprudentiels, une étude originale a été réalisée dans le cadre de la présente recherche, qui vise à rendre compte de l'impact réel de ces dispositifs, à travers l'analyse des pratiques administratives –i.e. de la composition des jurys de sept corps de la haute fonction publique (administrateurs civils, sous-préfets, commissaires de police, ingénieurs des ponts, eaux et forêts, magistrats des premier et second grade de la hiérarchie judiciaire, conseillers de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, ainsi que professeurs des universités en section 01 (droit privé) et 02 (droit public). Pour l'ensemble de ces corps, les femmes représentent 30% au maximum des effectifs. Une dizaine d'années de mise en application de la loi Génisson qui, la première, pose le principe de la représentation équilibrée des hommes et des femmes dans les jurys de concours permet de démontrer d'une part que cet objectif est appliqué de manière variable selon les corps et concours (même si le seuil de 30% de femmes est globalement aujourd'hui atteint). Il est particulièrement notoire que, lorsque plusieurs voies d'accès existent, le pourcentage de femmes présentes au jury décroît au fur et à mesure que le prestige de la voie considérée croît. Ainsi par exemple, à l'ENM, le taux de mixité de 30% est atteint 9 fois sur 13 considérés pour le 3^e concours, 6 fois sur 13 pour le 2^e concours, et seulement 4 fois sur 13 pour le 1^{er} concours. D'autre part, on observe qu'en toute hypothèse, ici comme ailleurs, le dispositif ne favorise pas l'accès des femmes à la présidence desdits concours. Surtout, il ressort de l'étude que, lorsque l'examen des jurys et de leur composition sexuée et croisé avec les résultats finaux du concours (liste d'admis), il semble impossible de déceler une corrélation entre le taux de femmes au jury et le taux de femmes parmi les admis. En fait, il semble que la répartition sexuée de la liste des admis continue de dépendre essentiellement de celle du vivier de départ. Ceci ne doit pas,

²⁷⁹ MONIOLLE Carole, « La représentativité des sexes dans les jurys de concours de la fonction publique », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 563 et s.

toutefois, diminuer l'importance du principe de jurys paritarisés : il en va de la légitimité des femmes et des hommes dans les procédures de recrutement de la fonction publique, et de leur contribution à la mise en œuvre du principe d'égalité.

Le monde économique

Enfin, c'est la manière dont les instances de gouvernance économique (ou, du moins, certaines d'entre elles) a été récemment atraite dans le champ de la matrice réformatrice paritaire qui est étudiée dans cette section du projet de recherche consacrée à la thématique « genre et pouvoir »²⁸⁰. Suivant les législations de quelques pays précurseurs, la France a adopté, le 27 janvier 2011, une loi promouvant l'équilibre des sexes dans les conseils d'administration des grandes entreprises à horizon 2017²⁸¹. La matrice réformatrice paritaire a donc définitivement quitté le monde politique et même le monde du pouvoir « public », étatique ; pour le monde des entreprises privées, aussi, elle apparaît désormais comme une valeur positive. Ce faisant, la France prenait part à un mouvement qui allait bientôt recevoir une consécration à l'échelle du droit de l'Union européenne : le projet de directive présenté en 2012 par la commissaire Viviane Reading repose bien sur l'idée de quotas de femmes dans les conseils d'administration des grandes entreprises²⁸².

L'irruption de la logique paritaire dans le monde de l'entreprise est d'autant plus notable que, pour l'essentiel, les arguments liées à l'égalité ou à la nécessaire représentativité (que l'on a vu prospérer et alimenter la parité dans le monde politique, syndical voire administratif) ne portent pas ici. Même s'il a pu être écrit que la notion d'entreprise citoyenne est suffisamment prégnante dans la culture européenne pour expliquer la porosité de l'entreprise privée à l'objectif démocratique général de parité²⁸³, c'est essentiellement autour d'arguments liés à l'intérêt économique de l'entreprise que la logique paritaire s'est ici imposée. Le monde politico-juridique européen semble avoir été particulièrement perméable à cette manière de penser ; il suffit pour s'en convaincre de lire ce parlant extrait du rapport de suivi élaboré à l'initiative de la Commission européenne dans le cadre du plan d'action « Europe 2020 » : « un meilleur équilibre hommes femmes au sein des organes décisionnels des entreprises est, de toute évidence, une nécessité, à la fois d'un point de vue microéconomique –en termes de performances des entreprises- et d'un point de vue macroéconomique –en termes de croissance économique plus élevée et durable »²⁸⁴. Pour autant, ces arguments, qui disposent indubitablement de promoteurs académiques et institutionnels, sont aussi assez âprement disputés. Ils sont, en résumé, fort contestés, à la fois parce qu'il est difficile de prouver l'existence de corrélation(s) entre la présence des femmes et la performance économique de l'entreprise, et parce qu'en toute hypothèse, une telle question de recherche présuppose une forme d'essentialisme qui voudrait que les femmes agissent (naturellement ?) dans une direction donnée.

²⁸⁰ DUHAMEL Jean-Christophe, « L'équilibre des sexes au sein des conseils d'administration et de surveillance des grandes entreprises », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 585 et s.

²⁸¹ Loi 2011-103 du 27 janvier 2011.

²⁸² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1205_fr.htm

²⁸³ SUK Julie, « Gender Parity and State Legitimacy: From Public Office to Corporate Boards », *International Journal of Constitutional Law*, 2012, vol. 10, n°2, p. 449-464.

²⁸⁴ *Les femmes dans les instances de décision économique au sein de l'UE : rapport de suivi*, mars 2012.

