Jurisprudence
Revue critique

Livre Jurisprudence n°2.indb 1 08/08/2011 12:02:33

Sommaire

Le genre, une question de droit 7

Actes du colloque du 24 juin 2010 11

Présentation
Sébastien PIMONT 13

Avant-propos
Mikhaïl XIFARAS 15

Gender studies*, une appropriation encore timide dans le droit français*
Malha NAAB 21

Genre du Droit / genres de Droits
Gilda NICOLAU 27

Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques
Danièle LOCHAK 43

Le juge et le genre
Éric MILLARD 59

Quelques questions à poser avant de répondre à la question. Genre et droit, combien de divisions ?
Liora ISRAËL 63

Le contentieux et le « genre »
Philippe WAQUET 71

Le droit pénal s'invite à la maison
Jeannie SUK 75

La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique ?
Marie MERCAT-BRUNS 97

Le genre critique : comment (ne pas) genrer le droit ?
Janet HALLEY 109

Genre et droit de la responsabilité civile
Philippe BRUN 133

Le discours des juristes mis en question par le genre : l'exemple du consentement
Vincent FORRAY 137

À qui la faute ? La femme révoltée, monstre pour le droit et le bon père de famille
Dominique LAGORGETTE 143

De la nécessaire critique féministe du droit
Catherine LE MAGUERESSE 157

Actes des séminaires « Regards croisés sur le droit et le genre : (dé)construction et mobilisation de la norme juridique » 167

Regards croisés sur le droit et le genre : (Dé)construction et mobilisation de la norme juridique
Malha NAAB & Pierre-Yves VERKINDT 169

De la place des femmes au sein du syndicalisme français à une négociation collective à travers le prisme du genre
Malha NAAB 173

Le droit conjugué au féminin
Geneviève PIGNARRE 179

Les deux "impensés" de la relation entre droit et inégalités hommes-femmes : l'exemple de la loi sur la "parité" dans les conseils d'administration
Jean-Gabriel CONTAMIN 203

Protection humiliante ou source de droits ? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes
Anne REVILLARD 217

Étudier et comparer la quête d'égalité des femmes pour comprendre les trajectoires des États providence
Nathalie LE BOUTEILLEC 231

Viols et genres. Fonctions du droit et des procédures judiciaires dans la construction et la déconstruction des paradigmes de l'épistémologie du genre
Julie MAZALEIGUE-LABASTE 235

Livre Jurisprudence n°2.indb 4 08/08/2011 12:02:34

Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en France et en Suisse : définitions controversées et devoirs des responsables d'entreprise
Karine LEMPEN 253

Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi
Daniel BORRILLO 263

Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit
Marc PICHARD 275

Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel
Nathalie RUBEL 281

La force du droit a-t-elle un sexe ? La contribution du droit à la domination masculine selon Pierre Bourdieu
Bruno AMBROISE 287

Varia 293

Changement de circonstances, bonne foi et modification du rapport obligatoire : éléments de comparaison entre le droit italien et le droit français
Francesco GAMBINO 295

Étiologie d'une dépossession. L'histoire pénale comme perte progressive de contrôle
Sacha RAOULT 317

Les règles de la méthode sociologique d'Émile Durkheim : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique
Frédéric ROUVIÈRE 325

Pour une économie du droit sans rigueur - L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier
Guillaume ROYER 337

Les Droits de l'Homme dans la tradition indienne : un modèle alternatif
Mahendra P. SINGH 349

Livre Jurisprudence n°2.indb 5 08/08/2011 12:02:34

Le genre, une question de droit

Livre Jurisprudence n°2.indb 7 08/08/2011 12:02:34

Le genre, une question de droit

Gender, a legal issue

« Le genre, une question de droit », est le thème abordé par le deuxième numéro de Jurisprudence – Revue critique. Nos lecteurs trouveront dans les pages qui suivent les actes d'un colloque organisé le 24 juin 2010 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (centre Malher) avec le soutien du CDPPOC (Université de Savoie), du LAJP (Université Paris I), du Centre René Demogue (Université Lille 2), de l'Ecole de droit de Sciences po, du Laboratoire LLS (Université de Savoie) et de l'Institut Universitaire de France. Ils trouveront aussi les actes d'une série de séminaires intitulés « Regards croisés sur le droit et le genre : (dé)construction et mobilisation de la norme juridique » organisés par Malha Naab avec le soutien du Centre René Demogue, de la MESHS et du CURAPP (Université de Picardie – Jules Verne).

The second issue of Jurisprudence – Revue critique discusses Gender in Law. It contains several articles written for the June 24th, 2011 conference held at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne (Malher centre) in conjunction with the CDPPOC (University of Savoy), the LAJP (University of Paris I), the René Demogue Centre (University of Lille II), Sciences Po Law School, the LLS Laboratory (University of Savoy) and the University Institute of France. Readers will also find articles from a series of seminars on "Topics on Law and Gender: Deconstruction and Mobilisation of Legal Norms" organised by Malha Naab in collaboration with the René Demogue Centre, the MESHS and CURAPP (University of Picardy – Jules Verne).

Livre Jurisprudence n°2.indb 9 08/08/2011 12:02:34

Livre Jurisprudence n°2.indb 10 08/08/2011 12:02:34

Actes du colloque du 24 juin 2010

Livre Jurisprudence n°2.indb 11 08/08/2011 12:02:34

Présentation

Sébastien PIMONT*

Jurisprudence Revue Critique entend promouvoir les études critiques sur le droit. Or dans la nébuleuse des pensées critiques, les « études sur le genre » ou les « études féministes » occupent une place considérable. De là, parmi d'autres sujets, elles mettent redoutablement le droit en question, le touchent au plus intime, instillant un doute sur ses catégories fondamentales. Rien de ce qu'il est, rien de ce que nous pensons en connaître, ne reste extérieur à la critique, ni ses sources, ni ses méthodes d'interprétation. Le genre est ainsi une question pour les juristes, une question sans doute dérangeante, mais une question dont il faut, même en terre de tradition formaliste[1], se saisir urgemment ; c'est une question de droit, d'où l'idée d'organiser un séminaire sur ce thème. Une telle question est aussi, avouons-le, terriblement complexe. On entend bien que le droit doit être critiqué parce qu'il participe (à) et reflète la construction sociale du sexe (du genre) ou des sexes (il institue la différence des sexes ; il est « diviseur »). Parce qu'il reflète une absence de neutralité, parce qu'il trahit l'existence de rapports de domination, des partis pris essentialistes ou naturalistes (au sens de biologique). Mais on sait aussi que le droit est le moyen par lequel s'expriment des revendications contre les discriminations, en faveur de l'égalité ou inversement à de la différence – et presque toujours, gravement, de la reconnaissance. Enfin, sauf à adopter une posture bien naïve, on ne peut pas ignorer les effets pervers de certaines réformes et pour le dire très vite les évidentes limites des normes juridiques et de l'intervention étatique. Bref, le droit est, tout à la fois, « l'ennemi principal » et l'arme imparfaite d'une lutte, protéiforme et complexe, contre les institutions du genre.

*

Partant, le séminaire dont nous reproduisons ici les actes reflète une sorte de géographie des études de genre. Pour promouvoir ces pensées critiques, pour les faire connaître aux juristes, il fallait inviter, non seulement, celles et ceux qui en France, de France, se sont saisis de cette question ou simplement, ceux que la question intéresse, mais aussi ouvrir notre discussion vers d'autres horizons. Et plus précisément vers l'Amérique du Nord, endroit où les « études sur le genre » ont franchi les portes des Facultés de droit. Ce qui n'est pas exactement le cas en France où l'analyse du genre est surtout

* Maître de conférences à l'Université de Savoie.

1 V. M-C. Belleau, « Les théories féministes : droit et différences sexuelles », RTD Civ. 2001, p. 1 s.

Livre Jurisprudence n°2.indb 13 08/08/2011 12:02:34

un champ d'études en sociologie ou en histoire[2]. Une telle cartographie des études de genre mériterait bien sûr d'être précisée. D'un bout à l'autre d'une ligne transatlantique imaginaire, on pourrait croire que les mêmes forces travaillent les thèmes traités. Ce qui n'est pas faux. Mais à Paris ou à Boston on ne partage pas toujours les mêmes analyses, des dissensions existent.

*

Lors du séminaire, après avoir mesuré les effets des études de genre sur les sources (la loi) et les méthodes d'interprétation du droit (le juge), nous avons mis en discussion *le discours des juristes* (la dogmatique). C'est-à-dire l'acte par lequel les juristes procèdent à la construction discursive du droit, imposant une interprétation, instituant un sens au chaos des phénomènes juridiques[3]. À ce point, notre intuition est que les « études sur le genre » peuvent aider à comprendre qu'un tel discours n'est ni purement technique, ni simplement neutre, alors qu'il revendique souvent, toujours, ces deux attributs. Ici aussi, nous espérons que l'analyse en terme de genre jouera une fonction subversive, même si elle est toujours plus que cela : qu'elle aidera à « rendre visible » ce qu'on ignore ou ce qu'on cache, ce qui est impensée. À l'heure où la parole des juristes est souvent sollicitée, de plus en plus écoutée, une telle critique est nécessaire. Elle est même salutaire. Il est temps de désacraliser la parole des juristes. C'est l'un des projets de notre revue.

2 L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait et A. Revillard, *Introduction aux gender studies, Manuel des études sur le genre*, De Boeck, Bruxelles, 2008, p. 9.
3 Transformant un « magma confus en source claire » dirait Carbonnier.

Livre Jurisprudence n°2.indb 14 08/08/2011 12:02:34

Avant-propos

Mikhaïl XIFARAS*

Chers collègues, chers amis.

On m'a demandé de dire un mot d'introduction à ce colloque « *Le genre, une question de droit* », je vais essayer de m'acquitter de cette tâche aussi rapidement que possible.

Les questions qui touchent au sexe, à la sexualité, au genre sont au cœur de l'actualité juridique française depuis des décennies – et peut-être le sont-elles depuis toujours. Égalité salariale, parité, violences domestiques, prostitution, transsexualisme, harcèlement sexuel, mariage et adoption par des couples de même sexe… on pourrait dire, « à la Foucault », que les juristes ne cessent et n'ont jamais cessé de penser et de parler de sexe, de sexualité, de genre, en quoi il se pourrait qu'ils se contentent de faire comme tout le monde.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le genre soit un objet juridique, le droit ayant vocation sous nos latitudes à se saisir de toutes les dimensions de la vie sociale. Si l'intitulé du colloque devait être lu comme « *ce que le droit dit du genre* », il pourrait n'y avoir rien de très original à en attendre, ni de très nouveau. Il paraît vain effet de se féliciter que soient « enfin » abordées des questions qui l'ont toujours été, et de la manière la plus passionnée qui soit.

Fort heureusement, en le forçant un peu, on peut entendre le titre de ce colloque de manière différente : « *le genre, une question pour le droit* ». On se demandera alors ce que la rencontre avec l'objet « genre » est susceptible de produire comme effets sur le droit et la pensée juridique. C'est l'occasion de formuler trois vœux.

1. Comme nous le savons, il existe une variété pour ainsi dire infinie d'approches possibles des questions de genre : par la « pure » technique juridique (*les dispositions du Code relatives au mariage précisent-elles le sexe des mariés ? La jurisprudence de la CEDH impose-t-elle aux États de l'UE la reconnaissance du mariage homosexuel ?*), par les revendications militantes (*les homosexuels ont-ils le même droit de se marier que les hétérosexuels ?*), au prisme de considérations religieuses (*le mariage homosexuel est-il compatible avec les enseignements de l'Église ?*), à partir de raisonnements moraux (*peut-on, en régime libéral, interdire le mariage homosexuel au nom d'une certaine conception de la vie bonne ?),* ou à travers des considérations d'ordre sociologique (*quel serait l'impact de la reconnaissance du mariage homosexuel sur les revenus de l'État, sur l'évolution des mentalités familiales ou la psychologie des enfants élevés dans ces foyers ?).*

Parmi toutes ces approches, il en est une fort prégnante en France, qui consiste à traiter ces questions

* Professeur des universités à l'I.E.P. de Paris.

Livre Jurisprudence n°2.indb 15 08/08/2011 12:02:34

comme si elles engageaient des enjeux assez considérables pour être qualifiés d'anthropologiques – terme par lequel il faudrait entendre que sont en jeu les structures institutionnelles sur lesquelles reposent ni plus ni moins que notre société, notre civilisation, l'humanité. Ces enjeux seraient, par leur nature même, trop considérables donc pour relever des opérations et catégories ordinaires du droit.

Ainsi, les requêtes des transsexuels désireux de changer d'état civil ne devraient pas être comprises comme autant de demandes de personnes en souffrance dont la satisfaction doit être balancée avec l'exigence de stabilité de l'état des personnes, mais comme la remise en question de la division naturelle des sexes, sur laquelle repose ni plus ni moins que la construction sociale de la raison et la possibilité de constituer les sujets humains en sujets parlants.

Ainsi encore la reconnaissance du mariage des personnes de même sexe ne serait pas tant une affaire de fiscalité, de succession, ou d'autorité parentale que de transgression l'universel anthropologique selon lequel la parenté repose sur la différence des sexes et soutient en tant que telle la possibilité psychique de l'altérité.

Ainsi toujours, parce qu'il s'agit d'une prestation sexuelle, le travail des prostitués ne saurait être considéré comme un travail comme les autres, relevant à ce titre du droit commun du travail, mais devrait être traité juridiquement sur le terrain de l'abolition de l'esclavage et de la protection absolue de la dignité humaine.

Ainsi enfin (mais on pourrait multiplier les exemples) parce que les violences domestiques ne sont pas n'importe quelles violences domestiques, mais des violences à caractère *genré*, des violences faites aux femmes, elles ne sauraient être traitées par le droit comme les autres violences, avec les outils courants du droit pénal, mais doivent s'inscrire dans un dispositif de lutte contre la domination masculine *en général*.

Dans chacun de ces exemples, on observe le même dispositif rhétorique : dès lors qu'intervient le sexe des mariés ou celui des victimes, que l'activité ou l'objet en cause est de nature sexuelle, que la question du genre est posée, le problème juridique posé devient spécifique, et par là exceptionnel. Il en résulte que ce problème doit trouver sa solution non pas dans l'attribution prudentielle de ce que chacun peut se voir reconnaître sans trop nuire aux autres ou dans la balance des prétentions et des intérêts contradictoires, mais dans l'application stricte de principes absolus dont la validité serait trop indiscutable pour tolérer des exceptions. Appelons cette stratégie : « *dramatisation par les principes* ».

Le gain rhétorique que procure cette dramatisation n'est pas négligeable : il est certainement plus valorisant d'avoir à s'occuper du devenir de l'humanité et du déclin de la civilisation occidentale que de cas parfois sordides, souvent marginaux, et toujours compliqués. Elle se paye pourtant d'un lourd tribu : les problèmes concrets que rencontrent certaines personnes déterminées se voient transformées en illustrations de vérités générales conçues ailleurs, dont la portée absolue conduit à « l'oubli » des situations et des réalités qu'elles recouvrent. De la sorte, le refus de reconnaître le mariage homosexuel laisse béantes les questions de fiscalité, de succession ou d'autorité parentale que rencontrent les couples de même sexe, l'abolition de la prostitution laisse les prostitués volontaires (et parfois fiers de l'être) sans aucune protection juridique, la législation sur la violence faite aux femmes plonge les maris battus dans un indicible néant juridique et social *etc.* On se dit alors qu'au lieu de disserter en général sur l'esclavage et sa nécessaire interdiction, il pourrait être judicieux de se demander comment les prostitués vivent leur métier. On en viendrait alors peut être à penser que si tous ont, à un moment ou à un autre de leur vie, espérer pouvoir en changer, les mêmes ont pu contradictoirement éprouver de l'estime de soi en l'exerçant de la manière la plus sérieuse possible.

De même, au lieu de conclure déductivement de la domination masculine à la prégnance des figures du mari violent et de la femme victime et à la nécessaire protection de cette dernière, il pourrait être utile de laisser place à d'autres histoires, d'autres récits du délitement de la vie conjugale, d'où pourraient émerger des figures aujourd'hui

Livre Jurisprudence n°2.indb 16 08/08/2011 12:02:34

encore indicibles – comme celles du mari battu ou du conjoint tour à tour victime et auteur de violences.

Ou encore, plutôt que de lire la revendication du mariage homosexuel comme une revendication folle portant avec elle le déclin de la civilisation occidentale, il pourrait être sage de considérer la vie concrète, les aspirations et les difficultés ordinaires des couples homosexuels, pour chercher à aménager leur condition juridique le moins mal possible. On ferait ainsi le pari que le droit n'est pas incapable de finesse, de précision et de prudence, dès lors qu'il n'est pas entièrement saturé d'idéologie.

Il est vrai que les affaires de genre ont quelque chose à voir avec l'illustration de principes moraux et soulèvent parfois des questions d'ordre anthropologique qui donnent le vertige à ceux qui s'en saisissent. En outre, le droit n'est pas une pure technique, il est vain de chercher à le purger des considérations idéologiques qui le constituent, que ce soit au nom de rationalités scientifique ou technique, ou *a fortiori* au nom du bon sens. Les règles, procédures, et arguments juridiques sont irrigués par des valeurs et prennent leur sens à partir des positions idéologiques des juristes qui les mettent en pratique. Mais autant on peine à imaginer ce que serait un droit purgé de toute idéologie, autant on peut souhaiter que ces valeurs et positions déploient leurs effets *en contexte*, c'est-à-dire dans l'examen attentif des conséquences qu'est susceptible de produire l'adoption des principes généraux et des dispositifs légaux qui en procèdent. Mon premier vœu serait donc que ce colloque contribue à promouvoir – dans le traitement des questions de genre une stratégie de *dédramatisation par l'attention aux situations concrètes* ou encore à imposer un peu de *réalisme* – au sens que Karl Llewellyn donnerait à ce terme.

2. Les juristes français admettent aisément que les questions de sexe, de sexualité, de genre sont des objets juridiques, ou encore que dans ces matières le droit règle les conflits, ordonne les situations, organise les institutions, distribue les droits, concilie les intérêts et les prétentions *etc*.

Cette affirmation peut toutefois s'entendre de deux manières : dans une première acception, le sexe, la sexualité, le genre se présentent au juriste comme autant d'objets distincts et indépendants du droit. L'homosexualité, la prostitution ou le transsexualisme sont des faits sociaux qui, en eux-mêmes, ne sont pas juridiques, dont la définition n'engage pas les opérations et les catégories du droit, mais dont le droit se saisit pour réguler des pratiques qui lui préexistent et lui sont étrangères, au sens où il n'intervient pas dans leur constitution. On dira ainsi que les femmes sont parfois sexuellement harcelées au travail et que le droit énonce des règles et des procédures qui protègent les victimes et sanctionnent les harceleurs.

Dans une seconde acception, le droit ne se contente pas de régler des objets qui lui sont extérieurs, il les constitue en tant qu'objets, en ce sens que les règles, procédures et arguments juridiques sont des éléments centraux de l'ordre discursif au sein duquel ces objets sont concevables et reçoivent une signification sociale déterminée. On dira alors que les dispositions relatives au harcèlement sexuel sur le lieu de travail façonnent les comportements et les mentalités et posent ainsi les conditions de l'expression de l'identité de genre sur le lieu de travail, en déterminant ce que veut dire être une femme sur le lieu de travail et comment s'y vit la féminité.

Dès lors qu'il est compris dans sa double acception constitutive et régulatrice, le droit doit rendre compte non seulement de la manière dont il administre et réglemente ces objets, mais encore de leur production et de la signification qui leur est assignée dans notre société. La réglementation relative au harcèlement sexuel sur le lieu de travail sera examinée en regard du gain de sécurité pour les femmes, de la marginalisation de comportements associant faveurs sexuelles et promotion, mais aussi en considération de la manière dont elle modèle et oriente la manière de vivre sa féminité au bureau. La législation sur les violences domestiques devra répondre de sa capacité à diminuer le nombre de victime, du degré de protection qui leur est offert, de l'efficacité des sanctions des auteurs de violences, mais elle devra aussi répondre des effets politiques et symboliques de la promotion d'une conception des rapports de sexe

Livre Jurisprudence n°2.indb 17 08/08/2011 12:02:34

qui identifie femmes et victimes, auteurs de violences et hommes. Les dispositions (en vigueur ou en projet) relatives au racolage ou à la criminalisation des clients de prostitués visent la baisse du nombre de prestations sexuelles échangées et partant celle du nombre de prestataire, dans l'espoir que cette diminution contribue au rétablissement de l'ordre public dans les quartiers spécialisés, au démantèlement des réseaux criminels, et à la réinsertion sociale des anciens prostitués. Mais elle doit aussi être examinée du point de vue des effets symboliques et psychiques de la promotion sociale d'une conception de la sexualité qui fait un crime de toute demande sexuelle associée à un échange monétaire.

Si l'on veut bien admettre que le droit joue un rôle constitutif dans les affaires de genre, on ne s'interdira plus de considérer que les règles, procédure et arguments juridiques puissent être *genrés*, dans le sens où leur usage est activement engagé dans la production et la reproduction de rapports de genre déterminés. Dès lors, on ne s'interdira pas non plus d'accorder attention aux travaux d'auteurs qui ont pu penser que le droit n'était pas indifférent à la production et à la reproduction de la domination masculine, de l'homophobie, ou de la stigmatisation des anormaux, voir même qu'il était constitutivement masculiniste ou phallogocentrique. Je ne vais évidemment pas m'engager à discuter ces théories, je me contente de noter qu'elles peinent à être discutées avec le sérieux qu'elles méritent par la doctrine juridique contemporaine. La question du *genre du droit* reste largement inexplorée en France, et il faut le regretter.

Ceci étant dit, je précise qu'il ne me semble pas toujours pertinent d'adopter une perspective *genrée* sur l'ensemble des phénomènes juridiques, et que certains problèmes de genre gagnent parfois à être traités par le droit *en dehors* ou *au-delà*, de toute considération *genrée*. Je conçois sans effort que des réglementations explicitement aveugles au genre puissent être mieux à même de protéger des intérêts de genre en jeu dans une cause donnée. La meilleure manière d'aborder la question du transsexualisme pourrait être de supprimer la mention du sexe dans l'état civil plutôt que de créer une troisième catégorie ou d'inviter les transsexuels à choisir les deux existantes. Mais une chose est de se situer *en dehors* ou *au-delà* de l'approche *genrée* du droit parce qu'on en a exploré les limites et fait la critique, une autre est de rester *en deçà* de cette approche, dans l'ignorance des enjeux qu'elle soulève et des théories qui la soutiennent. Mon deuxième vœu donc serait que ce colloque nous aide à aborder les opérations et les catégories juridiques dans la perspective du genre et de ses critiques.

3. Parce que les questions de sexe, de sexualité, de genre sont liées à l'identité personnelle, à l'intimité de chacun, ce sont des questions difficiles qui engagent la plus mystérieuse et la plus sombre part de ce que nous sommes, renvoient aux structures les moins conscientes de nos pratiques et de nos discours. Les mots et les catégories que nous utilisons pour appréhender ces pratiques et ces discours sont largement solidaires de dispositifs de savoir et d'agencements institutionnels qui s'inscrivent dans la très longue durée et que nous avons de ce fait le plus grand mal à identifier. C'est pourquoi aussi le matériau dont traitent les questions de genre est fragile, confus, ambivalent, largement ouvert à la multiplicité des interprétations. Ici plus qu'ailleurs peut-être, les simplifications et les généralités se heurtent à l'irréductibilité des zones d'ombre, aux mécanismes de déni et de mauvaise foi, à la pluralité des points de vue et des récits possibles, à l'opacité de nos projections et identifications, dont le tissu dense forme ce qui se présente à nous comme « le réel ».

Tout ceci devrait inciter les juristes qui s'y intéressent à la prudence, et les inviter à l'érudition. Pourtant, il arrive trop souvent que la littérature juridique courante, la plume du juge et du législateur, s'y aventure sans réflexion préalable excessive. J'ai en tête des arrêts récents de la Cour de Cassation n'hésitant pas à disserter en quelques lignes sur la « vérité » supposée du sexe ou encore les exposés des motifs de projets récents de législation en matière de violences domestiques ou de prostitution, dans lequel l'alliage de bonnes intentions et de naïveté théorique ne laisse pas d'inquiéter.

Comment expliquer cette étonnante sous théorisation, dans un pays qui s'enorgueillit avec raison d'être un

Livre Jurisprudence n°2.indb 18 08/08/2011 12:02:35

des berceaux des études de genre ? Peut-être encore parce que les travaux sur la sexualité et sur le genre ne sont pas vraiment lus dans les facultés de droit, les palais de justice ou dans les commissions parlementaires. Peut-être du fait que dans leur majorité, les acteurs du droit croient savoir ce qu'est le sexe, la sexualité, le genre, et en tirent l'habitude de traiter ces objets comme s'ils étaient bien connus : le monde du droit est un étonnant mélange d'admirable sophistication technique, de grande indifférence aux savoirs non juridiques et de croyance plate en des préjugés habituellement parés des vertus d'un « bon sens » qui varie bien entendu du tout au tout selon les auteurs et les textes. Le jusnaturalisme a son bon sens, le féminisme a son bon sens, l'égalitarisme républicain a son bon sens, qui n'a pas son « bon sens », universellement partagé ? Pour ma part, la seule certitude générale que j'ai dans ce domaine est le défaut du socle d'évidences partagées qui permettrait d'invoquer le « bon sens », la grande complexité des situations, la ductilité des concepts, l'ambivalence des termes, la grande difficulté, dans ce domaine plus que dans d'autres, à ne pas affirmer péremptoirement des choses trop fausses et la nécessité subséquente d'y apporter toute l'attention théorique requise.

C'est pourquoi on se prend à rêver qu'au pays de Simone de Beauvoir, de Foucault et d'Hélène Cixous, il soit fait meilleur usage des travaux de Judith Butler, de Drucilla Cornell ou d'Eve Sedgwick (qui sont traduits en français). L'ignorance des études de genre dans le monde juridique français me paraît d'autant plus regrettable que ses prolongements et ses subversions – je pense en particulier au courant de pensée dit *queer* – sont depuis plusieurs décennies un des lieux théoriques les plus féconds dans le domaine des sciences sociales.

Mon troisième vœu serait donc que ce colloque contribue à rapprocher deux mondes qui sont, en France, largement étanches : le monde du droit et le monde des études de genre et de leurs critiques. Ces trois vœux me semblent à la fois modestes – après tout, il ne s'agit guère plus que d'enjoindre à la curiosité – et largement destinés à rester pieux. Et c'est pourquoi je dois terminer en disant ma très grande reconnaissance aux organisateurs de ce colloque, particulièrement aux directeurs de la revue *Jurisprudence Critique* d'avoir fait ce pari intellectuel dans un monde qui n'a pas l'habitude à de telles audaces.

Livre Jurisprudence n°2.indb 19 08/08/2011 12:02:35

Gender studies, une appropriation encore timide dans le droit français

Malha NAAB*

Dans le cadre de ma thèse portant sur « le droit civil et le droit social français à l'épreuve du genre » dirigée par le Professeur Verkindt et dans le sillage de notre projet « Regards croisés sur le droit et le genre : (dé)construction et mobilisation de la norme juridique », j'ai eu la chance de rencontrer Geneviève Pignarre, Vincent Forray, Sébastien Pimont et Alexandre Guigue qui m'ont fait l'honneur de m'inviter à introduire cette journée d'études. Je tiens d'ailleurs à les remercier pour la confiance qu'ils m'ont accordée.

Lors des réunions préparatoires à ce colloque, il m'a généreusement été confié la lourde tâche d'établir un bilan des rapports genre et droit en France. « Lourde » car l'enthousiasme manifeste s'est très vite substitué à la difficulté de réaliser une sorte de recensement des travaux universitaires portant sur cette problématique.

En effet, alors que le genre est aujourd'hui devenu un outil conceptuel incontournable dans le domaine des sciences sociales, celui-ci peine à se frayer un chemin au sein de la recherche juridique française. Pourtant, nombreux sont les ouvrages et projets de recherche qui depuis plusieurs années démontrent le caractère socialement construit des inégalités femmes/hommes mais également de l'hétérosexualité comme norme dominante. Les études sur le genre permettent de faire éclater les représentations naturalisées et naturalisantes de la différence des sexes fondée sur un discours biologique structurant les catégories de pensée. Et ce sont paradoxalement des études médicales relatives à l'intersexualité puis au transsexualisme qui, au milieu des années cinquante, vont dans la continuité des travaux de l'anthropologue Margaret Mead et du *Deuxième Sexe* de Simone de Beauvoir permettre de questionner le processus biologique de sexuation tout en maintenant la binarité de l'identité sexuelle. Autrement dit, ce que nous appelons le sexe biologique ne détermine pas l'identité de genre ni l'identité sexuelle, produites en réalité par « *un travail collectif de socialisation du biologique et de biologisation du social* »[1]. La sociologue britannique Ann Oakley[2]

* Allocataire de recherche, Centre de Droits et perspectives du droit, Équipe R. Demogue, Lille 2.

1 P. Bourdieu, *La domination masculine,* Seuil, Paris, 1998, p. 14.

2 A. Oaley, *Sex, Gender and Society,* Londres, Harper Colophone Books, 1972.

Livre Jurisprudence n°2.indb 21 08/08/2011 12:02:35

empruntera d'ailleurs, cette distinction de sexe et de genre aux recherches menées par le psychiatre et psychanalyste Robert Stoller tout en la radicalisant, l'inscrivant ainsi dans le champ d'études féministes en pleine émergence au début des années soixante-dix.

Les chercheuses féministes vont donc progressivement s'approprier cette première conceptualisation du genre pour dénaturaliser le sexe, en s'opposant au discours psycho-médical des années cinquante et soixante en tant que dispositifs de production et de reproduction de normes sociales sexuées. Non seulement le genre permet de distinguer le sexe biologique du sexe social en déconstruisant la dichotomie nature/culture[3] mais il devient également pour les féministes matérialistes[4] une grille de lecture critique et politique révélant des rapports de pouvoir entre les sexes engendrés par la domination masculine et l'oppression des femmes marquées par le patriarcat et l'hétérosexisme.

Élaborés par des séries d'interaction, ces rapports sociaux de sexe divisant et hiérarchisant l'humanité en deux moitiés différentes puis inégales vont, sur le fondement du genre, permettre la construction d'un savoir à la fois théorique et critique des processus de normalisation[5]. Savoir théorique qui sera mobilisé et repensé au sein de mouvements sociaux liés au genre qu'il s'agisse du mouvement féministe, du mouvement gay et lesbien américain, du transsexualisme ou du transgendérisme. C'est d'ailleurs dans un positionnement politique de contestation des normes de genre que la critique « queer »[6] apparaîtra au début des années 1990. Il ne s'agit pas pour ses représentants « *de revendiquer une identité sur la base d'une homosexualité positivement pensée comme un choix d'objet, mais de revendiquer une identité d'opposition et de combat, une identité « sans essence » qui est mobilisée par rapport à et contre la norme dominante* »[7]. S'opère alors avec la théorie queer un mouvement subversif de politisation du sujet sexuel par un renversement du contenu de l'injure[8] (« queer ») matérialisé par la contestation du caractère essentialiste et invariable des identités.

Par conséquent, contrairement à ce que pouvait affirmer en 2005 la Commission générale de terminologie et de néologie[9], le genre est distinct du « sexe » en ce qu'il le transcende et dispose en tant que catégorie d'analyse d'un véritable « *potentiel heuristique* »[10] pour l'ensemble de la recherche universitaire. Pour preuve, ce concept s'est aujourd'hui implanté dans le paysage intellectuel et universitaire tant en sciences sociales qu'en économie ou encore en droit. Bien que la définition ou l'usage du genre ne fasse pas l'unanimité au sein de la recherche française – certain(e)s préfèrent rapports de sexe ou rapports sociaux de sexe[11] etc.- le genre ne constitue pas simplement une nouvelle grille analytique de lecture mais appelle en réalité, à une relecture de certaines catégories de pensée, permettant alors un renouvellement des disciplines.

3 Voir J. Butler, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité,* Paris, La Découverte, 2005.

4 Voir C. Delphy, *L'ennemi principal,* Paris, Syllepse, 1998 ; C. Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir,* Paris, Côtés-femmes, 1992 et N-C. Mathieu, *L'anatomie politique. Catégorisation et idéologies de sexe,* Paris, Côté-femmes, 1991.

5 L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, A. Revillard, *Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre,* Bruxelles, Éditions De Boeck, 2008, p. 28.

6 Terme anglais signifiant « étrange », « bizarre », « anormal » couramment utilisé comme une insulte visant les homosexuel(le)s ou plus largement toute personne qui ne peut être identifié au regard des normes de genre.

7 *Ibid,* p. 34.

8 Voir D. Eribon, *Réflexion sur la question gay,* Paris, Fayard, 1999.

9 « L'utilisation croissante du mot « genre » dans les médias et même les documents administratifs, lorsqu'il est question de l'égalité entre les hommes et les femmes, appelle une mise au point sur le plan terminologique. On constate en effet, notamment dans les ouvrages et articles de sociologie, un usage abusif du mot « genre », emprunté à l'anglais « gender » […]. En français, le mot sexe et ses dérivés sexistes et sexuels s'avèrent parfaitement adaptés dans la plupart des cas pour exprimer la différence entre hommes et femmes, y compris dans sa dimension culturelle, avec les implications économiques, sociales et politiques que cela suppose ».

10 E. Varikas, *Penser le sexe et le genre,* Paris, PUF, 2006, p. 26.

11 Le genre est pour certaines, perçu comme un concept utile mais ambigu pouvant dissimuler les rapports de domination et pour d'autres, il est au contraire le seul susceptible de les révéler.

Livre Jurisprudence n°2.indb 22 08/08/2011 12:02:35

L'étendue des recherches dans le domaine prouve que le genre dans sa forme actuelle, a quitté l'Outre Atlantique et a voyagé en Europe malgré quelques intempéries et de longues escales liées entre autres, à des résistances réputées linguistiques et plus largement institutionnelles pour ne pas dire politiques, pour enfin atterrir sur le territoire français. Néanmoins, à ses débuts le genre n'est pas plus une invention américaine qu'une invention française, il a en réalité, été pensé au sein d'une communauté d'intellectuelle transatlantique. En effet, l'historicité du concept révèle de nombreuses convergences scientifiques et, ce dès les années 1970 qui vont progressivement « *se défaire, d'abord de manière presque invisible, au fil des années 1980, puis, à partir du Bicentenaire de la Révolution française et en particulier autour de la discipline historique, de manière visible – voire spectaculaire au milieu des années 1990* »[12]. Ces divergences ne remettront pas en question ces échanges scientifiques mais marqueront dès les années 1980, le début de l'institutionnalisation du genre aux États-Unis constituant ainsi un « *véritable champ* »[13] académique. Les universités américaines vont non seulement ouvrir leurs portes aux études sur le genre mais également les inscrire spécifiquement dans leurs programmes d'enseignement et de recherche multipliant les ouvrages, colloques, revues et articles.

En dépit de leurs « sacrements » sur le continent nord-américain, les *gender studies* ne rencontrent pas le même écho dans les universités françaises, toutes disciplines confondues. Pourtant, les féministes françaises n'ont jamais déserté le champ des études sur le genre, bien au contraire. Dès la fin des années 1970, elles ont créé de nombreux groupes de réflexion (centre d'Études Féminines de l'Université de Provence, le Groupe d'Études Féministes de Paris 7, le centre Lyonnais d'Études Féministes, etc.), multipliant les colloques (dont le plus marquant pour son ampleur nationale reste celui de Toulouse sur les femmes et les études féministes en 1982) et diversifiant les revues (La Revue d'en Face, Questions féministes, Pénélope, les Cahiers du Grief, etc.)[14]. La peur de s'enfermer dans un « *ghetto scientifique* »[15], l'absence de légitimité de ces débats, le manque de perspectives de carrières, la rigidité de certaines disciplines liée à la « *centralisation de l'université* » mais également la « *méfiance de certaines féministes envers l'institutionnalisation vécue comme une récupération* » sont quelques-unes des raisons avancées notamment par Eliane Elmaleh[16] pour expliquer le retard français. Retard depuis peu en voie de régression malgré une percée encore timide en droit. L'ère de la « genderisation » de la recherche française semble bien en marche.

L'A.T.P. *Recherches sur les femmes et recherches féministes* mis en œuvre par le CNRS après le colloque de Toulouse en 1982, a facilité l'infiltration des études féministes dans les universités françaises, relayé par des initiatives gouvernementales et par l'appui de l'Union européenne. Alors qu'en 1992, le rapport de conjoncture du CNRS « *soulignait l'absence de reconnaissance institutionnelle des études féministes* »[17] en soulevant qu'un « *des talons d'Achille les plus visibles de la recherche française demeure l'étude des femmes et plus généralement celle des rapports sociaux de sexe* »[18], il apparaît que les *gender studies* ont depuis gagné du terrain tant sur le plan institutionnel que dans leur diffusion et production. Sans appeler à l'exhaustivité, de nombreux réseaux ou groupes de réflexion formels ou informels se sont mis en place tels que l'A.N.E.F. (Association nationale des études féministes en 1989), le MAGE (Marché du Travail et Genre en 1995), les activités du CNRS (16 aujourd'hui portent sur le genre et un nouveau recensement Genre est lancé

12 E. Fassin, « L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outil conceptuel », L'Homme, n°187-188, 2008, p. 379.

13 *Ibid.*

14 L. Kandel, « Un tournant institutionnel : le colloque de Toulouse », Les cahiers du CEDREF, n°10, 2001.

15 P. Bourdieu, « La domination masculine », Actes de la recherche en sciences sociales, n° 84, 1990, p. 25.

16 E. Elmaleh, « Les Women's studies aux États-Unis. Le féminisme et l'université », Transatlantica, n°1, 2003.

17 M.-C. Hurtig, M. Kail, H. Rouch, *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes,* Paris, CNRS Éditions, 2003, p. 5.

18 Cité par M.-C. Hurtig, M. Kail, H. Rouch, *ibid, op. cit.,* p. 6. (C.N.R.S., *Rapport de conjoncture,* 1992, thème 24 « Transformation des sociétés, développement », p. 16).

Livre Jurisprudence n°2.indb 23 08/08/2011 12:02:35

depuis 2010 par le CNRS), l'Institut Émile du Châtelet (2006), l'Axe transversal Genre de Paris I, le PPF (plan pluriformations « Genre et sciences sociales », EHESS-Marseille), le GTM (Genre, Travail et Mobilités) mais également le RING (Réseau interuniversitaire et interdisciplinaire national sur le genre implanté à Paris 7 depuis 1995 qui aura une seconde antenne à Lyon 2 dès la rentrée prochaine), et EFIGIES (Études féministes, sur le genre et les sexualités), etc. Cette dynamique s'inscrit aussi dans les axes de recherches de l'EHESS, l'ENS, les IEP notamment à Sciences Po Paris avec la création d'une Chaire sur le Genre dans le cadre du projet PRESAGE inauguré par la *queer week* du mois dernier.

Les universités n'ont donc jamais quitté les rangs des *gender studies* comme en témoigne la pérennité de quelques centres de recherches spécialisées (Centre d'études féminines et d'études de Genre de Paris 8 fondé en 1974, le CEDREF à Paris 7 crée en 1985, l'Équipe Simone-Sagesse à Toulouse 1, le centre Louise Labé à Lyon 2 qui délivrent des unités de formation accessible aux juristes etc.) permettant pour certains la délivrance de diplômes notamment en 3e Cycles et en doctorat mention Genre (tels que le Master II « Genre(s), pensées de la différence, rapports de sexe », Master II professionnel « Genre et politiques sociales », Master II européen Genre, Master II « Politiques et sexualités » ou encore le Doctorat en études féminines et études de Genre, etc.). Les diverses manifestations scientifiques (colloques, séminaires, ateliers) ainsi que les nombreuses revues labellisées « genre » (Cahiers du Genre, Travail, Genre et sociétés, CLIO, Les Cahiers du CEDREF, Genre et histoire, etc.) participent à cette effervescence intellectuelle. Ce bref panorama illustre un mouvement d'institutionnalisation des *gender studies* dans les universités françaises avec pour seule ombre au tableau, les facultés de droit.

Aujourd'hui, l'appropriation par les juristes du concept de genre reste en effet, encore timide en France. Pourtant, les théories féministes du droit fourmillent dans les pays Anglo-saxons (notamment au sein des *Critical Legal Studies* aux États-Unis avec pour pionnière Catharine A. MacKinnon) ou encore chez nombre de nos voisins européens (création d'un Institut suisse d'études juridiques féministes et de gender law). Les *gender studies* constitueraient-elles une terre encore non explorée par les juristes ? L'absence de revues spécialisées, de diplômes et d'enseignements portant explicitement la mention genre ou de postes fléchés à l'exception de la chaire d'études sur l'égalité dirigée depuis 1985 à Rennes 2 par la juriste Annie Junter (qui souhaite créer à la rentrée 2010 un diplôme universitaire numérique en études sur le genre) prouve la lente et difficile circulation des *gender studies* en droit mais pas leur absence. « *Rares sont les écrits féministes francophones portant sur le droit* »[19] . Il s'agit pour l'essentiel de publications ponctuelles et plus rarement d'ouvrages, nous pouvons citer : « *Genre en droit social* » dirigé par Philippe Auvergnon[20], « *Rapports sociaux de sexe/genre : repenser le droit* » dirigé par Louise Langevin ou encore « *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales* » dirigé par Anne Devillé et Olivier Paye[21], etc. De plus, si l'on se réfère au guide Lamy 2010 qui répertorie l'intégralité des diplômes de 3es cycles mention droit, un sur près de 727, à savoir le « Master II Recherche Droit et pouvoir publics, spécialité Droits de l'homme » permet officiellement un accès sur les questions liées au genre avec son séminaire thématique et optionnel « sexualité, liberté et discrimination ». D'autres sont évidemment susceptibles d'aborder ces thématiques comme le « Master II Droit comparé des pays francophones » de Toulouse 1 en partenariat avec le réseau international « genre, droit et citoyenneté ». Signalons d'ailleurs, l'activité du CREDOF (Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux,

19 A. Revillard, K. Lempen, L. Bereni, A. Debauche, E. Latour, « A la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones », Nouvelles Questions Féministes, volume 28, n°2, 2009, p. 4.

20 P. Auvergnon (dir.), *Genre en droit social,* Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.

21 A. Devillé, O. Paye (dir.), *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1999.

Livre Jurisprudence n°2.indb 24 08/08/2011 12:02:35

ParisX), particulièrement deux de ses axes de recherches pour la période 2009/2012 qui privilégient une réflexion sur le genre.

Ce tableau en demi-teinte ne signifie pas, pour autant que les juristes restent insensibles au genre et cette journée le prouve. De tout temps, la norme de droit a fait partie des luttes pour l'égalité que ce soit avec elle ou contre elle, et nombreux sont ses acteurs (Odile Dhavernas Annie Junter, Régine Dhoquois, Danièle Lochak, Daniel Borrillo, etc.) qui la conçoivent comme « *un levier de changement social* »[22]. Le genre est bien une question de droit car le droit a participé et participe encore de la construction des genres.

Pour conclure, je reprendrai les propos de Kate Bornstein, cités par la philosophe Elsa Dorlin : « […] *Les terroristes du genre sont ceux qui se tapent la tête contre un système de genre* réel *et* naturel*, et qui utilisent le genre pour nous terroriser. Ceux-là sont les vrais terroristes : les défenseurs du genre* »[23]. Pour éviter que les facultés de droit françaises ne soient inopinément étiquetées « terroristes du genre » en raison de leur faible investissement sur le plan théorique, il semble nécessaire de développer les réflexions comme ce colloque nous y invite.

22 A. Revillard, K. Lempen, L. Bereni, A. Debauche, E. Latour, « A la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones », Nouvelles Questions Féministes, *op. cit.*, p. 4.

23 K. Bornstein, *Gender Outlaw : On Men, Women and the rest of Us,* London, Vintage, 1995, p.71-72 cité par E. Dorlin, *Sexe, genre et sexualités,* Paris, PUF, 2008, p. 109.

Livre Jurisprudence n°2.indb 25 08/08/2011 12:02:35

Genre du Droit / genres de Droits

Gilda NICOLAU*

La mujer es la mitad del cielo[1]

Prêtée à Confucius, cette formule, qui renvoie au Ciel de la pensée chinoise de l'alternance et du processus[2], a germé sous le ciel féministe de notre dualisme occidental judéo-chrétien[3]. L'importation de cet adage, et sa récupération par les féministes sud américaines en : « La mujer es la mitad del cielo y de la tierra[4] » servira de fil, sur lequel je traverserai, en funambule, ce propos.

La pensée juridique occidentale, issue de la promotion de la raison au premier rang des sources fiables

* Professeure de droit privé et de sciences criminelles, à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Directrice du Master 2 recherche de droit comparé spécialité anthropologie du droit.

1 La femme est la moitié du ciel. Pensée prêtée à Confucius reprise en référence à l'oppression qui a pesé sur les femmes, durant une très longue période de l'histoire chinoise. La phrase est reprise dans plusieurs langues à l'égard des cultures dominantes pour lesquelles le seul salut proposé aux minorités occultées, se trouve dans un au-delà prophétisé, soit après la mort physique (le paradis non terrestre) ou dans un au-delà de la vie matérielle. Elle est célébrée par le film du même nom, du cinéaste espagnol *Manuel Gutierrez Aragon, en 1986, Concha d'or du meilleur film au festival de Saint Sebastien.* Notamment, le jeudi 8 avril 2010, le centre de la femme de Maipu près de Santiago du Chili, ouvrait sa cérémonie annuelle en lançant le livre «Las mujeres sostiennent la mitad del cielo y de la tierra».

2 Le Khien qui exprime le ciel, la force d'action ou d'activité, l'activité sans repos, est représenté par le premier hexagramme du Yi King. Si l'on en parle d'une façon absolue, c'est la voie rationnelle et morale. Cette activité exprimée par le mot Khien est l'origine et le commencement de tous les êtres et de toutes les choses. Il est associé au principe masculin. Khouen est l'antithèse de Khien ; **les quatre vertus fondamentales sont les mêmes, mais l'essence de la perfection est différente.** C'est par la douceur malléable et la passivité, qu'il y a perfection la formule dit : perfection de la jument, laquelle est prise pour symbole. Parmi les formes définies de la négativité, aucune n'est aussi grande que la terre. Dans un mouvement permanent mu par attraction du Yin et du Yang (termes qui n'existent pas en tant que tels dans le Yi King), le principe de positivité précède, la négativité suit. La positivité se guide sur le devoir, la négativité se guide sur le bien. *Le Yi king*, Traduit du chinois par Paul-Louis-Félix Philastre et présenté par François Jullien, *Zulma*, 1992, p. 25- 26, 59-60. Yin, c'est ce qui va devenir yang, Yang, c'est ce qui va devenir Yin. Cyrille Javary, *Les rouages du Yi King*, Philippe Picquier, 2001.

3 Gilda Nicolau, *La prophétie du non droit*, colloque Jean Carbonnier et les sciences sociales, Nanterre, 2008, à paraître. En ligne sur le site DHDI.fr (droits de l'homme et dialogue interculturel). La frontière évolue selon les limites que l'on donne à l'un par rapport à l'autre, ce qui justifie chez l'auteur son idée du nécessaire recul du droit, jusque dans sa pensée religieuse très influencée par Luther. Jean Carbonnier ne se départira pas tout à fait de cette ambiguïté de la pensée en droit et de la pensée socio-anthropologique du droit.

4 La femme est la moitié du ciel et de la terre.

Livre Jurisprudence n°2.indb 27 08/08/2011 12:02:35

de la scientificité[5], a développé des couples binaires de concepts, à leur tour déconstruits par la comparaison, mais avec de très fortes résistances, ce qui est l'objet de ce propos, par la comparaison en droit.

La comparaison des savoirs et pratiques éloignés, dans le monde, mais aussi entre pensée scientifique et pensée pratique, permet de revenir sur les plis[6] de nos constructions. Or ces plis abritent de nombreuses apories, et s'il est un art du juriste, cela devrait être de pouvoir se poser de nouvelles questions théoriques comme pratiques et opératoires (les deux sont liés par nécessité pour les libertés), sans ambition d'avoir depuis des millénaires fait le tour complet et désabusé de la nature humaine.

L'anthropologie nous rappelle « *le mode d'existence original de l'homme comme être qui non seulement vit en société (comme les autres animaux sociaux), mais produit de la société pour vivre*[7] ».

Je voudrais partir des résultats obtenus par des années de féminisme, d'études de genre, et de pensée critique, pour étayer quelque peu l'idée que le monde ne se divise pas ou pas seulement en deux, et donc pas davantage en deux sexes, deux sexualités, deux genres, et que si c'est le cas, les deux branches sont des constructions normatives et fonctionnelles, et partant, ne sont pas nécessairement opposées. C'est un phénomène proprement occidental que d'avoir posé la pensée de l'autre en pensée du contraire, et de l'avoir traversée d'une logique judiciaire adversariale, devenue l'étalon de la juridicité officielle. Puisque la nature de l'homme est culturelle (et juridique) et seulement cela, il est donc permis de se demander ce qui se cache sous tous ces plis de la pensée occidentale, où tant sciences du droit, qu'études féministes sont nés, et d'aller à sa recherche.

Le pôle de la division de genre ou **par sexe**[8], entendu comme une des modalités normatives de division complexe des relations humaines, est pour le moment binaire ou plus rarement ternaire. La pensée critique et à la suite d'Edgard Morin, le développement de la pensée complexe[9], ont porté les méthodologies, à réintroduire le tiers dans les logiques rationnelles, comme à le réhabiliter dans les logiques juridiques. À cet égard, le fait physique (être un homme, une femme, ou les deux, ou être autrement), révélé en général par des caractères sexuels apparents sera, au gré des cultures, une modalité-archétypale parmi d'autres, des relations sociales. Il me faudra partir du « chemin de déprise[10] » du **sexe naturel** amorcé par Mauss en 1831, et ses étudiants(es) en ethnologie, à une époque où les études en général n'étaient guère recommandées aux « non-citoyennes ». L'enjeu en sera de souligner l'insuffisance du regard critique de la science juridique sur ce point précis. En d'autres termes, en s'attachant principalement aux événements dramatiques qui viennent ponctuer, notamment par la mise en litige sous forme d'un procès[11], la manière dont les hommes et les femmes sont culturellement portés dos à dos, et en le faisant dans une culture juridique monologique et principalement adversariale, la science juridique positiviste se coupe des fondements du droit et de ses dysfonctionnements majeurs.

Ainsi posée, la manière d'envisager la recherche s'appuie sur ce préalable que la différence biologique

5 Pensée qui est aussi celle des anthropologues étudiant les sociétés exotiques, ou leur prêtant cette caractéristique.

6 Expression de François Julien, notamment dans *Procès et création, une introduction à la pensée chinoise*, Seuil, 1989.

7 Maurice Godelier, *L'énigme du don*, Champs Garnier Flammarion, 1996.

8 Rupture opérée par Marcel Mauss.

9 Edgard Morin, *Introduction à la pensée complexe*, EDF, 1990. Denys de Béchilon, *Les défis de la complexité-Vers un nouveau paradigme de la connaissance,* autour de Edgard Morin et de Georges Balandier, L'Harmattan, 1994.

10 Irène Théry, *La distinction de sexe, une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob, 2007, p. 126.

11 Qui n'est en soi qu'une culture juridique et judiciaire dominante mais qui n'épuise pas le phénomène juridique. Jean Carbonnier en dégage très tôt l'hypothèse vérifiée depuis, dans ses deux théorèmes de la sociologie juridique : le droit est plus petit que les relations entre les hommes, et le droit est plus grand que les sources formelles du droit. in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 2001, p. 21-24.

Livre Jurisprudence n°2.indb 28 08/08/2011 12:02:35

entre les sexes n'a de sens que culturellement, et que le droit, non seulement prend une part non négligeable dans son authentification, mais serait lui-même genré. Or si les autres disciplines ont depuis longtemps opéré cette dénaturalisation, la science du droit positif continue à opposer les hommes et les femmes, ou leurs tendances sexuelles, en en biologisant la reproduction, ramenée à sa plus simple expression.

J'insiste sur le fait que je ne limiterai pas le terme droit à ses sources et crispations autour d'un événement ponctuel au sein des institutions étatiques, au regard de l'infinité de la mêlée normative dans le quotidien des gens, qui peuvent seulement occasionnellement y mener. Peu important à ce stade, le mot qu'il conviendra d'utiliser pour désigner ces normes, sources, manifestations, ou modalités de légitimation différentes. Ce problème arrivera en un second lieu (mais dans le même temps), sur la scène politique au sein de laquelle il s'agira de mettre une limite légitime à l'emprise possible de l'autre. C'est pourquoi la part linguistique de la recherche et l'attention portée aux mots afin de résister à l'englobement totalitaire de la pensée monologique, sera active.

Dans une première hypothèse, je reviendrai sur les travaux de Marcel Mauss, puis du M.A.U.S.S., pour revisiter les trois foyers occidentaux de la production juridique, dans une perspective critique du droit de l'État et de sa prétention au monopole, et à la saturation de la juridicité.

Je poserai une seconde hypothèse en forme de question, sur la nature genrée du droit, où la part du don serait indexée au genre féminin, et la part de l'État au genre masculin. Cette seconde hypothèse vise à évaluer, et je ne le fais avec mes étudiants à Paris 1 que depuis deux ou trois ans, l'affaiblissement, et l'occultation des valeurs que nous attribuons au « genre féminin », et le tribut qui en résulte en termes de disparition de la socialité et des lieux de vie qui en permettent l'émergence. Par un retour d'optimisme *in fine*, je me demanderai en quoi ces valeurs resurgiraient-elles, comme un retour du refoulé ?

Sur le plan scientifique, que devons-nous, juristes et citoyens à l'anthropologie, à la sociologie, à la science du droit féministe[12], et quelle est la part collaborative avec les luttes des femmes et des hommes sur le terrain ? Les mères de ma génération se plaignent de ce que leurs filles ne sont plus assez féministes. Elles jouissent pour une part d'entre elles, de tout ce que nous avons gagné pour elles, et pour leurs partenaires de vie, de droit de partager en toute liberté les espaces publics comme privés de la juridicité, à leur guise. Le droit où le genre appartient à tous, et où les hommes aussi ont le droit d'être des femmes comme les autres. À côté, sur les scènes d'écueil de la socialisation, la montée de la délinquance des jeunes femmes et filles, atteste que nous les avons autorisées à dire « non » même si beaucoup ont encore besoin de crier pour le faire. Leurs éventuels compagnons selon une certaine presse, s'en trouveraient désemparés. Ne désespérons pas de la capacité d'adaptation de l'espèce !

Pour décrire la complémentarité entre le droit, l'anthropologie et les études de genre, ce texte propose un cheminement allant de la division de la société par rôles symboliquement sexués, passant par des développements contemporains des intuitions de Marcel Mauss, puis de ses successeurs à partir de la théorie du don[13] et développée par le Mouvement Anti Utilitariste en Sciences Sociales (M.A.U.S.S) (I). La déconstruction culturelle qu'elles nous imposent, permettra de dégager certaines apories du droit Étatique dans sa prétention au monopole de la juridicité (II). Il s'agira enfin de rendre hommage aux recherches féministes pour leurs contributions diversifiées aux liens entre les disciplines, mais aussi en leur sein aux méthodologies critiques de la domination scientiste ; ceci en soulignant la dette des juristes

12 Sur le développement de l'ethnocide à l'intérieur des sociétés occidentales. Gilda Nicolau, Geneviève Pignarre, Régis Lafargue, *Ethnologie juridique-autour de trois exercices*, Dalloz, méthodes du droit, 2007, p. 160 et ss.

13 On pourrait, comme c'est le cas au début de ce propos, y distinguer le don fait aux dieux, qui occupe sa théorie du religieux, et celui qui fait système juridique entre les hommes.

Livre Jurisprudence n°2.indb 29 08/08/2011 12:02:36

à leur égard, laquelle appelle encore bien des scènes de reconnaissance (III).

I. La part bannie du droit occidental

L'occultation du don, sphère créatrice de la socialité juridique est liée à un lent mouvement de la construction dogmatique du droit occidental dégagée par Pierre Legendre, et de la réduction des relations humaines à la logique utilitariste du marché. La part prépondérante du féminin au sein de cette sphère, s'en trouverait *de facto* ignorée, et détournée de sa reconnaissance fondatrice du droit.

La division entre le droit (étatique), masculin et la société (féminine) porteuse des courants de recherche droit et société, peut alors être revisitée à l'aune du paradigme pluraliste, autrement qu'en termes de « pénétration », voire de viol, sous la contrainte légitime de l'institution. La violence faite continûment aux cultures juridiques, même institutionnelles (on songe notamment aux projets de lois qui visent actuellement à laminer la justice des mineurs sans consultations des principaux acteurs de cette justice transmoderne à visage humain), laisse penser que notre manière de faire du droit « officiel », sans moyens et sans méthodes est loin d'être démocratique. Elle n'offre plus que le triste visage de la domination, qui ne sait plus créer de scènes publiques, pour que la part de justice soit entendue avant d'être ritualisée et institutionnalisée.

Si l'on prend l'expression à la lettre, la comparaison en (anthropologie du) droit, permet de porter un regard critique sur la rencontre des pensées du monde et donc du droit. Méthodologiquement, et par un retour, s'il y a bien une spécificité organique dans la mise en œuvre d'une partie du droit que l'on nommera droit étatique ou officiel, rien ne permet de dégager une ontonologie ou une ontonomie particulière du droit. En tant que phénomène psychique, ou linguistique, il faudra bien ne pas nous autoriser, décemment, à en nier l'existence. Autant dire tout de suite que Dieu n'existe pas ! Il est en revanche tout à fait permis de penser que le droit (et Dieu aussi) puisse faire l'école buissonnière[14], ce qui n'est pas nécessaire dans les sociétés sans État, ou très à l'écart de celui-ci. Une anthropologie du détour est précieuse pour s'émanciper de nos évidences comme de nos impensés. Marcel Mauss dégage à cet égard les fondations juridiques de quelques sociétés du pacifique sans États (A), et propose un nouveau paradigme de la socialité transposable aux sociétés modernes. Anette Weiner prolonge et enrichit cette pensée d'un point de vue plus féministe[15] (B). Le mouvement anti-utilitariste en sciences sociales tente de relier trois piliers de l'organisation normative des sociétés étatiques libérales capitalistes (C).

A. Marcel Mauss et la division sociale par sexes

La relation de réciprocité a été analysée en 1924 par Marcel Mauss, dans son célèbre essai sur le don[16]. L'auteur n'a cessé d'être commenté et prolongé par un nombre considérable d'auteurs de disciplines comme de langues et nationalités différentes. Pour autant, nous sommes loin d'avoir épuisé l'ampleur des développements possibles de ses intuitions.

Si la recherche anglo-saxonne a amplifié considérablement, son travail juridique de systématisation, la recherche française n'est pas restée en reste. À cet égard, Florence Weber, dans sa présentation de l'œuvre de Mauss pour Wikipedia souligne : « *Le lecteur anglophone est mieux armé pour comprendre ce fil essentiel de l'œuvre de Mauss. Parce qu'il fallait traduire, et parce que les plus grands anthropologues anglais se sont engagés dans l'entreprise, il dispose de plusieurs ouvrages longuement commentés : plusieurs éditions de The Gift (préfacé par Evans-Pritchard puis par Mary Douglas), Sacrifice (préfacé par Evans-Pritchard),*

14 Patricia Huyghebaert, Boris Martin, *Quand le droit fait l'école buissonnière-Pratiques populaires de droit,* Descartes et cie 2002.

15 On peut affirmer que le propos de Mauss l'est déjà.

16 Marcel Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Paris PUF 1950, PP 143-362.

Livre Jurisprudence n°2.indb 30 08/08/2011 12:02:36

A General Theory of Magic, mais aussi plus récemment On Prayer (2004, Berghahn)».

En France, Irène Théry, vient récemment de délivrer un travail de réflexion très longuement mûri, et nourri de recherche féministe anglo-saxonne et française sur la fabrication du lien social. Reprenant les thèses de Mauss, critiquant de manière novatrice les oublis importants de l'universalisme de Claude Lévi Strauss, elle rend une telle justice à la recherche féministe, que ce propos réduit et donc réducteur, ressemblera à un hommage de seconde zone. Dans le sillage de Mary Douglas[17], Marilyn Strattern[18], Cécile Barraud, Catherine Alès…, pour citer pour cette fois, des femmes en haut de la page, elle présente le genre comme une « modalité des actions et des relations et non comme un attribut des personnes », déplaçant le regard vers le contexte social qui donne sens à nos actes. Elle convoque alors les ressources de l'anthropologie, de la philosophie, pour porter un regard éloigné et critique de la construction moderne de la distinction de sexes[19].

Dans le système du don – qui est un système juridique, longuement occulté par la période structuraliste en France, tandis que l'anthropologie anglo-saxonne savait en saisir les implications essentielles pour notre avenir – le sexe change de sens : il n'est plus l'objet de la division, mais le critère, la modalité de celle-ci, et cette division est essentiellement relative aux autres, relationnelle. Il y a donc des sœurs, des collègues de tous métiers, des sorcières ou prêtresses, des ministres et présidentes, des vieilles, et cela en rapport avec « de » l'autre, qui est non sœur, non vieille… La division **par sexe** (au lieu de : division **de sexe**) se combine également à la division par âge, toutes deux construites en fonction de la conception du temps[20].

Or ce « détail » oublié, semble à l'origine de nombreuses années de lutte belliqueuse pour la reconnaissance sociale, aux fins d'éviter de réduire les femmes à une de ses fonctions les plus comparables à l'animalité du moins chez certains mammifères : une mère et une épouse. On retrouve encore trace de cette distinction soulignée par Michael Walzer[21] dans les nominations de monsieur et madame, le premier renvoyant à un rang social, le second indexé à la sphère domestique où les femmes mariées furent et sont encore souvent assignées[22]. Comme Annette Weiner, ce philosophe anthropologue porte son regard sur les biens qui circulent, en vue de leur répartition, mais comme indicateurs de sphères de justice différenciées.

En philosophie comme en sciences sociales, le lien conceptuel entre identité et altérité[23], ne peut être dédoublé sans risque de domination. La répartition doit se faire en complémentarité sans renvoyer les différences dos à dos.

B. Annette Weiner et la répartition du pouvoir par sexe

Annette Weiner, anthropologue américaine, reprend le dossier du don ouvert par Marcel Mauss, à partir des recherches de terrain de Malinowski chez les Trobriandais et de Franz Boas chez les Kwakiutl. Elle se rend en Mélanésie où Malinowski a fait ses recherches sur les systèmes d'échanges qui inspirèrent l'essai sur le don à Mauss.

Elle se montre capable de mettre en exergue dans les travaux de Mauss ce qu'un siècle de commentaires masculins et pour une part, de tendance utilitariste, avait

17 *How do institutions think*? Syracuse, University Press, 1986. *Comment pensent les institutions*, suivi de La *connaissance de soi*, et *Il n'y a pas de don gratuit*, La découverte, poche, 2004.

18 Marilyn Strattern, *The gender of the gift. Problems with women and problems with society in Melanesia*, Berkeley, university of California press, 1988.

19 Irène Théry, *La distinction de sexe, une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob, 2007, p. 447.

20 Qui n'est pas non plus universelle. Elle est cyclique en Nouvelle Calédonie, par exemple, et les âges peuvent s'inverser au moment des passages et nominations.

21 Michael Walzer, *Sphères de justice, pour une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, La couleur des idées, 1997.

22 La liberté de ne pas se marier étant également variable selon les cultures, l'époque, et les catégories sociales.

23 François Laplantine, *Je nous et les autres – Être humain au-delà des appartenances*, Le Pommier, 1999.

Livre Jurisprudence n°2.indb 31 08/08/2011 12:02:36

plongé dans l'oubli. Au fil de ses publications[24], elle développe des idées essentielles qui seront appuyées, mises en exergue par Maurice Godelier[25], puis par Jean Pierre Warnier, pour la revue du M.A.U.S.S.

Elle y travaille sur les échanges féminins, non sans avoir récusé cette prédestination méthodologique, et alors que Malinowski n'a pas publié à ce sujet. *« Il est temps que nous cessions de discuter sur le fait de savoir si les informateurs femmes en savent ou non autant que les informateurs hommes et il est temps que nous cessions de rationaliser ce qui fait que les anthropologues hommes et femmes ne peuvent pas étudier les femmes*[26] ». Elle étudiera bien sûr pour sa part les « échanges entre les hommes » (ce qui est plus ordinaire), considérant qu'il y a des méthodes à mettre en œuvre et une égale (mais différente) difficulté d'accès au terrain, que l'on soit homme ou femme.

Elle estime, comme Marcel Mauss, que si les sociétés étudiées pratiquent le don et le contre don, elles se gardent de tout échanger, en distinguant deux catégories de biens : les biens aliénables engagés dans diverses modalités d'échange et les biens inaliénables que l'on garde par-devers soi. Marcel Mauss, dans l'essai sur le don, s'intéresse surtout à ce qui circule et laisse un peu de côté ces biens à circulation réduite qui doivent revenir, parce qu'en dehors de toute relation d'échange. On notera par ailleurs, que Claude Levi-Strauss les passera totalement sous silence, et n'envisagera que la circulation des femmes, comme base de la prohibition universelle de l'inceste et du droit. Par ailleurs, Claude Levi-Strauss vint, tout en publiant l'œuvre de Mauss, déstabiliser pour plus de quarante ans la suprématie des théories des systèmes de parenté. Pour Levi-Strauss des structures élémentaires de la parenté, c'est l'alliance qui est première et conditionne le passage à l'humanité.

Pour Marcel Mauss, de l'essai sur le don, il y a deux sortes de biens : les biens aliénables (les commodities) et les biens inaliénables. Ces deux catégories sont articulées l'une à l'autre. Les biens inaliénables font l'objet d'une transmission d'une génération à la suivante. Ces biens ne sortent pas de la lignée car ils sont inclus dans le groupe. Ils lui procurent son nom, son identité, ses ancêtres, son patrimoine. Puis viennent les biens transmissibles qui à l'inverse, ont vocation à sortir des limites du groupe. Les premiers constituent l'axe vertical du rapport social de parenté, les seconds l'axe horizontal des relations d'échange entre sujets d'une même génération. Aucun des deux n'a plus besoin d'une antériorité logique par rapport à l'autre. Le lien social est constitué d'un lien horizontal, de la circulation et des alliances et d'un lien vertical de la transmission et de la filiation. Les relations de filiation sont intégrées dans le système du don successif entre les générations.

Annette Weiner s'inscrit en faux contre cette hypothèse. Son argument est tiré de l'anthropologie de la parenté. Pour elle, la transmission des biens inaliénables ne saurait relever du don, car la transmission est à sens unique, tout comme la filiation. Les générations successives reçoivent la vie de la génération précédente. Elles peuvent alors mourir en paix. Elles ne se rendent aucun don en contre échange. *« La reproduction doit être comprise comme représentant plus que les processus biologiques et plus que la reproduction sociale au sens marxiste. Car la reproduction inclut plus que le fait de donner naissance et plus que la reproduction des relations sociales. La reproduction se rapporte à la forme déterminée sous laquelle les individus sont liés les uns aux autres et à la façon dont ces liens sont exprimés à*

24 Annette Weiner, *Women of value, men of renown : new perspectives in Trobriand exchange*, Austin, University of Texas press, 1976. Plus précieux que l'or : relations et echanges entre hommes et femmes dans les sociétés d'Océanie, annales ESC, n° 2, 1992, p. 222-245. *Inalienable possessions : the paradox of Keeping-while-giving,* Berkeley, University of California Press, 1992.

25 Maurice Godelier, *L'énigme du don*, *op.cit*.

26 Annette Weiner, «Sexualité chez les anthropologues, reproduction chez les informateurs, *Bull du M.A.U.S.S* n°10 1984, p. 50. Sexuality among the anthropologists, reproduction among the informants, social analysis, n°12 December 1982, 52-65.

Livre Jurisprudence n°2.indb 32 08/08/2011 12:02:36

travers l'échange des substances, des matières et de la connaissance »[27].

Selon Jean Pierre Warnier[28], ce refus de ramener les deux axes horizontal et vertical au sein du système du don permet d'en résoudre l'apparent paradoxe. *« Il existe une autre hypothèse interprétative : en donnant une chose, ce qu'on gagne éventuellement, ce n'est pas une autre chose, (le contre don qui peu très bien ne jamais venir sans pour autant qu'on ait perdu quoi que ce soit d'important), mais du collectif. On y gagne de la confiance, du collectif, de la durée, du symbolique, de la socialité. »*[29]

Ou encore, « *Ce « gain » qui est occulté par le contre don derrière lequel il se cache, transcende les calculs intéressés et désamorce le paradoxe, décroche de la transaction, opère un saut et va se loger dans une sphère où plus rien n'est échangeable, négociable ni aliénable. C'est une sphère dans laquelle les don- contre- don n'ont de place qu'à titre de ticket d'entrée que l'on jette à la poubelle dès qu'on a franchi la porte. C'est la sphère de ce sur quoi on ne peut plus transiger si on adhère à la vie en société : la vie, la durée, la continuité, la filiation, l'identité, la transmission, l'institution »*[30]. Ainsi conçue, la dette de vie est insolvable si ce n'est à la génération suivante. En revanche, les sacrifices et présents aux morts ne sont que des reconnaissances de dette.

Quel rapport y a-t-il entre cette inaliénabilité, et la nature du lien social qui en est correspondante ? Qu'est-ce qui est inaliénable ? Tout ce qui est trop précieux pour être sacrifié dans un échange sans que cela ne fasse scandale. Des ancêtres, un nom, des bijoux de famille, des convictions, des dieux (souvent). Tout cela fait héritage et facteur d'identité. C'est ce sur quoi on ne peut transiger. Une interprétation de la vie que l'on souhaite transmettre à la génération suivante avec la vie biologique, ce pour quoi on est éventuellement prêt à tuer ou être tué. La paix revenue, on pourra reprendre l'échange des biens aliénables.

La deuxième idée-force d'Annette Weiner concerne l'importance des femmes ou de la sphère du féminin dans l'exercice du pouvoir, à savoir dans la distribution, la fabrication, la légitimation du pouvoir politico-religieux qui compose la société. Prenant ses exemples surtout en Polynésie, elle montre que les biens précieux consacrés comme trésors par un clan ou circulant comme précieux dans les dons-contre-dons sont des objets féminins. Ces analyses la conduisent également à poser le rôle stratégique des relations frère-sœur dans la constitution du social et l'institution du pouvoir.

Elle revient aussi sur les thèses de Lévi-Strauss qui ne relève qu'une des modalités d'échange au fondement de sa prohibition universelle de l'inceste (que l'on pourrait renommer la circulation des femmes, pour éviter la confusion avec l'échange économique). Or trois possibles au moins, lui apparaissent : soit les hommes échangent entre eux leurs sœurs, soit les femmes échangent entre elles leurs frères, soit les groupes échangent les hommes et les femmes.

En définitive, il y a donc toujours dans le social humain des choses qui échappent au contrat, qui ne sont pas négociables, qui se situent au-delà de la réciprocité. *« Il y a toujours dans toutes les activités humaines pour qu'elles se constituent, quelque chose qui précède l'échange, et où l'échange vient s'enraciner, quelque chose que l'échange altère et conserve à la fois, prolonge et renouvelle en même temps*[31] *».*

27 «Sexualité chez les anthropologues, reproduction chez les informateurs, *Bull du M.A.U.S.S* n°10, *op.cit.*, p. 50.

28 Jean-Pierre Warnier, «Alliance, filiation et inaliénabilité : le débat sur le don à la lumière de l'anthropologie de la parenté», revue du M.A.U.S.S. permanente, 2 novembre 2009, Article tiré d'un programme de recherche sur «les politiques de la valeur». Disponible en ligne sur http://www.fasopo.org/ et dans le numéro 11 de la revue Sociétés politiques comparées (janvier 2009) sous le titre «Les politiques de la valeur». Jean pierre Warnier apporte une explication à ce silence de Levi Strauss «dont l'acuité d'esprit est pourtant proverbiale et n'a d'égale que la connaissance de l'œuvre du fondateur de l'ethnologie française dont il fait preuve» *op. cit* . p. 5. «Lévi Strauss n'échappait pas à l'emprise de cette hégémonie intellectuelle qu'on voit encore à l'œuvre de nos jours chez les sociologues du «lien social» réduit à l'échange et à la communication.».

29 *Op.cit.,* p. 7.

30 *Ibid*.

31 Maurice Godelier, *L'énigme du don*, *op.cit*. p. 53.

Livre Jurisprudence n°2.indb 33 08/08/2011 12:02:36

Selon Maurice Godelier, « la formule du social n'est donc pas : Keeping-while-giving, mais keeping-for-giving and giving-for-keeping »[32].

Dans les sociétés occidentales où le M.A.U.S.S. retrouve cette logique, mais cette fois aux côtés de l'État et du marché, ce système d'obligations juridiques, se dissout dans un rapport d'inter normativité ; une nouvelle formulation de la part du don constitutive de liens sociaux non utilitaires, viendrait épuiser la juridicité, aux côtés du marché et de l'État.

C. Le M.A.U.S.S. et Le tiers paradigme

À la suite de Karl Polanyi[33], l'échange marchand et la généralisation de la monnaie furent l'occasion de prendre acte d'une grande transformation qui devait ajouter les normes économiques entre étrangers, aux rapports sociaux constitués de liens d'antagonisme, de réciprocité et de redistribution. C'est la religion qui en premier lieu crée le don aux étrangers, puis arrête le lien en le portant en transcendance. En gros, c'est Dieu qui donne à travers nous. La notion de charité s'avère captatrice de dynamique sociale, et détourne du don alors que l'État a laïcisé la sollicitude.

Les divisions disciplinaires laissèrent les théories de l'État aux mains des juristes, et au positivisme tout loisir pour assimiler, sans égard pour les deux autres sphères de la juridicité ici dégagées, État et droit. Alain Caillé, Jacques Godbout et les chercheurs regroupés autour du Mouvement Anti Utilitariste en Sciences Sociales, se sont employés à distinguer les logiques relatives au système du don (ou ce qu'il en reste dans les sociétés capitalistes), du marché, et de l'État, traité à part également.

Il est permis de se demander si l'État est à part, ou s'il est le mandataire autoproclamé et partial des deux premières. Les disciplines qui se partagent ces champs conceptualisent divers types de logiques propres. Celle du droit étatique a une logique symbolique, institutionnelle et pratique : fabriquer des juristes et une recherche appliquée aux institutions d'État, nourrissant, entretenant et reproduisant le système en clôture sur lui-même. Dans le même temps, l'individu occidental coupé de ses appartenances communautaires et promu en interlocuteur obligé et dénudé devant l'État, occultait l'homme relationnel, et la fécondité de la pensée de l'identité/altérité au sein du lien social. La suppression de la philosophie au sein des cursus juridiques est assez connue.

Le don pré-moderne, en même temps qu'il s'ouvrait aux étrangers ou non-alliés (du point de vue de la religion dominante, nous sommes tous frères ou « du même »), se rétrécissait aux humains et à la famille nucléaire. Le don moderne se limite à la sphère de l'intimité. Dans la société primitive, tout peut être un « terme » du don à qui il est adressé et donc devenir sujet par le lien ainsi créé. Nul besoin de passer par le concept de personne. Cette extension des destinataires du don à tout le cosmos, implique d'ailleurs l'absence de distinction entre les choses et les personnes. Tout peut être « donné » en tant que tout peut circuler pour faire société, y compris des femmes ou des enfants, sans pour autant être réifié. Alors que dans la société moderne tout est produit, dans la société du don archaïque, tout apparaît, disparaît et meurt. La distinction entre sujet et objet, signe donc la fin de la permutabilité archaïque. Un sujet ne peut pas être un cadeau et on ne fait pas de cadeau aux objets. Le produit est une catégorie de la société moderne qui vient des premiers échanges avec les étrangers, de l'apparition de l'étranger comme catégorie sociale.

Pour Jacques Gotbout[34], c'est la rupture qu'il faut remettre en question comme fondement de la société. Il ne s'agit ni d'en nier l'existence ni l'importance, mais de contester sa prétention à être la matrice du lien social.

Arjun Appadurai s'en distingue au moins en apparence, en situant sa théorie de la valeur dans le sillage de Georg Simmel. La valeur émerge dans l'échange. Le sacrifice consenti dans l'échange y compris dans le don, sup-

32 *Ibid*.

33 *La grande transformation*, Aux origines politiques et économiques de notre temps, Préface Louis Dumont, tell Gallimard, 2009.

34 Jacques T. Godbout, en collaboration avec Alain Caillé, *L'esprit du don,* La découverte, 2000.

Livre Jurisprudence n°2.indb 34 08/08/2011 12:02:36

pose non pas, ou pas seulement, un calcul utilitariste, mais une évaluation de ce qu'on accepte de sacrifier pour obtenir l'objet que l'on convoite : une alliance, une dette, un prestige, une amitié…

Entre ces différentes conceptions, trop rapidement brossées, il me faudra donc souligner à quel point les théories du droit généralement désignées comme positivistes, réduisent le droit à un prisme et un champ électif de recherche, comme à l'objet en résultant. Le dialogue entre les disciplines et autres domaines de la connaissance devient alors essentiel. En dépit de la prétention de l'État à monopoliser le champ juridique, nous conviendrons donc qu'il y a de la juridicité dans chacune des sphères que le M.A.U.S.S érige en catégories, et ce, que l'État en soit la source et l'organe de réalisation, ou pas.

> Il y a bien deux types de rapports à la fois économiques et sociaux séparés par des limites mobiles et négociables mais qui obéissent respectivement à des logiques qui leur sont propres. Chacun de ces domaines possède des avantages et des inconvénients spécifiques. Une économie à la fois moderne et solidaire devrait conjuguer les ressources propres à chacune de ces deux logiques… Tous ont en commun qu'ils sont des modalités distinctes de la circulation des biens entre les personnes et que cette circulation sature l'ensemble des rapports sociaux.[35]

Les capitalistes ont bien compris l'intérêt de la différence entre inaliénabilité et aliénabilité pour le marché. Ainsi, en va-t-il de l'or qui reste dans les réserves des banques pour garantir les valeurs des autres signes monétaires qui circulent. Elle trouve son expression dans le jeu des constitutions de grandes fortunes où l'on investit pour gagner aussi une part soustraite au jeu du marché, réservée à des biens exclusifs, des noms, des dynasties. Si la valeur émerge dans les relations d'échanges entre les sujets, que ce soit par don ou échange marchand, elles se déchaînent avec d'autant plus de force, qu'existe un univers hors d'atteinte et soustrait à la circulation. Le véritable contrepoids de l'aliénabilité se trouve dans l'inaliénabilité de ce qui est trop précieux pour être sacrifié dans l'échange.

Les travaux du M.A.U.S.S. sans se couper de cette sphère, apportent une critique à la mercantilisation du tout social, par la réduction de l'échange entre les hommes, à l'échange économique. Ainsi, Le vocabulaire marchand procède-t-il à une réduction économique du sens (religieux, politique moral, juridique) entraînant une réduction systématique de la polyvalence de la plupart des termes qui désignent la circulation des choses dans le langage courant. Il opère le passage de la poly-valence à l'équivalence ; c'est un système qui isole le fait de donner et le fait de recevoir en deux opérations distinctes, mises ensuite en rapport de tension, pour construire la problématique de l'équivalence ; tout le vocabulaire de l'échange subit ce double mouvement de réduction et séparation.

De même, en distinguant valeur d'échange et valeur d'usage, on abstrait la valeur de lien. Le don contient un au-delà, un supplément que la gratuité essaie de nommer. Cette gratuité qui n'est pas seulement l'acte à titre gratuit qui produit la suspicion des juristes, mais l'acte gracieux, qui fait surgir quelque chose de nulle part, d'inattendu, de généreux, qui est relié à la naissance et à l'engendrement. Ces travaux soulignent en même temps la difficulté qu'il y a de penser le don sous le marché et l'État. Cette difficulté est aussi inhérente à l'interprétation de l'histoire et des sciences sociales comme produits des stratégies d'acteurs rationnels qui cherchent à maximiser leurs intérêts matériels. Niant l'altruisme, elle pense qu'il doit y avoir un intérêt égoïste à être altruiste. Il y a donc lieu de distinguer entre intérêt pour le lien social de la reproduction de la société et intérêt utilitariste. Selon une définition contemporaine, l'acte de don porte sur « *toute prestation de bien ou de service effectuée sans garantie de retour, en vue de créer, nourrir ou recréer le lien social entre les personnes*[36] ».

Ainsi théorisé, le « don » ne se limite pas aux sociétés archaïques, il n'est rien d'autre que le système des rela-

35 Jean Pierre Warnier, *op.cit*, p. 2.

36 J. T. Gotbout, *L'esprit du don, op.cit,* p. 32.

Livre Jurisprudence n°2.indb 35 08/08/2011 12:02:36

tions de personne à personne, faute duquel il n'y a que des sociétés démocratiques vides de sens. L'ordonnancement du don se présente alors comme une alternative scientifique et philosophique à l'utilitarisme et au holisme, alternative susceptible d'éclairer aussi bien le présent que l'avenir. L'intérêt du don n'est pas un intérêt égoïste, mais le respect d'un principe de reproduction où les réseaux doivent rester denses, converger et contribuer à l'unité des sociétés. Selon ses défenseurs, l'appât du don est aussi important que l'appât du gain ou du pouvoir. Sans dynamique sociale, de dons-contre-dons, aucune relation économique, politique ou juridique, ne serait viable. Ainsi le care, introduit par les études féministes au rang des fonctions sociales reliées à l'éthique de la sollicitude, s'inscrit aisément au sein des mécanismes du don.

Dans une conférence récente, Philippe Chanial[37], secrétaire général de la revue du M.A.U.S.S., revient sur la collusion nécessaire entre ce que les anglophones distinguent clairement comme le domaine du care, et celui du cure[38]. Le don de soin n'est pas un simple geste technique (cure), c'est également un lien relationnel qui appelle à un tout autre type de service et de compétence[39]. Elle suppose une dimension éthique, sensible, une aptitude à se laisser toucher, affecter par l'autre.

Cette logique qui dans les sociétés archaïques porte les hommes à rivaliser de générosité pour écarter la possibilité de la guerre, et à le faire de manière visible, officialisée, fut rendue invisible tant par la captation par l'État de sa dimension politique et sociale, que par la religion de sa dimension gracieuse et divine.

La sphère de la socialité primaire, encore grandement occupée par les femmes et qui représente tant la part d'inestimable pour la reproduction des sociétés, que sa valeur économique non évaluée et « donnée à titre gratuit », focalise à elle seule, la part la plus honteuse de la cécité du droit positif[40]. La crise culturelle que nous traversons ne laisse pas les femmes hors de la socialité secondaire, où elles inventent de nouvelles formes de juridicité, en occupant les postes clés de l'État, ou du marché. Mais elles peuvent aussi y être instrumentalisées, cumulant les inféodations. Ainsi, cette double vie chronophage s'il en est, est un puissant moyen de contrôle politique sur les femmes. En assurant la reproduction sociale sans reconnaissance de ce qu'ils donnent de leur personne et de leur temps, les tisserands du lien social, et tout spécialement les femmes propulsées en même temps sur la sphère du marché, au rabais, et sous la coupe du pouvoir masculin, ont le sentiment de « se faire avoir ».

II. Divisions et apories dans la science du droit

Grâce notamment à l'histoire et à l'anthropologie, il ne devrait plus faire de doute, qu'il n'est pas besoin de scène institutionnalisée pour entrer en politique, et pour poser du droit. Hans Kelsen lui-même tenait la société pour fondamentalement politique, ramenant le droit positif à une série de crispations réduites à l'état d'outils. Le droit officiel a bien sûr un paradigme propre, mais à être trop distant de ses « destinataires », il perd sa publicité, sa généralité, voire sa légitimité. Et il court le risque de se faire oppressif (A). La science juridique reste de ce point de vue aporétique (B) et pourrait venir puiser aux sources des études féministes (C).

A. Un système clos sur lui-même

Ce qui complique notre évaluation de ce qui fait droit, tient à ce que les univers normatifs à l'œuvre dans

37 Philippe Chanial, Don et *Care* ou de l'inestimable dans la relation de soin, *Actes éducatifs et de soins, entre éthique et gouvernance,* Actes du colloque international (Felix C., Tardif J., éd.), Nice 4-5 juin 2009, Plénière 4 : Les politiques sociales et de soins au regard des « éthiques du *care* », mis en ligne le 28 octobre 2010, URL : Http://revel.unice.fr/symposia/actedusoin/index.html?id=786.

38 Nous n'avons pas les deux mots en Français. Prendre soin de repose néanmoins sur ces deux composantes : un service fait de compétences fonctionnelles, et un don fait de richesse humaine.

39 Probablement la compétence en matière d'amour dont parle Luc Boltanski, mais aussi la compétence à fonder du social pour vivre bien.

40 Il va sans dire que ce propos ne fait pas référence à la proposition du Front National de rémunérer les femmes au foyer que je trouve honteuse également. Les autres aussi élèvent bien leurs enfants.

Livre Jurisprudence n°2.indb 36 08/08/2011 12:02:36

les sociétés modernes, concourent pour le pouvoir de faire droit, sans que les règles du droit officiel ne parviennent à rendre compte d'autres règles du jeu que les siennes. Or tous les systèmes normatifs ayant une propension totalitaire, la fonction première d'une science démocratique du droit est bien d'y apporter des limites suffisantes. Un État totalitaire est donc bien un système de pouvoir normatif, sans limite juridique. Or ces limites ont été pensées principalement à l'intérieur du système étatique, sous l'acception des libertés publiques, dans un dialogue permanent avec le pouvoir officiel. Elles sont plus aporétiques à l'égard de l'extérieur du système, généralement englobé sous la notion de fait, au sein duquel sur on ne sait quel prétexte, on peut parfois découvrir une coutume ancestrale de tauromachie, ou d'alcoolisme à la période des vendanges. De ce mode de fonctionnement résulte tant l'inflation législative que l'on connaît, l'ineffectivité de ce droit correspondante, et l'insécurité croissante liée à l'imprévisibilité et la perte des repères. La liberté ne tarde pas à être mise en tutelle. La rentabilité sur le marché associée à la pression fiscale, concourent à la disparition des lieux de vie communautaire, comme des espaces publics conviviaux. Les arbres sont mis sous cloche, les pelouses interdites, les terroirs ensevelis sous hypermarchés, parkings, où coffres de voitures et charriots à provisions viennent combler l'ère du vide. La jeunesse des cités conjugue terrains vagues, football, et vague à l'âme.

Si l'idée de droit occidental nous semble co-substantielle de l'idée d'égalité, c'est adossée historiquement à la disparition de la domination des uns sur les autres, qui entraîne la renonciation aux privilèges institutionnalisés. Que cette opération ait emporté avec elle, la remise en cause des lois privées (privata leyes) fut un amalgame regrettable qui a relégué de manière durable dans l'infra droit, un magma normatif abandonné aux anthropologues et aux sociologues, se coupant ainsi des fondements et fondations de l'objet même de la discipline. L'étude des sources qui n'occupe plus que quelques intellectuels, n'a guère épuisé le problème[41]. La tentation totalitaire n'a cessé d'être un des objectifs de la recherche d'un droit démocratique[42], laissant suffisamment de jeu au système, pour que des médiations particulières, permettent toujours de trouver la passe.