Il n'en reste pas moins qu'à l'échelle européenne, le droit de l'Union se propose, à l'horizon 2020, d'équilibrer la présence d'administrateurs de chaque sexe dans les conseils des grandes entreprises européennes ; un consensus s'est dégagé autour d'un taux de 40% minimum de femmes et d'hommes. Ce dispositif contraignant a donc été préféré à l'autre option, que l'on aurait pu croire susceptible de triompher au regard à la nature privée de l'entreprise ainsi concernée, qu'aurait été l'autorégulation. On sait en effet, qu'entre incitation et réputation, celle-ci peut produire de bons résultats. Ce n'est pourtant pas toujours le cas ; et l'exemple français est, de ce point de vue parlant, puisque l'Institut français des administrateurs avait, dès 2006, recommandé l'inclusion d'un plus grand nombre de femmes –mais ses recommandations n'avaient pas été suivies²⁸⁵. La voie contraignante s'est, du coup, imposée à travers la loi de 2011. Cela étant, et au risque d'être redondant-es, il nous faut ici noter que, comme cela été observé pour l'ensemble des autres mondes étudiés auquel la logique paritaire trouve désormais à s'appliquer, le détail du champ et des modalités d'application nuance considérablement le constat. Pour l'essentiel, ce sont en fait les formes sociétaires connaissant des instances décisionnelles collégiales qui sont concernées ; or, dans les faits, celles-ci sont très nettement minoritaires. Ce ne sont en outre que celles des sociétés anonymes qui admettent leurs actions sur les marchés réglementés qui sont concernées –nouvelle limitation de taille. Parité oui, mais à petite mesure...

L'ensemble des études sur les effets et les modalités précises d'application de la logique réformatrice paritaire qui se déploie donc dans une variété de secteurs depuis la décennie 2000 impose donc de nuancer l'analyse : succès de la logique paritaire, oui, mais il subsiste un flou dans les sous-basements théoriques de nombre de ses déclinaisons, tout comme il importe de garder à l'esprit que, de subversion potentielle du contrat sexuel, la parité s'est transformée en outil réformateur et modernisateur de mondes qui demeurent inégalitaires.

IV: DIGNITE(S)

Honneur, considération, réputation : si la préservation de ces valeurs n'est pas l'affaire de la seule norme juridique, le droit y prend toute sa part²⁸⁶. Mais l'honneur a-t-il un genre ? La question posée se dédouble : le sexe et le genre jouent-ils un rôle dans la protection spécifique qu'accorderait le droit à certains groupes sociaux (femmes, magistrats, demandeurs d'asile...) ? L'honneur est-il reconnu différemment selon qu'il s'agit de louer le comportement de femmes et d'hommes ? Et derrière la protection de l'honneur, c'est bien la double conception de la dignité qui se dessine²⁸⁷ : à la fois *dignitas*, charge confiée qui génère obligations de respect et normes de comportement, et *dignité individuelle*, qualité

²⁸⁵ ZIMMERMAN Marie-Jo, L'accès des femmes aux responsabilités dans l'entreprise, AN, Rapport d'activité pour 2009, n°2125, p. 96.

²⁸⁶ BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, LGDJ 1995, Bibl. droit privé.

²⁸⁷ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Une *dignitas* humaine ? *vieilles outres*, vin nouveau », *Droits*, n° 48, 2008, p. 59.

propre de l'être humain, reconnue à chacun indifféremment de son sexe, ce que rappelle l'article premier de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme : « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». L'étude de la dignité – du genre de la dignité – est au cœur des recherches consacrées à la manière dont le droit honore ou sanctionne les individus.

Il y aurait de nombreuses manières et clefs d'entrée à l'interrogation relative au genre de l'honneur et/ou de la dignité. Le droit pénal peut tout entier être lu comme une palette de sanctions susceptibles d'être apparentées à des formes de dégradation : est puni celui dont le comportement ne se conforme pas à celle du bon citoyen ; mais au-delà, les diverses règles qui gouvernent l'accueil des étrangers et plus encore les procédures d'acquisition de la nationalité, ou encore le droit disciplinaire qui gouverne nombre de professions (médecins, architectes, avocats, magistrats, pharmaciens...) gagnent à être lus au prisme de la dignité (ou de l'indignité). Et il en va de même de la police des discours ou des vêtements : en se concentrant sur la parole et l'habit prohibés, est-il possible de saisir une ou des caractéristiques de ces valeurs implicites que protège le droit républicain ? Et ces valeurs sont-elles genrées ? Par contraste, et positivement, la tradition des grades et médailles est vivace, encore aujourd'hui, qui permet à la République d'honorer ceux (celles ?) de ses citoyens qu'elle juge particulièrement méritants. Là encore, les dignités auxquelles la République élève (ou non) méritent d'être lues au prisme du genre afin que, potentiellement, le genre de l'honneur de la République soit révélé.

Pour commencer, la présente recherche a cherché à appréhender l'honneur et la dignité en tant que tels. Posant l'hypothèse que le droit peut être analysé comme un des révélateurs efficaces de la conception de l'honneur sur laquelle repose notre communauté politique²⁸⁸, une première étude étudie les figures idéal typiques du citoyen – notamment du citoyen distingué, honoré par la République et du « fonctionnaire public », entendu comme celui (ou celle) qui est dépositaire d'une charge publique et soumis à ce titre à un droit disciplinaire précis qui prévoit explicitement l'atteinte à la dignité des fonctions. L'étude de la Légion d'Honneur fournit le matériau d'analyse du concours du droit à la figure du citoyen distingué ; celle des sanctions disciplinaires prononcées, le cas échéant, par le Conseil Supérieur de la Magistrature, celui de son concours à la figure du fonctionnaire dégradé. Ce corpus original est passé au prisme de la question : y-a-t-il quelque chose à apprendre du genre de la République en travaillant sur la manière dont elle honore et déshonore ?

Sur le versant positif, l'étude se concentre donc d'abord sur l'étude resserrée de l'identité et du comportement de celles et ceux que la République valorise via l'élévation dans le grade de la Légion d'Honneur. Le code de la Légion d'Honneur fut créé par Napoléon en 1805 ; la loi du 29 floréal an X (19 mai 1905) prévoit que « sont membres de la légion tous les militaires qui ont reçu des armes d'honneur. Pourront y être nommés les militaires qui ont rendu des services majeurs à l'Etat dans la guerre de la liberté ; les citoyens qui, par leur savoir, leurs talents, leurs vertus ont contribué à établir ou à défendre

²⁸⁸ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Honneurs et déshonneurs républicains. Une affaire de genre ? », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 607 et s.

les principes de la République, ou fait aimer et respecter la justice ou l'administration publique ». Sur cette base, on a cherché à travailler en deux directions principales. La première cherchait à reconstituer l'histoire des femmes élevées dans l'ordre. De manière surprenante, en effet, les informations publiées sur le site de la Légion sont incomplètes du point de vue de l'histoire des femmes et/ou distinguent mal entre élévation à titre militaire ou civil²⁸⁹. La consultation d'ouvrages anciens²⁹⁰ permet de reconstituer cette histoire, faite notamment de la décoration d'une dizaine de femmes dans l'ordre civil, entre 1852 et 1905. Notamment, on trouve dans cette liste les noms de Mme Rosa Bonheur (décorée en 1865, officier en 1895), Mme Anna de Noailles (1931), ou Colette (1931). Il est frappant de constater qu'on compte donc dans ce petit corpus deux homosexuelles de notoriété publique, la fondatrice d'un prix littéraire destiné à contrer la domination des hommes dans ce secteur d'activité, de même que, par ailleurs (Jeanne Dieulafoy), une écrivaine assyriologue dont on apprend qu'elle adoptait volontiers une tenue et un comportement masculins. Cette particularité qualitative du corpus, qui semble donc être un lieu de valorisation de la subversion du genre, ne doit pas cependant gommer la logique quantitative de fond qui est caractérisée par la nette sous-représentation des femmes dans l'ordre : elles étaient 7,8% des promus de 1985, et 18% des promus de 2006... Mais des réformes récentes sur ce point ont orienté la recherche dans une seconde direction : depuis 2007, le président de la République Nicolas Sarkozy a fait connaître son objectif de promotions désormais paritaires –ce qu'elles sont en effet devenues. De manière intéressante, le fait que l'exécutif ait ainsi posé la question de la parité au sein des promotions de la Légion d'Honneur a permis de poser, plus généralement, la question de la représentativité de l'ordre et de la transparence de la procédure. C'est ainsi que par un courrier en date du 11 juillet 2008, le président de la République a exprimé l'idée selon laquelle la Légion devait « donner une image aussi fidèle que possible de la société française » -et regrettait non seulement la sous représentation des femmes, mais aussi des « personnes de rang modeste », des « minorités » etc. Il instaure alors une initiative citoyenne permettant à toute personne de proposer quelqu'un à la Légion d'Honneur dès que la proposition est soutenue par plus de 50 personnes dans le même département. Où l'on voit, ici encore, que le concept de genre travaille aujourd'hui les notions de représentation et de représentativité dans tous les corps et institutions où elles trouvent à s'appliquer...

Sur le versant négatif, il nous a semblé que le droit disciplinaire se prêtait bien à une étude du genre de l'honneur et de la dignité, puisque dans nombre de professions régies par une forte déontologie, l'on trouve des sanctions pour atteinte à la dignité des fonctions. On a donc travaillé sur un corpus constitué de 179 sanctions disciplinaires relatives à « la dignité de la charge » et « l'honneur des fonctions », dans le but de mettre le sexe des

²⁸⁹ Le site de la Légion d'Honneur vient d'être rénové ; jusqu'au printemps 2014, il affichait une liste des femmes décorées de la Légion d'Honneur –la première mentionnée étant la Veuve Brulon, en 1851, décorée à titre militaire. Pourtant il semble que des femmes militaires furent décorées dès 1808 et qu'elles étaient près d'une demi douzaine vers le milieu du siècle. Dans l'ordre civil la première semble avoir été Mme Abicot de Ragis, en 1852.

²⁹⁰ V. notamment ALESSON Jean, *Les femmes décorées de la Légion d'Honneur et les femmes militaires*, Melet, 1886 ; FONTANGES Haryett, *La Légion d'Honneur et les femmes décorées. Etude d'histoire et de sociologie féminine*, Alliance coopérative du livre, 1905.

intéressé-es en relation avec les types de faits et comportements qui les suscitent et de mettre la nature des sanctions retenues en relation avec le sexe des intéressé-es, le tout dans le but de parvenir à extraire du corpus es éléments de compréhension de ce que recouvre la figure du magistrat digne. Il est vite apparu nécessaire de distinguer entre celles des sanctions liées à des faits en lien avec les fonctions (abus de fonction, exhibitions sexuelles en audience, usage de la pornographie, retards et manquements professionnels...) et les autres (violences domestiques, agressions sexuelles hors fonctions, corruption, insolvabilité, troubles alcooliques...); de même, une distinction analytique a été faite entre ceux des faits qui revêtent une dimension de genre et les autres. Les quelques pistes d'analyse qui se dégagent permettent de souligner la forte prévalence des faits à dimension sexuelle qui génèrent des sanctions disciplinaires; or sur l'ensemble des cas examinés, une seule femme avait été mise en cause pour des faits susceptibles d'être classés comme ayant une dimension sexuelle²⁹¹. Mais le détail de l'affaire permet de comprendre que c'est davantage le caractère inapproprié de la relation (liaison avec un gérant de tutelles), eu égard à ses fonctions (juge des tutelles) qui a suscité un soupçon de partialité dans l'attribution des tutelles qu'autre chose. Autre élément qui ressort de l'analyse: 4 des 17 des sanctions rendues contre les femmes ont à voir avec leur situation financière privée. L'insolvabilité financière notoire des femmes magistrates semble ainsi particulièrement insupportable au droit disciplinaire. De même, les deux seules décisions du corpus qui se fondent sur des « troubles du comportement » concernent des femmes –une qualification qui coïncide avec l'image stéréotypique de la femme hystérique ou dominée par ses « humeurs »²⁹² et qui contraste avec l'absence de décision semblablement motivée concernant des hommes. Enfin, cette première étude semble indiquer qu'une piste de recherche sérieuse mérite d'être explorée, qui chercherait à prêter attention aux différences dans les sanctions effectivement décidées selon que le contrevenant est homme ou femme. Certaines décisions du corpus semblent en effet indiquer une disproportion occasionnelle (ex. de la magistrate juge des tutelles révoquée sans suspension des droits à pension en raison de sa liaison avec un gérant de tutelles, qui contraste avec le magistrat qui se voit simplement retirer ses fonctions de président pour violences sexuelles sur stagiaire ou interdiction temporaire des fonctions pour agression sexuelle sur mineur dans l'exercice des fonctions). Le corpus ici étudié est trop mince pour que l'interrogation puisse être menée systématiquement; mais elle pourrait l'être sur un corpus élargi de décisions du CSM – voire, d'autres instances disciplinaires en charge d'autres professions.