Au sein des rapports interindividuels, pour les juristes, la cause est entendue puisque pour la loi française, la femme est un homme comme un autre. Il n'y aurait certes pas lieu de le regretter si ne se posait immédiatement la question de la portée réelle de ce discours. Peu de chercheurs se sont intéressés au problème de l'effectivité de cette loi, autrement qu'en termes de discrimination. De plus, même si l'ineffectivité du droit laissait aux femmes un champ ouvert à l'action, c'est en se propulsant sur la scène masculine, qu'elles vont venir s'abîmer dans une lutte adversariale qu'elles sont en droit de refuser, dans l'intérêt général.

Ce propos ne tend certes pas à méconnaitre l'énergie déployée par les juristes pour sophistiquer le système et garantir le plus possible la liberté des citoyens : la libération des enfants, sur laquelle je me suis penchée, et celle des femmes en est la preuve la plus remarquable. Mais toute invention a ses limites. La pensée de l'égalité complexe n'a pas été le fort des juristes qui l'ont traitée en creux par la lutte généralisée contre la discrimination. On a pu dénoncer à cet égard non seulement les effets pervers des politiques de discrimination positive[43], que son association à la permanence de la discrimination. À cet égard, que l'on traite différemment une personne ou une situation semblable ou de manière identique des situations différentes, ne nous apporte pas de distinction fiable quant à la discrimination sexiste. Les limites du droit de la preuve en constituent un des achoppements pratiques.

41 D'autant plus remarquables. Libres propos sur les sources du droit, mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006 et l'importante production sur le sujet de ce dernier. .

42 Marcel Gauchet, *L'avènement de la démocratie III. À l'épreuve des totalitarismes 1914-1974*, NRF, Gallimard, 2010. Sur l'Allemagne, François Morvan, *Pour une réponse juridique au totalitarisme*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1, 2010.

43 *Les pièges de la parité*, Coll, Hachette, pluriel, 1999.

Livre Jurisprudence n°2.indb 37 08/08/2011 12:02:37

En dépit de la contribution de la justice étatique et supra étatique à la libération et à l'émancipation des faibles, n'est-il pas permis de souhaiter encore mieux ? Si une scène de justice est indispensable à la vie juridique, *a fortiori* si elle se veut démocratique, doit-elle passer nécessairement par la logique adversariale et belliqueuse, par les règles de duel qui président à son organisation, et qui capturent la parole personnelle des personnes ? On notera que cette lutte en droit devant les juridictions se généralise, et produit de la domination à rebours. Ce que l'on appelle la montée des victimes sur la scène pénale, ne contribue-t-elle pas à l'émergence des mouvements sécuritaires, qui déstabilisent les cultures judiciaires les mieux rôdées ?

B. Apories

On oublie facilement que les textes ne sont pas d'application spontanée (ce sont des sources). Ils requièrent, notamment s'ils touchent à l'intérêt général ou à l'ordre public, des politiques publiques fortes. Le cas échéant, ils nécessitent d'être mobilisés par ceux qui s'en réclament au quotidien, et éventuellement revendiqués devant des institutions juridictionnelles ou administratives en cas de litige. En dehors de ces hypothèses, ils restent lettre morte.

Ainsi, l'application des textes n'est pas seulement l'expression des projets politiques qui leur donnent naissance, mais également celle de la rencontre avec d'autres aspirations plus ou moins prises en compte, en vue de l'équilibre d'un ensemble culturel au sens large qui vient en conforter, limiter, paralyser, contredire la portée déclaratoire. Ils peuvent donc être neutralisés, contredits, violés selon la mesure où ils échappent au cadre de l'ordre juridique établi. Ils constituent donc une règle du jeu opératoire mais limitée par son champ, ses procédures et ses preuves. On peut certes se féliciter d'une telle souplesse, si l'on est en désaccord avec telle ou telle loi. C'est bien sûr, plus problématique en sens inverse. Il faut donc une doxa interne, fabricante de normalité, pour maintenir l'édifice en équilibre. On peut aussi laisser faire, au nom de la liberté d'expression, le jeu obscur de l'essentialisation des femmes dans les média, à l'école, ou autres marchands de jouets… Certes, le consommateur est roi. Pauvre roi !

L'outillage de la rencontre d'aspirations normatives diverses liées à la présence de minorités plus nombreuses et plus reconnues, et au développement de la démocratie, a progressivement atteint des limites, entraînant parfois une montée importante du pouvoir des juges. Les valeurs véhiculées par les droits de l'homme occidental que nous considérons comme universels, ont ainsi été mobilisées au cœur de situations extrêmement diverses, au crédit de leur flexibilité et de leur pouvoir intégrateur[44].

Pour autant, en dépit de la performativité des concepts et de leur réappropriation par les minorités, *« si les possibilités idéologiques des valeurs propres à la cour étaient déjà transparentes, que dire des omissions occultantes ? Il suffit en effet de comparer les valeurs prônées par les gays et lesbiennes, par les femmes et par les autochtones et celles d'entre elles que la cour prend pour arriver, par soustraction, à la liste d'omissions suivantes : pour les femmes, empowerment, pour les Québécois, auodétermination politique et maîtrise du territoire, pour les autochtones, ces deux dernières valeurs également, plus : coopération, partage, paix et liberté de religion ; pour les gays et lesbiennes, pluralisme et citoyenneté…*[45] ».

Pour une démocratie, cela fait beaucoup ! Il faut donc aller voir du côté d'autres arts de faire.

C. Apports de la recherche féministe

La méthodologie féministe, en s'opposant à l'androcentrisme des recherches antérieures, et à sa justification, a révélé l'invisibilisation des femmes, et leur non intégration au niveau théorique. Or « la condition féminine » si elle a gagné sur le plan individuel et selon les niveaux sociaux, à son indépendance dans la sphère domestique, c'est au prix

44 Danièle Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, les voix du droit, 2010. *Les droits de l'homme la découverte* 2009.

45 Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Les voies du droit, 2002. p. 74.

Livre Jurisprudence n°2.indb 38 08/08/2011 12:02:37

d'autres formes de domination dans la sphère économique. Pour autant, les femmes n'ont pas pour autant pu totalement abandonner à l'État, la fonction de sollicitude de la sphère du don. Outre la lutte pour la compétition économique aux côtés des hommes, et souvent contre eux, les femmes sont encore confrontées à l'obligation de porter le poids traditionnel de la plupart des solidarités sociales entre les générations. Seuls les homosexuels ont pu partager, au cœur de l'épidémie du sida, cette grande crise du care au bout de laquelle l'État a lâché le PACS, en reconnaissance de l'immense mouvement de solidarité des conjoints de grands malades et mourants. Or lorsque la sphère du don est en mal de reconnaissance officielle, la moindre des choses est de lui apporter une contribution financière. Dans la crise que traversent nos sociétés, les associations et ONG sont abandonnées au don gratuit et à l'asphyxie politique !

La méthodologie féministe peut aussi nous porter à regarder en face les constructions idéologiques et performatives des femmes et des hommes qui ne sont pas féministes, et qui sont aussi bien souvent racistes, et partisans de la peine de mort. Les mouvements qui s'organisent autour d'une droite manipulatrice des concepts même de la recherche féministe ou des mots de son action apparaissent symboliques des sursauts de résistance culturelle, ou de recrudescence des effets extrêmes de la domination. Le concept de dignité, par exemple, est mobilisé par les commandos anti-avortement.

On retrouve cette perversion du discours juridique, dans d'autres sociétés rebelles à la suppression de l'excision ou de l'infibulation, au motif du respect de la souveraineté des peuples et de l'intégration des femmes aux places initiatiques de leur société ; et ce, même lorsqu'immigrées en France, ces pratiques rituelles ont perdu pour elles toute signification symbolique. L'histoire allant toujours plus vite, il est urgent de protéger les petites filles qui pâtiront à vie, de pratiques qui n'auraient plus court, avant même qu'elles ne deviennent en âge de faire des choix politiques, et d'avoir une sexualité épanouie. On peut à cet égard saluer le courage de la Cour Nationale du droit d'Asile[46] de considérer systématiquement le risque d'excision comme une cause d'octroi du droit de séjourner en France.

C'est aussi la perversion du discours féministe lui-même, et l'utilisation de l'émancipation par les piliers du néo-libéralisme qui pousse les femmes à donner leur force de travail, leur soif de changement, et en définitive les encourager à reproduire leur propre domination[47]. Même les recherches féministes ont besoin de la science juridique.

III. Relier les connaissances[48]

Se fondant sur une approche phénoménologique de ce qui fait droit, ou en tient lieu dans les gestes et les représentations, l'anthropologie du droit déplace la question de l'existence de la norme juridique à l'instar des études critiques et réalistes (A). Revendiquant sa nature indisciplinaire, elle partage avec la recherche féministe le souci d'allier rigueur scientifique des méthodes, portée politique et finalité pratique de la recherche (B).

A. Le droit sous d'autres formes

Là où il y a de la distance, et en même temps du lien, il y a un nid pour le droit. Dans une anthropologie dynamique, irréductible aux instants de crise rendus visibles par un acte ou une décision publique, il est le processus qui consiste à créer cet espace vide de pouvoir, où la norme juridique quel que soit son nom, puisse faire transcendance.

Que cette mise à distance soit une exogénèse, issue historiquement d'une religion monothéiste (la loi),

46 La Cour nationale du droit d'asile (CNDA), anciennement « Commission des recours des réfugiés », est une juridiction française de l'ordre administratif. (Loi du 25 juillet 1952) Article L. 731-1. Elle statue sur les recours de plein contentieux contre des décisions rendues par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) en matière d'asile.

47 Jules Falquet, *De gré ou de force – les femmes dans la mondialisation*, La dispute. Le genre du monde, 2008.

48 Edgard Morin, *Relier les connaissances, le défi du XXIe siècle*, SEUIL, 1999.

Livre Jurisprudence n°2.indb 39 08/08/2011 12:02:37

ou endogénèse puis auto-transcendance (coutume), dans un dialogue syncopé, importe moins pour repérer le droit que ce critère de la mise à distance des pulsions des passions de l'humain, de son *ubris,* et de la contrainte que cela suppose. Ce n'est pas une mise à distance d'une essence ou d'une nature humaine, mais d'une construction d'habitus, d'un encodage constant de la culture, et de ses valeurs non négociables. Chaque culture met en cohérence selon ses configurations institutionnelles, les trois fondements de la juridicité théorisés par Étienne le Roy[49] : les habitus, les modèles de conduite ou de comportements et les normes générales et impersonnelles. Or la coutume, telle qu'elle est définie en droit à travers le prisme de la source étatique privilégiée, ne correspond que de loin à l'invention culturelle quotidienne et multiforme du droit gazeux qui se pratique sur toutes les scènes de vie. Enfouie dans les corps, les gestes et savoir-faire et les inconscients, elle n'est pour autant pas réductible à un droit spontané ; il peut être délibéré, et pensé à partir d'autres valeurs et rationalités, sur d'autres scènes de justice que celle offertes en prêt à juger par l'État.

C'est sans conteste l'anthropologie qui a le plus contribué à la mise en évidence du caractère social et culturel des comportements humains et de ce fait à la « dénaturalisation » de la condition des femmes. Ce sont aussi les anthropologues qui par leurs études de sociétés très différentes, ont démontré l'importance de ce que les féministes appellent le principe de contextualisation. Les études critiques américaines, et l'ethnométhodologie[50] en particulier, ont particulièrement appuyé le travail de déconstruction de la nature et du destin des femmes. En travaillant sur le statut sexuel d'Agnès, Harold Garfinkel observera scrupuleusement toutes les négociations et ajustements quotidiens qu'Agnès sera amenée à acquérir et à inventer, pour entrer dans le moule culturel de la vraie femme normale américaine des années 1960, auquel elle aspire à être conforme. Tout en dévoilant le maillage internormatif complexe qui préside à l'émergence de l'identité sexuée, il interroge également la liberté laissée aux individus, de vivre en fonction de leur identité intime. La détermination d'Agnès devient une ode à la stratégie et à la recherche-action jusqu'alors peu mobilisées en sciences sociales.

À la suite d'Edgard Morin, il est devenu possible de décrisper la pensée disciplinaire, pour renouer avec la pensée du pluralisme autorisant l'émergence de pluralités de manières de penser, de faire, d'ajuster et d'accommoder de l'invention culturelle et par conséquent de l'invention juridique.

L'économie également a produit, au contact des exclusions massives et de l'accroissement du fossé culturel et social entre les hommes, une science morale[51].

B. La recherche avec l'action

Relier les connaissances nécessite de l'exigence et plus que jamais de la rigueur. Cela suppose aussi de se débarrasser du jargon identitaire de nos disciplines et d'aller à la rencontre des autres disciplines comme l'on va à la rencontre du terrain, avec les gens, auprès d'eux[52]. Se débarrasser du jargon disciplinaire est nécessaire, pour juguler la

49 Étienne Le Roy, *Le jeu des lois, pour une anthropologie dynamique du droit*, Droit et société, 1999, p. 189-203. Le tripode juridique, Variations anthropologiques sur le thème de flexible droit, *L'année sociologique*, autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier, volume 57, n°52, p. 341-351. Les fondements de la socialisation juridique entre droit, non-droit et juridicité, *Cahiers d'anthropologie du droit 2010, Anthropologie juridique et recherche-action,* Karthala, à paraître.

50 Harold Garfinkel, Recherches en ethnométhodologie, Michel Barthélémy, Jean-Manuel de Queiroz, Baudouin Dupret, Louis Quéré (trad), PUF, quadrige, 1967, p. 203 et ss.

51 Amartya Sen, *L'économie est une Science morale*. Introduction de Marc de Saint-Upéry, *La découverte*, Poche, Essais, 2003. Jacques Généreux, *Les vraies lois de l'économie*, Seuil, Points économie, 2005.

52 Au moment où j'écris ces lignes, nous sommes en train d'éditer un travail de recherche action de trois ans, sous la forme d'un PICRI (partenariat institutions citoyens pour la recherche et l'innovation), auprès de cinq associations mettant en œuvre des pratiques citoyennes de droit, en partenariat avec des personnalités du monde de la médiation et l'association juristes solidarités. Ces recherches feront l'objet du numéro 2010 « Anthropologie du droit et recherche action » de la collection *Les cahiers d'anthropologie du droit* chez Karthala.

Livre Jurisprudence n°2.indb 40 08/08/2011 12:02:37

mystification scientiste appelée de ses vœux par la recherche féministe pour partager le savoir. Mais c'est bien difficile, tant la polysémie nous encombre et nous avons besoin pour la surmonter, des allants de soi des cultures juridiques, quelle qu'en soit la discipline. Le mot droit et le mot loi en sont déjà deux exemples, au féminin et au masculin, et il faut en inventer d'autres : juridicité par exemple.

Il n'est pas plus simple de mutualiser les méthodes. La solution est sans doute dans un au-delà de la raison disciplinaire. Réintroduire le politique dans la recherche, en l'assumant, pour la mettre au service du bien commun fait partie du projet démocratique. Mais la mesure de ce bien commun est pluridimensionnelle, et exige à nouveau que l'on accueille du pluralisme et de la pluralité. Il y a lieu de mesurer la part du politique au sein des méthodes, qui consistent, pour comparer, à neutraliser le regard plus que l'objectiver, en refoulant autant que faire se pourra le raisonnement par induction.

La recherche action en droit a commencé sur des terrains variés où les sujets ne se sentaient pas destinataires du droit qui avait été pensé sans eux. Les études féministes, leur ont apporté un soutien et une empathie. Dans les années soixante, elles ont contribué au mouvement de lutte contre le scientisme et la domination en sciences sociales, par ses tentatives de démystification des théories mettant à distance « l'objet » d'étude ; à la démocratisation de la recherche pas seulement par sa féminisation, mais par le rapprochement des sujets.

Il ne s'agira plus désormais de travailler sur les autres, aussi sauvages ou totalitaires qu'ils nous semblent, au départ ou à l'arrivée, mais avec eux et auprès d'eux.

En poursuivant un projet de lutte contre la domination, elles ont permis à un nombre toujours plus grand de disciplines de revoir leur projet global et de contribuer à une connaissance intégrée plutôt que morcelée du social. Enfin, en partant des situations et non des théories, le féminisme a contribué à réintroduire la question du politique dans toutes les activités humaines où elle se trouvait confisquée. La science juridique doit assumer cet héritage et faire sa propre révolution. Cette liberté de choix, en droit, et devenue synonyme du pluralisme radical, n'est pas une fin en soi, mais un passage obligé pour les changements de paradigmes à venir, dans le respect des choix culturels des peuples.

Conclusion

L'autre moitié du droit, que l'on pourra éventuellement[53] attribuer à la représentation du féminin occidental : le droit non officiel, sous-jacent, fluide et spontané, souple et fluctuant, réconciliateur et réparateur, sensuel et affectif, cette autre face du droit positif, doit être également l'objet de la critique scientifique. On y trouvera aussi des raisons de se féliciter que les femmes, exclues des sphères politiques officielles, aient trouvé des lieux d'expression artistiques, probablement aussi efficaces que la publication des arrêtés au journal officiel[54]. Cela n'occultera en aucune manière l'impossible choix pour les femmes et les hommes, d'occuper librement telle ou telle sphère de la vie en société, d'y déployer ses qualités propres, et de pouvoir en changer.

Le développement des moyens de communication et l'augmentation de la scolarisation dans le monde contribuent grandement à la diffusion des critiques féministes. Ce sont là des conditions du dialogue qui ont fait défaut à la génération précédente, non seulement en termes de partage de l'information, mais également de distanciation avec sa propre culture. Elle est la face vertueuse d'un mouvement d'appauvrissement de la circulation de la parole contenue dans les réseaux, les groupes ou les communautés. De nouveaux biens sans maîtres se sont ainsi mis à circuler, dans l'attente de preneurs pour les mobiliser. Le droit positif a de nouveaux rivaux.

En 1987, Huguette Dagenais écrivait : *« Comme le mouvement féministe, la recherche féministe vise sa propre*

53 Du fait qu'elle ne manque pas de poésie, sphère où ont été refoulées les femmes exclues de la politique, pour y revenir par d'autres portes plus enchanteresses.

54 Pour la peinture essentiellement, Norbert Rouland, *Du droit aux passions*, PUAM, 2005, p. 167 et ss. Pour la musique, un début en conclusion.

Livre Jurisprudence n°2.indb 41 08/08/2011 12:02:37

désuétude, mais ça n'est pas encore pour un avenir rapproché»[55]. Vingt-trois ans plus tard, il est permis de parler en Europe, de décrispation au sein des jeunes qui naissaient à cette époque. Les acquis de la lutte féministe comme de la recherche féministe, ont permis la féminisation de nombre de secteurs clés du politique, même si la lutte partisane reste très masculine, et la proportion de femmes dans les hauts postes minoritaire[56]. Si le féminisme ne peut pas être séparé du politique, la recherche féministe ne peut être séparée de l'action en vue de la transformation des rapports sociaux.

Pour autant, ne peut-on, au lieu de les renvoyer dos à dos, les repenser comme indispensables l'un à l'autre, et impensables l'un sans l'autre ?

Comme Bruce Lee, qui compara la pratique des arts martiaux à la bicyclette, il est permis désormais de parler de féminin et de masculin comme principes recteurs d'un tout indissociable pour que le monde avance. *« Tant qu'on s'obstine à séparer Yin/Yang en deux, […] on ne peut espérer atteindre efficacement son objectif… Qui comprend le Yin/Yang agit au moment adéquat, que ce soit avec douceur (Yin) ou avec fermeté (Yang)*[57] *».*

Fait à Paris, le 25 février 2011.

55 Huguette Dagenais, Méthodologie féministe et anthropologie : une alliance possible, *Erudit,* http://id.erudit.ord :id.erudit/006385ar, P 22.
56 Même dans une université comme Paris 7- Denis Diderot, le ratio de professeures est très inférieur à celui des professeurs, en comparaison à celui des maîtres de conférences où la proportion s'inverse.
57 Nathalie Chassériau, *Prendre les bonnes décisions avec le Yi King*, Hachette pratique, 2004, p. 5.

Livre Jurisprudence n°2.indb 42 08/08/2011 12:02:37

Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques[1]

Danièle LOCHAK*

L'objet de cette étude n'est pas d'analyser pour eux-mêmes les rapports sociaux de sexe ni même la façon dont le droit entérine ou induit ces rapports, mais de repérer les endroits et les moments où la règle de droit est « sexuée » ou à l'inverse « aveugle au sexe » – « *genderblind* », comme on dit « *colorblind* ». Nous nous intéresserons aux contextes dans lesquels le droit prend (ou ne prend pas) en compte la dimension du sexe et du genre[2], 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.

En guise de préambule, il convient de s'attarder un instant sur quelques caractéristiques des catégories juridiques. On peut définir les catégories juridiques comme des ensembles de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques. Les catégories juridiques entretiennent avec les catégories de l'expérience courante un rapport variable : la part respective du « donné » et du « construit » dans la constitution de ces catégories est très inégale, avec un continuum allant de celles qui sont intégralement construites par et pour le droit à celles qui semblent coller le plus étroitement au réel. Les premières appartiennent exclusivement au lexique juridique et n'ont d'autre sens que celui qui leur est conféré par le droit (on donnera l'exemple de l'hypothèque) ; les secondes, à l'inverse, se bornent à formaliser des faits ou situations qui ont une existence empirique (le mariage) ou appartiennent au champ de l'évidence (la distinction homme/femme).

Mais même lorsque les catégories du droit paraissent n'être qu'un reflet fidèle de la réalité empiriquement observable, il y a toujours, à l'origine de leur formation, un choix du législateur qui décide de donner un statut officiel et d'attacher des conséquences juridiques à telle ou telle donnée du réel. La fonction du droit n'est donc jamais purement recognitive, mais toujours aussi constitutive.

Il en résulte que la transformation d'une notion en catégorie juridique n'est pas neutre. D'abord parce que cette transformation, qui consiste à introduire la notion en

1 Cette contribution a paru une première fois dans les *Mélanges André Lajoie*, Éditions Thémis, université de Montréal, 2008. Elle est reproduite ici avec l'aimable autorisation des éditions Thémis ainsi que des éditions Lex Electonica qui l'ont mise en ligne : http://www.lex-electronica.org/fr/resumes_complets/270.html

* Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux Université de Paris Ouest Nanterre La Défense.

2 Nous expliquons plus loin le sens que nous donnons à ces deux termes.

Livre Jurisprudence n°2.indb 43 08/08/2011 12:02:37

question dans le corpus normatif et à lui faire produire des conséquences juridiques répond à certains objectifs, allant des plus pragmatiques aux plus idéologiques. Ensuite parce que cette transformation produit à son tour des effets non seulement pratiques mais symboliques. Il convient en effet de rappeler que le droit, au-delà ou plutôt en deçà de sa dimension normative, a aussi une dimension descriptive, qu'il est aussi discours, et discours qui prétend rendre compte du réel, qui prétend « dire vrai »[3]. C'est d'ailleurs ce qui contribue à l'efficacité du droit, qui agit sur les comportements autant par la persuasion, en imprimant dans les représentations collectives une certaine idée de ce qui est « naturel » ou de ce qu'il est « normal » de faire et de ne pas faire, que par la force de ses prescriptions impératives.

Dans le cas qui nous occupe, la tentation est grande de considérer que le droit ne fait qu'entériner une réalité préexistante : l'évidence biologique n'est-elle pas qu'il y a des hommes et des femmes ? De fait, « hommes » et « femmes », avant d'être des catégories juridiques, sont des catégories biologiques, et donc « naturelles ». Pourtant, c'est le droit et non la nature qui, en divisant les sujets de droit en « hommes » et « femmes », institutionnalise ainsi la différence des sexes ; c'est le droit qui décide de faire découler des conséquences de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, de faire de cette distinction un critère pertinent pour conférer droits et obligations ou régler certaines situations.

En résumé, ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologiques qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques. La division *juridique* des sexes ne va donc pas de soi, et le fait qu'elle ait survécu aux transformations qui ont affecté le statut des femmes dans un sens de plus en plus égalitaire justifie qu'on s'y intéresse.

Dualité des sexes, dualité des genres. Reprenant ici une terminologie désormais acquise, nous utiliserons le mot « sexe » pour renvoyer au sexe biologique, et le mot « genre » pour désigner le sexe « social », autrement dit ce qui est socialement construit dans la différence des sexes. La distinction entre les deux n'est toutefois pas étanche et il ne s'agit pas de laisser entendre qu'il y aurait d'un côté la nature, de l'autre la culture. Si la référence à la dualité des sexes peut donner l'impression qu'on est dans le registre de la nature, on s'aperçoit vite que cette dualité n'est pas aussi « naturelle » qu'elle paraît, au point que la nature pourrait bien être ici l'alibi d'une distinction enracinée dans des schémas culturels (I). En sens inverse, la référence à la « nature », et notamment à la biologie, a longtemps servi – et sert encore, dans une moindre mesure – de justification à la configuration inégalitaire des rôles sociaux assignés aux hommes et aux femmes, entérinée par le droit. C'est précisément à la lumière de la dialectique égalité-différence qu'il conviendra d'analyser l'effacement progressif puis la réapparition des marqueurs du genre dans la législation (II). Pour conduire cette réflexion, nous prendrons appui sur l'exemple de la législation française, placée aujourd'hui sous contrainte du droit européen – droit communautaire et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme –, sachant que la grille de lecture proposée devrait pouvoir être appliquée à des corpus différents.

I. La dualité des sexes entre nature et culture

Lorsque le droit assigne aux individus une identité sexuée – homme *ou* femme –, lorsqu'il ne veut reconnaître comme couples que celui formé par un homme *et* une femme, il ne fait en apparence qu'entériner un fait de nature, une donnée biologique incontestable. Mais ne contribue-t-il pas lui-même, ce faisant, à fonder « en nature » ce qui ne serait en réalité que (re)construction sociale » ? Ainsi s'expliquerait la résistance du droit à prendre en compte les situations qui ne s'inscrivent pas dans le schéma de la dualité des sexes : le transsexualisme, qui remet en cause l'assignation d'une identité sexuée sur la base d'une distinction dichotomique des sexes masculin et féminin, d'un côté, l'union entre deux personnes de même sexe, disqualifiée comme contraire à l'ordre naturel des choses, de l'autre.

3 Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre étude, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, Publications du CURAPP, PUF, 1983, p. 51.

Livre Jurisprudence n°2.indb 44 08/08/2011 12:02:37

*A. Homme **ou** femme : l'assignation d'une identité sexuée*

Chaque individu, à la naissance, doit être déclaré comme étant soit de sexe masculin, soit de sexe féminin, et cette donnée fait partie de son état civil. Cette alternative binaire n'est pourtant pas aussi naturelle qu'elle en a l'air puisqu'elle ignore les cas d'intersexualité, et elle rend particulièrement délicate la gestion des situations de transsexualisme.

1. L'intersexuation ignorée

La détermination du sexe se fait sur la base de marqueurs anatomiques et biologiques apparemment clairs : les organes sexuels externes, la morphologie, le système hormonal et chromosomique. Mais il arrive que tous les critères ne coïncident pas : on parle alors d'intersexualité, ou plus justement d'« intersexuation » dans la mesure où la sexualité n'est pas en cause. Ce phénomène est moins rare qu'on ne le croit, et il peut se présenter sous beaucoup de formes : « anomalies » génitales (organes génitaux à la fois mâles et femelles, ou pas clairement définissables), plus rares mais immédiatement décelables, ou « anomalies » génétiques, souvent non décelées ou décelées à l'âge adulte, mais plus fréquentes[4].

L'intersexuation est donc une variation naturelle de l'espèce humaine. Sans aller jusqu'à dire, avec les organisations de défense des droits des intersexué(e)s, que la division des sexes en deux catégories officielles a été imposée pour « gommer l'existence des intersexué(e)s à travers toute l'histoire afin de pouvoir perpétuer ce mythe bipolaire », force est néanmoins de constater que cette division a au moins autant à voir avec la « culture » qu'avec la « nature ». La dualité des sexes, en tant que soubassement des institutions – à commencer par l'institution du mariage – est (aussi) une construction sociale dont la légitimité est d'autant moins questionnée qu'elle est juridiquement consacrée.

Or cette dualité est loin d'être anodine, puisque, pour se conformer à l'injonction de la société entérinée par le droit, la médecine est amenée, non seulement à proposer des traitements aux intersexués afin qu'ils ressemblent le plus possible à l'une des deux catégories de sexes officiels, mais aussi à modifier le sexe des nouveaux nés visiblement intersexués. Lorsque naît un bébé de « sexe ambigu », les autorités médicales vont décider d'assigner à l'enfant un des deux sexes et procéder à un acte chirurgical pour « normaliser » ces enfants en leur fabriquant un sexe qui soit le plus proche de ses traits prédominants. On pourrait dire qu'ici la nature est contrainte de se plier à la culture qui, réinterprétant la nature, impose qu'il y ait deux sexes sur un mode alternatif. Reléguer les personnes intersexué(e)s au domaine médical est finalement un moyen commode de ne pas remettre en question la dichotomie des sexes.

Une des revendications des organisations d'intersexués est qu'on accepte de voir dans l'intersexuation, plutôt qu'une anomalie ou une malformation, un aspect de la variabilité du corps humain et qu'il soit mis fin aux chirurgies postnatales de mutilation des organes génitaux ainsi que, plus généralement, à tous les traitements médicaux imposés aux intersexué(e)s sans leur consentement, de façon à respecter le droit de chaque individu à déterminer sa propre identité[5].

2. La difficile reconnaissance du transsexualisme

Le transsexualisme est distinct de l'intersexuation : alors que celle-ci a une cause physique clairement prouvée, le transsexualisme est généralement considéré comme un phénomène d'origine purement psychique[6].

4 On peut, sur ces questions, se reporter au site de l'organisation internationale des intersexué(e)s : http://www.intersexualite.org/FrenchIndex.html.

5 Déclaration de Montréal, adoptée à la Conférence internationale sur les droits humains des LGBT en 2006, accessible depuis le site précité.

6 Nous utilisons ici, par souci de simplicité, un terme unique : celui de transsexualisme, qui est de surcroît le terme utilisé par les juristes. Il faudrait en toute rigueur faire des distinctions entre les différents phénomènes de transidentité, sachant que l'usage des termes fait lui-même l'objet de controverses. Pour l'association STS, la « transidentité » est le fait, pour une personne, de posséder une identité de genre (identité sexuée psychique) qui ne coïncide pas avec son sexe (identité sexuée physique). « Transgenre » désigne la personne dont le genre ne coïncide

Livre Jurisprudence n°2.indb 45 08/08/2011 12:02:38

Le transsexualisme se caractérise par le sentiment irrésistible et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, physiologiquement et juridiquement le sien, avec le besoin obsédant et constat de changer d'état sexuel, anatomie comprise. En France, les tribunaux ont commencé à être saisis de ce problème à partir du milieu des années 1960, et notamment de la question du changement d'état civil : question essentielle, puisque la modification d'état civil (prénom et indication du sexe) permet seule à l'intéressé d'échapper aux problèmes dus à la discordance entre son apparence physique et son identité juridique.

Aucun texte ne définit les éléments qui doivent être pris en compte pour la détermination du sexe : celle-ci résulte de l'indication portée sur l'acte de naissance au vu du certificat médical accompagnant la déclaration de naissance. Confrontée à la demande de personnes transsexuelles, les juges français, dans un premier temps, se sont fondés sur l'aspect physique extérieur de la personne, sa morphologie : le changement de sexe à l'état civil, considéré comme la rectification d'une erreur, s'obtenait par conséquent assez facilement. Dans un second temps, ils se sont fondés sur le sexe génétique, ce qui conduisait à l'inverse inéluctablement au rejet de toute demande de modification de l'état civil. À partir de 1976, on a admis qu'il fallait combiner les différentes composantes du sexe : morphologique, chromosomique, psychologique et psychosocial, ouvrant ainsi la voie à des appréciations plus complexes.

Après une longue période de flottement caractérisée par des jurisprudences divergentes des tribunaux et des cours d'appel, où ont été tour à tour invoqués, pour justifier le refus du changement d'état civil, le respect du corps humain, l'indisponibilité de l'état des personnes ou l'ordre public et les bonnes mœurs, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 mai 1990, a tranché la question en s'opposant à toute modification de l'état civil des transsexuels au motif que « le transsexualisme, même quand il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ». L'avocat général n'avait pas caché les véritables motivations de l'arrêt : tout en disant n'être pas insensible à « la condition souvent misérable, parfois tragique, des transsexuels », il insistait sur la responsabilité qui pèse sur le juge de « défendre les règles qui gouvernent les rapports sociaux et les principes sur lesquels repose la société », et de les défendre face aux nouvelles demandes auxquelles le changement d'état civil ouvrirait la porte, concernant notamment la filiation ou le mariage entre personnes de même sexe.

On en revenait donc au point de départ : le sexe juridique est déterminé par le sexe génétique : un transsexuel, même opéré, ne peut acquérir génétiquement et donc juridiquement le sexe revendiqué.

Il a fallu la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour provoquer un revirement de jurisprudence en 1992. Avant de revenir à la France, il convient donc de rappeler l'évolution de la jurisprudence européenne en matière de transsexualisme. Cette condamnation était en effet la première prononcée par la Cour dans ce domaine. La première affaire de ce type a été portée devant les instances de Strasbourg en 1979 (*Van Oosterwijck c/ Belgique*). La commission avait, déjà à l'époque, estimé que le refus de tenir compte dans l'état civil des modifications intervenues licitement constituait une méconnaissance du respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), car cela équivalait à refuser de reconnaître un élément déterminant de la personnalité du requérant, l'identité sexuelle, telle qu'elle résulte de la morphologie modifiée, de son psychisme, de son rôle social, et à

pas avec son sexe, c'est-à-dire qui a l'intime sentiment d'appartenir à un autre genre que celui que son corps laisserait supposer, et pour qui cet intime sentiment est durable. Le « transsexuel », ou plutôt « transsexué », est la personne transgenre qui souffre d'une dysphorie du genre au point de ressentir le besoin de modifier, d'une façon ou d'une autre, son corps (son identité sexuée physique), afin de le rapprocher de son ressenti (de son identité sexuée psychique). Voir le glossaire proposé sur le site de l'association, précité.

Livre Jurisprudence n°2.indb 46 08/08/2011 12:02:38

l'enfermer dans un sexe qui n'est plus guère le sien. La Cour ne s'est pas prononcée sur le fond, jugeant la requête irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes. Cinq ans plus tard, dans une affaire *Rees c/ Royaume-Uni*, la commission réitère sa position ; mais la Cour, dans un arrêt rendu en 1986, dit qu'il n'y a pas violation de l'article 8 en se fondant notamment sur les particularités des pratiques britanniques : les transsexuels peuvent, comme chacun, se faire délivrer des documents officiels portant les nom et prénom qu'ils ont choisis, avec une photo récente, et indiquant à l'aide de l'abréviation pertinente (M., Mme ou Mlle), le cas échéant, le sexe qu'ils préfèrent ; et s'il arrive que la production d'un acte naissance portant la mention du sexe de naissance soit exigée, ces hypothèses sont rares, ce qui limite d'autant les conséquences, pour la requérante, du refus de modifier son état civil. La Cour constate par ailleurs qu'il n'y a guère de communauté de vues en la matière et qu'on est donc dans un domaine où les États contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation[7]. Saisie également sur le fondement de la violation de l'article 12 qui reconnaît le droit au mariage, puisque le refus de modifier l'état civil rend impossible le mariage avec un conjoint du sexe opposé à celui qui est désormais le sien, elle se borne à répondre que l'article 12 « vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent ». Dans l'arrêt *Cossey c/ Royaume-Uni*, rendu le 27 septembre 1990, la Cour adopte la même attitude ; mais la décision est acquise à une courte majorité et il y est fait référence à l'éventualité d'un revirement de jurisprudence à brève échéance, puisque « la Convention devant toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent ».

Bien que débouchant sur la condamnation de la France, ce n'est pas l'arrêt *B. c/ France*, rendu le 25 mars 1992, qui opérera le revirement annoncé : la Cour maintient le principe d'une marge d'appréciation importante pour les États, mais elle estime, en comparant la situation en France et en Grande-Bretagne en ce qui concerne la production des documents d'état civil ou des pièces d'identité ainsi que l'impossibilité de changer de prénoms, qu'il y a en l'espèce rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, la requérante « se trouvant quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée ». En 1998 encore (*Sheffield et Horsham c/ RU, 30 juillet 1998*), la Cour refuse de constater la violation des articles 8 et 12 dans une affaire concernant la Grande Bretagne, estimant que les inconvénients résultant pour les requérantes du fait d'être obligées dans certaines circonstances, peu fréquentes, de divulguer leur ancien sexe ne sont pas suffisamment graves pour entraîner une atteinte disproportionnée au respect de leur vie privée dès lors qu'elles peuvent obtenir des documents officiels avec leurs nouveaux prénoms et sexe. Sur le terrain de l'article 12, la Cour réitère que le droit de se marier vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexes biologiques différents, en tant que fondement de la famille.

Le revirement intervient avec l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, et il est radical puisqu'il porte à la fois sur l'article 8 et l'article 12. Revirement d'autant plus remarquable que, dans l'intervalle, l'état des législations internes n'a guère changé et qu'il n'existe pas plus qu'en 1998 de consensus sur la question[8]. Sur le terrain

7 En Europe, seules la Suède (1972), l'Allemagne (1980), les Pays-Bas (1985), l'Italie (1982) et la Turquie (1988) ont adopté des lois relatives à l'identité sexuelle, et le contenu de ces législations est très variable. La loi italienne ne prévoit aucune autorisation judiciaire préalable à l'intervention et ne requiert aucune condition d'âge, de célibat, d'inaptitude à la procréation, etc. La loi suédoise impose une autorisation administrative et des conditions préalables : être célibataire, âgé de plus de 18 ans, avoir la nationalité suédoise. La loi allemande permet soit le simple changement de prénoms – dans ce cas le transsexuel peut rester marié et ne doit pas subir nécessairement une intervention chirurgicale –, soit un véritable changement d'état civil, mais dans ce cas l'intéressé doit notamment être célibataire, être inapte à la procréation et avoir acquis l'apparence de l'autre sexe.

8 Pour une critique tout aussi radicale (mais à nos yeux très contestable) de l'arrêt *Goodwin*, qui mêle arguments juridiques, philosophiques et psychanalytiques, voir Patrick Wachsmann et Aluma Marienburg-Wachsmann, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la

Livre Jurisprudence n°2.indb 47 08/08/2011 12:02:38

de l'article 8, en se fondant sur l'approche dynamique et évolutive de la Convention, la Cour estime nécessaire, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », de revoir sa jurisprudence, alors même que le degré d'ingérence quotidienne que subissait la requérante dans l'affaire B. c/ France n'est pas atteint. La violation du droit au respect de la vie privée ne doit pas seulement s'apprécier au regard de l'impossibilité dans laquelle sont placés les transsexuels de mener une vie sociale et professionnelle normale, mais aussi au regard de la notion d'autonomie personnelle qui inclut le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain. Au XXIe siècle, dit la Cour, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée, justifiant le maintien d'une marge d'appréciation pour les États, et la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer.

Réexaminant également l'affaire sur le terrain de l'article 12, qui énonce que « l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille », la Cour observe que le second aspect n'est pas une condition du premier et que l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait le priver du droit de se marier. Par ailleurs, si le mariage doit unir un homme et une femme, ces termes n'impliquent pas que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques. En l'espèce, la requérante mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite épouser un homme. Or elle n'en a pas la possibilité et elle peut donc se plaindre d'une atteinte à la substance même de son droit de se marier.

Revenons à présent en France où la Cour de cassation va accepter immédiatement de tirer les conséquences de l'arrêt B. *c/ France*, évitant ainsi une réforme législative. Dans un considérant de principe, elle énonce 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 l'état civil du transsexuel indique désormais le sexe dont il a l'apparence » (*Cass. ass. plénière, 11 décembre 1992*).

Quatre conditions doivent être réunies pour que le changement de la mention du sexe à l'état civil soit possible : le transsexualisme doit avoir été médicalement reconnu par une expertise judiciaire ; la demande doit intervenir après la réalisation des opérations de conversion sexuelle ; le transsexuel doit avoir une apparence physique le rapprochant du sexe qu'il revendique ; il doit avoir un comportement social correspondant à celui de son sexe. On relève que la Cour de cassation n'a pas remis en cause la définition juridique du sexe : elle ne dit pas que le transsexuel *est* du sexe qu'il revendique mais qu'il a une *apparence* physique qui le *rapproche* de l'autre sexe. Et surtout, les modifications de l'état civil ne sont possibles que dans les seuls cas où il y a eu traitement médico-chirurgical. Les personnes transgenre non opérées – alors même qu'elles ont adopté l'apparence physique et le comportement social de l'autre sexe – ne peuvent donc en bénéficier et se trouvent dans la même impasse qu'avant le revirement de jurisprudence de 1992[9].

Quant à la possibilité de conclure un mariage pour la personne transsexuelle, une affaire récente, un peu atypique il est vrai, témoigne de la difficulté à accepter une solution pourtant compatible avec les données juridico-administratives lorsqu'elle s'éloigne par trop du schéma « naturel » dominant. La presse s'est fait l'écho, en 2005, de l'opposition du parquet au mariage de deux personnes transsexuelles : toutes deux étaient nées de sexe masculin, toutes deux avaient acquis les caractéristiques du sexe

nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *Rev. Trim. Dr. H.*, n° 56/2003, p. 1157.

9 On trouve toutefois des arrêts de cours d'appel moins restrictifs, qui acceptent le changement d'état civil alors même que les modifications physiques ne sont que partielles (*CA Bordeaux, 25 janvier 1993*), ou que le demandeur a conservé un appareil génital féminin (*CA Aix-en-Provence, 9 novembre 2001*).

Livre Jurisprudence n°2.indb 48 08/08/2011 12:02:38

féminin, mais l'une avait obtenu un changement de sexe en 1999 tandis que l'autre était restée un homme pour l'état civil. Bien qu'au regard de l'état civil, elles fussent bien de sexe différent, le procureur s'est opposé au mariage, estimant que les intéressées entendaient s'unir par le mariage en tant que femmes[10].

Cette difficulté du droit et des juges à reconnaître des situations qui ne s'inscrivent pas dans le schéma binaire de la différence des sexes se retrouve encore lorsqu'ils sont confrontés à la question des couples de même sexe.

*B. Un homme **et** une femme : hors de la mixité, point de couple ?*

Le droit conserve le monopole de la définition officielle de l'institution familiale, dont il délimite les contours et les éléments constitutifs, dont il fixe aussi les règles de constitution et de fonctionnement. Le couple, en particulier, peut bien préexister à toute prise en compte juridique, c'est néanmoins le droit qui lui attribue un statut, qui dit quelles caractéristiques doit avoir ce couple pour être reconnu comme tel au regard de la loi avec les conséquences qui s'y attachent, qui décide, par exemple, que le mariage ne peut unir qu'un homme et une femme.

C'est sans doute parce que cela allait sans dire que le législateur n'a pas éprouvé le besoin de préciser que le mariage ne peut être valablement contracté qu'entre deux personnes de sexe différent. Cette condition, en effet, n'est pas expressément formulée par le code civil, mais elle était présupposée par les autres articles de ce code qui fixaient les devoirs respectifs du « mari » et de la « femme ». Depuis que les réformes successives ont supprimé la dissymétrie des rapports au sein du couple, le code ne fait plus référence qu'aux « époux » et non plus, de façon sexuée, au mari et à la femme et on y cherche en vain une disposition s'opposant à ce qu'un mariage soit célébré entre deux personnes de même sexe. Pour autant, cette sorte d'évidence naturelle – la nature se modelant ici sur la norme hétérosexuelle dominante – selon laquelle le mariage ne peut unir qu'un homme et une femme n'a pas été remise en cause.

Cette évidence a également guidé l'interprétation jurisprudentielle de la notion de couple en dehors du mariage. La Cour de cassation a refusé de reconnaître que deux personnes de même sexe puissent mener une « vie maritale » ou vivre en union libre, et elle a donc jugé légitime le refus d'accorder au couple homosexuel les droits reconnus au couple hétérosexuel non marié. Elle a par exemple jugé que la compagne d'une assurée sociale, bien que vivant avec elle et se trouvant entièrement à sa charge, ne pouvait prétendre à la qualité d'ayant droit : la vie maritale, au sens de la législation, ne visait selon la Cour que « la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ». Et elle a admis pour les mêmes motifs qu'Air France avait pu refuser au compagnon d'un steward le bénéfice des tarifs de faveur accordés par la compagnie aux « conjoints en union libre » de ses agents (*Cass. soc. 11 juillet 1989*). En 1997 encore, elle a estimé – contre les conclusions de l'avocat général toutefois – que la disposition législative qui prévoit la poursuite du contrat de bail au profit du concubin notoire, en cas d'abandon de domicile ou de décès du locataire, ne protégeait pas les partenaires de même sexe, « le concubinage ne [pouvant] résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme » (*Cass. civ. 17 décembre 1997*).

C'est le législateur qui a remis en cause cette jurisprudence. Il l'a fait dans un premier temps, en 1993, de façon ponctuelle et indirecte, en élargissant la notion d'ayant droit pour y inclure toute personne qui « vit depuis douze mois consécutifs avec un assuré social et se trouve à sa charge effective, totale et permanente ». Dans un deuxième temps, la loi du 15 décembre 1999 a à la fois institué le pacte civil de solidarité (Pacs) et reconnu la possibilité d'un concubinage entre personnes de même sexe. Aux termes de l'article 515-1 du code civil, « un pacte civil de

10 *Le Monde*, 29-30 mai 2005.

Livre Jurisprudence n°2.indb 49 08/08/2011 12:02:38

solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune». Et l'article 515-8 définit le concubinage comme «une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple». On peut donc dire que, désormais, la notion de couple, à condition qu'il soit constitué en dehors du mariage, est indifférente à la différence des sexes.

Mais cette évolution vers l'indifférenciation n'entame pas la détermination de ceux qui continuent à récuser l'idée que le mariage pourrait lui aussi unir deux personnes de même sexe.

Une affaire récente a donné l'occasion de porter la question du mariage entre personnes de même sexe à la fois sur la place publique – compte tenu de la médiatisation à laquelle elle a donné lieu – et devant les tribunaux. Il s'agit de l'affaire dite du mariage de Bègles. Le maire de cette petite ville, par ailleurs homme politique en vue du parti des Verts, Noël Mamère, avait accepté en juin 2004 de célébrer un mariage entre deux hommes, provoquant immédiatement de la part du ministère public la saisine du tribunal de grande instance, invité à prononcer la nullité du mariage. Les avocats du couple faisaient valoir qu'aucun article du code civil n'interdit le mariage de deux personnes du même sexe, qu'aucun texte ne définit le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme et que l'absence de cette condition ne figure pas parmi les causes de nullité prévues par la loi. À titre subsidiaire, ils ajoutaient que, à supposer que le code civil interdise le mariage de deux personnes de même sexe, alors il était contraire aux textes internationaux qui proscrivent la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et devait céder devant ceux-ci. Le tribunal, comme il était prévisible, a prononcé l'annulation du mariage. Il a relevé que si, dès l'origine, le code civil n'avait pas énoncé expressément la différence de sexe comme condition du mariage, c'est que cette différence allait de soi pour les rédacteurs du code civil, comme cela ressort notamment du discours de Portalis définissant le mariage comme «la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée». Si les références à l'homme et à la femme unis par les liens du mariage ont peu à peu disparu, dans le cadre de l'égalité entre les époux, qui a conduit à remplacer les termes homme et femme par celui d'époux, poursuit le tribunal, le code prévoit toutefois encore que, lors de la célébration du mariage, le maire reçoit la déclaration des parties «qu'elles veulent se prendre pour mari et femme» (art. 75). Le tribunal récuse aussi l'argument tiré de l'arrêt Goodwin (voir plus haut), relevant – à juste titre – que la Cour européenne des droits de l'homme, en admettant le principe du droit au mariage pour une personne ayant subi une opération de conversion sexuelle, a réaffirmé implicitement le principe d'hétérosexualité du mariage. Enfin, pour rejeter l'argument tiré de la discrimination, le tribunal répond que la différence de traitement a ici une justification objective et raisonnable : la fonction traditionnelle du mariage, communément considéré comme constituant la fondation d'une famille (*TGI Bordeaux, 27 juillet 2004*).

La cour d'appel de Bordeaux confirmera le jugement en invoquant les mêmes arguments et les mêmes textes pour arriver à la conclusion que «le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime, la notion sexuée de mari et femme [étant] l'écho de la notion sexuée de père et mère». On ne peut, ajoutera-t-elle, parler de discrimination puisque «la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent et que le législateur a désiré prendre en compte cette réalité biologique» : il a donc englobé le couple et ses conséquences prévisibles, les enfants communs, dans une institution spécifique appelée mariage. Ce choix législatif s'est maintenu car il découle directement de l'histoire, des religions, des coutumes et est socialement très largement accepté (*CA Bordeaux, 19 avril 2005*).

Livre Jurisprudence n°2.indb 50 08/08/2011 12:02:38

On ne saurait mieux dire que le droit prend et doit prendre appui sur la nature, qu'il s'agisse de la nature biologique ou de la « nature des choses », qui est le nom qu'on donne à l'ordre social tel qu'il a été figé par la tradition. De fait, ce sont, de façon générale, des arguments d'inspiration ouvertement conservatrice, comme la tradition, la morale, voire le caractère contre-nature de la relation homosexuelle, et bien sûr la finalité procréatrice du mariage[11], qu'on retrouve dans la plupart des discours qui expriment et cherchent à imposer la conviction que l'union entre deux personnes de même sexe est littéralement impensable, ou du moins – puisque le Pacs s'est installé dans le paysage juridique et social français – que le mariage, lui, ne peut, *par nature*, être autre chose que l'alliance d'un homme et d'une femme.

Mais pour récuser, d'abord le Pacs, puis le mariage entre personnes de même sexe, on a aussi invoqué le risque de remettre en cause « l'ordre symbolique » de la différence des sexes. Ce point de vue, auquel la sociologue Irène Théry a attaché son nom, empruntant ses concepts au juriste et psychanalyste Pierre Legendre, entendait se démarquer des arguments de nature idéologique pour faire prévaloir la position neutre – et savante – de l'expert[12]. La thèse défendue, c'est que le droit faillirait à sa mission de garant de l'« ordre symbolique » s'il ouvrait la voie à une remise en cause de la dualité institutionnalisée des sexes dans le couple et la filiation. Car si le droit divise les individus en « hommes » et « femmes, si la différence sexuelle est inscrite dans le droit, ce n'est pas seulement pour des raisons pragmatiques, lorsqu'il s'agit de leur conférer des droits et obligations distincts, mais en raison de « contraintes anthropologiques ». On ne peut donc manipuler impunément le droit, parce qu'il n'est pas un simple outil de gestion mais remplit une fonction instituante, « parce qu'il contribue à mettre en place, dans le langage de la loi commune, un certain nombre de distinctions anthropologiques majeures [qui] dessinent un ordre symbolique indispensable à la fois à l'être ensemble des sociétés humaines et aux individus dont la construction comme sujets dépend de leur inscription dans l'univers de l'institution ». Et, parmi les distinctions anthropologiques posées par le droit, il y a notamment le fait que l'on différencie les êtres humains en deux genres, que l'on différencie les liens entre deux personnes du même sexe et ceux entre personnes de sexe opposé[13].

Se référer à l'anthropologie est une façon d'indiquer qu'on entend se situer du côté de la culture et non de la nature. Et Irène Théry insiste à plusieurs reprises sur le fait qu'en mettant en garde contre la disparition des genres masculin et féminin, elle vise une construction culturelle et non la différence biologique mâle/femelle. Mais rappeler que si on ne peut pas porter atteinte à la symbolique des genres, du masculin et du féminin, c'est parce qu'elle existe dans toutes les sociétés humaines, n'est-ce pas se référer, sinon à la nature biologique, du moins à une nature humaine intemporelle et immuable ? L'ordre symbolique n'est-il pas ici le nom qu'on donne à « la nature des choses » ?

Et cet ordre symbolique n'a-t-il pas finalement partie liée avec la nature biologique, lorsque, pour justifier l'institution juridique de la différence, Irène Théry énonce qu'il s'agit en somme de « reconnaître la finitude de chaque sexe qui a besoin de l'autre pour que l'humanité vive et se reproduise » ? Si le droit ne doit reconnaître comme couple que celui qui est formé d'un homme et d'une femme, c'est parce que, même si ce couple n'a pas de relations sexuelles, même s'il n'a pas d'enfants, « il n'en demeure pas moins qu'au plan symbolique la dimension de la filiation lui demeure

11 V. par exemple Daniel Borrillo, « Fantasmes des juristes vs Ratio juris : la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », D. Borrillo, E. Fassin, M. Iacub, dir., *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, PUF, Politique d'aujourd'hui, 1999, p. 161.

12 Voir notamment Irène Théry, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, 1997/10, p. 159-211.

13 Pour une critique des thèses d'Irène Théry et notamment du postulat selon lequel le droit a pour fonction de créer des distinctions anthropologiques, v. notamment Marcella Iacub, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique (À propos de l'article "Le contrat d'union sociale en question" d'Irène Théry) », *Le Banquet*, n° 12-13, 1998. L'article a été reproduit dans *Le crime était presque sexuel*, Flammarion, Coll. Champs, Paris, 2002, p. 347.

Livre Jurisprudence n°2.indb 51 08/08/2011 12:02:38

ouverte». Sous couvert de contraintes anthropologiques, ceci nous ramène bien près des contraintes biologiques, au point qu'on peut avoir le sentiment que, cette fois, c'est la culture qui devient l'alibi de la nature.

II. Les marqueurs du genre ou comment articuler (in)différence et égalité

Nous avons jusqu'ici envisagé des hypothèses où la distinction homme/femme, entérinée par le droit, est fondée sur le postulat de la dualité biologique des sexes et de leur inévitable complémentarité. Un second axe de réflexion nous amènera à mettre en relation la présence dans la norme juridique des marqueurs du «genre» et l'attribution de rôles sociaux différenciés aux hommes et aux femmes, avec pour toile de fond la problématique de l'égalité. On peut à cet égard dégager schématiquement trois temps:

- au départ, l'inscription de la différence hommes/femmes dans les normes juridiques correspond non seulement à l'assignation de rôles sociaux typés et dissymétriques, mais aussi – car les deux choses sont inséparables – au maintien des femmes dans une situation d'infériorité, que ce soit dans la sphère privée, où le code civil confère au mari et à la femme des pouvoirs très inégaux, ou dans la sphère publique où les femmes sont exclues des prérogatives attachées à la citoyenneté;
- l'effacement ultérieur des marqueurs du genre et la formulation de plus en plus universaliste de la règle de droit, qui s'efforce d'être «*genderblind*», est directement liée aux progrès de l'égalité entre hommes et femmes;
- dans un troisième temps, la dimension du genre réapparaît, avec cette fois pour visée la promotion de l'égalité des chances au profit des femmes; mais la prise en compte de la différence homme/femme ne va pas sans ambiguïtés.

A. L'effacement des marques du genre: l'indifférence, gage d'égalité

La sexuation des normes a été pendant longtemps le reflet de l'assignation aux hommes et aux femmes de rôles sociaux distincts. Concrètement, la prise en compte du genre par le droit a servi pour l'essentiel à organiser l'infériorité juridique des femmes.

Le code civil de 1804, qui institutionnalise l'organisation patriarcale fondée sur la supériorité masculine, en fournit un exemple paradigmatique. Pour s'en tenir aux dispositions les plus connues et les plus significatives, «le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari», le mari est le «chef de famille», il est seul titulaire de la «puissance paternelle»[14].

La marche vers l'égalité des droits au sein du couple s'est donc traduite par une reformulation des normes en sens inverse. La suppression progressive des prérogatives et privilèges des hommes a été de pair avec l'effacement des références spécifiques au mari ou à la femme: suppression de l'incapacité juridique de la femme mariée (1938), substitution de l'autorité parentale à la puissance paternelle (1970), suppression du droit pour le mari de choisir le lieu de la résidence familiale (1975), disparition de la notion de chef de la communauté et égalité des époux dans l'administration des biens communs (1985)… À l'issue de cette longue et lente évolution, seule subsiste la mention des droits et obligations des «époux», sur une base symétrique et égalitaire: l'égalité des droits se reflète dans la formulation universaliste de la règle, désormais aveugle au genre[15].

14 Voir notamment, sur le code civil et son évolution, Cyrille Duvert, «L'homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit», in P. Bloch, C. Duvert, N. Sauphanor-Brouillaud (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Paris, Economica, 2006.

15 Les dernières dispositions dissymétriques qui subsistaient ont été effacées récemment: la loi du 4 mars 2002 a réformé les modalités de transmission du nom (dit désormais «nom de famille» et non plus «patronymique») aux enfants nés dans le mariage (curieusement, cette règle, d'ailleurs, ne figurait pas expressément dans le code civil, qui ne s'intéressait qu'à la transmission du nom aux enfants naturels); le délai

Livre Jurisprudence n°2.indb 52 08/08/2011 12:02:38

L'évolution dans le champ du droit public a revêtu des modalités un peu différentes et plus diversifiées. Car si, dans le code civil, les femmes étaient bel et bien nommées pour être enfermées dans leur condition d'infériorité, leur exclusion des droits civiques s'est opérée souvent de façon implicite, à l'abri d'une norme qui avait l'apparence de l'universalité. C'est en dépit de la Déclaration des droits de l'homme qui affirmait le droit de tous les citoyens de concourir à la formation de la loi et d'accéder à tous les emplois publics que, dès la Révolution, les femmes se sont vu refuser le droit de vote et ultérieurement l'égal accès à la fonction publique[16]. La Constitution de 1791 elle-même n'excluait pas explicitement les femmes du droit de vote. Certes, la Constitution de 1793, pour définir « l'état de citoyen », fait référence à « tout homme » né et domicilié en France, ou encore à « tout étranger […] qui épouse une Française », et les constitutions suivantes – celle de l'an III comme celle de l'an VIII – sont rédigées selon le même modèle. Mais la Constitution de 1848 qui proclame que « la souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français » et instaure ainsi le suffrage universel [masculin], proclame que « sont électeurs, sans conditions de cens, tous les Français âgés de 21 ans jouissant de leurs droits civils et politiques », sans dire explicitement que ces « électeurs » ne peuvent pas être des électrices. De même, dans le champ de la fonction publique, en l'absence d'un statut général, le sort des femmes est resté longtemps dans le vague : rien n'interdisait de les recruter, rien n'y obligeait. En 1936, le Conseil d'État a reconnu officiellement « l'aptitude légale » des femmes à occuper des emplois dans l'administration, tout en laissant à l'exécutif la possibilité de les exclure pour des « raisons de service ».

La réintégration des femmes dans les droits civiques a donc supposé dans certains cas de les nommer. Soit directement : c'est le cas lorsque le Préambule de 1946 proclame que « les femmes ont, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes ». Soit indirectement, comme le font la Constitution de 1946 puis celle de 1958 qui disposent, en des termes voisins, que « sont électeurs […] tous les nationaux français majeurs, *des deux sexes* » : ce qui est une façon de rappeler que les femmes ne sont plus exclues, de proclamer le caractère universel des droits civiques, sans pour autant nommer séparément les hommes et les femmes et donc en préservant une formulation universaliste. Le même choix rédactionnel a prévalu pour l'accès à la fonction publique : le statut de 1946 énonçait que, pour son application, « aucune distinction […] n'est faite entre les deux sexes »… sous réserve des dispositions spéciales qu'il prévoit. Treize ans plus tard, le statut de 1959 réitère dans les mêmes termes le principe d'égalité des sexes, en restreignant cependant le champ des dérogations possibles – qui doivent être « commandées par la nature des fonctions ou leurs conditions d'exercice ». Sous l'influence du droit communautaire, et après quelques condamnations de la France par la Cour de justice des communautés européennes, les exceptions seront interprétées de façon de plus en plus restrictive, notamment en ce qui concerne les corps réservés aux hommes et l'existence de concours distincts pour les femmes et les hommes[17].

Le droit communautaire et la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) ont en effet joué un rôle déterminant pour faire évoluer la situation en matière professionnelle, aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public. Le principe de l'égalité des

de viduité a été abrogé en 2004 ; la différence d'âge au mariage a été abrogée par la loi du 4 avril 2006.

16 La distinction opérée par la constitution de 1791 entre citoyens passifs et citoyens actifs (seuls pourvus du droit de vote) laisse entendre que tous les Français sont bien des citoyens, même si tous ne votent pas. Par la suite, les auteurs ont discuté du point de savoir si tous les nationaux devaient être reconnus comme citoyens, y compris ceux qui, comme les femmes, étaient privés du droit de vote ou si à l'inverse la qualité de citoyen était liée à la possibilité d'en exercer les prérogatives.

17 La loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires, transposant sur ce point le droit communautaire, prévoit que « des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 53 08/08/2011 12:02:38

rémunérations entre hommes et femmes posé par le Traité de Rome en 1957 a été complété par une directive de 1976 qui interdisait plus largement toute discrimination dans les conditions d'accès aux emplois, quel que soit le secteur ou la branche d'activité. La prise en compte du sexe n'est possible que lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est « une condition déterminante soit de la nature, soit des conditions d'exercice de ces emplois »[18] – principe que la Cour a interprété strictement et qui a été transposé en droit français à la fois dans le statut de la fonction publique, comme on vient de le voir, et dans le code du travail.

Seule la protection des femmes, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité, justifie – et le cas échéant oblige à prendre – des mesures spécifiques. Ainsi, lorsqu'un employeur, utilisant une clause contractuelle qui lui permet de licencier les travailleurs après un nombre déterminé de semaines d'absence continue, licencie une travailleuse enceinte en raison d'absences dues à l'incapacité de travail découlant de son état de grossesse, il se rend coupable de discrimination alors même qu'il n'a fait qu'appliquer la règle générale.

Mais la notion de protection est interprétée étroitement, et les États doivent réviser les dispositions contraires au principe d'égalité lorsque le souci de protection qui les a inspirées à l'origine n'est plus fondé. Le problème s'est ainsi posé de la légitimité de l'interdiction du travail de nuit des femmes. La CJCE a estimé que la disposition du code du travail français – pourtant conforme à la Convention n° 89 de l'OIT (1948) prohibant le travail de nuit des femmes –, n'était pas compatible avec la directive de 1976. Elle n'a pas admis l'argument selon lequel l'interdiction répondrait à des considérations particulières d'ordre social tenant, entre autres, aux risques d'agression et à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes (*CJCE, 25 juillet 1991, Stoeckel*).

La détermination que met la CJCE à traquer toute atteinte à l'égalité de traitement – et donc tout accroc à l'universalité de la règle de droit en dehors des hypothèses où la différence se justifie par des facteurs directement liés à la maternité – a pour conséquence que ce sont les hommes, désormais, qui sont amenés à invoquer devant les tribunaux le principe de non-discrimination pour contester des mesures bénéficiant aux femmes. Ainsi, la Cour a jugé discriminatoire la bonification accordée aux femmes pour le calcul d'une pension de retraite : présentée comme devant compenser les désavantages professionnels résultant pour elles du fait d'avoir élevé des enfants, elle excluait de son bénéfice les hommes qui pouvaient avoir eux aussi assumé l'éducation de leurs enfants (*CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar*)[19]. Le droit français se plie peu à peu à ces exigences et supprime les avantages accordés exclusivement aux femmes, dont le bénéfice est désormais étendu aux hommes : tel le droit à une pension de réversion pour la veuve d'un fonctionnaire, ou le recul des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics, jusque-là réservé aux mères d'au moins trois enfants.

Le droit communautaire a donc contribué à rendre le droit social « *genderblind* » ; mais dans un mouvement dialectique complexe, il a aussi contribué, à travers la promotion de l'égalité des chances, à la réintroduction du genre dans les normes juridiques.

18 La directive 2002/73 du 23 septembre 2002, qui modifie celle de 1976, prévoit qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe est possible lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence essentielle véritable et déterminante ».

19 Relevons que le droit communautaire traque aussi les discriminations indirectes, c'est-à-dire les mesures qui sont apparemment neutres, en ce sens qu'elles ne sont pas fondées sur un critère de sexe, mais qui en pratique défavorisent essentiellement les femmes. L'exemple type est celui les différences de traitement opérées au profit des salariés travaillant à temps plein par rapport à ceux qui travaillent à temps partiel, sachant que les femmes sont surreprésentées dans ce second groupe. Bien que situées hors du champ de notre problématique, il convient néanmoins de rappeler leur existence pour ne pas laisser entendre que la discrimination est toujours et nécessairement apparente.

Livre Jurisprudence n°2.indb 54 08/08/2011 12:02:38

B. La réintroduction du genre et le dilemme de la différence[20]

La désignation expresse du genre – en l'occurrence des femmes – est parfois nécessaire, on l'a vu en prenant l'exemple des droits civiques, pour mettre fin à une situation de discrimination caractérisée : ainsi les Constituants de 1946, parce qu'il fallait renverser une tradition bien enracinée d'inégalité, ont-ils jugé nécessaire de proclamer dans le Préambule, comme on l'a rappelé plus haut, que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes ». Cette préoccupation a été réactivée plus récemment, lorsqu'on s'est avisé que l'égalité juridique ne suffisait pas à assurer l'égalité réelle. Mais dès lors qu'on décide de prendre des mesures préférentielles en faveur des femmes, visant à réduire les inégalités de fait dont elles sont victimes, la loi ne peut plus être « aveugle au genre ». C'est pourquoi la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes prend soin de rappeler que « l'adoption par les États parties de mesure spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination ». Mais ceci ne rend pas pour autant aisée l'articulation entre deux types de contraintes *a priori* contradictoires, comme le montrent les deux exemples que nous avons choisis en guise d'illustration : d'une part les mesures visant à promouvoir l'égalité des chances dans le domaine professionnel, d'autre part la revendication de la parité hommes-femmes dans le champ politique.

1. L'égalité des chances dans le champ professionnel

Le droit communautaire, ici encore, a eu un rôle d'entraînement déterminant en incitant les États membres à prendre « des mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »[21]. Le code du travail français, transposant les textes européens, prévoit expressément que puissent intervenir, dans les domaines de l'embauche, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail, « des mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

Le Traité instituant la Communauté européenne contient lui aussi, depuis le Traité d'Amsterdam entré en vigueur en 1999, une référence aux actions positives. On relève toutefois que la formulation est ici parfaitement symétrique, laissant entendre que les hommes pourraient aussi, si les circonstances s'y prêtent, bénéficier de ces actions : « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe d'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par *le sexe* sous représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle » (art. 141,4°).

La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, amenée à préciser les rapports entre égalité des chances et égalité de traitement, atteste toutefois, par sa subtilité même, la difficulté d'articuler de façon satisfaisante deux principes potentiellement contradictoires : l'égalité de traitement, autrement dit l'égalité juridique qui suppose que la loi soit aveugle au genre, et l'égalité des chances, qui débouche inéluctablement à la fois sur la prise en compte du genre et la rupture avec l'égalité

20 Nous empruntons l'expression à Joan W. Scott qui l'utilise à propos de la revendication de la parité. V. Joan W. Scott, *Parité! L'universel et la différence des sexes*, Paris, Albin Michel, 2005.

21 Directive 76/207/CE du 9 février 1976. Une recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 – qui, contrairement à la directive, n'a pas valeur contraignante – incite les États membres à « adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi… afin d'éliminer ou de compenser les effets préjudiciables [résultant] d'attitudes, de comportements ou de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 55 08/08/2011 12:02:38

en droit. La CJCE a posé en principe que les dispositions autorisant des mesures préférentielles en faveur des femmes devaient être interprétées strictement, en tant que dérogations au principe de l'égalité de traitement. Pour être licites, les mesures positives ne doivent pas garantir une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion, et l'objectif d'égalité des chances ne doit pas se muer en un objectif d'égalité substantielle ou d'égalité de résultat – dont la fixation d'un quota serait la forme ultime. Elle a ainsi considéré qu'était contraire aux exigences du droit communautaire une disposition de la loi du Land de Brême qui accordait aux femmes, à qualification égale, une préférence automatique pour l'accès aux emplois dans les services publics où elles étaient sous-représentées, (*CJCE, 17 octobre 1995, Kalanke*). Elle a en revanche validé le statut des fonctionnaires du Land de Rhénanie parce que la priorité prévue en faveur des femmes à égalité de qualifications, d'aptitudes et de prestations professionnelles, là où elles étaient en nombre inférieur aux hommes, s'accompagnait d'une « clause de sauvegarde » permettant le cas échéant de faire pencher la balance en faveur d'un candidat masculin sur la base d'autres critères, par exemple dans l'hypothèse où serait lui-même handicapé ou ferait partie d'un groupe défavorisé *(CJCE, 1996, Marschall*). A été de même acceptée une loi du Land de Hesse qui, certes, fixait des objectifs contraignants en termes de pourcentage de femmes dans les postes ouverts au recrutement, mais laissait place à des dérogations en faveur d'autres groupes également dignes d'attention (anciens militaires, handicapés, chômeurs de longue durée) (*CJCE, 28 mars 2000, Badeck*). Autrement dit, la Cour n'accepte que la norme ne soit plus aveugle au genre que si, simultanément, elle n'est pas non plus aveugle à d'autres catégorisations.

2. La parité, stade suprême de l'universalité ou régression vers le différentialisme biologique ?

La conquête de l'égalité dans la sphère politique s'est réalisée, en France, par la promotion du citoyen abstrait, dépourvu de tout attribut particulier, notamment de genre. Et cet universalisme abstrait a été érigé en caractéristique fondamentale et inaltérable du modèle républicain.

Le Conseil constitutionnel a poussé cette logique jusqu'au bout en invalidant, dans une décision du 18 novembre 1982, une disposition législative qui prévoyait l'obligation pour les listes de candidats aux élections municipales de ne pas comporter plus de 75 % de candidats d'un même sexe (concrètement, il s'agissait d'assurer aux femmes le quart au moins des sièges dans les conseils municipaux). Posant en principe que « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité », le Conseil constitutionnel en a déduit que ce principe à valeur constitutionnelle s'opposait à toute division par catégories, notamment sur le fondement du sexe, des électeurs ou des éligibles.

Il est aisé de démontrer l'hypocrisie de cet universalisme abstrait qui, historiquement, a réservé les droits de vote et d'éligibilité aux hommes et qui, aujourd'hui, s'accommode de leur surreprésentation massive dans les instances politiques. C'est sur la base de ce double constat qu'est née la revendication de la parité, qui s'est donné pour objectif d'aboutir à une représentation égale des hommes et des femmes pour tous les mandats électifs[22].

Faire aboutir cette revendication supposait, en raison de la position adoptée par le Conseil constitutionnel en 1982, une réforme constitutionnelle. Celle-ci a finalement eu lieu en 1999, aboutissant à faire inscrire dans la Constitution que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ». On relève la timidité du mot « favorise », qui est bien loin de ce réclamaient les « paritaristes ». De fait, la réforme n'a pas abouti à rendre effective la parité, qui ne pouvait de toute façon s'accommoder du scrutin uninominal majori-

22 Cette revendication a été conceptualisée et portée sur la place publique par l'ouvrage de Françoise GASPARD, Claude SERVAN-SCHREIBER et Anne Le GALL, *Au pouvoir citoyennes ! Liberté, égalité, parité*, Paris, Seuil, 1992. Pour une analyse de cette revendication et des controverses qu'elle a suscitées, v. notamment l'ouvrage de J.W. SCOTT, précité, note 19.

Livre Jurisprudence n°2.indb 56 08/08/2011 12:02:39

taire à deux tours en vigueur pour d'élection des députés. Aussi l'intérêt de la parité, dans la perspective qui nous occupe ici, réside-t-il moins dans l'analyse des (maigres) résultats obtenus que dans celle des débats et controverses suscités par la revendication elle-même.

Il est clair, en effet, que la parité suppose d'accepter de catégoriser les citoyens comme « hommes » ou comme « femmes », et donc de renoncer à la formulation universaliste de la règle de droit. Sur ces bases, on peut toutefois, pour justifier la parité, recourir à des arguments de type universaliste ou de type différentialiste.

Disons, pour simplifier, que dans une perspective universaliste la parité peut être vue simplement comme un moyen de rétablir l'égalité et non comme une fin en soi. La loi dit que tous les citoyens doivent être représentés indépendamment de leur sexe ; or ils ne sont représentés que par des hommes, il faut donc trouver les moyens de mettre fin à cette situation inacceptable. La parité est alors considérée comme une forme de discrimination positive, essentiellement temporaire, à laquelle on peut et même on doit renoncer une fois l'objectif atteint, c'est-à-dire le « rattrapage » effectué, sans s'attacher à ce que hommes et femmes soient en nombre strictement égal dans les assemblées.

Dans une perspective différentialiste, à l'inverse, la représentation égale des hommes et des femmes apparaît comme une nécessité en soi, précisément parce qu'ils sont différents et qu'il est juste et utile de tenir compte de cette différence. Un des arguments constamment mis en avant, sur ce terrain, a été que l'humanité est composée de deux moitiés, masculine et féminine, qu'elle s'incarne dans des hommes *et* des femmes, et que les deux sexes doivent pour cette raison être représentés au niveau politique.

Inéluctablement surgit alors la question : en quoi les hommes et les femmes sont-ils différents ? Première réponse, sur le terrain de la « culture » : s'il y a des « valeurs » spécifiquement féminines, c'est parce que les femmes ont une histoire spécifique et une expérience de la discrimination. Ceci peut les conduire à porter un regard différent sur la société, leur donner d'autres façons de penser et d'agir, donc de faire de la politique, et il est bon pour cette raison qu'elles soient représentées à égalité avec les hommes. Relevons que, dans ce cas, la différence est contingente, liée aux séquelles d'une société patriarcale : elle est donc vouée à disparaître lorsque les femmes auront acquis dans la société une place identique à celle des hommes, de sorte que la parité elle-même n'aura plus de raison d'être. Mais une autre réponse est possible, de type essentialiste, qui glisse vers le différentialisme biologique : les différences entre hommes et femmes sont irréductibles et transcendent l'évolution historique, parce qu'elles s'enracinent dans la nature.

Quelle que soit la justification qu'on lui donne, la parité rompt avec les fondements traditionnels du « modèle républicain » tel qu'il a prévalu en France et reposant, comme on l'a rappelé, sur un principe universel abstrait. Mais surtout, a-t-on fait valoir, inscrire dans la loi la différence des genres, c'est entériner l'idée que les hommes et les femmes sont différents et faire courir le risque de redonner fond sinon vie aux préjugés essentialistes et naturalistes qui ont contribué pendant des siècles à justifier l'infériorité des femmes.

Derrière la prise en compte de la différence hommes/femmes se profile toujours le risque d'une régression vers la nature et le biologique. C'est pourquoi la promotion de l'égalité réelle, qui suppose de rompre avec l'indifférenciation de la norme, fait inéluctablement surgir « le dilemme de la différence ».

Conclusion

À l'issue de ces développements, et à la lumière de l'expérience française, on comprend mieux les raisons pour lesquelles le droit continue à distinguer les sujets de droit en fonction du critère du sexe ou du genre et à les caractériser respectivement comme « hommes » ou « femmes ». Peut-on imaginer que les normes juridiques puissent devenir radicalement indifférentes au sexe et au genre ? Il faut ici distinguer les deux terrains sur lesquels nous nous sommes successivement placés. La mention du sexe à l'état civil pose problème aux individus qui, pour des raisons physiologiques ou psy-

Livre Jurisprudence n°2.indb 57 08/08/2011 12:02:39

chologiques, ne trouvent pas facilement – on serait tenté de dire « naturellement » – leur place à l'intérieur du dualisme juridique masculin-féminin. La contrainte de mixité imposée en matière de mariage et de filiation restreint les droits des couples de même sexe qui – en France comme dans une majorité de pays – ne peuvent ni se marier, ni adopter ou recourir aux procréations médicalement assistées. Dans ce domaine, on peut pronostiquer une évolution assez rapide, au moins là où le droit a son mot à dire, si on se réfère aux audaces soudaines de la Cour européenne en matière de transsexualisme, au fait que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit le droit de se marier et le droit de fonder une famille sans faire référence à l'homme et à la femme, et bien entendu au fait que des législations nationales de plus en plus nombreuses reconnaissent le droit au mariage et à la parenté à tous les couples, sur une base indifférenciée et égalitaire.

Concernant l'inscription du genre dans la loi liée cette fois aux mesures prises pour corriger les inégalités entre hommes et femmes, il faut ici souhaiter que l'évolution des mentalités et des pratiques s'accélère au point de rendre inutile, à court ou moyen terme, toute forme d'action ou de discrimination positive et par là même toute référence spécifique aux hommes et aux femmes dans la législation.

Le genre ne serait plus une variable pertinente, en dehors des dispositions ayant trait à la gestation. À moins qu'un jour le recours à l'utérus artificiel ne marque la fin de l'asymétrie des deux sexes face à la fonction de procréation[23].

23 On renvoie sur ce point aux réflexions de Henri Atlan, *L'utérus artificiel*, Paris, Le Seuil, 2005.

Livre Jurisprudence n°2.indb 58 08/08/2011 12:02:39

Le juge et le genre

Éric MILLARD*

Comment le juge décide-t-il lorsque sont en jeu des questions de différence de sexe ? Est-il ou se sent-il contraint par la norme sociale ? Quelles sont les stratégies à l'œuvre dans ce type de procès ? Les controverses sexuelles secrètent-elles des méthodes d'interprétation particulières ? La judiciarisation permet-elle aux revendications politiques d'aboutir ?

Voilà bien des questions importantes, pour comprendre les problématiques du genre, et agir. Mais voilà aussi des questions qui supposent en amont un certain nombre d'investigations pour comprendre ce que signifie exactement, dans ce contexte, la différence de sexe, et pour identifier les controverses sexuelles et la norme sociale, si elle existe.

Je ne peux évidemment pas pour d'évidentes raisons m'engager sur ce terrain ici. Sans pour autant privilégier une stratégie de l'évitement, je voudrais simplement, pour nourrir la réflexion davantage que pour mettre fin au débat, tenir très brièvement trois points.

1 – Je ne vois aucune raison pour qu'en matière de genre, le processus de décision du juge diffère « structurellement » de ce qu'il est pour n'importe quelle autre question, et particulièrement pour n'importe quelle autre question sociale.

S'il est un point clairement affirmé par l'ensemble des analyses critiques du droit, quoi que l'on entende par analyse critique du droit, c'est bien de considérer que l'acte de juger est un acte décisionnel humain fondé sur la perception que le juge a de ce qu'il doit faire, perception qui elle-même dépend de ses conceptions politiques, de sa représentation du monde, etc. Dans une approche davantage théorisée, on peut dire que la conception de Ross sur cet aspect tout au moins, qui n'est que l'expression la plus cohérente des théories que l'on dit réalistes, est le point de départ épistémologique de toute possibilité critique : il existe une différence de nature entre l'énoncé et la norme ; la norme est la signification juridique que le juge perçoit comme socialement obligatoire, et l'énoncé est principalement une directive pratico-morale qui nourrit cette perception. L'interprétation, la concrétisation, l'application, comme on voudra l'appeler, de l'énoncé dans l'acte de juger conduit à saisir la subjectivité, tout au moins l'intersubjectivité, de cette perception.

2 – Il est clair que le droit, comme ensemble de normes et de directives pratico-morales (d'énoncés), structure les questions de genre. Entre autres. Et si l'on veut bien admettre que structurer n'implique pas nécessairement figer.

* Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

Livre Jurisprudence n°2.indb 59 08/08/2011 12:02:39

L'enjeu de la compréhension des questions de genre pour les juristes, et particulièrement pour les juges, est donc un enjeu clairement politique qui peut être situé à au moins deux niveaux.

a) Tout d'abord des choses essentielles se jouent dans l'éducation et la formation. Il y a un travail social, aussi bien au niveau sociétal qu'au niveau particulier (dans les universités, à l'École Nationale de la Magistrature, au sein des Centres de Formation professionnelle des Avocats notamment) pour sensibiliser aux questions de genre les acteurs professionnels du procès. Tout comme aux États-Unis la révolution réaliste a conduit à transformer les *case books* en *case and material books*, il est plus qu'urgent que nous comprenions que la décision juridictionnelle n'est en rien un exercice logique consistant à tirer à partir de deux prémisses, l'une majeure (l'énoncé applicable, donc une proposition de droit), l'autre mineure (une proposition de fait : comment la relier logiquement à une proposition de droit sans ignorer superbement tout ce que la logique soutient ? ; mais surtout une proposition juridique de fait, c'est-à-dire une proposition où les faits sont qualifiés juridiquement) une inférence logique dite conclusion juridique.

> « Il est donc trompeur de concevoir cela comme une fonction par laquelle le juge tire une inférence logique. À cette fin, il n'est nul besoin de juristes hautement qualifiés. Le rôle du juge est – en supposant toujours qu'il connaît le droit – de poser la seconde prémisse : d'établir que selon les faits soumis au tribunal, ceci constitue un bois, cela un contrat ; et cette formulation de la prémisse mineure n'est pas l'expression d'une reconnaissance théorique de la vérité, mais une décision prise sur le fondement de l'usage de la langue, en relation avec une série de considérations pratiques téléologiques. » (Ross, Les impératifs et la logique, in Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ, 2004)

Ces considérations pratiques téléologiques n'ont rien de technique et quoi de plus effrayant que de constater que les juristes praticiens ne sont pas formés à les affronter, comme si la chose politique, comme si la question de genre, était à la fois une évidence, et une vérité. Le formatage technique auquel procède l'enseignement du droit, généraliste ou appliqué, ne prépare en rien à l'aspect le plus difficile de l'activité des juristes. Comprenons-nous bien : certes, la connaissance technique est indispensable ; je dis qu'elle n'est pas suffisante et qu'elle n'aborde pas l'essentiel, le plus difficile ; je dis aussi que le savoir technique repose avant tout sur la maîtrise de méthodes, et qu'il y a ici des gains de temps dans la pédagogie qui permettent de s'ouvrir à l'essentiel. Comprenons-nous bien encore : certes il n'est rien de pire que l'endoctrinement politique ou idéologique ; mais refuser de comprendre que pour régler des questions politiques (dont font partie les questions de genre) il est nécessaire d'avoir été sensibilisé fortement et durablement, de manière pluraliste, à ces questions, et d'acquérir un esprit critique, relève du corporatisme le plus imbécile. Il importe de faire rentrer de manière non homéopathique dans le savoir des juristes un savoir que l'on nous présente comme non juridique, parce que la fonction des juristes n'est pas de résoudre techniquement de questions juridiques, mais de donner une réponse juridique (selon le droit et qui vaudra pour droit) à des questions de tous les jours, par exemple des questions sociales, des questions de contentieux de sexe, des questions politiques. De donner des réponses ou de fournir des arguments (l'avocature) ; et formaliser en termes juridiques les questions de genre, puisqu'aussi bien il n'y aura de réponse qu'à partir du moment où il y aura d'abord un accès au juge pour ces questions, et une demande qui tienne compte de ces questions. De ce point de vue, à nouveau je plaide pour des modalités d'enseignement et de formations cliniques du droit, pour que cette sensibilisation ne soit pas simplement dogmatique, mais fondée sur l'expérience, et sur la réaction subjective à l'expérience.

b) Ensuite, puisque la problématique est ici celle du genre, d'autres choses importantes se jouent dans la composition des formations de jugement, et dans les formalités des jugements. Il y a une variété de genre à intégrer dans ces formations, non pas pour représenter ces variétés (je suis fondamentalement universaliste), mais parce que l'intérêt de l'universel est que ce ne soit pas la seule communauté

Livre Jurisprudence n°2.indb 60 08/08/2011 12:02:39

hétérosexuelle/mâle/bourgeoise/blanche qui décide de ce que l'universel se donne comme norme, et pas seulement lorsque sont en jeu les questions de genre. Il y a aussi en parallèle à mettre au jour dans les jugements eux-mêmes les dissidences, donnant à voir les critiques internes, notamment des présupposés des décisions, qui n'affaiblissent pas les effets d'une décision majoritairement acquise, mais qui (dé)livrent au débat public des raisons que la raison judiciaire occulte, permettant le débat démocratique non faussé sur la norme décidée. Pour ce qui est des questions de genre, je doute fort que ces dissidences, si elles étaient permises, traduisent systématiquement des positions fondées uniquement sur le genre de celles et ceux qui les exprimeraient, que les femmes juges soient systématiquement féministes et que les hommes ne le seraient jamais ; mais j'en attends qu'en lieu et place d'une vérité juridique apparaissent les moyens de (dé)construction des décisions juridiques pour en permettre des lectures politiques de manière générale, et genrées pour ce qui nous retient ici.

3 – Je viens évidemment d'intégrer dans le point précédent des considérations qui n'ont rien à voir avec le genre : l'origine ethnique, la classe sociale, etc., sont tout autant des variétés que le genre, et l'argument vaut aussi pour elles.

Je reviens à ce que je disais au début : je ne crois pas que la question du genre soit une question structurellement différente pour le juge, et je crois que ce sont toutes les questions sociales qui devraient être ainsi traitées. Je me méfie notamment d'une tendance à la naturalisation des questions de genre, qui conduirait à (vouloir) les traiter spécifiquement, ou autrement que les autres, séparément d'elles. Le genre est une donnée importante ; il n'est cependant pas la seule donnée et vouloir isoler cette problématique comme appelant en tant que telle des réponses spécifiques et suffisantes ne me paraît ni souhaitable ni possible. Les décisions juridiques peinent à être neutres du point de vue du genre (faut-il d'ailleurs qu'elles le soient ? Entre invisibilité et prise en compte, l'éventail du possible est large et il peut y avoir une tension classique entre égalité et identité) ; mais le féminisme n'est pas non plus politiquement neutre, en deux sens : intégrer la question de genre oblige bien sûr à modifier notre manière de penser les questions politiques, mais les questions de genre sont susceptibles de donner lieu à des intégrations politiques, à des lectures, à des réponses, bien différentes, politiquement différentes.

Des féminismes, en veux-tu, en voilà, pour reprendre le titre du dossier que consacre à cette question l'excellente revue Réfractions (n° 24, mai 2010). Naturaliser la question du genre, en attendre un traitement spécifique et isolé, prive cette question de ses potentialités politiques, occulte ses implications politiques, nie la variabilité des réponses qu'elle peut appeler, et construit ainsi cette question comme une évidence et une vérité.

La critique que j'adressais à l'enseignement des juristes qui ne les sensibilise pas à ces problématiques vaut alors aussi ici. C'est peut-être la condition pour qu'il soit possible de prétendre fournir une réponse vraie (celle du juge) à une évidence (le contentieux de la différence de sexe). D'une certaine manière, la décision du conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (2010-613 DC du 7 octobre 2010) l'illustre en affirmant que c'est à bon droit que le législateur a pu estimer « que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité » justifiant ainsi l'interdiction de cette dissimulation, forcée ou volontaire. Pour autant, la question générale du genre ainsi formulée comme évidente (objectivement, il y a présence d'une situation d'exclusion et d'infériorité dans tous les cas, et cette situation est contraire aux principes de liberté – même si l'on envisage un choix volontaire de se dissimuler le visage ? – et d'égalité) ne permet pas d'apporter une réponse appropriée à la situation d'exclusion réelle des femmes qui sont forcées de se dissimuler le visage dans l'espace public : exclues de celui-ci, elles sont condamnées à demeurer cloîtrées, sous l'autorité de celui ou celles et ceux qui la forcent, dans l'espace

Livre Jurisprudence n°2.indb 61 08/08/2011 12:02:39

privé ; ce qui ne me paraît pas être la meilleure manière de lutter contre leur exclusion ou infériorisation, même si la loi sanctionne opportunément (mais bien peu efficacement dans ce cas) celles ou ceux qui forcent les femmes à dissimuler leurs visages. Il est vrai que cette exclusion fait que nous ne les voyons plus, donc qu'elles ne nous dérangent plus, qu'elles ne nous renvoient plus l'image de leur infériorisation… Dormez braves gens !

Paradoxalement alors, poser ainsi la question principielle et théorique du genre, déconnectée des autres considérations politiques et sociales, devient le meilleur moyen de ne pas voir la problématique du genre en pratique.

Livre Jurisprudence n°2.indb 62 08/08/2011 12:02:39

Quelques questions à poser avant de répondre à la question. Genre et droit, combien de divisions ?

Liora ISRAËL*

Face à l'interpellation d'une réflexion articulant genre et droit, centrée sur la scène judiciaire, la réflexion que je vais conduire ici consiste avant tout à déplier l'étendue du questionnement, davantage qu'à proposer des réponses. En effet, rien de moins évident que de délimiter quels enjeux, quelles questions se trouvent posées par cette articulation entre droit et genre. Se défaire des prénotions, établir des problématiques au regard des travaux disponibles, imaginer des terrains concrets de recherche sont dès lors les pistes qu'en tant que sociologue je me propose de faire entrer dans la discussion.

I. Retour vers le futur : sur les conditions d'apparition d'une pensée féministe dans le droit

À travers cette journée d'études, est reposée une question, celle de l'articulation entre genre et droit, qui fut posée dans la mouvance juridique critique des années 1970. La cause des femmes, bien que caractéristique des « nouveaux mouvements sociaux » de la période et par là attendue, avec le regard rétrospectif qui est le nôtre, dans l'éventail des causes qui firent l'objet de nouvelles formes de mobilisations du droit (immigration, écologie, prisons…), s'inscrit comme une forme de critique dans la critique du droit. En effet, les travaux des juristes féministes, et tout particulièrement ceux d'Odile Dhavernas[1], qui restent encore mal connus, se sont situés en marge des mouvements critiques du droit, tout comme de manière symétrique le mouvement féministe était caractérisé par une certaine méfiance à l'égard du droit. Comme le rappellent Laure Bereni, Alice Debauche, Emmanuelle Latour et Anne Revillard, « les mouvements féministes radicaux qui ont constitué le centre de gravité de la seconde vague du féminisme dans les années 1960-1970, ont souvent considéré les normes et arènes juridiques comme des piliers des institutions juridiques à combattre ». C'est pourquoi « c'est paradoxalement *sans* le MLF [Mouvement de Libération des Femmes] que la loi Veil de janvier 1975, pourtant considérée comme le

* Maîtresse de conférences à l'EHESS, Centre Maurice Halbwachs.

1 Odile Dhavernas, *Droits des femmes, pouvoir des hommes,* Paris Éditions du Seuil, 1978.

Livre Jurisprudence n°2.indb 63 08/08/2011 12:02:39

produit le plus emblématique des luttes du mouvement, a été conçue et votée »[2].

Au sein même des mouvements qui proposèrent des approches alternatives et novatrices du droit[3], il faut noter que le point de vue féministe critiqua aussi la répartition des rôles au sein de cet univers militant. La revue *Actes,* centrale d'un point de vue intellectuel dans cette mouvance des juristes de gauche des années 1970, consacra deux numéros à la question des femmes. Le premier, en 1977, s'ouvrait sur un article particulièrement incisif, non pas tant à l'égard du droit, qu'à l'encontre des hommes qui étaient pourtant les compagnons de luttes des rédactrices de l'article. Intitulé « Comment il est démontré que l'on n'est pas moins sexiste dans les organisations militantes qu'ailleurs », l'article exposait comment, à l'occasion de la préparation de ce numéro sur les femmes, le droit et la justice, ses coordinatrices avaient pris conscience de leur propre rôle dans cette mouvance. Elles écrivaient ainsi : « Un groupe de femmes s'étant constitué en vue de l'élaboration du numéro de la revue *Actes* sur les Femmes, le droit et la justice, certaines d'entre elles prirent conscience de leurs appartenances à divers mouvements syndicaux ou militants (SM, SMEPAP, MAJ, Boutiques de droit…) et de l'originalité, en tant que femmes, de leurs « vécus » dans ce domaine. Ces militantes ont décidé de confronter leurs expériences et, très rapidement, se sont rendu compte de la similitude des problèmes, des difficultés qu'elles avaient eues à confronter au sein de leur action militante. Ces travaux les ont conduites à s'interroger d'une part, sur les rôles et fonctions des femmes dans les divers mouvements auxquels elles appartiennent, et, d'autre part, à établir une relation de cause à effet entre parole et pouvoir »[4].

Ce tournant réflexif vers la prise en compte des effets de domination homme-femme non seulement dans la justice et le droit mais aussi parmi les groupes militants auxquels participaient les coordinatrices de ce numéro est significatif d'une indissociabilité des réflexions entre le contenu des savoirs et leurs conditions de production, en particulier lorsqu'on parle du genre. Réfléchir aux relations entre genre et droit implique également de se poser la question de la place des femmes dans le monde du droit, en particulier académique. Or, cette discipline apparaît, plus que d'autres encore[5], caractérisée par un phénomène de plafond de verre, c'est-à-dire une féminisation croissante mais inégalement répartie, au détriment des postes les plus élevés. L'existence de ce plafond de verre, qui limite l'accès des femmes aux positions les plus prestigieuses, n'est sans doute pas sans lien avec la faible importance conférée aux questions de genre dans l'enseignement et l'analyse du droit. En effet, s'il est certain que toutes les femmes ne s'inscrivent pas dans une démarche féministe, personnellement ou sur le plan académique, il est tout aussi certain que l'immense majorité des enseignants-chercheurs qui traitent spécifiquement des questions de genre sont des femmes ou appartiennent à d'autres minorités sexuelles encore moins visibles à l'université en France (lesbiennes, gays, transexuels, bisexuels). D'après des chiffres datant de 2008[6], moins d'un professeur de droit sur cinq est une professeure (19,2 %), et

2 Laure Bereni, Alice Debauche, Emmanuelle Latour et Anne Revillard, « Entre contrainte et ressource : les mouvements féministes et le droit », Édito du Dossier « Quand les mouvements féministes font (avec) la loi : les lois du genre », *Nouvelles Questions Féministes* vol ; 29, n° 1/2010.

3 Sur ces années, je me permets de renvoyer à l'article suivant : Liora Israël, « Un droit de gauche ? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970 », *Sociétés contemporaines*, Presses de Sciences Po, n°73, 2009, p. 47-72.

4 « Comment il est démontré que l'on n'est pas moins sexiste dans les organisations militantes qu'ailleurs », *Actes, Cahiers d'Action Juridique* n° 16, « Femmes, droit et justice » 1977.

5 Si l'on compare les taux de féminisation, le droit se trouve à mi-chemin entre les Lettres et les Sciences, que ce soit concernant les taux de féminisation des MCF ou des professeurs. Néanmoins, il faudrait étudier plus finement les progressions de carrière et l'accession à des postes de pouvoir (CNU, présidences d'université, participation à des commissions…) pour raffiner l'analyse.

6 Source : note d'information du Ministère de l'enseignement supérieur « Les personnels enseignants de l'enseignement supérieur 2007-2008 », http://media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/statistiques/34/4/ni0825_36344.pdf.

Livre Jurisprudence n°2.indb 64 08/08/2011 12:02:39

si la féminisation progresse inéluctablement dans les disciplines juridiques comme dans l'ensemble de l'enseignement supérieur, les postes de pouvoir restent souvent l'apanage des hommes (ainsi les présidents des quatre sections du CNU du groupe droit sont actuellement des hommes).

Si aujourd'hui, le renouveau de l'intérêt académique pour ces questions est annoncé, comme en témoigne la journée prestigieuse dont cette publication est issue, force est de constater qu'il reste limité dans le cas français, en particulier par contraste avec le cas américain. Si quelques jeunes femmes maîtresses de conférences comme Olivia Bui-Xuan tentent de faire entrer des problématiques de genre dans les amphithéâtres de facultés de droit[7], la majorité des travaux existants se situe du côté de la sociologie et de la science politique, comme l'illustrent en particulier deux numéros particulièrement intéressants de la revue suisse Nouvelles Questions Féministes consacrés aux « Lois du genre »[8].

S'interroger, comme nous le faisons ici, sur les relations entre droit et genre, y compris lorsque l'on se penche sur le rôle de la justice, implique aussitôt une prise de conscience du peu de travaux disponibles, et induit nécessairement une réflexion sur les raisons de cette absence, révélatrice de la faible reconnaissance de ce domaine d'études dans la sphère juridique.

II. De quoi parle-t-on ?

S'il est vrai que les études féministes en tant que telles apparaissent quasiment absentes de la sphère légitime du savoir juridique, malgré les tentatives de quelques pionnières comme Régine Dhocquois[9], la question des femmes a pu être abordée dans la recherche en droit ou socio-juridique, mais le plus souvent, et cela n'étonnera personne, dans le domaine du droit de la famille, par exemple sur les conséquences du divorce[10]. Or le divorce s'inscrit bien dans la question du contentieux « de la différence des sexes » qui nous intéresse ici. Cette expression de « contentieux de la différence des sexes » est d'ailleurs intrigante : elle pourrait laisser entendre qu'en soi, l'existence d'une différence des sexes est source inévitable de contentieux. Alors qu'il s'agit sans doute davantage, d'une manière moins essentialiste, de s'intéresser à la manière dont certaines questions sont traitées par le droit et la justice, telles que la discrimination fondée sur le genre, les droits de femmes (comme le droit à l'avortement), ou encore la différence des genres en elle même en tant qu'elle est judiciarisée (par exemple concernant le changement de sexe).

L'hésitation, présente dès la formulation de la question ou du problème, entre analyse genrée du fonctionnement de la justice (qui inviterait aussi à s'interroger sur les effets de la féminisation des professions judiciaires[11]) et réflexion sur le traitement des inégalités de genre ou des identités sexuelles par la justice, rend apparente la difficulté à nommer, la difficulté du droit comme discipline à définir sa place et son objet relativement au genre. Comme les disciplines des sciences sociales avant lui, le savoir juridique rencontrant la pensée féministe et/ou la question du genre est confronté à une alternative, entre changement de régime épistémologique ou simple centrement sur une variable par-

7 Parmi ses publications, on peut distinguer ces deux ouvrages : Olivia Bui-Xuan, *Les femmes au Conseil d'État*, Paris, L'Harmattan, collection « Logiques politiques », 2001 ; Olivia Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, collection « Corpus/Essais », 2004.

8 « Quand les mouvements féministes font (avec) la loi : les lois du genre », *Nouvelles Questions Féministes,* n° 1 vol. 28/2, 2009 ; n°2 vol. 29/1, 2010.

9 Voir notamment son témoignage, Régine Dhoquois, « La recherche féministe dans le domaine du droit. Une absence en forme de désertion », *Les Cahiers du CEDREF [en ligne],* 10/2001, http://cedref.revues.org/278.

10 Pour donner un exemple significatif, le numéro spécial du Courrier du CNRS consacré en 1990 aux « Sciences du droit » ne fait apparaître explicitement les femmes que dans la rubrique « Famille et société ».

11 Voir en particulier pour la France les travaux d'Anne Boigeol, notamment : Anne Boigeol, « De la difficile entrée des femmes dans la magistrature à la féminisation du corps », Christine Bard et Jean-Jacques Petit, *Justice et différence de sexe*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003.

Livre Jurisprudence n°2.indb 65 08/08/2011 12:02:39

ticulière. En l'occurrence, la focale est implicitement placée dans cette table ronde vers le deuxième pôle, en invitant à porter attention à un type de contentieux qui concernerait plus spécifiquement les femmes, au sujet duquel on nous demande comment « le juge décide-t-il[12] ». En l'occurrence, la féminisation croissante de la magistrature ne devrait-elle pas nous conduire à changer de convention sémantique pour employer un féminin « neutre », sur le modèle américain, en disant « la juge » (sachant que la fiction « du » législateur reste sociologiquement beaucoup plus vraisemblable au vu de la faible féminisation des assemblées) ?

La réflexion qui est ici la nôtre est également placée sous le signe de l'hypothèse d'une « judiciarisation » de ces questions. Avant de tenter de suivre cette hypothèse, il serait sans doute bon d'y réfléchir à deux fois, notamment en s'inspirant des travaux salutaires menés par William Halton et Michael McCann dans leur livre *Distorting the Law*[13]. Ils y remettent en cause une description de la société américaine qui insisterait exagérément sur le recours jugé inconsidéré aux tribunaux, tribunaux décrits comme ouvrant l'opportunité de toucher des sommes considérables au titre de dommages et intérêts. Cette vision est illustrée par des histoires typiques, comme l'exemple ressassé de cette femme brûlée au troisième degré après avoir laissé tomber sur ses genoux un gobelet de café bouillant dans un restaurant d'une célèbre chaîne de fast-food. McCann et Haltom, à l'aide d'une enquête croisant analyse de la presse, usage des statistiques judiciaires et recension des études sérieuses sur le sujet, montrent comment ces histoires ont été mises en formes, diffusées et popularisées pour accroître l'idée d'une judiciarisation excessive, sans que cette tendance puisse être clairement identifiée dans les données relatives à l'activité des juridictions (qui ne montrent pas d'augmentation significative des dommages et intérêts, en règle générale très modérés). Ces représentations médiatiques ont par contre été largement diffusées et utilisées par les grandes entreprises et leurs défenseurs pour mener une campagne visant (avec succès) à restreindre les droits des consommateurs aux USA.

Il est possible, dans le cas français, de mettre en évidence de tels désajustements. En effet, au moment même (2004) où le rapport de Virville, au motif d'une conflictualité trop importante provoquant un engorgement supposé des juridictions du travail, appelait à une simplification du droit du travail, Évelyne Serverin et Brigitte Munos-Perez mettaient en évidence une décroissance du recours aux prud'hommes par les salariés[14]. Si l'on se situe plus directement sur le plan de l'articulation entre genre et justice, ne pourrait-on pas interpréter à la manière de McCann et Haltom l'écho médiatique retentissant accordé en mai 2010 à la condamnation, par la Cour d'Appel de Paris, de la BNP à payer 350 000 euros d'indemnités à une salariée pour discrimination liée à la grossesse ? L'insistance sur ce montant totalement inhabituel, sans véritables éclaircissements sur le contenu d'un dossier lui aussi visiblement atypique (un retour au travail après 10 ans de congés parentaux et maternité), a contribué à donner l'impression d'une justice (trop) acquise à la cause des femmes[15], occultant par-là même – comme le soulignent McCann et Haltom pour les litiges en droit de la consommation – le caractère atypique de la décision, voire même le caractère inhabituel du dépôt de plainte dans des cas, comme celui-ci, de discrimination liée au sexe (ou ici plus particulièrement à la maternité) dans la progression de la carrière.

Sur une question sensible, qui touche à la fois à l'épistémologie de la matière juridique et à l'actualité de la société dans laquelle elle s'inscrit, les questions sont d'importance et peuvent bien souvent induire des formes

12 Citation issue de la présentation de la table ronde dans le programme du colloque.

13 William Haltom et Michael McCann, *Distorting the Law. Politics, Media and the Litigation Crisis,* Chicago, The University of Chicago Press, 2004.

14 Evelyne Serverin et Brigitte Munos-Perez, *Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004,* rapport pour le Ministère de la Justice, 2005.

15 Voir les commentaires scandalisés nombreux sur les blogs qui commentèrent cette décision, par exemple sur un blog hébergé par le Monde : http://veilleur.blog.lemonde.fr/2010/05/06/bnp-paribas-condamnee-pour-avoir-discrimine-une-salariee/

Livre Jurisprudence n°2.indb 66 08/08/2011 12:02:39

de réponse insuffisamment réfléchies. Il est donc nécessaire de construire au préalable les outils théoriques et pratiques qui, articulés à une problématique adéquate, permettront de se déprendre du sens commun et de mettre en évidence, sur des terrains précis, les formes d'articulations entre droit, genre et justice aujourd'hui.

III. Quelques pistes de recherche en sociologie du droit

L'une des pistes de recherche les plus importantes, au regard des questions « au présent » posées à l'occasion de cette journée, consiste à s'interroger sur l'historicisation de ces questions. Concernant la question du genre, qui fut avant tout rappelons-le un « impensé » du droit, Juliette Rennes a bien montré comment, en butte à ses propres contradictions, le droit avait en partie abandonné la fiction égalitaire de ses propositions pour rendre compte de la différence des sexes et en faire découler des conséquences (en l'occurrence négatives pour les femmes)[16]. La confrontation du droit aux premiers mouvements d'émancipation féministe, dans le domaine du travail et de l'enseignement supérieur notamment, se traduit bien par une juridicisation ou une judiciarisation, mais en sens inverse de ce que l'on présuppose aujourd'hui. Le recours au droit et à la justice permit en effet l'explicitation, rendue nécessaire par les demandes croissantes d'accès, de l'interdiction aux femmes de professions ou de formations auparavant accessibles selon des conditions de diplômes et ou de titres. Il faut ainsi comprendre que la critique féministe du droit s'est tout d'abord attaquée à la dénonciation des obstacles juridiques placés sur la voie de l'égalité formelle entre femmes et hommes : ce fut encore le cas de la critique par Odile Dhavernas[17] en 1978 du caractère patriarcal des dispositions du Code civil français.

La première critique féministe du droit consista en une réaction face au durcissement des dispositifs réglementaires et administratifs à l'encontre des femmes en particulier à la charnière des XIX^e^ et XX^e^ siècles, et s'appuya sur une remise en cause de l'inscription dans les codes d'une distribution inégalitaire des rôles. Dans le contexte français, où la réforme législative prime traditionnellement sur l'effet de la jurisprudence, cette perspective historique permet de comprendre pourquoi le contentieux judiciaire joua un faible rôle dans les stratégies du mouvement féministe, si l'on excepte quelques coups d'éclat comme le procès de Bobigny. Le droit positif était avant tout perçu comme un obstacle, et non comme une ressource pour la cause des femmes.

C'est relativement à cette histoire qu'il convient de poser la question d'un revirement éventuel, rendu possible à la fois par le dépassement d'une certaine contradiction politique (un droit dénoncé comme intrinsèquement mauvais étant d'un usage peu légitime), ce dont témoigne l'activisme pragmatique d'organisations comme l'AVFT[18], et par la promulgation ou la simple activation de corpus législatifs – en particulier au niveau européen – rendant possibles un nouveau type de recours, en particulier au nom de la lutte contre les discriminations. Il faut alors préciser de quel type de contentieux il s'agit, et quelles conditions permettent que certaines disputes, ou certains litiges, se traduisent devant les tribunaux, en relation éventuelle avec des stratégies judiciaires. C'est dans un second temps que l'on pourra éventuellement poser la question de leurs effets, en évitant au passage les chausse-trappes classiques relatives à « l'effectivité » du droit[19].

Sur toutes ces questions, n'étant pas une spécialiste, je ne peux guère apporter de réponse, mais simplement suggérer des pistes de recherche qui me semblent pertinentes. La question principale guidant la réflexion est la suivante : dans quelles conditions des litiges, relevant pour tout ou partie de questions liées au genre des personnes, peuvent-ils se retrouver devant les tribunaux ?

16 Juliette Rennes, *Le mérite et la nature. Une controverse républicaine : l'accès des femmes aux positions de prestige 1880-1940,* Paris, Fayard, 2007.
17 *Op. cit.*

18 Association Européenne contre les Violences faites au Femmes au Travail.
19 Pierre Lascoumes et Évelyne Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société* n° 2/1986.

Livre Jurisprudence n°2.indb 67 08/08/2011 12:02:40

La dimension à laquelle on pense le plus fréquemment aujourd'hui est celle de la discrimination, qui semble être l'angle d'attaque le plus évident et le plus courant. Toutefois, il me semble réducteur de se limiter à cette question, dans la mesure où, d'un point de vue quantitatif, les litiges relatifs par exemple aux questions de divorce et de garde d'enfant, ou encore au pénal les jugements des crimes et délits relatifs à des violences sexuelles, posent en permanence la question du traitement du genre par la justice. À chaque fois, les litiges peuvent être décomposés en autant de facettes qui articulent les rôles et places des différents en acteurs : parties en présence, associations éventuelles qui les accompagnent, professionnels du droit et de la justice, de manière plus ou moins lointaine acteurs publics qui mettent en œuvre ou non des politiques publiques qui favorisent l'expression de revendications (comme la Halde en matière de discrimination). Il s'agit donc, à l'occasion de litiges concrets, de repérer des configurations d'acteurs relatives à des types de problème, et de tenter de comprendre dans quelles circonstances, et à l'initiative de quels acteurs des litiges ou différents sont réglés par les tribunaux.

Cette approche située, précise, est d'autant plus nécessaire dans les cas, caractéristiques des litiges posant la question de la discrimination, ou des violences sexuelles, dans lesquels la victime présumée doit déposer plainte. Comme le soulignaient déjà dans un article classique Sarat, Abel et Felstiner[20], rien n'est moins évident que le dépôt d'une plainte, qui est l'aboutissement d'opérations préalables de reconnaissance du dommage qui a été causé, d'imputation de la responsabilité de ce dommage, et de recherche d'une réparation : autant d'opérations hautement dépendantes de l'origine sociale, des compétences acquises, de l'estime de soi etc.

Le tryptique nommer/reprocher/réclamer mis en évidence par Sarat, Abel et Felstiner invite à prendre en compte le filtre d'où a émergé la plainte, et à comprendre dans quel contexte des personnes peuvent être à même d'exprimer une revendication, pour des cas d'autant plus sensibles en matière de discrimination qu'ils tiennent souvent à l'intrication du public et du privé. Pour cela, il est nécessaire de penser aux circonstances particulières qui permettent cette émergence : prise de conscience de ses droits (*rights consciousness*[21]) forgée par des expériences précédentes, accompagnement par des associations, des syndicats, des avocates ou des avocats qui rendent possible ce passage. Il n'y a d'ailleurs rien de spécifique en la matière aux « causes des femmes » (formule qui pourrait constituer d'une certaine manière un sous-titre de cette partie), si ce n'est que les formes de domination genrées dans le droit et en dehors du droit invitent sans doute particulièrement à penser les modalités de cette transformation. Une fois la plainte mise en forme, d'autres filtres internes cette fois-ci à l'institution judiciaire fonctionnent, pour laisser passer ou au contraire freiner les modalités d'implication de la sphère judiciaire dans le traitement des contentieux de la différence des sexes (ou plutôt de leurs effets sociaux). Plutôt que de parler du seul juge, il faudrait aussi évoquer la chaîne judiciaire dans son ensemble, en particulier lorsqu'il s'agit d'affaires pénales : les policiers qui prennent en charge les procès-verbaux, les parquets qui décident de poursuivre, les conditions du passage en jugement, le rôle de l'avocat à l'égard de sa cliente ou son client…

Là aussi, la question du genre des personnes n'est qu'un élément parmi d'autres, mais l'hypothèse d'une judiciarisation (qui reste, je le répète, à démontrer) implique nécessairement de porter attention aux inflexions susceptibles, tout au long de la chaîne judiciaire, d'interrompre, de réorienter, d'accélérer le trajet d'une plaine et d'influer sur la visibilité qu'y tient la dimension du genre. C'est uniquement au terme de ce double processus, extra-judiciaire puis judiciaire, que le ou les dossiers arrivent devant le juge :

20 Richard L. Abel, William L. F. Felstiner, et Austin Sarat, « L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer… », *Politix* n° 16, 1991.

21 Pour reprendre l'expression forgée dans son analyse des luttes pour l'égalité salariale homme-femme par Michael McCann, *Rights at Work, Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization,* Chicago, The University of Chicago Press, 1991.

Livre Jurisprudence n°2.indb 68 08/08/2011 12:02:40

ce qui est jugé est le produit d'une double sélection ou d'un double filtre, et l'on peut supposer qu'à ces deux niveaux (pré-institutionnel et institutionnel) jouent fortement les différences de genre, à la fois au niveau des personnes concernées (auto-censure) et au niveau de l'appareil judiciaire. L'acceptation ou le refus de prendre en compte une plainte formulée en ces termes, la manière dont la qualification juridique obscurcit ou met en valeur cette dimension du problème, le choix des valeurs à mettre en avant opéré notamment de la part des avocats (entre gagner sans en faire une question de principes, ou prendre des risques judiciaires en espérant créer un précédent), sont autant d'éléments décisifs qui font plus ou moins ressortir la dimension genrée du conflit, qui est en grande partie une *construction* issue du processus judiciaire, et non une simple donnée.

Les personnes concernées, et en particulier celles que l'on qualifie de victimes ont souvent des difficultés à porter ce type de revendications, du fait parfois d'une forme d'intériorisation de la domination qui rend illégitime ce type de plainte, ou fait craindre une stigmatisation liée à cette revendication[22]. En outre, la manière dont un certain nombre de problèmes ont été reposés ces dernières années comme relevant de la psychologie, ainsi du thème du harcèlement moral, a peut-être également contribué – en invitant à une saisie individualisée de ces souffrances – à freiner les mises en formes politico-juridiques, plus collectives, de questions liées à l'organisation du travail notamment, et éventuellement aux inégalités hommes-femmes qui se déploient à ce niveau.

Conclusion

En conclusion, ce papier constitue une invitation à conduire davantage d'enquêtes de sciences sociales, à différentes échelles (statistiques ou monographiques) et sur des terrains diversifiés, permettant d'accroître la connaissance encore très fragmentaire des relations empiriquement saisissables, dans des pratiques ou des procédures, entre genre, droit et justice. En la matière, il est important de prêter attention aux éléments qui peuvent sembler de moindre importance. Ainsi, comme l'a montré Michael McCann en étudiant les luttes pour l'égalité salariale aux USA, les luttes qui n'aboutissent pas à une victoire sur le plan judiciaire, et que l'on aurait tendance à considérer comme des échecs, peuvent quand même avoir des effets positifs, en faisant du droit du travail une menace perçue par l'employeur, en contribuant à développer une conscience nouvelle de leurs droits pour les salarié-e-s, en suscitant de nouvelles formes de solidarité au sein des collectifs de travail[23].

Pour mieux comprendre ce qui se joue et ce qui se passe en deçà, au-delà et au sein de l'arène judiciaire, il faudrait à la fois clarifier les enjeux, identifier les acteurs et reconstituer des cours d'action qui portent le genre au cœur de la justice. Aujourd'hui, acteurs comme observateurs ont encore des visions fort parcellaires de la question, contribuant par là même à freiner la critique comme l'investissement dans la justice. Les sciences sociales, par des enquêtes plus nombreuses, pourraient peut-être participer à l'éclaircissement des enjeux, si ce n'est à leur résolution.

22 Kristin Bumiller, *The Civil Rights Society : the Social Construction of Victims,* Baltimore, The John Hopkins University Press, 1988.

23 *Op. cit.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 69 08/08/2011 12:02:40

Le contentieux et le « genre »

Philippe WAQUET*

Le genre – masculin ou féminin – joue-t-il un rôle dans l'action de juger ? Belle question, à laquelle il est difficile de répondre car elle est nouvelle et elle n'a guère, du moins du côté des juristes, été étudiée.

Si l'on aborde la difficulté du côté des justiciables, on se demandera si le fait d'être un homme ou d'être une femme joue un rôle quelconque dans la décision du juge. Une étude sociologique mériterait d'être menée, mais elle est difficile, car la réponse, pour être valable, nécessiterait des observations approfondies et longues.

Du moins peut-on retenir que le contentieux pénal, pris du côté des prévenus et des accusés, concerne plus d'hommes que de femmes. Est-ce à dire que les femmes sont plus respectueuses de lois que les hommes ?

Dans le contentieux social, qui comporte une branche disciplinaire, il serait intéressant de rechercher si les fautes reprochées aux salariés femmes se distinguent, par leur nature ou leur gravité, de celles imputées aux hommes.

Mais la question du « genre » peut aussi être abordée du côté du juge. En trente ans, de 1980 à 2010, la magistrature s'est considérablement féminisée. En 1980 il n'existait que quelques rares conseillers à la Cour de cassation femmes. En 2010 plus du tiers des conseillers sont des femmes.

Au niveau de l'École nationale de la magistrature, les promotions comportent plus de femmes que d'hommes.

Reste à savoir si le rééquilibrage des sexes modifie la jurisprudence, ce qui est loin d'être certain. D'une part les magistrats hommes ne sont pas, dans leur ensemble, défavorables aux femmes et les magistrats femmes ne font pas, de manière générale, preuve d'une quelconque préférence pour la cause des femmes !

Me situant là où je suis plus à même de donner une information, c'est-à-dire au plan du droit du travail, j'énoncerai trois brèves observations : d'abord sur la nature du contentieux ; ensuite sur la manière dont le contentieux du « genre » est apparu ; enfin sur une application, particulièrement intéressante, de la prohibition de la discrimination des femmes.

1. La nature du contentieux

Le contentieux soumis aux juridictions du travail (conseils de prud'hommes, tribunaux de grande instance, cours d'appel et Cour de cassation) est dans sa grande majorité un contentieux de la rupture du contrat de travail.

Il faut le regretter : dès qu'une difficulté apparaît dans l'exécution du contrat de travail, la réaction, aussi bien du côté patronal que du côté salarial, est d'envisager

* Doyen honoraire de la Cour de cassation.

Livre Jurisprudence n°2.indb 71 08/08/2011 12:02:40

une rupture : licenciement, prise d'acte de la rupture, ou rupture amiable.

Or le juge du travail est aussi compétent pour intervenir sur l'exécution du contrat de travail, pour ordonner la cessation de telle pratique ou de tel comportement, pour prescrire telle ou telle mesure, pour faire respecter la bonne foi dans l'exécution du contrat.

Nul doute que ce contentieux de l'exécution, qui est facilité par le rôle éminent que la Chambre sociale de la Cour de cassation a donné au juge des référés, va grandir. Peu à peu les parties finiront par comprendre que le juge n'est pas seulement un liquidateur après rupture, mais aussi un médiateur légal qui peut faire disparaître ou cesser une anomalie ou un comportement fautif et ainsi prolonger la vie du contrat de travail.

Et, dans une relation « genrée », l'intervention d'un juge indépendant et impartial peut rétablir une relation mieux équilibrée.

2. L'apparition du contentieux du « genre »

On pourrait faire remonter ce contentieux du genre à la célèbre affaire des sabots, à la fin du XIX^e^ siècle, où une ouvrière avait été punie d'une amende, prévue au règlement d'atelier, pour avoir porté des sabots dans la salle de travail !

Plus sérieusement ce sont les multiples directives européennes tendant à établir et à faire respecter l'égalité hommes-femmes qui sont à l'origine d'une nouvelle approche des rapports sociaux. Mais l'effet pratique de ces directives a tardé. Pourquoi ?

Parce que, dans les années 1970-1990, un mouvement très fort d'individualisation des situations de travail s'est imposé. Les employeurs entendaient traiter chaque salarié – et le payer en particulier – en fonction de sa personnalité, de ses qualités, bref de son dévouement à l'entreprise.

Cette tendance, dominante pendant quelques années, s'est heurtée non seulement aux directives communautaires comme on vient de le dire, mais aussi à l'entrée en scène des libertés et droits de l'homme dans l'entreprise à partir des lois Auroux de 1982. Notamment l'égalité, longtemps traitée comme un espoir, est devenue peu à peu une exigence.

Elle a trouvé son aboutissement avec le fameux arrêt Ponsolle du 29 octobre 1966[1]. Cette décision concernait deux femmes et elle pose en règle que, dès lors qu'elles ont la même qualification et qu'elles font le même travail, elles doivent avoir le même salaire.

Coup de tonnerre dans un univers où l'individualisme régnait !

Et il est évident que cette solution, valable entre deux femmes, était transposable lorsqu'une femme se trouvait en concours avec des hommes.

La jurisprudence, effectivement, consacrait la même règle entre les salariés des deux sexes qui ramassaient, triaient et portaient des champignons : tandis que les femmes percevaient de 30 à 34 F de l'heure, les hommes recevaient pour le même travail 47 F[2].

Mais venons-en à un cas plus significatif où la différence des genres va intervenir directement dans la solution.

3. L'égalité entre hommes et femmes est, déjà, un progrès en soi

Encore faut-il que ce ne soit pas une égalité formelle, dissimulant un sort moins favorable.

À moins d'un an de distance, la Chambre sociale a rendu deux arrêts – 30 mars 1994, Duchemin ; 28 mars 1995, Thibault – en sens différent. Pourquoi ?

Il s'agissait d'appliquer la convention collective du personnel des organismes de sécurité sociale.

Cet accord collectif prévoit que, pour faire l'objet d'un avancement ((au choix », le ou la salarié(e) doit avoir été noté(e) dans l'année précédente. Mais, pour être noté, l'accord collectif prévoit que l'agent doit avoir ((au moins six mois de présence dans l'année ».

1 Grands arrêts, 4^e^ éd. n° 71.

2 Soc. 12 février 1997, B. n° 58 ; voir la décision de la Cour d'appel de Riom, 16 janvier 1995, D. Soc. 1995, p. 441 et l'étude de Mme Lanquetin.

Livre Jurisprudence n°2.indb 72 08/08/2011 12:02:40

La question s'est posée de savoir si une salariée d'un organisme de sécurité sociale qui, du fait d'un congé de maternité, n'avait pas été présente dans l'année de référence pendant six mois et qui, par voie de conséquence, n'avait pas été notée, perdait valablement son droit à prétendre à un avancement.

Par l'arrêt Duchemin du 30 mars 1994[3], la Chambre sociale a cassé une décision qui jugeait qu'une salariée qui, du fait d'un congé de maternité du 2 septembre 1987 au 6 janvier 1988, n'avait pas été notée pouvait néanmoins prétendre à un avancement, en énonçant :

> que concernant indistinctement les hommes et les femmes, l'absence qui fait obstacle à la notation n'entraîne pas une discrimination prohibée fondée sur le sexe.

Moins d'un an après, le 28 mars 1995[4], par un arrêt Thibault, la Chambre sociale remettait en cause cette solution et adressait une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes : les normes communautaires interdisent-elles « de priver une femme du droit d'être notée et par conséquent de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise à raison d'un congé de maternité » ?

Statuant le 30 avril 1998[5], la CJCE a jugé que les textes de droit communautaire « s'opposent à une réglementation nationale qui prive une femme du droit d'être notée et, par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité ».

La Chambre sociale a tiré les conséquences de cette solution en décidant :

> que l'article L.123-1 du Code du travail (L.1142-1) résultant de la transposition en droit français des dispositions de la directive n° 76-207 du 9 février 1976 faisait obstacle à l'application de l'article 31 de la convention collective nationale de travail du personnel des organismes de sécurité sociale et de l'article XIII du règlement intérieur type ;
>
> que Mme Thibault ayant été privée, par suite d'une discrimination en considération de son sexe, d'une chance de promotion, le Conseil de prud'hommes a réparé le préjudice qu'elle avait subi[6].

Grâce à une remise en cause courageuse de sa décision initiale, la Cour de cassation a ainsi fait prévaloir le droit communautaire et consacré une conception positive du principe de non-discrimination entre les hommes et femmes dans l'avancement professionnel.

Comment expliquer ce revirement ?

Éliminons d'emblée une quelconque hostilité à l'égard des femmes lors du jugement de la première affaire. L'arrêt Duchemin a été rendu au rapport d'une conseillère et la chambre comportait à cette époque au moins une autre conseillère qui n'était pas dépourvue de compétence et d'autorité.

L'analyse de cet arrêt ne révèle pas une hostilité quelconque à l'égard des femmes, mais plutôt une interprétation fermée des textes en cause, qu'il s'agisse de la convention collective ou des directives communautaires.

La Chambre sociale applique une règle qui concerne, de manière identique, les hommes et les femmes. Autrement dit elle s'en tient à une interprétation littérale.

Mais ne faut-il pas faire prévaloir une interprétation fonctionnelle qui permet de donner aux textes une cohérence ? Car le juge doit concilier le texte de la convention collective avec les textes communautaires qui postulent une stricte égalité hommes-femmes et l'absence de discriminations liées à la condition féminine. Cela implique non pas la nullité de la clause de la convention collective, mais une inopposabilité à la femme qui, du fait de sa nature de mère, se trouve dans l'incapacité de remplir la condition de six mois de service effectif.

C'est la tendance qui l'emporte, un an après. La convention collective doit s'appliquer et s'interpréter au regard des principes généraux du droit communautaire. La Cour de justice le dit clairement : la directive communautaire du 9 février 1976 « vise à déboucher sur une égalité

3 D. Soc. 1994, p. 561, avec une note critique de Marie-Ange Moreau.
4 D. Soc. 1995, p. 1036, observations Marie-Ange Moreau.
5 RJS 1998, n° 800.
6 3. Soc, 16 juillet 1998, B. n° 392.

Livre Jurisprudence n°2.indb 73 08/08/2011 12:02:40

substantielle et non formelle». Le droit à l'avancement des femmes doit être égal à celui des hommes; il ne peut être freiné ou interdit par la grossesse et la maternité de la femme.

Ce sont donc deux méthodes d'interprétation qui se sont heurtées et non deux volontés, l'une défavorable, l'autre favorable aux femmes.

La référence au genre a donc eu un effet positif sur la pensée juridique. L'égalité réelle doit prendre en compte les différences entre les hommes et les femmes, et ne pas faire de la fonction maternelle assumée par les femmes un handicap pour leur carrière professionnelle.

Cet exemple illustre, à la fois, la volonté jurisprudentielle de lutter pour une égalité réelle des hommes et des femmes, mais aussi la prise en compte du corps de la femme qui porte un enfant et le met au monde. Il ne faut pas qu'en accomplissant cette responsabilité éminente elle soit pénalisée dans son parcours professionnel.

Le «genre» n'a pas fini d'exister.

Livre Jurisprudence n°2.indb 74 08/08/2011 12:02:40

Le droit pénal s'invite à la maison

Jeannie SUK*

Traduit par Alexandre GUIGUE

Quand l'État entre au foyer, que vient-il y faire ? Ce chapitre porte sur le contrôle qu'exerce le droit pénal sur les relations privées. Je m'intéresse ici au ressort territorial significatif du comté de New-York (Manhattan), généralement considéré comme étant « à l'avant-garde des efforts entrepris dans la lutte contre les violences domestiques », et qui a connu des évolutions marquantes ces vingt dernières années en termes de traitement des VD (violences domestiques)[1]. Il est une pratique courante de ce comté en matière de poursuites qui illustre l'emprise croissante du droit pénal sur le foyer, à savoir l'utilisation par le procureur de mesures de protection judiciaire qui tendent à mettre un terme aux relations intimes. Le recours à de telles mesures dans le cours normal des poursuites en matière de VD s'assimile à l'imposition par l'État d'un *divorce de facto*. Mon propos sur le « *divorce de facto* » renvoie non seulement au traitement réservé à des couples mariés mais aussi à celui de personnes non mariées vivant ensemble, qui ont parfois élevé des enfants ensemble et ont d'autres raisons de poursuivre leur vie commune – essentiellement un lien personnel.

Protocole en vigueur

Le bureau du ministère public du District de Manhattan (Bureau A.D.) définit les violences domestiques comme étant « toute infraction commise par l'accusé ou l'accusée contre […] un membre de sa famille ou de sa maisonnée », ce qui englobe « les personnes vivant ensemble ou ayant vécu ensemble au sein de la même unité familiale »[2]

* Jeannie Suk est professeure à la Harvard Law School. Ce texte est la traduction du Chapitre 2 de l'ouvrage de Jeannie Suk, *At Home in the Law, How the Domestic Violence Revolution is Transforming Privacy*, Yale University Press, 2009, pp. 35 à 54. Les idées qui y sont développées ont été présentées par l'auteur lors du colloque du 24 juin 2010.

1 Richard R. Peterson, N.Y. City Criminal Justice Agency, THE IMPACT OF MANHATTAN'S SPECIALIZED DOMESTIC VIOLENCE COURT I (2004).

2 2004 Criminal Court Crimes Manual 18 (2004) [ci-après MANUAL] (archivé par l'auteur). Cette définition des VD inclut, au sens large, les « délits familiaux » en tant qu'ils constituent des infractions entre « membres d'une même famille ou d'une même maisonnée, savoir » : les troubles à l'ordre public, le harcèlement, le harcèlement aggravé, les menaces, la mise en danger d'autrui, l'agression, la tentative d'agression, le méfait, le harcèlement avec menaces. N.Y. Crim. Proc. Law § 530 II (I) (McKinney Supp. 2008). « Les membres d'une même famille ou d'une même maisonnée » incluent « (a) les personnes reliées par un lien de sang ou affectif ; (b) les personnes mariées légalement : (c) les personnes ayant été mariées, et (d) les personnes qui ont un enfant commun, qu'elles

Livre Jurisprudence n°2.indb 75 08/08/2011 12:02:40

Après la mise en accusation, les affaires de VD sont traitées par une juridiction spécialisée au sein de l'organisation judiciaire[3]. Une vaste majorité des affaires porte sur des délits ou des infractions mineures[4], y compris le délit d'agression qui donne lieu à « des blessures physiques infligées à une autre personne »[5]. Le crime d'agression implique quant à lui « de graves blessures physiques »[6].

Selon la définition qu'en donne la loi, les délits sont les infractions qui n'impliquent pas de blessures graves. De nombreuses affaires de VD jugées par les juridictions pénales ne portent même sur aucune violence physique[7]. Dans ces cas, la violence infligée est psychologique, financière, ou porte sur la propriété[8]. Dans les affaires n'impliquant pas de violences physiques, les principaux chefs d'accusation sont alors l'atteinte à la propriété, le vol qualifié, le refus d'obéissance aux ordonnances du tribunal (ici la violation d'une ordonnance de protection), et le harcèlement (le délit de harcèlement et non le crime)[9]. Dans la mesure où la plupart des affaires de VD portent sur des faits délictueux, mon propos concerne essentiellement la mise en œuvre du droit applicable aux délits de violences domestiques, c'est-à-dire les cas n'impliquant pas de blessure physique grave.

Le Bureau A.D. considère les VD comme relevant d'une catégorie d'infractions très graves et spécifiques[10]. Les affaires entrant dans cette catégorie déclenchent un « protocole automatique de violences domestiques » non applicable aux autres infractions (mêmes les plus violentes)[11]. Bien que la définition de la « violence » associée aux VD ait été assouplie de manière à inclure des cas n'impliquant ni violence physique ni blessure, le protocole automatique s'applique toutefois à l'ensemble des affaires entrant dans la catégorie, peu importe la gravité des violences ou les blessures particulières à telle ou telle affaire[12].

L'application uniforme d'une procédure automatique dans chaque affaire constitue la réponse judiciaire à l'idée commune selon laquelle les violences domestiques

aient été mariées ou non, qu'elles aient vécu ensemble ou non à un moment ou à un autre. » *Id.*

3 Le tribunal de Manhattan pour les délits de VD a été mis en place en 2000. Peterson, *supra* note 2, p. 2. Les crimes sont jugés par les cours suprêmes. *Id.* p. 12.

4 Par exemple, près de 96 pour cent des affaires de VD à Manhattan en 2001 ont été traitées par le tribunal pénal, dont la compétence ne porte que sur les délits ou des infractions mineures. *Id.*

5 N.Y. Penal Law § 120.00 (McKinney Supp. 2004) (définissant l'agression du troisième degré comme recouvrant le fait d'infliger des blessures physiques de manière intentionnelle, inconséquente, ou par négligence avec utilisation d'une arme mortelle ou d'un instrument dangereux).

6 *Id.* § 120.10 ; N.Y. Penal Law § 120.05 (McKinney Supp. 2008).

7 *Voir* Richard R. Peterson, N.Y. City Criminal Justice Agency, COMPARING THE PROCESSING OF DOMESTIC VIOLENCE CASES TO NON-DOMESTIC VIOLENCE CASES IN NEW YORK CITY CRIMINAL COURTS 28 (2001) (indique que 63 pour cent des affaires de VD à Manhattan dans le premier quart de l'année 2001 portaient sur des agressions et 15 pour cent sur des violations des ordonnances du tribunal) ; voir aussi Chandra Gavin & Nora K. Puffett, CTR. FOR COURT INNOVATION, CRIMINAL DOMESTIC VIOLENCE CASE PROCESSING : A CASE STUDY OF THE FIVE BOROUGHS OF NEW YORK CITY 35 (2005) (relevant le point de vue soutenu par des représentants des avocats que de nombreuses affaires de VD « ne correspondent pas à la définition des violences domestiques qui recouvrent une violence globale impliquant un déséquilibre de pouvoir conséquent, même s'il y a eu agression »).

8 *Voir* Peterson, *supra* note 7, p. 11, 17 (relevant que la définition des violences domestiques recouvre désormais des atteintes à la propriété et le fait d'infliger une douleur psychologique).

9 *Voir* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 35 (relevant le point de vue d'un parquetier sur l'absurdité du fait de considérer comme relevant de la même catégorie de VD « le fait pour un ex petit-ami de téléphoner une seule fois avec menaces à son ex petite-amie » et « le fait pour un époux, marié depuis dix ans et avec des enfants, d'envoyer son épouse à l'hôpital »).

10 Pour des études portant sur les pratiques de traitement des délits de VD dans la ville de New York, voir Richard R. Peterson, N.Y. City Criminal Justice Agency, COMBATING DOMESTIC VIOLENCE IN NEW YORK CITY: A STUDY OF DV CASES IN THE CRIMINAL COURTS (2003) ; Peterson, *supra* note ; et Peterson, *supra* note 1.

11 MANUAL, *supra* note 2, p. 19.

12 *Voir* Colloque, *Women, Children, and Domestic Violence : Current Tensions and Emerging Issues,* 27 FORDHAM URB. L.J. 565, 663 (2000) [ci-après *Women, Children and Domestic Violence*] (commentaires de Carol Stokinger) (« Nous intervenons et procédons à l'arrestation même lorsque [la victime] nous a demandé de ne pas le faire et même lorsqu'il n'y a pas eu de violence physique […] Telles sont les affaires qui entrent dans le champ de notre système de justice pénale. »).

Livre Jurisprudence n°2.indb 76 08/08/2011 12:02:40

précèdent toujours le meurtre. Selon la culture orale des procureurs, le défendeur dans une affaire de VD peut toujours se révéler être un O. J. Simpson[13]. Les procureurs débutants sont prévenus de ce que les affaires délictuelles de VD peuvent leur valoir une image négative de la part des media au cas où ils ne parviendraient pas à prévenir des violences plus graves. Les procureurs prennent donc des décisions sous l'influence de l'opinion publique et se sentent vivement incités à mettre en œuvre tous les moyens dont ils disposent pour protéger les victimes de VD.

Le protocole applicable prévoit les pratiques suivantes. Les officiers de police doivent procéder à l'arrestation s'ils ont de fortes raisons de croire qu'une infraction de VD a été commise, et aussi en cas de simple violation d'une ordonnance de protection[14]. Il arrive ainsi que les officiers procèdent à des arrestations sans chercher à savoir si celles-ci sont voulues par les victimes. Quand les protagonistes ont chacun commis des délits l'un envers l'autre, les policiers arrêtent discrétionnairement celui qui a commis la première agression physique ; lorsque les protagonistes sont un homme et une femme, la police arrête généralement l'homme[15]. Lorsqu'il est procédé à une arrestation, le Bureau A.D. a pour politique de ne pas abandonner les poursuites, ce qui signifie que la décision d'attaquer et de poursuivre ne dépend aucunement de la coopération de la victime. Les procureurs mènent l'accusation même si la victime s'y oppose, et lui rappellent simplement que le choix de poursuivre dépend de l'État[16].

La pratique automatique dans ce domaine suit un corps de règles qui ne s'applique généralement pas aux affaires autres que de VD[17]. L'une de ces règles prévoit que lors de la mise en accusation, les autorités de poursuite doivent demander au juge une ordonnance de protection provisoire qui interdit au défendeur de contacter la victime et de se rendre à son domicile, même s'il s'agit aussi du domicile du défendeur[18]. Ces règles spécifiques, qui ne sont pas applicables aux autres infractions (même les crimes violents), visent à ce que la police et les autorités de poursuite traitent les affaires de VD comme étant des affaires particulièrement graves.

13 *Cf.* Elaine Chiu, *Confronting the Agency in Battered Mothers*, 74 S. CAL. L. REV. 1223, 1223 n.I (2001) (« Une véritable passion s'est emparée de l'opinion publique au cours de l'été 1994 lorsque le procès O.J. Simpson est devenu 'une illustration pédagogique' nationale de la question des violences domestiques. » (citations omises) ; G. Kristian Miccio, *A House Divided: Mandatory Arrest, Domestic Violence, and the Conservatization of the Battered Women's Movement,* 42 HOUS. L. REV. 237, 238 (2005) (relevant qu'après l'affaire O.J. Simpson, « les élus se sont précipités dans les assemblées locales pour proposer des lois de VD, profitant de l'effet 'zéro tolérance' »).

14 *Voir* N.Y. CRIM. PROC. LAW § 140.10 (4) (a)-(b) (McKinney Supp. 2008) (prévoyant qu'« un officier de police doit arrêter une personne, et ne doit pas tenter de réconcilier les partenaires ou de faire l'intermédiaire » dans le cas d'un crime contre des membres d'une famille ou en cas de violation d'une ordonnance de protection) (expire sept. 1, 2009). Pour un délit familial et en l'absence d'ordonnance de protection, l'arrestation est automatique « sauf si la victime s'y oppose », mais « l'officier ne doit ni rechercher si la victime souhaite l'arrestation d'une telle personne ni menacer d'arrestation toute personne qui tenterait de dissuader les appels à la police ». *Id.* § 140.10 (4) (c) (expire sept. 1, 2009). Dans la mesure où il appartient en dernière analyse au procureur de décider de poursuivre l'auteur d'une agression sur le terrain délictuel ou criminel, la délimitation légale établie entre les arrestations pour délit ou crime a des conséquences pratiques sur les arrestations.

15 *Voir id. ;* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 34.

16 *Voir* Peterson, *supra* note 10, p. 4 (« Pratiquement toutes les affaires de VD font l'objet de poursuites, même si la victime ne le souhaite pas. Les charges ne sont pas abandonnées à la demande de la victime sauf dans de rares cas ».).

17 *Voir* MANUAL, *supra* note 2, p. 55 (présentant un « Mandatory Domestic Violence Checklist » (guide officiel des violences domestiques) à destination des avocats généraux assistants de district (A.A.D.'s)).

18 *Voir* MANUAL, *supra* note 2, p. 55. Le prononcé des ordonnances de protection est autorisé par N.Y. CRIM. PROC. LAW § 530.12 (McKinney Supp. 2008), qui prévoit que dans une affaire pénale « reposant sur une plainte pour toute infraction commise entre époux, anciens époux, parent et enfant, ou entre des membres d'une même famille ou maisonnée […] le tribunal […] peut prononcer une ordonnance de protection provisoire en lien avec n'importe quelle ordonnance de sûreté mettant le défendeur en garde à vue ou en tant que condition à toute ordonnance condamnant à une amende avec sursis ou autorisant une libération sous caution ». Une telle ordonnance peut exiger du défendeur « de rester à l'écart du domicile, de l'école, de l'entreprise ou du lieu de travail du membre de la famille ou de la maisonnée ou de tout témoin spécialement protégé ». *Id.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 77 08/08/2011 12:02:40

Il est des raisons plus évidentes encore à ces règles spécifiques. Les procureurs s'attendent généralement à ce que les victimes de VD refusent de coopérer[19]. Dès lors, se préparant à ce que les poursuites se fassent sans victime, ils doivent rechercher d'autres moyens pour construire un dossier en palliant ce défaut de coopération[20]. Par exemple, les procureurs ont pour instruction de contourner la pratique habituelle qui consiste à rédiger des plaintes sans faille ; la plainte doit ainsi être maintenue même si la victime refuse de signer le document confirmant sa déposition[21]. À cette fin, les procureurs sont exercés à rédiger des plaintes en matière de VD qui s'appuient, par exception, sur des preuves indirectes dont la valeur est en principe relative : déclarations de la victime en état de choc au moment des faits, tout élément que le défendeur aurait pu reconnaître, constatations de l'officier quant aux blessures et à l'apparence de la victime et quant à l'état du domicile peu de temps après les faits[22]. Le département de police exige des officiers qu'ils prennent sans attendre des photographies des blessures de la victime et les incite à retourner au domicile de la victime pour prendre des photographies supplémentaires[23]. L'objectif est de construire un dossier suffisamment solide pour le cas où la victime refuserait de coopérer ou ne serait plus disponible[24].

Les ordonnances de protection prises par le juge

En dépit de la forte tendance des poursuites à se faire sans le concours de la victime ou à reposer sur les seules preuves matérielles, la grande majorité des affaires ne donnent pas lieu à procès ou à condamnation, parce qu'il paraît difficile de prouver la commission de l'infraction, au-delà du seul doute sérieux, sans le concours de la victime. Plus de la moitié des affaires de VD sont classées sans suite. Le Bureau A.D. impute cet état de fait à sa politique de poursuites quasi-systématiques, ce qui inclut les affaires dans lesquelles la victime ne coopère pas avec les autorités[25]. La pratique habituelle qui consiste à obtenir le prononcé d'une ordonnance de protection dès le début de la procédure s'inscrit dans la politique de VD mais par une voie qui évite le traditionnel « procès plus sanction ».

Lors de la mise en accusation de toute personne pour VD, la pratique automatique du Bureau A.D. consiste à demander au juge de rendre une ordonnance de protection provisoire (OPP) comme préalable à une libération sous caution ou dans l'attente du procès[26]. L'ordonnance, rendue selon la forme standard du « délit familial », prohibe généralement tout contact avec la victime, ce qui inclut le téléphone, le courriel, le message verbal, ou le contact avec une

19 *Voir* MANUAL, *supra* note 2, p. 19.

20 *Voir id.* (« L'assistant doit toujours rechercher des preuves matérielles suffisantes pour que les poursuites puissent le cas échéant se faire sans le concours de la victime ») ; *voir aussi* Cheryl Hanna, *No Right to Choose : Mandated Victim Participation in Domestic Violence Prosecutions,* 109 HARV. L. REV. 1849, 1899-1905 (1996) (défendant l'idée que dans les affaires de VD, les procureurs devraient moins s'appuyer sur le témoignage de la victime et mettre l'accent sur des preuves matérielles, des enregistrements d'appels téléphoniques à la police, des certificats médicaux, et des attestations extra-judiciaires).

21 *Voir* MANUAL, *supra* note 2, p. 19-20.

22 *Voir* MANUAL, *supra* note 2, p. 20, 26, 55. Après *Crawford contre Washington,* 541 U.S. 36 (2004), étant entendu cependant que les déclarations des victimes au moment des faits qui constituent des « témoignages » ne peuvent pas être utilisées en justice, contrairement aux déclarations informelles faites le cas échéant faites au moment des faits dans le but de prévenir une situation dangereuse. *Voir* Davis contre Washington, 547 U.S. 813 (2006). *Voir aussi* Thomas Lininger, *Prosecuting Batterers after* Crawford, 91 VA. L. REV. 747 (2005).

23 *Voir id.* p. 23.

24 *Cf.* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 16 (« Dans les cas où les preuves sont insuffisantes, le A.D.A. peut tout à fait décider de poursuivre en considérant le plaignant comme témoin à décharge »).

25 Leslie Eaton, *Violence in the Home is Issue in Race for Prosecutor,* N.Y. TILES, Aug. 21, 2005, N29 ; *voir aussi* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 21 (faisant observer qu'en 2002, 47.8 pour cent des affaires de VD ont été classées sans suite, 33.5 pour cent aboutissent à un plaider coupable et à une condamnation, un tout petit plus de 1 pour cent a donné lieu à un procès ; et 13.3 pour cent ont fait l'objet d'un report en vue d'un abandon des charges).

26 *Voir* MANUAL, *supra* note 2, p. 55 (intégrant au « Mandatory Domestic Violence Checklist » (guide officiel des violences domestiques) l'instruction selon laquelle une ordonnance de protection « doit être rédigée de façon adaptée à chaque affaire »).

Livre Jurisprudence n°2.indb 78 08/08/2011 12:02:41

tierce personne[27]. Le contact avec les enfants est lui aussi prohibé[28]. L'ordonnance éloigne le défendeur du domicile de la victime, même s'il s'agit de son foyer. Elle l'éloigne aussi de l'école, de l'entreprise ou de tout autre lieu de travail de la victime. La question de savoir si la victime souhaite le prononcé d'une telle ordonnance ne fait pas partie du protocole[29]. Le procureur demande habituellement le prononcé d'une ordonnance d'éloignement maximal et ce même si la victime n'en veut pas[30].

Le juge a pour habitude de prononcer des ordonnances de protection dès la mise en accusation, c'est-à-dire lors de la première présentation du défendeur devant un juge[31]. La nature brève, standardisée et réduite de l'acte d'accusation qui est lu devant le juge, dont le souci principal est de s'assurer que tous les prévenus en obtiennent la lecture dans un délai de vingt-quatre heures suivant l'arrestation, implique que les tribunaux rendent souvent des ordonnances en prenant peu en considération les faits particuliers à chaque affaire. Les avocats ne s'opposent généralement pas à l'ordonnance et ne demandent pas à être entendus sur ce sujet, parce que leur priorité est de sortir leur client de prison, où celui-ci est incarcéré depuis son arrestation[32]. Les ordonnances de violences domestiques sont systématiquement demandées et systématiquement obtenues[33].

Quand l'ordonnance de protection devient exécutoire, le défendeur ne peut ni aller à son domicile ni avoir le moindre contact avec la victime (généralement son épouse) et ses enfants. Si le défendeur se rend malgré tout chez lui ou entre en contact avec les personnes protégées, il s'expose à une arrestation, à des poursuites, et à une condamnation pour violation de l'ordonnance et cela, même si la victime est à l'origine de la reprise de contact ou l'a invité à son domicile[34]. Les officiers de police font alors des visites sur-

27 *Voir id.*, p. 32 (« L'assistant doit préciser qu'il ne doit y avoir aucun contact avec la victime par téléphone, courriel ou via une tierce personne […] Ceci est censé s'appliquer que le défendeur soit en prison ou non »).

28 *Voir id.* (« Les enfants et les autres personnes de la maisonnée qui sont exposées à des risques [] doivent être incluses dans l'OPP »).

29 *Voir id.*, p. 21 (« donnant instruction aux A.D.A. de simplement prévenir la victime qu'« une ordonnance de protection sera demandée lors de la mise en accusation »).

30 Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 10 (« Le ADA requiert généralement une ordonnance de protection maximale, que le plaignant le veuille ou non »).

31 *Voir id.* (« Lors de chaque affaire de violences domestiques, une ordonnance de protection est prononcée au moment de la mise en accusation ; l'ordonnance est renouvelée à chaque étape du jugement, et une ordonnance définitive est généralement prise au terme du procès ou lors de la condamnation ») ; *id.* p. 4 (« Les ordonnances pénales sont imposées à la demande du procureur, souvent à l'encontre de la volonté du plaignant ») ; *id.* p. 24 (« Les tribunaux sont très cohérents dans leurs politiques et leurs pratiques en matière d'ordonnances de protection ; elles prennent toutes des ordonnances maximales dans chaque affaire, ne prononçant que quelques ordonnances restreintes, et dans ce cas souvent au moment ou après le jugement ») ; Richard R. Peterson, N.Y. CITY CRIMINAL JUSTICE AGENCY, THE IMPACT OF CASE PROCESSING ON RE-ARRESTS AMONG DOMESTIC VIOLENCE OFFENDERS IN NEW YORK CITY 21 (2003) (« Pratiquement tous les défendeurs accusés de VD de la ville de New York font l'objet d'une ordonnance de protection, et leur violation entraîne une nouvelle arrestation »). *Voir aussi* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 36 (relevant la croyance répandue chez certains avocats selon laquelle le prononcé des ordonnances de protection lors de la mise en accusation indique que « la présomption de culpabilité était acquise dès l'arrestation ») ; *id.* (« Des critiques se sont élevées considérant que l'assouplissement des règles de preuve qui facilite l'adoption d'une ordonnance de protection est aussi le signe d'une tendance favorable au plaignant. En prononçant une ordonnance de protection maximale lors de la mise en accusation, le juge expulse le défendeur de son domicile alors qu'il n'y a eu aucune condamnation ni même de procès »). En 2005, 6660 ordonnances de protection en matière de VD temporaires ont été prises par les juridictions répressives de Manhattan, dont 5469 étaient des ordonnances maximales interdisant tout contact. Courriel de Karen Kane, N.Y. State Office of Court admin., à l'auteur (Sept. 15, 2006, 16 : 29 : 56 EST) (archivé par l'auteur).

32 *Voir* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 36 (relevant le point de vue des avocats pour qui des débats contradictoires sont « impossibles à obtenir » et que les avocats ont tendance à vouloir « protéger la liberté immédiate de leurs clients » plutôt que de chercher à obtenir une audience portant sur l'ordonnance de protection).

33 Le texte qui permet le prononcé d'ordonnances de protection et leur mise en œuvre alors même que les charges pour délits non-familiaux sont encore pendantes prévoit que le tribunal doit motiver son choix par « une bonne cause ». N.Y. CRIM. PROC. LAW § 530.13 (McKinney Supp. 2008). Cependant, pour les infractions familiales le texte ne requiert pas de « bonne cause ». *Id.* § 530.12.

34 *Voir* MANUAL, *supra* note 2, p. 32 (« Si le défendeur prend alors contact avec la victime, l'Assistant aura la possibilité de poursuivre

Livre Jurisprudence n°2.indb 79 08/08/2011 12:02:41

prises et régulières aux foyers ayant un passif en matière de VD[35]. Si une personne soumise à une ordonnance de protection est appréhendée, elle est alors arrêtée.

En conséquence, même lorsqu'une affaire de VD semble devoir être classée sans suite en raison de l'absence de coopération de la victime ou d'un manque de preuves, le fait de repousser le classement de l'affaire le plus longtemps possible permet au procureur et au tribunal de contrôler le défendeur pendant des mois avant un éventuel classement[36]. L'ordonnance de protection demeure active tant que le dossier reste ouvert[37]. Une violation de l'ordonnance peut mener à une arrestation et à une peine sur la base d'une infraction facile à prouver. Mais outre qu'elle fait peser le risque d'un prononcé de peine en cas de présence au domicile, l'ordonnance témoigne de ce que les poursuites judiciaires ont un objectif qui dépasse le simple prononcé de la peine au profit d'un contrôle de la relation intime au sein du foyer[38].

La conformité à la Constitution de la pratique des ordonnances de protection a fait l'objet d'un contentieux à l'initiative d'un défendeur accusé de VD. Celui-ci considérait que l'ordonnance provisoire l'éloignant de son domicile après la mise en accusation avait pour conséquence de le priver de son droit de propriété et des intérêts qui en découlent sans la garantie d'une procédure régulière[39]. La décision rejetant sa requête, *People contre Forman*, reflète bien la pratique habituelle consistant à exclure les défendeurs de leur domicile. Elle illustre la manière par laquelle la pénalisation de la présence au domicile s'inscrit dans une tendance à justifier le contrôle du foyer par le droit pénal.

Après avoir frappé son épouse d'un coup-de-poing, le défendeur dans l'affaire *Forman* a été arrêté et poursuivi pour agression et harcèlement[40]. Lors de la mise en accusation, le procureur a obtenu du succès au tribunal le prononcé d'une ordonnance de protection en contrepartie d'une libération dans l'attente du procès et ce, en l'absence de débat, de témoignage, ou d'opposition de la part du défendeur[41]. L'ordonnance, prononcée dans sa forme classique, exigeait du défendeur qu'il reste à l'écart de son domicile et lui « interdisait toute action et toute abstention qui rendrait le foyer inhospitalier à » son épouse[42]. Quand la police a cherché à

le défendeur pour refus d'obéissance aux ordonnances du tribunal, infraction de premier ou de seconds degrés »); *Id.* p. 38-39 (donnant instruction au A.D.A de rédiger une plainte pour refus d'obéissance aux ordonnances du tribunal lorsque le défendeur a été arrêté pour violation de l'ordonnance de protection et de « demander un montant plus élevé pour une mise en liberté sous caution que ce qui aurait normalement été fixé dans une affaire classique de violences domestiques »). La violation de l'ordonnance constitue un délit de refus d'obéissance aux ordonnances du tribunal, *voir* N.Y. PENAL LAW § 215.50 (McKinney 1999), ou un crime de refus d'obéissance aux ordonnances du tribunal si le défendeur avait préalablement été condamné pour refus d'obéissance aux ordonnances du tribunal dans les cinq années précédentes, *voir* N.Y. PENAL LAW § 215.51 (c) (McKinney Supp. 2008). En outre, pendant la durée d'application de l'ordonnance, certaines infractions à l'encontre de la victime qui auraient normalement été qualifiées de délits pourraient être qualifiées de crimes. *Voir id.* § 215.51 (b). Environ 15 pour cent des affaires de VD portent sur un refus d'obéissance à des ordonnances du tribunal. *Voir* Peterson, *supra* note 1, p. 28.

35 L'unité de violences domestiques du département de la police de New York a effectué 76 602 visites surprise au domicile en 2007, soit une augmentation de 98 pour cent depuis 2002. Ville de New York, Domestic Violence FactSheet Calendar Year 2007, http://www.nyc.gov/html/ocdv/downloads/pdf/FactSheet2007_Update.pdf (consulté pour la dernière fois le 11 janvier 2009). *Voir aussi* Alison Gendar, *Domestic Murderers Drop Again; Credit Law's Helping Hand and Visits to Troubled Homes*, N.Y. DAILY NEWS, 10 janvier 2005, p. 26 (« Une bruyante dispute familiale pourrait être suffisante pour noter une adresse et effectuer une nouvelle visite impromptue »). La police « n'attend pas la commission d'une infraction. Il s'agit d'une visite préventive ». *Id.* (citant le chef adjoint Kathy Ryan, directrice de l'unité de violences domestiques du NYPD).

36 *Voir* Peterson, *supra* note 10, p. 4.

37 *Voir* Eaton, *supra* note 25 (relatant le point de vue du Bureau A.D. pour lequel le fait que les poursuites aboutissent souvent à un classement sans suite facilite le prononcé d'ordonnances de protection).

38 *Voir* Peterson, *supra* note 10, p. 10 (relatant les opinions personnelles de plusieurs procureurs et membres des juridictions répressives qui estiment que l'objectif des poursuites dans les affaires de VD de faible importance est « de contrôler le comportement du défendeur pendant une certaine période »).

39 *Voir* People contre Forman, 546 N.Y.S. 2d 755 (Crim. Ct. 1989).

40 *Id.* p. 758.

41 *Id.* L'ordonnance avait été prononcée sur le fondement de N.Y. CRIM. PROC. LAW § 530.12 (McKinney Supp. 2008).

42 *Forman*, 546 N.Y.S. 2d p. 758.

Livre Jurisprudence n°2.indb 80 08/08/2011 12:02:41

l'arrêter à nouveau pour violation de l'ordonnance, le défendeur a contesté la constitutionnalité de cette dernière, estimant que les dispositions du Quatorzième amendement garantissant les droits de la défense interdisaient qu'un défendeur puisse être exclu de son domicile sans avoir été préalablement entendu par un juge[43].

Le contenu de l'ordonnance prononcée dans cette affaire était parfaitement habituel, tout comme le fait qu'elle ait été prononcée par une juridiction répressive dans le cadre d'une affaire de VD. Le tribunal fit observer que « chaque année des milliers d'ordonnances de protection provisoires d'une durée de vie relativement courte, restreignant la liberté et le droit de propriété de l'accusé, sont prononcées et continueront de l'être par les juridictions répressives de la Ville de New-York, » et qu'« à des fins pratiques, une nouvelle OPP est délivrée à chaque demande de report au cours de la procédure pénale »[44].

Dans cette affaire, le juge a admis que l'ordonnance de protection portait atteinte à « l'usage et à la jouissance par le défendeur du droit de propriété qu'il possède en commun avec sa femme sur son domicile »[45]. Il a aussi porté une attention particulière à cet intérêt privé lié au domicile : « au-delà de sa valeur en tant que propriété, l'intérêt particulier d'une personne à l'égard de son domicile en tant qu'il constitue un havre de sécurité et d'intimité a régulièrement été reconnu sur la base du quatrième et du quatorzième amendement. Le fait d'être soudainement privé de son domicile, même temporairement, constitue une expérience traumatisante »[46].

Cependant, contre cet intérêt privé essentiel se dressait dans l'esprit du juge celui de l'État qui consiste à lutter contre les VD – lesquelles ont progressivement été « considérées comme un fléau social de tout premier ordre » - au moyen de poursuites judiciaires[47]. Cet intérêt général, qui serait d'ailleurs sérieusement compromis si les victimes avaient trop peur des menaces de VD lors de la procédure pénale, est « étroitement lié à celui des tribunaux qui, en tant qu'instruments de l'État, entendent préserver l'intégrité des procédures judiciaires. Les risques de violence et d'intimidation paraissent d'ailleurs évidents quand l'auteur des violences continue de vivre sous le même toit que la victime »[48]. Sa présence au domicile étant susceptible d'empêcher la coopération de la victime, l'éloignement de l'auteur des violences apparaissait indispensable dès le début des poursuites[49]. Cet éloignement rapide devint alors une priorité pour l'État – lors de la mise en accusation comme condition à une libération sous caution ou à une amende avec sursis[50]. Et comme « l'enclenchement rapide d'une procédure judiciaire dès l'arrestation pèse plus qu'une diminution du risque d'erreurs au terme d'une procédure contradictoire »[51], le tribunal en a déduit qu'une audience avant le prononcé de l'ordonnance ne constitue pas une exigence constitutionnelle, en dépit de la nécessité de protéger les droits du défendeur sur son domicile.

Dans cette même affaire, le juge est allé jusqu'à considérer que le défendeur avait le droit d'être entendu comme dans un procès classique *après* le prononcé de l'ordonnance, afin de contester celle-ci[52]. Lors de l'audience, le défendeur devrait alors montrer que « ses droits personnels ou son droit de propriété étaient directement et spécialement atteints » par l'ordonnance. Le tribunal devrait alors déterminer « s'il existe un 'risque d'intimidation ou d'atteinte physique' » à l'encontre de la victime[53]. Dans la pratique, de telles auditions sont rarement ordonnées, et les assistants du procureur

43 *Id.* p. 763.
44 *Id.* p. 761.
45 *Id.* p. 764.
46 *Id.* (citations omises) (citations issues de Payton contre New York, 445 U.S. 573, 588-90, 601 (1980) ; Stanley contre Georgia, 394 U.S. 577, 566 (1969) ; et Griswold contre Connecticut, 381 U.S. 479, 486 (1965)).
47 *Id.*
48 *Id.*
49 *Id.* p. 764-65.
50 *Id.* p. 765.
51 *Id.* (citations de Gerstein contre Pugh, 420 U.S. 103, 119-23 (1975) ; et Williams contre Ward, 845 F. 2d 374 (2d Cir. 1988)).
52 *Id.* p. 766.
53 *Id.* p. 760 (guillemets omis), 762 (citant État *ex rel.* Klein contre Krueger, 25 N.Y. 2d 497, 499 (1969)).

Livre Jurisprudence n°2.indb 81 08/08/2011 12:02:41

(AP) ont pour instruction de s'y opposer « dans la mesure où elles incommodent les victimes et les exposent à un examen contradictoire très tôt dans le procès »[54].

Selon le raisonnement du juge, le contrôle exercé sur le foyer ne fait que prolonger l'exigence traditionnelle de contrôle judiciaire du délinquant présumé après son arrestation. La pratique habituelle de la juridiction répressive consiste alors d'éloigner le défendeur accusé de VD de son foyer pour prévenir la commission de nouvelles infractions. Le foyer devient un lieu surveillé par le juge, celui étant censé garantir que le défendeur ne s'y trouve pas. La surveillance du domicile conjugal devient à ce point d'intérêt général qu'elle prime sur les droits du défendeur à l'égard de son foyer – en fait, sur son droit de jouir de son domicile.

Le risque évident d'intimidation justifie que l'on fasse primer l'intérêt général, ainsi défini, dès la mise en accusation. Une compréhension globale de la problématique des VD et de la politique publique de lutte contre les VD remplace alors l'examen au cas par cas du risque engendré par tel ou tel défendeur. Ainsi que nous l'avons vu précédemment, la présence d'un délinquant présumé au sein du foyer est considérée comme une source potentielle de VD. Cependant, si chaque auteur de VD était considéré individuellement en considération des menaces et des violences potentielles qu'il fait courir pour les victimes, il y aurait sans doute de bonnes raisons d'exiger une véritable audience avant de priver un défendeur de son foyer. Mais la présence de l'accusé ajoutée à la VD constitue une équation qui fait inévitablement présumer un risque généralisé d'intimidation.

Cette logique fait déduire de la présence d'un défendeur à son foyer une entrave à la procédure judiciaire en cours. De la même manière que l'éloignement d'un auteur de violences de son domicile est nécessaire pour prévenir les VD, son éloignement devient, au terme de cette même logique, indispensable dans le cadre des poursuites judiciaires engagées en matière de VD ; la présence au domicile constitue alors tout simplement une entrave à la justice. L'autorité traditionnelle du juge dans le cadre du procès pénal coïncide avec le contrôle exercé sur le foyer.

Ce que l'on observe ici est la convergence de l'intérêt général qui consiste à engager des poursuites en matière de VD et de l'intérêt du droit pénal qui consiste à contrôle le foyer. C'est comme si par l'effet de l'ordonnance de protection le foyer devenait une extension du Palais de Justice.

Le divorce *de facto* : les relations illégales

Le sens commun veut que le prononcé d'ordonnances de protection préserve le bon déroulement des poursuites judiciaires en mettant la victime à l'abri des violences et des intimidations. Mais la pratique qui consiste à séparer les couples dans les affaires de VD par le biais d'ordonnances de protection va bien au-delà des exigences du procès pénal. L'idée que la présence d'un défendeur à son foyer engendre une violence, voire constitue en elle-même une violence, conduit les procureurs à considérer la séparation comme une alternative efficace au procès pénal classique et à la peine. La séparation ordonnée par le juge devient un objectif pour les procureurs lorsqu'ils engagent des poursuites – c'est-à-dire un substitut à la peine plutôt qu'un moyen pour augmenter les chances de son prononcé. La peine, en tant qu'objectif, passe au second plan parce que la séparation constitue un moyen plus direct et plus facile pour faire cesser ou pour prévenir les violences. La pratique qui en résulte aboutit à ce que j'appelle un *divorce de facto* imposé par l'État, un phénomène devenu si habituel qu'il se fond dans le paysage judiciaire.

L'ordonnance de protection prise au terme de la procédure - l'ordonnance de protection complète et définitive - transforme l'ordonnance provisoire en ordonnance définitive. La condamnation pour une infraction de VD permet au juge de prendre une ordonnance définitive et de préciser sa durée d'application[55]. De la même manière que

54 MANUAL, *supra* note 2, p. 38.

55 Pour un crime, la durée est de huit ans maximum. Pour un délit de classe A, la durée est de cinq ans maximum. Et pour les autres infractions enfin, la durée est de 2 ans maximum. *Voir* N.Y. CRIM. PROC.

Livre Jurisprudence n°2.indb 82 08/08/2011 12:02:41

l'ordonnance provisoire, l'ordonnance complète et définitive éloigne le prévenu de son domicile et lui interdit tout contact avec la victime. Et comme dans le cas de l'ordonnance provisoire, la conséquence d'un non-respect de cette ordonnance est l'arrestation et une poursuite pour violation d'une ordonnance du tribunal[56].

Naturellement les procureurs préfèrent que les prévenus soient jugés, condamnés, et punis. Mais la réticence des victimes à coopérer constitue une difficulté inhérente aux procès de VD qui conduit les procureurs à négocier des transactions prévoyant des alternatives à la prison. Même si le défendeur n'est pas condamné à une peine de prison dans le cadre de la transaction, la violation de l'ordonnance de protection – qui est facile à démontrer – peut, quant à elle, donner lieu à une condamnation[57].

D'application immédiate dès la mise en accusation, quoique de manière provisoire, l'ordonnance de protection déclenche le processus suivant : Le procureur propose au défendeur une transaction qui consiste en une courte peine de prison, à une peine de prison avec sursis ou à aucune peine de prison et en un changement de qualification de crime à délit, voire même de délit à contravention[58]. Une autre possibilité est le report en vue d'un classement sans suite, ce qui ne requiert pas du défendeur qu'il reconnaisse sa culpabilité et « qui emporte la nullité de l'affaire » au terme d'une année s'il remplit les conditions fixées par le procureur[59]. Ce report intervient en échange de l'acceptation par le défendeur d'une ordonnance de protection définitive l'éloignant de son domicile et lui interdisant tout contact avec la victime. Cette proposition présente l'avantage de vider immédiatement le contentieux uniquement avec une courte peine de prison voire sans peine aucune, et dans certaines affaires, sans condamnation pénale ni inscription au casier judiciaire. Cette proposition est plutôt séduisante pour un défendeur en détention provisoire dans l'attente de son procès ; s'il accepte, il est libéré[60].

En fonction des termes de la transaction, si le défendeur plaide coupable ou dans la perspective d'un report du procès en vue du classement de l'affaire, le juge prononce une ordonnance de protection définitive comme partie de la peine[61]. Étant donné les obstacles évidents à l'obtention

LAW § 530.12(5) (McKinney Supp. 2008) (en vigueur jusqu'au 1er sept. 2009). L'A.D. de Manhattan a annoncé un projet de loi devant permettre aux juges de prolonger les ordonnances définitives jusqu'à dix ans avec renouvellement possible si jugé nécessaire, *voir* Press Release, Robert M. Morgenthau, Manhattan Dist. Attorney (10 mars 2005) (« Les violences domestiques sont un domaine dans lequel l'arsenal juridique peut et doit faire plus »), et il y a eu un projet de loi en ce sens, Assem. 4710, 230e Leg., Reg. Sess (N.Y. 2007).

56 *Voir* N.Y. PENAL LAW §§ 215.50-51 (McKinney 1999 & Supp. 2008) ; *id.* §§ 70.00.2 (e), 70.15.1 (McKinney 2004 & Supp. 2008) (faisant observer que le délit est punissable d'un maximum d'un an de prison, et que le crime de refus d'obéissance aux ordonnances du tribunal en cas de récidive est punissable d'un maximum de quatre ans).

57 *Voir* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 26 (« Tous les avocats généraux assistants de District retournent devant le juge s'ils apprennent une violation de l'ordonnance de protection ») ; *id.* p. 30 (relevant le point de vue des procureurs selon lequel « en cas de non-coopération de la part du plaignant, il est plus facile d'obtenir une condamnation pour refus d'obéissance à une ordonnance du tribunal que pour agression ou harcèlement » parce que « le témoignage de la police ou de témoins quant à la présence du défendeur au domicile du plaignant à un moment où il était sous le coup d'une ordonnance d'éloignement est suffisant pour une condamnation »).

58 Une simple contravention n'est pas comparable et emporte au maximum une condamnation à quinze jours de prison. N.Y. PENAL LAW §§ 10.00.03, 10.00.06 (McKinney Supp. 2008). La transaction judiciaire la plus commune en matière contraventionnelle porte sur des troubles à l'ordre public, N.Y. PENAL LAW § 240.20 (McKinney 2000), et le harcèlement de second degré, *id.* § 240.26. MANUAL, *supra* note 2, p. 49.

59 *Voir* N.Y. CRIM. PROC. LAW § 170.55 (McKinney 2007). Si le défendeur ne respecte pas les termes de la transaction, « l'Assistant a la lourde tâche de réintroduire l'affaire dans l'agenda judiciaire, et de plaider l'affaire alors que plusieurs mois ont passé ; en tant que tel, l'ajournement dans l'attente d'un classement est à peu près ou « à peine mieux qu'un classement sans suite immédiat ». MANUAL, *supra* note 2, p. 50.

60 *Voir* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 36 (« Les avocats […] rapportent que les personnes suspectées de violences domestiques sont facilement placées en détention lors de la mise en accusation. Cela entrave le pouvoir de négociation des avocats, parce que leurs clients sont 'prêts à tout accepter' pour faire libérer leur client »).

61 *Voir id.* p. 10 (« Une ordonnance définitive est généralement prise au terme du procès ou lors de la condamnation ») ; U.S. ATTORNEY'S OFFICE, W. DIST. OF N.Y., OBTAINING AND ENFORCING

Livre Jurisprudence n°2.indb 83 08/08/2011 12:02:41

d'une condamnation judiciaire pour VD, en particulier lorsque les victimes refusent de coopérer, de nombreux prévenus refusent les transactions, misant sur la probabilité d'un acquittement ou d'un classement sans suite. Mais beaucoup les acceptent[62].

Comme les écrits portant sur la négociation judiciaire tendent à le montrer de plus en plus, les transactions ne sont pas conclues uniquement en raison de l'importance des preuves ou des résultats probables des procès[63]. Parmi les raisons qui poussent les défendeurs à accepter les transactions figurent la volonté de mettre un terme rapide à l'affaire avec une courte peine privative de liberté, voire aucune, ainsi que l'important volume d'affaires à gérer par les avocats, qui se présentent à chaque fois de la même manière devant le juge[64]. Et parce que les procureurs peuvent brandir la menace de poursuites judiciaires sans même l'aide des victimes - ainsi conduire des procès sans leur témoignage, les défendeurs peuvent ne pas vouloir attendre le temps nécessaire à la tenue d'un procès[65]. S'il ne fait pas de détention préventive, le défendeur pourrait craindre de perdre son emploi dans le cas où il serait amené à comparaître à plusieurs reprises devant le juge. Une transaction qui met fin à l'affaire, qui supprime l'éventualité de la prison, réduit souvent les chefs d'accusation au rang de simple contravention, et qui ne laisse aucune trace dans le casier judiciaire ressemble tellement à un classement sans suite que les défendeurs sont tentés de l'accepter. L'idée que « l'ombre du droit puisse disparaître complètement »[66] a une résonance particulière en matière de délits de VD, pour lesquels l'ordonnance de protection définitive est si habituelle qu'il est possible de la considérer comme la décision standard préférée des procureurs[67].

L'ordonnance de protection maximale et définitive interdit tout contact entre les partenaires, et une violation de l'ordonnance s'analyse en la commission d'une infrac-

Valid ORDERS OF PROTECTION IN NEW YORK STATE 20 (« Les juges peuvent prendre une ordonnance de protection permanente. […] L'ordonnance peut être prononcée comme condition à une libération avant procès, à une libération sous condition, à un report en vue d'un classement, à un abandon conditionnel des charges, un ajournement, ou à une partie de la décision du tribunal »). Les défendeurs condamnés à une peine de prison font aussi généralement l'objet d'une ordonnance interdisant tout contact ; ils peuvent être à nouveau arrêtés et poursuivis de nouveau pour le fait d'avoir téléphoné ou écrit à la victime pendant qu'ils sont en prison ». *Voir* Peterson, *supra* note 31, p. 21. En 2005, 945 ordonnances de protection définitives ont été prises par la juridiction répressive à Manhattan, 588 d'entre elles étaient des ordonnances interdisant tout contact. Courriel de Karen Kane, N.Y. State Office of Court Admin., envoyé à l'auteur (15 sept. 2006, 16 :29 :56 EST) (archivé par l'auteur).

62 Près d'un tiers des personnes condamnées pour un délit de VD ont plaidé coupable, et environ 15 autres pour cent acceptent le report dans l'attente d'un classement. *Voir* les sources citées *supra* note 25. Seulement près d'un tiers des auteurs d'infraction de VD sont condamnés à de la prison ; la plupart obtiennent une libération conditionnelle, ce qui peut impliquer l'obligation d'intervenir dans un programme éducatif en tant qu'auteur de violences domestiques. *Voir* Gavin & Puffett, *supra* note 7, p. 15 ; Peterson, *supra* note 1, p. 23-24.

63 *Voir* Stephanos Bibas, *Plea Bargaining outside the Shadow of Trial,* HARV. L. REV. 2463 (2004) (défendant l'idée que le modèle de transaction judiciaire « dans l'ombre du procès » est simplifié à l'extrême) ; William J. Stuntz, *Plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow,* 117 HARV. L. REV. 2548, 2550 (2004) (défendant l'idée que pour de nombreuses infractions, « la transaction judiciaire intervient sous l'influence des choix des procureurs, des préférences des électeurs, des contraintes budgétaires et d'autres considérations encore – qui ne sont pas des considérations juridiques »).

64 *Voir* Bibas, *supra* note 63, p. 2479 (remarquant que la quantité d'affaires pour lesquelles le défendeur est accablé par l'opinion publique font des transactions judiciaires la norme et des procès « une éventualité moins plausible dans le cadre de la négociation »).

65 Après *Davis contre Washington*, 547 U.S. 813 (2006), les procureurs risquent de mettre plus l'accent sur les preuves matérielles et les observations des officiers, et moins sur les déclarations des victimes dans le but de menacer le défendeur de poursuites sans le concours de la victime. Une réduction de la quantité de dépositions faites par les victimes susceptibles d'être utilisées devant le tribunal peut avoir pour effet d'accroître le penchant des procureurs pour le prononcé d'ordonnances de protection, dont la violation est plus facile à prouver sans le témoignage des victimes, par comparaison des VD classiques.

66 Stuntz, *supra* note 63, p. 2549.

67 *Cf.* Gerard E. Lynch, *Screening versus Plea Bargaining : Exactly What Are We Trading Off ?*, 55 STAN. L. REV. 1399, 1401 (2003) (« Dans un système dans lequel quatre-vingt-dix pour cent ou plus des affaires se terminent par une solution négociée, on ne voit pas pourquoi la sanction « au rabais » qui est imposée dans quatre-vingt-dix pour cent des affaires ne serait pas considérée comme étant la norme »).

Livre Jurisprudence n°2.indb 84 08/08/2011 12:02:41

tion entièrement nouvelle. Il est illégal pour une personne faisant l'objet d'une ordonnance de voir son conjoint ou de lui parler, ou de se rendre au foyer dans lequel ils résidaient ensemble. Même un simple appel téléphonique, un courrier, ou un courriel font courir le risque d'une arrestation et de poursuites judiciaires. Peu importe que les partenaires soient formellement mariés, il est répréhensible pour eux de poursuivre, de manière substantielle, leur relation conjugale, familiale, ou intime. Avec de telles interdictions, l'État – le procureur et la juridiction répressive – cherche effectivement à imposer un *divorce de facto*.

Cependant, un *divorce de facto* n'est pas un *divorce de jure*[68]. L'ordonnance n'a pas pour effet de mettre un terme formel au mariage. Et de nombreux couples faisant l'objet de ces ordonnances ne sont pas mariés. Les conjoints peuvent parfaitement rester juridiquement unis tout en respectant l'ensemble des interdits prévus par l'ordonnance, mais ils ne peuvent plus vivre ensemble ou agir comme un couple marié[69]. Ils ne peuvent pas même vivre à la manière d'un couple engagé dans une relation intime.