Toujours en déclinaison d'une interrogation vaste sur le genre de la dignité, une seconde étude a été consacrée au régime spécifique des peines privatives des droits civils, civiques et de famille; une fois encore, il s'agit ici de lire un corpus jurisprudentiel au prisme du genre²⁹³. La peine consistant à priver un individu de ses droits civils, civiques et de famille concernait historiquement les hommes, seuls à jouir des pouvoirs que la sanction

²⁹¹ On retrouve dans les autres études sur corpus pénaux la difficulté qui tient à l'impossibilité de croiser la répartition sexuée des corpus d'étude avec la réalité sociale et la prévalence sexuée de certaines catégories d'infractions.

²⁹² DORLIN Elsa, *La matrice de la race. Généalogie sexuelle et coloniale de la Nation française*, La Découverte, 2006.

²⁹³ DECHEPY Johan, « Analyse des peines privatives des droits civils, civiques et de famille au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 625 et s.

pouvait retirer. La question s'impose alors d'elle-même : n'y aurait-il pas, dès l'origine de la peine en cause, une figure masculine ?

Il faut de ce point de vue concéder que la progression, au XX^e siècle, de l'égalité entre les femmes et les hommes a largement remis en cause la nature masculine des biens et droits auxquels la peine considérée permet de mettre fin ; ainsi, figure masculine que l'on pouvait percevoir derrière l'énoncé de l'article 131-26 du Code pénal a été largement dissipée ou altérée. Les femmes ont conquis droits politiques (ordonnance du 21 avril 1944) et civils (loi du 29 novembre 1897, loi du 18 février 1938...). L'article 131-26 est bien aujourd'hui un énoncé genderblind : « l'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur : 1° le droit de vote 2° l'éligibilité 3° le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction 4° le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations 5° le droit d'être tuteur ou curateur (...) ». Cependant, malgré cette neutralité juridique, une question reste en suspens : le sexe du condamné persiste-t-il comme critère pour le prononcé d'une interdiction des droits ?

Pour y répondre, il a d'abord fallu mettre au point une méthode *sui generis* (cherchant à contourner l'obstacle de la réalité statistique judiciaire déformante qui tient au fait que, de 2004 à 2010, les femmes représentent 9% en moyenne de l'ensemble des personnes condamnées par les tribunaux alors qu'elles représentent plus de la moitié de la population française²⁹⁴) de laquelle ont pu être, ensuite, extraits certains enseignements. Parmi ceux-ci, il ressort notamment que les femmes sont moins souvent privées de leurs droits civils, civiques et de famille que les hommes. Difficile de fournir des explications assurées d'un tel constat. Sans que les raisons ne soient totalement univoques ; une analyse pénaliste centrée sur l'utilité de la peine conduirait à considérer que cet écart révèle probablement le sentiment judiciaire d'une moindre capacité de la peine à dissuader les femmes lorsqu'elle est retenue contre elle.

Mais la dignité est aussi affaire collective : en cela, elle peut jouer comme contrainte ou norme de police des discours. Pour exploiter cette hypothèse, on s'est concentré sur deux corpus principaux : celui constitué par les normes relatives à l'image de la femme dans les médias²⁹⁵ d'une part, et celui constitué par l'application du délit d'injures et de diffamation publiques d'autre part.

De plus en plus, la protection de la représentation de l'image des femmes dans les médias fait l'objet de normes juridiques ; à telle enseigne, en réalité, qu'il existe aujourd'hui un maquis pas toujours démêlé de normes dont on peut considérer qu'elles ont pour objet de garantir le « bon genre » de l'expression médiatique. D'ailleurs, le concept de dignité fait depuis longtemps partie des principes cardinaux permettant d'encadrer ou de limiter la

²⁹⁴ Il a donc été choisi de concentrer l'analyse sur d'une part le délit de non-présentation d'enfant et d'autre part de proxénétisme, le premier étant majoritairement retenu à l'encontre des femmes et l'autre à l'encontre des hommes (dans des proportions comparables).

²⁹⁵ GATÉ Juliette, « Médias : du droit comme garant du « bon genre » de la liberté d'expression », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, La loi et le genre, CNRS éditions, 2014, p. 641 et s.

liberté d'expression²⁹⁶. Comme toujours, la dignité en tant que telle n'est pas alors définie. Mais certains textes précisent, par exemple, que « les programmes qui sont consacrés à la représentation de violences et de perversions sexuelles, dégradantes pour la personne humaine ou qui conduisent à l'avalissement de la personne humaine » comptent parmi ceux qui doivent, à ce titre, être interdits de diffusion²⁹⁷. Orientant ce concept de dignité vers celui de genre, et vers la protection des femmes, des textes comme la loi 2010-769 du 9 juillet 2010 sur les violences faites aux femmes ont affecté le droit des médias en précisant que les programmes mis à la disposition du public ne doivent contenir « aucune incitation à la haine ou à la violence pour des raisons... de sexe, de mœurs... ». L'audiovisuel doit mettre en place des actions de lutte contre les préjugés sexistes. Dans l'ensemble, il est notable que la multiplication de tels énoncés sensibles au genre soient en fait largement sexo-spécifiques, c'est à dire destinés à assurer la protection *des femmes*. La mise en place par le CSA d'une rubrique « droits des femmes » sur son site Internet illustre ce point avec éclat. On peut regretter cette réduction de portée du concept de genre, notamment du fait que répondent nécessairement aux stéréotypes de genre féminins des stéréotypes de genre masculins, et qu'ils participent tous du même ensemble. Il se pourrait aussi que le caractère insuffisamment pensé et réfléchi des liens entre le concept de genre et le concept de diversité (lequel constitue lui aussi, et de manière croissante, une contrainte pesant sur l'expression médiatique) expliquent une forme de concurrence néfaste entre les deux préoccupations.