Plus encore, la séparation imposée n'entraîne pas l'application du régime propre au droit du divorce en terme de partage des biens, de pension alimentaire, de garde et de soutien des enfants, au sujet desquels l'ordonnance ne dit rien[70]. Ainsi, bien que l'ordonnance aboutisse en pratique à un *divorce de facto*, les règles du droit de la famille ne trouvent pas à s'appliquer[71]. En dehors du fait que la juridiction répressive n'ait pas compétence pour prononcer de nouvelles ordonnances portant sur la garde des enfants, le

68 Il n'y a pas dans notre système juridique d'équivalent au concubinage dans le domaine du divorce. Les couples qui veulent mettre un terme à leur mariage ne peuvent pas divorcer en se contentant de vivre comme un couple divorcé ; ils doivent faire des démarches juridiques en vue d'un véritable divorce. *Voir* Mary Ann Glendon, THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW 148, nº 2 (1989) ; Theodore F. Haas, *The Rationality and Enforceability of Contractual Restrictions on Divorce,* 66 N.C.L. REV. 879, 881 nº 13 (1988).

69 *Cf.* Ariela R. Dubler, *Wifely Behavior : A Legal History of Acting Married,* 100 COLUM. L. REV 957 (2000) (à propos du déclin du concubinage et du changement de cap dans la signification des relations de couple).

70 *Cf.* Reva B. Siegel, *« The Rule of love » : Wife Beating as Prerogative and Privacy,* 105 YALE L. J. 2117, 2132 (1996) faisant observer qu'en 1879 le législateur du Massachussetts avait rejeté un projet de loi autorisant les femmes dont les maris avaient été condamnés pour agression avec circonstances aggravantes à demander au juge des ordonnances interdisant les visites non désirées et octroyant aux femmes la garde et le soutien, pour la raison que cela « reviendrait à donner à la police et aux tribunaux de district le pouvoir de prononcer des divorces » (citations du paragraphe omises)

71 En indiquant que « légalement, la juridiction répressive n'est pas la mieux placée pour trancher les litiges portant sur les droits de garde et de visite », the MANUAL, *supra* note 2, p. 31, exige des A.D.A qu'ils interdisent aux défendeurs accusés de VD de contacter leurs enfants « sauf sur autorisation d'une ordonnance du juge aux affaires familiales. Cependant, dans les affaires pour lesquelles il y a un risque que le défendeur fasse du mal, intimide, ou exerce une mauvaise influence sur les enfants, il est loisible au juge d'interdire tout contact ». *Id.* p. 31-32. Ainsi, la règle est l'absence de contact avec les enfants sauf si le juge aux affaires familiales modifie l'ordonnance spécifique du juge pénal (ce qui se produit dans l'hypothèse improbable où le A.D.A. estime qu'il n'y aura pas d'effet négatif sur les enfants).

En principe, la victime d'un « délit familial » peut se tourner vers le juge aux affaires familiales en plus de, ou à la place de la juridiction répressive, *voir* N.Y. CRIM. PROC. LAW § 530.11 (2) (i) (McKinney Supp 2008), mais en pratique la police amène les personnes arrêtées dans le Bureau A.D., et les affaires sont traitées par défaut devant la juridiction répressive. Le Bureau A.D. donne lecture aux victimes de leurs droits, *voir id.* § 530.11 (6), avec un ensemble de documents, *voir* MANUAL, *supra* note 2, p. 46.

Les juridictions de violences domestiques intégrées (VDI), qui joignent l'ensemble des affaires portant sur une même famille, ce qui inclut les VD, les litiges matrimoniaux, les questions de divorce, de garde et de visite, ont été mis en place dans le Queens et dans le Bronx. Il est prévu d'établir des tribunaux VDI à Manhattan et partout dans l'État de New York. *Voir* Peterson, *supra* note 1, p. 2 ; *voir aussi* Ctr. For Court Innovation, Integrated Domestic Violence Courts, http://www.courtinnovation.org/index.cfm?fuseaction=PageViewPage&PageID=604&currentTopTier2=true (consulté pour la dernière fois le 11 jan. 2009). Comme les juges des VDI doivent traiter en même temps des affaires pénales et familiales, le tribunal de VDI a la possibilité d'améliorer la situation en considération du traitement *de facto* ou *sub silentio* des questions de droit de la famille qui se posent dans le cadre des affaires pénales. Cependant, dans la mesure où le tribunal de VDI ne connaîtra une affaire concernant une famille que si celle-ci a des affaires simultanément pendantes devant d'autres juridictions, la plupart des VD, qui ne portent que sur des faits délictueux, continuent à être traitées par le tribunal compétent en matière de délits de VD qui avait été initialement saisi. Peterson, *supra* note 1, p. 2.

Livre Jurisprudence n°2.indb 85 08/08/2011 12:02:41

droit de visite, ou le soutien familial[72], les procureurs n'ont ni l'appétence ni l'expérience pour s'occuper de droit de la famille.

Mais le *divorce de facto* a nécessairement des conséquences *de facto* en terme de droit de garde, de droit de visite, et de soutien – c'est-à-dire de réduction à néant des droits de garde, l'absence de droit de visite et l'absence de soutien familial. Dès lors, en imposant un *divorce de facto* le droit pénal se mue en un nouveau système de droit de la famille. Mais parce qu'il s'agit d'une réglementation de droit pénal, les partenaires ne peuvent pas chercher à s'entendre pour contourner le résultat sauf à ce que l'un d'entre eux s'expose à une arrestation et à une condamnation.

Bien que le *divorce de facto* imposé par l'État n'ait pas d'effet formel sur le mariage, il implique, en pratique, de mettre un terme à la relation. L'ordonnance va en effet beaucoup plus loin que le divorce classique, puisqu'elle interdit toutes formes de contact, même celles qui seraient expressément autorisées par le partenaire protégé. Même l'incarcération d'une personne mariée, qui a pourtant pour incidence de la séparer de son conjoint et d'affecter la relation maritale, n'interdit normalement pas toute forme de contact et n'a pas spécialement pour but de séparer les époux. L'ordonnance n'a besoin d'être initiée par aucun des membres du couple. Il n'en découle pas que les victimes de VD ne souhaitent jamais le prononcé d'ordonnances de protection, mais plutôt que dans de nombreuses affaires les procureurs en font la demande et le juge les prononce et ce, même lorsque les victimes n'en veulent pas. Contrairement au véritable divorce, régi par un principe général d'autonomie qui exige qu'un des deux partenaires ou les deux en prennent l'initiative, la séparation est ici imposée par l'État[73]. Aucun des consentements des partenaires n'est requis. L'imposition de *divorces de facto* est particulièrement significative à New-York, où un époux ne peut obtenir de divorce officiel qu'en prouvant la faute de son conjoint ou sur la base d'un consentement mutuel[74].

Le droit pénal ne prétend pas donner des effets aux accords privés, pas plus qu'il ne tolère que les partenaires puissent chercher à s'entendre pour contourner des règles défaillantes ; plutôt, il régit le comportement des individus par la menace d'une sanction au nom de l'intérêt général. Le procureur a pour préoccupation d'assurer la sécurité des individus, mais ce souci des victimes s'exprime au nom de l'État et ne dépend pas de la perception que se fait la victime elle-même de ses propres intérêts. Ces aspects sont tenus pour vrais lorsque le droit pénal cherche à imposer un *divorce de facto*. Cette question est perçue comme étant de nature publique, mettant aux prises l'État, le crime et le prévenu. La politique d'arrestation et de poursuites automatiques a façonné chez les procureurs une norme qui les conduit à ignorer la volonté des victimes de peser sur les décisions prises en matière de VD. La décision qui a pour effet de mettre un terme à la relation est initiée par un procureur au nom de l'État, traitée comme une affaire de nature pénale, et imposée comme telle. Elle

72 Comparer N.Y. CRIM. PROC. LAW § 530.12 (1) (a) – (e) (McKinney Supp. 2008), *avec* N.Y. FAM. CT. ACT § 842 (a-j) (McKinney Supp. 2008).

73 L'imposition par l'État d'un divorce frappe d'anathème notre système juridique. Il existe à l'heure actuelle une controverse autour du divorce imposé par l'État en droit égyptien : conformément à la règle mettant un terme automatique au mariage en cas d'apostasie d'une femme, Nasr Hamid Abu Zayd, un professeur d'études islamiques de l'université du Caire, a été contraint de divorcer de sa femme par un tribunal familial égyptien qui avait jugé ses écrits hérétiques. Pour une analyse de cette affaire, *voir* Ann Elizabeth Mayer, ISLAM AND HUMAN RIGHTS 154-56 (3e éd. 1999) ; et Kristen A. Stilt, *Islamic Law and the Making and Remaking of the Iraqi Legal System*, 36 GEO. WASH. INT'L L. REV. 695, 734-39 (2004).

74 *Voir* N.Y. DOM. REL. LAW § 170 (McKinney Supp. 2008) (dressant une liste des types de fautes conduisant au divorce, et, en guise d'alternative, réclamant une séparation d'un an sur la base d'un jugement ou d'un accord écrit avant la demande en divorce proprement dite) ; *voir aussi* Leslie Eaton, *A New Push To Loosen New York's Divorce Law*, N.Y. TIMES, Nov. 30, 2004, p. A1 (à propos du refus d'un tribunal de New York d'accorder un divorce à un couple qui ne parvenait pas à établir l'existence d'une faute). Il existe une procédure à New York qui permet de dissoudre le mariage sur le fondement de l'absence injustifiée de l'épouse pendant une durée de cinq ans. Voir N.Y. DOM. REL. LAW §§ 220-21 (McKinney 1999).

Livre Jurisprudence n°2.indb 86 08/08/2011 12:02:42

devient le prolongement de la nécessité de traiter les VD comme des crimes.

Dans l'univers des délits de VD, donc, les procureurs ont pour habitude d'utiliser la mise en accusation, la mise en liberté sous caution, ainsi que la transaction judiciaire pour obtenir des défendeurs qu'ils acceptent les ordonnances de protection qui les obligent à se séparer durablement – *de divorcer de facto* – de leur conjoint. Issue de la transaction pénale, le *divorce de facto* prend effet sans les bénéfices de la procédure pénale classique et sans que la preuve de la commission de l'infraction ne soit établie. L'arrestation a pu intervenir à la demande de voisins en lieu et place de la victime. Ou alors la victime a pu appeler la police pour qu'elle intervienne sur le moment. Mais en raison de la politique d'arrestation et de poursuites automatiques, le résultat de l'arrestation initiale est que la relation maritale peut, pour des raisons pratiques, être dissoute par la seule force du droit pénal. Rappelons qu'il s'agit d'un univers dans lequel les violences des VD ont été définies de manière plus souple, et dans lequel un protocole obligatoire conçu pour traiter les auteurs de violences s'applique dans tous les cas. Dans l'ensemble, le *divorce de facto* est imposé dans des affaires délictuelles qui, par définition, ne recouvrent aucune blessure grave, et n'impliquent souvent même que des blessures légères voire pas de blessures.

Au final, le *divorce de facto* imposé par l'État est tellement lié à la catégorie sociale que l'on peut l'appeler le divorce du pauvre[75]. L'arrestation initiale qui déclenche l'ensemble du processus a plus de chances de concerner des personnes habitants des quartiers où les résidents vivent à proximité les uns des autres, dans des immeubles où les murs sont fins, et où les voisins risquent d'être sensibles au moindre désagrément et d'appeler la police[76]. Ceux qui sont mis en accusation devant le tribunal pénal du comté de New-York pour des crimes de VD sont généralement issus de minorités vivant dans les milieux les plus pauvres de Manhattan. La plupart de ceux qui sont arrêtés pour VD à Manhattan sont noirs ou hispaniques[77]. Le Bureau A.D. conserve un Bureau secondaire situé dans le nord de Manhattan, où vivent de nombreuses victimes de VD, et sa principale fonction consiste à traiter les affaires de VD[78].

En pratique, certains couples, peut-être même un nombre significatif, poursuivent leur vie commune en violation de l'ordonnance pénale de protection[79]. Ils se trouvent

75 *Cf.* GLENDON, *supra* note 68, p. 148 (« Aux États-Unis, l'expression 'divorce du pauvre' a été utilisée pour décrire la dissolution du mariage du simple fait du départ du mari (ou de la femme) à un moment où l'accès au juge semblait fermé à d'importantes parties de la population pour des raisons financières »). Pour une analyse approfondie des diverses conséquences des politiques de traitement automatique des VD sur des communautés minoritaires pauvres, voir Donna Coker, *Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence Law : A Critical Review*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 801, 808-12 (2001) ; Jenny Rivera, *Domestic Violence against Latinas by Latina Males : An Analysis of Race, National Origin, and Gender Differentials,* 14 B.C. THIRD WORLD L. J. 231, 245-46 (1994) ; and Laureen Snider, *Towards Safer Societies : Punishment, Masculinities and Violence against Women*, 38 BRIT. J. CRIMINOLOGY I, 9-10 (1998). Pour un récit fascinant des préjugés en matière de classe et de race dans les poursuites des maris violents au dix-neuvième siècle, voir Siegel, *supra* note 70, p. 2134-41. *Voir aussi id.* p. 2140 (faisant état de ce que « dès les années 1890, la perception des maris violents était si radicalisée que les constitutions de [certains États] en faisaient mention parmi les crimes s'accompagnant d'une privation de droits »).

76 *Voir* Peterson, *supra* note 31, p. 18 ; *voir aussi* Jennifer Nou & Christopher Timmins, *How Do Changes in Welfare Law Affect Domestic Violence ?: An Analysis of Connecticut Towns, 1990-2000*, 34 J. LEGAL STUD. 445, 449 n° 4 (2005) ; Wendy Boka, Note, *Domestic Violence in Farming Communities ; Overcoming the Unique Problems Posed by the Rural Setting*, 9 DRAKE J. AGRIC. L. 389, 396 (2004).

77 *Voir* Peterson, *supra* note 1, p. 30 (plus de 80 pour cent).

78 *Voir* Eaton, *supra* note 25 (citant des chiffres donnés par le Bureau A.D. selon lequel 70 pour cent des affaires traitées par le Bureau du Nord de Manhattan portent sur des VD) ; Press Release, Robert M. Morgenthau, *supra* note 55 (« L'essentiel du travail de l'unité de violences domestiques est réalisé par le biais du Bureau de l'avocat du district de Manhattan Nord »).

79 *Voir* Randy Frances Kandel, *Squabbling in the Shadows : What the Law Can Learn from the Way Divorcing Couples Use Protective Orders as Bargaining Chips in Domestic Spats and Child Custody Mediation*, 48 S.C.L.REV. 441, 449 (1997) (affirmant que les ordonnances de protection « ne se contentent pas de tenir des époux éloignés » mais plus encore « modifient le rapport de force et la répartition du pouvoir en imposant le passage d'un contrôle direct du corps d'autrui au contrôle d'un espace sensible, si bien que la frontière interpersonnelle fixée par

Livre Jurisprudence n°2.indb 87 08/08/2011 12:02:42

alors dans un mariage ou une vie intime dont la poursuite est pénalement répréhensible – avec le spectre permanent de l'arrestation et des poursuites judiciaires à l'encontre de la personne visée par l'ordonnance[80]. L'application de cette dernière ne dépend pas de la victime seule puisqu'il est loisible à la police de faire des visites surprises au domicile et d'arrêter les personnes qui n'auraient pas dû être présentes [81].

En principe, les personnes qui connaissent bien les procédures applicables en matière de VD et la justice pénale en général utilisent les ordonnances de manière stratégique pour menacer la relation intime. L'ordonnance de protection peut faciliter la négociation portant sur la vie intime et conjugale avec, en toile de fond, une possible arrestation et d'une sanction pénale[82]. Si la partie protégée contacte la police et fait état d'une violation, la politique d'arrestation et de poursuites automatiques garantit au minimum une nuit de prison et une mise en accusation.

Dans ce contexte, la redistribution des droits discutée plus haut s'accompagne d'une redistribution du pouvoir au sein de la relation intime. Une partie peut, par sa seule volonté, infliger à l'autre une arrestation et un séjour en prison. Mais la menace de sanction est particulièrement contraignante. Une fois les services de police contactés, peu importe le motif initial, la politique pénale implique que les poursuites soient engagées normalement même si la partie protégée change d'avis. L'ordonnance de protection devient alors un outil stratégique, mais, dans ce contexte, c'est un outil brutal[83]. Elle peut potentiellement structurer l'ensemble des aspects de la relation intime, du simple fait de sortir les poubelles jusqu'à la survenance de violences. Mais la sanction pénale ne peut pas être invoquée par paliers : signaler une violation entraîne l'ensemble des conséquences juridiques d'une telle violation.

En principe, une victime pourrait, par stratégie, vouloir signaler une violation puis refuser de témoigner, et espérer ainsi la survenance de certaines des conséquences seulement de la violation. Si la police ne dispose pas des preuves suffisantes pour établir la violation de l'ordonnance, la condamnation pourrait être tenue en échec. Dans ces circonstances, une femme pourrait vouloir disposer de la possibilité de donner une leçon à son mari sans aller jusqu'à la condamnation – le faire arrêter et l'obliger à passer une nuit derrière les barreaux. Ce résultat repose cependant sur d'autres paramètres qui échappent à son contrôle, notamment sur l'existence d'autres preuves de la violation de l'ordonnance. L'utilisation stratégique de l'ordonnance de protection n'est donc pas un moyen très habile pour contrôler le comportement du défendeur.

L'ordonnance entraîne une autre utilisation stratégique lorsque la partie protégée a l'intention ou a déjà entamé une procédure de divorce. De nombreux avocats, en matière de divorce, conseillent couramment à leurs clients de solliciter des ordonnances civiles de protection

l'ordonnance devient un point de tension »). Il ne fait aucun doute que le nombre de couples qui restent ensemble en dépit de l'ordonnance de protection varie selon les communautés, en fonction des différents rapports qu'ils entretiennent avec la police et avec le système judiciaire en général.

80 *Cf.* Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law : The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950, 951 (1979) (« Les règles et les procédures utilisées en justice pour résoudre les conflits ont des conséquences sur les négociations judiciaires qui interviennent dans les couples en dehors du prétoire »).

81 *Voir* Gendar, *supra* note 35.

82 *Voir* Kandel, *supra* note 79, p. 446 (affirmant que les ordonnances de protection obligent les couples « à renégocier leurs relations, qui sont soumises à un cadre qu'il serait illégal voire pénalement répréhensible de franchir ») ; *cf.* Duncan Kennedy, *Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination*, 26 NEW ENG. L. REV. 1309, 1327 (1992) (« Il n'y a pas de mariage sans un soubassement de négociation dans lequel les deux partenaires se conçoivent comme ayant des intérêts contraires », Duncan Kennedy, *Sexy dressing, Violences sexuelles et érotisation de la domination*, Flammarion, 2008, p. 97) ; *id.* p. 1328 (« Une protection accrue contre les violences sexuelles devrait augmenter le pouvoir de négociation des femmes vis-à-vis des hommes, *que ces derniers soient ou non perçus comme potentiellement violents*, tant à l'intérieur de la famille que sur leur lieu de travail. Réduire la protection rend au contraire les femmes plus dépendantes des hommes non violents, parce que le risque encouru en les quittant est plus grand, ce qui les incite à accepter plus de concessions ». *Id.* p. 99).

83 *Cf. Women, Children and Domestic Violence, supra* note 12, p. 663 (commentaires de Carol Stokinger) (« Après l'arrestation, le système judiciaire apparaît comme un instrument particulièrement brutal »).

Livre Jurisprudence n°2.indb 88 08/08/2011 12:02:42

pendant la procédure, soit parce qu'ils estiment que les femmes victimes de violences risquent de ne pas être suffisamment franches au sujet des violences, soit pour s'en servir comme d'un levier tactique[84]. Une ordonnance de protection confère immédiatement à la partie protégée le contrôle du domicile conjugal et peut constituer un puissant levier en cas de désaccord sur les questions de garde[85]. Une ordonnance pénale de protection ne peut évidemment pas être demandée par l'épouse sauf si elle fait état d'une infraction qui entraînerait l'arrestation de son mari. Contrairement à l'ordonnance civile de protection qui est obtenue à la demande d'une partie, l'ordonnance pénale ne peut être réclamée[86]. Elle constitue donc un outil moins efficace que l'ordonnance civile dans les négociations en matière de divorce puisque, celle-ci pouvant être maintenue en fonction du bon vouloir de la partie protégée.

La différence établie entre les ordonnances pénales et civiles révèle une caractéristique particulière de l'ordonnance pénale qui prend toute son importance ici : bien que l'ordonnance pénale puisse parfois être utilisée à des fins stratégiques, son prononcé ne dépend pas de la volonté propre de la partie protégée. Celle-ci peut dans un premier temps avoir téléphoné à la police pour signaler un incident donnant ainsi lieu à une ordonnance, mais il se peut aussi qu'un voisin ait été l'auteur de l'appel après avoir été incommodé par des troubles. La partie protégée peut par la suite signaler une violation de l'ordonnance mais, une fois encore, cela peut être le fait d'une tierce personne[87]. En outre, la violation de l'ordonnance peut avoir été signalée par la police elle-même, qui surveille le domicile et fait des visites surprises pour vérifier que le défendeur ne se trouve pas là ou il ne devrait pas être.

La surveillance policière, ajoutée au fait qu'une tierce personne puisse signaler les violations, montre que le partenaire protégé n'est pas seul à bénéficier d'un outil stratégique qui lui confère certains pouvoirs. La plupart des personnes protégées par des ordonnances manquent de connaissances et d'astuces à propos de l'opération déclenchée par le protocole applicable. Peut-être ne parlent-elles pas bien Anglais[88]. Il peut s'agir d'immigrés en situation irrégulière pour qui tout contact avec les autorités présente des risques, qui craignent donc de tels contacts et cherchent à les éviter. Le problème des conséquences dissuasives de l'appel à la police par la victime, lié au caractère automatique des arrestations, peut s'en trouver accentué[89]. Certaines personnes peuvent croire par erreur qu'elles sont elles-mêmes passibles de poursuites pénales dès lors qu'elles acceptent que leur compagnon entre en contact avec elles. En effet, certains tribunaux prononcent des ordonnances

84 *Voir* Kandel, *supra* note 79, p. 448 (décrivant les ordonnances de protection comme « un élément déterminant dans les stratégies de divorce : une utilisation considérée comme étant à la fois sensée et adaptée et librement discutée dans la médiation »).

85 *Voir id.* (décrivant les utilisations stratégiques des ordonnances de protection faites par les parents comme présentant un avantage dans les litiges portant sur le droit de garde).

86 Un plaignant peut dans presque tous les ressorts judiciaires chercher à échapper à une ordonnance civile de protection. Elizabeth M. Schneider, Cheryl Hanna, Judith G. Greenberg, & Clare Dalton, DOMESTIC VIOLENCE AND THE LAW : THEORY AND PRACTICE 253 (2008).

87 En plus de l'éloignement des auteurs d'abus du domicile des victimes, la conjonction de la politique de zéro-tolérance et des ordonnances de protection a abouti à l'éviction des victimes des logements sociaux dans l'intérêt des autres résidents. Dans la mesure où les victimes permettent généralement à leurs compagnons violents de revenir dans le foyer, « l'éviction de l'ensemble de la maisonnée élimine l'ensemble du cycle des troubles issus des violences et préserve la tranquilité du voisinage ». Tara M. Vrettos, Note, *Victimizing the Victim : Evicting Domestic Violence Victims from Public Housing Based on the Zero-Tolerance Policy*, 9 CARDOZO WOMEN'S L. J. 97, 99 (2002).

88 *Cf.* Peterson, *supra* note 1, p. 30 (précisant que plus de 40 pour cent des défendeurs accusés de VD sont hispaniques).

89 *Voir* Linda L. Ammons, *Deailing with the Nastiness : Mixing Feminism and Criminal Law in the Review of Cases of Battered Incarcerated Women – A Tenth-Year Reflection*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 891, 915 (2001) (affirmant que les femmes afro-américaines rechignent à composer le 911 « par crainte que les représentants de l'ordre ne soient plus zélés que nécessaire dans le traitement de l'affaire ») ; Rivera, *supra* note 75, p. 245-46 (soutenant le fait qu'en raison de l'histoire du racisme, les latinos sont rétifs à l'égard du système judiciaire).

Livre Jurisprudence n°2.indb 89 08/08/2011 12:02:42

de protection mutuelle, qui imposent aux partenaires de rester à l'écart l'un de l'autre[90]. Dans ces conditions, l'effet général de l'ordonnance de protection n'est pas de conférer du pouvoir aux victimes mais plutôt de décider à leur place qu'elles doivent mettre un terme à leur relation intime.

L'ordonnance de protection définitive n'est évidemment pas permanente mais à durée déterminée[91]. Mais supposons qu'une ordonnance définitive soit prévue pour deux ans. Si les partenaires la respectent, il n'y aura aucune forme de contact entre elles pendant deux années, même par l'intermédiaire d'une tierce personne. En principe, les partenaires peuvent respecter l'ordonnance et poursuivre leur relation au terme des deux ans, mais il est difficile d'imaginer que deux personnes qui ne peuvent pas communiquer du tout pendant cette durée ne finissent pas par se séparer, même si elles espèrent se retrouver. Le résultat le plus vraisemblable est la fin de la relation, ou la violation de l'ordonnance et donc des arrestations à répétition.

Séparer des couples sans leur consentement ou sans qu'ils en aient fait la demande et pénaliser la poursuite de la relation pose la question de savoir si de telles ordonnances ne violent pas le droit fondamental au mariage. Plusieurs raisons expliquent que nous n'ayons pas vu se développer de contentieux nourri en la matière. Les défendeurs et les victimes sont généralement pauvres et ont un accès limité à la justice. En outre, de nombreux défendeurs acceptent l'ordonnance de protection comme part de la transaction judiciaire, ce qui rend toute contestation ultérieure peu probable. Enfin, les avocats en matière de VD, et les auteurs qui s'intéressent de près au phénomène juridique des ordonnances de protection, les considèrent comme l'élément déterminant de la criminalisation des VD, et personne ne semble vouloir contester de telles ordonnances.

Cependant, une juridiction au moins s'est interrogée sur la question de la constitutionnalité du *divorce de facto* imposé par l'État. Dans l'affaire *State contre Ross* jugée à Washington en 1996, le juge a condamné l'auteur des violences à une peine pour harcèlement et agression et prononcé une ordonnance interdisant tout contact[92]. Entre le jugement et la condamnation, le défendeur et la victime se sont mariés en violation de l'ordonnance provisoire pourtant en vigueur depuis le début des poursuites[93]. Une partie du jugement a interdit à l'auteur des violences tout contact avec sa femme pendant une période de dix ans et ce en dépit de l'opposition de cette dernière à l'ordonnance[94]. Le défendeur contesta l'ordonnance interdisant tout contact au motif qu'elle avait pour effet d'annuler son mariage, violant ainsi son droit fondamental[95].

La Cour d'appel de Washington a confirmé le jugement[96]. Elle a certes admis que l'ordonnance interdisant tout contact portait atteinte au droit fondamental au mariage[97]. Mais elle lui a opposé « l'objectif supérieur de prévention des infractions futures »[98]. Le défendeur soutenait que les textes en matière d'agression contenaient déjà des dispositions suffisantes pour prévenir les agressions futures[99]. Mais le juge estima qu'en prévenant mêmes les comportements non agressifs « l'ordonnance interdisant tout contact allait beaucoup plus loin que le texte sur les agressions en matière de prévention des violences »[100]. Cette alternative moins intrusive en matière de VD n'était donc pas suffisante à elle seule parce qu'elle générait un plus grand risque de commission de nouvelles infractions que l'ordonnance interdisant tout contact[101]. La cour conclut donc à la conformité de cette ordonnance à la Constitution parce qu'elle poursuivait un

90 *Voir* Elizabeth Topliffe, Note, *Why Civil Protection Orders Are Effective Remedies for Domestic Violence but Mutual Protective Orders Are Not*, 67 IND L. J. 1039, 1054 (1992).

91 *Voir supra* note 55 (discutant des différentes durées possibles).

92 N° 35448-5-I, 1996 WL 524116, p.*2 (Wash. Ct. App. 16 sept. 1996).

93 *Id.*

94 *Id.* p.*2, *4.

95 *Id.* p.*3.

96 *Id.* p.*4.

97 *Id.* p.*3.

98 *Id.* p.*4.

99 *Id.*

100 *Id.*

101 *Id.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 90 08/08/2011 12:02:42

objectif essentiel de l'État et ce bien qu'elle portait atteinte au droit fondamental au mariage.

Dans l'affaire *Ross*, le tribunal se montra particulièrement indifférent à l'atteinte portée par l'ordonnance interdisant tout contact au droit au mariage parce qu'elle estima nécessaire de séparer les couples en cas de VD. En fait, le jugement n'a même pas été publié en dépit de son importance évidente pour de nombreux aspects du droit pénal, du droit de la famille, et du droit constitutionnel. Son caractère peu disert suggère que le tribunal considère l'affaire comme un cas d'espèce ne nécessitant pas d'analyse approfondie de sa part.

Naturellement, l'incarcération sépare toujours le détenu de son conjoint et de sa famille. Mais la séparation est une des conséquences de la peine et de l'importante privation de liberté qu'elle implique. En recherchant l'incarcération, l'État n'a pas en principe pour objectif de porter atteinte aux relations familiales du condamné. De la même manière, les détenus ont normalement le droit de conserver des contacts ce qui leur permet de maintenir leurs relations. Ils peuvent par exemple envoyer et recevoir du courrier, effectuer des appels téléphoniques, avoir des visites, autant de choses qui constitueraient des infractions sous l'empire d'une ordonnance interdisant tout contact. Même l'incarcération, qui affecte pourtant de manière évidente la relation, n'a pas pour objet d'y mettre un terme. À l'inverse, en conséquence de la réglementation pénale, l'ordonnance interdisant tout contact met fin à la relation remettant directement et complètement en question les raisons mêmes d'entretenir une relation intime.

En reconnaissant dans l'affaire *Turner contre Safley* que le droit fondamental au mariage bénéficie aux détenus même si ce droit « fait l'objet de restrictions substantielles en raison de la détention », la Cour suprême a indiqué que « de nombreux et importants attributs du mariage demeurent »[102]. Pour déterminer si la réglementation du mariage porte une atteinte excessive au droit fondamental au mariage, *Turner* – qui avait obtenu l'annulation d'un décret interdisant aux détenus de se marier à moins d'une autorisation exceptionnelle délivrée par le directeur de l'établissement – demandait aux juges de déterminer si la réglementation « poursuivait bien des objectifs pénologiques légitimes »[103]. Le plus frappant est que les objectifs pénologiques identifiés par Missouri dans l'affaire *Turner* consistaient à protéger les femmes contre les hommes. Les femmes détenues « avaient souvent été victimes de violences au sein de leur foyer ou étaient excessivement dépendantes de figures masculines » et « avaient besoin de se consacrer à leur développement personnel, et […] l'interdiction de se marier rendait plus aisée la réalisation de cet objectif »[104].

Dans l'affaire *Turner,* il s'agissait certes d'un mariage officiel. Or le droit de se marier peut s'exercer sans les attributs principaux de la relation maritale qu'un emprisonnement tiendrait en échec (quoique pas aussi fortement que l'ordonnance interdisant tout contact). Mais l'affaire suggérait tout de même que le droit au mariage ne pouvait pas disparaître totalement car le choix du partenaire est fondamental, même dans le contexte de liberté restreinte de la prison. Les ordonnances de protection ne mettent pas formellement fin au mariage officiel (bien qu'elles interdisent aux couples non mariés de se marier). Quoi qu'il en soit, le *divorce de facto* imposé par l'État affecte précisément le choix du partenaire, choix qui se situe au cœur de l'autonomie qui caractérise la relation intime[105].

La prépondérance de l'objectif de lutte contre les VD par des voies détournées est telle qu'on a pu déjà assister à son extension à la réglementation pénale du concubinage ou au contact avec *toute* femme. Dans une affaire de possession de marijuana, la cour de la sixième

102 482 U.S. 8, 95-96 (1987).

103 *Id.* p. 99.

104 *Id.* p. 97 (citations omises).

105 *Voir* United States contre Brandenburg, 17 F. App'x 875 (6e cir. 2005) (soutenant que les dispositions de « contact social » notifiées au destinataire de l'ordonnance ne violaient pas les droits de la défense garantis par le Quatorzième Amendement en raison de son caractère vague, et que l'interdiction du concubinage avec la victime ne violait pas le droit reconnu par le Premier Amendement d'entretenir des relations intimes).

Livre Jurisprudence n°2.indb 91 08/08/2011 12:02:42

circonscription a confirmé une décision de libération sous surveillance prononcée par un tribunal fédéral de district assortie de contraintes spéciales dont l'interdiction de tout concubinage avec une femme. Le défendeur, qui avait déjà un passif en matière de VD, avait aussi pour obligation de signaler à son officier de probation toute forme de « contact social » avec une femme. L'exception d'inconstitutionnalité soulevée par le défendeur fut rejetée. Ce type de réglementation est-il seulement un pas de plus dans le combat contre l'oppression de la femme par le biais du droit pénal ?

Points de tension : la vie privée au sein du foyer, l'intérêt général, et l'emprise du droit pénal

Un trait caractéristique de l'extension du droit pénal que nous avons ainsi décrite est l'invocation de l'intérêt général pour justifier le contrôle sur l'espace conjugal et les relations intimes qui s'y nouent. Cette extension, qui s'appuie généralement sur la présomption d'infractions, intervient dans un univers où la « violence » tend à être définie de manière à inclure des faits n'impliquant aucune violence physique. Par ce biais, l'État éloigne des personnes de leur foyer, redistribue les titres de propriété, réorganise les relations intimes, et impose des *divorces de facto* – sans rechercher le consentement des partenaires concernés et à l'aide de prérogatives issues du droit pénal.

L'extension du contrôle du droit pénal sur le foyer ainsi décrite est en contradiction avec la plus importante tendance caractérisant les relations entre le droit pénal et le foyer intervenue dans les cinquante dernières années. Avec la protection du droit fondamental au mariage et du droit au respect de sa vie privée en matière de relations sexuelles, l'idée que la Constitution constitue un obstacle à la criminalisation des relations intimes entre adultes consentants semblait avoir gagné du terrain. C'est ce qui ressort des mots employés par le juge Douglas à propos de l'affaire *Griswold contre Connecticut*, « allons-nous accepter que la police fouille l'enceinte sacrée de la chambre conjugale à la recherche du moindre indice de l'utilisation de moyens de contraception ? L'idée même est en contradiction avec le principe du droit au respect de la vie privée qui caractérise la relation conjugale »[106]. Comme l'a remarquablement affirmé Laurence Tribe, au sujet de l'affaire *Bowers contre Hardwick*[107], la question ne portait pas sur ce que Hardick « faisait dans l'intimité de sa propre chambre, mais plutôt sur ce que l'État de Géorgie faisait là »[108]. Cette logique a progressé jusqu'à ce qu'il soit jugé dans l'affaire *Lawrence contre Texas* que le droit pénal ne doit pas prohiber les relations sexuelles entre adultes consentants[109]. Cette tendance relie l'intimité du foyer à l'indépendance dans les relations intimes.

Dans l'affaire *Lawrence*, le juge Kennedy s'est appuyé sur le concept de foyer pour baliser un espace de liberté dans les relations intimes[110]. Le juge Kennedy a d'abord décrit le foyer comme un espace protégé puis est allé plus loin en insistant sur la « relation » entre les partenaires sexuels[111]. Il parla de droit protégé à propos du droit d'entretenir « des relations intimes avec une autre personne », droit qui « ne constitue que l'un des éléments d'une relation affective durable »[112]. L'effet de cette remarquable avancée suggérait que l'État ne devait pas supprimer le libre choix du partenaire intime – ce qui est très différent de l'officialisation par l'État d'un tel choix par la célébration du mariage[113].

106 381 U.S. 479, 485-86 (1965).

107 487 U.S. 186 (1986).

108 Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 15-21, p. 1428 (2e éd. 1988).

109 539 U.S. 558 (2003).

110 *Voir id.* p. 562 (« La liberté protège l'individu des intrusions injustifiées de la part de l'État dans son logement ou dans d'autres lieux privés. Dans notre tradition, l'État n'est pas omniprésent au sein du foyer […] Et il existe d'autres espaces dans nos vies et notre existence, en dehors du foyer, où l'État ne devrait pas constituer une figure dominante. La liberté s'étend au-delà des frontières spatiales. La liberté suppose une indépendance qui inclut […] une certaine conduite sur le plan intime »).

111 *Id.* p. 567, 573, 580.

112 *Id.* p. 567. A propos de l'affaire *Lawrence* et son effet de désolidarisation des rapports sexe licite / sexe illicite et mariage / non mariage, voir Ariela R. Dubler, *Immoral Purposes : Marriage and the Genus of Illicit Sex*, 115 YALE. L.J. 756 (2006).

113 Les implications plus profondes de cette avancée ont conduit le juge Scalia à insister dans son opinion dissidente sur le fait que l'opinion du

Livre Jurisprudence n°2.indb 92 08/08/2011 12:02:42

Dans le contexte de protection constitutionnelle des droits de la défense, un courant juridique émerge qui combat l'idée d'un État omniprésent réglementant les choix personnels au sein du foyer. En parallèle, dans la rubrique des VD, le droit pénal tend directement à priver les individus de leurs choix de vivre en couple, pénalisant la plupart, si ce n'est l'ensemble, des aspects concrets de la vie commune. Pour assurer l'effectivité des interdictions, l'État tente d'occuper une place prédominante dans le foyer, avec une police vigilante aux moindres signes indiquant la présence d'un mari. Ces deux courants s'affrontent à l'intersection du droit pénal et du droit de la famille.

L'expansion et la contraction concomitantes du droit pénal au sein du foyer peuvent bien sûr être relativisées : les relations sexuelles consenties et intervenant dans un lieu privé ne causent aucun dommage, à l'opposé des VD qui, évidemment, ne sont pas consenties. Mais il serait trop facile d'éluder ces évolutions opposées en les tenant chacune pour une manifestation différente des notions de dommage et de consentement. Le *divorce de facto* imposé par l'État va bien plus loin que la seule répression et punition des violences au sens strict. Son objet est la pénalisation des relations intimes dans lesquelles les adultes ont eux-mêmes choisi de s'engager et dont ils n'ont pas voulu qu'elles prennent fin. On pourrait s'arrêter sur une opinion tranchée à propos des contraintes genrées qui régissent les relations intimes en général. Et on concevrait un monde en raison, dans lequel les arrestations pour des faits n'entraînant pas de graves blessures physiques, surtout à un moment où de tels comportements sont en expansion en matière de VD, déclenchent le contrôle de l'Etat.

Le débat, prégnant en littérature, qui porte sur la controverse entre la protection des femmes contre les violences conjugales d'une part, et la promotion de leur libre choix d'autre part, renvoie à une opposition de fond sur la capacité des femmes à décider pour elles-mêmes en ce qui concerne leur vie intime dans des circonstances difficiles[114]. Mais pendant que le débat doctrinal se poursuit, les procureurs, les autorités de police, et les juges agissent dans un univers guidé par les objectifs propres au droit pénal. Dans le langage judiciaire, dans la culture policière et celle des procureurs, et dans l'idéologie structurante du système de la justice pénale, une puissante rhétorique de l'intérêt général façonne une tendance qui ignore les désirs particuliers des femmes et les conséquences susceptibles d'en découler[115]. On aperçoit ainsi une synergie particulière entre le contrôle exercé par l'État au nom de l'intérêt général et la négation de la liberté individuelle.

L'intérêt général en matière de répression des VD devient l'intérêt du contrôle du foyer par l'État. Pénaliser la présence au domicile et imposer des *divorces de facto* sont des stratégies de lutte contre les infractions. Elles renvoient à une conception qui entend utiliser le droit pénal pour réglementer les espaces privés et les choix familiaux – en excluant le criminel potentiel du foyer et en lui substituant des agents de police qui vont jusqu'à contrôler les comportements non violents. En ce sens, elles ont des traits communs avec les techniques policières controversées de lutte contre les infractions en milieu urbain dans les lieux publics, tels que la surveillance des « fenêtres brisées », qui ont émergé dans les années 1990. De nos jours, l'idée selon

juge Kennedy exprimée au nom de la Cour contenait déjà une logique implacable en faveur de la protection constitutionnelle du mariage entre personnes de même sexe. *Lawrence*, 539 U.S. p. 604 (Scalia, J., opinion dissidente).

114 *Voir, e.g.,* Hanna, *supra* note 20 ; Linda G. Mills, *Killing Her Softly : Intimate Abuse and the Violence of State Intervention*, 113 HARV. L. REV. 550 (1999) ; Emily J. Sack, *Battered Women and the State : The Struggle for the Future of Domestic Violence Policy*, 2004 WIS. L. REV. 1657 ; Jessica Dayton, Note, *The Silencing of a Woman's Choice : Mandatory Arrest and No Drop Prosecution Policies in Domestic Violence Cases*, 9 CARDOZO WOMEN'S L/J/ 281 (2003).

115 *Cf.* Anne M. Coughlin, *Excusing Women*, 82 CAL. L. REV. I, p. 6 (1994) (démontrant dans un autre cadre que le syndrome de la femme battue est la réaffirmation d'une « position détestable portant sur l'incapacité des femmes à faire preuve d'une maîtrise de soi rationnelle[,] […] nie le fait que les femmes puissent avoir la même capacité d'autonomie que celle généralement attribuée aux hommes, et […] expose en conséquence les femmes à des formes d'ingérence contre lesquelles les hommes sont protégés »).

Livre Jurisprudence n°2.indb 93 08/08/2011 12:02:42

laquelle une lutte agressive contre les petites infractions de nature délictuelle ou contraventionnelle conduirait à une réduction considérable des infractions violentes encourage de manière prégnante et définitive l'éducation, la pratique, et l'idéologie des procureurs dans des ressorts judiciaires pilotes tels que celui de Manhattan[116]. Il n'est pas étonnant de voir la pratique du droit tendre vers un contrôle du foyer comme autrefois nous avons vu émerger des techniques de contrôle policier des espaces publics.

Mon objectif ici a été d'expliquer les manifestations d'un régime juridique toujours en cours de développement et qui est encore inconnu du grand public. Dans de nombreux ressorts judiciaires, les procureurs, les autorités de polices et les juges ont depuis longtemps adopté une conception féministe des VD qu'ils considèrent comme une manifestation de la subordination féminine dans les relations conjugales. Mais l'application à la lettre de cette conception a conduit à la pratique du *divorce de facto* imposé par l'État qui repose sur le raisonnement suivant : si les racines des VD se trouvent dans le mariage, alors il faut mettre un terme au mariage qui en présente les signes.

Cette solution – à laquelle j'imagine la plupart des avocats féministes ne s'attendaient pas – n'est pas nécessairement l'aboutissement d'une lutte forte, cohérente, même automatique, contre les infractions en matière de VD. Bien sûr, d'autres démarches pourraient avoir des effets négatifs, à savoir que des crimes violents pourraient ne pas être empêchés. Mon intention est de décrire et d'identifier les nouveautés issues de la réforme que nous avons connue, de manière à mettre en évidence les significations et les implications du système juridique qu'elle génère. On pourrait considérer que ce système en vaut la peine. Mais mon objectif ici, avant même d'en venir à ces conclusions, a été de montrer de quelle manière le droit pénal a fait naître une théorie et a constitué une politique des VD.

Le *divorce de facto* imposé par l'État peut tout à fait être adapté à des relations marquées par des phénomènes violents et proprement dangereux ; dans de telles situations, l'État peut facilement considérer que l'indépendance des victimes est déjà si réduite qu'une attitude paternaliste est propre à la renforcer. Mais nous devons interroger cet extraordinaire bouleversement juridique qui voit le *divorce de facto* devenir un outil habituel dans les poursuites engagées en matière de VD, avant qu'il ne devienne une solution systématique, mécanique pour la plupart des affaires n'impliquant pas nécessairement de graves blessures physiques et dont le droit pénal a désormais à connaître.

L'élargissement de la définition des violences, le caractère automatique des arrestations, la politique de poursuites dans toutes les affaires, l'engagement de poursuites même dans les cas où la preuve ne peut être rapportée, la dévalorisation de la peine sont autant d'évolutions qui contribuent à faire du *divorce de facto* une solution *de facto* en matière de VD. Dans la mesure où des pratiques telles que le *divorce de facto* deviennent des solutions privilégiées aux dépens de la notion traditionnelle de peine, nous risquons de voir un élargissement plus important encore de la définition des infractions en matière de VD, ainsi qu'une augmentation des arrestations pour VD et des poursuites pour des comportements non-violents. La raison tient à ce que les autorités judiciaires seront de plus en plus enclines à s'imaginer que les conséquences de la prise en compte des incidents domestiques par le droit pénal sont moins graves que l'emprisonnement. Quantité de comportements non-violents tombent alors logiquement sous le coup du droit pénal, jusqu'à l'existence même des relations intimes.

116 *Voir, e.g.,* MANHATTAN DIST ; ATTORNEY'S OFFICE, ORIENTATION PROGRAM, QUALITY OF LIFE CRIMES p. 1-13 (2004) (comportant l'article original de James Q. Wilson & George L. Kelling, *Broken Windows*, ATLANTIC MONTHLY, Mars 1982, p. 29, dans le matériel de formation des A.D.A.) (archivé par l'auteur) ; MANUAL, *supra* note 2, p. 757 (relevant qu'« en vue de combattre les infractions violentes et les autres infractions les plus graves comme le trafic de drogue, le NYPD a généralement recours à des opérations visant à garantir une bonne qualité de vie [,] » ce qui inclut des patrouilles aériennes destinées à contrôler les intrusions, des patrouilles dans les parcs, et des contrôles de l'ivresse sur la voie publique, « cette attention accordée aux infractions légères étant souvent présentée comme un bon résultat contribuant à la chute du nombre des infractions graves et violentes dans la ville de New-York »).

Livre Jurisprudence n°2.indb 94 08/08/2011 12:02:43

Ce que l'on aperçoit alors est un changement d'orientation, l'objectif de répression des violences se muant en un contrôle par l'État des relations intimes qui s'exercent au sein du foyer. Cette réorientation n'est pas encore totalement achevée, mais cela ne saurait tarder. Naturellement, nous nous devons de continuer à remédier aux défauts de nos anciens modèles de justice pénale qui reposaient généralement sur des oppositions public/privé[117]. Mais les évolutions en cours que nous avons analysées ici offrent un nouvel objet à l'étude critique : la subordination continue de l'autonomie individuelle dans l'espace intime au profit du contrôle du foyer par l'État au nom de l'intérêt général.

117 *Cf.* Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction,* 130 U. PA. L. REV. 1349, 1349 (1982) (présentant l'histoire de la pensée juridique au vingtième siècle comme correspondant à l'histoire du déclin des distinctions libérales telles que la distinction public/privé).

Livre Jurisprudence n°2.indb 95 08/08/2011 12:02:43

La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique ?

Marie MERCAT-BRUNS*

Nul n'ignore l'influence des *gender studies* dans la réflexion doctrinale américaine[1], un phénomène similaire existe dans d'autres pays d'ailleurs[2]. L'intérêt de cette pensée sur le genre, souvent rappelé, touche à la fois à l'extraordinaire richesse des analyses qui déconstruisent l'ensemble du corpus juridique dans son appréhension binaire et figée du sexe mais aussi de la sexualité comme référence identitaire. On connaît un peu moins l'impact très dense de ces analyses doctrinales sur l'application, l'interprétation et l'évolution concrète des normes visées. Ce propos cherche à montrer que l'analyse féministe critique a permis, notamment en droit de la discrimination professionnelle d'enrichir, de manière pragmatique, les argumentations juridiques des juges, du législateur et des avocats dans leur pratique du droit. À travers trois exemples, il est possible d'illustrer le rôle créatif de la doctrine féministe américaine pour cultiver le débat dans l'analyse du droit positif[3]. L'analyse critique fait éclater la perception traditionnelle d'une césure forte entre la théorie et la pratique qui ignore la possibilité d'un fructueux dialogue entre pensée critique et qualification juridique. Un premier exemple concerne la portée et les limites d'un dialogue entre la réflexion critique et la mise à nu des stéréotypes sur le genre dans le contentieux des discriminations ; le deuxième exemple a trait à la résistance patronale face à l'analyse systémique des discriminations fondées sur le sexe en termes de salaire et de promotion ; le troisième exemple porte sur les discussions croisées entre le législateur et certains auteurs de la pensée

* Conservatoire National des Arts et métiers, Chaire de droit social, Laboratoire LISE CNRS.

1 V. entre autres, les manuels de droit consacrés au domaine : L. Adler, L. Crooms, J. Greenberg, M. Minow, D. Roberts, *Women and the law*, Foundation Press 4th Ed. 2008 et W. Eskridge, N. Hunter, *Sexuality, gender and the law*, Foundation Press, 2nd Ed. 2004.

2 Certaines universités anglosaxonnes participent directement à la réflexion critique inspirée du mouvement Critical Legal Studies américain : Birkbeck College London, Université de Melbourne, University de Kent, Université de Keele, Université de Glasgow, l'Université de East London. Il existe bien sûr une grande tradition de critique du droit en Belgique également ; V. aussi la revue britannique *Law and Critique* et la revue australienne *Feminist Journal* entre autres.

3 Même si la démarche en droit comparé recèle en elle-même une approche critique subversive, V. H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, R.I.D.C., n°3, 2000, p. 503.

Livre Jurisprudence n°2.indb 97 08/08/2011 12:02:43

féministe critique dans la construction d'une conception radicalement nouvelle de la discrimination appliquée au handicap et plus largement des modes de conciliation entre la vie personnelle et la vie professionnelle.

I. Construction du genre, les stéréotypes fondés sur le sexe et la preuve des discriminations professionnelles : portée et limites

> …Mais c'était l'homme qui, d'après le Juge Gesell, avait expliqué à Anne Hopkins les raisons pour lesquelles le comité de sélection avait décidé de ne plus proposer sa candidature comme associé, qui lui a donné le coup de grâce : pour améliorer ses chances de devenir associée, Thomas Beyer conseillait à Hopkins de « marcher de manière plus féminine, de s'exprimer de manière plus féminine, de s'habiller de manière plus féminine, de mettre du maquillage, de prêter attention à sa coiffure et de mettre des bijoux. Dr. Susan Fiske, une socio-psychologue et professeur associé de psychologie à l'Université Carnegie Mellon a témoigné au procès que le processus de sélection à Price-Waterhouse était probablement influencé par des stéréotypes fondés sur le sexe…

Dans un cours de droit de la discrimination dans l'emploi aux États-Unis, il est courant d'évoquer la célèbre affaire : *Price Waterhouse v. Hopkins*[4]. Il s'agissait d'une salariée cadre dans la société d'audit Price Waterhouse qui avait intenté une action dénonçant une discrimination fondée sur le sexe à la suite d'un rejet de sa candidature pour une promotion en tant qu'associée. On lui reprochait non pas un manque de compétence professionnelle mais davantage son comportement « agressif », presque macho et son apparence peu féminine. La question posée était de savoir dans quelle mesure ces commentaires des membres du comité de sélection et d'autres collègues du cabinet étaient fondés sur des stéréotypes sexistes et pouvaient avoir eu une influence sur la décision finale de refus de promotion. La discussion tournait à la fois sur la reconnaissance judiciaire de l'incidence des stéréotypes auxquels adhérait l'employeur et le lien de causalité entre l'existence de stéréotypes et la prise de décision finale écartant Hopkins : les stéréotypes constituaient-ils la raison déterminante et, de ce fait, discriminatoire qui expliquait la décision finale ?

Sans revenir sur le fond de l'affaire, cet arrêt illustre comment, lors d'un procès aux États-Unis, les juges peuvent incorporer des données tirées des sciences sociales pour identifier et caractériser l'élément éventuellement déterminant d'une motivation discriminatoire. Cet arrêt, qui a fait couler beaucoup d'encre, a permis d'ouvrir un débat plus large sur la construction sociale du genre et la preuve, par analogie, de la discrimination professionnelle fondée sur le sexe à l'encontre des transsexuels ou celle fondée sur des stéréotypes : un enjeu capital dans un pays où la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au niveau fédéral n'est pas interdite[5]. En revanche, certains critiques estiment que cette traque des préjugés discriminatoires prend des allures de contrôle social[6]. On assiste ainsi à des regards critiques croisés sur la jurisprudence relative aux discriminations et sa construction, influencée par les sciences sociales lors du processus de qualification juridique.

1. Construction sociale du genre, preuve des discriminations et réception par les juges : quelle portée ?

Ce n'est pas son sexe biologique que l'on reprochait à Anne Hopkins mais la manière dont son allure et ses attitudes ne correspondaient pas au modèle implicite des femmes que l'employeur cherchait à promouvoir dans le

4 490 U.S. 228 (1989).

5 En revanche, il existe une interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle au niveau de certains États fédérés : V. la lutte pour l'adoption de la proposition de loi fédérale américaine *Employment Non Discrimination Act (ENDA)* introduite en vain chaque année depuis 1994. La dernière tentative à la Chambre des Représentants date du 6 avril 2011, le projet de loi du 112e Congrès (2011-2012), H.R.1397 et au Sénat, S. 811 du 14 avril 2011 V. pour une vision critique de l'appréhension des droits des homosexuels sur le terrain constitutionnel, T. M Massaro, *Gay rights, thick and thin*, Stanford L. Rev. 1996, Vol. 49, p. 45

6 R. Ford, *Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique*, Thèmes et commentaires, La diversité raciale, dir. S. Robin-Olivier, F. Guiomard Dalloz 2009, p. 77.

Livre Jurisprudence n°2.indb 98 08/08/2011 12:02:43

cabinet. Les juges ont été sensibles à l'ensemble de l'argumentation critique du demandeur : elle s'appuyait notamment sur le témoignage d'un expert en psychologie sociale qui exposait les effets de la construction sociale du genre sur les évaluations patronales des candidats par rapport aux exigences réelles du poste.

Un petit détour préalable en droit français permet d'illustrer que ces préjugés peuvent aussi ressortir dans les arrêts de la Cour de cassation. Un exemple porte sur le contrôle de l'égalité salariale entre hommes et femmes et l'appréciation incontournable de la valeur égale du travail entre les hommes et les femmes. Dans une espèce, la comparaison s'effectuait entre une salariée, cadre supérieur ayant des fonctions de support logistique de ressources humaines, par rapport aux autres directeurs de l'entreprise. Cette différence de responsabilités n'était pas considérée de valeur égale alors que la classification des métiers était comparable. La Cour de cassation distingue alors les fonctions de directeur « spécialisé » de celles de directeur non spécialisé (direction transversale comme les ressources humaines) : la cour d'appel relève que « *les autres salariés masculins exerçant une fonction de directeur spécialisé (directeur industrie, directeur études-projet, directeur commerce), au même niveau hiérarchique avec la même qualité de membre du comité de direction et la même classification, bénéficiaient de rémunérations sensiblement supérieures à l'intéressée et disposaient en outre d'un véhicule de fonction qu'elle n'avait pas, que la salariée présente ainsi des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination à son préjudice et que la société ne précise pas en quoi ses fonctions n'étaient pas comparables à celles des autres directeurs* »… « *attendu cependant que si l'employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, n'effectuent pas un travail de valeur égale des salariés qui exercent des fonctions différentes* »[7]. D'après la Haute Cour, la différence de nature de fonctions (spécialisées vs. fonctions support) justifie l'absence de comparabilité du travail et ainsi la différence de rémunération entre la femme directrice et les hommes directeurs[8]. Les motifs invoqués par la Cour de Cassation n'expliquent pas l'absence d'équivalence des postes en dehors d'une valorisation implicite des fonctions spécialisées attribuées aux hommes.

Mais la Cour de cassation évolue dans son appréhension du travail à valeur égale en 2009 :

> Tout employeur est tenu d'assurer pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe ; que sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse… qu'il appartenait donc à la cour d'appel d'exiger de l'employeur la preuve d'éléments de fait susceptibles de caractériser une telle inégalité de rémunération et de rechercher notamment si les tâches respectives des deux salariés ne pouvaient être considérées comme exigeant de leur part un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse.[9]

Ces arrêts illustrent les difficultés de l'analyse de l'égalité par la comparabilité qui peut impliquer plusieurs risques ; elle induit en effet la recherche de critères de comparabilité en fonction d'une évaluation parfois subjective, outre la qualité du travail, de l'importance des fonctions : cette démarche peut véhiculer des préjugés des juges sur la valeur de certaines fonctions ou tâches dans le cadre de l'évaluation des tâches comparables ou à valeur égale ; elle peut

7 C. Cass.Soc. 26 juin 2008, 06-46204 : la Cour de cassation, sans justifier l'évaluation sexuée des fonctions, admet des différences de rémunération au détriment d'une salariée de même niveau et coefficient entre formateurs car ils n'avaient ni la même expérience professionnelle ni le même niveau de formation et accomplissaient des tâches rémunérées de nature différente.

8 C. Cass.Soc. 26 juin 2008, 06-46204, précité.

9 C. Cass.Soc. 1er juillet 2009 n° 07-42691.

Livre Jurisprudence n°2.indb 99 08/08/2011 12:02:43

participer, de ce fait, au cloisonnement culturel, social et hiérarchisé des types de postes par sexe.

Mais aux États-Unis, l'arrêt Price Waterhouse n'est pas isolé dans ses réflexions sur les contours du genre. Les analyses doctrinales américaines reviennent sur les limites du débat manichéen entre les tenants du caractère immuable et biologique de l'orientation sexuelle[10] et la vision de la construction sociale des catégories à partir de la référence au genre et à l'homosexualité. La prise de conscience judiciaire des stéréotypes a ouvert un champ de discussion plus large sur la distinction entre le sexe et le genre. En effet, si la discrimination était générée par un jugement sur le comportement peu féminin d'Anne Hopkins, cette perception normée du genre peut s'appliquer à un homme considéré « trop féminin »[11] ou un transgenre[12]. C'est la non-conformité à la norme sociale binaire (homme v. femme) par le décalage entre la conception du sexe biologique et le comportement qui y est associé, conforté par l'observation des sciences sociales, qui se traduit par la preuve de la discrimination sous forme de préjugés.

Pourtant il est possible de considérer autrement la portée de la loi interdisant les discriminations. Le piège du droit de la discrimination est de considérer implicitement la discrimination comme engendrée par une vision figée de la différence biologique des sexes que l'on ne retrouve pas toujours dans les caractéristiques des hommes ou des femmes faisant l'objet de discrimination. Parfois le fait de ne pas correspondre au comportement de son propre sexe, masculin ou féminin, entraîne en lui-même un risque de discrimination que la loi n'avait pas anticipé mais auquel elle a contribué : la loi s'attaque aux conséquences des différences de traitement radicales entre hommes et femmes plutôt qu'aux comportements qui ne correspondent pas aux perceptions du genre au sein d'une même catégorie de personnes[13].

Dans l'appréciation concrète des faits et de leur qualification, cette reconnaissance des stéréotypes a pu être utile, reprise ou rejetée, selon les cas, par les juges en procédant par analogie : tout stéréotype fondé sur le sexe est une discrimination fondée sur le sexe selon l'arrêt Price Waterhouse. S'agissant des discriminations professionnelles envers les homosexuels, les juridictions ont assez systématiquement rejeté l'idée d'inclure dans la conception du sexe, la discrimination en raison de l'orientation sexuelle en précisant que les amendements à la loi fédérale ont systématiquement rejeté une extension à ce critère[14].

En revanche, le sens des arrêts sur la prise en compte des stéréotypes dans le cas du transsexualisme est beaucoup plus partagé : dans certaines décisions, c'est la même argumentation que pour l'orientation sexuelle autrement dit le renvoi à l'intention du législateur : le juge s'en tient à reconnaître uniquement le critère biologique du sexe[15]. Mais dans d'autres arrêts, les juridictions ont considéré que le fait de stéréotyper en fonction d'une certaine conception du sexe était constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe[16] ou constituer une discrimination car, sans la question du sexe, cette différence de traitement arbitraire n'aurait pas eu lieu[17]. Selon certains juges, « *le Titre VII (loi qui interdit les discriminations professionnelles fondées sur le sexe) protège contre la discrimination fondée sur le sexe et le genre, notamment le fait de ne pas « se conformer aux attentes sur le genre qui sont socialement construites* »[18].

10 V. J. Halley, *Sexual orientation and the politics of biology : a critique of the argument from immutability*, Stanford L. Rev. fév. 1994, p. 504.

11 V. Mary Anne Case, *Disaggregating gender from sex and sexual orientation : the effeminate man in the law and feminist jurisprudence*, Yale L. J., Vol. 105, 1995, p. 1.

12 Le transgenre dans son sens courant apparu au Québec, décrit les personnes dont le genre – l'identité psychique et sociale reliée aux concepts d'homme et de femme – entre en conflit avec leur sexe biologique.

13 V. K. Franke, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law : the Disaggregation of Sex from Gender*, U. Penn. L. Rev., vol. 144, 1995, p. 1.

14 Hamm v. Weyauwega Milk Prod., Inc, 332 F.3d 1058 (7th Cir. 2003) ; DeSantis v. Pacific Tel & Tel. Co., 608 F. 2d 327 (9th Cir. 1979).

15 Ulane v. Eastern Airlines, Inc, 742 F.2d 1081, 1083 (7th Cir. 1984).

16 V. Schwenk v. Hartford, 204 F 3d. 1187, 1202 (9th Cir. 2000) ; Rosa v. Park West Bank & Trust Co., 214 F.3d 213 (1st Cir. 2000).

17 Citant directement l'arrêt Price Waterhouse v. Hopkins : Smith v. City of Salem 378 F. 3d 566 (6th Cir. 2004) ; Schroer v. Billington, 424 F.Sup. 2d 203 (D.D.C. 2006).

18 V. Schwenk, v. Hartford arrêt précité.

Livre Jurisprudence n°2.indb 100 08/08/2011 12:02:43

Ce type de raisonnement qui dépasse le sexe pour considérer, de manière plus fonctionnelle, le genre et la finalité, la fonction de la règle interdisant la discrimination, ne semble pas encore très présent en droit interne français : un arrêt de la Cour de cassation reflète la stricte application du critère du sexe s'agissant du bénéfice d'un congé de paternité invoqué par la compagne homosexuelle d'une salariée pacsée qui avait accouché et que la Cour de cassation écarte d'emblée en 2010 sans autre discussion : « *Mais attendu qu'il résulte des articles L. 331-8 et D. 331-4 du code de la sécurité sociale, que le bénéfice du congé de paternité est ouvert, à raison de l'existence d'un lien de filiation juridique, au père de l'enfant ; que ces textes excluent toute discrimination selon le sexe ou l'orientation sexuelle, et ne portent pas atteinte au droit à une vie familiale ; et attendu que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel en a déduit que Mme X… ne pouvait pas prétendre au bénéfice du congé de paternité.* »[19]Sur la question de l'ouverture des droits sociaux aux couples homosexuels, la CJUE semble plus ouverte à la discussion relative à une conception de la discrimination qui se préoccupe des problématiques du genre[20].

Après les préjugés exprimés et repérés dans l'arrêt *Price Waterhouse*, les juges américains ont été également alertés sur les sources de ces préjugés ou sur leur forme plus subtile, les préjugés inconscients ou implicites qui pouvaient aussi sous-tendre une décision discriminatoire. Les experts en psychologie sociale et en gestion ont élaboré des tests afin d'identifier la présence de ces préjugés inconscients lorsqu'un sujet est invité à associer des images de personnes de différentes catégories protégées avec des qualificatifs positifs ou négatifs notamment le test « Implicit Association Test » (*IAT*) : la rapidité de leur association reflète leur inclination à un préjugé favorable ou défavorable[21]. Certains auteurs de la doctrine juridique féministe ont étudié cette prise de conscience de ces préjugés afin de comprendre le peu d'intérêt de prouver l'intention discriminatoire[22] et permettre de questionner l'utilité d'une pénalisation du droit des discriminations en France se fondant forcément sur l'existence d'un élément intentionnel[23]. Il existe donc une dimension cognitive forte dans l'acte discriminatoire, relevée par les sciences sociales et la doctrine juridique, que les juges ne négligent plus désormais même si cela n'exonère pas l'auteur de sa faute.

Récemment, cette prise en compte judiciaire des stéréotypes conscients et inconscients a permis de déceler les pratiques discriminatoires, en matière de salaire, de grande ampleur de la part de cadres d'une grande entreprise américaine envers les femmes salariées qui ont intenté une *class action Duke v. Walmart*[24]. L'affaire a été portée, devant la Cour Suprême, par Walmart qui vient d'obtenir gain de cause[25]. Or, au niveau de la Cour d'appel afin de montrer que la *classe* de demandeurs avait subi le même préjudice,

19 Soc.11 mars 2010 n° 09-65853 ; V. en dehors du droit du travail, aussi la dernière question prioritaire de constitutionnalité qui déclare l'interdiction du mariage homosexuel conforme à la Constitution, Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 V. la décision sur internet : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html.

20 CJCE 1er avril 2008 *Maruko* Aff. C-267/06 sur le droit à une pension de reversion au compagnon homosexuel d'un salarié décédé. Plus récemment et dans le même sens, CJUE 10 mai 2011, *Römer* Aff. C-147/08.

21 V. Il s'agit d'un test gratuit mis au point par des psychologues de Harvard Mahzarin Banaji et Anthony Greenwald : http://implicit.harvard.edu ; V. Anthony G. Greenwald et al., « Measuring individual differences in implicit cognition : the Implicit Association Test », Journal of Personality and Social Psychology 74, 1998, p. 1464 et s.

22 L. Krieger, *The Content of our categories : a cognitive bias approach to discrimination and equal employment opportunity*, 47 Stan. L. Rev. (1995), p. 1161.

23 V. notamment L. Krieger, *Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations*, Étude pour la French American Foundation/Sciences Po avril 2008.

24 Duke v. Walmart, décision de la Cour d'appel fédérale *en banc (9e Circuit)*, V. http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2010/04/26/04-16688.pdf.

25 La Cour Suprême n'a pas voulu reconnaître que l'action collective menée remplissait les critères certifiant l'existence d'une *class action*, au nom d'un ensemble vaste de salariées de Wal Mart, dénonçant des pratiques discriminatoires,20 juin 2011, V. http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-277.pdf.

Livre Jurisprudence n°2.indb 101 08/08/2011 12:02:43

les juges ont admis que des entretiens entre psychologue et managers pouvaient contribuer à prouver que les évaluations professionnelles des caissières, donnant accès à des formations et éventuellement des promotions, étaient fortement stéréotypées[26].

2. Limites : la « médicalisation » de la discrimination et le contrôle social des préjugés

Malgré l'intérêt d'une sensibilité des juges américains aux stéréotypes pour prouver l'étendue des discriminations, certains auteurs de la doctrine invitent à prendre garde face à une influence trop forte des théories de psychologie sociale dans la lutte contre les discriminations. Pour se faire, il s'appuie sur les dangers que pose toute tentative de « médicalisation », de maîtrise totale des sources de la discrimination car « débarrasser la société de ses préjugés inconscients est le travail des poètes, des écrivains et des artistes, non celui des juristes et des juges. »… « La recherche de préjugés implicites est une œuvre de police des consciences. »[27] L'employeur peut-il être guéri de cette « pathologie » ? D'autres études montrent, en sens inverse, que les préjugés implicites sont moins prévalents ou diminuent en intensité au contact de personnes issues de la diversité lorsqu'elles sont introduites à des postes de pouvoir[28]. Donc la prégnance des préjugés implicites serait, elle-même, variable, contextuelle et peut être modulée avec le temps, voir réduite grâce à l'introduction d'une diversité symbolique à tous les échelons du pouvoir.

D'après le Professeur Richard Ford, il convient d'adopter un autre positionnement au regard de ce suivi des préjugés. Le test *IAT* ne peut absolument pas prouver qu'un individu a été l'auteur d'une discrimination ou le sera comme l'admettent volontiers ses auteurs. En effet, entre l'existence du préjugé et la prise de décision, l'individu peut exercer une autocensure. Il fait observer à propos des préjugés racistes mais l'exemple fait réfléchir aussi au sexisme : *« la théorie des préjugés implicites renforce la croyance rassurante, mais incorrecte, selon laquelle les controverses sur le racisme sont fondamentalement des discussions au sujet d'un état d'esprit des personnes plutôt que des controverses idéologiques sur les exigences de justice sociale et les limites de l'intervention législative. »*[29] Cette analyse rejoint une vision plus générale du droit de la discrimination par le mouvement américain *Critical Legal Studies*, comme un droit qui peut perpétuer la situation de victimes individuelles de discriminations sans s'attaquer aux modes de subordination plus profonds à l'œuvre, qui se nouent entre employeurs et salariés de minorités visibles[30]. Ainsi ont été présentés deux exemples d'approches critiques du droit de la discrimination et des limites de ce droit face à l'appréhension judiciaire des préjugés, indices de discrimination éventuelle.

Cette même observation de la forte portée prescriptive du droit de la discrimination se retrouve dans l'analyse du harcèlement sexuel aux États-Unis. Il mérite attention étant donné que la loi de lutte contre les discriminations professionnelles en 2008 a intégré le harcèlement sexuel ou harcèlement discriminatoire quel que soit le critère dans la définition même de la discrimination afin de se mettre en conformité avec le droit européen[31]. Le harcèlement sexuel pose la question à la fois de la qualification plus étendue du harcèlement[32] et de son influence sur les rapports entre

26 M. Mercat-Bruns, *Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques*, Revue OFCE juillet 2010, p. 185.

27 V.R. Ford, *op. cit.,* p. 77.

28 F. Dobbin, *Inventing Equal Opportunity*, Princeton University Press, 2009, p. 102 ; ce sociologue évalue ces politiques avec leurs forces et leurs faiblesses. V. aussi, pour une vision proche du mouvement d'économistes (Behavioral Economics), C. Jolls, Antidiscrimination Law's Effects on Implicit Bias, *Behavioral Economics of Employment Discrimination*, Mitu Gulati and Michael Yelnosky, eds., Kluwer Academic Publishers, 2006.

29 V.R. Ford, *op. cit.,* p. 77.

30 K. Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment : Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. Law Rev., 101 (1988), p. 1331.

31 Loi nº 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations qui a modifié : l'article 1132-1 du Code du travail

32 En dehors des actes à connotation sexuelle, le harcèlement se caractérise de plus en plus par l'environnement hostile qu'il crée ; v. la directive 2000/78 sur le cadre d'application des discriminations et l'article L 1132-1 du Code du travail.

Livre Jurisprudence n°2.indb 102 08/08/2011 12:02:43

hommes et femmes ou salariés de même sexe dans l'emploi. Or une partie de la doctrine féministe qui déplore le harcèlement sexuel comme une autre manifestation de la domination des hommes sur les femmes[33], a vu naître un autre point de vue : celui de ceux qui, tout en soutenant la nécessité de règles qui interdisent le harcèlement hétérosexuel ou homosexuel, voient, dans les normes véhiculées, une forme de contrainte sociale inhibant, en amont, toute manifestation « à connotation sexuelle » de l'individu[34] dans l'entreprise, de peur d'être victime ou, au contraire, de transgresser la loi ; on aboutit à une forme d'autocensure des individus au travail alors que persiste le standard présenté comme objectif de l'homme ou de la femme « raisonnable »[35] ; un mode de contrôle social niant à la fois l'intérêt des féministes et des militants homosexuels[36] ; le risque que pose cette culpabilité potentielle des individus a été évoqué par certains juges mais surtout pour éviter que la qualification de harcèlement impose un « code générale de civilité » qui aurait des difficultés à s'appliquer dans certains contextes précis[37].

En somme, personne ne peut être en faveur des discriminations et du harcèlement dans l'emploi. Le regard critique des juges américains dans l'application des normes glane ici et là certaines leçons utiles, tirées des sciences sociales. En même temps, ne doit-on pas, de temps à autre questionner la possible rigidité d'une taxonomie légale ou judiciaire des comportements ou des préjugés, de nature sexuelle ou pas, qui nie, en pratique, la complexité de l'interaction humaine ? Autrement dit, admettre aussi la persistance des préjugés, malgré la loi, et l'existence de certains jeux de séduction dans l'entreprise comme expression d'une autonomie identitaire de chacun, peut donner un espace supplémentaire de discussion sur le droit de la discrimination : cela peut être une norme qui « transforme »[38] les rapports de travail, pas toujours dans le sens initialement prévu ; prendre acte des limites de la norme interdisant les discriminations et le harcèlement visant l'individu peut aussi lui insuffler un rôle de catalyseur afin de permettre au juge d'identifier les discriminations plus graves, de nature systémique[39], à l'œuvre dans l'entreprise.

II. Les moyens de défense de l'employeur et la discrimination fondée sur le sexe : vers une analyse judiciaire systémique des causes de la discrimination ?

Une fois que le demandeur, dans un procès relatif à une discrimination invoque une différence de traitement, il appartient au défendeur, le plus souvent l'employeur,[40] de produire (aux États-Unis » ou de prouver (en France) que

33 V. les travaux de C. McKinnon retracés dans l'ouvrage global sur la question : R. Siegel, C. MacKinnon, *Directions in sexual harassment law,* Yale University Press 2003, p. 8.

34 D. Kennedy, *Sexy dressing,* etc. Harvard University Press, 1993 p. 209.

35 Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc, et Al-523 U.S. 75 : «Un comportement qui n'est pas intense et assez prégnant pour créer un environnement abusive ou hostile – un environnement qu'une personne raisonnable trouverait hostile ou abusive – dépasse la portée du Titre VII", V. Harris c/ v. Forklift Systems, Inc., 510 U.S., at 21, citant l'arrêt Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U. S. at 67.

36 J. Halley, in R. Siegal, C. McKinnon, *Direction in Sexual Harassment Law*, Yale Univ. Press 2004 p. 183.

37 Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc, et Al-523 U.S. 75. "*And there is another requirement that prevents Title VII from expanding into a general civility code. As we emphasized in Meritor and Harris, the statute does not reach genuine but innocuous differences in the ways men and women routinely interact with members of the same sex and of the opposite sex*." Le juge fait notamment référence aux vestiaires d'équipes de sport où l'interaction entre les hommes ne pourrait, d'après lui, pas faire l'objet d'un contrôle de même nature.

38 V. notamment R. Post, *Prejudicial Appearances, The logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, 2001, p. 40.

39 Les discriminations systémiques peuvent se définir dans l'emploi, comme « une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres du groupe » protégé par la loi », V. M-T. Chicha-Pontbriand, *Discrimination systémique-Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Commission des droits de la Personne du Québec, 1989, Ed. Yvon Blais, p. 85.

40 Ce peut être le syndicat qui est poursuivi comme employeur par exemple, V. aux États-Unis, ce qu'autorise le Titre VII de la loi sur les droits civiques de 1964.

Livre Jurisprudence n°2.indb 103 08/08/2011 12:02:43

sa décision a été prise pour une raison (objective en France) étrangère à toute discrimination[41].

Le professeur Vicki Schultz est revenue sur l'étendue des arguments patronaux justifiant des discriminations à l'encontre des femmes au recrutement et à l'occasion de promotions à certains postes[42]. En effet, dans l'arrêt *EEOC v. Sears Roebuck*, les juges avaient considéré, en première instance, que le cloisonnement du marché du travail, qui se traduit par certains postes mieux payés réservés aux hommes et d'autres moins bien payés, réservés aux femmes, était lié au choix fait par les femmes par rapport à la sphère privée. Même en présence de statistiques qui montraient clairement un plus faible taux de recrutement et de promotion des femmes, les juges avaient retenu l'argument selon lequel les femmes n'étaient pas « intéressées » par les postes de vente rémunérés à la commission : les femmes et leur empathie naturelle n'étaient pas, par exemple, faites pour l'esprit compétitif nécessaire à la vente et l'entreprise en avait tout simplement pris acte. Vicki Schultz poursuit en montrant, qu'outre cette position conservatrice qualifiant ce qui est un travail féminin et ce qui est masculin, l'argumentation plus progressiste des femmes, victimes des discriminations, n'était pas forcément plus efficace pour montrer les discriminations systémiques à l'œuvre. En s'attachant aux stéréotypes sur les femmes que la loi condamne et le droit de certaines femmes à intégrer exceptionnellement des milieux du travail à forte présence masculine, la position plus progressiste semble toujours soutenir l'idée que la majorité des femmes, en dehors de la sphère du travail, ne choisit pas ces métiers masculins.

V. Schultz montre que l'argumentation du demandeur pourrait partir d'un postulat moins centré sur l'individu : ce serait moins un choix privé des femmes et davantage l'employeur qui met en place, de manière structurelle, des mécanismes qui excluent les femmes de certains métiers plus masculins mais plus rémunérateurs. Les juges ne prennent pas toujours en compte deux aspects institutionnels de l'organisation du travail qui favorisent, au contraire, l'absence de choix professionnel des femmes, au cours de leur carrière. La première est de mettre en place des systèmes de primes et de mobilité moins intéressants pour les postes occupés par les femmes en majorité ; cela peut générer effectivement chez elles, un manque d'émulation et de combativité pour évoluer sans que ce choix provienne de leur vie privée. En outre, l'employeur peut laisser perdurer un environnement hostile aux femmes dans certains métiers masculins. Comme l'acquisition de certaines compétences et d'un savoir faire repose sur des formations avec leurs collègues masculins, il suffit à l'employeur de ne pas combattre des formes plus subtiles de harcèlement qui dissuadent les femmes à intégrer ou à demeurer dans certains corps de métiers.

Ce commentaire de la doctrine américaine illustre l'apport possible de la critique qui part du contentieux pour dévoiler les failles, non pas de la loi, mais des arguments développés par les parties dans l'arène judiciaire. Même les juristes progressistes qui défendaient l'égalité et la non-discrimination dans cette affaire ne puisaient pas forcément leurs conclusions dans les manifestations de la discrimination systémique à l'œuvre. Dans ce cas, le contentieux n'est qu'un exemple de la difficulté d'identifier en profondeur les inégalités entre hommes et femmes ayant une dimension structurelle, voir entre individus d'un même sexe ayant des intérêts de nature différente. Certains arrêts montrent une segmentation équivalente du marché de l'emploi en France[43] mais la jurisprudence française a encore des difficultés à identifier les discriminations quand elles sont subtiles[44]. En

41 Une différence encore avec le droit américain qui admet une raison légitime non discriminatoire « *a legitimate non discriminatory reason* » sans forcément préciser qu'elle doit être objective ou subjective ; le souci d'objectivité est-il réaliste ?

42 V.V. Schultz, Telling stories about women and work, Judicial interpretations about sex segregation in the workplace in Title VII cases raising the lack of interest argument, Harvard L. Review 1990, Vol. 103, p. 1750

43 Soc 12 fév. 1997, USAI Champignons c/Mmes Douarre et Daudel, Bull V n° 58, Dr. Soc. 1997, p. 526.

44 V. Lucie Cluzel, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et*

Livre Jurisprudence n°2.indb 104 08/08/2011 12:02:44

effet, une fois les allégations de différences de traitement fondées sur le sexe avérées, c'est souvent tout simplement l'absence de motivation objective de l'employeur qui permet d'obtenir gain de cause ; ce n'est pas un débat sur la qualité de la défense requise de la part de l'employeur en termes de justifications objectives (individuelles ou structurelles) de la différence de traitement. Le jour où les employeurs auront compris comment préparer systématiquement leur défense par une approche individuelle ou collective plus construite, les juges français et européens dans leur ensemble devraient être prêts à se pencher sur les véritables rouages, parfois inégalitaires, derrière les mécanismes de sélection apparemment neutres dans l'entreprise : usage des système de classification, du temps partiel ou de l'ordre des licenciements.

En France, le silence qui entoure la faible reconnaissance judiciaire des discriminations indirectes est révélateur de la difficulté d'intégrer une pensée critique plus systémique des discriminations. Si l'on regarde les derniers arrêts qui concernent la discrimination indirecte appliquée à l'âge, on constate que le droit de la discrimination suscite encore et toujours une recherche de la corrélation étroite entre l'existence d'un critère apparemment neutre d'une pratique et l'effet du critère sur la population concernée. Mais l'évaluation plus fine de la proportion de personnes désavantagées par une pratique n'est pas entreprise. Pourtant la logique de la discrimination est bien de mesurer l'effet proportionnel de la règle[45] mais la conception de la discrimination, influencée notamment par la tradition de l'égalité civile et républicaine en France, demeure profondément marquée par l'approche individuelle de ces questions et non collective, notamment par groupe[46]. C'est peut-être mieux ainsi mais encore faut-il qu'une amorce de discussion s'engage.

Le regard critique américain invite également le législateur à envisager la difficulté de concilier les intérêts de différents individus ou groupes dans l'emploi, associés à des caractéristiques protégées : les femmes, les personnes handicapées, les travailleurs âgés…

III. La loi, l'emploi et la prise en compte d'une construction de la différence au-delà des critères dits « interdits » ?

Cette réflexion s'achève sur un dernier exemple à travers lequel les auteurs de la doctrine américaine, par leurs critiques, proposent de nouvelles façons d'appréhender les discriminations professionnelles dans la loi. L'influence des auteurs de doctrine sur le législateur est assez courante en France[47]. L'originalité dans la démarche américaine est la forte innovation dont certains auteurs ont fait preuve pour faire évoluer le concept même de discrimination grâce à la pensée critique.

La Dean de Harvard Martha Minow, entre autres, a montré les limites des normes sur l'égalité et la non-discrimination qui, d'un côté, ignore les différences à travers l'égalité de traitement, formelle, et qui ne permet pas ainsi de compenser les inégalités de fait et d'un autre côté, les normes qui prennent en compte les différences, par l'*affirmative action* aux États-Unis ou le droit social en France, et qui perpétuent les inégalités en stigmatisant la vulnérabilité, la faiblesse des personnes aidées[48]. Ce « dilemme de la différence » l'incite à chercher à savoir comment la

de la Cour de cassation, étude proposée à la Halde, La Documentation Française, 2011.

45 V. les deux derniers arrêts sur l'âge : Soc. 30 avril 2009 n° 07-43945 : il s'agissait de déterminer si le plafonnement des indemnités de licenciement à 12 ans d'ancienneté avait un effet discriminatoire sur les salariés âgés et la Cour retient que cela peut affecter les salariés plus jeunes (ayant de l'ancienneté) sans se poser la question de la proportion des salariés désavantagés selon les tranches d'âge et v. Soc. 19 oct. 2010 n° 08-45254 ; V. aussi plus largement M. Mercat-Bruns, *Retour sur la discrimination fondée sur l'âge*, Revue de droit du travail octobre 2010, p. 587.

46 V. M. Mercat-Bruns, *Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation*, RDT juillet 2011, à paraître.

47 V. C. Jamin, P. Jestaz, *La doctrine,* 2004, Dalloz, p. 10.

48 V. l'ensemble de la démonstration de l'ouvrage M. Minow, *Making the Difference, Inclusion, Exclusion and American Law*, Cornell University Press, 1990. V. aussi les réflexions sur les analyses de M. Minow : M. Mercat-Bruns, *Vieillissement et droit à la lumière du droit français et du droit américain* LGDJ 2001

Livre Jurisprudence n°2.indb 105 08/08/2011 12:02:44

différence ,se construit et elle propose de réfléchir aux normes prenant en compte la relation qui fait la différence en s'éloignant de l'idée que la différence est exclusivement imputable à la personne. Par exemple, cette conception de la différence est à l'origine du concept d'aménagement raisonnable selon lequel l'employeur n'est pas seulement tenu de ne pas traiter différemment une personne handicapée dans l'emploi mais la non-discrimination implique au-delà une obligation de faire, de trouver des aménagements pour elle[49]. Cette loi de 1990 qui a inspiré le droit européen[50] et donc le droit français, est plutôt subversive dans la mesure où la question n'est plus : quel est l'acte discriminatoire, mais plutôt en quoi la situation contractuelle, la relation de travail génère-t-elle l'exclusion de la personne handicapée ?[51] Cette perspective qui part d'une critique de la construction de l'opposition entre les « victimes » des discriminations et leurs « bourreaux » s'inscrit dans la volonté de penser autrement la différence[52]. Certains lui reprochent son caractère individuel[53].

Cette analyse qui part du cadre dans lequel émerge une différence dans le milieu du travail a fait naître d'autres réflexions plus larges sur l'adaptation du monde du travail à différents intérêts de groupes qui peuvent s'entrecroiser. Le Président Obama a soutenu une réflexion plus globale de ces mêmes chercheurs[54] sur l'idée de « workplace flexibility »[55], la manière de concevoir un environnement de travail suffisamment souple pour prendre en compte en amont, en même temps, les intérêts des parents avec enfants en bas âge, les travailleurs âgés, les personnes handicapées, les personnes ayant certaines convictions religieuses… Quels sont les intérêts communs, les tensions, les facteurs d'intégration à envisager pour réussir à concilier les préoccupations de chacun ? On se souvient de la réflexion brillante sur l'*intersectionalité* du Professeur de droit Kimberley Crenshaw qui a inspiré l'ensemble des sciences sociales[56] où elle dénonce le revers de ces catégorisations des personnes lorsqu'elles cumulent plusieurs différences[57].

L'intérêt sans doute ici est, en premier lieu, de découvrir une démarche de politique législative par le biais d'un « brainstorming » théorique qui part d'une réflexion critique sur les limites du droit de l'emploi et des discriminations. En deuxième lieu, la notion classique de discrimination liée à une caractéristique physique immuable laisse place à une discussion plus pragmatique sur les causes et les conséquences de toutes sortes de discriminations liées notamment à des libertés (religion, vie privée) afin de réfléchir autrement à la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle, sans cloisonnement selon les disciplines

49 V. aux États-Unis la loi Americans with Disabilities Act (1990) Pub.L. 101-336, 104 Stat. 327, enacted July 26, 1990, codified at 42 U.S.C. § 12101, modifié par les amendements de 2008 (Public Law 110-325) et la loi française n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

50 Directive 2000/78 relatif à un cadre général de discrimination dans l'emploi.

51 Ce n'est pas tout à fait vrai, à mon sens, en droit français qui évoque, encore dans la loi, un droit à compensation (cela suggère implicitement une aspiration à rendre la personne handicapée comme les autres (compenser un manque), que la personne handicapée est bénéficiaire de mesures pour compenser sa différence (qui lui serait imputable ?) plutôt que de s'attacher aux ajustements de chaque partie, employeur ou salarié pour améliorer la relation de travail dans un but commun de sécuriser l'emploi et la performance.

52 Cette pensée est extrêmement féconde pour ceux qui prônent une approche fonctionnelle des discriminations, V. notamment M. Mercat-Bruns, *Vieillissement et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, LGDJ, 2001.

53 Ainsi, Vicki Schulz lors du colloque du 24 juin 2010.

54 Notamment les travaux de C. Feldblum. V. le prolongement de cette réflexion dans « Rectifying the tilt : equality lessons from religion, disability, sexual orientation, and transgender », Maine L. Rev. 2000, vol. 54, p. 159.

55 http://www.whitehouse.gov/blog/2010/04/01/a-conversation-workplace-flexibility.

56 Le terme d'*intersectionalité* vient de Kimberley Crenshaw, *Mapping the margins : intersectionality, identity politics and violence against women of color*, Stanford Law Review 1991, vol. 43, p. 1241 notion reprise par les sociologues, V. *Race, Class and Gender : An Anthology*, ISBN 0-534-52879-1, co-edité par Patricia Hill Collins and Margaret Andersen, 1992.

57 K. Crenshaw, *Mapping the margins : intersectionality, identity politics and violence against women of color*, 43 Stanford Law Review 1991, p. 1241, précité.

Livre Jurisprudence n°2.indb 106 08/08/2011 12:02:44

du droit (un des freins dans la doctrine française), dans un continuum d'analyses qui intègrent l'éducation, l'emploi et la formation[58] ; certes, aux États-Unis, cela remplace sans doute un débat plus approfondi sur la protection sociale américaine qui est difficilement mis à l'ordre du jour. C'est dans ce sens, qu'en Europe et au niveau international, le débat sur l'articulation entre la construction du droit de la discrimination et l'évolution de l'État providence mérite, dans cette même perspective, d'être davantage approfondi et élargi[59].

Conclusion

Le fait que les professeurs de droit américains, entre autres, qui contribuent à façonner la doctrine, ont également été quasiment toujours d'anciens praticiens du droit (avocats ou clercs auprès des juges) explique sans doute une certaine politique des vases communicants entre la réflexion théorique et la pratique judiciaire ou la politique législative aux États-Unis. La nature même du droit américain à forte teneur jurisprudentielle, constamment nourri par l'argumentation factuelle, explique également que la théorie elle-même s'ancre dans une observation simultanée de la pratique du droit et de l'évolution des sciences sociales[60]. Toutes ces constatations expliquent peut-être cette perméabilité des frontières entre théorie juridique et pratique mais force est de constater que l'intérêt de ce dialogue réside autant dans ses résultats concrets que dans cet espace de discussion supplémentaire qui est créé pour interroger sans cesse les normes et leur mise en œuvre au regard de l'évolution de la société. Comme nous l'avons déjà mentionné, une dynamique semblable, entre théorie et pratique, semble désormais être possible sous l'impulsion des jurisprudences européennes qui suscitent des discussions incontournables lors de leur réception en droit interne[61].

58 V. les travaux de S. Sturm notamment *The Architecture of Inclusion : Advancing Workplace Equity in Higher Education*, Harv. J. L. and Gender, vol. 29, 2006, p. 247.

59 V. J-P. Lhernould, «La Cour de justice de l'UE est-elle *antisociale*? RJS 2010 p.507 ; A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Seuil 2010 ; M-A. Moreau, *Normes sociales*, droit du travail et *mondialisation* : confrontations et mutations Dalloz, 2006 ; Il arrive tout de même que certaines dites « protections » du salarié peuvent augmenter le risque de discrimination, comme la maternité, et peuvent être conciliées de manière efficace avec le droit de la discrimination : V. M. Mercat-Bruns, *La portée de l'interdiction de licenciement au moment du congé maternité*, Revue Droit du Travail, janv. 2011, p. 31.

60 V. l'arrêt emblématique *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) et la célèbre note de bas de page 11 de l'arrêt qui renvoie aux sciences sociales pour expliquer l'inégalité dans les résultats à cause de la ségrégation scolaire (renverser la logique du « *separate but equal*, autrement dit « séparé mais égal ») et v. M. Mercat-Bruns, *Sciences sociales et discrimination dans l'emploi : leçons de l'expérience américaine*, Revue des Affaires européennes 2010 n°2, p. 185-202.

61 S. Robin-Olivier, *Politique sociale de l'Union*, RTDE juil-sept. 2010, p. 673.

Livre Jurisprudence n°2.indb 107 08/08/2011 12:02:44

Le genre critique : comment (ne pas) genrer le droit ?

Janet HALLEY*

Traduit par Vincent FORRAY

Introduction

La proposition de loi « renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes » du 27 novembre 2009[1] présente un certain nombre de caractéristiques extrêmement familières à qui a étudié le droit américain du harcèlement sexuel et des violences domestiques. Des idées américaines ont voyagé jusqu'en France et se trouvent dans le texte :

1. De nombreux États américains ont répondu aux exhortations de certaines féministes en pénalisant différemment les violences commises par les hommes sur des femmes et des enfants, supposant une différence de nature et de gravité entre de telles violences et celles commises par les femmes sur des enfants et des hommes.
2. De nombreuses féministes ont soutenu que des sanctions pénales ou civiles en cas de production, de distribution et de consommation de la pornographie s'imposaient afin de décourager les violences à l'encontre des femmes. Catharine A. MacKinnon a, quant à elle, soutenu que la pornographie *est* une violence faite aux femmes[2]. Les efforts tendant à modifier la loi ont presque entièrement échoué notamment du fait de la ferme opposition politique formée au nom de l'industrie pornographique, et de la volonté des juges de considérer la pornographie comme une expression protégée par le Premier Amendement.
3. Les féministes américaines ont convaincu certaines juridictions que les plaintes pour violences domestiques devaient donner lieu à un principe d'arrestation obligatoire et à une politique de « non-renon-

* Royall Professor of Law, Harvard Law School.

1 Le texte peut être consulté sur le site legifrance (dossiers législatifs, année 2010, proposition 2121). [*La loi « relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants » a été adoptée le 9 juillet 2010. Seront indiquées par la suite les correspondances entre le texte de la proposition utilisé par Janet Halley et le texte de la loi,* NDT].

2 MacKinnon, « Pornography, Civil Rights, and Speech », 20 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1, 60 (1985).

Livre Jurisprudence n°2.indb 109 08/08/2011 12:02:44

ciation » qui interdit au procureur de ne pas poursuivre, même lorsque la plaignante ne veut pas agir au plan pénal[3].

4. Le droit américain des violences domestiques ne concerne pas seulement les agressions physiques et les menaces d'agression physique, mais aussi l'intimidation psychologique. Les féministes américaines et, de plus en plus, le système juridique, considèrent ces formes de violence comme également préjudiciables en raison de leur capacité à produire des traumatismes ; les règles comme celles de l'arrestation obligatoire s'appliquent avec la même rigueur pour les affaires de violences physiques que pour celles de «violences» psychologiques[4]. Les féministes ont convaincu la Cour suprême américaine qu'une femme qui se plaint de harcèlement sexuel au travail peut être présumée avoir subi un préjudice ; aucune preuve du préjudice physique ou même psychologique n'est nécessaire[5].
5. L'une des plus remarquables percées de MacKinnon survenue très tôt dans la pensée juridique féministe a été de transformer les propositions et les contraintes sexuelles sur le lieu de travail en «harcèlement sexuel» et de les qualifier juridiquement comme discriminations[6]. Celui qui sollicite les *faveurs sexuelles* d'une subordonnée en échange d'avantages professionnels se livre à du harcèlement sexuel «donnant-donnant» [*quid pro quo*], et si les sollicitations sont permanentes ou suffisamment graves, il s'agit de harcèlement sexuel en environnement hostile. Dans un cas comme dans l'autre, la victime subit une discrimination à raison du sexe qui lui ouvre droit à indemnisation.

Ces aspects de la pensée juridique féministe américaine, dont plusieurs constituent des acquis législatifs, correspondent parfaitement à certaines positions législatives françaises. Une telle équivalence ne peut pas être accidentelle.

1. Les violences domestiques, qui peuvent être commises par des femmes contre des hommes ou des enfants, sont spécifiquement pénalisées lorsqu'elles sont commises contre des femmes et des enfants.
2. Les violences domestiques faites aux femmes sont liées aux «violences sexistes dans les médias» (art. 13 de la proposition de loi, art. 27 de la loi) Ceci obéit parfaitement à la classification de MacKinnon qui assimile la *représentation* des violences sexuelles aux violences sexuelles elles-mêmes.
3. Les violences domestiques faites aux femmes constituent une matière pénale particulière ce qui implique de les dérouter de la voie de la médiation normalement ouverte (art 16 de la proposition, art. 30 de la loi [*le texte a ici été modifié : la victime est présumée ne pas consentir à la médiation pénale,* NDT]). Ceci correspond parfaitement au droit américain des violences domestiques.
4. Les violences morales ou psychologiques sont visées par la loi, et considérées comme un mal tout aussi grave que les violences physiques (art 17 de la proposition, voir également art. 31 de la loi). Le texte français est même plus sévère que le droit américain pour qui une telle assimilation relève du droit de la discrimination. Il donne donc une action civile en dommages et intérêts alors que la loi française crée une infraction pénale.
5. Le harcèlement sexuel, qui comprend les incitations à des «faveurs sexuelles», est une forme de discrimination sanctionnée (art. 19 de la proposition [*rappr. art. 222-33 du Code pénal*]). Dans la proposition de

3 Jeannie Suk, «Criminal Law Comes Home», 116 *Yale L. J.* 2, 6, n.7, 12 n.26, 13 n.37. De nombreux États ont supprimé le pouvoir discrétionnaire qui permettait d'exercer des poursuites pénales en cas de violences domestiques sans imposer au défendeur une ordonnance au terme de laquelle retourner chez lui constitue un délit. *Id.* p. 17 n. 49.

4 J. Suk, «Criminal Law Comes Home», 116 *Yale L. J.* p. 43-44.

5 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson,* 477 U.S. 57 (1986).

6 Catherine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women : A Case of Discrimination* (New Haven : Yale U.P. 1979).

Livre Jurisprudence n°2.indb 110 08/08/2011 12:02:44

loi, l'expression « faveurs sexuelles » apparaît entre guillemets, probablement parce qu'elle est une traduction directe de l'anglais « *sexual favors* ». La législation adopte l'idée selon laquelle les propositions sexuelles constituent une *discrimination*. Une telle entreprise de pénalisation va au-delà de la loi américaine qui sanctionne de tels actes en tant qu'ils sont des délits civils.

Je pense qu'il est raisonnable de conclure qu'une certaine forme féministe de la pensée juridique américaine a exporté ses idées sur les violences sexuelles et domestiques en France.

Aux États-Unis, nous débattons intensément de ces questions, qui sont des questions de droit. J'ai participé à ces débats parce qu'ils me semblent traversés de prétentions descriptives du droit douteuses, et d'idées formalistes. On peut mentionner ici l'exhortation de ma collègue et amie Lama Abu-Odeh : « si vous exportez la pensée juridique américaine, exportez aussi la critique ». Voici donc une présentation de quelques manières américaines de critiquer (il y en a d'autres). Je les exposerai prudemment, sachant que leur réception provoquera d'importants et fascinants moments de couple. J'espère apprendre beaucoup des conversations transatlantiques qui suivront sur le sexe, le droit, le pouvoir et la critique.

Plan de l'essai

Voici comment se compose cet essai. Premièrement, dans « comment genrer le droit », je montre la manière dont le droit peut devenir genré dans la pensée américaine. Je développe trois approches qui tendent à genrer le droit : deux féministes (qui décrivent le droit comme masculin) et dont l'une vise à féminiser le droit ; et une approche critique qui admet la possibilité que le droit soit de sexe masculin, féminin ou ni l'un ni l'autre, ceci dépendant d'une critique complexe du droit et du sexe. Ensuite dans « le genre du droit pénal international », j'examine un effort féministe récent qui vise à rendre plus féminin le droit en temps de guerre, à l'inclure dans un univers féministe où les femmes font valoir les droits des femmes, et j'expose quelques raisons de penser qu'une telle réévaluation justifie un effort critique.

Enfin, dans « Repenser les sanctions contre les violences psychologiques » je me livre à une analyse des récents efforts menés aux États-Unis pour infliger des sanctions juridiques aux hommes lorsque les femmes font valoir un préjudice psychologique à la suite d'interactions érotiques et/ou sexuelles. Cette analyse est, en elle-même, critique. Je laisse au lecteur la question de savoir si les tenants français du réalisme juridique pourraient vouloir la développer à propos du texte que j'évoque dans l'introduction.

Comment genrer le droit ?

Une partie du débat américain, peut-être sa partie la plus fondamentale, implique la question : « le droit a-t-il un genre ? ». Certains répondent oui, d'autres, non. Une partie de ceux qui répondent « oui » disent que le genre du droit est le masculin. L'autre partie de ceux qui répondent « oui » disent que le droit est à la fois masculin et féminin – et que le droit est meilleur lorsqu'il est plus féminin que masculin. Il s'agit de ce que j'appelle, respectivement, les féministes *power* et les féministes *cultural*. Je les appelle ainsi parce que le premier courant considère le pouvoir des hommes sur les femmes comme le problème, tandis que le second considère que c'est la suppression des valeurs culturelles féminines par les hommes qui constitue le problème. Mais selon la perspective du réalisme juridique, qui est la perspective des CLS [*critical legal studies*, NDT], le droit n'a de genre qu'en tant qu'il absorbe dans ses règles, ses institutions et ses pratiques une politique sexuelle qui relève elle-même d'un moment politique particulier. De ce point de vue, le genre du droit est bien une question importante, mais une question que la critique devrait maintenir ouverte.

On pourrait commencer avec l'Idée Classique du droit – celle à laquelle j'imagine que mes lecteurs français pourront trouver un corollaire dans la pensée juridique française : le Droit est le Droit – objectif, neutre, général, aspirant à l'universel ou tendant vers celui-ci. Des règles

Livre Jurisprudence n°2.indb 111 08/08/2011 12:02:44

particulières peuvent sans doute reconnaître qu'il existe des hommes et des femmes, et il arrive que ces règles intensifient ou ignorent les différences entre les hommes et les femmes, mais il s'agit d'une question particulière qui ne dit rien du Droit en tant que Droit. Ceux qui pensent le droit de cette manière peuvent citer le droit des contrats en exemple : celui-ci est général, neutre et objectif ; bien sûr une règle particulière pourrait, par exemple, invalider les contrats pré-nuptiaux, ou obliger les maris à répondre des dettes de leur épouse, mais ce genre d'exception ne contrevient pas au fait qu'en général, le droit des contrats s'applique de façon générale. Voici qui soutient très simplement la position affirmant que le droit ne peut pas être genré.

Au début des années 1980, les féministes américaines radicales se sont livrées une critique dévastatrice de cette idée. Je prendrai l'exemple de Catherine A. MacKinnon, féministe *power par excellence* (en français dans le texte, NDT). Dans ses écrits en 1982 et 1983, elle a soutenu que l'objectivité et la subjectivité sont les formes essentielles au sein lesquelles se logent la domination masculine et la subordination des femmes. « Ayant été objectivées en tant qu'êtres sexuels, en même temps que stigmatisés au terme de l'idée selon laquelle elles sont gouvernées par les passions subjectives, les femmes rejettent la distinction entre sujet connaissant et objet connu. » Ce n'est pas que l'objectivité appartienne aux hommes et la subjectivité aux femmes. Mais plutôt que l'érotisation – la sexualisation – de la domination a signifié que les femmes, objets du désir masculin et atteintes dans leur subjectivité à la mesure de cette position, ont été à la fois objectivées et subjectivées.

Ainsi, « l'intérêt des femmes ment » – non pas en faisant valoir leur propre subjectivité – mais « en renversant la distinction elle-même »[7]. « La distinction objet / sujet est *fatale* à l'entreprise féministe »[8].

Quand MacKinnon en vient à estimer que « l'État est masculin au sens féminin du terme »[9], elle n'entend pas affirmer qu'il est, ainsi que son droit, objectif. Tous deux *semblent l'être*, mais ça n'est qu'une ruse de leur pouvoir. Plus exactement, ils ont assimilé la distinction objet / sujet produite par la domination masculine de façon à en être intimement constitués. Alors certainement, « l'État est formellement masculin en ce que l'objectivité est sa norme. »[10] D'un point de vue substantiel, cela signifie que le droit reconduit un monde social imprégné de l'immanquable domination masculine. « Si la [rationalité] juridique se caractérise par le fait de ne pas adopter de point de vue particulier, ce qui vaut comme raison est ce qui correspond aux choses telles qu'elles sont »[11]. Et la domination masculine et la subordination des femmes *constituent* les choses telles qu'elles sont. « L'épistémologie objectiviste est la loi du droit… Son règne est masculin »[12]. Au fond, tout dépend de la subjectivisation – et de la subjectivité des femmes. La véritable émancipation consisterait pour les femmes à détruire et remplacer l'ensemble de cet ordre épistémologique, social et juridique. Dans la mesure où les hommes et les femmes obéissent à ce schéma, la vision émancipatrice MacKinnon a véritablement porté au-delà de l'horizon du genre.

Pendant que MacKinnon développait ses thèses, une partie très différente du féminisme américain préparait une autre forme d'émancipation. Le féminisme *cultural* se distingue du féminisme de MacKinnon en ce qu'il insiste sur le fait que les femmes et le féminin – dans l'état où ils se trouvent, sous la domination masculine – contiennent en leur sein le germe de l'émancipation. La disposition des femmes à la subjectivité, à la réceptivité, leur inclination à élever les enfants – à l'émotion plutôt qu'à la raison, à la réalité plutôt qu'à l'abstraction (etc., etc., etc.) – forment leur culture. Et la propagation de cette culture sauverait tout. Selon cette ligne de pensée du féminisme *cultural*, le

7 *Id.*

8 Catharine A. MacKinnon, « Feminism, Marxism, Method and the State : Toward Feminist Jurisprudence », 8 *Signs* 635, 638 n.6 (1983) (cité après *Signs II)* (c'est moi qui souligne).

9 *Signs II,* p. 644.

10 *Id.*

11 *Id.* p. 645.

12 *Id.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 112 08/08/2011 12:02:44

droit, chaque fois qu'il apparaît objectif, abstrait, neutre ou universel, est subrepticement masculin. La tâche de la théorie juridique féministe et de la réforme féministe du droit est d'amener *dans* le droit le subjectif, le concret, la mise en perspective, la prise en considération du contexte ; de leur donner un espace pour se déployer ; et, finalement, de les mobiliser pour gouverner. Le principe et l'exception, la règle et le standard, la loi et l'équité, le raisonnable objectif et le raisonnable subjectif – chacune de ces grandes dichotomies juridiques place une norme masculine au-dessus d'une norme féminine qui est pourtant la meilleure des deux. La hiérarchie classique devait être renversée ; il serait bel et bon que le droit cesse d'être masculin pour devenir féminin.

Voici une cartographie du monde selon la perspective du féminisme *cultural* :

Les hommes et la masculinité	Les femmes et la féminité
Individualisme	Altruisme
Raison	Émotion, Souci des autres
Objectivité	Subjectivité, relativisation
Abstraction	Concrétisation

Le féminisme *cultural* réformerait le monde en encourageant la progression des femmes et de la féminité pour parvenir au moins jusqu'à l'égalité avec – si ce n'est la domination sur – les hommes et la masculinité. Le féminisme *power,* quant à lui, voit une victoire dans le fait de simplement reconduire le problème de la domination masculine à l'inverse. La plupart des féministes américaines puisent leurs idées au sein de ces deux mouvements même si, à proprement parler, cela révèle une contradiction.

Pendant que le *power feminism* et le *cultural feminism* prenaient forme, à la fin des années 1970 et au début des années 1980, un projet parallèle mais distinct émergeait, se donnant le nom d'études critiques du droit (CLS). Il s'agissait de produire une critique du droit qui ferait apparaître l'ensemble de ses ambivalences conceptuelles et factuelles. En 1982, Frances Olsen aurait formulé la réponse féministe classique des CLS à l'idée selon laquelle le droit a un sexe dans un article intitulé de manière trompeuse «Le sexe du droit» – de manière trompeuse, car Olsen nie précisément que le droit entretienne une relation unique avec le sexe. Olsen soutient que :

> Les féministes de la théorie critique du droit admettent l'idée du « droit comme patriarcat ». Elles rejettent cependant celle selon laquelle le droit est masculin. Le droit n'a pas d'essence ou de nature immuable. Le droit est une forme d'activité humaine, une pratique exercée par des gens. Ceux-ci sont principalement des hommes, et beaucoup d'entre eux faire affirment que ce qu'ils font n'est tout simplement pas vrai et ne peut pas être vrai. S'il est vrai que le droit a été dominé par les hommes, les traits que l'on associe aux femmes en ont seulement été occultés, pas éliminés. Le droit n'est pas masculin. Le droit n'est pas rationnel, objectif, abstrait, et fondé sur des principes. Il est *tout autant* irrationnel, subjectif, concret et dépendant du contexte *que* rationnel, objectif, abstrait et fondé sur des principes[13].

Les éléments irrationnels, subjectifs, concrets et contextualisés du droit – les exceptions, les standards, la recherche d'équité, l'espace laissé aux décisions d'espèce – ne sont pas davantage susceptibles de porter les idées culturelles des femmes que ne l'est le droit apparemment objectif ou les règles fondées sur les grands principes. Le test qui permet d'apprécier la sympathie du droit à l'égard des femmes opprimées réside dans les résultats produits par le droit. Et là, nous sommes tout aussi susceptibles de voir les féministes se diviser ou s'entendre à leur propos.

Olsen relève par exemple que les féministes ne peuvent, notoirement, adopter une position de principe quant aux mérites relatifs de l'égalité formelle ou de l'égalité substantielle – de l'égalité de traitement par la loi ou du traitement différencié prenant en compte les expériences particulières des femmes. Elle se réfère à une célèbre affaire soumise à la Cour Suprême en 1987, *Cal. Fed. v. Guerra,*[14].

13 Frances Olsen, « The Sex of Law », David Kairys, ed., *The Politics of Law : A Progressive Crtique* (N.Y., Pantheon, 1982), p. 692-707, p. 701.
14 *California Federal Savings & Loan Ass'n v. Guerra*, 479 U.S., p. 272 (1987).

Livre Jurisprudence n°2.indb 113 08/08/2011 12:02:44

Un employeur contestait la disposition légale de l'État qui l'obligeait à accorder un congé sans solde aux salariées enceintes et le droit de reprendre leur travail à l'issue de ce congé. Mais le texte restait silencieux quant à la possibilité d'obtenir un congé pour d'autres raisons médicales. Rejoint par un grand nombre d'employeurs agissant comme *amici*, l'employeur a fait valoir que le respect de la loi de l'État conduirait à la violation d'une loi fédérale interdisant la discrimination fondée sur la grossesse. Les féministes ont été profondément divisées sur la façon de s'opposer à cette attaque contre la loi de l'État. Certains mémoires en défense ont été déposés *par des féministes* pour la femme qui avait agi à l'origine, lorsqu'elle n'a pas été rétablie dans son poste à l'issue de son congé de maternité. Certaines ont soutenu qu'en manquant à l'objectif de protection des femmes enceintes contre le licenciement pour les absences nécessaires causées par la grossesse et l'accouchement, cet employeur se livrait à une discrimination fondée sur le sexe. Elles fondaient leur argumentation sur l'égalité substantielle : seules les femmes peuvent être enceintes ; la grossesse diffère des autres incapacités de travail ou maladies. Le refus de l'employeur de s'adapter à la nécessité pour les femmes enceintes de s'absenter constitue une discrimination fondée sur le sexe Mais les féministes défendant l'égalité formelle pensaient autrement : elles ne voulaient pas que les femmes bénéficient d'un traitement particulier qui les confirmerait en tant que mères dans le monde du travail et au foyer. Il fallait en revenir au fond du litige (le défaut de droit de retour à l'emploi des travailleurs ayant pris un congé pour raisons médicales) et ne pas y impliquer la question de la grossesse. L'attaque judiciaire devait donc être menée sur le fondement des droits des travailleurs et pas sur celui des droits des femmes. Je me souviens de la souffrance que m'a occasionnée ce désaccord : j'étais étudiante et stagiaire à l'ACLU [*American Civil Liberies Union*, NDT] à ce moment, et l'une de mes supérieures n'a rien trouvé de mieux que de me hurler au visage lorsque j'ai exprimé quelque sympathie pour la position fondée sur l'égalité formelle.

Pour Olsen, le problème soulevé par la querelle interne au féminisme à l'occasion de l'affaire *Cal. Fed. v. Guerra* n'est pas que l'un des deux camps ait eu tort, mais que les deux, au sein du féminisme ; aient eu raison :

> Si un certain résultat protège le droit d'une femme à l'égalité formelle de traitement, son droit à l'égalité substantielle peut sembler devoir appeler un résultat différent. C'est pourquoi les féministes se sont retrouvées en opposition dans l'affaire *California Federal v. Guerra*. Certaines féministes soutenaient que l'égalité formelle requiert que le droit traite la grossesse comme n'importe quelle autre incapacité temporaire de travail, tandis que d'autres féministes continuaient à affirmer que l'égalité substantielle requiert que les femmes puissent accoucher sans perdre leur emploi –et même si aucune autre absence prolongée n'est tolérée[15].

Supposons maintenant que le féminisme tel qu'Olsen le comprend ait le pouvoir de faire le droit à sa convenance – qu'il puisse *doter le droit d'un sexe*. Il reproduirait dans le droit la contradiction qui fait que ce dernier est *aussi bien* rationnel, objectif, abstrait, fondé sur des principes, *qu'*irrationnel, subjectif, concret, contextualisé. La même opposition serait reconduite dans le langage féministe – imbriquée dans une opposition plus vaste, qui la reconduit cependant. Le droit, en tant qu'il est objectif et formel, doit établir l'égalité formelle au profit des femmes et ainsi traiter les hommes et les femmes de manière identique (de manière parfaitement identique dans un monde idéal, tout au moins de manière indiscutablement égale). Et le droit, en tant qu'il est concret et contextualisé, doit établir l'égalité substantielle au profit des femmes –parvenir à une égalité concrète – et ainsi réserver un traitement particulier aux femmes enceintes, même si cela implique de les traiter mieux que les hommes. Pour Olsen, qui se place alors du point de vue de la pensée critique, le défi pour les féministes est d'habiter un monde juridique féministe contradictoire. Faire autrement –prétendre qu'une des positions doit prévaloir sur l'autre – relève d'un tour de magie réaliste.

15 Olsen, « The Sex of Law », p. 702.

Livre Jurisprudence n°2.indb 114 08/08/2011 12:02:45

Voici comment on peut visualiser l'imbrication des oppositions :

Droit Rationnel, objectif, abstrait, fondé sur des principes	**Droit** Irrationnel, subjectif, concret, contextualisé
Droit sexué « à la féministe » Promeut l'égalité formelle Oblige à traiter les hommes et les femmes de manière identique Se concentre sur des principes rationnels Doit traiter la grossesse comme n'importe quel état médical	**Droit sexué « à la féministe »** Promeut l'égalité substantielle Permet aux hommes et aux femmes d'obtenir des bénéfices équivalents Se concentre sur des attentes subjectives et sur un contexte Doit traiter spécialement la grossesse même si aucun autre état médical ne reçoit de traitement particulier

L'approche critique ne consiste pas à tenter de transcender cette contradiction mais à apprendre à vivre avec.

Le genre du droit pénal international

Un certain nombre d'idées féministes américaines sur le genre du droit figurent dans le texte du Statut de Rome qui fonde la Cour pénale internationale. La France a signé le statut de Rome. Ainsi, il arrive que les idées américaines voyagent jusqu'ici, convoyées par le droit international.

Le propos qui suit est un conte moral. Il tente de montrer, en soulignant certains détails, comment les féministes ont entrepris de genrer le droit pénal international auquel la France (et, ironiquement, pas les États-Unis) s'est liée.

Des féministes organisées à l'échelle internationale sont intervenues dans la confection du Statut de Rome[16], établissant des règles d'orientation féministe dans le nouveau corps de droit pénal international. Elles ont fait du viol et des violences sexuelles en période de conflit armé des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. C'est une immense réussite. Ce qu'elles n'ont pas vu, c'est que de telles règles pouvaient être utilisées contre les femmes. Et que, ce dont elles ne se sont pas même soucié, ces règles pouvaient produire des résultats dévastateurs, y compris sur les femmes. Elles n'ont pas prévu ce que l'analyse critique anticiperait toujours – et j'utilise la représentation de mon dernier tableau : l'égalité substantielle que l'on cherche à instaurer au profit des femmes pourrait traverser le droit en un saut chiasmatique ; s'élever au niveau du droit en général et s'opposer au droit rationnel et objectif.

J'essaierai de raconter l'histoire succinctement. Pour une version plus détaillée, je renvoie à mon article, *Rape at Rome*[17]. Au cours de la crise yougoslave et le génocide rwandais au début des années 1990, le viol est brusquement apparu dans les médias comme un trait saillant des conflits armés. Les féministes se sont mobilisées rapidement afin de remédier à cette violence contre les femmes à l'aide du droit pénal international. À l'origine, leur but était de bannir, punir et abolir le viol et les autres violences sexuelles faites aux femmes, pour ces guerres et les guerres futures. Au cours de leur action, couvrant toute la décennie 1990-2000 et se poursuivant aujourd'hui, elles ont changé de position. De législateur *outsider*, elles sont devenues partie prenante, participant de l'intérieur à la réalisation de cette très importante contribution au système de droit pénal international Je dirai qu'elles ont installé une gouvernance féministe. Qu'elles ont arpenté les allées du pouvoir selon leur bon vouloir et en intelligence avec ceux qui s'y tenaient déjà. Une partie du féminisme était prête à assumer une telle transformation ; mais une partie du féminisme a été affectée par cette dernière. Par suite, nous disposons désormais de la possibilité d'étudier l'idéologie des féministes au pouvoir – des féministes passées de l'autre côté du droit. Et nous pouvons nous réjouir et /ou critiquer leurs réalisations à peu près de la même manière que nous le faisons pour d'autres aspects du droit.

16 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, cité après comme Statut de Rome.

17 « Rape at Rome : Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law », 30 :1 *Michigan J. of Int'l Law* 1 (2009).

Livre Jurisprudence n°2.indb 115 08/08/2011 12:02:45

Au commencement, lorsque le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal international pour le Rawanda ont été mis en place, les féministes savaient que le droit positif n'était pas particulièrement favorable à leur cause. Par exemple, le viol n'était pas mentionné comme infraction grave dans las Conventions de Genève[18]. Sans doute pouvait-il servir à prouver qu'une infraction grave, comme la torture ou le « fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé », avait été commise. Mais il n'était pas possible d'obtenir une condamnation pour le viol lui-même. Lorsqu'il arrivait aux Conventions de Genève de reconnaître des préjudices susceptibles d'être causés aux femmes en temps de guerre, elles utilisaient un langage jugé désuet par les féministes : l'article 27 de la quatrième Convention de Genève dispose ainsi que « les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur »[19]. Les protocoles additionnels I et II disposent quant à eux que « les femmes doivent faire l'objet d'un respect particulier et seront protégées, notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et toute autre forme d'attentat à la pudeur »[20] ; ils interdisent « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur »[21].

Les féministes qui ont rejoint les structures du pouvoir en charge du Statut de Rome – appelons-les « les féministes de Rome » – défendaient une idéologie féministe particulière. Une idéologie faite d'un dérivé de la pensée de MacKinnon et imprégnée des dogmes du féminisme *cultural*[22]. Aux yeux de ces féministes, les Conventions de Genève renvoyaient du genre une image repoussante. Ces féministes rejettent en effet la croyance selon laquelle le viol constitue une atteinte à l'honneur des femmes (qu'elles considèrent en fait comme la codification de l'honneur des *hommes* des femmes victimes). Elles ne croient pas non plus que le viol prive les femmes de leur dignité, ce que les violeurs espéreraient probablement. Là où il est question d'honneur et d'humiliation, il faut parler de *violences sexuelles* – un terme qui s'est transformé en *violences de genre* au cours de la Conférence de Rome. En outre, la prohibition du viol, des violences sexuelles ou de genre devrait se prolonger jusqu'à la pénalisation de l'*esclavage sexuel*.

Je qualifierais de telles idées de projet de réforme horizontale dans la mesure où il se déploie d'une règle substantielle à l'autre. Chaque modification menée dans le cadre du projet de réforme horizontale réalise les idées du féminisme *power* et du féminisme *cultural*. Le déplace-

18 On chercherait en vain le viol dans les dispositions des conventions de Genève consacrées aux infractions graves : Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, art. 49 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949. art. 50 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949. art. 129 ; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, art. 27, art. 146, citée après « quatrième convention de Genève ».

19 Quatrième Convention de Genève, art. 27.

20 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977.

21 Id. art. 75(b) voy. aussi le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977. L'idée que la dignité humaine doit être protégée, indépendamment de toute référence aux femmes, contre « les traitements humiliants et dégradants » est bien installée dans l'article 3 commun aux quatre conventions ; voy. par exemple l'article 3 de la quatrième Convention. Les protocoles additionnels utilisent la même expression lorsqu'ils étendent le champ de la protection contre les agressions sexuelles menées sur les femmes au sein des populations civiles.

22 Le WCGJ (*the Women's Caucus for Gender Justice*) a conduit le travail des féministes à la conférence de Rome. Pour un résumé de son programme et de ses idées étayé de nombreuses citations des travaux écrits du WCGJ, voy. « Rape at Rome », Part II.D, p. 70-100. Les documents sur lesquels je fonde mon analyse figurent dans l'article à la p. 28, nn. 105, 106. Leur volume est trop important pour que je puisse rapporter les citations ici.

Livre Jurisprudence n°2.indb 116 08/08/2011 12:02:45

ment des insultes, des atteintes à l'honneur et à la dignité vers la notion de violence nous semble irrépressible. Il est cependant ancré dans des idées féministes, idées devenues si banales que nous avons oublié qu'elles ont dû être inventées. En voici quelques-unes : violer une femme n'est pas la *dégrader* mais la *blesser*. Cette blessure est si profonde qu'elle constitue un trauma ; la victime ne s'en remettra probablement jamais. Et il ne s'agit pas seulement de cela : le viol n'est que la partie visible de l'iceberg de la domination masculine. Le glissement des *violences sexuelles* vers les *violences de genre* exprime la position féministe structurelle (partagée par les versions les plus radicales du féminisme *power* et du féminisme *cultural*) selon laquelle le viol constitue le paradigme, l'essence la plus pure de ce que l'érotisation de la domination masculine inflige aux femmes. Si le sexe exprime le dimorphisme du corps humain, masculin et féminin, alors le genre exprime le dimorphisme de la culture humaine ; et les violences de genre sont celles subies par les femmes lorsqu'elles se trouvent obligées d'agir d'une façon qui les sacrifie au *Zeitgeist* féminin. L'idée de violences de genre embrasse donc bien au-delà de celle de violences sexuelles. Les féministes de Rome entendaient ainsi atteindre les règles culturelles qui obligent les femmes à se livrer aux travaux domestiques et leur interdisent l'accès au travail salarié. La notion d'esclavage sexuel est, elle aussi, fortement codée : elle repose, selon les féministes de Rome, sur l'idée selon laquelle la domination sexuelle, comme l'esclavage, ne peut pas être consentie. Même si les femmes consentent aux relations sexuelles, au mariage et aux travaux domestiques, elles se trouvent contraintes par le contexte de guerre et /ou de domination masculine généralisée. Leur consentement ne vaut rien. Suivant cette ligne de raisonnement, les féministes ont systématiquement cherché à éradiquer le moyen de défense du consentement au viol dans les conflits armés ; elles ont préconisé la pénalisation de l'esclavage sexuel pour parvenir à leurs fins lorsqu'il est devenu évident qu'elles ne disposaient pas des alliés politiques suffisants pour soutenir leur entreprise d'élimination du moyen de défense du consentement au viol.

Les féministes de Rome ont aussi développé des idées de réforme verticale. Le viol/ les violences sexuelles / les violences de genre / l'esclavage sexuel doivent être placés le plus HAUT possible dans la hiérarchie des crimes. Par exemple, il serait nécessaire d'intégrer le viol à la liste des infractions graves. Les violences de genre devraient être dissociées du conflit armé dans lequel elles se déroulent : par exemple, les persécutions sur la base du genre devraient devenir un crime de première importance, et ne pas demeurer un type de persécution fondée sur des motifs politiques, raciaux, nationaux, ethniques, culturels et religieux.

Il ne faudrait pas cantonner les violences sexuelles et les crimes contre l'humanité à une fraction des attaques contre les populations civiles ; il s'agit d'attaques contre les femmes en général ou contre les femmes individuellement. Elles devraient être déliées de tout ce qui les attache au fait qu'elles se produisent au sein d'une « attaque généralisée ou systématique contre une population civile ». En effet, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité devraient être totalement détachés des conflits armés et devenir des crimes « en temps de paix ».

Ces réformes verticales expriment une idée nouvelle dans la pensée féministe. Idée selon laquelle le problème des Conventions de Genève est qu'elles séparent certains crimes universels contre l'humanité des maux qui peuvent s'abattre sur les femmes pendant une guerre. Une telle structure est fausse, *tout court* [en français dans le texte, NDT]. Les *femmes* forment une catégorie universelle d'intérêt humanitaire ; et dans cet univers, le droit pénal international doit s'ordonner à partir des femmes et contre les *hommes*. C'est ce que j'appelle le *féminisme universel*. Celui-ci se propose de réduire la fracture observée par Olsen chez les féministes et qui les divise entre l'égalité formelle et l'égalité substantielle : si notre principale préoccupation est la catégorie universelle des femmes, l'égalité formelle suffit dans la mesure où l'univers entier est donné comme arrière-plan substantiel.

Poursuivant les idées de MacKinnon, Rhonda Copelon a élaboré un modèle pour des règles visant à rendre

Livre Jurisprudence n°2.indb 117 08/08/2011 12:02:45

opérationnel le féminisme universel. Dans sa conception – et en 1993, c'était *véritablement* visionnaire – le viol pendant une guerre ne fait pas partie du conflit éthique, national ou religieux qui divise les combattants masculins. Il fait plutôt partie d'une *guerre généralisée contre les femmes* qui se déroule en permanence, en temps de guerre comme en temps de paix. Ainsi, les persécutions fondées sur le viol doivent faire l'objet de poursuites séparées des autres agressions commises dans le même temps, par exemple des agressions à caractère ethnique. Ces deux types d'agressions appartiennent à des *guerres différentes*. Et la protection internationale des femmes ne devrait alors prêter aucune attention à la distinction entre les femmes en temps de guerre et les femmes « au quotidien », distinction relevant de l'imaginaire masculin : le viol, les violences sexuelles, les violences de genre et l'esclavage sexuel devraient être également poursuivis devant la Cour pénale internationale, qu'ils aient eu lieu en Bosnie lors du nettoyage ethnique ou au cours d'une tranquille nuit d'été dans une arrière-cour, à Detroit ou à Lyon.

Les féministes de Rome ont rendu le féminisme opérationnel au moyen de propositions qui restructureraient de manière spectaculaire l'ordre juridique international. Elles ont soutenu qu'un Chapeau Général devrait être placé en tête du Statut de Rome prévoyant l'application de ce dernier et son interprétation « en cohérence avec le droit international des droits de l'homme et le développement de celui-ci […] ». Voici qui concourt à la grande idée structurelle selon laquelle le droit pénal international et le droit des droits de l'homme devraient fusionner. La Cour pénale internationale devrait pouvoir appliquer les droits de l'homme, et les organisations non gouvernementales dédiées aux droits de l'homme devraient pouvoir saisir le bureau du procureur de la Cour pour les crimes commis en temps de guerre et « en temps de paix ». Les barrières dressées entre les violences faites aux femmes dans la vie quotidienne (qui, jusqu'ici, ne peuvent être l'affaire du droit international qu'en tant que violations des droits de l'homme et, ainsi, ne peuvent relever que des États assumant leurs responsabilités envers leurs propres populations) et les violences faites aux femmes en temps de guerre (crimes contre l'humanité et crimes de guerre, réservés aux situations de conflits armés et traités en droit interne ou par des tribunaux internationaux spécifiques, et maintenant par une Cour pénale internationale permanente) devraient être complètement abattues.

Toutes ces idées ne sont pas passées dans le Statut de Rome. Voici une cartographie condensée qui rend compte des victoires et des défaites féministes.

√ signifie : mission accomplie ;

Ø signifie : défaite ;

≈ indique une victoire partielle, une défaite partielle.

Projet de réforme horizontale

Critique de l'honneur et la dignité	√ : les atteintes à la dignité sont désormais « déliées » des crimes de violences sexuelles[a]
Qualifier les crimes relatifs au sexe ou au genre de « violences sexuelles »	√[b]
Étendre les crimes de violences sexuelles jusqu'à y inclure les « violences de genre »	≈ : Ø quant aux listes qui établissent les crimes[c] √ quant aux dispositions générales du Statut (e.g., le Conseiller spécial du procureur pour les crimes de violences de genre)[d]
Pénaliser « l'esclavage sexuel »	√[e]

a Statut de Rome, Art. 8.2(b)(xxii) – (xxiii).

b Statut de Rome, Art. 7.1(g) ; 8.2(b)(xxii) ; 8.2(e)(vi).

c Statut de Rome, Art. 7.1(g) ; 8.2(b)(xxii) ; 8.2(e)(vi).

d Pour les aspects spécifiques de cette réalisation, voy. Halley, « Rape at Rome », p. 105-07.

e Statut de Rome, Art. 7.1(g) ; 8.2(b)(xxii) ; 8.2(e)(vi).

Livre Jurisprudence n°2.indb 118 08/08/2011 12:02:45

Projet de réforme verticale

Placer le viol / les violences sexuelles / l'esclavage sexuel / les violences de genre le plus haut possible dans la hiérarchie des crimes	√ pour l'ensemble, mais les violences de genre, le viol et les violences sexuelles sont maintenant des prédicats de crimes de guerre ou crimes contre l'humanité[f]
e. g., s'assurer que le viol est reconnu comme infraction grave	≈ : Ø quant à la définition des infractions[g] √ par insinuation[h]
Ajouter aux persécutions constituant un crime contre l'humanité le genre comme motif indépendant	√[i]
Les crimes contre l'humanité doivent être distingués des « attaques généralisées et systématiques contre une population civile »	Ø[j]
Les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne doivent pas faire partie du conflit armé ; ils doivent être punis quand ils sont commis « en temps de paix »	Ø[k]
Fusionner le droit pénal international avec les droits de l'homme	≈ : quant à l'interprétation du Statut de Rome en coherence avec les droits de l'homme[l]

La totalité du projet du féminisme universel n'a pas été réalisée dans le Statut de Rome. Mais de nombreuses parties l'ont été. Je pense qu'on peut considérer cela comme un grand succès de l'entreprise consistant à genrer le droit – à le féminiser autant que les féministes radicales – *power* et *cultural* – pensaient qu'il était masculin.

Je voudrais maintenant prendre position par rapport à Olsen, et mettre toutes les réalisations féministes que je viens d'évoquer sous la lentille du réalisme juridique critique. Cela suppose une appréciation orientée en fonction des résultats probables des aspects positifs et négatifs, des aspects négatifs des aspects positifs et des aspects positifs des aspects négatifs. Ce qui ne pourra se faire que lorsque nous saurons comment le Statut de Rome sera appliqué et jusqu'à quel point les combattants tailleront dans ses prescriptions. Je n'ai pas le temps de me livrer ici à un traitement approfondi de ces questions. Je mentionnerai donc simplement deux aspects négatifs qui n'ont pas été discutés.

Je voudrais d'abord parler en tant que féministe. Je suis réellement ennuyée que personne – pas une personne dans l'immense babil de discussions et production documentaire convoqués dans cette campagne féministe et cette réforme – ne se soit jamais préoccupé de la question de savoir si ces règles pourraient jamais être utilisées pour nuire aux femmes. Nous savons tous que nous vivons dans un monde où les violations du droit humanitaire international – le droit de la guerre – sont délibérément et manifestement commises afin de créer une solidarité belligérante au sein du groupe des auteurs. Nous savons que nous vivons dans un monde où les belligérants agissent par vengeance, reproduisant les outrages perpétrés contre eux par leurs ennemis. Personne ne s'est soucié de savoir si les femmes pouvaient être violées pour fonder la frénésie de la guerre, ou pour rétribuer d'autres viols – et si l'intensité et la concentration de tels actes pouvaient parfois être alimentées, et non pas découragées, par l'intensification et la fétichisation de leur illégalité, et par la disponibilité de leur condamnation internationale.

Une telle négligence est complètement typique des idées, communes aux féministes *power* et *cultural*, qui

f Statut de Rome, Art. 7.1(g) ; 8.2(b)(xxii) ; 8.2(e)(vi).
g Statut de Rome, Art. 7.1(g) ; 8.2(b)(xxii) ; 8.2(e)(vi).
h J'ai développé l'argument selon lequel l'environnement du texte est propice à une telle interprétation, voy. « Rape at Rome », p. 109-10.
i Statut de Rome, Art. 7.1(h).
j Statut de Rome, Art. 7.1.
k *Id.*
l Statut de Rome, Art. 21.

Livre Jurisprudence n°2.indb 119 08/08/2011 12:02:45

tournent autour de la question de savoir comment genrer le droit. C'est une vision pré-réaliste du droit selon laquelle les prescriptions formelles du droit justifient par elles-mêmes les valeurs qu'elles annoncent. Mais Olsen sait que, bien que le droit puisse avoir un genre si les gens produisent un effort suffisant en ce sens – ce pourquoi un droit d'inspiration féministe est parfaitement possible dans les livres –, le droit en application peut renverser complètement les réalisations féministes, faisant que les mêmes règles deviennent de puissants vecteurs du pouvoir patriarcal.

Je voudrais finalement rompre un moment avec le féminisme. Et m'interroger sur les guerres que nous avons peut-être encouragées, intensifiées, peut-être contribué à généraliser, peut-être même démarrées, à cause des effets rhétoriques attachés au caractère scandaleusement illégal des viols à l'origine ou commis dans le cadre de ces guerres. Des femmes mourront pendant ces conflits, pas seulement en tant que « femmes » mais aussi en tant que civils et, de plus en plus, en tant que combattantes. Aucune de celles-là n'est considérée par la conception que les féministes universelles ont développée du « comment genrer le droit ».

Comment quelque chose de si terrible et de si important a-t-il pu être occulté ? Une première erreur peut être relevée : les féministes universelles en demeurent à l'idée qu'interdire, c'est éradiquer. Leur position implique une deuxième erreur qui est une omission. Les femmes, et les femmes seulement, entrent dans leurs préoccupations, et sont positionnées uniquement comme victimes. Une telle position omet les groupes dans lesquels le viol ne provoque pas un procès en bon ordre qui le qualifierait de faute normative et punirait les fautifs, mais déclenche un *crescendo* de violences en représailles – dont une grande partie pourrait être conforme au droit humanitaire et au droit pénal international. Il nous faut les moyens d'identifier ces groupes, de comprendre leurs stratégies complexes et leurs contradictions internes essentielles. C'est alors qu'il nous faut rompre pour un moment avec l'universalisme féministe, avec le féminisme *tout court,* en fait. Nous devons dégager un sens théorique aux conséquences d'un tel décaissement dans un monde effroyablement complexe. Nous pourrions alors revenir parées pour la réforme féministe du droit, mais nous aurons d'abord tenté de considérer les multiples revendications qui en appellent à notre sollicitude normative, ainsi que la possibilité, réaliste, que toutes ne peuvent être satisfaites.

Dans la partie finale de cet article, je suggère que ce passage d'une conception formelle, auto-effective du droit au réalisme juridique projette une ombre sur cette idée américaine, et désormais française, de sanctionner juridiquement les hommes qui infligent des violences psychologiques aux femmes.

Repenser les sanctions des violences psychologiques

À la suite de cette avancée décisive qu'a représentée le travail d'Olsen *Le sexe du droit* dans la théorie juridique, Duncan Kennedy s'est livré à une évaluation réaliste, minutieuse et systématique, de la manière dont l'ordre juridique s'occupe des abus sexuels subis par les femmes. Dans *Sexy Dressing : Violences sexuelles et érotisation de la domination*[23], traduit il y a peu en français, Kennedy dresse un état des questions méthodologiques liées aux critiques, aux évaluations réalistes de certaines idées de réforme du droit. Sa méthode, qui peut-être considérée comme une méthode générale, est spécifiquement appliquée à la question du genre du droit. Je recommande fortement ce livre qui constitue un *compendium* des méthodes critiques et réalistes. En voici, *a minima*, quelques points-clés :

1. Les abus sexuels commis par les hommes contre les femmes, et que tout le monde s'accorde à condamner, sont très courants, et font l'objet d'un ensemble de sanctions juridiques.
2. L'efficacité de ces sanctions peut être évaluée en recourant à l'analyse coûts-avantages.

23 Duncan Kennedy, *Sexy Dressing – Violences Sexuelles et Érotisation de la Domination*, Flammarion, 2008, avant-propos M. Xifaras.

Livre Jurisprudence n°2.indb 120 08/08/2011 12:02:45

3. L'analyse coûts-avantages doit prendre en compte la variété et la contradiction des intérêts que les hommes et les femmes mobilisent dans l'application de ces sanctions. Ce qui aide les femmes peut heurter les hommes.
4. Il y a donc un substrat politique à l'évaluation : de quel point de vue évalue-t-on ? Dès l'instant où Kennedy dévoile cette question, il apparaît que des hommes se trouvent en désaccord avec des hommes, et des femmes avec des femmes ; il y a des conflits d'intérêts *au sein même* des groupes d'hommes et de femmes.
5. En outre, des clivages idéologiques soutiennent de tels désaccords : par exemple, des femmes conservatrices peuvent se positionner, aux côtés d'hommes ne se livrant pas à des abus sexuels, contre des femmes, tenantes de la libération sexuelle, cherchant à élargir l'espace social dans lequel elles peuvent se risquer à s'habiller sexy. Et des hommes ne se livrant pas à des abus sexuels peuvent se trouver aux côtés des féministes « *power* » et « *cultural* », non pas parce qu'ils veulent protéger les femmes, mais parce qu'ils veulent que les femmes se sentent suffisamment en sécurité lorsqu'elles décident de s'habiller *sexy*. Le champ social est divisé, déchiré au terme d'oppositions matérielles et idéologiques. Les coûts et avantages à considérer impliquent donc des enjeux matériels et idéologiques.
6. La domination masculine et la subordination féminine se produisent donc effectivement ; mais affirmer qu'elles permettent de décrire convenablement toutes les interactions sexuelles des hommes et des femmes relève d'une sorte de paranoïa structuraliste.
7. Dans le même temps, le système juridique, même en pénalisant les comportements, ne les élimine pas. Sa mise en application est « brouillonne » (« *noisy* »). Une règle interdisant le viol, par exemple, sera parfois correctement appliquée, parfois sous-appliquée (donnant lieu au « résidu toléré de violences sexuelles »), parfois sur-appliquée (donnant lieu à la poursuite efficace d'hommes parfaitement innocents ou à des faux-positifs). Il ne peut en aller autrement dans notre monde réel. Modifier le système d'application des règles afin de réduire « le résidu toléré de violences sexuelles » augmente automatiquement le nombre de faux-positifs.
8. En conséquence, les hommes ne se livrant pas à des violences sexuelles qui veulent donner davantage de force aux règles relatives au viol afin que les femmes se sentent suffisamment en sécurité pour s'habiller *sexy,* le craignent en ce que cela pourrait conduire à les faire accuser ou condamner en dépit de leur innocence. Les femmes qui veulent donner davantage de force aux règles relatives au viol, afin de se sentir plus en sécurité de se comporter comme elles l'entendent, le craignent en ce que cela pourrait créer un environnement répressif dans lequel leur liberté de s'engager dans un jeu sexuel se trouverait contrainte. Ainsi, les intérêts en jeu peuvent être ambivalents.
9. Ces effets distributifs vont bien au-delà de l'objet direct de la loi (viol, harcèlement sexuel, etc.). Dans leurs rapports réciproques, depuis la décision de divorcer jusqu'à l'allocation des travaux domestiques, les hommes et les femmes anticipent l'action du droit en cas de violences sexuelles. Ils réalisent leur propre expérience sociale, plus ou moins forte vis-à-vis de l'un ou de l'autre, en fonction de leurs estimations. Ils *négocient dans l'ombre du droit*.
10. Dans l'ensemble, les effets distributifs comptent, et pas les mots de la loi.
11. Mais ces effets distributifs sont extrêmement difficiles à calculer du fait de l'application « brouillonne » des règles, des enjeux idéologiques, de l'ambivalence de toux ceux qui poursuivent un intérêt individuel et du foisonnement des transactions qui peuvent être conclues à tout moment. À l'état brut, les politiques de l'identité seront rarement à la hauteur de la tâche.

Livre Jurisprudence n°2.indb 121 08/08/2011 12:02:45

L'un des moments les plus dramatiques de *Sexy dressing* est celui où Kennedy s'étend sur le conflit interne d'un homme qui, ne se livrant pas aux violences sexuelles, réagit à un spectacle pornographique, spectacle qui érotise explicitement, non seulement la domination masculine, mais aussi l'autonomie sexuelle féminine. Le clip vidéo de Madonna *Open your heart* fait figure de porno. *Pour les hommes*, la tenue sexy de Madonna peut renvoyer à l'imaginaire que les hommes déploient dans la masturbation, et donc, en même temps que de l'excitation, peut produire une vaste gamme de sentiments qui ne cadrent pas avec l'idée de domination – souillure, honte, clandestinité, confusion, culpabilité, effroi, gêne, peur d'être pris sur le fait. Elle peut aussi renvoyer à des lieux (quartiers chauds, zones urbaines sensibles) associés à un milieu ouvrier ou à des considérations raciales. Ceci produit sur les classes moyennes et supérieures, en particuliers, chez les blancs, non seulement de l'excitation, mais aussi la peur d'être agressé dans de tels lieux. La tenue de Madonna peut encore renvoyer à l'exercice direct du pouvoir sexuel des femmes *sur* les hommes, ou même à la possibilité de ce pouvoir, – un pouvoir de donner et de retenir, un pouvoir d'avoir le pouvoir, un pouvoir « de rendre les hommes fous ». Elle peut, enfin, renvoyer au – ou jouer le – défi permanent que les femmes adressent aux codes sexuels patriarcaux, à l'indifférence des femmes aux besoins et aux craintes des hommes, aux pouvoirs et menaces masculins ; à l'érotisme des femmes comme autonomie et invulnérabilité sexuelle. Kennedy soutient que les femmes en situation de domination érotique sont susceptibles d'éveiller, parfois, chez certains hommes, une volonté réciproque de domination ou un désir de vengeance. Qu'elles peuvent aussi simplement provoquer, parfois, chez certains hommes, un sentiment d'impuissance, de peur, d'échec, d'envie, ou de désorientation. Qu'elles fournissent également aux hommes le point de départ d'agréables fantasmes qui ne correspondent pas exactement à ceux que leur attribuent les féministes *power* ou *cultural*. Par exemple, s'affranchir de la nécessité de s'inquiéter de la véritable volonté de la femme, du point de savoir si elle a passé un bon moment, si elle a joui. Le fantasme également d'un autre Moi – l'appropriation par introjection de la femme toute-puissante – un Moi aussi narcissique et puissamment incarné que cette femme en tenue *sexy**[24].

Le remarquable travail de fissure du désir et du pouvoir réalisé par Kennedy remet en cause le simplisme de l'universalisme féministe ainsi que celui des féminismes *power* et *cultural* : ces derniers peuvent sans doute servir à décrire *certaines* situations, mais manquent clairement d'outils pour décrire *celle-ci*. L'homme de Kennedy, celui qui prend du plaisir à la pornographie et ne se livre pas à des violences sexuelles éprouve des désirs multiples, contradictoires aussi souvent abjects qu'estimables. Il me semble que cette profonde ambivalence caractérise la sexualité de manière beaucoup plus pénétrante que les féministes *power* et *cultural* n'ont voulu l'admettre.

La fin de cette section est consacrée à des lectures et relectures d'une célèbre affaire américaine de divorce dans laquelle la Cour Suprême du Texas a estimé que l'épouse pouvait poursuivre son mari pour les violences psychologiques qu'il lui a infligées et qu'elle pouvait obtenir des dommages et intérêts indépendamment de la répartition des biens consécutive au divorce. Il s'agit de l'affaire Twyman v. Twyman[25]. Mon objectif est de prolonger ici l'idée de Kennedy selon laquelle le plaisir / les dangers des interactions sexuelles sont bien plus complexes que ce qu'admettent les partisans féministes des sanctions contre les violences psychologiques. J'espère ne pas trop déconcerter les lecteurs français lorsqu'ils s'apercevront qu'un important texte de philosophie française est utilisé comme théorie sociale pour les besoins d'une analyse pragmatique américaine. Je l'utilise afin de multiplier les possibilités pour une hypothétique Sheila Twyman et son hypothétique mari, William, de négocier à l'ombre du droit. Afin aussi de contrecarrer notre compréhension de ce cas, et de multiplier les posi-

24 Voy. *Split decisions, How and why to take a break from feminism*.
25 *Twyman v. Twyman*, 855 S.W.2d 619 (Tex. 1993).

Livre Jurisprudence n°2.indb 122 08/08/2011 12:02:46

tionnements politiques possible à propos du texte français que j'évoque en introduction.

Sheila et William Twyman se sont mariés en 1969. Sheila a demandé le divorce en 1985. Elle a ensuite modifié sa demande pour l'accompagner d'une action en responsabilité civile que le tribunal a interprété comme une action en indemnisation de violences psychologiques causées par négligence. L'essentiel des faits fondant la demande semble tenir à ce que William lui a « intentionnellement et cruellement » imposé des « pratiques sexuelles déviantes ». J'en analyse plus loin les détails. Pour l'instant, il suffit de dire que le tribunal a estimé que ces pratiques impliquaient du « *bondage* » et que William avait tenté de contraindre Sheila à s'y livrer.

Le tribunal a prononcé le divorce, effectué le partage des biens et a alloué à Sheila 15,000 $ de dommages et intérêts dans le cadre de son action en responsabilité civile. William a interjeté appel. La Cour d'appel a confirmé le jugement. Elle a estimé que le fait de causer un préjudice psychologique par négligence ouvrait droit à une action au Texas, et que celle-ci pouvait avoir lieu entre conjoints. Dans le même temps, toutefois, la Cour Suprême du Texas a affirmé dans une autre affaire qu'une demande fondée sur un préjudice psychologique causé par négligence n'était pas recevable au Texas. La Cour Suprême du Texas a été saisie par William. La majorité des juges, composée d'une majorité simple (*plurality*) à laquelle s'ajoutaient quelques opinions concordantes (*concurrences*), a renvoyé l'affaire pour être rejugée selon une position théorique nouvelle : les détresses psychologiques *intentionnellement* causées peuvent donner lieu à une action au Texas, et cette action peut être dirigée contre le conjoint. Sheila a alors le droit de voir son affaire examinée de nouveau parce qu'elle ne savait pas qu'elle pouvait utiliser cette position judiciaire avant qu'elle ait été affirmée[26].

Cela signifie qu'au sein de la Cour suprême du Texas, une majorité des juges pensait que Sheila avait présenté suffisamment d'éléments factuels et de preuves, de telle sorte qu'il ne lui restait qu'un très faible nombre de points du litige à connecter avec la nouvelle théorie de la responsabilité formant l'état du droit. Les juges ont considéré que les faits présentés la mettaient en mesure de gagner dans le cadre de cette nouvelle théorie. Qu'elle disposait de suffisamment de faits pour soutenir des conclusions contenant les éléments essentiels de la nouvelle position judiciaire. Voici lesquels : William a adopté un comportement outrageant, au-delà des bornes de la décence, une conduite atroce et absolument intolérable dans une société civilisée ; (il subsiste des incertitudes juridiques sur ce point, c'est pourquoi je considère toutes les options retenues par les différents juges) lorsque William a adopté un tel comportement, il avait *l'intention* de causer à Sheila une détresse psychologique / ou bien il savait qu'il pouvait lui causer et a imprudemment couru le risque et / ou il a imprudemment ignoré le risque de détresse psychologique[27] ; le comportement de William constitue la cause du préjudice psychologique résultat de la détresse éprouvée par Sheila. Personne n'a contesté que Sheila était « ravagée », etc. : le doute semblait plutôt porter sur la question suivante : en quoi consistait exactement ce comportement outrageant, et en quoi était-il la cause de la détresse de Sheila ?

26 *Twyman,* 855 S.W.2d at 619, 620-21, 624.

27 Il faut relever l'instabilité du droit qui perdure sur ce point. La règle posée par le *Restatment of Torts* est extrêmement souple : le demandeur peut gagner sans même démontrer que le défendeur connaissait ou ne pouvait ignorer sous peine de commettre une faute d'imprudence le risque de détresse psychologique. *Restatement (Second) of Torts § 46 (1965).* Le Juge Comyn s'appuie sur cette disposition mais estime néanmoins qu'il revient à la juridiction de renvoi constatant les faits d'établir que William connaissait le risque ou qu'il a commis une faute d'imprudence en l'ignorant. *Twyman,* 855 S.W.2d, 621,623-24. Comme le Juge Hecht le relève, l'idée selon laquelle la responsabilité suppose un comportement intentionnel est mise en question de manière significative par le texte en question [« recklessness » *proviso*] *Id.*, 630. Si le comportement décrit plus bas est considéré comme « outrageant », cela seul pourrait suppléer au constat des faits permettant de conclure que le défendeur a commis une faute d'imprudence en ignorant que son comportement avait toutes les chances de causer une détresse psychologique. En effet, un « outrage » *est* une « détresse psychologique ». Ceci est largement suffisant pour caractériser une responsabilité étendue.

Livre Jurisprudence n°2.indb 123 08/08/2011 12:02:46

Un des points fascinants de la décision tient dans la considérable divergence de vues déployées par les juges sur les éléments de fait. Parce qu'ils sont idéologiquement orientés, permettez-moi d'abord d'en résumer les implications essentielles. Rédigeant pour la majorité ayant emporté la décision (non pas la majorité absolue, mais la majorité des voix exprimées), le Juge Cornyn a renvoyé, considérant que Sheila devait avoir la possibilité d'établir le caractère intentionnel des violences psychologiques et disposait des éléments pour le faire. Son groupe estimait qu'elle aurait dû aller au-delà de ce qu'elle a montré, à la différence du Juge Gonzales qui a émis une opinion concordante et s'est donc rallié à la majorité sans agréer les motifs de la décision. La Juge Spector a vu l'affaire d'un point de vue explicitement féministe. Elle a fondé ses conclusions sur le caractère disproportionné du mal qu'infligent des hommes insensibles aux femmes, plus accessibles aux émotions. Elle aurait statué en faveur de Sheila sans renvoi, y compris sur le fondement du caractère intentionnel des violences. Le Juge Hecht a exprimé une opinion dissidente fondée sur l'idée que des conjoints ne devraient pas pouvoir agir pour obtenir réparation du préjudice psychologique forcément causé par la désintégration du mariage. En outre, il s'est refusé à accueillir des actions aussi indéterminées que celle-ci, jugée incompatible avec l'état de droit. Dans le spectre d'un contrôle libertarien/social, les Juges viennent donc dans l'ordre suivant : Hecht, Cornyn, Gonzales, Spector. Relevons que la position féministe est aussi celle du contrôle social le plus intense ; et qu'elle s'établit aux côtés d'une opinion conservatrice, signalant l'alliance familière d'un féminisme focalisé sur la domination avec un conservatisme social.

Demandons-nous alors ce que ces différentes « positions » ont vu dans le dossier. (J'espère qu'il sera bien compris qu'en défaisant et en reconstruisant les décisions dans cette affaire, je ne prétends pas impliquer Sheila et William en tant que véritables êtres humains ; en travaillant sur les constructions, évidemment très habiles, qu'en ont fait les juges de la Cour suprême du Texas, je tente de démêler les enjeux idéologiques qui contraignent l'interprétation et la ré-interprétation des faits du dossier)

Tous les juges s'accordent sur le fait que William a d'abord introduit le *bondage* au cours des relations sexuelles du couple. Nous apprenons du Juge Hecht que Sheila et William se sont mutuellement ligotés lors des premières séances, auxquelles Sheila a volontairement participé, et qu'ils échangeaient les rôles de dominant et de dominé. Mais aucun des autres Juges n'a relevé ces faits. Sheila a fait part à William du viol qu'elle avait subi avant leur mariage et lui a dit qu'elle ne voulait pas s'engager dans des relations sexuelles sadomasochistes, ni avec lui, ni avec quiconque. Les Juges ont évoqué ce moment de manière très différente, ainsi que nous le verrons plus loin. Il n'y a pas, néanmoins, d'incohérence entre les positions des juges sur les faits constitutifs du viol. Sheila a témoigné avoir été violée avant le mariage sous la menace d'un couteau, avoir reçu un coup de couteau ; et avoir eu peur pour sa vie[28].

Quelques années plus tard, Sheila a découvert que William suivait une psychothérapie. Cherchant à découvrir pourquoi, Sheila a appris de sa bouche qu'il avait eu une aventure avec une femme qui voulait se livrer aux pratiques du *bondage*. À ce moment, William a établi une sorte de rapport entre son désir de relations sexuelles sado-masochistes et la viabilité de leur mariage. Une fois encore, les Juges se sont représentés cette partie des faits très différemment. Selon le Juge Hecht, William a dit à Sheila que « si seulement elle avait pu pratiquer le *bondage*, rien ne serait allé mal »[29] ; selon la Juge Spector « il a dit à Sheila que si elle ne répondait pas à son désir de se livrer au *bondage*, il n'y avait pas de futur possible pour leur mariage »[30]. Plus loin, le Juge Hecht indique :

28 Juge Cornyn nous indique qu'elle a été violée sous la menace d'un couteau, *Twyman,* 855 S.W.2d at 620 n1 ; le Juge Hecht nous dit la même chose *id.* at 636 ; La Juge Spector ajoute que Sheila a reçu un coup de couteau et a eu peur pour sa vie. *Id.* p. 641.

29 *Twyman,* 855 S.W.2d p. 636.

30 *Twyman,* 855 S.W.2d p. 641.

Livre Jurisprudence n°2.indb 124 08/08/2011 12:02:46

> Pendant le reste de l'année, le couple a consulté un conseiller conjugal. Selon ce dernier, Sheila et William ont parlé des fantasmes *bondage*, et Sheila a encore tenté de participer avec William. Mais elle a éprouvé tant de souffrance et d'humiliation qu'elle ne pouvait plus continuer. Leur dernière relation sexuelle, qui ne consistait pas en du *bondage,* a été si brutale qu'elle a été blessée[31].

Comme le Juge Hecht, la Juge Spector a compris que ce sont les dernières séances de *bondage* qui forment le cœur de l'action de Sheila concernant les violences psychologiques, et non le dernier épisode sexuel au cours duquel Sheila a subi des lésions gynécologiques.

> Sheila a connu « désespoir » et « désolation », aussi bien que des problèmes physiques – perte de poids et, après une séance, des saignements prolongés qui ont nécessité un traitement gynécologique. *La souffrance et l'humiliation qui ont accompagné les pratiques de bondage* l'ont conduite à chercher de l'aide auprès de trois conseillers professionnels[32].

C'est le *bondage*, pas la dernière nuit de brutales relations sexuelles, que les juges ont continuellement ramené au cœur du comportement de William. Nous en restons, donc, à cette configuration narrative fondamentale : confrontée à la menace du divorce, Sheila s'est engagée à contrecœur mais volontairement dans des pratiques *bondage*, a décidé pendant celle-ci ou à leur terme qu'elles lui étaient intolérables ; Sheila a aussi connu des relations sexuelles brutales dont elle n'a pas prétendu qu'elles étaient humiliantes ; et a subi un véritable supplice.

Il y a donc trois éléments causaux. Le premier consiste dans le désir de William pour les relations sado-masochistes, et les sollicitations qui ont suivi. Je les appellerai les sollicitations sado-masochistes. Un second élément tient au récit fait par Sheila à William du viol qu'elle a subi avant le mariage et à son refus (sur lequel elle est apparemment revenue vers la fin de leur vie commune) de s'engager dans des pratiques *bondage* pour cette raison. J'appellerai cela la révélation du viol. Le troisième élément est le refus de William / son incapacité à renoncer à sa perversion, le fait de persévérer dans celle-ci avec une ancienne partenaire, et enfin ce qu'il a dit à Sheila à propos de l'échec de leur mariage au cas où elle ne pourrait pas participer au *bondage* au moment où elle découvre qu'il suit une psychothérapie. J'appellerai cela la menace du divorce.

Pour le juge Gonzales, la menace du divorce et les sollicitations sado-masochistes sont cruciales tandis que la révélation du viol est hors de propos. Il relève que le point « d'outrage » a été atteint au moment où William a sollicité et obtenu de Sheila sa participation au *bondage*, « au prétexte de la nécessité de telles activités pour le futur de leur mariage ». Il ne considère pas l'argument selon lequel de telles sollicitations, épisodes ou discussions ont eu de graves conséquences sur Sheila en raison du viol qu'elle a subi, ou que William devrait en assumer la responsabilité dans la mesure où Sheila l'avait averti des conséquences possibles[33]. Il suggère presque que solliciter de son conjoint un sado-masochisme modéré, particulièrement lorsque cela correspond à un besoin irrépressible et que le conjoint le découvre plus tard, constitue une atteinte en soi que l'on peut présumer causer la détresse psychologique qui s'ensuit. Voici qui témoigne d'une opposition draconienne aux perversions sexuelles, et une attitude qui n'est pas intrinsèquement féministe (bien que certaines féministes l'adopteraient sans doute, pour des raisons féministes qui ne semblent pas avoir motivé le Juge Gonzales).

Pour les autres Juges, l'ensemble des trois éléments – les sollicitations au *bondage*, la révélation du viol, et la menace du divorce – compte. Il y a des marques indélébiles du féminisme dans leur compréhension de la façon dont ces trois éléments interagissent pour causer à Sheila les atteintes psychologiques. Le juge Cornyn voit les choses ainsi : « dans son témoignage, Sheila a affirmé que William a poursuivi les pratiques sadomasochistes de *bondage* avec elle, alors qu'il connaissait la peur que ces pratiques lui inspiraient *en raison du viol sous la menace d'un couteau qu'elle*

31 *Twyman,* 855 S.W.2d p. 636.

32 *Twyman,* 855 S.W.2d p. 641, c'est moi qui souligne.

33 *Twyman,* 855 S.W.2d p. 626.

Livre Jurisprudence n°2.indb 125 08/08/2011 12:02:46

avait subi avant leur mariage »[34] (le Juge Cornyn semble ne pas prendre en compte, pour établir la responsabilité de William, les séances de *bondage* qui se sont déroulées avant que ce dernier ait eu connaissance du viol). Le Juge Hecht relate ainsi le moment de la révélation : « Sheila lui a déclaré *qu'elle associait leurs activités avec l'horrible expérience du viol* sous la menace d'un couteau vécue plus tôt dans sa vie »[35]. La Juge Spector reprend en substance les propos du Juge Hecht : après que William « ait introduit le bondage dans leur relation après le mariage […], Sheila a dit à William *qu'elle ne pouvait plus endurer ces pratiques en raison du traumatisme consécutif au viol* subi quelques années auparavant » (c'est moi qui souligne)[36].

Les juges Cornyn, Hecht et Spector (bien qu'ils ne soient d'accord que sur très peu de choses) se rejoignent sur l'idée que l'histoire sexuelle de Sheila est cruciale pour ce qu'elle réclame. Les deux derniers (bien qu'ils ne soient d'accord sur presque rien) se rejoignent pour estimer que Sheila était particulièrement exposée à la souffrance lors des relations sexuelles avec son mari. Ils utilisent une curieuse locution temporelle – « l'expérience actuelle d'avoir été violée dans le passé » ; « le traumatisme actuel d'avoir été violée dans le passé »[37] – qui situe le moment de la lésion dans un présent perpétuel. Sheila subit *toujours* l'expérience d'avoir été violée, souffre *toujours* du traumatisme d'avoir été violée. De nombreux discours féministes sur le viol soutiennent cette idée. Violée un jour, violée toujours. De tels discours sur le viol continuent d'affirmer à l'heure actuelle que la souffrance du viol s'étend à chaque moment futur de la vie d'une femme ; ce n'est pas une note jouée au piano mais à l'orgue[38]. Il est probable que le féminisme *cultural* de la Juge Spector la conduise à une telle approche ; le Juge Hecht qui, comme nous le verrons, tente de constituer Sheila en agent responsable de ses actions et disposant de pouvoirs considérables, adopte une posture qu'on pourrait décrire comme venant compenser celle de Spector.

Rendue à ce point où les Juges Spector et Hecht se séparent, et où ce dernier quitte la ligne féministe *cultural* de la Juge Spector, je suis tentée de suivre le juge Hecht. À la question « que savait William des réactions émotionnelles probables que Sheila pouvait éprouver à la suite d'une sollicitation *bondage* », le juge Hecht répond que Sheila, après une première expérience menée avec des cravates, « a dit à William qu'elle n'aimait pas une telle pratique et ne voulait pas y participer plus avant » (636)[39]. Déterminée, ferme, avec une bonne connaissance de soi. Un agent. Pas une personne dont on pourrait trouver plausible qu'elle prétende que le désir de son mari pour ce qu'elle ne voulait pas constitue une violence psychologique intentionnelle. La juge Spector, cependant, comprend différemment les déclarations faites après la révélation du viol : « William a compris que Sheila assimilait le *bondage* avec l'expérience du viol qu'elle avait subi » ; « Sheila a dit à William qu'elle ne pouvait plus supporter de telles pratiques »[40]. Une fois encore, la juge Spector déploie les tropes du discours féministe *cultural* standard sur le viol : le linceul des blessures sexuelles et l'équivalence littérale des événements-*semblables*-au-viol avec le viol. Si le *bondage* rappelait à Sheila le viol, c'est que le viol se réalise encore ; et parce que viol est la mort, être renvoyée au viol, c'est être renvoyée à la mort : elle ne pouvait donc plus le supporter.

34 *Twyman,* 855 S.W.2d p. 620 n1.
35 *Twyman,* 855 S.W.2d p. 636, c'est moi qui souligne.
36 *Twyman,* 855 S.W.2d p. 619, 620-21, 624.
37 Il est difficile de rendre compte de la locution temporelle à laquelle J. Halley fait allusion dans la mesure où le présent progressif anglais est utilisé. Que le lecteur pardonne la lourdeur des propos qui visent à transposer les expressions *« the experience of having been raped » ; « the trauma of having been raped ».*
38 Robin West, féministe *cultural* et théoricienne du droit indique ainsi que : « la femme qui survit à un viol aggravé souffre d'un éclatement du moi si profond et si traumatisant *que l'écho s'en prolonge tout au long de sa vie* : sa sexualité, son propre corps, son existence physique elle-même, sont *à jamais* objectivés comme ce qui amène danger, blessures, peur, et mort », Robin WEST, *Caring for Justice* (New York : New York University Press, 1997), p. 107 (c'est moi qui souligne).
39 *Twyman,* 855 S.W.2d, 636.
40 *Twyman,* 855 S.W.2d, 641.

Livre Jurisprudence n°2.indb 126 08/08/2011 12:02:46

Qu'en est-il de la menace du divorce ? La Juge Hecht en fait une projection assez pathétique : « si seulement elle avait pu pratiquer le *bondage*, rien ne serait allé mal »[41]. Aucune autre relation des faits n'emploie ce ton mélancolique. La Juge Spector cite le tribunal qui a considéré que William s'était engagé « dans un processus permanent de tentatives pour contraindre [Sheila] à se livrer à ses pratiques de *bondage* en lui assénant perpétuellement l'idée que leur mariage pourrait ainsi être sauvé » si elle y consentait[42]. Le Juge Cornyn cite également le tribunal relevant que William « tentait de contraindre Sheila au plan affectif et selon un processus continu pour l'engager dans le *bondage* ». C'est peut-être à cet endroit que les dernières séances de *bondage* renvoient finalement au viol : la menace du divorce est comme la menace du couteau. Menacée de cette manière, une femme perd toute capacité d'agir et si elle consent à des relations sexuelles, elle agit néanmoins sous la contrainte. Ceci, également, est un élément extrêmement familier à de nombreux discours féministes sur le viol. Je ne sais pas pourquoi tant de féministes entendent que des femmes, qu'on ne menace pas avec un couteau, confrontées à une proposition sexuelle à laquelle elles ne veulent pas – mais vraiment pas – répondre, vivraient alors une situation dans laquelle elles sont totalement dépourvues de choix. Et attendez ! La Juge Spector a étendu cette construction de l'absence de capacité d'agir des femmes à des situations dans lesquelles il n'existe ni menace de mutilation ni menace de mort, mais menace de *divorce*. Le divorce est représenté comme si semblable à une menace de mort que, confrontée à lui, les femmes ne peuvent être regardées comme des agents rationnels.

Comme le suggère Olsen, il y a une autre manière de considérer cette affaire tout en poursuivant le projet féministe. Nous pouvons mettre entre parenthèses cette image adoptée par la majorité des juges du pouvoir des hommes et de la subordination des femmes. Il n'est pas nécessaire d'en appeler au pathos de Sheila se soumettant à des rapports sexuels voulus par son mari, mais dont tous deux savent qu'ils l'humilient et la mettent au supplice, et cela pour sauver son mariage avec l'individu qui la fait souffrir. Aucun courant féministe ne le requiert. Le féminisme s'accommode d'une perspective totalement inversée du mariage Twyman. Ré-imaginons le pathos de William : éprouvant un besoin sexuel auquel sa femme ne peut répondre, se faufilant honteusement hors de chez lui pour le satisfaire avec une autre, secoué, séance après séance de psychothérapie au cours desquelles il cherche à comprendre sa propre perversité, finalement humilié publiquement par les témoignages à propos de ses relations sexuelles sans espoir, souffrant de la décision publique qui juge son comportement d'époux outrageant, au-delà des bornes de la décence, atroce, et absolument intolérable dans une société civilisée. Et imaginons par contre : les étonnants pouvoirs de Sheila, fixant la loi morale de la vie sexuelle du couple, poursuivant William telle une Walkyrie pour l'avoir brisée, et obtenant, non seulement le divorce pour faute, mais aussi des dommages et intérêts au terme d'une alliance qu'elle a conclue avec l'État contre William. Imaginons davantage : l'affaire Twyman comme arrière-plan du droit de la famille établissant une règle selon laquelle les maris souffrant d'inextinguibles désirs sexuels que leurs femmes trouvent humiliants doivent rester mariés ou, s'ils cherchent à divorcer (souhaitant peut-être simplement se remarier et avoir des relations sexuelles non-adultères avec des femmes qui ne trouvent pas leurs désirs humiliants) doivent le payer cher en honte, en culpabilité et en argent. Le féminisme peut-il admettre que les femmes apparaissent, à la suite de la décision de justice, dotées de nouveaux pouvoirs de négocier dans le mariage et chargées d'un rôle nouveau dans l'application de la décence maritale ? Et le féminisme peut-il voir combien cette dotation en pouvoirs de négociation peut coûter aux femmes, qui ne peuvent l'exploiter que si elles jugent le sexe en question douloureux et humiliant ? Le féminisme peut-il lire l'affaire en termes de subordination masculine et de domination féminine – et *toujours* néfaste pour les femmes ? Je le crois ; la capacité de considérer les femmes

41 *Twyman,* 855 S.W.2d, 636.
42 *Twyman,* 855 S.W.2d, 641.

Livre Jurisprudence n°2.indb 127 08/08/2011 12:02:46

comme désavantagées par la protection qu'elles peuvent rechercher dans le droit nous accompagne dans cet article depuis que le traitement égalitaire des femmes d'Olsen a été développé.

Mais j'ai aussi suggéré, lorsqu'il était question des victoires féministes dans le Statut de Rome, qu'il pourrait être politiquement utile de rompre pour un moment avec le féminisme tout entier. On peut bien alors réinterpréter le mariage Twyman et rompre avec toute référence au genre. On peut vouloir *éviter* la gendérisation du droit. Je voudrais persuader le lecteur qu'il est éclairant de le faire, et entreprendre pour cela un travail de réduction de la *Généalogie de la morale* de Friedrich Nietzche et du premier volume de *l'Histoire de la sexualité* de Michel Foucault, dans cet ordre. Je voudrais dégager alors un ensemble de contre-hypothèses et offrir de brèves relectures de l'affaire Twyman permettant d'exploiter la puissance explicative des idées qui en résultent. Une fois encore, je n'ai pas de prétention quant aux véritables époux Twyman, mais, en utilisant les faits tels qu'ils apparaissent, afin de limiter les possibilités de création des Sheila et William fictifs, je vais mettre entre parenthèses le féminisme et relier les pôles de l'affaire à Nietzche et à Foucault.

En premier lieu, considérons le moralisme du projet de Sheila quant à William. Relevons qu'elle ne s'est pas contentée de réclamer un divorce pour faute, et, qu'apparemment, elle n'a pas cherché à obtenir réparation ou à déclencher des poursuites pénales pour les dernières relations sexuelles au cours desquelles elle a été blessée. Elle a plutôt cherché à faire dire à un juge que William – à travers les sollicitations sadomasochistes, la divulgation du viol et la menace du divorce – a adopté un comportement outrageant, au-delà des bornes de la décence, atroce, et absolument intolérable dans une société civilisée. Que peut-on dire de la position de Sheila si l'on utilise la *Généalogie de la morale* comme fond théorique ? Dans ce qui suit, je réécris « la révolte des esclaves dans la morale »[43] comme si elle avait été réalisée au niveau individuel et non à la vaste échelle de l'histoire humaine :

1. Le point de départ historique de la morale de l'esclave est la perception qu'il a de lui-même comme dominé, souffrant sous la volonté du maître. Il se voit occuper une position *passive* dans le monde ; le maître est *actif* ; et l'esclave souffre dans sa passivité.
2. Bien qu'à l'origine, l'esclave aurait pu comprendre sa souffrance comme un mal et l'activité du maître comme un bien (et aurait pu chercher à être également actif), ce n'est pas ce qui s'est passé. Au lieu de cela, il a traduit une relation de pouvoir en morale : lui est le bien, le maître est le mal. Il s'agit dès lors d'une relation entre la vertu dominée et le vice dominant. La moralité est née comme mécanisme secret de pouvoir, comme forme sublimée de la domination.
3. Cette traduction du pouvoir en morale ôte toute raison à l'esclave de faire l'expérience de lui-même comme doté d'une *volonté*. La volonté est maintenant le mal. La colère de l'esclave contre sa souffrance – sa propre volonté de pouvoir – est, à présent, déniée.
4. La volonté de l'esclave, son action ne disparaissent pas pour autant. Elles sont plutôt traduites alors en *ressentiment* [en français dans le texte, NDT] et toutes les deux redirigées, *à l'extérieur* contre le maître, en une vengeance docile mais cinglante ; et, *à l'intérieur,* contre l'esclave lui-même, en une nouvelle forme de souffrance, sous la morsure de sa propre moralité, la nouvelle *intériorité* d'une conscience coupable.
5. La moralité de l'esclave est dévastatrice, selon un sadisme formidable envers le maître, et punit avec

43 NIETZSCHE, *La généalogie de la morale,* réimpr. Gallimard, collection Folio Essai, textes et variantes établis par G. Colli et M. Montinari, trad. par I. Hildenbrand et J. Gratien, 2009, p. 32.

Livre Jurisprudence n°2.indb 128 08/08/2011 12:02:46

> une stupéfiante intensité l'esclave pour les impulsions qui ont été les siennes – sans lesquelles le terrible cycle n'aurait jamais démarré. Elle établit une troisième classe, la classe sacerdotale. Les pouvoirs de celle-ci sont d'autant plus troublants qu'ils ont été attribués sous l'empire de la faiblesse et n'utilisent pas le pathétique ressort de la coercition physique mais l'intransigeance intime de la conscience et de la souffrance intérieure. « Quel air empesté ! »[44].

Il n'est pas difficile de reconsidérer Sheila Twyman comme la victime et la détentrice de la morale des esclaves. Son violeur, la brute blonde, pourrait avoir été son ennemi mais (peut-être avec l'appui du féminisme) est devenu son maître. Le pouvoir de la violer sous la menace d'un couteau est devenu *un*, sinon *le*, fait central de sa vie à elle. Faisant l'expérience d'une domination totale, elle s'est résolue à s'opposer à lui avec le pouvoir du faible : lui n'était pas mauvais au sens où il a agi contre sa volonté à elle, mais au sens où il était le Mal. Et la projection morale de sa punition à lui, au terme d'une volonté féroce de vengeance, lui a fait perdre de vue que William était – disons – quelqu'un de différent. Détenant le code moral d'une bonne sexualité, Sheila a fait ramper William ; mais elle a souffert intensément alors. La Juge Spector (bien entendu) nous fournit des détails sordides : Sheila « a éprouvé le désespoir le plus total, un sentiment de désolation », a perdu du poids, s'est résolue à des relations sexuelles au cours desquelles elle a été blessée, « la souffrance et l'humiliation qui ont accompagné les pratiques *bondage* l'ont conduite à chercher de l'aide auprès de trois conseillers professionnels. (Voici un détail frappant : les Juges Spector *et* Hecht semblent considérer que le sexe pratiqué avec des cravates est douloureux et humiliant, mais pas celui qui cause des lésions gynécologiques). Une lecture nitzschéenne de cette contradiction conduirait à voir Sheila comme dépourvue d'instinct de conservation, sans égard pour le bien-être du corps, vouée à amplifier les blessures de son âme). Elle a ressenti sa complète absence de pouvoir, s'est sentie brisée, et, plus elle recherchait et obtenait sa vengeance contre William, plus elle s'enfonçait dans l'intransigeance de la souffrance justifiant sa vengeance.

J'ai de nombreuses raisons de penser qu'une rupture momentanée avec le féminisme rendant possible une telle lecture de l'affaire est une bonne idée. *Si* cette lecture est correcte – et la lecture n'est pas, en tant que telle, une garantie empirique – je dispose alors d'importantes perceptions politiques dont je n'aurais pas disposé en son absence. Premièrement, cette lecture m'indique nettement la possibilité que Sheila ne soit pas mon alliée. Deuxièmement, elle me conduit à penser à Sheila Twyman autrement qu'en termes de faiblesse, à la voir plutôt comme un redoutable ennemi qui poursuit son objectif avec acharnement. Troisièmement, elle me donne néanmoins une idée de la terrible souffrance que subit Sheila à chaque nouvel accès de sensibilité subalterne. Et quatrièmement, elle m'aide à voir que le *féminisme* pourrait être à l'origine du pouvoir de Sheila, mais aussi être responsable des souffrances extrêmes qui la frappent.

Mais il est possible que mon *ressentiment* [en français dans le texte, NDT] pour le *ressentiment* de Sheila provoque un moment de couple qui contraint par trop ma lecture. Recherchons quelque chose de plus doux, quelque chose qui suspende l'idée selon laquelle le pouvoir doit prendre la forme de la domination ou de la subordination, quelque chose qui nous fasse sortir du moralisme et de la tentation d'entrer dans une rage moralisatrice contre lui. La lecture du premier volume de l'*Histoire de la sexualité* de Michel Foucault offre quelques hypothèses théoriques qui diffèrent de manière frappante de celles que j'ai attribuées au féminisme qu'on trouve aux États-Unis ou chez Nietzsche. Dans ce qui suit, je procède comme si les hypothèses de Foucault sur le pouvoir étaient simples et évidentes plutôt que contredites, en ambivalence et en tension dans l'ensemble du texte[45]. Je relèverai quatre points-clés :

44 *Id.*, p. 43.