En toute hypothèse, l'étude montre encore que cet imposant et hétéroclite corpus juridique contraste toutefois fortement avec la rareté de l'usage qui en est fait. Cette sous-mobilisation d'un corpus existant doit-elle être imputée à son caractère inadapté comme l'affirment certains, ou, plus simplement, à un défaut de volonté des acteurs concernés ? Pourtant, toutes les formes et procédures juridiques existantes, ou presque, sont disponibles pour faire appliquer ce corpus normatif : auto-régulation (voir notamment le cas de l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité, chargée de mettre en place les règles d'autodiscipline de la profession), régulation (loi de 1949 relative à la protection des mineurs et Commission chargée de la surveillance et du contrôle des publications destinées à l'enfance ; classement des oeuvres cinématographiques ; travail du CSA en matière audiovisuelle...), polices administratives spéciales (voir les visas ou interdictions de vente du ministre de la culture et/ou de l'intérieur)... sans compter le pouvoir de sanction du CSA, l'existence d'infractions pénales en lien avec la méconnaissance des règles de police administrative etc.. C'est pourtant une grande retenue qui caractérise la mobilisation effective de ce corpus. En matière cinématographique, le classement en interdiction aux mineurs de 18 ans est rarissime (1 seul classement en 2011) ; et les questions liées au genre ne font pas partie de la liste des « thèmes sur lesquels s'exerce une vigilance particulière » de la part de la commission de classification. A titre comparatif, on peut indiquer que si en France 80% des films ne sont assortis d'aucune mention, seuls 20% le sont en Grande-Bretagne. Idem en matière audiovisuelle : en janvier 2013, le CSA a lui même publié un communiqué indiquant n'être intervenu qu'à 12 reprises depuis 2000 (!) en raison de

²⁹⁶ GIRARD Charlotte, HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie dir., *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005.

²⁹⁷ Convention liant le CSA à la chaîne LCI, 15 mars 2010.

propos ou comportements dégradants envers les femmes... La mise en œuvre de l'arsenal répressif, qu'il soit autorégulé ou pénal, est tout aussi rare. Si l'on penche pour le manque de volonté comme facteur explicatif, c'est aussi en raison du manque de moyens. A titre d'exemple, il importe de noter que la commission chargée de la surveillance et du contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence ne compte que 15 membres... bénévoles !...

C'est à un constat similaire qu'aboutit une étude supplémentaire sur le genre de la dignité : consacrée à une analyse genrée des délits d'injures et diffamations publiques²⁹⁸, elle s'intéresse au fait que le droit pénal de la presse a été progressivement employé pour lutter contre les discours sexistes, homophobes et transphobes²⁹⁹. Pour ce faire, il s'est appuyé sur l'introduction de mobiles en lien avec le sexe des victimes, venant aggraver les injures et diffamations publiques. D'emblée, cette technique a révélé ses faiblesses puisque toute circonstance aggravante nécessite, pour sa répression, la constitution du délit sur lequel elle vient se greffer, et ce au-delà de sa propre caractérisation. Or, les obstacles autant substantiels que processuels à la répression effective des délits de presse sont si nombreux et robustes qu'ils conduisent à l'inefficacité du droit pénal. Malgré des aménagements législatifs censés faciliter la sanction des discours sexistes, le droit pénal se fait alors outil de reconnaissance plutôt que de répression. Ce types d'incriminations soulève donc des interrogations à poursuivre sur l'efficacité de la norme pénale en la matière.

Enfin, poursuivant cette analyse de la liberté d'expression et de ses rapports au genre, une cinquième étude clôt le questionnement sur le genre de la dignité, qui s'intéresse à la nudité dans l'espace public³⁰⁰. Crise de l'intime, réduction de la sphère privée... les analyses ne manquent pas qui établissent un déplacement rapide des frontières public/privé et une déperdition corrélative de la sphère du secret³⁰¹. Il n'est pas surprenant dès lors, à la fois au regard de la place centrale du corps dans l'idée que nous nous faisons de ce qui est intime, et au regard de cette poussée de la transparence, que le concept de pudeur –et les régulations juridiques qui vont avec- ait évolué³⁰². Aujourd'hui, le corps nu n'est plus forcément conçu comme devant être éloigné de l'espace public : certain-e-s associent nudité et liberté, d'autres voient le corps nu comme un support commercial ou l'instrument de revendications politiques. Toutes ces évolutions et tensions sont évidemment sensibles dans les règles de droit. Celles-ci appréhendent le corps, sa nudité et l'exposition du sexe via les règles gouvernant la publicité³⁰³, le droit pénal³⁰⁴, ou le droit administratif (règles de

²⁹⁸ DECHEPY Johan, « Analyse genrée des délits d'injures et diffamations publiques », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 661 et s.

²⁹⁹ Voir notamment loi 72-546 du 1^{er} juillet 1972 (lutte contre le racisme) ; loi 2004-1486 du 30 décembre 2004 (homophobie).

³⁰⁰ GATÉ Juliette, « Genre et nudité dans l'espace public », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 679 et s.

³⁰¹ V. par ex., ARENDT Hannah, *La condition de l'homme moderne* [1958], Pocket, 2002.

³⁰² IACUB Marcela, *Par le trou de la serrure. Une histoire de la pudeur XIX^e-XX^e siècles*, Fayard, 2008.

³⁰³ V. art. 2 du code consolidé de la chambre de commerce internationale sur les pratiques de publicité et de communication de marketing : « la publicité doit proscrire toute déclaration ou présentation visuelle contraire aux convenances selon les normes couramment admises » : Code ICC, en ligne sur le site de l'ARP, août 2011.

police³⁰⁵). Dans ces domaines, liés aux notions de moralité, de bonnes mœurs, de décence ou de dignité, contingents et évolutifs, la règle reste cependant généralement évasive et presque toujours *genderblind*. C'est donc au juge qu'il est laissé le soin de donner sens aux mots du droit. Or l'étude de l'application concrète qui est faite de ces règles (notamment : analyse des condamnations pour exhibitionnisme sur le fondement de l'article 222-32 du Code pénal) est très intéressante, qui permet d'établir que si le juge concède que l'indécence puisse être le fait du genre féminin, l'obscénité reste encore très largement, en jurisprudence, un attribut masculin. Par contraste, le nu féminin est lui, érotisant.