45 C'est ainsi que Foucault décrit le pouvoir comme à la fois souverain et à la fois parcellaire ; la libération à la fois comme séduisante et à la fois comme une ruse ; les formes historiques du pouvoir et de la vie sociale à la fois comme caduques et comme persistantes. Pour une brillante

Livre Jurisprudence n°2.indb 129 08/08/2011 12:02:46

1. Pour le Foucault du premier volume, l'idée était d'imaginer le pouvoir, non comme une relation de domination et de subordination, mais comme un « champ de *rapports* de force », parcellaire, et qui se déplace dans le temps. Le pouvoir pourrait être un *micropouvoir* [en français dans le texte, NDT] : il pourrait produire de vastes effets sur le social et sur les consciences, sans tomber d'en haut sur les gens mais en circulant parmi eux ; et pas seulement au travers de la violence physique mais aussi en établissant et ré-établissant les possibilités d'organisation. Des discours.
2. Pour le Foucault du premier volume, le pouvoir n'est pas nécessairement mauvais. Le *pouvoir* – comme capacité à produire des effets – peut se distinguer de la *puissance* – comme capacité à dominer ou à contraindre.
3. Pour Foucault, la sexualité apparaît historiquement comme un discours qui produit ses effets sur les gens que nous sommes – qui pensent que leurs vies impliquent la connaissance de leur sexualité telle qu'elle est. Ceci a quelque chose d'insoutenable et de réducteur à ce propos ; une relation plus mobile à la sexualité non pas comme une vérité mais comme une pratique peut être bien meilleure. Foucault n'imagine pas une libération, mais une recherche perpétuelle de réarrangement des pouvoirs dans le champ social et dans le champ de l'expérience.
4. Très peu de discours venant du chef de la sexualité à l'époque moderne tournent de quelque manière autour de la distinction homme / femme ou portent la marque de la domination masculine. L'organisation et les pratiques du savoir sont bien plus susceptibles d'être la voie par laquelle le pouvoir constitue la sexualité. Elles oppressent moins les individus ou les ensembles d'individus en particulier qu'elles n'établissent de différenciations au sein de la population, étendant leur emprise à des groupes mobiles mais structurés. Bio-pouvoir.

De telles hypothèses nous permettraient de rompre avec l'intuition selon laquelle le pouvoir est toujours une domination, toujours mauvais ; et l'intuition que le genre est toujours ce qui commande les intensités sexuelles des hommes et des femmes.

Reprenons les faits dans l'affaire Twyman comme si ces hypotheses étaient les seules disponibles. Ce qui « s'évanouit » d'abord est la présomption, qui persiste dans toutes les opinions du tribunal, selon laquelle Sheila Twyman émet une prétention moralement sensée : le comportement de William était répréhensible [*wrong*]. La question posée par les Juges était de savoir si cette prétention était *juridiquement recevable*. Seul le Juge Hecht est venu au plus près de l'idée selon laquelle les rapports de pouvoir entre le mari et la femme étaient indéterminés. Voir dans l'affaire une illustration de la justesse des hypothèses de Foucault exige d'écarter une telle présomption.

Ce qui apparaît immédiatement est l'intensité et le pathos sexuel formellement presque identique de Sheila *et* de William. Chacun se trouve contraint par l'idée qu'il a un être sexuel interne, profond, et blessé, au-delà de toute atteinte, et les obligeant à devoir jouer avec une totalité qui leur est presque fatale. William *doit* vivre affecté d'une perversité implantée au fond de lui, un profond et persistant désir fétichiste. Il se présente comme le sujet classique d'une psychiatrisation des perversions. Sheila *doit* vivre affectée par le traumatisme du viol. Celui-ci constitue sa profonde vérité intérieure, et sa vie empirique doit en attester. De manière terrible, William et Sheila se correspondent parfaitement en ce sens que ressortent, entre eux, leurs désirs diamétralement opposés ; mais curieusement, la raison de cette opposition tient à ce qu'ils se ressemblent fondamentalement.

En outre, Foucault semble toujours penser que cette expérience d'une profonde vérité intérieure est introduite dans la conscience moderne par un discours – un savoir/pouvoir – qui nous l'impose en même temps qu'il nous

réflexion du le caractère non-propositionnel du volume I, voy. Andrew PARKER, « Foucault's Tongues », 18 *Meditations* 2 (1994).

Livre Jurisprudence n°2.indb 130 08/08/2011 12:02:46

détourne de l'action véritable, de l'endroit où le pouvoir se connecte vraiment à la vie sexuelle. La souffrance du fétichiste honteux est pathétique – cruelle en fait – et c'est l'un des terribles maux infligés à l'esprit humain apeuré par le discours psychiatrique sur la vérité sexuelle (voici le structuralisme paranoïaque de Foucault).

Que pourrions-nous voir dans l'affaire Twyman qui soit garant des hypothèses de Foucault ? Nous recherchons quelque chose de globalement régulateur – et pas la distinction homme/femme – susceptible de se déployer en des complexes bio-pouvoirs et micro-pouvoirs. Je suggère la monogamie matrimoniale. Le mariage donne aux conjoints un formidable pouvoir l'un sur l'autre : se livrer à (et infliger à l'autre) l'infidélité, et interdire (et punir) l'infidélité. La règle de la monogamie et toutes les manières de s'y soustraire fournit de riches scénarii sociaux, élaborés soigneusement à tous les niveaux de détail culturel. Ces scenarii permettent de voir de nombreuses manières une relation > dans l'affaire Twyman. Il est très facile d'affirmer que William a rompu sa promesse de continence sexuelle, qu'il a cédé à des plaisirs incompatibles avec la discipline qu'un adulte doit observer et avec les égards qu'il devait à la dignité de Sheila. Et il a alors sapé l'un des fondements de la civilisation. Il est facile aussi de formuler l'idée selon laquelle il a déchaîné la force brutale d'un désir sexuel incoercible contre une civilisation fragile. Mais on pourrait voir la subordination dans un sens opposé : William a endossé le rôle de cette figure immémoriale de l'Adultère Infortuné ; il est un empoté, un démuni, le dupe d'une douzaine de tropes très ordinaires qu'on trouve dans le scénario d'adultère ; le point d'orgue de son affaire a lieu au moment où Sheila a découvert la situation et a pris l'avantage ; Sheila, l'épouse victime, celle qui exécute les vœux matrimoniaux, qui maintient férocement la règle de fidélité en place, avec le soutien fervent de presque tous les juges impliqués dans l'affaire.

Essayons encore une fois, produisons une troisième lecture de l'affaire, sans victime, sans coupable, sans domination et sans soumission, mais *en impliquant* le pouvoir. Et si la lutte entre les époux sur fond de l'infidélité de William – leur divorce est demeuré pendant depuis huit ans au moment où la Cour suprême du Texas *a renvoyé l'affaire pour être rejugée !* – était pour eux le paroxysme de leur intimité, un entrelacs érotique allant crescendo qui, s'il devait finir un jour, les laisserait tous les deux sans but, seuls au dernier degré ?

Il se pourrait que ces lectures alternatives des faits de l'affaire Twyman soient tout simplement invraisemblables dans le monde réel. Peut-être que Sheila ne saurait éveiller la morale des esclaves ; peut-être que Sheila et William n'ont jamais cherché l'amour dans le pouvoir sans domination, ont souffert en dehors de toute subordination de la cruauté du divorce et de ses méandres. Poser ce que ces différentes lectures suggèrent a quelque valeur et aussi quelque danger. Les formuler et les explorer est la seule façon de les confronter au monde et de voir si une correspondance existe. Nos désirs et nos projets politiques pourraient être redirigés de manière significative, de très bonne manière, si une correspondance peut être établie : réaliser que la Sheila de la révolte des esclaves dans la morale n'est pas mon alliée m'a reconduite à réorienter profondément mon féminisme et mes positions envers le féminisme, je crois que cela m'a beaucoup aidé.

Je reconnais qu'il existe, ici aussi, un danger, qui prend la forme d'une spirale : si nous obéissons à l'axiome « je le verrai quand je le croirai », alors une théorie peut changer la réalité en modifiant ce que nous remarquons au sein de celle-ci, et peut-être le féminisme est-il sur le point de la voiler. Ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de l'écrire j'ai fortement tendance à considérer les choses différemment.

Il y a peut-être quelque chose de terrifiant dans le fait d'égarer ce qui tient lieu de « boussole morale » ou d'admirer la cruauté des règles du mariage parce que les gens peuvent les utiliser pour soutenir un amour intensément masochiste. Une fois un tel masochisme réellement entré dans le vocabulaire du plaisir sexuel, nous avons du mal à savoir si une exigence sociale quelconque implique de le considérer globalement comme un coût ou un avantage, comme un bien ou

Livre Jurisprudence n°2.indb 131 08/08/2011 12:02:47

un mal. Il nous faut pourtant décider, de façon constante, existentielle, pragmatique, et dans l'incertitude.

Il est bien possible que cette entreprise de désorientation critique soit un luxe qu'on ne peut pas se permettre, surtout à une époque ou le pouvoir conservateur se renforce. Une fois encore, j'ai tendance à considérer les choses autrement ; et j'espère que mon intuition se révélera juste. Une chose semble parfaitement claire néanmoins : le genre, masculin ou féminin, ne s'aligne pas nécessairement avec la domination et la subordination lors de mes relectures de l'importante affaire Twyman. Celles qui entendraient « genrer le droit » en implantant une conception féministe des violences psychologiques dans le système de sanctions pourraient être surprises de voir les hommes et les femmes négocier dans l'ombre de ces règles, tâcher de les renverser, créer des inversions chiasmatiques et réassigner radicalement le genre et le pouvoir. Le féminisme critique, et la pensée critique en général, peuvent nous donner à voir les inversions à venir.

Livre Jurisprudence n°2.indb 132 08/08/2011 12:02:47

Genre et droit de la responsabilité civile[1]

Philippe BRUN*

1. *A priori*, même à bien scruter le discours doctrinal en droit de la responsabilité civile, on n'y trouve guère de considérations sur le genre, et l'on peine à voir quelle influence celui-ci pourrait bien exercer sur le discours des juristes. Une chose est sûre en tout cas : si le genre exerce en la matière quelque influence sur le discours doctrinal en France, ce ne peut guère être semble-t-il que de manière subliminale ou inconsciente. Pas de conscience donc et pas davantage de volonté de chercher en ce sens. Alors qu'il existe outre Atlantique, une approche féministe du droit de la responsabilité[2], une telle perspective est absente de la pensée juridique française.

Est-ce à dire que toute interrogation à cet égard soit condamnée à tourner court ?

Pas nécessairement.

2. D'abord, la doctrine ne peut pas faire moins que le droit positif : je veux dire que le discours doctrinal ne peut pas au moins ne pas se faire l'écho des réalités factuelles (l'affaire dite des « filles du distilbène »[3] est nécessairement une affaire de femmes[4]). Ni de celles du droit positif : à l'époque où la Cour de cassation a dénié à une victime indirecte le droit de réclamer réparation du préjudice que lui causait par ricochet le décès d'un proche si elle ne se prévalait pas d'un lien de droit reconnu avec ce proche[5], toutes les affaires de cette sorte – impliquant un couple – concernaient, sauf erreur de ma part, sans excep-

1 La forme orale de ce rapport a été partiellement conservée.

* Professeur à l'Université de Savoie.

2 V. à cet égard, L. Béranger-Hardy et D. Boivin, *La responsabilité délictuelle en common law*, éd. Yvon Blais, 2005, p. 70 et 71.

3 V. parmi les manifestations judiciaires majeures de ce lourd dossier de santé publique, Cass. 1re civ., 24 sept. 2009 : Bull. civ. I, n° 186 et 187 ; D. 2010, pan. 49.

4 Il est évidemment bien difficile de dire si et, le cas échéant, dans quelle mesure cette caractéristique a pu influencer les solutions jurisprudentielles retenues, et notamment celle originale qui a prévalu sur le terrain de la charge de la preuve (v. là-dessus C. Quézel-Ambrunaz, *Fondement et perspectives de la jurisprudence Distilbène*, D. 2010, p. 1162). Il ne semble pas en tout cas qu'ait jamais été avancé parmi les arguments en faveur d'un régime « bienveillant » pour les victimes, celui selon lequel s'ajoute ici aux préjudices des filles victimes de pathologies graves du fait du médicament, celui des mères consistant à avoir été à leur corps défendant le vecteur de la pathologie contractée par leur descendance, qui plus est, dans une vision cette fois féministe de la question, pour les besoins d'une certaine forme de « productivisme » – ce médicament étant destiné à lutter contre le risque de fausses couches – obstétrical…

5 Cass. crim., 13 fév 1937 : DP. 1938 I, p. 5, note R. Savatier ; Cass. civ., 27 juill. 1937 : JCP 1937 II 466, note Dallant.

Livre Jurisprudence n°2.indb 133 08/08/2011 12:02:47

tion des concubines et non des concubins (ce qui signifie que c'était le concubin qui occupait toujours la place du mort).

3. Il n'est donc pas étonnant que cette fameuse jurisprudence exigeant de la victime qu'elle se prévale de la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé ait à l'époque été baptisée jurisprudence relative à l'indemnisation des concubines (ou de la concubine), et non jurisprudence relative à l'indemnisation des concubins.

Ce qui est plus surprenant, c'est que, bien du temps a passé, cette restriction a disparu de longue date, mais l'appellation de cette jurisprudence n'a pas changé, et on peut lire dans nombre de manuels ou traités que la concubine est aujourd'hui indemnisée de tous ses préjudices par ricochet[6].

Lapsus anecdotique ? Je ne suis pas en mesure d'en juger, mais je dois remarquer, et les petites recherches que j'ai effectuées n'ont pas manqué je dois dire de me surprendre un peu, que ce genre de curiosité n'est pas totalement marginal en droit de la responsabilité.

4. Ainsi par exemple, à feuilleter quelques ouvrages, on constate que la séduction dolosive est « genrée » : le plus fréquemment lit-on dans un traité, « le dol réside dans des manœuvres frauduleuses commises par l'homme qui veut qu'une femme se donne à lui »[7]. Et, s'agissant de la rupture des fiançailles on lit que « la fiancée délaissée peut obtenir réparation » à certaines conditions ou que la prostitution n'est pas une faute en soi, et donc que la prostituée victime peut obtenir réparation […][8].

Voilà bien des présupposés de genre : pas plus que ceux du café du commerce, mais pas nécessairement beaucoup moins…

5. Tout cela ne nous indique pas forcément grand-chose sur le point de savoir si les concepts et principes du droit de la responsabilité civile tels qu'ils traversent le discours doctrinal sont impactés par le genre… Il n'est pas à exclure que la réalité soit assez contrastée : la face apparente de l'iceberg avec des stigmates de très vieux paradigmes juridiques dont le discours doctrinal moderne tend à vouloir se débarrasser, ou à tout le moins dont on a conscience du caractère un peu anachronique : aux exemples cités à l'instant il faut ajouter l'emblématique, le fameux référent du « bon père de famille ».

6. Le tout est de savoir s'il suffit de se débarrasser du mot[9] pour évincer du même coup l'idée (voire la réalité) qu'il y a derrière… Et peut-être faudrait-il aussi se mettre d'accord par parenthèse sur ce que dans une perspective féministe, il y aurait lieu de revendiquer à cet égard : s'agit-il de suggérer que le modèle de référence de la fameuse appréciation *in abstracto*, soit débarrassé de son empreinte masculine, et que l'on puisse accéder au véritable modèle de l'individu normalement avisé, sans aspérité, « aseptisé » diront certains…

Ou si l'idée est de militer pour que les caractères propres inhérents à chaque sexe (s'il est possible d'en déterminer) doivent être pris en compte au titre des éléments d'appréciation *in concreto* que le juge est autorisé à prendre en compte au titre des « correctifs »[10].

7. Mais revenons aux mots et à la réalité qu'ils désignent. Là, nécessairement on bascule sur ce qui pourrait être une partie immergée de l'iceberg. À voir peut-être du côté du préjudice, de certains chefs de préjudice réparable.

Prenons l'exemple du préjudice esthétique[11]. Il n'est pas « genré » en principe en droit positif, et pourtant, une étude un peu fine de sa genèse et de son appréhension par la

6 Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2010-2011, n° 1394, p. 471. V. aussi, A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2e éd. p. 463.

7 Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* n° 6831, p. 1517.

8 *Ibid*, n° 6836. V. aussi, A. BÉNABENT, *Les obligations*, coll. Domat, Ed. Montchrestien, 12e éd. 2010, n° 680, p. 487, évoquant à propos de la condition de licéité de l'intérêt lésé qu'il juge de nos jours marginale, le cas de la prostituée ou de la strip-teaseuse.

9 Au bénéfice par exemple de celui de « l'individu raisonnable ».

10 Mais l'idée a parfois été avancée aussi d'une sorte de « troisième voie » en la matière consistant à admettre que le modèle abstrait de référence n'est pas exclusif d'une certaine « spécialisation : v. à ce propos, Ph. Jacques, note sous Cass. 2e civ., 28 fév. 1996 : Gaz. Pal. 1997 I, p. 86 et s.

11 Sur lequel, v. notamment, Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* n° 1587.

Livre Jurisprudence n°2.indb 134 08/08/2011 12:02:47

pratique judiciaire pourrait laisser apparaître qu'en droit la beauté a peut-être un sexe[12]…

8. Il y aurait d'ailleurs sans doute quelques autres petites découvertes à faire du côté du préjudice : pas nécessairement de retentissantes trouvailles, mais quelques éléments édifiants : des illustrations du phénomène déjà évoqué, d'un discours dogmatique qui intégrant des solutions du droit positif dans leurs aboutissants sans en discuter les tenants (et sans peut-être en apercevoir tous les ressorts) les banalise. À bien scruter la jurisprudence sur la perte de chance de promotion professionnelle, on pourrait apercevoir le reflet de l'inégalité des sexes sur le plan professionnel (au moins dans le fait que ce chef de préjudice se trouve semble-t-il beaucoup plus souvent invoqué par des hommes[13])[14].

9. D'un autre côté dira-t-on, les femmes « bénéficient » si l'on peut dire de chefs de préjudice qui leur sont propres. Voyez le préjudice consistant pour la mère à être privée du fait d'une faute médicale, du droit d'interrompre sa grossesse que lui reconnaît la loi sur l'IVG (et que ne lui a d'ailleurs pas contestée la loi du 4 mars 2002[15]). Très curieusement cependant, alors que l'on comprend aisément que la violation d'un droit conféré à une personne puisse être qualifiée préjudice réparable, on aurait pu s'étonner (et la littérature n'a pourtant pas manqué à ce sujet !) que par la grâce d'un arrêt de la Cour de cassation dont on a parlé immodérément[16], cet intérêt lésé de la mère soit devenu le préjudice des parents.

Autrement dit, si l'on veut tirer quelque chose du discours doctrinal à propos de notre sujet, ce sont surtout les silences qu'il faut interpréter !

12 L'analyse doctrinale qui en est faite s'appuie bien souvent en tout cas sur des exemples exclusivement féminins : v. ainsi, Ph. le Tourneau, *op. cit.* n° 1587.

13 En tout cas là encore, la consultation des manuels, et notamment de ceux à visée pratique montre que les illustrations données sont dans l'immense majorité des actions masculines : v. par ex. G. Mor et B. Heurton, *L'évaluation du préjudice corporel*, Ed. Delmas, 2010, n° 163-70. Sans doute ce genre de constat n'a-t-il guère que valeur de « sondage », mais il n'est pas sûr qu'il faille le tenir pour indifférent…

14 Il serait intéressant par ailleurs de connaître le montant moyen des sommes allouées à ce titre aux hommes d'un côté et aux femmes de l'autre, pour savoir notamment si les disparités qui ne manqueraient sans doute pas d'apparaître à ce niveau ne seraient que le strict reflet des disparités salariales connues, ou si elles en creuseraient d'autres de degrés différents… Mais on sortirait là de notre sujet qui s'en tient à la place du genre dans le discours des juristes et non à celle qu'il occupe dans l'application du droit.

15 V. l'article 1 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, devenu l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.

16 Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000 : Bull. civ. Ass. Pl., n° 9.

Livre Jurisprudence n°2.indb 135 08/08/2011 12:02:47

Le discours des juristes mis en question par le genre : l'exemple du consentement

Vincent FORRAY*

Il est convenu que cette courte présentation traite du consentement. Je précise qu'il ne sera question que du consentement *contractuel*.

Un tel choix est discutable. En effet, le concept juridique de consentement offre davantage de prise à la critique par les études de genre dans des domaines situés hors du droit des contrats : droit pénal, droit de la famille, droits de l'homme et libertés fondamentales. En ces domaines, le juriste est régulièrement saisi de questions liées à la différence entre les sexes ; de questions « genrées ». La défense de tel ou tel intérêt conduit à argumenter en faveur ou contre des solutions qui dérivent d'une certaine idée du consentement. Un exemple suffit pour l'illustrer qui tient à la prostitution des femmes. L'idée peut être soutenue selon laquelle le consentement de la femme à des rapports sexuels ne peut pas, ou ne doit pas, trouver sa cause dans une somme d'argent remise à cet effet. La prostitution est alors forcément contraire au droit. L'idée inverse peut être avancée. Le consentement de la femme à des rapports sexuels peut trouver sa cause dans un paiement à partir du moment où elle choisit librement de gagner sa vie de cette manière. En d'autres termes, lorsque son consentement procède d'une volonté parfaitement autonome. La prostitution n'est pas forcément contraire au droit.

Les juristes académiques tireraient avantage à rassembler les critiques adressées par les études de genre à la théorie générale du consentement. Il n'est pas certain en revanche que ces critiques se déploient jusqu'au consentement contractuel. Le contentieux du droit des contrats ne mobilise les questions de genre que de manière marginale. Il arrive qu'il faille plaider la validité ou la nullité d'une donation consentie à l'amant ou l'amant adultère. Il arrive aussi que l'on s'interroge sur la portée du consentement de l'épouse qui s'est constituée caution des dettes de son époux chef d'entreprise. Dans de tels litiges, les controverses sexuelles – sexuées, genrées – s'agrègent aux questions plus classiques posées par un contrat. Pour cette raison, ces litiges demeurent à la périphérie du droit des contrats, de sorte, en première approche, les études de genre ne disent pas grand-chose au droit des contrats.

Il me faut alors expliquer le choix d'en demeurer aujourd'hui au consentement contractuel. Pour cela, l'hy-

* Maître de conférences à l'Université de Savoie.

Livre Jurisprudence n°2.indb 137 08/08/2011 12:02:47

pothèse qui nous occupe pendant la dernière partie de ce séminaire doit être précisée : est-il possible de solliciter les études de genre pour mettre en question le discours des juristes ? Spécifions d'abord le sens de l'expression « discours des juristes ». À partir des travaux de Stanley Fish, je dirais qu'elle désigne un propos théorique influent sur la pratique, respecté ou largement répandu. Il s'agit, en d'autres termes, d'assertions que les juristes considèrent en général comme vraies et qui déterminent certaines solutions pratiques :

> «Dans tout contrat, même dans les contrats solennels ou réels, c'est le consentement des parties qui fait la substance de l'acte […] Si le consentement est absolument détruit par une cause quelconque, le contrat n'a aucune existence ; il n'y a rien de fait, ce qui existe n'est qu'une vaine apparence, un pur fait : l'acte juridique est inexistant. – Si le consentement a été réellement donné, mais sous l'influence d'une cause qui lui enlève sa liberté il est vicié ; l'acte juridique existe, mais il est annulable.»
>
> «Toute volonté, qu'elle doive servir à constituer un acte unilatéral, une offre ou une acceptation de contrat, n'a de valeur que tout autant qu'elle s'est manifesté extérieurement. Et en principe, cette manifestation extérieure peut se produire en une forme quelconque écrite ou verbale, expresse ou tacite.»

Ce type de discours puise aux théories générales formalisées par la doctrine à partir de concepts jugés fondamentaux. Des concepts validés *a priori* par la raison, ou par l'histoire, confirmés par l'expérience judiciaire et qui ne donnent pas lieu à discussion en droit. Un juriste professionnel ne construit pas ses argumentations en discutant les fondements des théories générales. Au contraire, il cherche à s'aligner sur ces dernières, estimant que son discours empruntera leur force et convaincra son auditeur qu'il a le droit pour lui.

L'époque moderne a lié conceptualisme et scientificité / objectivité de la discipline juridique. Dans la dogmatique, c'est-à-dire au sein de l'école archi-dominante des facultés de droit, les concepts constituent le socle scientifique de la connaissance juridique. Celle-ci se situe alors au plus haut niveau d'abstraction que les juristes puissent concevoir. Leur savoir, fait de théories générales, reste à bonne distance des enjeux concrets, jugés trop contingents pour contribuer à l'élaboration des théories. Ainsi le genre, ainsi le sexe, ne nourrissent pas les théories générales. Au cas concret, nous, juristes, savons bien sûr, que les questions de genre et les controverses sexuelles divisent les individus et les communautés. Et qu'ils alimentent les litiges. En d'autres termes, je ne voudrais pas, caricaturant, insinuer que les juristes français sont des imbéciles. Personne, dans les facultés de droit, n'entend nier une réalité évidemment complexe. Je ne voudrais pas non plus dépeindre des juristes français errant depuis plus d'un siècle au « paradis des concepts », ayant rompu toute attache avec la jurisprudence des intérêts. La perméabilité du droit aux changements sociaux est un thème inépuisable ; l'évolution du droit est, depuis toujours, une question urgente. Mais, par le jeu d'une séparation étanche entre le droit et la science du droit, l'habitude s'est prise de ne considérer les intérêts en balance que par l'intermédiaire du droit positif. Les juristes reçoivent les questions de genre que le droit positif leur transmet comme objet d'étude. Les méthodes et la science du droit, bref le discours des juristes dans sa partie la plus théorique, demeurent organisés à partir des concepts. Et ceux-ci ne sont pas touchés par les intérêts. Pour le dire de manière plus directe, *j'ai conscience que se posent au juriste des questions genrées, mais les théories que j'utilise pour les résoudre ne sont pas, quant à elles, genrées*. Davantage, et plus gravement peut-être, l'existence de telles questions ne semble pas appeler, dans la dogmatique juridique, de nouveaux outils conceptuels. Il n'y a pas de théories générales de l'homme ou de la femme, pas plus que de théorie générale du sexe ou du genre. Seules demeurent la théorie du patrimoine, de la preuve, de l'acte juridique, de la cause.

Ainsi, le savoir élémentaire des juristes, nos « catégories d'analyse fondamentale » sont neutres : les concepts, les théories et le discours en général. Et le plus neutre de tous les discours des juristes est celui nourri au droit des obligations. Décrit comme la matière la plus théorique par Planiol, la plus scientifique par Saleilles, le droit des obli-

Livre Jurisprudence n°2.indb 138 08/08/2011 12:02:47

gations serait, par sa nature, peu sensible aux changements politiques et moraux. Écoutons Eugène Gaudemet à propos du droit des obligations :

> Ce qui est vrai, c'est que la partie du droit que nous étudions est de toutes la moins sensible aux changements du milieu social. […] Au cours des dernières années, les droits de famille ont rapidement évolué. Au contraire, il semble que les changements politiques et moraux puissent difficilement agir sur le droit des obligations.

L'insensibilité naturelle du droit des obligations aux changements sociaux fait qu'une critique des solutions qu'il promeut, fondée sur ces mêmes changements sociaux, ne doit pas produire beaucoup d'effets. Seule la persistance d'une telle critique appelle, à la longue, un ajustement des théories générales. Voici venir l'idée que les théories se trouvent confrontées à des « défis » qu'elles « doivent » relever en se renouvelant. L'emploi du verbe « devoir » révèle l'importance accordée au maintien des théories, en l'occurrence de la théorie générale du contrat. Elle doit s'adapter pour survivre, comme si sa disparition ne pouvait pas même s'envisager. La densité des concepts fondamentaux au sein de la théorie générale du contrat fait qu'il est aberrant de la remettre en cause. Ces concepts constituent le fond de vérité de la théorie ; leur critique est inadmissible.

L'hypothèse posée aujourd'hui vient évidemment contredire cette affirmation. Les études de genre nous montrent que les concepts fondamentaux du droit des obligations ne sont pas neutres. Relatifs, ils peuvent être critiqués. Les théories générales en la matière s'exposent à une déconstruction. Les solutions commandées par ces théories sont discutables. De nouvelles argumentations pourraient être développées en justice. Et, lorsque notre petite équipe a réfléchi, il y a plusieurs mois, à l'organisation de cette journée, nous avons imaginé que les études de genre développaient des méthodes, façonnaient des outils qui permettent de réaliser ce projet critique.

Le consentement au contrat est premier parmi les concepts qui fondent la théorie générale du contrat en France. C'est la raison pour laquelle, au moment de mettre en question le discours des juristes grâce aux études de genre, le choix se porte d'abord sur le consentement contractuel.

Ce qui va suivre ne consiste pas à développer la critique substantielle du consentement. Par hypothèse, je ne dispose pas de la capacité de le faire. Notre objectif aujourd'hui est de montrer que la critique peut être menée grâce aux méthodes des études de genre. Il s'agit d'utiliser – de dévoyer pourrait-on dire – d'autres savoirs que celui des juristes pour discuter les solutions de droit qui dérivent des concepts fondamentaux. La première étape consiste à remettre en cause l'objectivité de ses concepts. À déchirer le voile d'abstraction qui masque le fait que ces concepts ne sont pas neutres. Lorsque nous sollicitons le consentement, avons-nous conscience, nous, les civilistes, qu'il s'agit d'une construction intellectuelle sexuée ou genrée ? Et surtout, avons-nous conscience de ce que nous gagnerions à discuter cette construction intellectuelle ? Probablement pas. Mais je crois que les nombreuses personnalités scientifiques qui ont accepté de venir aujourd'hui disposent des moyens d'éveiller cette conscience. Quant à moi, je n'entends pas mettre en question le consentement contractuel en utilisant les études de genre, mais j'aimerais montrer qu'il est possible de le faire. Je vais tâcher d'*exposer* le consentement contractuel à une critique venue des études de genre.

Le Code civil indique dans son article 1101 que le contrat est une convention. Un peu plus loin à l'article 1109, il prescrit « le consentement de la partie qui s'oblige ». Le premier de ces textes rappelle le lien qui unit le contrat au consentement. Il faut entendre en effet par « convention » l'élément consensuel irréductible des contrats. C'est pourquoi le consentement réalise l'unité conceptuelle du contrat. L'idée, déjà exprimée au Digeste (Ulpien cite Pedius), devient centrale à partir du XVIII^e^ siècle. Le Code civil recueille ainsi une longue tradition – romaniste, canoniste, kantienne, pandectiste – qui représente le contrat comme un concours de volontés. Les volontés des individus se fondent dans la convention ; c'est pourquoi on ne parle que d'un seul consentement au contrat même s'il y a

Livre Jurisprudence n°2.indb 139 08/08/2011 12:02:47

plusieurs parties *-cum sentire*, c'est-à-dire penser ensemble, sentir ensemble, juger ensemble. Pothier affirmait qu'« une convention ou un pacte est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles un engagement, pour en résoudre un précédent ou pour le modifier ». Selon cette approche, le contrat est fait de l'union des volontés.

Le second texte du Code civil suggère une approche différente du consentement. Dans le « consentement de la partie qui s'oblige », le consentement évoque une volonté individuelle, l'adhésion à une proposition. Le texte rappelle la filiation du consentement à la promesse et, de manière plus lointaine, au serment et au vœu. Il résonne de l'idée selon laquelle le contrat oblige parce que chaque partie a volontairement abandonné une parcelle de sa liberté : elle a donné à l'autre le droit d'exiger la réalisation de ce qu'elle a promis. Ici le Code accueille la tradition du droit naturel moderne et aussi du droit canonique. Les promesses échangées font le contrat. En ce sens, le contrat est un accord de volontés individuelles.

Ces deux approches du consentement – convention et promesse – co-existent et se mêlent dans le droit français. Elles offrent pourtant deux points de vue distincts sur le concept de consentement.

Le premier point de vue donne à voir un consentement qui forme l'élément conventionnel du contrat. Un consentement qui opère une synthèse des volontés et installe un ordre juridique volontaire et normatif *-pacta sunt servanda*. L'individu qui contracte est enserré dans un lien tissé par plusieurs volontés ; la sienne à laquelle s'ajoute celle des autres parties. Le contractant est tenu par une norme qui le dépasse, comme la loi dépasse celui qui concourt à former un « contrat social ». Le Code civil français relaye une telle idée : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Dans la théorie générale, le consentement-convention alimente la force obligatoire du contrat. Il exalte le devoir d'obéissance à la norme contractuelle. Faire ce que celle-ci ordonne n'est pas une option ; c'est une obligation juridique. En principe, l'objet du contrat adoucit la contrainte : la force obligatoire est l'auxiliaire des parties qui, par la convention, ont le pouvoir de mener les opérations économiques qu'elles veulent ensemble réaliser.

Le deuxième point de vue donne à voir un consentement qui formalise la volonté juridique unilatérale, qui est « l'émission objective de la volonté ». Librement émise, la volonté engage l'individu. Le consentement est une promesse ; l'individu aliène une parcelle de sa liberté en transférant à autrui le pouvoir d'exiger la réalisation de ce qui a été promis. Techniquement, le consentement unilatéral est le support de l'offre et de l'acceptation du contrat. Corrélativement, il doit présenter des qualités à défaut desquelles il n'engage pas celui qui l'a émis. « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Le droit civil utilise l'idée selon laquelle le consentement ne peut créer d'engagement contractuel qu'autant qu'il est libre et éclairé, produit d'une volonté délibérée. En d'autres termes, la valeur juridique du consentement dépend de la liberté individuelle. Le consentement unilatéral est l'instrument de l'autonomie.

Il me semble que, considéré tour à tour selon ces deux points de vue, le consentement contractuel s'expose à deux critiques.

Le consentement-convention installe un ordre juridique contraignant : la loi du contrat. Le concept de consentement explique rationnellement cet ordre ; il lui donne sa légitimité. Mais l'ordre n'empêche pas les rapports sociaux de se déséquilibrer, ni les injustices de prospérer. L'individu dominé par un ordre contractuel injuste doit pouvoir se libérer. Mais le consentement milite pour le maintien de l'ordre contractuel. La critique consiste à lutter contre une forme de domination que le consentement contractuel masque. La critique veut réduire la place du consentement dans le contrat.

Le consentement comme instrument de l'autonomie assure à l'individu le plein exercice de sa liberté contractuelle. Chacun est alors doté de la capacité de s'obliger selon ses désirs. Et quels que soient ses désirs. Mais le droit des

Livre Jurisprudence n°2.indb 140 08/08/2011 12:02:47

contrats limite le pouvoir du consentement. La loi ou le juge restreignent la liberté en contrôlant par exemple la conformité des conventions à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Par ailleurs, l'individu se trouve obligé à consentir. Il ne dispose pas réellement de la parcelle de liberté que son consentement a précisément pour objet d'aliéner. Au fond, il n'a rien à transférer par sa volonté. Alors le droit devrait intervenir pour le libérer d'un « oui » derrière lequel il faut entendre un « non ». La critique consiste alors à lutter contre la dépendance qui corrompt le consentement. La critique veut attribuer ou restaurer sa pleine valeur au consentement contractuel ; elle entend accroître la place du consentement dans le contrat.

Il est évidemment hors de propos de conclure cette courte présentation. Je voudrais simplement souligner, pour terminer, que c'est toujours une certaine idée de liberté qui sous-tend les critiques auxquelles s'expose le consentement. Il s'agit, à chaque fois, de discuter le concept de consentement afin de libérer un individu : le libérer des liens contractuels consentis qui deviennent injustes au stade de la réalisation de la promesse ; le libérer d'une dépendance qui contraint son consentement. Comme si, au stade de son plein achèvement en droit des contrats, le consentement avait rompu avec l'idée dont il prétendait tirer sa force dans un monde démocratique. Quelque chose entre la libre aliénation d'une parcelle de sa liberté et la possibilité de « gouverner les hommes dans la liberté » qui se serait perdu en cours de route…

Bibliographie

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, tome II, 1923, spéc. n°540

FISH S., *Respecter le sens commun – Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, trad. O. Nehot, Story Scientia / L.G.D.J., 1995, pp. 1-33 ; 71-92.

FRAISSE G., *Du consentement*, Seuil, 2007

GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, publiée par Henri Desbois et Jean Gaudemet, Paris, Sirey, 1937, réédition Dalloz, 2004, présentation par Denis Mazeaud

HALLEY J., *Split decisions : how and why to take a break from feminism*, Princeton University Press, 2008.

HORKENHEIMER M., *Théorie critique*, traduction par le groupe de traduction du collège de philosophie, présentation par Luc Ferry et Alain Renault, Paris, Payot, 2009, voir spécialement. *Sur le problème de la vérité*, aux pp. 153-194.

MARZANO M., *Je consens, donc je suis... Éthique de l'autonomie*, PUF, 2006.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil,* 4e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1907, Préface, et n° 1047.

RÉMY Ph., *Ouverture* in, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Paris, Dalloz-Sirey, 2003.

SALEILLES R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire Allemand*, 3e éd., L.G.D.J., 1925, spéc. n° 1.

TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 10e éd., 2009

WEBER M., *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 2007, préface Philippe Raynaud, Introduction et traduction par Jacques Grosclaude

Livre Jurisprudence n°2.indb 141 08/08/2011 12:02:47

À qui la faute ? La femme révoltée, monstre pour le droit et le bon père de famille

Dominique LAGORGETTE*

Penser le genre lorsque l'on s'intéresse aux représentations, objet privilégié des études littéraires et linguistiques, est à la fois une gageure et une évidence. Une gageure, vu la longueur des listes bibliographiques sur le sujet dans ces deux domaines, et une évidence pour la même raison. Lorsqu'il s'agit de penser le genre au sein du droit, qui sera ici vu à travers son discours (procès) mais aussi à travers les représentations de la norme qui circulent dans le groupe national, la gageure devient défi : comme l'ont bien montré dans ce volume les juristes, une telle notion ne semble pas obséder les législateurs français. Et à première vue, cette absence paraît légitime ; dans un État mettant sur le même plan les êtres avec la notion de « citoyen », pourquoi même se poser la question ? Bien entendu, une telle conception implique que les droits et les responsabilités soient les mêmes pour tous, ce qui est *de facto* bien loin d'être le cas ; mais alors, puisque genrage il y a, où se situe la démarcation ? Il nous semble que c'est dans la faute et non dans la rectitude que se donneront à voir les traits distinctifs, aussi nous focaliserons-nous sur la figure de la femme criminelle, et en particulier sur la femme politisée considérée comme criminelle, puisqu'elle recoupe dans ses descriptions les fautes de la précédente en les dépassant par la justification théorique. Nous verrons que, loin de devenir une circonstance atténuante, l'engagement propulse au contraire la délinquante hors les champs du pardon, de l'expiation ou de la simple compréhension.

Notre corpus est constitué de représentations littéraires car elles sont particulièrement intéressantes pour qui s'intéresse à l'histoire des mœurs et en particulier à celle des femmes dans une société donnée. En effet, ces discours particuliers, en cela qu'ils engagent la créativité d'un auteur ainsi que sa capacité à rendre crédibles les personnages et situations qu'il invente, sont une fenêtre ouverte sur une époque et les idéologies qui s'y entremêlent. On verra nettement pour certains textes plus moralisateurs (deuxième axe de ce corpus), à vocation d'essai et non de conte, que les images de la fable sont récupérées intégralement dans les argumentaires, alors qu'on s'attendrait à ce que de tels transferts soient proscrits par le projet même du texte. Nous retrouvons même dans les très sérieux compte-rendus de procès (troisième et dernier axe) des métaphores littéraires

* Université de Savoie (L.L.S.) & Institut Universitaire de France.

Livre Jurisprudence n°2.indb 143 08/08/2011 12:02:48

prises apparemment au pied de la lettre ou en tout cas envisagées comme vraisemblables ; cette catégorie, d'ordinaire opposée à celle de réalisme (Barthes 1978) se trouve dans certains cas non plus aux antipodes mais dans un réseau de rapprochements, fait qui en soi mérite un détour. Les termes mêmes décrivant l'attitude des délinquant/e/s seront tout d'abord analysés (faute ou erreur ?), avant d'être examinés à l'aune des deux pôles qu'ils dessinent, ceux de la légitimité du comportement (deuxième section) et de la déviance vue à l'aune des discours littéraire et moraliste (troisième section) puis judiciaire (quatrième section). Nous espérons, par ce croisement des types de discours, mettre en évidence certains stéréotypes afin de mieux cerner le rapport femme / citoyen dans les représentations de leur groupe culturel de référence. Nous focaliserons cette étude sur un cas historique encore peu étudié en France du point de vue du genre et pourtant charnière idéologiquement, la Commune de Paris, à travers le traitement que l'ensemble des documents de la fin du XIX^e^ siècle en dessine.

À qui la faute ?

La notion de *faute* paraît centrale pour les questions de responsabilité, dans la mesure où elle marque le rapport à la norme en soulignant la déviance voire la transgression (notons au passage la référence spatiale contenue dans ces notions) par rapport à un attendu, fixé par contrat.

Étymologiquement, si l'on en croit le dictionnaire de référence (*Trésor de la Langue Française informatisé*[1]), *faute* vient de *fallita*, latin tardif issu de *falsus*, participe passé du verbe latin *fallere*, « tromper ». On notera dès l'étymon un effet de genrage particulier puisque d'une base masculine le nom sera marqué ensuite au féminin[2]. En ancien français, la première occurrence relevée renvoie à la notion de *manquement* (1174). Dans les deux cas, qu'il s'agisse du latin ou de l'ancien français, il apparaît clairement que le point de référence est la norme et que le devoir vis-à-vis d'un contrat n'a pas été rempli. Cette défection doit être justifiée sous peine d'avoir à être réparée. Plusieurs paramètres émergent : d'une part, une norme de référence qui fournit un cadre et dessine des attentes de conformité, et d'autre part une instance d'évaluation qui sera culturellement et socialement investie d'une autorité et d'un pouvoir permettant de sanctionner le sujet qui n'aura pas respecté les codages rituels.

On remarquera de prime abord combien la faute est située du côté de l'action, au sens le plus complet du terme : un agent accompli un acte et sa volonté est engagée dans ce processus, ainsi que les deux étymons en témoignent (« tromper », comme « manquer à », impliquent *de facto* la connaissance des repères conventionnels, ainsi qu'un choix de ne pas les respecter). Contrairement à l'erreur, qui efface toute notion morale et toute volonté téléologique, la faute implique son auteur comme sujet sciemment dérogeant à des attentes et à des conventions. Si l'erreur est du côté du raisonnement et du mauvais choix parmi des possibles, la faute est, elle, du côté de l'intention maligne. L'étymologie, là encore, produit une lecture éclairante avec ce doublet : le latin chrétien voit dans l'erreur une doctrine fausse, une hérésie, là où le latin classique s'en tient à une méprise, une illusion (TLFi) ; plus tard, l'ancien français suivra ces deux chemins sémantiques : tout d'abord avec le sens de « tromperie, imposture » (fin du X^e^ siècle, *Passion de Clermont,* éd. D'Arco Silvio Avalle, 365, *ap*. TLFi), puis avec le sens d'« action de se tromper » (*ca* 1125, *Grant mal fist Adam,* éd. H. Suchier, 15 f, *ap*. TLFi). Si l'on retrouve bien l'action non sincère, on repère aussi que la tromperie finalement ne s'exerce pas sur autrui, comme avec la faute, mais sur soi-même, comme en témoigne le pronom réfléchi. Si le résultat est bien le même, à savoir mauvais selon les règles fixées par l'autorité-groupe, le processus est moralement à l'opposé : avec ma faute, je trompe l'autre (je suis coupable de), tandis qu'avec mon erreur je me suis trompé moi (je suis ma propre victime). Cette réflexivité modifie sensible-

1 Consultable en ligne : http://atilf.atilf.fr/tlf.htm.

2 Ce phénomène, tout à fait classique en français, de marquage de péjoration par un changement de genre morphologique a été déjà largement analysé par Yaguello (1978) et Baider (2004), notamment.

Livre Jurisprudence n°2.indb 144 08/08/2011 12:02:48

ment la donne puisque les premières victimes de ces deux actions ne sont pas les mêmes.

On a beaucoup écrit, et fort bien, sur ces deux notions en grammaire (Leeman, 1994) car le traitement didactique de l'élève présupposé par chacune est radicalement opposé et nous paraît d'un intérêt non négligeable pour une réflexion plus globale : la faute suppose une volonté de mal faire (ne serait-ce que par négligence ou fainéantise, comme on disait dans l'école militante de la III^e^ République qui apprenait à lire à tous les petits Français), elle entraîne donc mécaniquement une punition ; au contraire, l'erreur n'est qu'un mauvais choix – que l'on pense à son terme jumeau, l'*errance*, où la notion de parcours sans but précis est une belle métaphore spatiale des méandres empruntés par l'esprit raisonnant sur plusieurs pistes –, elle demande alors une correction, au sens premier de *corrigere,* soit *redresser*, et non *punir*.

La lecture morale par l'instance d'autorité est de fait sans commune mesure : le fautif est actif, mérite une peine avant d'être exonéré, tandis que la personne *dans* l'erreur peut être remise *dans* le droit chemin. On notera ici la notion spatiale marquée par la préposition, comme si le sujet était pris dans un monde illusoire, et la grammaire parle du reste joliment de complément *circonstanciel*. Si *fautif* existe, au contraire aucun adjectif n'a été dérivé pour l'agent de l'erreur ; c'est le résultat du processus qui est *erroné*, mais aucun terme ne permet de résumer et qualifier le sujet de l'action. Du côté des expressions dérivées et figées, lexicalisées, si l'on a bien le *droit à l'erreur*, on n'a jamais le *droit à la faute*. Là où le latin chrétien mettait sur le même plan les deux notions, le français a graduellement réparti ces deux termes sur l'échelle du bien et du mal : à partir de ceci, il apparaît nettement que l'emploi de l'un plutôt que de l'autre connote axiologiquement le point de vue sur l'agent et le place d'emblée dans une posture morale clairement étiquetée.

On retrouve, lorsque l'on se livre à un examen plus complet des dérivations, le même schéma : les deux participes présents marquent encore mieux la coupure entre action responsabilisée et action subie puisque *fautant* existe bien, mais pas *errorant* ou *erronant*, tandis qu'*errant* nous emmène sur d'autres chemins sémantiques – ceux de la fausse route, ceux du verbe fondateur, *errer* – dont on sait qu'*humanum est* par ailleurs. Bien entendu, ces participes ne font que mettre en relief l'absence de verbe pour l'un et la prépondérance toute morale de l'autre : pas d'*errorer* ou d'*erroner* actif (*j'errone) – la grammaire a parfois de ces somptueux effets de sens puisque ce verbe est un… *défectif* (qui fait dé*faut* à certains temps, modes, personnes – retour à la faute, donc) – mais un *fauter* lourd de connotations sexuelles et morales quand il est appliqué à l'un des membres d'un couple, par exemple.

Quel statut alors pour les « filles d'Ève » qui fautent, là où règne la moralité du « bon père de famille » ? Par essence, disent les textes judéo-chrétiens, la femme est plus fragile que l'homme, plus aisément en proie au démon (qui n'est jamais que l'avatar de Lilith, première épouse rebelle d'Adam, ayant pris les traits du serpent de la connaissance pour tromper Ève, naïve). On peut se demander dès lors quels stéréotypes sont associés à la femme fautive et comment ils sont représentés par les praticiens du droit, pourtant destiné, en République, à l'entité non genrée « citoyen » (mais actualisée dans le discours politique par de vibrants termes d'adresse systématiquement orientés selon le sexe, catégorie de l'identité, encartée ou non : « citoyennes, citoyens ! », voire, plus souvent, « Françaises, Français ! »), cette entité doublement problématique lorsque « du peuple » ne veut plus dire « tout citoyen » exactement, mais renvoie à une classe sociale. Dominique Godineau (2008a : 1), traitant des femmes du peuple pendant la Terreur, dites *les Tricoteuses*, résume admirablement le problème :

> Comment faire coexister dans la même image l'appartenance au sexe féminin privé de droits politiques et l'appartenance au peuple devenu Peuple Souverain ? Comment concilier la douceur que l'on aimerait être celle des femmes et la violence que l'on dit être celle du peuple ? Moins naïves ou impertinentes qu'il n'y paraît, ces questions indiquent d'emblée qu'il n'y a pas une représentation des femmes du peuple, mais plusieurs : point de dessin au trait ferme et assuré, mais une série de croquis plus

Livre Jurisprudence n°2.indb 145 08/08/2011 12:02:48

> ou moins bien ébauchés, superposés ou opposés, selon les choix politiques du dessinateur, selon qu'ils mettent en avant le segment «femme» ou le segment «peuple», selon les couleurs qui l'emportent à tel moment dans la représentation dominante des femmes ou du peuple, et selon, ne l'oublions surtout pas, l'action même des femmes du peuple.

Ces traits, nous pouvons les étendre en fait à toute femme criminelle, ou pensée comme telle, à travers le temps – telle sera du moins l'une de nos hypothèses de départ. Nous ne disons pas que le droit et ses codes regorgent de stéréotypes ; en revanche, nous affirmons un va-et-vient perpétuel entre représentations en circulation et codage des normes. Dans ce mouvement dialectique, le stéréotype joue une place centrale, en cela qu'il évolue selon les réajustements sociétaux mais aussi les conditionne. L'étude des traits constitutifs devient alors un outil permettant de mieux comprendre la construction du sens linguistique en jeu dans le discours de l'autorité et dans ceux qui en portent la trace, les discours sociaux en circulation. Pour cerner ces traits, il peut être utile de repérer d'abord le stéréotype de l'épouse idéale du bon père, la ménagère (Lagorgette 2009), en l'opposant à son corollaire, celui de la femme criminelle, figure d'autant plus problématique qu'elle fait rarement l'objet d'études spécifiques, ainsi qu'un récent colloque consacré à ses représentations l'a clairement établi (Cardi et Pruvost, 2011 & 2012).

L'épouse du «bon père de famille»

Nous commencerons donc par penser la femme fautive (pléonasme ?) tout d'abord par son contraire, sa référence, son parangon de vertu, la bonne ménagère. Si ses descriptions dans le discours du droit restent en filigrane, cachées derrière son cher mari (voir ici même l'article de Philippe Brun), de multiples images sont disponibles dans le discours public en circulation, émanant même parfois du plus haut édile, à tel point que ce stéréotype sert de point de comparaison pour la nation entière :

> Charles De Gaulle, *Discours et messages*. 4. p. 435, 1965, 15/12/1965, 3e entretien radiodiffusé et télévisé avec M. Droit (www.ina.fr) :
>
> (1) Il y a, pour ce qui est de la France, ce qui se passe dans une maison.
>
> La maîtresse de maison, la ménagère, elle veut avoir un aspirateur, elle veut avoir un frigidaire, elle veut avoir une machine à laver, et même, si c'est possible, qu'on ait une auto. Ca, c'est le mouvement. Et en même temps, elle ne veut pas que son mari s'en aille bambocher de toutes parts, que les garçons mettent les pieds sur la table et que les filles ne rentrent pas la nuit. Ca, c'est l'ordre. Et la ménagère veut le progrès mais elle ne veut pas la pagaille. Et ça c'est vrai aussi pour la France. Il faut le progrès, il ne faut pas la pagaille. Or le régime des partis, c'est la pagaille.[3]

Dès le départ, l'équation « Nation = maison » fait entrer le discours dans une approche genrée, ce que renforce plus encore le paragraphe suivant. La notion d'ordre, axiomatiquement posée comme commune aux deux champs sémantiques de l'État et du foyer, permet en effet ce parallélisme qui est poussé à son paroxysme par la série des places assignées : l'une veut, l'autre fournit. Le « on », rejetant toute construction au féminin (« elle veut avoir une auto ») est particulièrement remarquable à cet égard, par la rupture syntaxique qu'il génère dans le flot de cette énumération (*la Complainte du progrès*, de Boris Vian, aurait-elle inspiré le Général pour cet inventaire ?). On notera tout particulièrement aussi la dimension genrée des attentes entre garçons et filles : la faute des unes (luxure) face aux errances des autres. À ce propos, l'évocation d'un trajet, d'un environnement spatial pour le mari et la peccadille des fils, face à la perte d'honneur, éternelle et statique, malgré le mouvement vers l'extérieur (l'ascension vers le déshonneur), des filles, est emblématique. Quitter le foyer signifie pour l'un la fête (l'usage d'un registre familier atténue encore l'acte), pour l'autre la chute.

3 Si nécessaire à la démonstration, nous signalons par les gras les termes étudiés et en souligné les éléments du co-texte pertinents pour l'analyse.

Livre Jurisprudence n°2.indb 146 08/08/2011 12:02:48

Un texte d'après la Commune, alors qu'il faut à tout prix remettre à leur place les femmes des deux camps, est en ce sens édifiant : en conclusion de *La Femme politique*[4], Jean de la Brenne rappelle ce que doit être la femme lorsqu'elle est ortho-doxe :

(2) (1875 : 16-19) : Je professe au contraire le plus profond respect pour la femme, quelle que soit sa position dans le monde, à quelque rang de la société qu'elle appartienne, quand elle ne cherche pas à fausser sa nature et reste ce qu'elle doit être, c'est-à-dire un être faible et sans défense, d'une délicatesse exquise, d'un dévouement sans borne et dont la plus douce occupation est de prier, d'aimer et de s'oublier.

Il est bien ici question de *nature*, selon des critères genrés. Auxiliaire de l'homme, du reste dépeint en négatif comme fort et protecteur, son rôle est singulier et l'association des trois actions en « plus douce occupation » montre combien prier, aimer et s'oublier ne sont en définitive pensés que comme trois axes d'une même dévotion. On reconnaît clairement la figure mariale telle que pérennisée par des siècles d'*Ave Maria* et de représentations populaires (la fin du XIX^e^ siècle verra du reste un renforcement du culte de la Vierge). Notre ménagère veut l'ordre, et surtout suit les ordres (quand elle n'y entre pas, tout bonnement) de son supérieur, bien mieux équipé qu'elle pour faire face à l'extérieur, ce vaste monde (joyeux pour lui, dangereux pour elle) dans lequel il déploie son savoir-faire et qu'il a construit pour ses semblables. La femme qui sort des cadres, en devenant autonome et non plus génitif social[5], est pensée comme se livrant automatiquement à la transgression, d'où sa tutelle maintenue jusqu'au XX^e^ siècle. Qu'on la présente fragile ou au contraire dangereuse, la dynamique reste finalement la même. Comme l'a montré Fanny Bugnon (2009), la femme criminelle politisée a du mal à être pensée comme à l'origine de son engagement (de sa déviance, si elle a été jugée telle) ; on trouve ce type de discours par exemple chez Jean de la Brenne (*op.cit.* : 17) :

(3) Elle est coupable, elle est infâme, elle est abjecte dans sa misère. Mais ces hommes qui l'ont précipitée dans l'abîme, traînée dans la fange, rendue plus vile encore qu'un animal immonde, et qui, élevés eux-mêmes au faîte de la fortune et des honneurs, la regardent aujourd'hui avec indifférence et mépris, ces hommes si fiers de leur popularité, qu'ils tiennent d'elle et des siens, sont coupables, infâmes et abjectes mille fois plus qu'elle !

Bien entendu, et comme la plupart des études l'ont noté, ces discours sont issus non de femmes mais d'hommes. La figure de l'incendiaire, de la terroriste, avec les notions de tuerie aveugle et de dogmatisme qu'elle convoque, est construite dans le discours de ses opposants comme monstrueuse, hors humanité, et réinvestit en cela les stéréotypes ancestraux de la mythologie, des créatures bibliques et médiévales du mi-humain, mi-bête. Pour être criminelle, la femme doit donc, d'une part, comme l'homme, quitter les frontières de son espèce et, d'autre part, franchir les limites de son genre.

Plusieurs niveaux sont repérables dans cette marche vers la transgression, tant pour la criminelle sans engagement que pour la criminelle politisée. Nous nous focaliserons sur cette dernière, qui paraît permettre la convergence de l'ensemble des craintes, avec le cas des femmes de la Commune, dites « pétroleuses », qui nous paraît particulièrement significatif.

La femme politisée criminalisée

Le changement de statut des femmes passant à l'acte est généralement présenté de deux manières : soit la ménagère en a assez, soit elle est dégénérée. Dans le premier camp, on trouve de la part des observateurs (souvent pro-Commune) des remarques sur l'impact et/ou les causes de la métamorphose :

(4.a) J. Vallès, *L'Insurgé*, *ap.* Przyblyski (1999 : 234) : « Quand les femmes s'en mêlent, **quand la ménagère pousse son**

4 qui a jusqu'alors dépeint avec mépris quatre types de femmes engagées, l'apogée de ces portraits étant atteint avec celui de la Pétroleuse.

5 *fille de, sœur de, femme de, mère de, veuve de…* la chaîne des appellations où un homme est son pivot référentiel parcourt ainsi toute sa vie et la structure, tant spatialement que légalement ; voir Lagorgette (1998 et 2006).

Livre Jurisprudence n°2.indb 147 08/08/2011 12:02:48

homme, quand elle arrache le drapeau noir qui flotte sur la marmite pour le planter entre deux pavés, c'est que le soleil se lèvera sur une ville en révolte ».

(4.b) L. Michel (1898 : 342-343) : « Les légendes les plus folles coururent sur les pétroleuses, il n'y eut pas de pétroleuses – les femmes se battirent comme des lionnes, mais je ne vis que moi criant le feu ! le feu devant ces monstres ! **Non pas des combattantes, mais de malheureuses mères de famille**, qui dans les quartiers envahis se croyaient protégées, par quelque ustensile, faisant voir qu'elles allaient chercher de la nourriture pour leurs petits, (une boîte au lait, par exemple) étaient regardées comme incendiaires, porteuses de pétrole, et collées au mur ! – Ils les attendirent longtemps leurs petits ! Quelques enfants, sur les bras **des mères**, étaient fusillés avec elle, les trottoirs étaient bordés de cadavres. Comme si on eût pu dire à **des mères**, nous voulons mourir invaincus sous Paris en cendres ? » […]

L'insistance de Louise Michel sur la maternité et la famille n'est pas anodine, ramenant celles que l'on accuse dans la dimension classique de leur rôle social attendu et repoussant de la sorte les images monstrueuses qu'invoquent les termes inédits de *pétroleuses* et de *fuséennes* appliqués aux incendiaires, ainsi résumées au geste destructeur, réifiées et désincarnées.

Pour revenir aux descriptions fort utiles, car outrancières et donc révélatrices des stéréotypes et des systèmes de croyance en œuvre dans les discours masculins haineux sur les femmes de la Commune, De la Brenne (*op. cit.* : 16-19) semble déconstruire les principaux points reprochés :

(5) « **Cette créature** n'a, à la vérité, ni parti, ni principe, ni opinion, elle n'a que des instincts, et n'agit que pour son propre compte. » […] « **Elle boirait le sang de sa propre mère dans le crâne du dernier de ses enfants.** Depuis longtemps **son cœur est mort à tout sentiment humain**. Elle se nourrit de haine et de désir de vengeance. » […] « **C'est un fait depuis longtemps établi que la femme, une fois livrée à ses passions, s'enfonce, plus avant que l'homme, dans la voie du crime**. » […] « La femme est un être extrême qui croit ou qui nie, qui aime ou qui hait, qui donne sa vie ou qui tue. La pétroleuse est l'extrême dans le mal. »

Nous trouvons ici l'ensemble des mouvements argumentatifs qui repoussent hors norme (hors codes ?) les condamnées : aucunes réflexion et conviction politiques, aucun instinct maternel et filial, aucune retenue, aucun sentiment moral. On reconnaîtra aisément la description de la sorcière, y compris avec l'évocation de l'anthropophagie[6], mais aussi les traits associés à une performance du genre non conventionnelle, telle que l'a décrit Judith Butler dans *Défaire le genre*. Ce que l'on reproche à la femme, c'est tout bonnement de ne plus véhiculer les apparences de son sexe, en performant la masculinité – Butler parlerait ici de « drag », et Du Camp, bien malgré lui, en fournit deux exemples qui pourraient servir de cas d'école sur ce point, puisqu'il associe apparence (« déguisées »), comportement et volonté :

(6.a) (1871, II : 60-61 ; 62 ; 71) : « **Celles qui se donnèrent à la Commune – et elles furent nombreuses – n'eurent qu'une seule ambition : s'élever au-dessus de l'homme en exagérant ses vices…** Elles **se déguisèrent** en soldats… elles s'armèrent… Elles se grisèrent au sang versé. […] Je m'imagine qu'elle était désespérée d'être femme, ou que tout au moins elle eût voulu être **« la femme à barbe ».** […] Dans la brutalité des opinions qu'elle émettait, dans **la grossièreté de son langage**, dans **sa liberté d'allures**, pour ne pas dire plus, **on sentait le regret d'être condamnée à porter des jupes** : elle ne détestait pas la violence masculine de certains exercices, et si elle ne pratiquait ni la boxe ni la savate, elle aimait à prendre un fleuret et à faire des armes.

(6.b) (*Ibid.*, I : 300) : « Là, comme dans toutes les tueries de la dernière heure, les femmes donnèrent l'exemple. Pendant ces tièdes journées de mai, au renouveau, la femme, — la femelle, — exerça sur les mâles une influence extraordinaire. Vêtue du court jupon dégageant les jambes, le petit képi ou le bonnet hongrois campé sur l'oreille,

6 ici au conditionnel, mais bien présente dans certaines œuvres romanesques : voir ainsi dans le roman d'Elémir Bourges (1893 : 42), une édifiante scène de bombance dans le Père Lachaise qui se clôt sur la dislocation d'un corps humain (commentée dans Lagorgette 2011b).

Livre Jurisprudence n°2.indb 148 08/08/2011 12:02:48

> serrée dans la veste ajustée qui la faisait valoir, elle se promenait hardiment au milieu des combattants comme une promesse, comme une récompense. Échauffée par cette vie anormale, se rappelant les actrices qu'elle avait vues galoper au cirque sur des chevaux empanachés, fière de son uniforme, de son fusil, **elle surpassa l'homme en bravades extravagantes, lui fit honte de ne pas savoir assez bien tuer et l'entraîna à d'épouvantables crimes dont son tempérament nerveux la rendait peut-être irresponsable**».

Du Camp pointe bien la difficulté qu'a sa classe à penser la femme armée, et la figure de Jeanne d'Arc livre un exemple de ce blocage, vu les difficultés qu'a eu le stéréotypage de l'héroïne nationale et de la sainte à se mettre en place. La sagesse des nations et sa cohorte de proverbes paraissent ici sous-tendre la pensée de Du Camp : ces femmes vêtues comme des hommes en absorbent la violence, l'habit faisant le moine – ce qui ne les empêchent pas toutefois de conserver la beauté du diable : que n'a-t-on écrit sur Elisabeth Dimitrieff, de loin la plus « sexy » des Communardes, ou sur Théroigne de Méricourt et Olympe de Gouge, un siècle plus tôt. Mais ce n'est pas tant la forme qu'on reproche à ces femmes que la revendication rendue visible par la tenue : ne plus vouloir être pensées comme « femme », mais comme « citoyen », au-delà du genre et au cœur des droits – alors que comme le souligne Bugnon, la légitimité même de ces demandes est impossible[7]. Démontrant à chacune des occasions où s'élève leur voix collective qu'elles sont égales à l'homme, dans la prise de conscience, dans l'analyse (que l'on pense aux textes et discours de Louise Michel ou d'André Léo, par exemple, et aux nombreux débats des tout aussi nombreux clubs de femmes) et jusque dans l'action, elles mettent en relief les apories de la pensée républicaine, qui crée une notion non genrée pour mieux, au fond, réassigner les places. Godineau, dans deux études convergentes (respectivement (2008a : 6) et (1988 : 268)), montre comment s'articulent discours contre les femmes et choix politiques sous la Terreur – analyse tout aussi valable pour la Commune :

> On comprend pourquoi, dans les représentations, la place de la tricoteuse a peu à peu glissé des tribunes publiques au pied de la guillotine. Une femme qui suit des délibérations publiques, qui intervient dans le politique est aussi inquiétante et déplacée que celle qui se délecte prétendument de la vue du sang. Le tour est joué : la femme du peuple est rejetée hors du monde politique rationnel, elle est renvoyée à la sauvagerie, au fantasme sanguinaire ; on oublie la citoyenne pour ne retenir que la mégère assoiffée de sang, incarnation du peuple révolutionnaire. Et si tricoteuse l'a emporté sur furie de guillotine, à première vue plus évocateur, c'est que, en renvoyant à un geste du privé, le mot souligne mieux l'anormalité monstrueuse de la présence des femmes dans l'espace politique – où il n'y a pourtant pas place pour elles puisqu'elles y sont encore désignées par une fonction domestique.
>
> Ainsi mentalités (images contradictoires d'une femme douce et faible ou exaltée et funeste) et raisons politiques (peur d'une division, d'un manque d'instruction politique des femmes, de leur violence) se rejoignent-elles pour aboutir à une volonté d'exclure les femmes du champ politique. Volonté qui se présente comme dictée par la Nature qui a fait les deux sexes différents. Aussi, les militantes qui ne lui obéissent pas ne peuvent-elles être que des monstres ayant dérogé à l'idéal de mères et d'épouses douces et faibles.

Exclure du champ politique se traduit donc par deux effets, l'un concret et l'autre abstrait : exclure du droit et exclure de la cité. Comme l'exemple (6.b) le montrait, deux pôles se dessinent : la femme est faible (de tempérament intrinsèquement hystérique, diront un peu plus tard les psychiatres), mais elle est aussi à l'origine des pires actions de l'homme. On retrouve dans cette tension les traditionnelles représentations culturelles (religieuses en particulier) qui voient dans les filles d'Ève Ève précisément, mais aussi les deux figures antagonistes de Lilith et de la Vierge Marie.

La violence des femmes est alors pensée en terme d'éternité (« comme dans toutes les tueries de la dernière heure »), mais aussi de lignée :

7 (2009 : 201) : « Une femme peut-elle se mêler de politique quand le suffrage universel masculin ne l'y autorise pas, et qui plus est lorsqu'elle agit en transgressant les normes pénales ? ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 149 08/08/2011 12:02:48

(7.a) H.D. Justesse (1879 : 276) : « Personne, certainement, ne s'étonnera de ce que, dans un mouvement si considérable telle que la révolution que nous décrivons, les femmes s'en soient aussi mêlées. L'histoire de tous les temps nous montre l'héroïsme et le sacrifice volontaire de la femme ; l'histoire de France du 15° siècle, entre autres, nous en montre un magnifique exemple dans **Jeanne d'Arc et Anne Laine**, surnommée Jeanne Hachette, qui défendit si vaillamment Beauvais contre les Burgondes. Du temps de la Fronde ce furent les **femmes des Halles** qui prirent ardemment parti contre la cour et le ministre Mazarin ; le **5 octobre 1789**, ce furent des filles affamées du peuple qui se dirigèrent sur Versailles. Dans les **journées de juin et de juillet de 1830 et en 1848**, ce furent encore quelques femmes qui prirent part au combat ; **durant la Commune** nous en voyons, enfin, des bataillons entiers qui courent aux armes, poussent à la résistance les hommes et nous les voyons sur les barricades, le mépris de la mort sur leurs traits animés.»

(7.b) L. Lyon-Caen (1912 : 40) : « Tout comme sous la Commune de 1871, le besoin de costumes nouveaux et éclatants apparut. Des corps nouveaux furent créés dans l'armée. On en recruta même un dans ce qu'on appelait « le sexe » : **la légion dite des Vésuviennes** à la jupe courte, au chapeau tyrolien, **ancêtre inoffensif encore des pétroleuses** ».

(7.c) *Les révolutions, plus ça change…* (1871 : 22-23) : « Pour un révolutionnaire avoir convaincu les ouvriers, c'est le commencement de la fortune ; il sait bien, en effet, que le gros de son armée est toujours là, […] savoir : Les déclassés de tout genre […]. Et leurs compagnes fanatisées, **furies mille fois plus dangereuses**, **tricoteuses en 1793, pétroleuses en 1871** !… »

Comme le souligne Bugnon (2009 : 7), « soit ces femmes sont maintenues et réassignées dans leur catégorie de sexe, et, dans ce cas, la dimension politique en est contestée, quand elle n'est pas tue ; soit la dimension politique est admise, ce qui rend alors leur appartenance de sexe de l'ordre de l'impensable et tend à les placer « hors-nomenclature ». Dans cet ordre d'idées, le discours majoritaire des Versaillais sur les femmes de la Commune les a en effet le plus souvent poussées bien plus loin hors des catégories de l'humain ; ainsi, Alexandre Dumas fils (*ap.* Lissagaray, 1871 : 187) a-t-il ces paroles particulièrement claires sur sa conception personnelle :

(8) « Nous ne dirons rien de **ces femelles** par respect pour les femmes à qui elles ressemblent quand elles sont mortes ».

Ce terme de *femelle* semble parcourir l'ensemble du discours haineux anti-Communarde : on en trouve ainsi des occurrences chez Du Camp ainsi que chez de nombreux autres auteurs[8]. Cette appellation particulièrement violente, puisqu'elle envoie un être humain dans l'animalité, est même caractérisée par Lissagaray (1871 : 192 ; 1898 : 394 et 508) comme typique des appellations versaillaises anti-communards de la Semaine sanglante (20-28 mai 1871). C'est bien à l'ordre animal qu'est renvoyée la Communarde, avec toutes celles qui comme elle ont transgressé le code (et elle est en fort bonne compagnie avec sorcières, Tricoteuses et Vésuviennes, voir Lagorgette 2011a&b), quand elle ne finit pas tout bonnement dans l'univers mythologique, qualifiée de *mégère, furie* ou *amazone*[9] (*Ibid.*).

Le terme de « créature » est tout aussi populaire et permet de ne plus humaniser et genrer les êtres auxquelles on réfère[10] :

(9) De la Brugère (1871 : 160) : « Les documents n'abondent pas au sujet de la formation des régiments de femmes. Ce

8 Ainsi, dans Du Camp (1871, I : 300 & III : 80, 285), La Brugère (1871 : 160), Darien (1898 : 17), Du Prey (1874 : 35), Jobert (1874 : 31), De la Brenne (1875 : 17). Les journaux ont largement répandu ce terme aussi (*L'Opinion nationale*, 4/6/1871, *ap. Femmes de 1870* p.40, *Le Grelot*). Voir Dubois (1962), Thomas (1963), Lidsky (1970) et Lagorgette (2011a) sur ce terme, ainsi que sur les noms d'animaux associés à ces femmes.

9 L'ensemble de ces termes est en effet employé pour les Communardes ; Louise Michel est même carrément décrite comme une sorcière durant son procès. De même, les représentations des Tricoteuses et des Pétroleuses privilégient les trios, autre allusion aux Furies.

10 Pour d'autres exemples de « créature/s » dans les textes anti-Commune, voir Lissagaray (1898 : 401), Du Prey (1874 : 12, 60), De la Brenne (1875 : 18), Du Camp (1871, III : 81). Cela dit, « créature » est aussi une appellation injurieuse fréquente désignant les femmes de mauvaise vie, attestée depuis 1696 (TLFi).

Livre Jurisprudence n°2.indb 150 08/08/2011 12:02:49

> silence est éloquent. Il prouve en définitive que les journaux de la Commune les plus exaltés ont quelque honte à en parler. C'est une réprobation tacite. Un témoignage muet de mépris. Les femmes, de tout temps, ont pris une part plus ou moins active aux guerres civiles et pour ne pas remonter plus haut, nous pouvons citer les Vésuviennes de 1848, mais combien ces dernières, repoussées alors, étaient différentes **des créatures infâmes pour lesquelles on dût inventer le nom de pétroleuses. Celles-ci sont descendues au dernier degré de l'abjection.** Les moins scrupuleux de la Commune en furent d'abord dégoûtés. Elles imposèrent leurs services. On n'osa les refuser et ce ne fut qu'à la fin, que Delescluze vit le parti abominable qu'il pouvait tirer de ces clientes atroces et songea à en faire ce qu'il appelait des **fuséennes**. À la fin de mai, pour compléter le système de destruction dont nous avons suivi l'élaboration jusqu'ici, l'on créa des compagnies d'incendiaires sous le nom de fuséens et fuséennes. Les fuséennes, — lisez incendiaires, — ne furent organisées qu'après ces bataillions d'**amazones** chargées de la chasse aux réfractaires.

Résumées à une action par leur dénomination, ces femmes semblent fournir le dernier élément, le plus dégénéré et le plus inédit, de la longue chaîne des spécimens monstrueux de leur famille. À partir de là, comme avec les autres personnages fantasmagoriques auxquels on a pris soin de les lier par le jeu des comparaisons, des collocations et des réseaux de référence, il faut un nom nouveau (d'où l'abondance des néologismes ou des usages de noms communs avec la majuscule – voir Lagorgette 2011b), dont les propriétés sont créées au fur et à mesure par les détracteurs. On croise ainsi dans la presse des descriptions pour le moins incroyables, et qui peuvent sembler proprement absurdes à un lecteur moderne, mais qui ont néanmoins eu une belle pérennité dans la littérature populaire, donnant plus tard la toute aussi populaire figure de la pétroleuse alcoolique par un jeu assez transparent de métonymie (Millot 2005 ; Lagorgette 2011a) :

(10) *Le Petit journal* (17/06/1871 : 1) : « Qui frappe par le glaive périra par le glaive, disent les Écritures. Cette parole, faite pour les assassins, l'est aussi pour les incendiaires. On a trouvé hier, dans un affreux taudis du faubourg Saint-Germain, les restes d'une femme qui était, dans ces derniers temps, l'effroi de son quartier. **C'était une pétroleuse.** Ses vêtements, par suite du travail incendiaire auquel elle s'était livrée, étaient tout imbibés de pétrole. On n'a retrouvé que son squelette calciné ayant une pipe à la bouche. On suppose que c'est le feu de la pipe qui aura déterminé cette combustion spontanée. »

À réalité nouvelle, jugements nouveaux ? Si finalement fort peu de femmes ont été condamnées pour le crime qui les a désignées à la postérité[11], la langue des accusateurs, elle, semble avoir été chargée par le discours ambiant, ainsi que le montrent les procès-verbaux mais aussi le métadiscours des différents acteurs de l'après-Commune.

Au-delà du fantasme littéraire, les représentations des Pétroleuses dans le discours judiciaire

Lorsque passent en procès devant le tribunal militaire (4e Conseil de guerre) cinq femmes le 4 septembre 1871[12], dans ce que l'on nommera immédiatement le

11 Faute de preuves et de témoins – et pour cause : il semble assez net, désormais, qu'il n'y eut pas à proprement parler de pétroleuses (Thomas 1963, Gullickson 1996, Krakovitch 1997, Lagorgette 2011a).

12 Il s'agit de Joséphine Marchais, Lucie Maris épouse Bocquin, Eulalie Papavoine, Élizabeth Rétiffe, Eugénie Suetens. La section « renseignements » du procès retrace leurs antécédents et on retrouvera pour Mme Marchais une généalogie par les femmes criminelles ainsi que la figure de la mère et de l'épouse indignes pour Mme Bocquin : « La fille Marchais s'est distinguée de bonne heure par **ses mauvais instincts**. Elle avait la plus détestable réputation à Blois, et sa conduite immorale la faisait mépriser de tout le monde. Elle a été condamnée à six mois de prison pour vol. **Sa mère** a subi cinq ans d'emprisonnement et dix ans de surveillance pour excitation à la débauche. **Sa sœur Magdeleine** a été condamnée à être enfermée jusqu'à l'âge de vingt ans dans une maison de correction, pour vol, et plus tard, à trois mois de prison, toujours pour vol. […] Enfin la femme Bocquin, profitant de l'absence de son mari, qui avait voulu payer sa dette au pays en allant combattre l'étranger, **commettait l'adultère au grand jour, avec un cynisme révoltant, et, mère dénaturée**, abandonnait son pauvre petit enfant pour suivre un bandit. Honte à elle surtout, **l'infâme** ! qui a souillé dans le crime le nom d'un honnête ouvrier, d'un brave et courageux citoyen ! » (*Petit Journal*, 06/09/1871 : 2).

Livre Jurisprudence n°2.indb 151 08/08/2011 12:02:49

« procès des pétroleuses », le discours du tribunal s'adresse bien à des êtres humains, certes, mais on relève toutefois chez le capitaine d'infanterie de marine Jouenne (commissaire du gouvernement) au moment de son réquisitoire des élans métaphoriques pour le moins saisissants :

(11) *Le Dossier de la Commune devant les conseils de guerre* (1871 : 164-165) :

> « Monsieur le président, Messieurs les juges,
>
> L'horrible campagne commencée le 18 mars dernier contre la civilisation par des gens qui ne croient ni à Dieu ni à la patrie, ainsi que l'avait proclamé Jules Vallès, un des leurs, devait amener devant vous non seulement des hommes oublieux des devoirs les plus sacrés, mais encore et en grand nombre, hélas ! **des créatures indignes** qui semblent avoir pris à tâche de devenir l'opprobre de leur siècle et de répudier le rôle immense et magnifique de la femme dans la société. En effet, la femme légitime, objet de nos affections et de nos respects, alors que, tout entière aux soins de la famille, elle est son guide et sa protectrice, son utile et heureuse influence s'exerce sur tous, et l'homme que la nature a destiné à la subir est maintenu par elle dans la ligne des devoirs sociaux. **Mais si, désertant cette sainte mission, son influence changeant de caractère ne sert que le démon du mal** [*sic*]**, elle devient une monstruosité morale ; alors la femme est plus dangereuse que l'homme le plus dangereux :** elle l'entraîne, elle étouffe en lui ce qui reste de louables instincts. L'histoire nous en fournit la preuve : en 1793, les tricoteuses de clubs et les malheureuses qui méritèrent le surnom de « Furies de la Guillotine ! » ont épouvanté le monde. Pouvait-on craindre que cette indigne espèce se soit propagée ! Par quelle terrible fatalité, en 1871, en retrouvons-nous des exemples ? **Celles qui sont ici devant vous sont les filles des mégères de 1793**. Là est le vice et la brutalité, la fureur ! Si, du moins, toutes étaient privées des dons de l'intelligence, si toutes étaient illettrées, hors d'état de comprendre l'énormité de leur coupable action ! Eh bien, tout en les maudissant, peut-être pourrait-on les plaindre ; mais au milieu de ces femmes**, et je me reproche de leur donner ce nom,** vous en trouverez qui ne peuvent appeler à leur secours la misérable ressource de l'ignorance. Alors que des esprits élevés, et nous devons les seconder avec ardeur, réclament cet important bienfait de l'instruction populaire, quelle amère déception pour eux, pour nous. Parmi les accusées, nous verrons des institutrices. Celles-là, Messieurs, ne pourront pas prétendre que la notion du bien et du mal leur était inconnue. Et voilà où conduisent toutes les dangereuses utopies, l'émancipation de la femme prêchée par des docteurs qui ne savaient pas quel pouvoir il leur était donné d'exercer et qui, aux heures des soulèvements et des révolutions, voulaient se recruter de puissantes auxiliaires. N'a-t-on pas, pour tenter **ces misérables créatures**, fait miroiter à leurs yeux les plus incroyables chimères : des femmes magistrats, membres des barreaux ? Oui, des femmes avocats, députés peut-être, et, que sait-on ? des commandants, des généraux d'armée. Il est certain qu'on croit rêver, en présence de pareilles aberrations ! Ces exagérations, vous vous le rappellerez, Messieurs, ont pris naissance dans des centres dont les femmes, quelques-unes célèbres, étaient les auteurs. Je ne leur infligerai pas le châtiment de les nommer ».

Nous retrouvons dans ce très moral discours l'ensemble des éléments saillants de la littérature et de la presse qualifiant les femmes et leurs actes ; il fera mouche puisque trois des cinq accusées seront d'abord condamnées à mort, les deux autres à la déportation et aux travaux forcés[13]. La violence du propos aura visiblement convaincu le juge, puisque les actes n'ont pu être démontrés[14]. Ce caractère extrême de l'accusation est noté avec effarement par plusieurs correspondants de la presse étrangère, qui repèrent aussi le caractère genré de l'acharnement judiciaire :

(12) Justesse (1872 : 283) : « la *Neue freie Presse*, journal assez intraitable, s'exprime en des termes qui sont certainement ceux de tout penseur sérieux ; elle dit : « **nous avouerons que rarement un jugement nous a autant surpris et péniblement impressionné que celui-là.** Cinq femmes de la plus basse extraction, d'un aspect repoussant et d'une affreuse misère, paraissent devant le

13 Elles seront finalement toutes condamnées à la déportation et aux travaux forcés.

14 Justesse (1872 : 279-288) égrène les différents procès impliquant des femmes et ne trouve aucune preuve.

Livre Jurisprudence n°2.indb 152 08/08/2011 12:02:49

> tribunal, accusées d'un attentat contre le Gouvernement, dans l'intention d'assassiner, de piller et de détruire ; de plus accusées de vol et de participation aux incendies. Ces femmes faisaient, toutes les cinq, partie des deux bataillons les plus radicaux et les plus craints des fédérés ; elles y remplissaient les fonctions de cantinières ou d'infirmières. Habillées d'une façon extravagante, le fusil en bandoulière, le calabrais au chignon, elles suivaient les fédérés, aidaient aux barricades, portaient les munitions et l'eau-de-vie aux combattants, buvaient sec elles-mêmes, enlevaient les blessés et, prises de vin et d'eau-de-vie, elles tenaient un langage des plus déplacés. Toutefois aucun des témoins à charge n'a vu, de ses propres yeux, qu'elles s'étaient servi de leurs armes, qu'elles avaient pris part au combat ou prêté la main au vol ; qu'elles avaient apporté du pétrole pour mettre le feu aux maisons incendiées. Elles peuvent être considérées, tout au plus, comme des figurantes assistant à cet horrible spectacle et pas plus coupables que les cent mille individus, qui étaient sous la pression de la Commune de Paris. **C'étaient simplement des femmes pauvres et réprouvées ; la cour, toutefois, n'a voulu voir en elles que des femmes criminelles**. […] le 4e conseil de guerre, faisant application de l'article 91, qui prescrit la mort pour toute participation au crime contre l'État, les condamna impitoyablement à la peine capitale. À le prendre sur ce ton, il aurait fallu condamner de même tous les prisonniers qui languissent dans les prisons de Versailles, car il retombe sur chacun d'eux une partie plus ou moins grande de ce que l'article 91 condamne si sévèrement. Il n'est pas moins révoltant de voir avec quelle indifférence on jeta là en pâture, au conseil de guerre, les 5 pétroleuses vouées, pour ainsi dire, d'avance à la mort.»

Le correspondant de la *Neue freie Press* ne s'y trompe pas : si sa description des cinq accusées rejoint en tous points les tableaux que nous avons précédemment tracés, il remarque aussi, en somme, combien cette série de *topoï* a eu un impact sur le procès. De même, trois autres accusées en 1872 déclencheront la rage de Du Camp (qui en parle comme de « goules », etc. ; 1871, III : 81), à laquelle répondra par voie de presse un capitaine des Fédérés, Brunel (voir Thomas 1962 ; Lagorgette 2011a), et seront condamnées comme les cinq précédentes.

Lorsque l'on parcourt les procès des années 1870, on repère que l'accusation tente systématiquement de caractériser les femmes comme « pétroleuses ». Preuve que le stéréotype créé par le pouvoir versaillais et largement répandu par la presse et la littérature (Lidsky 1970) a fonctionné correctement, au point d'en devenir une représentation non plus vraisemblable mais bien réelle des femmes engagées. Les nombreuses images (dessins, caricatures, photos) de la presse (Tillier 2004) et les photographies d'Appert, prises à la prison des Chantiers de Versailles (Przyblyski, 1999 : ch.8), ont du reste contribué à rendre vivante la pétroleuse dans l'imaginaire collectif. Les années après la Commune ne voient pas pour autant s'éteindre ces brûlots, notamment du fait des nombreuses œuvres de fiction qui se saisissent du personnage (Lidsky 1970, Lagorgette 2011a), avec une forte campagne créative autour des années 1879-1880 alors que la loi d'amnistie est votée. Le retour des amnistié/e/s sera marqué par de nombreux pamphlets hostiles (Godineau 2002). Comme le précise Krakovitch (1997 : 522 et 531) :

> « La peur des communardes, et plus généralement des femmes qui tentèrent de participer à des manifestations politiques, tout au long du siècle, est l'aboutissement d'une certaine vision de la femme. La femme, en effet, dans la représentation littéraire, culturelle, sociologique, historique des contemporains, passa, surtout à partir de 1848, du statut de victime à celui de responsable, de « meneuse ». » […] « La répression des communardes, la violence des commentaires dont elles furent l'objet, est l'aboutissement de la responsabilité toujours plus grande attribuée aux femmes dans les malheurs de la société après 1848 ; elle est l'aboutissement aussi d'une aggravation de la séparation des classes et des sexes, sous le Second Empire, et donc d'une peur et d'une méfiance accentuées de part et d'autre. Elles sont aussi le résultat d'une volonté déterminée chez les Versaillais et les Républicains d'éteindre désormais, chez la femme, toute tentative de participation au pouvoir, toute velléité de paraître à l'avenir sur la scène politique ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 153 08/08/2011 12:02:49

Si cette lecture est tout à fait exacte, on peut néanmoins voir aussi dans le mouvement féminin communaliste et dans le discours de sa répression l'une des premières manifestations de la prise de conscience par les hommes que les images antérieures à la Révolution Industrielle commencent à ne plus rendre compte correctement de la diversité des visages féminins, quelle que soit la classe envisagée (Gullickson 1996). La bonne mère de famille ira ainsi désormais à l'école avant de se consacrer (ou non) à son destin : c'est en effet dès les lois Jules Ferry (1881) que les filles seront mises systématiquement sur le même plan que les garçons en termes d'éducation, même si les mesures précédentes avaient déjà largement alphabétisé les enfants (voir Furet et Ozouf *ap.* Lodge 1997). La grande différence avec les interventions féminines antérieures dans les révolutions en France est ici que le discours féminin, relayé par les commentateurs outrés aux prises avec les Clubs de femmes (dont nous trouvons une trace dans le réquisitoire de Jouenne), gagne le droit à l'espace public (Stewart 2006). Les descriptions monstrueuses et les critiques virulentes n'y pourront mais : on s'en remettra désormais à l'éducation de masse pour formater la ménagère, puisque le bon père de famille a visiblement perdu la bataille dans son foyer.

Corpus

Sauf mention particulière, tous les documents sont en ligne sur http://gallica.bnf.fr :

ANON., 1871, *Le Dossier de la Commune devant les conseils de guerre*.

BOURGES, E., 1893, *Les oiseaux s'envolent et les fleurs tombent*.

DARRIEN, G., 1898, *L'Ami de l'ordre*.

DE LA BRENNE, J., 1875, *La Femme politique*.

DE LA BRUGÈRE, ?, 1871, *Histoire de la Commune*.

DU CAMP, M., 1871, *Les Convulsions de Paris*, t.I, II et III.

DU PREŸ, A.L., 1874, *les Femmes de 1870*.

JOBERT, N., 1874, *La Roche tarpéienne, sonnets patriotiques*.

JUSTESSE, H.D., 1872, *Histoire de la Commune de Paris*.

LISSAGARAY, P.-O., 1871, *Les Huit journées de la Commune*.

—, 1896, *Histoire de la Commune de 1871*.

LYON-CAEN, L., 1912, *Souvenirs du jeune âge : histoires, récits et impressions d'antan*.

MICHEL, L., 1898, *La Commune*, éd. électr. en ligne de Pierre Palpant : http://classiques.uqac.ca/classiques/michel_louise/la_commune/michel_la_commune.doc

Le Petit journal, année 1871.