V. « INTERSECTIONNALITE ET DISCRIMINATIONS MULTIPLES »

La dernière section analytique du présent rapport de recherche rend compte des interrogations que nous avons eues dans le souci d'intégrer à l'analyse la problématique de l'intersectionnalité, ie. les configurations dans lesquelles la discrimination opère au carrefour de diverses caractéristiques de la personne (par exemple son genre, son origine ethnique, sa religion ou son orientation sexuelle). En effet, depuis quelques années et grâce aux écrits des juristes féministes noires américaines³⁰⁶, le concept d'intersectionnalité est venu enrichir les réflexions sur les discriminations – dans le champ du droit, bien sûr, mais aussi plus largement dans celui des sciences sociales³⁰⁷. Il y a plusieurs manières de comprendre l'intersectionnalité. On recourt parfois à ce terme pour désigner les discriminations multicritères (encore parfois appelées « discriminations multiples ») constatées lorsque plusieurs critères de discrimination se mêlent sans lien immédiat ; les usages du terme dans le champ des sciences sociales se résument parfois à cette idée de cumul de discriminations. Par exemple, une femme en fauteuil roulant peut à la fois se

³⁰⁴ Art. R 624-2 Code Pénal : « Le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe (...) ». Voir aussi art. 227-24 du Code Pénal : « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ». Cet arsenal est toutefois peu – et de moins en moins – mobilisé ; le site Legifrance ne recense que très peu de jugements rendus sur ces fondements.

³⁰⁵ V. notamment la protection des mineurs, fondement d'une police administrative spéciale du ministre de l'Intérieur (loi du 16 juillet 1949).

³⁰⁶ Le concept même est généralement rattaché aux travaux de CRENSHAW Kimberlé, et notamment : “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, Univ. of Chicago Legal Forum, 1989, pp. 139-67 ; et “Mapping the Margins : Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color”, Stanford L. R., 1991, vol. 43, p. 1241.

³⁰⁷ Voir en France : DORLIN Elsa, De l'usage épistémologique et politique des catégories de « sexe » et de « race » dans les études sur le genre, in *Sexe, race et classe : pour une épistémologie de la domination*, Paris : PUF, 2009, p. 83-105.

trouver confrontée, professionnellement, au plafond de verre et, dans sa vie quotidienne, à des difficultés de déplacement et d'accès à certains immeubles. Dans ce cas de figure, les obstacles et les expériences de discrimination à raison du sexe et du handicap se cumulent, sans toutefois être nécessairement liés. Cela étant, et dans un sens plus resserré, l'intersectionnalité désigne les situations dans lesquelles il est impossible de distinguer les fondements à l'origine de la discrimination (ni même celui qui joue la plus grande part dans la discrimination) ; parmi les exemples jurisprudentiels sur lesquels s'appuie Kimberlé Crenshaw dans son article fondateur, on trouve des cas où des femmes noires sont discriminées (désavantagées, dans l'emploi notamment, par rapport aux femmes blanches comme aux hommes noirs) – mais sans que, précisément, il soit possible de prouver qu'elles le sont en tant que femmes (puisque, rétorque le juge, d'autres femmes (blanches) ne rencontrent pas les mêmes difficultés) ou en tant que noires (puisque, rétorque le juge, d'autres noirs (hommes) ne rencontrent pas les mêmes difficultés). D'où l'idée d'inventer un concept juridique qui permettent de saisir et rendre justice de ces situations. Le concept d'intersectionnalité est intéressant car il permet de porter le regard sur des situations jusque-là maintenues invisibles. Kimberlé Crenshaw a ainsi attiré l'attention sur le cas de femmes noires qui se voyaient déboutées de leurs plaintes pour discrimination en tant que femmes noires en matière d'emploi. Contraintes par la structure du droit de la non-discrimination américain qui est construit sur différents critères prohibés de discrimination, elles étaient en effet déboutées de leurs demandes sur le fondement de la race par la démonstration aisément faite par l'employeur de ce qu'il emploie des (hommes) Noirs, tout comme de leurs demandes sur le fondement du sexe par celle selon laquelle il emploie des femmes (blanches) : la situation des femmes noires est, ici, invisibilisée par la structure et les modalités de fonctionnement du droit de la lutte contre les discriminations. On comprend bien que cette situation est différente de celle de la femme handicapée décrite plus haut car il ne s'agit pas de démontrer qu'une discrimination est subie en tant que femme dans un domaine et en tant que personne handicapée dans un autre, mais d'identifier une discrimination globale en tant que femme noire. L'intersectionnalité peut donc constituer un instrument heuristique permettant d'élargir les analyses féministes et par la prise en compte de la complexité de la réalité vécue par les individus – et ici, par les femmes au-delà du genre.

En Europe, pour l'heure, l'écho du concept dans la pratique judiciaire reste mesuré. Bien que le concept ne soit pas explicitement repris, la Cour Européenne des Droits de l'Homme semble y avoir prêté attention dans un arrêt récent où elle conclut à une violation des articles 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) et 14 (non-discrimination) à propos de traitements policiers infligés à une nigérienne migrante travaillant en Espagne comme prostituée. On lit en effet dans l'arrêt de la Cour que les juridictions espagnoles « n'ont pas pris en considération la *vulnérabilité spécifique* de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution »³⁰⁸, traduisant par-là la double idée que, non seulement c'est à raison de cette situation globale (femme africaine prostituée) que la requérante a subi le traitement incriminé (insultes, mauvais traitements)

³⁰⁸ CEDH, 24 juillet 2012, BS c. Espagne, §71.

mais encore que cette situation globale ne saurait être « découpée » en différentes situations ou causes de mauvais traitements³⁰⁹.

On a souhaité toutefois dans le cadre du présent projet de recherche inclure cette thématique. Pour les raisons évoquées au paragraphe précédent (le défaut de référence au concept d'intersectionnalité en tant que tel dans la pratique judiciaire), les contributions réunies dans cette partie visent donc à porter un regard intersectionnel sur le droit français plus qu'à étudier la place qu'y occuperait le concept d'intersectionnalité. En d'autres termes, on utilise ici le terme « intersectionnalité » dans un sens large, ne renvoyant pas à un outil du raisonnement judiciaire mais bien plutôt à un instrument analytique qui permet de penser différemment et, idéalement, d'enrichir notre compréhension des situations de discrimination.

La première contribution s'appuie sur l'hypothèse originelle de l'intersectionnalité telle qu'élaborée par Kimberlé Crenshaw³¹⁰. Elle propose l'analyse d'un corpus issu du contentieux du travail en matière de discriminations en raison du sexe et de la race semblable à celui utilisée par K. Crenshaw. Le chapitre analyse donc de quelle manière la problématique de l'intersectionnalité se traduit dans le contentieux français en recherchant empiriquement les décisions en la matière. Cette étude établit les difficultés structurelles qu'il y a à penser une postérité judiciaire de l'intersectionnalité en droit français, en raison à la fois de différences liées aux caractéristiques du procès français (comme l'absence des actions collectives -*class actions*), la présence du principe « à travail égal salaire égal » et une certaine souplesse prétorienne dans l'évaluation du critère qui aurait fondé la discrimination semblent aller à l'encontre de la problématique d'intersectionnalité telle qu'observée aux Etats-Unis. Pour autant, on apprend aussi des absences. En l'occurrence, et puisqu'il paraît déraisonnable d'en conclure que la situation sur le front des discriminations intersectionnelles dans le monde du travail serait satisfaisante, on choisit une autre voie. En l'occurrence, les difficultés dont témoigne le droit français vis à vis de la mobilisation du critère de la race dans le contentieux du travail, ainsi que la prévalence de licenciements des femmes musulmanes portant le voile au travail – alors que le principe de laïcité cause une discrimination intersectionnelle religion/genre – conduisent à parler d'une intersectionnalité « à la française ». Faible mobilisation, en général, du droit de la lutte contre les discriminations³¹¹, difficulté encore plus grande à mobiliser les protections contre la discrimination raciale (par rapport, par exemple, à la discrimination de genre³¹²), anxiétés entourant, de manière générale en droit français, le terme même de race... les obstacles, on le voit, sont nombreux.

³⁰⁹ Pour un commentaire : YOSHIDA Keina, "Towards Intersectionality in the European Court of Human Rights: the case of BS v. Spain", *Feminist Legal Studies*, 2013, vol. 21, p. 195.

³¹⁰ MÖSCHEL Mathias : L'intersectionnalité dans le contentieux de la non-discrimination relatif au domaine de l'emploi en France, in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 699 et s.

³¹¹ SERVERIN Evelyne, GUIOMARD Frédéric, *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité : les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, sept. 2013.

³¹² UFARTE Thomas, « Le contentieux prud'homal des discriminations raciales », en ligne : <http://aedsn.over-blog.com>

Une autre étude a été consacrée, en miroir, à une forme plus souple d'intersectionnalité –entendue alors non pas comme outil judiciaire mais comme concept décrivant une situation sociale spécifique de discrimination. Cette étude porte sur l'intensification de la régulation du fait religieux en France depuis une décennie environ, et l'analyse de ses effets³¹³. Cette intensification de la régulation du fait religieux est ici appelée « Nouvelle Laïcité »³¹⁴, parce qu'elle tend à redéfinir et réorienter complètement la notion juridique de laïcité héritée de 1905, depuis un principe enjoignant les personnes publiques à une obligation de neutralité en matière religieuse, à un principe y soumettant également les personnes privées. Dans cette étude, on étudie différents corpus juridiques dans lesquels cette Nouvelle Laïcité se déploie : l'acquisition de la nationalité, le droit du service public, le contentieux de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ; à chaque fois, c'est, démontre l'analyse, sur les femmes musulmanes que pèsent le plus lourdement les redéfinitions du principe de laïcité.

Acquisition de la nationalité : la procédure étudiée ici est celle prévue à l'article 21-2 du Code civil, à savoir la déclaration acquisitive de nationalité. Tout conjoint-e d'un français peut ainsi déclarer, au bout de trois années d'union, acquérir la nationalité française. Le gouvernement peut s'y opposer, par décret, si l'intéressé-e est jugé indigne d'acquérir ladite nationalité, ou s'il souffre d'un défaut d'assimilation. 131 arrêts rendus suite à la contestation contentieuse de décrets d'opposition gouvernementaux ont été analysés et passés au double crible du genre et de la religion des intéressés. Pour ce qui est de la religion, le classement fut aisé puisqu'il s'agit toujours de la religion musulmane ; tantôt la manière dont elle est pratiquée ou exprimée par les requérants mène le juge à considérer que cela reflète un défaut d'assimilation, tantôt une indignité. Pour ce qui est du genre, il ressort du corpus de 68% des cas étudiés concernent des hommes déclarants, et 32% des femmes. Le croisement de ces deux lectures est instructif, qui démontre que à une unité près, l'indignité n'est jamais retenue que contre des hommes, et généralement en raison de comportements sanctionnés ou poursuivis pénalement ; le défaut d'assimilation, quant à lui, est généralement retenu à l'encontre des femmes déclarantes au motif qu'elles ne parlent pas le français, et contre les hommes à raison de leurs croyances religieuses. De manière intéressante, un arrêt de 2008 signe une évolution fondamentale du raisonnement du juge sur ce point. Jusque là, le défaut d'assimilation était retenu à raison de la religion lorsque les intéressé-es (et donc, majoritairement, des hommes) s'étaient rendus coupables de l'expression publique de fondamentalisme religieux et d'hostilité aux valeurs de la république française. En 2008 cependant, dans l'arrêt *Machbour*, le défaut d'assimilation d'une déclarante est retenu, au motif qu'elle aurait adopté une pratique radicale de sa religion –attestée notamment par le port du voile intégral³¹⁵. Le raisonnement du juge pénètre ici la sphère de l'intime et, vérifiant sa compatibilité (ou non compatibilité en

³¹³ HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie : Genre et religion : le genre de la Nouvelle Laïcité, in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions, 2014, p. 717 et s.

³¹⁴ Cette notion de Nouvelle Laïcité, et son analyse, figurent in : HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie, VALENTIN Vincent, *L'affaire Baby Loup, ou la Nouvelle Laïcité*, Lextenso, 2014, Coll. Exégèses.