VERGÈS D'ESBOEUFS, A.-J., 1871, *La Vérité sur le gouvernement de la Défense nationale, la Commune et les Versaillais*.

Livre Jurisprudence n°2.indb 154 08/08/2011 12:02:49

BIBLIOGRAPHIE

BAIDER, F., *Hommes galants, femmes faciles : étude socio-sémantique et diachronique*, Paris, L'Harmattan, 2004.

BARTHES, R., 1968/ 1982, "L'effet de réel", in *Littérature et réalité*, Paris, Le Seuil ; 81-91.

BUGNON, F., 2009, « À propos de quelques figures de la violence politique féminine sous la Troisième République », in F. Chauvaud et G. Malandain (dirs.), *Impossibles victimes, impossibles coupables. Les femmes devant la justice (XIX^e^-XX^e^ siècles)*, Rennes, PUR ; 201-211.

BUTLER, J., 1997, *Excitable Speech : A Politics of the Performative*, New York, Routledge.

BUTLER, J., 2004, *Undoing Gender*, New York, Routledge.

CARDI, C., PRUVOST, G. (éds.), 2011, *Penser la violence des femmes*, Paris, La Découverte.

CARDI, C., PRUVOST, G. (éds.), 2012, *Champ pénal*, vol.IX.

DE LA MOTTE, D. & PRZYBLYSKI, J. M. (éds.), 1999, *Making the News : Modernity & the Mass Press in 19th Century France*, Amherst, U. Of Massachusetts.

GODINEAU, D., 2008a, "De la rosière à la tricoteuse : les représentations de la femme du peuple à la fin de l'Ancien Régime et pendant la Révolution", *Études, Revolution française. net*, http://revolution-francaise.net/2008/05/01/229-rosiere-a-tricoteuse-representation-femme-peuple-fin-ancien-regime-revolution

—, 2008b, « La « Tricoteuse » : formation d'un mythe contre-révolutionnaire », Mots, *Révolution Française.net, http :* http://revolution-francaise.net/2008/04/01/223-tricoteuse-formation-mythe-contre-revolutionnaire

—, 2002, « Le retour d'exil, un nouvel exil ? Le cas des communards », Matériaux pour *l'histoire de notre temps, 67 ; 11-16.*

GULLICKSON, G., 1996, *Unruly women of Paris. Images of the Commune*, Ithaca.

KRAKOVITCH, O., 1997, « Violence des communardes. Une mémoire à revisiter », *Revue Historique*, 297 ; 521-531.

LAGORGETTE, D., 1998, *Désignatifs et termes d'adresse dans quelques textes en moyen français*, Thèse de doctorat dactylographiée, U. Paris 10.

—, 2006, « La vérité du nom : métadiscours sur le droit nom, *métadis*cours sur l'origine ? », *Bien dire, Bien aprandre 23 ; 277-293*.

—, 2009, « Grandeur et décadence de la « ménagère de moins de cinquante ans ». Étude diachronique de la résurgence et de la réactivation d'un stéréotype dans le discours médiatique », Des topoï à la th*éorie des stéréotypes en passant par la polyphonie et l'argumentation dans la langue, Hommages à Jean-Claude Anscombre,* D. Leeman, éd., Chambéry, U. de Savoie ; 289-313.

—, 2011a, « La ou les pétroleuses ? Du politique au sexuel, et retour », *Le Genre à l'épreuve des dispositifs de pouvoir, de langage et de catégorisation sociale*, L. Gréco et N. Chetcuti éds.

—, 2011b, « La violence des femmes saisies par les mots. *Sorcière, Tricoteuse, Vésuvienne, Pétroleuse* : un continuum toujours vivace ? », *Penser la violence des femmes*, C. Cardi et G. Pruvost éds.

LEEMAN, D., 1994, *Les fautes de français existent-elles ?,* Paris, Le Seuil.

LIDSKY, P., 1970, *les écrivains contre la commune*, Paris, Maspéro (rééd. La Découverte, 2010).

MILLOT, H., 2005, « Picoleuses fin de siècle : crime et châtiment », M. Piarotas et P. Charreton éds., *Le Populaire à table*, *Travaux,* 119 ; 55-66.

PIA-CÉLÉRIER, P., 1997, « Les Pétroleuses De La Commune De Paris Ou Le Mythe Terroriste », *Romance Quarterly*, 44 ; 93-98.

STEWART, P. J., 2006, *Invisible revolution. Women's participation in the 1871 Paris Commune*, PhD, U. of Arizona.

THOMAS, E., 1963, *Les Pétroleuses*, Paris, Gallimard.

TILLIER, B., 2004, *La Commune de Paris, révolution sans images ? Politique et représentations dans la France républicaine (1871-1914)*, Champ Vallon.

YAGUELLO, M., 1978, *Les Mots et les femmes. Essai d'approche socio-linguistique de la condition féminine*, Paris, Payot (rééd. 2002).

Livre Jurisprudence n°2.indb 155 08/08/2011 12:02:49

De la nécessaire critique féministe du droit[1]

Catherine LE MAGUERESSE*

Les journées organisées sur le thème « genre » et droit[2] sont rares en France, comme le sont les publications francophones ou les enseignements juridiques universitaires dédiés à ce sujet.

Pourtant la critique féministe du droit, le plus souvent née de l'analyse des expériences des femmes confrontées à ce droit, est précieuse et pertinente pour dévoiler les présupposés sexistes qui fondent encore nombre de dispositions, notamment en droit pénal et particulièrement dans le domaine des violences sexuelles.

Cette journée n'a pas permis de mettre en lumière les apports du féminisme au droit. L'objet de cet article est de montrer, à partir de l'exemple de la critique du délit de dénonciation calomnieuse[3], comment l'intervention et l'analyse féministes mettent à nu l'impact spécifique qu'un texte peut avoir sur les victimes de violences sexuelles.

Le délit de dénonciation calomnieuse permet à une personne faussement accusée d'une infraction, de dénoncer le caractère mensonger des accusations et de mettre en cause la responsabilité de l'auteur-e de la dénonciation.

Jusque-là, il ne semble donc pas y avoir matière pour une critique féministe du droit. Il est justifié de se défendre de fausses accusations qui peuvent avoir des conséquences dévastatrices pour les personnes injustement mises en cause. Par ailleurs, le délit de dénonciation calomnieuse est apparemment neutre ; Il ne désigne pas un sexe en particulier.

Cependant, cette critique émerge lorsque l'on constate que ce sont surtout les personnes mises en cause pour des violences sexuelles qui déposent plainte pour dénonciation calomnieuse ou menacent de le faire dès que la victime fait part de son intention de dévoiler les violences. La menace de recourir au droit pénal est alors utilisée pour contraindre au silence les victimes de violences sexuelles.

1 Cet article nous a été adressé après le colloque ; il s'agit d'une réaction à certaines des interventions. Nous avons pris la décision de le publier dans la mesure où il reflète une sensibilité que son auteure a jugé ne pas avoir été suffisamment exprimée lors des débats (ndr).

* Juriste, ex-présidente de l'AVFT (Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail). www.avft.org.

2 Termes que je préfère utiliser plutôt que celui de « genre ». Voir Marie-Victoire Louis, « Dis moi « le genre », ça veut dire quoi ? » http://www.marievictoirelouis.net/document.php?id=919&themeid=460.

3 Cette critique se fonde sur l'analyse d'une quinzaine de procédures pour dénonciation calomnieuse contre des femmes victimes de violences sexuelles, aux côtés desquelles l'AVFT intervenait. Voir : Catherine Le Magueresse, « Dénonciation calomnieuse, un délit qui bâillonne les victimes de violences sexuelles », in 20 ans de lutte contre les violences sexuelles et sexistes au travail, AVFT, 2006, p. 131 – 146 et le site de l'AVFT, rubrique « campagnes ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 157 08/08/2011 12:02:49

La nécessité de cette critique se confirme lorsque l'on est confrontés-es aux dispositions pénales relatives à la dénonciation calomnieuse, lesquelles conduisent à une condamnation quasi-automatique des victimes de violences sexuelles poursuivies pour dénonciation calomnieuse en violation de la présomption d'innocence de ces dernières.

1. La menace du droit utilisée pour contraindre au silence les victimes qui voudraient dénoncer les violences sexuelles subies

Le contentieux lié aux procédures de dénonciation calomnieuse

Le rapport 2008[4] du ministère de la justice sur les condamnations prononcées en 2008 recense 1590 condamnations pour dénonciation calomnieuse, inscrites au casier judiciaire.

Une recherche sur internet[5] montre que les procédures en dénonciation calomnieuse sont utilisées principalement dans le domaine de la fraude financière (abus de biens sociaux, escroquerie, recel), des sectes et des atteintes sexuelles commises sur des mineurs-es ou des majeurs-es. Ce constat nous invite à nous interroger sur l'impact particulier que le délit de dénonciation calomnieuse peut avoir pour les victimes d'atteinte sexuelle qui sont par ailleurs invitées, par les institutions étatiques, à dénoncer les violences.

L'injonction contradictoire de l'État : « En cas de violence, brisez le silence[6] » et : « si vous parlez, vous risquez la condamnation »

> *« J'ai été victime du harcèlement sexuel du Directeur de l'association qui m'employait alors que j'entrais dans la vie professionnelle, en 1998-99. Lorsque la fin de mon contrat est arrivée, j'ai saisi le Conseil de Prud'hommes pour que l'agression que j'avais subie soit reconnue et condamnée. En effet, après tant d'humiliations et de souffrances, je ne pouvais pas tourner la page et poursuivre ma vie comme si de rien n'était. J'avais déjà été prévenue que je m'exposais à une plainte pour « dénonciation calomnieuse ». Malgré la peur que j'avais – et que j'ai eu tout au long des procédures – de me voir un jour sur le banc des accusés, et mon harceleur sur celui des victimes, je n'ai pas admis que cette menace d'une nouvelle violence puisse me faire taire. »*
> Témoignage de Noëlle[7]

Parmi les multiples causes à l'origine du silence de nombreuses femmes victimes d'atteintes sexuelles, au travail ou dans d'autres sphères, l'évaluation des risques et des coûts que le dévoilement des atteintes va générer, est de nature à les convaincre de demeurer silencieuses. Le terme de double victimisation est souvent usité pour désigner le « parcours de la combattante » allant de la plainte pénale à l'éventuelle condamnation de l'auteur par un tribunal[8].

Il existe un troisième temps à cette victimisation : les représailles contre celles qui ont dévoilé les atteintes sexuelles sans être reconnues victimes. Plusieurs procédures (dénonciation calomnieuse, diffamation, injure non-publique, procédure abusive…) permettent de poursuivre

4 http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/les-condamnations-en-2008-19766.html.

5 Mots clés inscrits dans le moteur de recherche de 'yahoo' : « dénonciation calomnieuse ». Recherche effectuée le 23 juin 2010 sur les 5 premières pages de résultats. La plainte en dénonciation calomnieuse déposée dans l'affaire « Clearstream » occupait alors une large place médiatique.

6 Titre de la campagne gouvernementale lancée en 2001 par Nicole Perry, secrétaire d'État aux droits des femmes et à la formation professionnelle.

7 Les citations de victimes ont été recueillies dans le cadre de l'intervention de l'AVFT à leurs côtés.

8 Ce « parcours » est aussi synonyme d'une forte déperdition du nombre de plaintes finalement jugées. Ce processus est dénoncé depuis longtemps par les féministes.

Livre Jurisprudence n°2.indb 158 08/08/2011 12:02:49

et donc potentiellement de sanctionner la victime dont la plainte n'a pas abouti. Ces épées de Damoclès sur les vies des victimes ne sont jamais évoquées dans la littérature[9] qui déplore le développement du « courant victimaire ». De telles procédures ont rarement été analysées au regard de l'effet qu'elles ont spécifiquement pour les personnes victimes d'atteintes sexuelles.

Pourtant, la seule existence du délit de dénonciation calomnieuse, aux lourdes pénalités[10], est efficace pour contraindre certaines personnes victimes au silence et peut suffire à détourner une personne victime[11], d'une plainte informelle ou formelle auprès des instances judiciaires[12].

Certains parlementaires, redoutant les « fausses accusations », avaient d'ailleurs bien conscience du poids de cet article, qui avaient suggéré d'inscrire dans l'article définissant le harcèlement sexuel dans les relations de travail[13], un rappel du texte relatif à la dénonciation calomnieuse[14].

Parfois la menace se réalise. Des femmes, victimes de violences sexuelles sont poursuivies pour dénonciation calomnieuse. Une critique féministe du droit est alors opportune pour démontrer comment la rédaction de l'article 226-10 du Code pénal a une incidence pour les femmes victimes de violences sexuelles.

2. Le droit instrumentalisé

La dénonciation calomnieuse, le délit qui rend les femmes victimes d'atteintes sexuelles masculines coupables d'avoir porté plainte

Jusqu'à la loi du 9 juillet 2010[15], l'article 226-10 du Code pénal disposait :

> « *La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*
>
> *La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée.*

9 Voir par exemple, Élisabeth Badinter, *Fausse route*, éditions Odile Jacob, 2003, 221 p.

10 La dénonciation calomnieuse est punissable de 5 années d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Le harcèlement sexuel l'est d'une année d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, l'agression sexuelle autre que le viol est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

11 « S'il faut que je le paie en plus !! » disait une femme victime en réaction à l'information que nous lui donnions sur le risque qu'elle courrait d'être poursuivie pour dénonciation calomnieuse.

12 Dès lors, quelle crédibilité l'incitation gouvernementale « à briser le silence » peut-elle avoir lorsqu'existe ce risque pour les victimes d'être à leur tour poursuivies et condamnées ?

13 La défiance à l'égard des plaignantes pour violences sexuelles était ici manifeste. Si cet amendement avait été maintenu, c'eût été le seul article du Code pénal comportant à la fois la définition d'un droit (ne pas être harcelé-e) et l'annonce du risque de la revendication d'un tel droit.

14 Voir le rapport n° 350 de M. Sérusclat, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi relatif à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail. Le risque de dénonciation calomnieuse est mentionné à 7 reprises dans un rapport de 51 pages. En outre, « A la demande de M. Jean Chérioux qui a évoqué le cas d'une action intentée abusivement par un salarié qui chercherait à éviter par ce moyen un licenciement justifié ou une sanction méritée, la commission a décidé d'introduire à l'article L.122-46 du Code du travail un visa de l'article 373 du Code pénal concernant la dénonciation calomnieuse. » (p. 50). L'amendement présenté est adopté par le Sénat lors des débats du 21 mai 1992, sans qu'il ne suscite de débat ou d'opposition. Il sera écarté dans la suite des débats.

15 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.

Livre Jurisprudence n°2.indb 159 08/08/2011 12:02:50

En tout autre cas[16]*, le tribunal saisi des poursuites contre le dénonciateur apprécie la pertinence des accusations portées par celui-ci.*»

C'est l'alinéa 2 de l'article qui est ici objet de critiques.

La condamnation quasi – automatique de la victime découle de la rédaction même de l'incrimination de dénonciation calomnieuse dans le Code pénal. En effet, l'article 226-10 alinéa 2 pose une présomption irréfragable de fausseté des faits d'atteinte sexuelle lorsqu'ils ont fait l'objet d'une décision de justice «de relaxe, d'acquittement ou de non-lieu». Dans ces cas, les juges de la dénonciation calomnieuse peuvent seulement apprécier la bonne foi – savait-elle qu'elle dénonçait des faits inexacts? – de la victime au moment où elle a déposé plainte[17].

Or, cette question se pose singulièrement pour les victimes d'atteintes sexuelles, particulièrement pour celles qui sont victimes de viol. Le délit de dénonciation calomnieuse s'applique en effet de façon différenciée selon la nature de l'infraction dénoncée.

De la spécificité de la situation des personnes poursuivies pour dénonciation calomnieuse après avoir été déboutées d'une plainte pour atteinte sexuelle

Mais parce que le harcèlement sexuel que j'avais subi n'était pas accompagné d'autres formes d'agressions, telles que des attouchements ou une tentative de viol, il a été ravalé au rang de la «simple manœuvre de séduction», et mon harceleur a ainsi été relaxé.

Cette relaxe lui a permis de relancer sa procédure de «dénonciation calomnieuse» à mon encontre, puisqu'actuellement la loi stipule que si les faits dénoncés – en l'occurrence le harcèlement sexuel – ne sont pas reconnus «vrais» par un Tribunal Correctionnel, c'est qu'ils sont «nécessairement faux», […].

Je suis alors tombée sous le coup d'une «présomption de culpabilité». Il y a 3 mois, je me suis donc retrouvée sur le banc des prévenus, et mon agresseur sur celui des victimes… alors qu'il avait par ailleurs été reconnu coupable sur le plan social… Cela a été une épreuve extrêmement pénible.

Cette situation était d'autant plus révoltante que la seule ligne de défense existant était de dire que les agissements de directeur «avaient pu me laisser croire qu'il s'agissait de harcèlement et que je m'étais trompée de bonne foi». En somme, pour ne pas être injustement condamnée, il me fallait dire que j'avais beaucoup trop d'imagination, me dédire, et faire une croix sur 3 années d'éprouvantes et coûteuses procédures visant à faire reconnaître ses agissements pour ce qu'ils sont : du harcèlement sexuel.»

Témoignage de Noëlle

Autorité de la chose jugée, présomption de fausseté, prudence et faillibilité de la justice

Le principe de l'autorité de la chose jugée

Res judicata pro veritate accipitur. Ce principe signifie «*qu'il faut tenir pour vrai ce qui a été jugé*[18].» En matière de dénonciation calomnieuse, il impose donc de tenir compte de la décision rendue initialement sur les faits (d'atteintes sexuelles) dénoncés. «*La vérité n'étant pas divisible, force est d'admettre que le second juge devra se plier aux déclarations que le premier a données*[19].»

Ce qui pose un problème pour certaines formes de décisions pénales. Une ordonnance de non-lieu motivée par une insuffisance de charge par exemple, n'a qu'une autorité provisoire puisque l'instruction peut être réouverte en cas de survenance de nouveaux éléments.

16 En cas de classement sans suite de la plainte par le parquet par exemple.

17 Voir *infra*.

18 Boyer Laurent et Roland Henri, *Adages du droit français*, Litec, 4e édition, n° 396. p. 790 et s.

19 *op. cit.*, p. 790.

Livre Jurisprudence n°2.indb 160 08/08/2011 12:02:50

Une décision de relaxe rendue « au bénéfice du doute » n'est pas équivalente à une relaxe « pure et simple ».

Pourtant, ces éléments ne sont pas pris en compte par l'article[20] 226-10 C. pen.

Le principe de l'autorité de la chose jugée sert en effet de fondement à la présomption de fausseté des faits inscrite à l'alinéa 2 de l'article 226-10 C. pen. : « *La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée.* »

Le Code pénal ne distinguant pas, peu importe donc la forme juridique de la décision de justice initiale (acquittement, relaxe ou non-lieu) déboutant la victime.

La présomption de fausseté des faits

Lorsqu'une juridiction a déjà statué sur les faits initialement dénoncés et a rendu une décision définitive (« *d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée* »), le-la juge de la dénonciation calomnieuse perd toute liberté d'appréciation sur la réalité des faits dénoncés, lesquels sont tenus pour faux.

Dans ces trois cas de figure (non-lieu, relaxe, acquittement), l'**élément matériel** du délit est constitué par la décision de justice rendue. À défaut de faits nouveaux, qui s'ils avaient été connus au moment du jugement eussent probablement changé la nature de la décision, la seule marge d'appréciation (et donc de liberté) dont dispose le juge de la dénonciation calomnieuse porte sur l'appréciation de l'élément intentionnel de l'infraction de dénonciation calomnieuse[21].

Justice prudente et justice faillible

La justice est prudente quand, au nom de la présomption d'innocence, elle relaxe le mis en cause pour atteinte sexuelle, au bénéfice du doute, ou rend une ordonnance de non-lieu pour insuffisance de charges. Les juges estiment que les éléments à charge contre l'auteur désigné sont insuffisants[22] pour fonder une condamnation de l'auteur.

Ce type de décisions, rendues en raison d'un doute (et donc au nom de la présomption d'innocence de l'auteur désigné de crimes ou délits) ou pour insuffisance de charges, ne se prononcent donc pas sur l'impossibilité de la commission d'une infraction. Elles ne disent pas : « les faits dénoncés sont faux » mais « un doute subsiste qui profite à la personne mise en cause » ou « les charges sont insuffisantes » pour renvoyer l'auteur devant une juridiction de jugement.

Dans ces cas, on peut considérer que la vérité judiciaire perd son caractère absolu. Elle est relativisée par les termes employés par les juges.

La justice est faillible, lorsqu'aveuglée par ses propres idées reçues, elle rend des décisions sur des fondements idéologiques plus que juridiques.

Comment en effet, une ordonnance de non-lieu rendue à l'issue d'une instruction ouvertement partiale et partielle par un-e juge qui n'a pas sérieusement « recherché la vérité », pourrait-elle emporter une présomption de fausseté des faits alors même que les dits faits n'ont pas été rigoureusement analysés[23] ?

Pourquoi une décision par laquelle des magistrat-es relaxent l'auteur poursuivi, non en l'absence d'agissements prouvés mais en considération de ce qu'ils-elles jugent comme étant « *de simples signaux sociaux conventionnels*

20 Et donc par les magistrats : Voir Chambre criminelle de la Cour de cassation 16 novembre 1993, 20 février 1996.
Cass. crim. 21 janvier 1997, bull.crim. n° 18, RSC 1997, n° 3, observations Y. Mayaud.

21 voir *infra*.

22 La preuve d'une infraction sexuelle est aussi l'objet d'une importante réflexion féministe ; nous sommes souvent en désaccord avec les magistrat-es sur leur appréciation des éléments de preuve fournis.

23 Ou n'ont pas l'objet d'investigations suffisantes. Dans le cas d'une procédure ouverte pour viols, par exemple, la victime ne sera jamais auditionnée seule par la juge d'instruction mais seulement en présence de celui qu'elle désigne comme l'auteur des viols. La juge s'est ainsi très probablement privée d'éléments de preuve qu'elle aurait recueillis si elle avait permis à la victime de s'exprimer librement, hors de toute pression.

Livre Jurisprudence n°2.indb 161 08/08/2011 12:02:50

de séduction[24] », serait-elle assortie de l'autorité de la chose jugée, emportant la fausseté des faits dénoncés[25] ? Dans cette hypothèse, les faits sont avérés, seule l'appréciation judiciaire de l'opportunité d'une sanction pénale fonde la décision.

Présomption de fausseté, bonne foi et présomption d'innocence de la personne poursuivie pour dénonciation calomnieuse

Si les faits (atteintes sexuelles dénoncées par la victime) sont réputés faux en raison d'une décision judiciaire, les magistrat-es doivent cependant, pour pouvoir prendre leur décision, caractériser l'élément intentionnel du délit, c'est-à-dire la bonne ou la mauvaise foi[26] du 'dénonciateur'.

La spécificité de l'application de l'article 226-10 C. pen. aux personnes qui ont dénoncé des atteintes sexuelles doit ici être analysée. Elle tient au fait que l'infraction est commise directement sur le corps de celle qui dénonce.

Les magistrat-es doivent donc juger si la personne dénonciatrice d'une atteinte sexuelle – déclarée fausse par une décision de justice antérieure – a pu de « bonne foi » croire qu'elle était bien victime d'une atteinte sexuelle.

Les situations dans lesquelles les juridictions retiennent la bonne foi

Lorsque la bonne foi est retenue, c'est au prix d'une distorsion de la réalité.

Mme M., par exemple, employée de restauration, est relaxée[27] (après avoir été condamnée en première instance) au motif qu'elle avait pu mal interpréter les agissements de M. B, gérant, « *qualifiables d'agressions sexuelles et non pas de harcèlement sexuel comme elle l'avait déclaré par erreur* ».

Dans une autre procédure, une chambre de l'instruction confirme l'ordonnance de non-lieu à poursuivre pour dénonciation calomnieuse en raison des caractéristiques psychologiques de Mme P., « *tous éléments de nature à influencer la perception des faits* ».

Erreur de qualification juridique au moment de la plainte, méprise sur les intentions de l'auteur, état de conscience altéré… Une victime poursuivie pour dénonciation calomnieuse résumait l'alternative : « *au pire nous sommes des menteuses, au mieux des andouilles.* »

Encore faut-il pouvoir se méprendre sur les intentions de l'auteur ce qui est impossible en cas de viol.

Pour le crime de viol, les victimes déboutées sont dans l'impossibilité d'établir leur bonne foi

Comment le pourraient-elles puisqu'elles ne peuvent évoquer les violences qui les ont conduites à déposer une plainte et qui sont, du fait d'une décision de justice antérieure, réputées fausses. Or, le viol est un crime[28] où l'objet et le sujet de l'infraction sont confondus[29]. L'atteinte est portée sur le corps de celle qui dénonce. Elle ne peut donc se défendre en disant qu'elle s'est trompée ou a interprété les agissements dénoncés qui ne laissent pas de place à l'interprétation.

Plusieurs juridictions ont donc, compte tenu de la nature des faits dénoncés, déduit l'élément intentionnel de l'élément matériel, prolongeant ainsi la présomption de fausseté des faits prévue par le Code pénal par une présomption de mensonge.

Ainsi la Cour d'appel de Paris[30] a-t-elle jugé le 5 décembre 2001 que « *l'ordonnance de non-lieu dûment*

24 Versailles, 29 novembre 1996. Pau, 6 mai 2004.

25 Alors même que le juge a reconnu leur existence.

26 La Cour de cassation le rappelle régulièrement « Le délit de dénonciation calomnieuse exige pour être constitué, la constatation de la mauvaise foi, consistant dans la connaissance par le prévenu de la fausseté du fait dénoncé. » Cass. Crim. 30 janvier 1979, Bull. n° 41, Cass. Crim., 13 mars 1984, Bull. n° 105, Cass. Crim., 25 mars 2003. Cependant, elle laisse les juges du fond libres de leur appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi.

27 Cour d'appel de Versailles, 21 décembre 2000.

28 Défini par le Code pénal comme « tout acte de pénétration de quelque nature qu'il soit […] ».

29 Alors que dans le cas du vol par exemple, ils sont dissociés : le vol de quelque chose à quelqu'un. Une erreur peut, de bonne foi, être commise par la personne volée. Elle a mal vu, a cru reconnaître le voleur etc.

30 Sans être censurée par la Cour de cassation ; cf. arrêt de la chambre criminelle du 25 mars 2003.

Livre Jurisprudence n°2.indb 162 08/08/2011 12:02:50

motivée est devenue définitive en raison du désistement d'appel de la prévenue […] Mme K s'est plainte de viols répétés et de harcèlement sexuel, infractions qui touchent directement à la personne et à son intégrité physique. De par la nature même de ces infractions, Mme K ne pouvait se méprendre sur la réalité des faits allégués. »

Tenant le même 'raisonnement' les magistrat-es du TGI de Melun ont, le 28 juin 2005, déclaré : « *En l'espèce, il suffit de constater que Mmes R et M dénonçaient des faits commis directement sur leur personne et que dès lors elles ne pouvaient en ignorer la fausseté* ».

Dans ces cas, la présomption d'innocence[31] *des personnes poursuivies est violée*

Comment dire qu'elles[32] sont « présumées innocentes » si les juges saisis de la plainte pour dénonciation calomnieuse considèrent comme acquis que les atteintes dénoncées sont fausses et que compte tenu de la nature des infractions les plaignantes savaient qu'elles étaient fausses ?

Les juges de la dénonciation calomnieuse deviennent alors une simple chambre d'enregistrement, en violation des principes fondamentaux du procès pénal.

Cette question est actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme que nous avons saisie en 2003 suite à la condamnation définitive de Mme K, pour dénonciation calomnieuse.

Confrontées à ces condamnations injustes, nous avons agi afin de modifier le délit de dénonciation calomnieuse.

De la nécessaire modification législative du délit de dénonciation calomnieuse

Depuis 2001, l'AVFT a initié une campagne[33], poursuivie sans relâche depuis lors et visant à obtenir une modification législative de l'article 226-10 du Code pénal. Elle a été soutenue par de nombreuses personnes et associations ; certaines[34] reprenant cette demande de modification législative dans leur propre projet.

Le recours devant la CEDH, l'acceptation – récente – par les institutions[35], de la validité des analyses de l'AVFT[36] et de la légitime demande de modification du délit ont conduit à l'intégration de cette modification dans la proposition de loi n° 2121 *renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes.*

L'article 8 de la proposition de loi initiale, tel qu'il résulte des votes en première lecture à l'Assemblée Nationale et au Sénat, disposait :

> Au deuxième alinéa de l'article 226-10 du code pénal, les mots : « de relaxe ou de non-lieu déclarant » sont remplacés par les mots : « de relaxe ou de non-lieu, déclarant » et les mots : « que la réalité du fait n'est pas établie » sont remplacés par les mots : « que le fait n'a pas été commis ».

31 « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

32 Les trois femmes, victimes de viol, déboutées de leur plainte, et poursuivies pour dénonciations calomnieuses ont toutes été lourdement condamnées.

33 Voir le site de l'AVFT : www.avft.org Rubrique : campagnes.

34 Collectif national des droits des femmes, *Contre les violences faites aux femmes : une loi-cadre !*, Éditions Syllepse, novembre 2006. Une analyse critique en été faite : M. Baldeck, C. Le Magueresse, MV. Louis, « La proposition de « loi-cadre contre les violences faites aux femmes » du CNDF (Collectif national pour les droits des femmes) est inacceptable », juillet 2007, 29 pages. http://avft.org/article.php?id_article=312&var_recherche=cndf et www.marievictoirelouis.net.

35 Voir le rapport 2009 de la Cour de cassation, rubrique « propositions de réforme en matière pénale », puis « suggestions nouvelles ».

36 Également présenté par Marilyn Baldeck, déléguée générale de l'AVFT, lors de son audition par la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, le 28 avril 2009. Rapport d'information n° 1799, Tome II, p. 173.

Livre Jurisprudence n°2.indb 163 08/08/2011 12:02:50

Ce texte a été maintenu en deuxième lecture. L'article 226-10 est donc doublement modifié[37].

D'une part, l'ajout d'une virgule entre 'non-lieu' et 'déclarant' clarifie le sens de la phrase. Ce sont désormais toutes les décisions de justice (acquittement, relaxe et non-lieu) qui sont visées par la dernière partie de la phrase : la proposition relative « *que le fait n'a pas été commis* ».

D'autre part, ces décisions doivent déclarer « *que le fait n'a pas été commis* ». Seules les décisions l'indiquant littéralement ou par leur contenu[38], entraîneront la présomption de fausseté des faits dénoncés. Les décisions rendues pour insuffisance de charges ou au bénéfice du doute n'établiraient donc plus « *nécessairement* » la « *fausseté des faits dénoncés* ».

Dans ce cas, on peut supposer que la juridiction statuera sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 226-10 : « *En tout autre cas, le tribunal saisi des poursuites contre le dénonciateur apprécie la pertinence des accusations portées par celui-ci*. »

Les modifications adoptées améliorent le sort de certaines victimes indûment poursuivies pour dénonciation calomnieuse, sans répondre, sur le fond, aux critiques formulées

Les modifications votées ne remettent pas en cause le principe de la présomption de fausseté des faits qui découlent des décisions de justices antérieures. Elles diminuent le domaine d'application de cette présomption. Désormais, la juridiction saisie de la poursuite en dénonciation calomnieuse sera tenue par les seules décisions (de relaxe, d'acquittement ou de non-lieu) qui déclarent « *que le fait n'a pas été commis* ».

Or, nous demandions la suppression complète de cette présomption de fausseté des faits (de l'alinéa 2 de l'article 226-10 donc) afin que les juges de la dénonciation calomnieuse retrouvent – pour toutes les procédures – leur liberté d'apprécier la pertinence des accusations portées[39]. Et que la présomption d'innocence de la personne poursuivie pour dénonciation calomnieuse ne soit pas entamée.

Par ailleurs, il est un argument d'une autre nature, relevant de l'application du texte tel qu'il a été voté. Il est en effet à craindre que les magistrat-es des atteintes sexuelles qui voudraient sanctionner une victime en raison de « *son acharnement judiciaire* »[40] par exemple, écrivent la formule « *que le fait n'a pas été commis* » dans leur décision ouvrant ainsi la voie à la condamnation quasi-automatique. Nous connaissons d'ores et déjà des décisions rédigées de façon à faciliter une procédure en dénonciation calomnieuse, détaillant les éléments présentés comme étant à charge contre la victime, critiquant notamment ses réactions ou l'absence de cohérence dans ses choix procéduraux.

Ce blanc-seing donné aux juges des infractions sexuelles par le législateur est contestable.

Le texte voté privilégie le principe de l'autorité de la chose jugée sur celui de la présomption d'innocence. Ce faisant le législateur prive les magistrat-es d'une partie de leur pouvoir de juger et d'exercer leur analyse de la « pertinence des faits dénoncés ». Il permet aux auteurs d'atteintes sexuelles de continuer à intégrer l'utilisation de la justice, par le recours à la plainte pour dénonciation calomnieuse, dans leur stratégie.

Ce travail de déconstruction a pour objectif de rendre moins illusoire, pour les femmes, le recours à la justice. L'intégralité du livre II du Code pénal, relatif aux

37 L'alinéa 2 de l'article 226-10 C. pen. issu de l'article 16 de la 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, est ainsi rédigé : « La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu, déclarant que le fait n'a pas été commis ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée. ».

38 C'est-à-dire par une description précise des faits examinés et une motivation spéciale quant à leur impossible existence.

39 Ils disposeraient alors de l'intégralité du dossier pénal initial, relatif aux violences sexuelles, et auraient d'avantage d'éléments pour se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de la personne les ayant dénoncées.

40 Terme utilisé par des magistrats pour qualifier le comportement d'une victime qui a eu recours aux voies de droit existantes.

Livre Jurisprudence n°2.indb 164 08/08/2011 12:02:50

infractions contre les personnes, pourrait ainsi être analysée et donner lieu à une belle journée de réflexion intitulée : « Critique féministe du Livre II du Code pénal ».

3 janvier 2011

Post scriptum

Le 30 juin 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu sa décision (Affaire Klouvi c/ France) dans l'affaire évoquée plus haut. Elle a condamné la France et validé l'analyse critique que nous faisions de l'article 226-10 C. pen. depuis 2001.

Selon la Cour, « *la requérante se trouvait ainsi confrontée à une double présomption qui réduisait de manière significative les droits garantis par l'article 6 de la Convention, le tribunal ne pouvant peser les diverses données en sa possession et devant recourir automatiquement aux présomptions légales posées par l'article 226-10 du Code pénal.*

Elle n'avait de ce fait aucune possibilité d'apporter des preuves à soumettre au débat contradictoire devant le tribunal pour établir la réalité des faits et son absence de culpabilité avant que celui-ci se prononce. »

Au delà de l'espèce, la Cour s'est également appuyée sur la récente évolution du droit français en citant le rapport 2009 de la Cour de cassation, les travaux préparatoire à la loi du 9 juillet 2010 et l'article 226-10 issu de la loi du 9 juillet 2010. Elle a conclu que « *dans cette affaire, la requérante s'est trouvée exactement dans la situation dénoncée à la fois par la Cour de cassation et par l'Assemblée nationale et à laquelle la loi de juillet 2010 a voulu remédier. […] dans ces conditions, la requérante n'a pas pu bénéficier d'un procès équitable et de la présomption d'innocence. Partant, il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention.* »

Cet arrêt est précieux pour les celles qui ont été injustement condamnées.

Il sera également utile comme cadre interprétatif des nouvelles dispositions.

Paris, le 1er juillet 2011.

Livre Jurisprudence n°2.indb 165 08/08/2011 12:02:50

Actes des séminaires
« Regards croisés sur le droit et le genre : (dé)construction et mobilisation de la norme juridique »

Livre Jurisprudence n°2.indb 167 08/08/2011 12:02:50

Regards croisés sur le droit et le genre : (Dé)construction et mobilisation de la norme juridique

Malha NAAB & Pierre-Yves VERKINDT*

« L'idée que la raison d'être des choses se trouve au-delà de leur apparence, est pour ainsi dire cachée, fait partie de la démarche scientifique », Christine Delphy, *L'ennemi principal*, tome I, Économie politique du patriarcat, édition Syllepse, 1998, p. 19.

Cette publication réunit les contributions d'intervenant(e)s et de discutant(e)s d'horizons différents au projet « Regards croisés sur le droit et le genre : (dé) construction et mobilisation de la norme juridique », organisé par le Centre René Demogue de théorie du droit et de droit des contrats de l'Université Lille 2, aujourd'hui membre du Centre de Droits et Perspectives du droit. Ce projet s'est décliné sous la forme de séminaires de recherche de janvier à juin 2010. Il a été rendu possible grâce à l'appui et aux subventions de la Maison européenne des sciences de l'homme et de la société (MESHS), notamment Fabienne Blaise, directrice de la MESHS ainsi que Charlotte Espel par son aide précieuse de coordination. Nos remerciements s'adressent également à l'équipe René Demogue pour son soutien tant financier qu'intellectuel, particulièrement Sandrine Chassagnard-Pinet ; au CURAPP pour son concours scientifique, ainsi qu'à Bruno Amboise et à Marc Pichard. Enfin, ce projet et cette publication n'auraient évidemment pas vu le jour sans la collaboration des chercheurs et chercheuses qui nous ont offert de partager leurs réflexions sur les rapports entre le droit et le genre.

Bien qu'emprunté aux sciences sociales, le genre en tant que catégorie d'analyse trouve un écho certain dans la sphère juridique tant au plan national qu'international. Pour preuve, l'analyse féministe du droit est véritablement institutionnalisée sur le continent nord-américain au point que le caractère socialement construit des différences femmes/hommes à partir du biologique est autant acquis que discuté dans le monde universitaire et, ce depuis plusieurs décennies. S'est donc largement posée en Amérique du Nord la question du rôle et de la place du droit dans le processus de construction sociale des normes sexuées et des

* M. Naab est allocataire de recherche, Centre de droits et perspectives du droit, Équipe R. Demogue, Lille2. P.-Y. Verkindt est professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon Sorbonne.

Livre Jurisprudence n°2.indb 169 08/08/2011 12:02:50

inégalités entre les femmes et les hommes. Actuellement, la recherche juridique française s'engage progressivement dans cette voie. Il convient donc de s'interroger sur la nature et le degré de participation du droit dans la construction de la différenciation sociale entre les femmes et les hommes mais également dans la (re)production d'une matrice hétérosexuelle. Dans cette perspective, l'identification puis le renversement des mécanismes culturels et historiques ayant conduit à la « *socialisation du biologique et à la biologisation du social* »[1] sont nécessaires afin d'objectiver le rôle du droit dans la construction d'un paradigme naturaliste et naturalisant des rapports sociaux de sexe. Le concept de genre remet ainsi en cause l'objectivité de la norme juridique tout en questionnant son caractère *« neutre, abstrait et impersonnel »*[2]. Le droit a alors été analysé comme un outil d'oppression des femmes et de domination masculine pris dans un système patriarcal de régulation et donc de « normâlisation », pour enfin être mobilisé, notamment au sein de l'arène judiciaire à des fins de changements sociaux. Le concept de genre permet donc de repenser le droit sous toutes ses facettes et dans toutes ses branches.

Inscrit dans une démarche interdisciplinaire (mêlant à la fois juristes, sociologues, philosophes et politistes), ce projet s'est orienté autour de deux axes : le droit en tant qu'acteur dans le processus de (re)production de la norme sexuée (opposant les modèles de féminité/masculinité, maternité/paternité, reproduction/production, etc.), de l'hétéronormativité et de l'identité sexuelle ; puis, de la mobilisation et des usages de la norme juridique au sein de l'engagement militant et des nouveaux mouvements sociaux. Ces axes proposaient également d'appréhender les applications, les effets et les limites de l'égalité juridique ainsi que les moyens mis en œuvre pour lutter contre les discriminations de genre.

Ce cycle de séminaires s'est ouvert par la contribution du philosophe Didier Eribon sur une relecture de *La domination masculine* de Bourdieu intitulée « Magie sociale et violence symbolique : une domination masculine revisitée » discutée par Bruno Ambroise.

Après quelques propos introductifs sur la place des femmes dans le syndicalisme français, Geneviève Pignarre s'est interrogée sur l'efficacité de la négociation collective, « Le droit conjugué au féminin. Quelle place pour les femmes dans le droit conventionnel collectif du travail ? », sous le regard d'Éliane Soldani, Présidente d'un syndicat autonome et discuté par Jean-Gabriel Contamin.

Anne Revillard a analysé dans une perspective franco-québécoise avec le concours de Nathalie Le Bouteillec, comment les instruments juridiques du règlement des conséquences financières du divorce peuvent être interprétées comme une « Protection humiliante ou une source de droits ? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes. ».

Julie Mazaleigue a débattu avec Michel Hastings sur la thématique du viol des « Fonctions du droit et des procédures judiciaires dans la construction et la déconstruction des paradigmes de l'épistémologie du genre ».

Dans une approche franco-suisse, Karine Lempen questionnée par Laurent Drai nous a apporté un éclairage nouveau sur le « Harcèlement sexuel sur le lieu de travail en France et en Suisse : définitions controversées et devoirs des responsables d'entreprise ».

Enfin, Daniel Borrillo a abordé « Le sexe du sujet de droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi » en collaboration avec Nathalie Rubel et Marc Pichard.

Avec son accord, nous avons souhaité joindre à l'ensemble des communications écrites ici rassemblées un texte rédigé par Bruno Ambroise intitulé « La force du droit a-t-elle un sexe ? La contribution du droit à la domination masculine selon P. Bourdieu » dans la continuité du séminaire qui s'est tenu au CURAPP. Ce séminaire inaugural nous aura permis, grâce à la communication de Didier Eribon, d'entrer un peu plus dans la pensée de Pierre Bourdieu et dans l'analyse de « La Domination masculine ».

1 P. Bourdieu, *La domination masculine,* Seuil, Paris, 1999, p. 14.

2 D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité,* PUF, Paris, 2010, p. 10.

Livre Jurisprudence n°2.indb 170 08/08/2011 12:02:50

Chacun de ces séminaires a donné lieu à des échanges nourris, à des débats parfois passionnés et sans concessions, mais toujours dans le plus grand respect intellectuel. L'ensemble démontre à la fois la richesse de la thématique choisie et l'intérêt qu'il y a à confronter les disciplines sur un même objet. Il démontre encore la nécessité d'ouvrir des espaces propices au dialogue interdisciplinaire. Il établit enfin que la question du genre est de celles qui permettent un réexamen fructueux des postures adoptées par les différentes disciplines, qui les mettent en quelque sorte à l'épreuve et les obligent en définitive à se parfaire.

Livre Jurisprudence n°2.indb 171 08/08/2011 12:02:50

De la place des femmes au sein du syndicalisme français à une négociation collective à travers le prisme du genre

Malha NAAB*

« Tout en reconnaissant le droit au travail pour la femme, nous voudrions qu'elle ne fît rien en dehors de son foyer ».
Résolution du Congrès ouvrier de France, Paris, 2-10 octobre 1876. Question : le travail des femmes.[1]

Les femmes ont toujours travaillé et en général, pour un salaire. Or, la légitimité du droit au travail des femmes s'est longtemps heurtée à l'idéal dominant populaire de la ménagère confinée dans son foyer et gardienne de la structure familiale[2]. Pourtant dès le milieu du XIX[e] siècle, la revendication d'un droit au travail s'impose « *comme un droit naturel que les gouvernements doivent respecter* »[3]. L'industrialisation rend alors visible l'activité féminine en modifiant la répartition spatiale des tâches permettant ainsi aux femmes d'investir véritablement un espace salarial à prédominance masculine. Cette nouvelle configuration transforme les rapports sociaux de sexe dans et en dehors du foyer à tel point que « *partisans et adversaires du travail des femmes s'opposent au sein du syndicalisme* »[4].

Si la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 autorise la constitution de syndicats professionnels d'ouvriers et d'employés, celle-ci ne pose pas expressément la question de la syndicalisation des travailleuses. Une circulaire du Ministère de l'Intérieur envoyée aux préfets le 25 août 1884 précise néanmoins « *que les étrangers, les femmes, en un mot tous ceux qui sont aptes dans les termes de notre droit à former des conventions régulières, peuvent faire partie d'un syndicat* »[5]. Lorsqu'il est ici question des femmes, il faut

* M. Naab est allocataire de recherche, Centre de droits et perspectives du droit, Équipe R. Demogue, Lille2.

1 Cité par M. Maruani, *Les syndicats à l'épreuve du féminisme,* Syros, Paris, 1979, p. 159.

2 En 1860, Jules Simon déclarait que « *la femme devenue ouvrière, n'est plus une femme* ». Son travail menace l'équilibre familial, sa maternité et sa moralité provoquant la paupérisation de la classe ouvrière masculine dans une société en pleine prospérité. Voir J. Simon, *L'ouvrière,* Hachette, Paris, 1891.

3 Y. Ripa, *Les femmes, actrices de l'Histoire. France 1789-1945,* Armand Colin, Paris, 2007, p. 73.

4 M. Maruani, *Les syndicats à l'épreuve du féminisme, op. cit.,* p. 159.

5 H. Hirata, F. Laborie, H. Le Doaré, D. Senotier (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme,* PUF, Paris, 2000, p. 224.

Livre Jurisprudence n°2.indb 173 08/08/2011 12:02:51

bien entendu comprendre que seules sont concernées les célibataires, les veuves et non les épouses. Tandis qu'en 1886, la femme mariée peut s'affilier à une caisse de retraite sans l'autorisation de son époux, disposer librement de son salaire dès 1907, il faut attendre la loi du 12 mars 1920 relative à l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels pour que les femmes mariées exerçant une profession ou un métier puissent adhérer sans autorisation de leur mari à un syndicat, participer à son administration et sa direction.

On aurait tendance à penser comme le souligne Michelle Zancarini-Fournel que « *la relation du syndicalisme et des femmes peut apparaître aujourd'hui comme une « vieille histoire », au mieux comme un « malentendu »* »[6]. Si les femmes ont longtemps été "absentes" des grandes lignes de l'Histoire sociale, elles ont toutefois participé à travers l'essor du capitalisme industriel et de l'émergence d'une classe ouvrière au XIX^e^ siècle à écrire l'histoire du prolétariat. Tout en se penchant sur la question de la naissance du mouvement ouvrier français, les chercheurs et chercheuses en sciences sociales ont pu « *constater la présence des femmes dans la division sexuelle du travail, leur place dans le processus de prolétarisation, mais aussi la différence des hommes et des femmes et donc la spécificité de l'expérience féminine à la fois au travail et dans les luttes syndicales, sinon dans les syndicats, et dans tous les domaines où elles étaient auparavant invisibles* »[7].

La période qui s'étend du milieu du XIX^e^ siècle à la veille de la Première Guerre mondiale témoigne de l'accroissement de l'activité féminine, bien que différentielle, au sein du mouvement ouvrier et des grandes luttes revendicatives, écorchant de telle sorte l'image naturalisée et naturalisante de la femme faible, soumise et passive. Michelle Perrot, Marie-Hélène Zylberberg-Hocquard ou encore Madeleine Guilbert ont montré l'engagement militant des femmes grévistes dès la fin du XIX^e^ siècle[8]. L'annuaire des syndicats professionnels commerciaux et agricoles, publié depuis 1890 par le Ministère du Commerce donne quelques chiffres sur la proportion des femmes dans les syndicats tout en montrant leur évolution. Il faut toutefois rappeler que de la fin du XIX^e^ siècle jusqu'à 1914, « *les femmes forment toujours plus de 30 % de la population active (pratiquement 35 %), et que, avant 1914 la syndicalisation n'est pas massive chez les hommes* »[9]. Pour exemple en 1900, les femmes représentent 34,5 % de la population active. Durant cette même année, l'ensemble des syndiqués constitue 2,49 % des salariés dont 6,3 % sont des femmes adhérant soit à des syndicats mixtes ou à des groupements professionnels exclusivement féminins. Il semble entre 1900 et 1914 que le salariat féminin (35,8 %) a peu augmenté par rapport à la population active globale, variant toutefois d'une branche à l'autre, et dont 9,8 % est syndiqué. Bien qu'à la fin de cette période, les femmes forment « *plus du tiers des travailleurs, celles-ci ne représentent qu'1/10^e^ des syndiqués* »[10] en dépit de l'importante croissance des groupements féminins (de 31 syndicats de femmes en 1900 à 162 en 1911). Ces chiffres témoignent non seulement de l'augmentation progressive des femmes adhérant à un syndicat mais révèlent surtout que la travailleuse syndiquée fait figure d'exception.

La sexuation majoritairement masculine de l'action collective et le faible taux de syndicalisation des femmes[11] n'entravent pas leur participation aux mouvements sociaux qui sont loin d'être uniformes. Nous pouvons citer à titre

6 M. Zancarini-Fournel, « Une « Vieille histoire » ? », CLIO, n°3, 1996, p. 6.

7 L. L. Frader, « Femmes, genre et mouvement ouvrier en France aux XIX^e^ et XX^e^ siècles : bilan et perspectives de recherche », CLIO, *op. cit.,* p. 224-225.

8 M. Perrot, *Les ouvriers en grève. France 1871-1890,* Mouton, Paris, 1975 ; M.-H. Zylberberg-Hocquard, *Féminisme et syndicalisme en France,* Anthropos, Paris, 1978 ; M. Guilbert, *Les femmes et l'organisation syndicale avant 1914,* CNRS, Paris, 1966.

9 M.-H. Zylberberg-Hocquard, *Féminisme et syndicalisme en France, op. cit.,* p. 205.

10 *Ibid,* p. 206.

11 Le taux de syndicalisation des femmes est à cette période très important dans des secteurs tels que l'industrie du tabac, des allumettes, du textile et de l'enseignement.

Livre Jurisprudence n°2.indb 174 08/08/2011 12:02:51

d'exemple la mobilisation féminine dans les grandes grèves de 1893, de 1900, de 1902, de 1904, etc. qui ont marqué le monde syndical français mais également des mouvements de femmes tels que « *la grève des casseuses de sucre en 1892, des corsetières de Limoges en 1895 (108 jours), des cartonnières de la Guerche en 1901(130 jours), des sardinières de Douarnenez en 1905, des ouvrières en soie de Vizille en 1905 (115 jours), des fileuses des Cévennes en 1906, des fromagères de Roquefort en 1907, des confectionneuses de la maison Esders en 1911, des ouvrières de la sucrerie Lebaudy en 1913, etc.* »[12].

Si la participation des femmes aux grèves a été proportionnellement plus faible que celle des hommes, celles-ci n'en demeurent pas moins actrices de l'histoire du mouvement ouvrier. L'action revendicative qu'il s'agisse de mouvements organisés ou de grèves spontanées se passait souvent du soutien des syndicats[13]. Les femmes ainsi que les enfants ont pu être présents et, disons-le, parfois même instrumentalisés à des fins de stratégies militantes[14]. Quels sont alors les facteurs expliquant cette lente intégration des femmes aux groupements professionnels alors que celles-ci ont toujours été présentes tant dans l'espace salarial qu'au sein du théâtre militant ? Est-ce à dire que les femmes ne sont pas des salariées comme les autres et que le travail aurait un sexe[15]? L'utilisation du concept de genre dans le champ des mobilisations permet non seulement de comprendre les logiques patriarcales du mouvement ouvrier comme vecteur de (re)production de la division sexuelle du travail mais également de révéler la réalité de la condition féminine. En tant que catégorie d'analyse, le genre et non le sexe biologique apporte un éclairage sur l'oppression des femmes comme catégorie sociale, sur leurs possibilités d'accès aux différentes sphères de la vie publique ainsi que sur leurs trajectoires militantes au sein de mouvements sociaux structurés autour d'un modèle masculin de référence.

À partir de la seconde moitié du XIX[e] siècle, le développement du salariat féminin (essentiellement dans le secteur du tertiaire) suscite de vifs remous au sein de la classe ouvrière masculine et, ce malgré un phénomène parallèle de sexuation des métiers, directement lié à une socialisation différentielle des deux sexes. Influencés dès 1848 jusqu'à la fin de ce XIX[e] siècle par la conception proudhonienne de la femme « ménagère ou courtisane »[16], les ouvriers assimilaient majoritairement le travail féminin à une concurrence déloyale[17] susceptible de baisser autant le niveau des salaires que de créer du chômage tout en remettant en cause l'économie domestique. En effet, l'entrée en masse des femmes sur le marché du travail s'explique notamment par leurs bas salaires, très attractifs pour les employeurs (« *de 40 à 50 % inférieurs à ceux des hommes d'après les enquêtes menées par l'Office du Travail* » en 1900 et 1901)[18]. L'idéologie de Proudhon sur le travail des femmes qu'il juge contre-nature a permis de justifier les craintes partagées par de nombreux travailleurs et syndicalistes mais aussi de réaffirmer la domination masculine dans la sphère publique, particulièrement dans l'espace salarial et dans les luttes revendicatives. Pour nombre d'entre eux, la sphère publique est et doit rester l'apanage naturel des hommes et, la sphère privée celle des femmes justifiant ainsi leur exclusion de la citoyenneté sociale. Deux modèles socialement construits s'« affrontent » alors sur le terrain de l'action collective bousculant ainsi les normes sociales sexuées et notamment la « normâlisation » (re)produite par le système juridique[19]. Les

12 M. Guilbert, « Femmes et syndicats en France », Sociologie et sociétés, vol. 6, n° 1, 1974, p. 159.

13 L. L. Frader, « Femmes, genre et mouvement ouvrier en France aux XIX[e] et XX[e] siècles : bilan et perspectives de recherche », CLIO, *op. cit.,* p. 226.

14 Michelle Perrot a montré par exemple qu'à Commentry en 1881, les femmes de mineurs s'étaient couchées sur les voies ferrées des mines afin d'empêcher les employeurs de sortir des voitures.

15 M. Maruani, *Travail et emploi des femmes,* La Découverte, Paris, 2006, p. 45.

16 Voir P-J. Proudhon, *La pornocratie,* L'Herne, Paris, 2009.

17 Y. Ripa, *Les femmes, actrices de l'Histoire. France 1789-1945, op. cit.,* p. 71.

18 M. Guilbert, « Femmes et syndicats en France », Sociologie et sociétés, *op. cit.,* p. 158.

19 En 1938, la femme mariée dispose d'une capacité juridique restreinte, l'époux conserve le droit d'imposer le lieu de la résidence, l'autorité paternelle sur les enfants et surtout d'autoriser l'exercice d'une

Livre Jurisprudence n°2.indb 175 08/08/2011 12:02:51

réactions face à la montée de l'emploi féminin sont néanmoins « *diverses selon les secteurs, suivant l'idéologie dominante dans chacun d'eux, suivant l'importance que revêt la concurrence féminine : opposition au travail des femmes et à leur admission au syndicat dans la Fédération du livre, par exemple ; attitudes plus nuancées, tentatives souvent teintées de paternalisme pour les syndiqués dans d'autres secteurs comme l'habillement, l'alimentation* »[20]. Une fois le droit au travail des femmes toléré, ouvriers et syndicalistes semblent s'accorder sur une réglementation de leur durée de travail au nom de la préservation de la structure familiale mais aussi pour les éloigner en tant que concurrentes du marché de l'emploi, synonyme à leurs yeux de dépravation et d'altération des facultés physiques et mentales. Le travail féminin est donc perçu comme néfaste autant pour l'organisation ouvrière que syndicale car contraire aux intérêts de classe, mais aussi pour la femme dans sa vocation d'épouse et de mère.

L'affaire Couriau en 1913 instaure par ailleurs un nouveau débat au sein de la classe ouvrière sur la syndicalisation des femmes, repris ensuite par la CGT. Emma Couriau, typographe mariée à un typote, payée au tarif syndical s'est vue refuser l'adhésion au syndicat lyonnais du livre au motif que selon une décision prise en Assemblée générale en 1906 tout syndiqué sera radié dès lors qu'il laissera sa femme exercer ce métier[21]. Soutenue par son époux, Emma Couriau porte très vite l'affaire devant la Fédération féministe du Sud-Est (composée pour l'essentiel d'institutrices), engageant alors la discussion dans les revues syndicales et particulièrement dans la presse féminine. À la veille de la Première Guerre mondiale, cette affaire emblématique suscite chez les travailleuses une volonté d'émancipation qui se manifeste dans l'adhésion à un groupement professionnel.

Longtemps cantonnés et partagés sur la question relative à la légitimité du travail des femmes, les syndicats vont se trouver confrontés aux carences de leur organisation : les femmes sont des travailleuses subordonnées elles aussi à un patron et à ce titre, peuvent revendiquer des droits justifiant un engagement militant. Dès leur émergence, les groupements professionnels se sont peu ou prou attardés sur la question de la sous-syndicalisation des travailleuses, soumises en réalité à une « *domination bicéphale où l'homme et le patron se soutiennent* »[22]. Les femmes ont donc été victimes de leur sexe les rendant invisibles dans le monde social. Le poids des tâches domestiques, le modèle de l'épouse/mère dévouée, le sentiment de culpabilité des travailleuses à l'égard de leur famille, le manque de disponibilité, le salaire d'appoint, le coût d'une cotisation, l'illettrisme, la sous-qualification, le défaut de conscience de classe[23], le féminisme bourgeois et intellectuel du XIX^e^ siècle forment quelques clés de lecture expliquant la lente intégration des femmes aux groupements professionnels. Après l'affaire Couriau, l'attitude des syndicats par rapport à la condition des femmes va évoluer en même temps que l'affirmation d'une identité féminine. Tandis que les corps intermédiaires relayés par les féministes « déprivatisent »[24] les problèmes féminins au point de les intégrer dans leurs cahiers des charges ou dans leurs presses[25], les travailleuses vont prendre conscience à travers les conflits sociaux de leur

profession à sa femme. Ce n'est qu'en 1965 que l'épouse peut exercer une profession sans l'autorisation de son mari.

20 M. Guilbert, « Femmes et syndicats en France », Sociologie et sociétés, *op. cit.,* p. 158.

21 M.-H. Zylberberg-Hocquard, *Féminisme et syndicalisme en France, op. cit.,* p. 263.

22 M. Perrot, *Les ouvriers en grève. France 1871-1890,* Mouton, Paris, p. 319., cité par X. Dunezat, « Syndicalisme et domination masculine en France : parcours bibliographique féministe », Recherches féministes, vol. 19, n°1, 2006, p. 83.

23 Voir X. Dunezat, « Syndicalisme et domination masculine en France : parcours bibliographique féministe », *op. cit.,* p. 81-82.

24 M. Maruani, *Les syndicats à l'épreuve du féminisme, op. cit.,* p. 208.

25 Des syndicats comme la CGT ou encore la CFDT élargissent leur domaine d'action au thème de la domination masculine dans et en dehors de l'entreprise, de la surexploitation des femmes par le capitalisme et encourage à la syndicalisation des salariées tout en leur ouvrant un espace d'expression. La CGT par exemple, crée dès 1952 un journal destiné aux femmes « La revue de la travailleuse » remplacé par « Antoinette » en 1955.

Livre Jurisprudence n°2.indb 176 08/08/2011 12:02:51

surexploitation et de leur oppression en tant que femme[26]. Cette phase de conscientisation pousse les femmes à transgresser leur sexe tout en réclamant une reconnaissance sociale dans un climat syndical plus favorable. Malgré les évolutions dans l'intégration de l'égalité dans le syndicalisme français (le mouvement des LIP dans les années 70 en est exemplaire), les femmes semblent restées prisonnières de leur genre. Si les salariées sont plus présentes sur le marché de l'emploi et dans le champ syndical, bien que freinées dans leur ascension par la permanence d'un plafond de verre, les inégalités persistent en dépit des évolutions tant sur le plan social que du droit. Le législateur a, au cours de ces dernières années sous l'impulsion de la Commission européenne grossi son arsenal juridique de lutte contre les discriminations en introduisant le concept de *gender mainstreaming*[27] notamment au sein de la négociation collective afin de supprimer les inégalités entre les sexes en favorisant le thème de l'égalité et de l'accession des femmes dans les instances confédérales de direction. Une négociation collective sous le prisme du genre serait-elle un remède efficace contre les inégalités entre les femmes et les hommes ou un nouveau « pansement sur une jambe de bois » ?

26 *Ibid,* p. 21.

27 R. Silvera, « Vers une approche intégrée et transversale de l'égalité dans le syndicalisme ? L'exemple de six pays européens », Recherches Féministes, vol. 19, n°1, 2006, p. 47-67.

Livre Jurisprudence n°2.indb 177 08/08/2011 12:02:51

Le droit conjugué au féminin

Quelle place pour les femmes dans le droit conventionnel collectif de travail ?[1]

Geneviève PIGNARRE*

«Née du fait, la discrimination vient au droit pour l'attraire vers les faits […]. La non-discrimination de droit a croisé les différences légitimes, alors que la non-discrimination de fait a fondé un droit de discriminer».[2]

1. Remarque préliminaire. *Les développements qui vont suivre ne constituent pas le fruit d'une étude rationnelle et exhaustive de terrain. La réflexion – qui est celle d'une juriste – a été menée, outre les références à des données statistiques générales, en contemplation de quelques « échantillons tests » de conventions collectives empruntés à différents secteurs, l'un où les femmes sont en écrasante majorité (employées de maison, services à domicile), l'un dans des métiers à très forte prédominance de travailleurs masculins (Bâtiment et travaux publics) ; enfin une convention collective « neutre » empruntée à un secteur où sont recrutés à parts égales des femmes et des hommes et choisie en raison de considérations scientifiques spécifiques*[3]*, celles des administrateurs et mandataires liquidateurs judiciaires.*

1 X. Bioy, *L'ambiguïté du concept de non-discrimination*, *in* F. Sudre et H. Surrel (dir.), Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant/Nemesis, 2008, 474 p., coll. Droit et justice n° 81, p. 51 à 86. Sur la juridicisation de la réalité, v. F. Viaud, *La relation contractuelle de fait*, Thèse, Chambéry, 2010. L'auteur montre que, dans le champ du contrat, il est possible de donner corps (*i.e.* traduire juridiquement) à la réalité matérielle qu'il conceptualise en déclinant diverses illustrations et en forgeant les éléments d'un régime.

* Professeure à l'Université de Savoie.

2 L'étude reproduite ci-après s'inscrit dans une série de séminaires pluridisciplinaires sur le genre. Elle a donné lieu à une conférence-débat prononcée en février 2010 au Centre René Demogue de Lille II. Le texte que l'on va lire et que l'on s'est efforcé de mettre à jour dans la mesure du possible, tant la question est au cœur d'une actualité brûlante et évolutive, conserve pour l'essentiel la forme orale dans laquelle il a été dispensé.

3 L'occasion nous a été donnée de suivre la négociation de cette convention collective. V. sur ce point, la partie rédigée par nos soins, dans l'ouvrage d'*Ethnologie juridique, Autour de trois exercices*, Dalloz 2007, p. 343 s., rédigé en concours avec G. Nicolau et R. Lafargue.

Livre Jurisprudence n°2.indb 179 08/08/2011 12:02:51

2. Propos introductifs. La place de femmes au sein des accords et conventions collectives de travail est un sujet au fait de l'actualité[4] particulièrement intéressant et ce, à bien des égards[5]. **Il s'agit en premier lieu d'une question qui mobilise un arsenal juridique imposant en droit interne,** lequel ne cesse de s'enrichir. Pour s'en tenir à la dernière décennie, on note une réelle effervescence législative. Ainsi ont été votées les lois du 9 mai 2001[6], du 16 novembre 2001[7], du 23 mars 2006[8], du 27 mai 2008[9] qui ont joué un rôle substantiel en cette matière.

Au point d'orgue de cette évolution, dès le début de l'année début 2010[10], la question de l'égalité professionnelle a été l'objet de débats importants. À la suite du rapport (accablant) préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle remis au ministre du travail en juillet 2009 par Madame Brigitte Grésy[11], le Ministre du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville d'alors, Monsieur, Xavier DARCOS, annonçait, le 6 novembre 2009, devant la Commission nationale de la négociation collective, son intention de procéder à une refonte du dispositif légal en vigueur en matière d'égalité de traitement entre les deux sexes, destinée à opérer une véritable « révolution culturelle »[12]. Cette négociation devait s'achever avant la fin du

4 Comp. du point de vue historique, X. Martin, *Mythologie du Code civil*, Aux soubassements de la France moderne, éd. Dominique Martin Morin, v; spéc., p. 270, n° 3: Du grand mérite de ne pas être du sexe faible; G. Raoul-Cormeil, *La question du genre dans le Code civil*, RRJ 2009/1, p. 183s.

5 Dans une littérature plus qu'abondante, v. Ph. Auvergnon, *Les logiques du droit social confrontées aux évolutions des rapports de genre*, *in* genre et droit social, publication de l'université de Bordeaux 2006. L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait et A. Revillard, *Introduction aux Gender Studies*, Manuel des études sur le genre, éd. De Boeck, Ouvertures politiques, 2008, v. en particulier le chapitre 4, p. 109s., consacré à « Genre et travail ».

6 Loi n° 2001-397, dite « loi Génisson », du nom de son auteure, sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cette loi actualise et renforce la loi de 1983 en prévoyant notamment une obligation annuelle de négocier de négocier sur les objectifs dans le domaine de l'égalité professionnelle dans l'entreprise ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre. Cette loi a également introduit le principe d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les instances de représentation et dans les conseils de prud'hommes.

7 Loi n° 2001-1066, relative à la lutte contre les discriminations. (V. aussi et dès avant, la loi du 9 mai 2001 qui a introduit le principe d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les instances de représentation et dans les conseils de prud'hommes).

8 Loi n° 2006-340, posant une véritable injonction législative aux partenaires sociaux qui avaient jusqu'au 31 décembre 2010 pour définir et programmer les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes.

9 Loi n° 2008-496 **portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations**, votée à la suite de deux mises en demeure et un avis donné à la France par la Commission européenne en raison d'une transposition incomplète des directives y relatives.

10 Pour une présentation détaillée de ce processus, on lira *in* RDT 2009, l'étude de M Véricel, *Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : les propositions du Rapport Gresy*, p. 594s.

11 Rapport consultable sur le site internet http: www/travail-solidarité.gouv.fr/actualité-presse/breves/remise-du-rapport-egalite-professionnelle-entre-femmes-hommes.html.

12 Le dialogue engagé par Monsieur Darcos avec les partenaires sociaux a débuté par la remise d'un document d'orientation les invitant à négocier sur un certain nombre de sujets. À partir du 30 novembre une période de concertation s'est ouverte qui a abouti le 22 décembre à l'envoi d'un courrier du ministre aux partenaires sociaux les conviant à négocier jusqu'à fin avril sur le temps partiel […], sur la négociation collective sur l'égalité professionnelle, enfin, sur la place des femmes dans les instances représentatives du personnel; un projet de loi, reprenant l'ensemble des questions évoquées dans le document d'orientation devait être proposé au second semestre. Pour le ministre si les dispositions de la loi du 23 mars 2006 sont mal appliquées, c'est en grande partie, parce qu'elles sont dépourvues de sanctions spécifiques, marquant par là même les limites des systèmes purement incitatifs. Afin d'améliorer les règles existantes, il est nécessaire de mettre en place des dispositifs appropriés. Convaincre, certes, mais aussi contraindre, donc. De nouvelles pistes pourraient ainsi être explorées. L'une d'entre elles pourrait trouver sa force dans la pression de l'opinion publique, aujourd'hui alertée et informée. Le système ainsi rendu transparent, il deviendrait possible de sanctionner les atteintes y relatives sur demandes individuelles des particuliers. Une autre méthode consisterait à laisser aux négociateurs dans l'entreprise la liberté de progresser à leur guise, cette liberté étant assortie d'incitations et de sanctions à diverses étapes précisément définies grâce à un système de *bonus-malus*. La mise en œuvre de ces incitations et sanctions se ferait en fonction d'indicateurs pertinents de mesure des écarts de rémunération et de carrière. Les

Livre Jurisprudence n°2.indb 180 08/08/2011 12:02:51

premier semestre 2010, afin de nourrir, selon un procédé devenu désormais classique en droit du travail, un projet de loi, déposé dans le courant de l'année 2010[13].

En dernier ressort[14], c'est dans la loi portant réforme des retraites du 9 novembre 2010 que l'on trouve un titre VI, contenant des « mesures relatives à l'égalité professionnelles entre les femmes et les hommes »[15].

- Au cours des dix dernières années, ont été également **créés de multiples organismes**: Conseil supérieur de l'égalité, professionnelle, Laboratoire de l'égalité, la Halde (Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité) qui joue un rôle capital[16]; ces instances sont relayées par de nombreuses associations directement en lien avec la vie professionnelle ainsi que par des réseaux de femmes très mobilisées distillant une opinion vigilante. Le 2 déc. 2008, a été signée la charte pour la promotion de l'égalité… Autant d'ingrédients favorables à la concertation et à la négociation.
- **Dans le débat sur l'égalité, le droit communautaire joue, lui aussi, un rôle essentiel**[17], ne serait-ce que par l'intégration en droit interne d'idéologies, de logiques et raisonnements qui lui sont propres[18], comme on aura l'occasion de le vérifier à de multiples reprises.
- **Le droit international conventionnel** quant à lui, n'est pas en reste, tant, il développe, lui aussi, des techniques inédites. On songe en particulier à l'importante déclaration du 19 juin 1998, relative aux principes et droits fondamentaux au travail. La conférence internationale du travail déclare que l'ensemble des membres même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'organisation, de respecter, promouvoir, et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux sur l'objet des dites conventions, à savoir: … (a) …la reconnaissance effective du droit de négociation collective.

(d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ».

Cette déclaration, adoptée par la Conférence Internationale du Travail, affirme que huit conventions internationales, les plus importantes, sont juridiquement impératives pour tous les États membres de l'OIT, même s'ils

syndicats ouvriers, ainsi invités à se mettre à la table de négociation avec les organisations patronales, se sont montrés sceptiques sur l'intérêt d'une telle négociation. La CGT et FO, notamment, considèrent que la véritable solution des problèmes exposés par le ministre réside dans l'édiction de sanctions financières frappant les entreprises n'ayant pas respecté leurs obligations, ce qui relève uniquement de la responsabilité de l'État.

13 Dans une déclaration de presse de fin octobre 2009, le Ministre du travail avait précisé que, quels que soient les résultats des négociations entre partenaires sociaux, il entendait que le nouveau dispositif – conventionnel et/législatif – en matière d'égalité femmes – hommes soit opérationnel dès le 31 décembre 2010.

14 On aura garde d'omettre le vote de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la **représentation équilibrée** des femmes et des hommes au sein des **conseils d'administration** et de surveillance.

15 Loi n° 2010-1330. Il s'agit en particulier de favoriser l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (article 99 de la loi), « les inégalités dans l'emploi et le travail, notamment en matière de rémunération ayant de fortes incidences ensuite en matière de retraite, en particulier en ce qui concerne les niveaux de pension versée ». Sur ces dispositions, v. M. Miné, *Discrimination de rémunération entre les femmes et les hommes, une loi ambiguïté*, RDT 2011, p. 121s.

16 La Halde a été créée par la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004. V. *infra* n° 34. La Cour de cassation récemment, a défini son rôle dans le procès prud'homal (Cass. soc., 2 juin 2010: RDT 2010, p. 457, obs. E. Serverin et T. Grumbach): « ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public ».

17 L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, visée à l'article 141 du Traité communautaire, est aujourd'hui soutenue par de très nombreuses directives, qui une fois transposées, sont de nature à modifier durablement le droit des États membres. Ainsi l'apport communautaire contre la discrimination sexuelle, surtout utilisé en France contre la discrimination syndicale, commence à être davantage mobilisé au bénéfice de femmes salariées qui obtiennent la reconnaissance de la valeur de leur travail obtenant réparation intégrale du préjudice causé par la différence de traitement par le biais de reclassifications et de rappel de salaire notamment.

18 Et ce même si les juges sont encore trop peu saisis et peu enclins à se référer au droit communautaire.

Livre Jurisprudence n°2.indb 181 08/08/2011 12:02:52

n'ont pas ratifié ces conventions (cas unique de conventions internationales de niveau mondial, déclarées obligatoires, en l'absence de ratification). Argument de droit intégré dans la déclaration : en adhérant à l'OIT, les États ont adopté ses valeurs fondatrices et ce sont ces valeurs qui sont explicitées dans les conventions fondamentales visées. Dès lors, l'adhésion au Traité fondateur de l'OIT vaut adhésion à ces conventions[19].

3. Une question qui met en valeur le projet scientifique d'interdisciplinarité[20] : les échanges interdisciplinaires en matière d'égalité professionnelle sont particulièrement féconds. Droit et sociologie, mais aussi démographie, anthropologie, philosophie, sciences politiques[21] se conjuguent aux mêmes temps, mais sur des modes différents. Plus que d'une rencontre, c'est d'une intrication qu'il s'agit ; la matière même des rapports sociaux le commande. Les uns ne peuvent aller sans les autres. La correspondance entre droit et fait en matière d'égalité professionnelle en atteste. Le projet du droit suppose pour sa mise en œuvre son explicitation par des champs disciplinaires qui lui sont formellement extérieurs. Une véritable tension dialectique amène à une confusion de plus en plus grande entre le juridique et ce qui est autre que lui-même.

4. Une question particulièrement pertinente dans le contexte actuel (supposé) de dialogue social : en France, la part de la négociation entre les acteurs est devenue de plus en plus importante, jusqu'à devenir la matière même des énoncés juridiques comme en rendent comptent les lois de 1983, du 9 mai 2001 et du 23 mars 2006 : la question de l'égalité hommes–femmes est intégrée dans la négociation collective**.**

D'abord dans la négociation annuelle obligatoire instaurée au niveau de l'entreprise, cause essentielle du dialogue social et du développement de la négociation au plus proche des salariés et de leurs représentants. C'est de loin, la plus importante. Elle a lieu tous les ans sur les salaires et la durée effective, organisation du temps de travail, mais ce qui mérite d'être relevé en contemplation de l'étude qui nous est confiée, c'est que la négociation doit intervenir sur la question de l'égalité entre hommes et femmes[22]. Un trait révélateur, est que, concomitamment, la négociation doit aussi intervenir sur tout ce qui concerne les personnes handicapées[23], un peu à l'image des graves discriminations qui existent à l'encontre des femmes et des handicapés et qui témoigne d'un système de différenciation qui a ses vertus mais aussi ses vices[24].

Quant à la négociation de branche, elle doit avoir lieu également tous les ans quand elle porte, notamment, sur les moyens de réduire les inégalités entre hommes et femmes[25]. Elle doit aussi permettre « un examen de la situation de l'emploi dans la branche »[26].

Soulignons encore que les conventions susceptibles d'extension[27], doivent, pour être valides, se doter d'un contenu très complet. Une liste impérative de mentions prévue à l'article L 2261-22 du Code du travail, précise notamment que ces conventions doivent contenir : « […], 9° : une clause « relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la suppression des écarts de rémunération et les mesures tendant à remédier aux inégalités constatées » ; 10° : une clause « relative à l'égalité de traitement entre sala-

19 Sur toutes ces questions, v. E. Dockès, Droit du travail, Dalloz Hypercours, 3e éd., 2010, p. 51s.

20 J.-P. Chazal, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux,* Études de droit de la consommation, *Liber amicorum* Jean calais-Auloy, Dalloz 1994, p. 279s. qui substitue la métaphore végétale (réseau de tiges ou de canaux hétérogènes aux multiples connexions produisant un système a-centré et non hiérarchique), substituée à celle de l'arbre organisée autour d'un centre pivot, pour dire comment le droit est à la fois « un et multiple, structuré et enchevêtré ».

21 V. sur ce point la contribution de J.-G. Contamin reproduite ci-après.

22 Art. L 2242-5 et 2242-7 C. trav. Si l'employeur a déjà conclu une convention sur ce thème, il peut ne l'aborder que tous les trois ans.

23 V. à ce sujet l'art. L 2242-13 C. trav.

24 V. *infra* n° 19s.

25 Article L 2241-9s C. trav.

26 Article L 2241-2 C. trav.

27 La règle s'impose aussi pour les conventions d'un autre niveau territorial, si aucune convention nationale n'a été conclue dans la branche considérée. V. article L 2261-23 C. trav.

Livre Jurisprudence n°2.indb 182 08/08/2011 12:02:52

riés et la prévention des discriminations », signe que le code du travail distingue entre l'égalité arithmétique et l'égalité de traitement. Perce ainsi l'i**dée que la convention collective peut être porteuse d'égalité** ; impression d'autant plus importante que 90 % des salariés bénéficient en France d'une convention collective Un tableau plus précis donne, hélas, un échantillon moins optimiste[28].

5. Il s'agit également d'une question où s'expriment fragilités et difficultés, jalonnée par les indéterminations, les retours en arrière, les conflits et les contestations dans la mise en œuvre de l'égalité ; c'est la difficulté propre à la réalisation des principes de justice[29] ; du fait de son caractère irréductible, la différence des sexes est à même de rappeler sans cesse cette exigence d'égalité et sa fragilité[30], lesquelles, au demeurant, expliquent la fragilité de l'égalité en général dans la société. On se trouve donc en présence d'un sujet (immensément) vaste, aux implications multiples « qui a un objet curieux […] trop théorique ? militant (trop) ? sexuel (trop) ? »[31]…, et qui se décline à travers plusieurs univers de référence mais ne trouve pas vraiment sa *niche juridique*. Les index des manuels de droit ne renvoient jamais au mot femme ; on ne trouve tout au plus qu'une référence à la femme mariée commerçante, envisagée sous l'angle historique de l'autorisation qu'elle devait demander à son mari pour pouvoir exercer un commerce séparé…

6. Comment donc se dit le féminin dans le droit conventionnel collectif? Ou pour le dire autrement : Peut-on considérer à travers l'étude des conventions et accords collectifs de travail que le sexe détermine (ou non) de manière primordiale les chances dans la vie professionnelle ? Ainsi avons-nous compris l'intitulé de cette intervention consacrée à la place des femmes dans les conventions et accords collectifs de travail. D'abord en prenant la mesure de la situation. Ce constat peut être fait en livrant quelques *éléments chiffrés* (I). À partir de ces « documents comp-

28 Selon B. Grésy, *Égalité professionnelle, la norme et l'image*, Dr. Social 2010, p. 136 ; V. aussi J. Laufer, *Entre égalité et inégalités : Les droits des femmes dans la sphère professionnelle*, Année sociologique1/ 2003, n° 53, p. 143s. On négocie surtout dans les grandes entreprises (en 1991, moins de 5 % des accords ont été signés dans les entreprises de 50 salariés ; plus d'un tiers dans les entreprises de plus de 500 salariés) ; or les femmes sont employées surtout dans les petites et moyennes entreprises, voire dans les très petites entreprises (nombre de salariés inférieur à 10). Par le jeu de l'extension de la convention collective, de telles disparités pourront, le cas échéant, être diminuées. Il résulte en outre du Rapport éponyme une faible application des dispositions légales relatives à la négociation sur l'égalité hommes – femmes, tant au niveau des branches, qu'à celui des entreprises (et cela n'est pas récent). Ainsi, « sur l'ensemble des 1082 accords de branches signés en 2008, seulement 5 % d'entre eux abordent le thème de l'égalité professionnelle et 69 branches, soit 43 %, n'ont pas toujours entamé des processus de négociation. Quant aux accords d'entreprise, seulement 7,5 % des entreprises ayant déclaré un délégué syndical et donc habilitées à négocier, ont signé un accord sur l'égalité, en 2008. Le contenu qualitatif des accords reste très superficiel et de l'ordre des rappels des principes sauf dans quelques grandes entreprises. Même discrétion dans les contrôles réalisés par l'administration du travail et les sanctions applicables : aucun refus d'extension d'un accord qui n'aurait pas intégré l'égalité depuis la loi de mars 2006, mais seulement des réserves à l'extension. Sur les 1000 contrôles programmés dans la campagne de contrôle de l'inspection du travail de mars 2008 à mai 2009, 415 seulement ont été effectués, alors que (pour comparer) la campagne de contrôle du risque cancérigène lié à la poussière de bois a fait l'objet en trois mois, de plus de 3 000 visites… ».

29 C Perelman, *Justice et Raison*, Bruxelles, 1972. Article author query. lafrance g [Google Scholar].

La justice consiste à : « traiter des cas semblables de manière semblable ». Or que sont des cas semblables ? Pour Chaïm Perelman, il existe six manières différentes et conflictuelles de définir des cas semblables : à chacun la même chose, à chacun selon ses mérites ; à chacun selon ses œuvres ; à chacun selon ses besoins ; à chacun selon son rang, à chacun selon ce que la loi lui attribue.

30 J. Laufer, *Entre égalité et inégalités : les droits des femmes dans la sphère professionnelle*, Année sociologique1/ 2003, n° 53, p. 170. Adde Revue Droit et sociétés 2006/1, n° 62 consacré à : Droit et politique face aux inégalités de genre.

31 G. Fraisse, *Du consentement,* éd., Le Seuil, 2007, p. 8-10. V. en particulier la généalogie de la pensée de l'égalité des sexes ainsi que la reconstruction de la pensée des sexes dans l'histoire philosophique. Plus spéc., la Préface : « J'avais fait l'expérience de la 'publicité' de cet objet curieux, le féminisme, le droit des femmes, l'égalité des sexes. C'est parce que le mouvement de libération des femmes était en pointillé dans le printemps révolutionnaire de 68, qu'il prit, dans les années suivantes, comme une traînée de poudre. […]. Rien de nouveau si l'on songe aux révolutions précédentes, 1789, 1848. Le féminisme accompagnait l'irruption du peuple et y trouvait en même temps un point de départ. C'était bien plus que pilule et avortement, c'était politique et conquête d'un espace public ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 183 08/08/2011 12:02:52

tables », une prise de conscience peut s'effectuer ; il devient possible de donner du sens aux chiffres. En arrière-plan, des causes peuvent être identifiées, des comportements, pratiques et processus, sont susceptibles d'être *mis à nu* (II). Se livrer à cette tâche, permettra de donner quelques clefs, afin de réaliser les changements nécessaires (*i.e.* pour que par le truchement du droit conventionnel collectif advienne l'égalité concrète entre les femmes et les hommes) qui couvent sous les braises (III).

I. Diagnostic

7. Des chiffres qui parlent… et qui attestent des « avancées paradoxales sur le marché du travail quant aux différences de traitement entre les hommes et les femmes »[32]. Du Rapport élaboré par Madame Brigitte Grésy, il résulte que les avancées de l'activité féminine sont incontestables : 83 % des femmes françaises âgées de 25 à 49 ans travaillent[33], et on ne peut que constater cette forte vitalité des femmes françaises, lesquelles conjuguent toujours un fort taux d'activité et le taux de fécondité le plus élevé de l'Union Européenne. Pourtant il faut relativiser ces progrès reconnus à plusieurs égards : et constater que l'entrée massive des femmes sur le marché du travail n'a pas été jusqu'ici (mais les choses peuvent changer) suffisamment accompagnée par une prise de conscience des politiques publiques comme d'entreprise à la mesure de cette mutation[34].

Aussi poursuit le Rapport, si on l'évalue en équivalent temps plein, l'activité féminine ne progresse plus depuis 1990. L'accès des femmes sur le marché du travail se fait essentiellement sur le mode du temps partiel[35].

Certes, les femmes demandent davantage que les hommes à travailler à temps partiel, mais le sexisme de certains employeurs les conduit à imposer aux femmes plutôt qu'aux hommes d'avoir recours à cette forme d'accès à l'emploi en raison du soupçon qui pèse sur leur disponibilité professionnelle. La part respective de ces deux causes est évidemment impossible à chiffrer[36], mais gardons présent à l'esprit que le travail à temps partiel possède ici une valeur symbole, on en reparlera à plusieurs moments.

De même face au système de formation initiale, 70 % des filles sont titulaires du baccalauréat (contre 54 % des garçons). Mais cette avancée se heurte à l'absence de diversification des filières et explique plus tard la concentration des femmes dans dix catégories professionnelles, souvent les moins valorisées en terme de rémunérations et de débouchés[37]. Les six professions les plus féminisées sont les mêmes qu'en 1962[38] !

L'auteure constate e**nsuite la « bipolarisation croissante entre les femmes qualifiées et les femmes non qualifiées** qui, pour certaines s'enfoncent dans la précarité »[39] ; elle relève encore : « **un taux de chômage des femmes** est plus élevé que celui des hommes » et aborde enfin le sujet de la « **parentalité qui demeure irrémédiablement ban-**

32 B. Grésy, Étude précitée, *op. et loc. cit.*

33 Selon les chiffres donnés par l'INSEE en 2008.

34 D. Méda, *Le Temps des femmes. Pour un nouveau partage des rôles*, Flammarion, 2001,p. 167 ; rééd. Champs-Flammarion, 2002 puis Champs Actuel, 2008.

35 Selon une étude de l'INSEE, Enquêtes emploi, 82,1 % des salariés à temps partiel sont des femmes.

36 E. Dockès, *Droit du travail*, Hypercours, 3e éd., 2010, p. 251.

37 Métiers de l'entretien, des services à la personne, du secrétariat, de la fonction publique, du commerce, professeurs des écoles et professions intermédiaires de la santé.

38 J. Laufer, *Entre égalité et inégalités…* précitée, p. 143s.

39 « 41 % des cadres administratifs et commerciaux des entreprises sont des femmes et les organisations de travail restent des lieux de reconnaissance méritocratique. Mais les femmes sont surreprésentées dans les emplois non qualifiés (60 %° et 30 % d'entre elle occupent des emplois sans qualification reconnue : elles sont rémunérées deux fois plus souvent au SMIC que les hommes ; elles constituent les 2/3 des salariés à bas salaire et 83 % des salariés à temps partiel, avec un salaire net inférieur à 800 € par mois pour la moitié d'entre eux.
Dès lors les écarts de rémunération restent très élevés : 27 % d'écart pour la rémunération brute totale moyenne des femmes par rapport aux hommes et un écart de 16 % si l'on se réfère au salaire horaire brut total, c'est-à-dire en éliminant l'effet du temps partiel. Écarts plus grands encore en matière de retraite puisque la pension de droits propres était égale à 42 % de celle des hommes en 2004 pour les femmes de 85 ans et plus » Grésy, Étude précitée, *op. et loc. cit.* et J. Laufer, Étude précitée *op. et loc. cit.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 184 08/08/2011 12:02:52

cale »[40]**.** Ce point juste évoqué et qui supposerait une étude à lui tout seul est fondamental par les liens qu'il entretient avec la vie de travail alors pourtant que la liberté pour les femmes d'exister en dehors de la subordination domestique est toujours à l'ordre du jour[41].

Ces constats suggèrent la référence à des grilles de lecture, susceptibles de mettre à nu un certain nombre de modes opératoires en matière d'égalité professionnelle.

II. Des modes opératoires mis à nu

8. Les mots (de l'égalité professionnelle) et les maux (des femmes). Des outils sont nécessaires (A) aux modes de raisonnement pratiqués (B) ; sachant que chaque conception de l'égalité conditionne des stratégies d'action différentes qui ne peuvent faire abstraction des stéréotypes et mentalités interférant sur l'état de choses. (C).

A. Les outils de l'égalité professionnelle

9. De l'idée d'égalité à sa mise en situation. Il importe déjà de savoir ce que l'on met sous les mots, car ils conditionnent une vision déterminée des choses. L'idée d'égalité se décline à travers différents vocables qu'il convient de définir. Après en avoir brossé rapidement les différentes formes (1), on fera application de ces définitions en se focalisant sur l'exemple « test » que constitue l'égalité ou l'inégalité c'est selon, en matière de rémunérations (2).