³¹⁵ A contrario, pour des arrêts où la pratique radicale de la religion ou le port du voile ne sauraient, à eux seuls, être interprétés comme signant un défaut d'assimilation : CE, 19 nov. 1997, n°169368 ; CE, 7 juin 1999, n°187526.

l'espèce) avec les « valeurs essentielles de la république », se fait bien plus exigeant dans la mesure où la déclarante doit non seulement respecter ces dernières mais les endosser, les partager. Il est frappant que cette évolution du raisonnement opère à la faveur du cas où le défaut d'assimilation en raison de la religion est retenu contre une requérante –ou alors, comme dans un cas postérieur à l'étude, dans une affaire où c'est en raison du port du voile de sa femme que le déclarant se voit opposer le défaut d'assimilation³¹⁶.

Neutralité du service public : ici encore, la lecture serrée des décisions de justice auxquelles donnent naissance tant la loi du 15 mars 2004 relative à l'interdiction du port de signes d'appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées que le principe, bien plus transversal, de la neutralité du service public, est édifiante. Il en ressort en effet que, dans leur grande majorité, ce sont les femmes / jeunes filles musulmanes qui essuient les rigueurs du principe de neutralité –lequel est traditionnellement rattaché à celui de laïcité. Ici encore, on a donc affaire à des règles formellement *genderblind* (qui visent tous les élèves, tous les fonctionnaires, tous les agents publics, apparemment sans distinction de sexe), mais « lorsque l'on examine avec plus d'attention la jurisprudence... on constate que la majorité des jugements ou arrêts concernent et sanctionnent des femmes »³¹⁷. Sans compter qu'en fait, la portée du principe de laïcité ne cesse de s'étendre : à des usagers de bâtiments publics³¹⁸, à des accompagnateurs de sorties scolaires³¹⁹... et toujours pour attirer, semble-t-il, dans son champ, des femmes musulmanes.

Interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, enfin : la publication des premiers bilans d'application de la loi du 11 octobre 2010 est sans appel : seules les femmes musulmanes sont attirées dans son rayon d'action³²⁰. L'intitulé officiel de la loi a donc évité de se référer à la burqa pour échapper aux foudres de la non-discrimination ; mais la réalité reprend le dessus quand il apparaît avec la force de l'évidence que nul homme, motard ou skieur, n'essuie les foudres de la loi. De sorte que là encore (et l'on pourrait compléter l'analyse, de l'affaire Baby Loup à l'arrêt SAS c. France...), il apparaît que la laïcité vise aujourd'hui de manière nette les femmes musulmanes.

Enfin, une troisième étude qui interroge la place du concept de genre dans le droit de l'asile, aborde la problématique de l'intersectionnalité sous un autre angle³²¹ –plus prospectif, dès lors que précisément, les persécutions à raison du genre ne figurent pas dans

³¹⁶ CE, 27 nov. 2013, n°365587.

³¹⁷ BUI XUAN Olivia, « Regard genré sur les dispositions juridiques relatives à la neutralité religieuse », in REGINE, Ce que le genre fait au droit, Dalloz, 2013.

³¹⁸ HENNETTE VAUCHEZ Stéphanie, « Derrière la burqa, des rapports entre droit et laïcité : la subversion de l'Etat de droit ? », in KOUSSENS David, ROY Olivier, Quand la burqa passe à l'Ouest, PURennes, 2013, p. 159.

³¹⁹ TA Montreuil, 22 nov. 2011, n°1012015 ; et aussi : CE, étude, 19 décembre 2013 (http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/conseil_detat_etude_demandee_par_ddd.pdf) et BUI XUAN Olivia, « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'Etat relative à la neutralité religieuse dans les services publics », Actualité Juridique Droit Administratif, 2014, p. 249

³²⁰ Observatoire de la laïcité, rapport 2013.

³²¹ KORSAKOFF Alexandra : La Convention de Genève revisitée: vers une définition genrée de la persécution, in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, La loi et le genre, CNRS éditions, 2014, p. 735 et s.

la liste des motifs ouvrant droit, aux termes de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, à la qualité de réfugié. Ce texte prévoit la reconnaissance du statut de réfugié aux individus craignant des persécutions du fait de la race, la religion, la nationalité, les opinions politiques ou l'appartenance à un groupe social –et donc pas, *a priori*, pour des raisons liées au genre.

L'émergence du concept de genre ainsi que la mise en évidence de son rôle dans des situations de persécution (mariages forcés, homosexualité, excision et autres mutilations sexuelles, inégalités civiles...) ont toutefois mené, au cours des dernières années, à des inflexions notables de la jurisprudence. L'étude souligne les quelques percées qui conduisent à une prise en compte du genre. Il ressort de l'analyse que, pour l'heure, ces quelques percées demeurent indirectes, ou médiates : c'est en tant qu'elles appartiennent au groupe social des femmes se rebellant contre le mariage forcé que certaines femmes ont pu se voir reconnaître le statut ; elles doivent réellement transgresser une norme sociale³²². Le concept de genre ne joue donc pas ici directement, mais indirectement, ie. via l'enrichissement qu'il permet de la notion de « groupe social ». L'étude conclut donc par la mise en évidence des difficultés rencontrées par les demandeur.ses d'asile à obtenir le statut de réfugié.e.s lorsqu'ils ou elles font essentiellement valoir leur exposition à des persécutions de genre.

³²² CRR, 18 avril 2007, L, 585858.

II) ANNEXES

Afin d'établir un cadre d'analyse cohérent, la mise au point d'une grille de lecture unifiée et commune à l'ensemble des chercheuses et chercheurs du programme, ainsi que l'organisation de fréquentes réunions de travail ont été nécessaires.

A) TACHES ACCOMPLIES

Afin de définir un cadre méthodologique commun, l'organisation de la recherche sur le droit français a été précédée par une série de **réunions préparatoires** qui ont eu lieu au cours du mois de mars 2012

5 mars 2012 : Séminaire méthodologique à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

12 mars 2012 : Séminaire méthodologique à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

19 mars 2012 : Séminaire méthodologique à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

26 mars 2012 : Séminaire méthodologique à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

30 mars 2012 : Journée d'études méthodologie à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Ces séminaires ont débouché sur une proposition de **grille de lecture** qui a été ensuite testée individuellement par les chercheurs puis discutée et amendée en réunion plénière.

15 juin 2012 : Réunion plénière précédée d'une assemblée de pôles à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Cette réunion a permis de valider la grille de lecture et l'organisation des pôles thématiques.