1) Déclinaisons de l'égalité[42]

10. Définitions : un concept juridique, celui d'égalité, conjugué avec un concept non juridique, celui de diversité. Les mots qui permettent de dire l'égalité professionnelle se déclinent différemment : égalité d'un côté (a) diversité de l'autre (b). La concurrence actuelle entre ces deux labels est un exemple de leur indépendance mutuelle. Franchissant un degré dans l'analyse, l'idée d'interdépendance, mieux de fongibilité entre ces notions – devenues interchangeables – peut être avancée ; ne porte-t-elle pas en elle les germes d'une véritable mixité, susceptible d'intégrer sans les inverser les valeurs de l'égalité ?

a. Égalité des droits, égalité de traitement, égalité des chances

11. Égalité des droits : l'égalité abstraite, gage d'une neutralité juridique formelle. Il s'agit d'une égalité mimétique qui constitue « l'égale visibilité, autonomie, responsabilité, et participation de deux sexes à/dans toutes les sphères de la vie publique et privée »[43]. Le maître mot est ici celui de neutralité, aboutissement de l'évolution historique relative à l'émancipation juridique de la femme (mariée). À l'inégalité affirmée dans le Code civil a succédé l'égalité proclamée en tous points. Il s'agit d'une neutralité langagière. Le droit veut ici construire l'égalité par le choix des mots, par l'harmonisation physiologique. L'égalité juridique est ici travaillée dans l'identité terminologique *ratio verbi* :

40 B. Grésy, Étude précitée, *op. et loc. cit*. Près de 6 % des hommes mais 40 % des femmes voient leur situation professionnelle profondément modifiée à l'arrivée d'un enfant. Le plus décourageant est que rien en semble bouger. Selon une enquête de l'INED de novembre 2009 : 80 % des tâches domestiques sont toujours assumées par les femmes et l'arrivée d'un enfant renforce les inégalités au sein du couple. Il existe une conscientisation des femmes sur les inégalités traduite par leur insatisfaction face à cette situation de non-partage des tâches domestiques : 50 % des mères de trois enfants et plus disent supporter difficilement cette inégalité de prise en charge. Quant au travail parental, il repose aux 2/3 sur la mère et reste également une affaire de femmes. Pourquoi tant de femmes dans des professions où elles peuvent jouer sur le temps ? Juges, médecins enseignantes ? (les organisations collectives de travail n'ont pas pris la mesure de la parentalité dans sa dimension temporelle) ; femmes sont assignées à la double journée par défaillance des hommes. Se transforme en lutte permanente pour un réglage de conciliation des temps de vie.

41 J. Laufer et J. Genson, *The Gendering of Inequalities : Women, Men and Work* J. Jenson, *J. Laufer*, **…** *in* L'avenir des professions à prédominance féminine, OCDE, Paris, 1998.

42 R. Sénac-Slawinski, *L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français*, Droit et société 2006/1, n° n°62.

43 Selon une définition donnée par le Conseil de l'Europe dans sa Recommandation n° résolution (1998) 14, du Comité des Ministres aux États Membres relative à l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes et consultable en document PDF, sur le site du Conseil de l'Europe.

Livre Jurisprudence n°2.indb 185 08/08/2011 12:02:52

époux, parent, enfant, supplantent mari ou femme, père ou mère (malgré l'ancestral article 371 du Code civil) ; perce, s'impose avec le temps, l'idée d'un transfert de légitimité.

En lien avec le droit du travail, quelques dates marquantes, -1907[44], 1920[45], 1938-1942[46], 1944[47], 1946- formalisent les principaux jalons de cette évolution[48].

On connaît par ailleurs l'évolution relative à l'exercice par la femme mariée d'un commerce séparé. Le droit est ici passé de l'interdiction, à l'autorisation, puis à la faculté pour le mari de s'opposer, expressément d'abord, son silence valant, ensuite, accord tacite, jusqu'à ce que soit reconnue à la femme une liberté et indépendance totales[49].

Premier visé et directement en phase avec la problématique de l'égalité des droits, est le principe de l'égalité de rémunération contenu dans la loi de 1972[50] et que l'on retrouvera à travers la règle « À travail égal, salaire égal ». mais le bilan législatif montra de manière exemplaire l'inadéquation de l'affirmation d'un principe égalitaire voué à l'inefficacité face à une réalité économique et sociale inégalitaire.

Le salaire n'étant que l'expression d'inégalités construites à partir des modalités d'insertion des femmes sur le marché du travail et dans l'organisation, ces modalités étant caractérisées par la ségrégation des emplois et la dévalorisation des emplois féminins par comparaison aux emplois masculins[51]. D'où l'édiction d'un certain nombre de sanctions[52]

Avec la grande loi Roudy du 13 juillet **1983,** un pas décisif est franchi. Hormis les cas prévus sur une liste où le sexe est une condition déterminante du recrutement, est proclamée l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ; est amélioré le dispositif en définissant ce qu'est un travail égal[53], avec un corollaire logique en droit des conventions collectives : « Est nulle toute disposition d'une convention ou accord collectif qui, contrairement aux dispositions légales comporte pour un ou des salariés de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle des salariés de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égal. La rémunération plus élevée dont bénéficiaient ces derniers salariés est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité »[54].La charge de la preuve en matière d'inégalité de rémunérations pèse désormais sur l'employeur.

12. Égalité de traitement : d**u constat des inégalités à la reconnaissance des discriminations**[55]**.** IL y a discrimination chaque fois que l'exercice d'un droit ou d'une liberté est compromis. Le législateur, adoptant une vision différente, ambitionne de passer de la réalité formelle à la réalité concrète. La discrimination n'est pas pensable sans ses manifestations. Il s'agit de prendre conscience du décalage constaté entre droit et fait dans l'espoir de corriger les pratiques qui sont à la source des inégalités et d'aligner les faits sur le droit en rétablissant la neutralité de l'organisation face aux pratiques sexuées et discriminatoires. Il est ainsi tenu compte de tous les processus concrets, informels, psychologiques, sociologiques… qui déterminent l'insertion des femmes sur le marché du travail et dans l'entre-

44 En 1907, Les femmes ont le droit de disposer de leur salaire et en 1909, de leurs biens.

45 La femme mariée exerçant une activité professionnelle peut adhérer à un syndicat.

46 La femme mariée devient civilement capable.

47 Les femmes obtiennent le droit de vote.

48 La Constitution proclame le principe selon lequel « la loi garantit à *la femme* dans tous les domaines des droits égaux à ceux *des hommes* ».

49 Article 4 du Code de commerce.

50 Directive européenne n° 79/117du 10 février 1975.

51 J. Laufer, *Égalité professionnelle, principes et pratiques*, Dr. social 1984, p. 736s.

52 Ainsi une loi de 1975 avait-elle interdit à l'employeur de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme relativement à l'embauche, une éventuelle mutation, et de façon générale prohibait-elle toute prise en considération du sexe …, sauf motif légitime, mais fort heureusement aboli par la loi du 13 juillet 1983. L'égalité » se teinte déjà un peu d'absence de discriminations.

53 Articles L 3221-2 et 4 C. trav.

54 Article L 3221-7 C. trav. Des sanctions pénales sont également prévues.

55 C. Coste, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, Cités 1/2002, n° 9, p. 91 à110 ; N. Ferré, *La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme*, Sociétés contemporaines 2004/1, no 53.

Livre Jurisprudence n°2.indb 186 08/08/2011 12:02:52

prise, telles, l'absence ou la moindre formation, la qualification, la promotion au travail, lesquelles pénètrent la matière juridique ; ce qui **suppose de se départir d'un discours invoquant la « neutralité » des pratiques qui organisent l'emploi, le travail, les carrières ;** car comme le révèle l'analyse sociologique, ces pratiques sont très largement sexuées. À diplôme égal, les femmes et les hommes ne font pas les mêmes carrières[56]. La notion de **discrimination,** – le mot est prononcé –, intervient. Le concept d'égalité prend de l'épaisseur. Ce passage s'est fait essentiellement sous l'influence du droit communautaire. En effet, l'égalité de traitement formulée par la directive de 1976 et celles qui l'ont suivie est sous-jacente à la loi Roudy de 1983. « Le traitement égal, c'est la réalisation concrète de l'égalité »[57]. Depuis lors, des progrès considérables ont eu lieu. Ainsi pour s'en tenir au dispositif le plus récent, la loi de 2008 (transposant la directive communautaire de 2006), définit la discrimination comme « le fait pour une personne d'être traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans en situation comparable ».Dans la ligne de cette politique, apparaît la notion de discrimination indirecte, élaborée au fil des différents arrêts de la CJCE[58], (aujourd'hui CJUE) aujourd'hui intégrée dans le code du travail à l'article L 1132-1.

13. Qu'est-ce qu'une discrimination indirecte[59] ? La discrimination indirecte est celle qui est « susceptible d'entraîner un désavantage particulier » ; un quantum précis n'est plus exigé ; il suffit qu'elle produise des « effets (discriminatoires simplement) potentiels ». Un exemple pris en matière de rémunération en simplifiera la compréhension[60]. Voici un fabricant de vêtements qui rémunère mieux l'activité de découpe des tissus que l'activité qui consiste à coudre ces tissus (par tradition ou par habitude) mais si l'essentiel des salariés affecté à la première activité sont des hommes et à la seconde sont des femmes, le résultat est qu'on paye plus en moyenne les hommes que les femmes. Il se peut qu'il n'y ait aucun sexisme là-dedans et que le peu d'hommes employés à la couture soient payés sur la même base que les femmes et *vice versa*. Mais peu importe, il y a discrimination indirecte : la rémunération n'est pas directement fixée selon le sexe, mais le système de rémunération conduit à une sous-rémunération des femmes.

Ainsi, une discrimination indirecte existe donc lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, critère ou pratique ne soit approprié et nécessaire et puisse être justifié par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés[61]. La Haute juridiction fait application de cette définition[62].

14. Encore plus récemment a été créée la notion de **discrimination par association.** La discrimination envers une personne est constituée en raison des liens qui

56 J. Laufer, C. Marry et M. Maruani, *Masculin-féminin : question pour les sciences de l'homme*, « Travail, carrières et organisation », PUF 2001, p. 57-79 ; J. Laufer, *Les cadres au regard du genre. Introduction*, *in* P. Bouffartigue (dir), Cadres : la grande rupture, Éd., La Découverte, 2001.

57 C. Sutter, 1982 : Les principes directeurs à mettre en œuvre pour promouvoir l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, citée par J. Laufer, *Année Sociologique,* 2003 précité, p. 150.

58 La CJCE applique cette notion pour la première fois en 1974, puis en 1981 en matière d'égalité professionnelle hommes-femmes. Par la suite, la Cour de Justice s'est tenue à cette évolution. V. en particulier, CJCE 13 mai 1986 (Bilka/WebervonHartz, 170/84, Rec. p. 1607Arrêt du 13 mai 1986, (Bilka / Weber von Hartz 170/84, Rec.p.01607, tête d'une longue liste d'arrêts. Après une évolution tardive de la Cour de cassation et dans le sillage de la loi du 16 novembre 2001, la loi du 27 mai 2008 a pris en compte la notion de discrimination indirecte.

59 B. Frotiée, *Les plans d'action positive en entreprise France et Espagne : deux modes d'intégration d'une recommandation communautaire (enquête)*, Terrains et travaux 2005/1, n° 8.

60 Exemple emprunté à E. Dockès, *Droit du travail* précité, p. 155. V. aussi, p. 252s., et les illustrations répertoriées.

61 M.-Th. Lanquetin, *Égalité, diversité et… discriminations multiples*, Travail, genre et sociétés 2004/2, n° 12.

62 V. ainsi par exemple, Cass. soc. 30 avril 2009, Bull. civ., V, n° 118, RJS 07/09, p. 533, Rapport H. Gosselin ; Cass. soc. 10 nov. 2009 : Bull. civ., V, n° 245, 246, 252 ; RJS 01/10, n° 43. L'auteur de la discrimination indirecte doit prouver non seulement que la différence est dépourvue d'intention discriminante, mais qu'elle est objectivement justifiée, appropriée et nécessaire.

Livre Jurisprudence n°2.indb 187 08/08/2011 12:02:52

l'unissent à une autre personne. Cette nouvelle forme de discrimination, admise par le droit communautaire[63], a-t-elle été réceptionnée en droit interne ? Selon la Halde, les textes internes ne l'admettent pas. Suivant ses recommandations néanmoins[64], le Conseil de Prud'hommes de Caen, le 25 novembre 2008, a annulé le licenciement d'une salariée concubine d'un délégué syndical, et condamné l'employeur à lui verser 15 000 € de dommages et intérêts, consacrant pour la première fois une discrimination par association, ce qui témoigne d'une nouvelle avancée du droit français sous l'impulsion de cette importante Autorité administrative indépendante.

15. Égalité des chances. Cette notion s'appuie sur le constat de l'échec des deux précédentes. Sociologie, histoire […] vont entrer en ligne de compte pour formaliser l'image d'une réalité sociale engendrant des inégalités spécifiques aux femmes, car une telle réalité place les hommes et les femmes dans une situation fondamentalement inégale et différente[65]. Les outils utilisés vont être des **actions positives**[66], comparables à des mécanismes de rattrapage compensatoires, fondées sur l'idée qu'il n'est pas possible d'appliquer des mesures identiques à des personnes placées dans des situations inégales, faute de quoi il en résulterait une permanence des inégalités. Le mot nouveau sera celui de **parité ; des quotas seront instaurés**.

Cette problématique est largement relayée par le droit communautaire ainsi que par la jurisprudence de la CJCE pour qui, « entre égalité de traitement et des chances (il n'existe) pas de hiérarchie, mais une complémentarité »[67].

63 Directive 200/78, CJCE 17 juillet 2008, RDT 2009, p. 41, obs. M. Schmitt. Selon cette thématique, le principe d'égalité de traitement s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminées, mais en fonction des motifs visés à l'article 1er de la directive. Dès lors la discrimination peut être établie dès lors qu'un motif interdit fonde la décision de l'employeur. Il est ainsi fait application d'une analyse téléologique et de la théorie de l'effet utile. V., également CJCE 17 juillet 2008 affaire C-303/06 qui consacre la notion de discrimination par association.

64 V. ainsi sa Délibération du 26 mars 2007 recommandant de modifier l'article L 1132-1 C. trav.

65 J. Laufer, Étude précitée, Année Sociologique 2003, p. 154.

66 G. Calvès, *Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités*, Pouvoirs, éd. Le Seuil, 2004/4, p. 29à 40 ; A. Levade, *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, Pouvoirs, éd. Le Seuil, 2004/4, n° 111, p. 55 à 71.

67 V. ainsi, CJCE 17 octobre 1995, Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen, (affaire C-450/93. L'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, n'autorise pas un État membre qui, en application de cette disposition, a fixé l'âge de la retraite des femmes à 60 ans et celui des hommes à 65 ans, à prévoir également que les femmes bénéficient d'une exonération des frais médicaux dès l'âge de 60 ans et les hommes uniquement à partir de l'âge de 65 ans. En effet, cette discrimination en matière de frais médicaux n'est pas nécessairement et objectivement liée à la différence quant à l'âge de la retraite. D'une part, en effet, du point de vue de l'équilibre financier, elle n'est pas nécessaire au niveau du régime des pensions, compte tenu, notamment, de ce que l'octroi de prestations relevant de régimes non contributifs à des personnes victimes de certains risques, sans considération du droit de ces personnes à une pension de vieillesse en vertu de périodes de cotisations accomplies, n'exerce pas une influence directe sur l'équilibre financier des régimes contributifs de pension, et n'apparaît pas l'être davantage au niveau du système de sécurité sociale dans son ensemble. D'autre part, du point de vue de la cohérence entre le régime des pensions et les autres régimes, elle ne s'impose pas car, s'il est vrai que l'accroissement des dépenses de santé lié à l'âge peut justifier qu'à partir d'un certain âge soit accordée une exonération des frais médicaux, rien n'impose que cet avantage soit accordé à l'âge légal de la retraite, fixé différemment selon le sexe, qui n'est pas forcément celui où cesse effectivement l'activité professionnelle et où les revenus diminuent en conséquence ; M.-Th. Lanquetin, *De l'égalité des chances*, À propos de l'arrêt Kalanke, Droit social 1996, p. 494. ; CJCE 11 novembre 1997, Helmut Marschall c/ Land de Rhénanie du Nord – Westphalie Marshall, (affaire C-409/95, Rec. p. I-6363. Dans cette affaire qui se déroulait en Allemagne, un homme candidat à un poste de responsabilité avait été évincé au profit d'une femme sur la base d'une disposition législative particulière au terme de laquelle « si dans le secteur de l'autorité compétente de la promotion, les femmes sont en nombre inférieur aux hommes au niveau de poste concerné de la carrière, les femmes sont à promouvoir par priorité à égalité d'aptitude, de compétence et de prestation professionnelle… » La CJCE a posé pour principe que la directive européenne ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige dans de telles conditions à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de postes considérés) ; CJCE. 28 mars 2000, E. A. Badeck C-158/97, Rec., p. I-1875. Une indemnité pour horaires décalés versée à des sages-femmes, qui varie selon les mois en fonction de la période de la journée durant laquelle les tranches horaires

Livre Jurisprudence n°2.indb 188 08/08/2011 12:02:53

Ces actions positives devraient assurer aux femmes une préférence effective dans les recrutements et les promotions. L'égalité est rétablie en faisant appel à des mesures contraignantes de politique publique. Est appliqué un traitement inégal pour qu'au bout du compte l'égalité soit atteinte. Selon une auteure[68], il n'y a pas, en ce cas, de référence essentialiste sur la définition juridique de la femme. Il convient d'utiliser provisoirement la force du droit pour reconstruire une égalité concrète, terme à partir duquel l'abstraction du sujet de droit pourra reprendre le relais. Et de citer, pour exemple, les pourcentages de femmes qui doivent être respectés dans la constitution d'une liste électorale ou dans la composition de tel organisme. Le but ne consiste pas à **imposer une situation juste en soi, mais juste dans l'avenir ;** loi ne fixe pas le futur mais ce qu'il devra être substantiellement par l'inflexion progressivement donnée aux organisations et acteurs sociaux. Pareille conception revient à ranger les femmes dans une catégorie, alors que, différence essentielle, elles n'en constituent pas une, mais sont la moitié de l'humanité. Ceci explique-t-il cela ? Le droit français a ici longtemps gardé ses distances, tardant à réaliser pareille ouverture. Il n'est que de songer en matière politique[69], à la timide modification introduite dans l'article 3 de la Constitution se contentant de déclarer, la « …*favorise* (souligné par nous) l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats et fonctions ».

Quant aux élections professionnelles dans l'entreprise, doit être remarquée la décision du Conseil Constitutionnel du 16 mars 2006 ayant invalidé la disposition légale qui ordonnait aux listes de candidature établies pour les élections professionnelles de respecter la proportion d'hommes et de femmes dans l'entreprise[70].

b. Diversité : comparaison n'est pas raison

17. Confrontation des logiques assimilationniste et différentialiste[71]. La notion de diversité entretient des relations complexes avec l'égalité des chances[72]. Elle repose sur l'inclusion des différences et vise la performance. « Le paradoxe de la notion de diversité, c'est qu'elle peut d'un côté, être considérée comme le nom du chemin qui conduit, à partir des différences existantes entre les catégories discriminées, vers la mise en œuvre de l'égalité tandis que de l'autre, elle trace aussi un chemin vers la reconnaissance des différences et peut aussi en venir à donner une place centrale à une logique identitaire »[73]. En France, un certain nombre de grandes entreprises imprégnées de culture anglo-saxonne ont ainsi défini des politiques de gestion de la diversité qui se sont traduites par un ensemble d'actions visant à développer le potentiel de leur personnel féminin,

ont été effectuées et qui rend, de ce fait, difficile une comparaison entre, d'une part, l'ensemble du salaire et du supplément d'une sage-femme et, d'autre part, le salaire de base du groupe des ingénieurs de clinique, ne doit pas être prise en considération dans le calcul du salaire servant de base aux fins de la comparaison des rémunérations, au sens de l'article 119 du traité (les articles 117 à 120 du traité ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) et de la directive 75/117, accordées aux deux groupes en cause. Au cas où une différence de rémunération entre les deux groupes comparés est constatée et où les données statistiques disponibles indiquent l'existence d'une proportion bien plus importante de femmes que d'hommes dans le groupe défavorisé, l'article 119 du traité impose à l'employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ; K. Berthou, *La CJCE et l'égalité de traitement*, Dr. social, 2001, p. 901 à 908.

68 M.-A. Frison-Roche, *L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes*, en collaboration avec R. Sève, *in* Le droit au féminin, L'Année sociologique, vol.54, 2004, n°1, p. 78.

69 V. loi n° 2000-493 du 6 juin 2000.

70 Décision n° 2006-533 DC 16 mars 2006, consultable sur le site du Conseil Constitutionnel.

71 C Achin et D Méda, *Mixité professionnelle et performance des entreprises, le levier de l'égalité*, Document d'études DARES, 2005.

72 Tel le développement des carrières des femmes-cadres, la favorisation de l'émergence de réseaux féminins, d'actions de mentorat, de coaching, ou de mesures facilitant une organisation plus flexible du temps de travail. À noter également, cela a son importance, l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006 relatif à la diversité dans l'entreprise.

73 J. Laufer, *L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ?,* Travail, genre et société, avril 2009, n° 21, p. 47.

Livre Jurisprudence n°2.indb 189 08/08/2011 12:02:53

et en particulier des femmes diplômées cadres, afin d'en faire une ressource stratégique pour l'entreprise[74].

2) Illustration jurisprudentielle

18. Construction de l'égalité de rémunérations. Nous nous sommes focalisés sur ce point compte tenu du contentieux nourri et toujours actuel auquel celle-ci a donné lieu. De divers textes[75], la jurisprudence a tiré l'existence d'un principe d'égalité de traitement entre les salariés d'une même entreprise, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique. Apparu dans le fameux arrêt Ponsolle rendu par la chambre sociale de la ca le 29 octobre 1996[76] qui se contentait d'affirmer la force juridique de l'adage « À Travail Égal Salaire Égal », le champ d'application du principe s'est ensuite développé devant la Cour de Cassation et le Conseil d'État ; puis s'est élargi pour devenir un principe général d'égalité de traitement valable pour tout avantage accordé par l'employeur[77]. On est en présence d'un foisonnement de décisions, spécialement en 2009 et 2010 qui permettent à la Cour de cassation de parachever sa construction, d'en affiner les contours en matière d'égalité des rémunérations, notamment en matière de conventions et accords collectifs de travail. Ainsi jugé que la clause d'une convention collective ne suffit pas pour justifier une différence de traitement. En effet, comme elle l'a d'abord fait à l'égard du pouvoir de direction de l'employeur et après quelques hésitations[78], la Cour de cassation a décidé d'imposer aux parties signataires d'une convention collective, un même contrôle de rationalité. Ainsi pour que la clause ne soit pas productrice d'inégalités, il faut démontrer que ses dispositions se justifient par les particularités de la catégorie de salariés visés, par exemple et que ces particularités reposent sur des motifs objectifs et pertinents. Ce n'est qu'en respectant cette double condition, que la différenciation pourra être justifiée.

On se rend ainsi compte que ces décisions s'inscrivent dans un mouvement jurisprudentiel plus ample qui interdit l'arbitraire et exige non seulement du pouvoir patronal qu'il justifie ses actes, mais que les signataires d'une convention collective en fassent tout autant.

Ceci étant, comment situer cette jurisprudence dans le droit de l'égalité professionnelle ?

19. La mise en perspective des concepts (proclamés) d'interdiction des discriminations et d'égalité de traitement, avec la réalité (matérielle) que l'on cherche à atteindre, fait apparaître un tableau contrasté. Le Code du travail en un sens sépare ces notions, il consacre par ailleurs tout un chapitre spécifique aux discriminations[79]… Et de l'autre ne les distingue pas[80]. Les auteurs, respectueux des concepts les séparent, eux aussi[81] ; la jurisprudence en droit interne, s'efforce à une certaine rigueur, qu'elle délaisse parfois ; le droit communautaire

74 Selon le Rapport de la Halde pour 2009, plus de 160 grandes entreprises ont signé un engagement contre les discriminations ou en faveur de la diversité ; un grand nombre d'entre elles ont engagé une action concrète : à savoir la négociation d'un accord d'entreprise, la mise en place d'audit process RH, l'inclusion de clauses de non-discrimination dans le choix des prestataires appelés à réaliser ces actions. Le constat est cependant plus mitigé à l'égard des petites et moyennes entreprises.

75 Non par hasard, l'article L 2261-22, 10°, C. trav., relatif au droit des conventions collectives et précisant les clauses qu'elles doivent contenir pour être étendues.

76 Cass. soc., 29 oct. 1996 : Bull. civ., V, n° 359.V. A. Lyon-Caen : À travail égal, salaire égal, Une règle en quête de sens, RDT 2006, p. 16.

77 Cass. soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-43035 ; 18 décembre 2007, Dr. social 2008, p. 246, obs. C. Radé.

78 Cass. soc., 3 mai 2006 : Bull. civ., V, n° 160 ; ; 3 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.586 ; 4 févr. 2009 ; 1er juillet 2009, 07-400. 87. *Adde* E. Dockès Droit du travail précité, p.150.

79 V. ainsi la liste importante d'actes retracés par l'article L 1132-1 qui sont susceptibles de tomber sous le coup des discriminations prohibées, « …procédure de recrutement, accès à un stage, période de formation, reclassement, rémunération qualification, classification professionnelle, mutation … »).

80 V. dans le chapitre 3 du Code du travail (inclus dans le Titre III consacré aux Discriminations, lui-même intégré dans le livre premier relatif aux Dispositions préliminaires), il est question des « Différences de traitement » autorisées à la lumière des discriminations (exemple article L 1133-2 : « les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination… »).

81 V. A. Jeammaud, *Du principe de l'égalité de traitement*, Dr. Social 2004, p. 694s.

Livre Jurisprudence n°2.indb 190 08/08/2011 12:02:53

comme celui issu de la convention européenne des droits de l'homme, quant à eux, voient dans l'interdiction des discriminations la conséquence d'une exigence plus générale d'égalité de traitement, et opèrent en conséquence, la fusion des notions.

Il existe, il est vrai, un incontestable rapprochement dans les régimes respectifs d'administration de la preuve de la discrimination ou de l'inégalité. Dans les deux cas, s'il appartient au salarié de produire des éléments qui révèlent une différence de traitement apparente, il incombe à l'employeur de justifier que cette différence repose en réalité sur des raisons objectives et matériellement vérifiables, concrètes et pertinentes. Du fait du déplacement de la charge de la preuve, c'est le résultat en lui-même qui est prohibé et non pas seulement la cause ou le motif de différenciation.

20. Pour autant, l'égalité de traitement ne se confond pas avec la prohibition des discriminations illicites, même si parfois les parties au litige, sous le regard bienveillant du juge, entretiennent (volontairement ?) la confusion entre les notions.

En premier lieu, l'égalité de traitement doit être distinguée de la prohibition des discriminations qui visent un attribut de la personne ou l'exercice d'un droit fondamental.

Ensuite, comme l'a exposé la Cour de cassation dans un rapport annuel récent[82], les sources d'inspiration ne sont pas les mêmes, la prohibition des discriminations, renforcée par des sanctions pénales, est liée à une certaine conception de l'homme en tant que personne et obéit à une exigence morale, tandis que l'égalité de traitement constitue une valeur sociale qui repose sur la recherche d'un équilibre et part d'une comparaison des situations individuelles ou collectives. Par ailleurs, les conséquences qui s'attachent à des situations d'inégalité ne sont pas aussi fortes que celles qu'entraînent des discriminations illicites, spécialement sanctionnées par la nullité et parfois assorties de sanctions pénales, tandis que les atteintes à l'égalité salariale débouchent sur un licenciement dénué de cause réelle et sérieuse.

82 Rapport annuel 2003, publié à la Documentation française.

Enfin, et hors du domaine des discriminations proprement dites, la chambre sociale fait application d'un principe plus général d'égalité de traitement imposant de traiter de la même manière, dans le rapport de travail, les personnes qui se trouvent dans la même situation ou dans une situation similaire. Ce principe, énoncé en tant que tel dans le visa de certains arrêts, est dérivé de la règle *« À travail égal, salaire égal »*, qui en constitue une manifestation particulière en matière salariale. Il s'agit au fond de garantir une certaine rationalité des comportements et d'assurer ainsi une protection contre l'arbitraire, dans le cadre du travail, en exigeant que toute différence dans la façon de traiter des salariés dont la situation est comparable soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes. Ainsi de manière pédagogique un arrêt de Cass. soc. 1er juillet 2009 rappelle que l'établissement d'une différence de traitement en matière de rémunération ne saurait se confondre avec la preuve d'une discrimination en raison des origines. L'absence d'une telle preuve ne saurait toutefois empêcher le salarié de se prévaloir de la règle « À travail égal, salaire égal »[83].

21. Conclusion provisoire. Parvenu à ce seuil de l'analyse, il est possible de constater que :

- Le droit de la négociation collective prend en compte l'égalité de droits comme l'égalité de traitement. Au nom de celle-ci est exigé par exemple que les critères de classification soient les mêmes pour les hommes que pour les femmes ; il n'est plus possible d'invoquer l'effort musculaire ou la pénibilité du travail pour justifier une différence de rémunération[84] ; en revanche, elle ne prend pas en compte ou si peu, l'égalité des chances. En témoigne l'absence de dispositions relatives aux discriminations positives, tels des emplois réservés, des faveurs faîtes aux femmes[85].

83 Cass. soc., 1er juillet 2009 : Bull. civ., V, n° 168.

84 aM.-Th. Lanquetin, *Chronique juridique des inégalités de salaires entre les femmes et les hommes*, travail, genre et sociétés 2°°6/1, n° 15, p. 69 à 82.

85 M.-A. Frison-Roche, *L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes op.et loc. cit.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 191 08/08/2011 12:02:53

- L'égalité n'est pas soluble dans la diversité. Les deux notions peuvent (doivent) cohabiter, l'une comme l'autre faisant appel à des modes spécifiques de raisonnement.

B. Modes de raisonnement utilisés ou/et utilisables

22. Égalité, différence, des notions non symétriques. Les modes de raisonnement sont très importants car ils déterminent la façon de savoir c**omment dire le féminin,** sachant que le contraire de l'égalité est l'inégalité, tandis que le contraire de la différence est l'identité[86].

23. La première possibilité consiste à s'approprier des outils propres au monde masculin d'expression afin de consacrer avec force un principe d'égalité stricte entre les sexes. Le raisonnement consiste à dupliquer les règles établies pour les personnes de sexe masculin afin de les appliquer à celles de sexe féminin et réciproquement, l'objectif consistant par un jeu de miroirs ***« de elles vers eux » » et « de eux vers elles »,*** à s'appuyer sur un égalitarisme rigoureux des sexes.

Historiquement, la déclaration des droits de la femme forgée par Olympe de Gouges[87] élaborée en 1792 sur le modèle de la proclamation des droits de l'homme de 1789[88], et plus récemment, la « bataille » relative à l'interdiction du travail de nuit des femmes avec à la clé la disparition de cette prohibition[89], constituent des illustrations topiques de ce « mouvement aller » du balancier. À l'inverse, la bilatéralisation de la plupart des congés parentaux, ouverts désormais indistinctement aux hommes et aux femmes rend compte du mouvement « retour » du balancier[90]. Stratégiquement, c'est la confusion, la neutralité obtenue par emprunt au mode spécifiquement masculin.

Mouvement double et symétrique, en ce que, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de faire référence au modèle masculin, dominant, en le généralisant. Est ici revendiquée une logique assimilationniste mettant en scène un monde du travail « sexuellement neutre ».

Mais cette approche, qui constitue déjà un progrès notable, considère-t-elle l'entreprise comme un lieu d'autonomie des femmes ? Donne-t-elle suffisamment droit de cité au rapport de coexistence vitale et identitaire entre soi et l'autre ? En réponse à ces questions, certains proposent de se tourner vers la société américaine, témoin de discriminations plus fortes et plus apparentes que celles que nous vivons en France[91], pour repenser l'égalité ainsi que le droit à l'égalité[92]. C'est alors un changement de registre conceptuel qui intervient, conduisant à forger des outils différents.

86 Comp. F. Thébaud, *Histoire des femmes en occident* (dir. G. Duby et M. Perrot), T V, Le XX^e siècle (dir. F. Thébaud), éd., Plon coll. Tempus, 1992, p. 7s, considérant que le débat entre égalité et différence constitue une opposition spécieuse.

87 V. plus généralement, N. Pellegrin, *Écrits féministes de Christine de Pizan à Simone de Beauvoir*, Flammarion, Champs classiques, 2010, p. 75s. On y trouvera, notamment, La déclaration des droits de la femme et de la citoyenne, p. 81s.

88 Initiative qui ne lui sera pas pardonnée au demeurant, et qui par certains côtés – en ce qu'elle marque à sa façon l'irréductible différence entre les sexes – part d'une égalité naturelle entre les femmes et les hommes. L'égalité des droits ainsi postulée justifie donc une intervention normative auprès des femmes comme celle intervenue dans la Déclaration de 1789 qui consacre moins l'humain que le masculin. Rappr. Victor Hugo affirmant : « le XVIII^e avait proclamé le droit de l'homme et que le XIX^e proclamerait le droit de la femme ; mais il faut l'avouer, citoyens, nous ne nous sommes point hâtés ». Le XXI^e siècle n'y aura pas suffi !

89 On se reportera à la « saga » consécutive à la jurisprudence communautaire à propos de l'arrêt STOECKEL (CJCE, 25 juillet 1991, arrêt C-345/89, STOECKEL, Rec., I.4062 à 4068, du 9 février 1991. La CJCE s'est t prononcée sur la légalité de la norme française au regard de la directive du 9 février 1976 qui prévoyait l'égalité de traitement entre les deux sexes pour l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et les conditions de travail.

90 V. par exemple, Paris 5 juin 2008, 18^e chbre B, Dr. social 2008, p. 1274, obs. J. Ph. Lhernoud : La majoration de la durée d'assurance d'un trimestre, pour toute année pendant laquelle les femmes ont élevé un enfant sans aller jusqu'à plus de 8 trimestres par enfant, prévue par la loi de 2003, profite aux hommes.

91 À moins qu'elles n'y soient moins fortement dénoncées ou que *le droit* (dogmatique) ne nous empêche de les voir, comme lorsqu'il décrète l'égalité par exemple.

92 Voir dans cette perspective, l'ouvrage de M. Waltzer, *Les sphères de justice*. *Adde* G. Nicolau, R. Lafargue et G. Pignarre, *Ethnologie juridique* précité.

Livre Jurisprudence n°2.indb 192 08/08/2011 12:02:53

24. La seconde possibilité consiste à faire appel aux idées d'égalité de traitement, d'égalité des chances et de diversité. Ces notions sont proches, surtout en ce qui concerne la diversité, d'une approche de l'égalité dite « managériale ». Cette pensée de l'égalité se refuse à nier les différences, et conçoit les rapports de genre en termes de complémentarité. La politique adoptée se fonde non seulement sur la différence des sexes mais opère une différenciation. Des droits particuliers seront accordés aux femmes[93].

25. Cette différenciation peut s'opérer en restant dans la logique de l'égalité de traitement. La démarcation, (et non la scission), se traduira par le recours aux actions positives. Historiquement, cette manière de procéder est rattachée à l'idée de protéger la femme (être faible) ou de tenir compte des irréductibilités naturelles (songeons ainsi aux dispositions sur la protection de la femme enceinte et de la mère au travail). Elle se conçoit bien, en un sens, mais n'est pas sans risques ; la prise en compte des spécificités n'est point exempte de *vices,* même si elle possède d'incontestables *vertus.* En agissant de la sorte, ne risque-on pas, en effet, de tomber dans l'écueil de la protection, pire de la marginalité ? Au titre des politiques relatives à la diversité dans les entreprises, le danger existe de voir les femmes traitées comme une minorité, parfois stigmatisée et parfois même évincée. Ne vaut-il pas mieux éviter d'en faire une catégorie de personne vulnérables[94], comme les jeunes, les handicapés, les seniors, les pauvres (les femmes sont au demeurant majoritaires parmi les pauvres). En outre, ces actions ne concerneraient qu'un groupe de femmes situé par rapport à un métier ou appartenant à une organisation spécifique, mais ne s'adresseraient pas aux mécanismes structurels qui perpétuent la ségrégation et l'inégalité homme-femme.

Le traitement différentiel des sexes conduit en effet à la « séparation-ségrégation » entre métiers masculins et féminins[95] du fait des trajectoires professionnelles différentes pour les hommes[96] et pour les femmes[97]. Il s'inscrit dans un contexte où l'enjeu des luttes sociales se cristallise sur l'intensité du travail ; on dénote, corrélativement, une emprise moindre des syndicats sur la main-d'œuvre féminine – et donc sur la négociation –, ce qui rend d'autant plus attractive pour les employeurs cette approche de l'égalité[98]. Mais en toute hypothèse, des corrections sont aussi envisageables : il suffit que ces mesures de rattrapage soient temporaires et entourées de garanties. Il ne faut pas, en outre, le diaboliser trop vite si l'on songe qu'il existe des *quasi quotas* en faveur des hommes mais qui ne disent pas leurs noms, relativement par exemple à la composition des conseils d'administration dans les sociétés du fait de la politique de cooptation, voire en raison de la connivence masculine existante[99].

93 V. Le droit au féminin Année Sociologique 2004 et les différentes contributions y relatives.

94 Sur la vulnérabilité, v. le rapport de la Cour de cassation 2009 : les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, avant-propos X. Lagarde.

95 J. Laufer et R. Silveira, *L'égalité des femmes et des hommes en entreprise, de nouvelles avancées dans la négociation ?* Revue de l'OFCE, n° 97, avril 2006, p. 245s.

96 Dotés de force physique, leur seront attribuées par exemple la surveillance de machines impliquant une qualification supérieure et plus généralement des tâches complexes, à haute responsabilité. Ayant de surcroît une formation préalable, leurs perspectives de promotion seront supérieures à celles des femmes.

97 Chez qui seront recherchés dextérité, minutie, dévouement. Par la moindre valorisation de ces aptitudes « naturelles », elles auront des aspirations moindres, et au bout du compte une rémunération moindre. Fréquente chez les ouvrières et les employées, cette situation se rencontre également chez les femmes-cadres.

98 P. Bouchez, « 1876-1880 : L'émergence de la fonction personnelle », *Revue française de gestion*, septembre-octobre 1992, p. 47-58.

99 Les femmes restent ainsi « coincées » dans un pourcentage inférieur à 10 % si l'on prend les 500 premières entreprises françaises et près de la moitié d'entre elles n'ont aucune femme dans leur conseil d'administration. On pourrait, dans une moindre mesure, faire la même remarque pour l'accession des femmes aux postes décisionnels dans les syndicats et en tant que négociatrices d'accords collectifs.

Livre Jurisprudence n°2.indb 193 08/08/2011 12:02:53

Par ailleurs ce système a aussi ses vertus. Il a, au demeurant, fait ses preuves en Europe, il n'est que de songer par exemple à l'efficacité de l'exemple norvégien[100].

26. Cette différenciation peut aussi emprunter une autre voie et devenir proprement managériale. L'idée s'ancre aujourd'hui que la mixité serait porteuse de croissance et favoriserait le développement économique. D'où la préconisation par certain(es) de rentrer dans une logique de marché en ayant recours à la notion de performance. Dans ce schéma, est établie une corrélation entre la présence des femmes aux postes de décision et les résultats opérationnels, la rentabilité des fonds propres et la croissance des cours de la bourse. Dès lors, embaucher des femmes et leur ouvrir la carrière des promotions serait pour une entreprise « un atout économique, dans un système de concurrence mondiale, où la recherche de niches, la proximité avec le client, la fidélisation des salariés constituent des avantages concurrentiels non négligeables ».

Mais là encore, il importe d'éviter deux écueils, d'inégale importance, il est vrai. Celui, tout d'abord, de recourir à une « managérialisation » des lois, en reformulant leurs objectifs dans les conventions et accords collectifs pour les rendre conformes à la recherche de l'efficience ; ce qui risquerait de développer chez les acteurs une conscience amoindrie du droit[101].

Plus fondamentalement, ensuite, cette politique risque d'être élaborée en valorisant des compétences dites spécifiquement féminines avec une dérive essentialiste qui « naturaliserait » des compétences sociales. Aux femmes l'intuition, l'empathie et donc des fonctions de communication ou de gestion des ressources humaines ; aux hommes la rigueur et une belle aptitude à la gouvernance et donc des fonctions de stratégie et de décision. La différenciation ne doit pas cependant être trop poussée. Nous croyons que les compétences n'ont pas de sexe et qu'il faut dénouer le paradoxe de la mixité, trop souvent conçue comme un avatar de la notion de diversité pour les femmes. Ajoutons encore que la gestion différenciée de différentes catégories de femmes en fonction de l'âge, de la qualification, du projet professionnel, du potentiel de la personne, « justifie » que certaines femmes soient largement intégrées aux politiques de gestion des ressources humaines dans certaines entreprises, tandis que d'autres seront maintenues dans des métiers ou formes d'emploi qui perpétuent le clivage et les inégalités entre emplois masculins et féminins[102]. Soulignons, enfin, que, chaque fois qu'une profession se féminise, émerge, curieusement, la question de la compétence, comme si celle-ci ne se posait pas dans un milieu exclusivement masculin. Dès lors naissent de nouvelles exigences : exigences de professionnalisation en termes de connaissances, d'aptitude et d'expérience, notamment financières ou juridiques mais aussi exigences en termes de réponse à ce qui est la vocation même d'un conseil d'administration, la recherche de l'intérêt social de l'entreprise, et donc la prise en compte de toutes les « parties prenantes », actionnaires, salariés et tout autre groupe lié à l'entreprise.

27. En guise de conciliation ? Héritée de la culture anglo-saxonne, la possibilité d'introduire la stratégie du *gender mainstraiming* (*i.e.* introduire une approche intégrée de l'égalité) dans les négociations semble possible. Cela a été réalisé avec succès en matière de sécurité et de santé au travail. Pourquoi en irait-il différemment en matière d'égalité professionnelle ? Il suffit pour cela d'intégrer l'objectif d'égalité à toutes les actions, les politiques, à l'œuvre dans les conventions et accords collectifs et cela dès les procédures de négociation en prévoyant des règles spécifiques[103] ; d'un point de vue substantiel, il serait possible d'éviter

100 De 7 % en 2003, les femmes représenteraient seraient représentées à hauteur de 41 % en 2009. *Adde* P. Foubert : L'écart de rémunération entre femmes et hommes en Europe d'un point de vue juridique, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances , Unité G.2, mai 2010,consultable sur le site http://ec.europa.eu/progress.

101 Ce phénomène induit serait-il grave ? La question est posée.

102 J. Laufer, *Entre égalité et inégalités…* précité, p. 148, 159. Comme le remarque l'auteure, « tout s'est passé comme si seule, une minorité de femmes, soigneusement sélectionnée, avait eu le droit ou la chance de devenir les égales des hommes » !

103 V. et comp. la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 sur la démocratie sociale.

Livre Jurisprudence n°2.indb 194 08/08/2011 12:02:53

les choix discriminatoires, directs ou indirects, favorisant le maintien des structures calquées sur des normes masculines ; pourraient, à l'inverse, être favorisées, des actions permettant d'atteindre un meilleur équilibre entre les sexes en tous domaines et susceptibles de bénéficier autant aux femmes qu'aux hommes en favorisant un partage équilibré des responsabilités.

Ces propositions ont le mérite pour les entreprises de répondre à la pression normative de l'égalité, mais ne permettent de prendre en compte qu'une partie des réponses à apporter dans la mesure où elles s'avèrent impuissantes à dépasser la division sexuelle du travail si on les traite sans tenir compte des stéréotypes sexuels qui « ligotent les hommes et les femmes dans des habits d'emprunt »[104].

C. Stéréotypes sexuels, mentalités, pratiques

28. Le donné et le construit dans les phénomènes comportementaux. Pour pouvoir déconstruire les processus de discrimination sexuelle, il importe de mettre en avant les raisons qui leur permettent de se perpétuer. Des sociologues et philosophes ont montré dans des travaux substantiels l'intériorisation par les femmes des phénomènes d'inégalité[105]. Les juristes ne se sont pas familiarisés avec les raisons qui permettent qu'il en soit ainsi. Qu'il nous soit permis, très modestement, de mettre en lumière un certain nombre d'entre elles, la conjugaison de plusieurs facteurs étant susceptible de freiner les parcours professionnels féminins.

1) La très grande tolérance sociale à l'égard du sexisme ordinaire[106]

29. «Impérialisme des stéréotypes» qui sévissent parfois au vu et au su mais aussi (surtout ?) à l'insu des différents protagonistes. Sous le vocable de stéréotype, il faut comprendre un « terme d'imprimerie qui évoque un ouvrage pourvu de pages ou de planches dont les caractères ne sont pas mobiles et que l'on conserve pour de nouveaux tirages. Au lieu d'instaurer des relations interpersonnelles fondées sur la reconnaissance du travail d'autrui et permettant à chacun de développer une identité au travail qui lui soit propre**, le monde du travail met en scène bien souvent des rapports de sexe codés qui confortent l'autre dans une identité de façade.** Or Cette identité plaquée reflète une infériorisation de la place des femmes au travail souvent affectée d'un coefficient symbolique négatif»[107]**.**

C'est sans doute autour de la notion de temps – les femmes étant écartelées entre sphère professionnelle et domestique – que s'accrochent les stéréotypes les plus sournois[108]. Les usages du temps libéré demeurent fortement sexués et n'ont pas modifié la représentation traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes, le travail domestique restant la responsabilité principale des secondes, celles-ci prenant, en outre, toute la charge et la culpabilité[109]. Mais la réalité, complexe, fait aussi apparaître

104 B. Grésy, Étude précitée *op. et loc. cit*.

105 P. Bourdieu, *La domination masculine*, éd., Le Seuil, 1998.

106 B. Grésy, *Petit traité contre le sexisme ordinaire*, éd., Albin Michel, 2009. V, aussi le site wwwsexismeordinaire.com.

107 B. Grésy, Étude précitée, p. 138 « […]. Le stéréotype qui permet de reproduire sans prise de risque est un élément de confort dans la relation pour celui qui en fait usage. Admises pour le récepteur, ces attaques infinitésimales finissent, en raison de leur répétition, par créer de la souffrance, en le figeant dans une relation unilatérale dont il ne veut pas et qui porte atteinte à son identité au travail et à l'estime de soi. Il ne s'agit pas ici de harcèlement moral ou sexuel caractérisé ni même d'agression sexuelle, toutes choses passibles d'un recours devant le juge. Il s'agit de toutes ces petites blessures, difficiles à déceler et que les femmes finissent par retourner contre elles en mettant en cause leur propre compétence au lieu d'incriminer la relation non pensée des hommes et des femmes dans le monde du travail et en conséquence, le brouillage de codes ».

108 Les femmes, moins mobiles, seraient moins disponibles, moins flexibles pour le travail salarié et donc moins promouvables. Sans compter le temps dégagé par les femmes le soir grâce aux *TIC* (Technologies de l'Information et de la Communication) vus d'un très bon œil par les employeurs, même s'ils font tomber la frontière entre le privé et le public. On sait également que, sauf exceptions, le développement de l'activité professionnelle des femmes a conduit les hommes à ne prendre qu'une part minime aux tâches domestiques et familiales. Le déséquilibre reste ainsi très marqué.

109 L'équilibre travail vie familiale, le temps au cœur des enjeux liés à l'égalité professionnelle, *in* Pratiques d'égalité professionnelle en entreprise, la Documentation française, mars 2009.

Livre Jurisprudence n°2.indb 195 08/08/2011 12:02:53

le **poids différencié des investissements familiaux des uns et des autres.** Les hommes pourvoyeurs de sexisme ordinaire – même si certaines femmes le pratiquent également –, sont eux aussi victimes de stéréotypes. Une sorte de « pudeur mal placée » freine leur implication dans la sphère familiale[110], réputée peu valorisante de surcroît[111].

2) La part du symbolique et de l'imaginaire dans la construction de l'égalité[112]

30. Un contexte symbolique défavorable aux femmes[113]. Les inégalités persistantes sont en elles-mêmes déstructurantes et dangereuses même sans intention de défavoriser telle ou telle catégorie de personnes. Les normes, images et représentations, sont encore chargées du poids de la faiblesse (naturelle) comme de l'incapacité (historique) de la femme mariée. La pression symbolique est si forte dans l'imaginaire sociétal, que la conciliation, quand elle a lieu se conjugue… au masculin. Discuter à parts égales entre négociateurs et négociatrices n'est pas choses aisée[114]. Les vertus de l'égalité pénètrent difficilement la mentalité des premiers, avec même parfois l'assentiment (tacite) des secondes**.** Les difficultés liées à la réalisation et à l'utilisation par les entreprises et les partenaires sociaux du « rapport de situation comparée des femmes et des hommes en matière d'emploi », exigé par le législateur[115], témoignent de la difficulté à faire rentrer cette notion dans les mœurs. Des processus conduisant à l'inégalité rejaillissent sur les **gestes, comportements et *habitus*** des acteurs. Des schémas s'établissent, imprégnant les actions et les faits. De ce que les femmes sont moins bien rémunérées, par exemple, on déduira qu'elles sont moins efficaces ; si elles sont minoritaires dans la vie politique, c'est qu'elles sont moins intéressées par la chose publique, plus concernées par celles de la vie quotidienne et qu'elles demeurent extérieures à la politique.

S'ensuit un effet « boule de neige » contaminant tous les secteurs de la vie de travail. L'exemple du travail à temps partiel n'est ici hélas que trop flagrant. Malgré l'affirmation de principe de l'égalité des salariés à temps partiel et des salariés à temps plein, la pratique reste généralement défavorable aux premiers. Cette « égalité » étant fortement corrélée avec la règle de l'égalité homme-femme, aggrave la situation et rend d'autant plus regrettable le silence des conventions et accords collectifs sur ce point, ceux-ci se contentant d'affirmations abstraites, laissant intactes les inégalités concrètes. La tâche n'est pas simple, il faut le reconnaître. Comment, en effet, une convention ou un accord collectif peuvent-ils prémunir les futures salariées des soupçons qui pèsent sur la disponibilité professionnelle des femmes, pire encore, des mères, lors de l'embauche[116] ? Or comme le note avec justesse, Françoise Héritier, il nous faut croire en « l'efficacité des gestes, des actes, des symboles pour parvenir au changement dans le tréfonds des esprits même si le changement pour être universel devra prendre quelques milliers d'années »[117].

31. La rhétorique du discours. Le langage joue un rôle important. Pour éviter tout sexisme à propos des *Droits de l'homme*, certains auteurs ont ainsi proposé de parler des *Droits de l'être humain*[118]. En lien avec cette perspective a été défendue la notion de parité linguistique, mais la féminisation de la langue française ne sous-entend-elle pas que

110 Les pères formalisent-ils officiellement leur désir de voir leurs enfants à l'issue d'une journée de travail qu'ils ne souhaiteraient pas, en conséquence, prolonger outre mesure ?

111 Non objectivée par un titre ou un diplôme, elle n'aurait que peu de valeur.

112 Symbolique et imaginaire : historiques, politiques, philosophiques, anthropologiques, sociaux…

113 M.-A. Frison-Roche, *L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes…* précitée, p. 81.

114 V. L'ouvrage d'Ethnologie juridique précité, p. 388, n° 19s.

115 Article L 2323-57 C. trav.

116 V. l'ouvrage d'E. Badinter, *Le conflit, la femme et la mère*, Flammarion 2010, notant que l'antagonisme *mère et femme*, succède à celui de *mère-travailleuse*. *Adde* plus anciennement, A. Junter-Loiseau, *La condition juridique de la femme au travail*, Thèse Rennes, 1981.

117 F. Héritier, *Masculin, Féminin*, II, dissoudre la hiérarchie, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 394.

118 V. ainsi E. Dockès, Droit du travail précité, p. 144. *In fine* cependant, l'auteur retient la terminologie de *Droits de l'homme* (« ni parce que c'est la meilleure, ni parce que elle constitue vestige de l'histoire, mais parce qu'elle est la plus commune »).

Livre Jurisprudence n°2.indb 196 08/08/2011 12:02:54

le langage véhicule la domination masculine[119] ? La parole sexuée doit pénétrer l'objet même du discours sur la négociation collective ; le sujet parlant, la femme, parle en tant que femme. Elle revendique un droit d'expression identique à celui des hommes.

La question est donc posée de tenter de déterminer quelles sont les politiques à mettre en œuvre pour faciliter la mixité des pratiques professionnelles dans les entreprises, afin de modifier les représentations des acteurs. Cela est possible du fait de l'irruption d'un certain nombre de changements.

III. De possibles changements

32. Apprentissages progressifs. Repenser l'égalité, le droit à la non-discrimination. Rien n'est figé, ni irréversible, bien au contraire. La lutte contre les inégalités ne doit pas seulement être abstraite, mais concrète, pas seulement prohibitive mais préventive. Dans cette perspective, la rédaction des accords et conventions collectifs est capitale, on le devine. Il importe que les négociateurs soient informés et formés à cet effet, quand sont mobilisées des techniques d'affrontement et de confrontation mais, il appartient aux femmes, prioritairement mais non exclusivement de résister au sexisme ordinaire afin qu'elles marquent leurs limites et disent leurs intérêts. Cette prise de conscience s'est produite ; en témoignent les divers mobilisations et mouvements, qui, en dépit de leurs effets contrastés, se sont produits ici et là (A), détenteurs, à des degrés divers des clefs du changement (B) et riches de potentielles promesses (C).

A. Des prises de conscience aux effets contrastés

33. Le « juste et l'utile » dans « l'égalité managériale ». Ce qui était encore impensable il y a quelques années, remporte les suffrages, aujourd'hui. Dans les milieux de travail, les « décideurs » se sont mobilisés : les questions de différence de sexe font partie intégrante de la responsabilité institutionnelle mais aussi des revendications de responsabilité sociale des entreprises et, plus largement, du dialogue social[120]. Aux côtés de la mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité ainsi que des arguments éthiques, fleurissent de plus en plus des logiques de performance économique, assises sur des études anglo-saxonnes et, plus récemment, françaises[121]. Dans ce schéma, la promotion des femmes constitue une ressource stratégique pour l'entreprise. L'analyse des plans d'égalité montre que les démarches engagées par les entreprises tant au plan de la formation que de la requalification, des ouvrières et employées, traduit leur volonté d'utiliser au mieux le potentiel de femmes déterminées à rester sur le marché du travail et majoritaires dans les catégories les moins qualifiées. L'égalité apparaît ici « juste » quand elle est « utile »[122], logique non démentie aujourd'hui, mais révélatrice d'un risque non négligeable de dérive managériale par instrumentalisation de l'égalité professionnelle.

Concomitamment, se forge un mouvement d'opinion sans précédent dans la société civile, aujourd'hui largement relayé et médiatisé par la communication sur internet. Des réseaux de femmes en entreprise se constituent, des associations se font l'écho d'un sentiment de rejet irréversible face à ces inégalités persistantes[123]. Les femmes veulent se faire entendre, ce qui est une profonde nouveauté dans le paysage traditionnel des acteurs de l'égalité. Elles veulent aussi fédérer les différents réseaux pour porter la parole de

119 M.-A. Frison-Roche, *L'art législatif et la personne située… op. et loc. cit.*

120 V. le contenu du rapport de situation comparé des femmes et des hommes en matière d'emploi.

121 Selon l'étude menée par M. Ferrary, professeur au CERAM, sur 42 entreprises françaises, celles qui emploient plus de 35B % de femmes voient leur chiffre d'affaire progresser davantage que les autres, de 28,5 % supérieurs. La mixité serait porteuse de croissance et favoriserait le développement économique.

122 J. Laufer, Études précitées (1984, 2003).

123 70 % des femmes se disent déçues et usées par le *plafond de verre*. Selon les associations des grandes écoles au féminin et le baromètre de confiance proposé à 23 000 femmes – cadres appartenant à 43 réseaux en juin 2009, 68 % des femmes interrogées sont favorables aux quotas dans les conseils d'administration.

Livre Jurisprudence n°2.indb 197 08/08/2011 12:02:54

l'égalité auprès des pouvoirs publics[124].On assiste à un quasi-consensus sur les quotas pourvu qu'ils soient temporaires et qu'ils garantissent une compétence comparable[125].

B. Clefs du changement

34. Grilles de lecture. Interprétation. Les clefs du changement résident dans la focalisation sur la fabrication du droit endogène ; dans la nécessité de mettre en évidence (et le cas échéant d'interférer sur) les processus présidant à l'élaboration comme à la détermination du contenu des accords passés par les partenaires sociaux[126]. Avant tout, les négociateurs doivent **connaître c**e qui se passe concrètement, et donc disposer d'informations pertinentes afin d'identifier correctement les situations d'inégalité dans le travail ; il leur appartient aussi de déchiffrer parmi les causes à l'origine des phénomènes d'inégalité, celles qui sont le produit d'une discrimination historique ou actuelle à l'égard des femmes comme celles qui résultent, en dernière instance, de la « liberté de choix » des différents acteurs[127]. Une fois encore l'exemple du travail à temps partiel peut servir de modèle : les femmes le choisissent-elles librement ou le subissent-elles[128] ? Lors des révisions régulières des accords, il est aussi nécessaire pour les négociateurs de **pointer** les discriminations indirectes, potentielles, etc.

Il leur faut enfin, utiliser **les nouveaux paradigmes.** Cette mutation dans la fabrication de la « *loi* » – ici la « *loi de la profession* »- est essentielle. Le législateur, pour transformer la réalité sociale, s'en remet aux acteurs sociaux, lesquels se doivent de donner corps à la réalité concrète. Les syndicats, *via* les négociateurs, vont faire progresser leurs objectifs. Promouvoir l'égalité négociée, c'est être conscient de ce qu'il est difficile de définir une forme *a priori* du principe d'égalité ; mieux vaut s'en remettre dans une situation donnée, à des acteurs identifiés, au sein d'une organisation déterminée, dotés de moyens adéquats, pour définir un objectif précis. L'égalité, la vraie, est à ce prix.

C. Les promesses : ce qui peut (doit ?) changer

35. Constats, positions propositions. Les droits des femmes sont-ils inscrits dans la sphère de la négociation collective ? La réponse est clairement positive. Cette égalité a-t-elle des incidences sur la division familiale du travail ? La réponse est, hélas, résolument négative (ou si faiblement positive). Le principe de l'égalité professionnelle, au sens de l'égalité de traitement, est-il inscrit dans la réalité ? La réponse est, deux fois hélas, encore plus assurément négative ; le droit est ici très loin de la réalité, qu'il s'agisse de la rémunération ou de la nature des emplois occupés respectivement par les femmes et par les hommes[129], des espérances de promotion et de carrière ou *a fortiori*, des incidences d'une inégale division familiale du travail sur le statut des femmes dans la sphère professionnelle. Quant à l'égalité des chances, tributaire des deux premières et aujourd'hui, plus

124 V. ainsi la création du laboratoire de l'égalité en novembre 2009 ainsi que l'amorce de regroupements de fédérations en réseaux (fédérations de réseaux de femmes du secteur financier à l'initiative de BNP Paribas Mixcity et de la Société Générale au féminin ; lancement prochain de la fondation pour le talent féminin créée par des réseaux de femmes en entreprise…).

125 Il importe de ne pas inverser le débat. Un quota ne doit pas aboutir à chasser un *bon* travailleur pour placer en ses lieu et place une *mauvaise* salariée. Mais à l'inverse, il ne faut pas se retrancher derrière l'argument de l'absence de vivier (féminin) qui cède dès que l'on consent à chercher d'autres profils d'excellence parmi les administrateurs, fondés sur des critères autres que ceux tirés de la détention du capital ou de fonctions de directions régionales.

126 V., notamment, A. Chevillard, *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes,* Dr. social 2009, p. 923s.

127 K. Berthou, *Discriminations au travail*, Panorama du droit international et du droit communautaire, Informations sociales 2008/4, n° 148.

128 Rappr. D. Méda, *Les femmes peuvent-elles changer la place du travail dans la vie ?,* Dr. social 2000, p. 463. *Adde* l'étude sur : L'équilibre travail-vie familiale, le temps au cœur des enjeux liés à l'égalité professionnelle précitée.

129 Rappr. R. Laulier, *A diplômes distincts, rémunération distincte ?, un nouveau principe ?,* RDT 2010, p. 377s.

Livre Jurisprudence n°2.indb 198 08/08/2011 12:02:54

décrétée que vécue, est en attente d'affranchissement[130]. Ce bref récapitulatif ne peut laisser indifférent. L'inégalité factuelle n'est pas une fatalité. La résistance à la tyrannie du fait peut passer par la recension d'un certain nombre de positions et propositions ; de quoi constituer un vivier propice au changement des mentalités (*i.e. chasser les stéréotypes qui figent les représentations et l'expression de la liberté de chacun*), préliminaire indispensable à l'évolution des textes. « L'une des toutes premières modalités de l'égalité des chances » considère Paul Ricœur, «concerne l'égalité au plan du pouvoir parler, du pouvoir dire, expliquer, argumenter, débattre »[131]. On ne peut mieux situer la place des femmes dans la négociation collective. Fort de cet éclairage et pour qu'advienne ce temps, il serait concevable de :

- Prévenir plutôt que guérir. Et de ce point de vue, on aurait grand intérêt à suivre les recommandations de la Halde[132].
- Revitaliser la norme de la négociation collective, point clé de la promotion de l'égalité sur le marché du travail[133] en luttant contre l'inertie des acteurs[134]. Leur mobilisation est inférieure à ce que permettrait le progrès des outils juridiques et méthodologiques utilisables en matière d'égalité[135].
- Simplifier et surtout rendre plus opérants les mécanismes légaux de la négociation collective ainsi que les moyens pouvant faire progresser l'implication des chefs d'entreprise et des représentants du personnel sur cette question, y compris dans les petites et moyennes entreprises ainsi que dans les très petites entreprises[136].
- Développer une stratégie vigoureuse relativement à la participation des femmes à la vie syndicale. La mobilisation des organisations professionnelles sur la question de l'égalité professionnelle, *via* la négociation collective est capitale. La mise en œuvre de celle-ci est tributaire de la puissance des syndicats, liée elle-même au taux d'affiliation des travailleurs. Or on ne peut qu'être frappé par le nombre réduit de femmes occupant des positions déterminantes du point de vue de la négociation et de la décision.

130 La prohibition des discriminations se conçoit difficilement sans être accompagnée, en amont, d'une démarche de prévention. C'est au demeurant dans ce type d'actions préventives que certaines actions positives trouvent leur justification.

131 P. Ricoeur, *Le Juste* II, éd. Esprit, 2001, p. 96.

132 La Halde recommande la mise en place de procédures d'alerte dans les entreprises, certaines y ont souscrit, au demeurant. Elle accueille les réclamations (leur nombre n'a cessé d'augmenter de 1410 à 7788) montre une meilleure connaissance par l'opinion, mais non une augmentation des discriminations. L'emploi reste le domaine le plus concerné par les réclamations (50 %, dont 33 % dans le secteur privé et 17 % dans le secteur public. La Halde suggère, en conséquence, de mettre en œuvre le «*sourcing*» (création d'un vivier de demandeurs d'emploi sans la publication d'un offre correspondant à un emploi déterminé) Viennent ensuite les discriminations à raison de l'origine (36 %), de l'état de santé et de l'âge (14 % chacun) et en dernier celles relatives au sexe : seulement 6 % des recours dont 3 % sont le fait des hommes soucieux de bénéficier des mêmes avantages familiaux que les femmes. Ses Recommandations collectives sont suivies à 70 % ; à 77 % en matière individuelle). La Halde n'est pas toujours suivie par les pouvoirs publics. Ainsi de ses préconisations relatives à la suppression des différences quant au bénéfice des bonifications pour l'éducation des enfants dans le calcul des droits à pension de retraite. Ses observations sont en revanche suivies à 82 % par les tribunaux. Ce qui fait dire à certains que cette Haute Autorité est au « service public des salariés », et qu'elle va à l'encontre du principe d'égalité des armes (G. Loiseau, *La Halde, Quelle autorité?,* Dr. social 2009, p. 142s).

133 G. Auzero et M. Chonnier, *Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement*, Dr. social 2011, p. 53s.et les référence citées par ces auteurs.

134 Le Rapport Grésy préconise de promouvoir une seule voie de négociation spécifique sur l'égalité professionnelle. La sédimentation des textes de droit depuis près de 30 ans, gêne la lisibilité de l'ensemble et engage à une simplification du dispositif ; actuellement, existent deux filières : l'une spécifique tous les trois ans (héritée de la loi du 9 mai 2001), l'autre annuelle intégrée dans la négociation annuelle obligatoire (instaurée par la loi du 23 mars 2006).

135 B. Grésy, Étude précitée, p. 139.

136 M. Véricel, *Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes…*, précité. Actuellement seule une entreprise de plus de 300 salariés sur deux réalise le diagnostic de situation comparée. L'objectif est qu'un tel diagnostic soit réalisé au moins dans toute entreprise de plus de 50 salariés.

Livre Jurisprudence n°2.indb 199 08/08/2011 12:02:54

- Pratiquer une politique de communication et de développement d'expertise à l'intention des partenaires sociaux.
- Promouvoir un droit à la non-discrimination, vecteur de la garantie des droits sociaux[137].
- Diminuer (résoudre ?) les difficultés qu'éprouvent les femmes à travailler tout en se consacrant à leur famille[138], en étant conscient, d'une part, que les dispositions en matière de politique familiale conduisent à une progressive reconnaissance du droit à l'emploi des femmes[139] et d'autre part, que le rapport au temps ne peut être séparé de celui du rapport à l'emploi.
- Agir sur l'organisation du temps de travail, sur les conditions de travail ; valoriser les métiers majoritairement féminins et favoriser un meilleur accès des femmes à l'emploi dans les secteurs d'activité où elles ne sont que faiblement représentées ; modifier des systèmes d'évaluation et de promotion, comme s'y attelle au cas par cas, la chambre sociale de la Cour de cassation[140]. Comment ? Pas seulement en décomptant les hommes et les femmes, puis en tentant de les répartir soit paritairement, soit en respectant une représentation équilibrée de deux sexes par rapport au corps social de référence ; il s'agirait, plus profondément de repenser le « contrat sexuel »[141]. Le sociologue Jacques Commaille parle à ce sujet d'un **« nouveau contrat entre les sexes, nouveau contrat social »** entre les femmes et les hommes[142].

(Re) constituer un sujet social féminin sans adopter nécessairement une perspective particulière de l'identité féminine en tant que telle[143], la promotion ou la défense de droits des femmes ne l'impliquant pas automatiquement[144], n'est-ce pas là l'un des plus sûrs motifs de promouvoir un nombre raisonnable de négociatrices attachées à la conclusion comme à l'élaboration du contenu des conventions et accords collectifs de travail ?

137 Conscient cependant qu'en l'état du droit positif, la nullité en cas d'atteintes discriminatoire, certes inscrite dans la loi, cache encore des zones d'ombre ; il existe, en effet, une certaine réticence judiciaire à prononcer la nullité…l'indemnisation étant toujours plus commode.

138 A. Jönsson et N. Morel, *Égalité des sexes et conciliation vie familiale-vie professionnelle en Europe. Une comparaison des politiques menées en France, en Suède et au Royaume-Uni,* Politique européenne 2006/3, n° 20.

139 Rappr. J. Commaille, *Les stratégies des femmes, travail, famille et politique*, éd. La découverte, 1993.

140 V. S. Zientara-Logeay, *L'égalité de rémunération entre hommes et femmes, une avancée significative*, avis de Cass. soc., 6 juillet2010, Dr. social 2010, p. 1076. Dans sa construction contre la discrimination sexuelle, mis à part un arrêt atypique qui avait jeté le trouble, la Cour de cassation a une jurisprudence ferme.(V., ainsi, Cass. soc. 18 déc. 2007, Dr. social 2008, p. 246, obs. C. Radé ; 16 déc. 2008, RDT 2009, p. 382, obs. M. Miné) …*Adde* plus généralement et matière d'égalité de rémunérations, Th. Aubert-Monpeyssen, *À travail égal, salaire égal et politiques de gestion des rémunérations*, Dr. social 2005, p. 18s. ; J.-M. Gasser, *Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe,* « À travail égal, salaire égal », RJS8-9/07, p. 687s. ; C. Radé, *Variations autour de la justification des atteintes au principe : « À travail égal, salaire égal »*, Dr. social 2009, p. 399s. ; K. Berthou, *Différences de traitement, esquisses des « exigences professionnelles essentielles » après la loi du 27 mai 2008*, Dr. social 2009, p. 410s. J.-E. Ray, *« À travail égal, salaire inégal »*, Dr. social 2011, p. 42.

141 C. Pateman, *Le contrat sexuel* (trad. De l'anglais par C. Nordmann, préface G. Fraisse, postface E. Fassin), éd. La découverte, 2010. L'auteure s'en prend à la face cachée du contrat social, qui est au fondement de l'ordre démocratique libéral dont les révolutions française et américaines se réclament au XVIII[e] siècle et qui retrace l'histoire de la domination masculine.

142 J. Commaille, *Les stratégies des femmes…* précitées, p. 147.

143 V. I. Théry, *La distinction de sexe, une nouvelle approche*, éd. O. Jacob 2007.

144 F. Thébaud, *Histoire des femmes en occident…* précité, p. 685.

Livre Jurisprudence n°2.indb 200 08/08/2011 12:02:54

Quelques éléments supplémentaires de bibliographie sur l'égalité professionnelle en droit du travail

AUBERT-MONPEYSSEN Th. et GASSER J.-M., *Que peut-on attendre du principe « à travail égal, salaire égal » ?,* RDT 2007, p. 632.

AUBIN C. et JOLY B., *De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française*, Dr. social 2007, p. 1295s

AUZERO G., *L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise*, Dr. social 2006, p. 822s

BERTHOU K., *Première affaire sur la discrimination fondée sur l'apparence physique (Orléans 21 juin 2007)*, RDT 2008, p. 106 ; le plafonnement des indemnités de licenciement en fonction de l'ancienneté peut-il constituer une discrimination par l'âge ? (non), Cass. soc. 30 avril 2009, pourvoi n° 07-43.945 RDT 2009, p. 519.

BURNIER F., *La Halde et l'entreprise, pouvoirs et enjeux,* Dr. social 2008, p. 1042s.

FAVENNEC-HÉRY F., *Non discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué*, Dr. social 2007, p. 3s.

FEUERBON A. et BAILLY P., *Discriminations interdite en Allemagne : parallèles franco-allemande de la loi générale sur l'égalité de traitement en Allemagne (AGG)*, RJS 04/09, p. 268.

GARDIN A., *Maternité et éducation des enfants : à la recherche de l'introuvable égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, RJS 11/09 p. 727.

GOSSELIN H., (Rapport) : *À propos de la notion de discrimination indirecte*, RJS 07/09, p. 533

GAURIAU B., *Les accords collectifs relatifs à la diversité*, Dr. social 2008, p. 1060.

Et plus généralement Colloque : Liberté, égalité, diversité et relations de travail, Dr. social 2008.

GUIOMARD F., *Droit d'agir en justice du salarié discriminé, une protection inachevée*, Cass. soc., 20 févr. 2008, RDT 2008, p. 330.

LANGLOIS Ph., *Que faire de la discrimination fondée sur l'âge ?*, Dr. social 2006, p. 155

JEAMMAUD A., *Du principe d'égalité de traitement des salariés*, Dr. social 2004, p. 694s.

LANQUETIN M.-Th., *L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans ?*, Dr. social 2006, p. 624s ; *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail.* A propos de la directive 2000/54 CE du 5 juillet 2006, « refonte » 2000/54 CE du 5 juillet 2006, Dr. social 2007, p. 861s. ; *Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008*, Dr. social 2008, p. 778s.

LAULOM S., *La difficile appréciation de la « valeur égale » d'un travail, un arrêt peu compréhensible*, RDT 2008, p. 747.

LEROY Y., *L'égalité professionnelle, vers une approche générale et concrète*, RJS 11/02, p. 887s.

LHERNOUD J.-Ph., *Le chantier des discriminations en raison de l'âge*, RJS 07/07, p. 597.

LOISEAU G., *La Halde, Quelle autorité ?,* Dr. social 2009, p. 142s.

LOKIEC P. et ROBIN-OLIVIER S., *Approche comparative du droit de la non-discrimination*, 2e partie, RDT 2009, p. 58s

MARTIN D. et LATRAVERSE S., *Approche comparative du droit de la non-discrimination 1re partie*, RDT 2008, p. 760s.

MAYAUD Y., *La Halde*, une trop « haute Autorité « ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression, Dr. social 2007, p. 930s.

MERCAT-BRUNS M., *La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? RDT 2007*, p. 360 ; Un point d'actualité sur la discrimination fondée sur l'âge après l'arrêt Bartsch (CJCE 23 sept. 2008 ; droit à pension du survivant), RDT 2009, p. 62s

MEYRAT I., *L'égalité de traitement à la croisée des chemins*, RDT 2008, p. 648.

MINÉ M., *Consécration jurisprudentielle de la notion de discrimination indirecte*, Cass. soc. 9 janv. 2007, RDT 2007, p. 245 ; *Discriminations : une transposition laborieuse*, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, JO du 28 mai, RDT 2008, p. 741s ; RDT 2008, p. 532 ; une transposition laborieuse… (suite).

NEISS Ph., *Rapport de la Halde 2008, Commentaire*, RDT 2009, p. 720.

PETRU-PIROTTE L., *La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008*, JCP S, n° 23, du 3 juin 2008.

Livre Jurisprudence n°2.indb 201 08/08/2011 12:02:54

PIGNARRE G., *Heures supplémentaires, discrimination indirecte et temps partiel*, RDT 2008, p. 317 (différence entre enseignants à temps partiel et à temps plein).

RADÉ C., *Le principe d'égalité de traitement*, *nouveau principe fondamental du droit du travail*, Dr. social 2008, p. 981s.

—, *Justification des inégalités salariales et maintien des avantages acquis*, Dr. social 2007, p. 1122s. ; De l'effectivité du principe : *À travail égal, salaire égal*, Cass. soc. 20 févr. 2008, Dr. social 2008, p. 530s.

SACHS-DURAND C., *Harcèlement et discrimination en droit communautaire : brèves remarques*, RDT 2007, p. 38s.

SAID K., *La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine e la lutte contre les discriminations vers l'admission d'une justification des discriminations*, RDT 2008, p. 389.

SCHMITT M., *L'application du principe communautaire 'égalité entre les travailleurs masculins et féminins' par la Cour de cassation (Cass. soc. 18 déc. 2007*, RDT 2008), p. 393 ; Premières décisions sur la discrimination à raison de l'orientation sexuelle sur le fondement de la directive 2000/78, RDT 2008, p. 458 ; La CJCE précise le régime des différences de traitement fondées sur l'âge (CJCE 5 mars 2009, *The incorporated Trustees of the National Council on Ageing,* C-388/07), RDT 2009, p. 385

SUDRE F. et SURREL H. (dir.) : *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2008.

TERADE G., SAURET A., *L'égalité de rémunération*, LPA 19 févr. 2009, n° 36, p. 11.

TISSANDIER H., *De l'action en justice au principe « à travail égal, salaire égal »*, un arrêt riche d'enseignements, Cass. soc. 12 févr. 2008, RDT 2008, p. 321.

VACHET G., *À travail égal, salaire égal*, Dr. social 2008, p. 1046s.

VÉRICEL M., *Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : les propositions du Rapport Gresy*, RDT 2009, p. 594

VERKINDT P.Y., *L'égalité de rémunérations entre les hommes et les femmes*, Dr. social 2008, p. 1051.

WAQUET Ph., *Retour sur l'arrêt Ponsolle*, RDT 2008, p. 22s.

Livre Jurisprudence n°2.indb 202 08/08/2011 12:02:54

Les deux "impensés" de la relation entre droit et inégalités hommes-femmes : l'exemple de la loi sur la "parité" dans les conseils d'administration

Jean-Gabriel CONTAMIN*

Article 1 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789) : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

Loi n° 2011-103 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.

> Article 1er
>
> I. – Après le premier alinéa de l'article L. 225-17 du code de commerce, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « Le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes. »
>
> II. – Après l'article L. 225-18 du même code, il est inséré un article L. 225-18-1 ainsi rédigé :
>
> « Art. L. 225-18-1. – La proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 % dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé et, à l'issue de la plus prochaine assemblée générale ayant à statuer sur des nominations, dans les sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins cinq cents salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros. Dans ces mêmes sociétés, lorsque le conseil d'administration est composé au plus de huit membres, l'écart entre le nombre des administrateurs de chaque sexe ne peut être supérieur à deux.

Le 13 janvier 2011, le Parlement français adopte définitivement une proposition de loi portée par Jean-François Copé, dirigeant de l'UMP, et Marie-Jo Zimmermann, députée UMP, en vue de favoriser la parité entre hommes et femmes dans les conseils d'administration des grandes entreprises. Cette proposition, soutenue à la fois par les députés UMP et les députés PS, impose un quota maximum de 60 % de personnes du même sexe dans ces conseils d'administration d'ici janvier 2017, avec un premier seuil de 80 % d'ici janvier 2014.

Mettre en parallèle cette disposition avec la conception formelle de l'égalité qui irrigue la Déclaration des

* Professeur de Science Politique, Directeur du CERAPS/Université Lille Nord-de-France.

Livre Jurisprudence n°2.indb 203 08/08/2011 12:02:54

Droits de l'Homme et du Citoyen illustre le déplacement qu'a connu la conception de l'égalité depuis ses premières mises en œuvre révolutionnaires. A une acception formelle et passive de l'égalité en droits a succédé, comme le souligne Geneviève Pignarre dans sa contribution, une égalité de traitements, puis ce qui se voudrait une « égalité des chances », qui supposent une intervention active des pouvoirs publics pour pénaliser les discriminations de fait et, même, pour contrecarrer les processus structurels qui s'opposent à l'égalité de fait. A une acception neutre de l'égalité qui, en subsumant hommes et femmes dans une même catégorie humaine, néglige, avalise et reproduit les rapports inégalitaires de sexe, succède une acception active de l'égalité qui prône une « représentation équilibrée des hommes et des femmes », en les différenciant.

Si cette évolution prend corps dès le début du XX^{e} siècle, elle est encore loin d'être une évidence aujourd'hui.

Ainsi, la loi du 27 janvier 2011 n'est possible que du fait de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui ajoute à l'article 1er de la Constitution de la V^{e} République un alinéa selon lequel « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Une loi sur l'égalité salariale, votée en mars 2006, qui prévoyait un minimum de 20 % de femmes dans les conseils d'administration, dans les organisations syndicales, dans les candidatures aux élections prud'homales, avait été censurée par le Conseil Constitutionnel en opposant à cette disposition une conception universaliste et formelle de l'égalité[1].

Cette nouvelle loi prend aussi sens au regard de la persistance des inégalités entre hommes et femmes dans l'espace économique et social français. En dépit de lois successives en faveur de l'égalité salariale, à poste et niveau de qualification équivalents, les salaires des femmes demeurent inférieurs de 10 % à ceux des hommes[2]. De plus, quatre salariés à temps partiel sur cinq sont des femmes. Enfin, en dépit de la proposition avortée de mars 2006 qui aurait pu fonctionner comme un signal pour les entreprises, en 2009, les femmes représentent en France plus de 47 % de la population active, mais elles n'occupent que 10,5 % des sièges dans les conseils d'administration ou de surveillance des sociétés du CAC 40 (cinquante-huit femmes) et seulement 8 % des sièges dans les 500 premières sociétés françaises.

Ce sont finalement les réticences que suscite cette proposition qui témoignent du caractère pour partie problématique du passage d'une conception de l'égalité à l'autre dans la configuration française. Pierre Rosanvallon[3] avait mis en évidence les spécificités de la conception française de l'égalité et de la démocratie et en avait fait une des causes du retard du vote des femmes en France. À l'occasion des débats qu'engendre la proposition de mise en place de la parité politique en France[4], on voit resurgir avec force les défenseurs de cette acception traditionnelle de l'égalité à la française. Plusieurs travaux ont ainsi bien montré en quoi l'introduction de la logique des quotas dans la vie politique française s'est faite *via* une forme de négociation avec la norme universaliste qui s'est traduite dans le vocable 'parité'[5]. Toutefois, ces mêmes auteurs laissent à penser qu'une fois la solution juridique et politique trouvée,

1 Dans sa décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, le Conseil constitutionnel souligne que : « si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles […], elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ».

2 Dares, « Les écarts de salaire entre les hommes et les femmes en 2006 : des disparités persistantes », *Premières Synthèses*, octobre 2008, n°44-5.

3 Pierre Rosanvallon, *Le sacre du citoyen. Histoire intellectuelle du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992.

4 Cf Laure Bereni, Éléonore Lépinard, « La parité, contresens de l'égalité ? Cadrage discursif et pratique d'une réforme », *Nouvelles Questions Féministes*, 2003, n° 22, p. 12-31 ; ou Laure Bereni, Éléonore Lépinard, « «Les femmes ne sont pas une catégorie ». Les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue Française de Science Politique*, 2004, n° 54, p. 71-98.

5 Joan W. Scott, *Parité ! L'universel et la différence des sexes*, Paris, Albin Michel, 2005 ; ou Laure Bereni et Anne Revillard, « Des quotas à la parité : « Féminisme d'État » et représentation politique (1974-2007) », *Genèses*, 2007, n° 67, p. 5-23.

Livre Jurisprudence n°2.indb 204 08/08/2011 12:02:54

une forme de consensus se serait mise en place[6]. Consensus dont témoignerait du reste le large soutien dans l'opinion publique qui se dégagerait en faveur de la mise en place d'une représentation plus équilibrée entre hommes et femmes dans les conseils d'administration. Selon un sondage publié par *Madame Figaro* en août 2009, 71 % des Français interrogés se déclarent favorables à l'instauration d'un quota de 40 % de femmes dans les instances dirigeantes des grandes entreprises et des sociétés cotées en Bourse, avec peu de différences entre hommes et femmes. Au même moment, un sondage de l'association GEF (Grandes Écoles au Féminin) conclut que 55 % des diplômés des écoles françaises les plus prestigieuses interrogés sont favorables à des quotas de femmes dans le top management des entreprises. Ce même sondage révèle toutefois que seulement 44 % des hommes s'y disent favorables.

Et, en effet, quand on analyse les réactions suscitées par cette proposition, on semble loin d'une forme de consensus. C'est vrai des milieux économiques eux-mêmes qui, dans un premier temps, s'opposent à toute forme de législation et souhaitent se contenter d'un code de bonne conduite. C'est vrai des milieux politiques puisque, si le texte est rapidement mis en discussion et adopté par l'Assemblée Nationale, il met près de dix mois à être examiné par le Sénat et ne passe qu'au prix d'un ensemble d'amendements qui, certes, étendent le nombre d'entreprises concernées, mais qui, en retour, limitent les sanctions encourues par les contrevenants[7]. Il est à cet égard significatif que, lors du vote final à l'Assemblée Nationale, la ministre fasse remarquer qu'il n'y a qu'un homme dans l'hémicycle[8] tandis que la rapportrice propose d'adopter le texte tel qu'il a été amendé par le Sénat –et en dépit de ses limites – afin d'éviter une nouvelle navette *via* la Chambre Haute[9]. C'est enfin vrai d'une certaine opinion publique et intellectuelle dont on peut mesurer l'ampleur en dépouillant les opinions, courriers et commentaires initiés en réponse à des articles qui font état du vote de cette nouvelle législation.

C'est précisément en partant de ces débats parlementaires[10] et de ces réactions dans l'espace public[11] ainsi que des études menées sur la mise en œuvre de la parité en politique que nous aimerions interroger « en creux »[12] le double impensé qui structure le choix de faire avancer l'égalité entre hommes et femmes par le recours au droit : au droit législatif dans l'exemple ici choisi ; au droit conventionnel dans l'étude menée par Geneviève Pignarre. Le premier impensé porte sur la question des « moyens » et de la force du droit. Le deuxième impensé porte sur la question des « fins » et de la hiérarchisation des inégalités.

6 Laure Bereni, « Quand la mise à l'agenda ravive les mobilisations féministes. L'espace de la cause des femmes et la parité politique (1997-2000) », *Revue française de science politique*, 2009, n° 59, p. 301-323.

7 Notons, du reste, que l'extension du principe de parité aux responsabilités professionnelles et sociales dans l'article 1er de la Constitution n'avait été voté que par 126 voix contre 88 grâce à l'appui des députés socialistes et contre l'avis du Gouvernement.

8 « […] Mesdames les députées et monsieur le député – il en fallait au moins un ! (Sourires) –, vous allez examiner aujourd'hui une proposition de loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle » (Mme Roselyne Bachelot-Narquin, ministre des solidarités et de la cohésion sociale, A.N., XIIIe législature, 13/01/2011). Et Aurélie Filippetti (PS) d'ajouter un peu plus tard : « Monsieur le président, madame la ministre, mesdames et messieurs les députés – je constate que, pour une fois, il y a beaucoup plus de députées femmes que de députés hommes […] ce dont je me réjouis tout en regrettant que ce soit parce que nous parlons de sujets qui concernent les femmes ».

9 « Le temps écoulé entre les premières lectures de chaque chambre augurait d'une navette encore lente et longue si nous prenions le parti de ne pas retenir la version finalement adoptée par les sénateurs. […] Revenir sur la version adoptée par les sénateurs prolongerait la navette pour de longs mois encore et ferait le jeu des conservatismes » (Mme Marie-Jo Zimmermann, A.N., XIIIe législature, 13/01/2011).

10 Sur l'intérêt d'étudier les débats parlementaires comme creusets et révélateurs des normes sociales de genre, cf Éléonore Lépinard, « Faire la loi, faire le genre : conflits d'interprétations juridiques sur la parité », *Droit et société*, 2006, n°62, p. 45-66.

11 On s'est notamment appuyé sur les réactions des lecteurs de trois organes de presse : *Le Monde*, *Le Figaro* et *Le Point*.

12 Sur l'intérêt de cette approche « en creux », cf Sophie Maurer, Emmanuel Pierru, « Le mouvement des chômeurs de l'hiver 1997-1998. Retour sur un miracle social », *Revue Française de Science Politique*, 2001, n° 51, p. 371-407.

Livre Jurisprudence n°2.indb 205 08/08/2011 12:02:55

I. Faire l'égalité par le droit : La force du droit ?

> « Organisation du travail, pouvoir subvenir décemment aux besoins de sa famille, parité des salaires, congé maternité de dix mois minimum, partage des acquis retraite en cas de divorce, recouvrement efficace des pensions alimentaires, etc., sont aussi des caractéristiques de la société norvégienne dont Madame Zimmermann aurait pu s'inspirer. Certes moins médiatiques, la mise en oeuvre de tous ces points améliorerait sensiblement les difficiles conditions de vie et de pauvreté d'un grand nombre de Françaises. Dommage que Madame Zimmermann semble ignorer que la Norvège n'a institué la parité dans les conseils d'administration qu'après une profonde évolution de la société qui a touché le quotidien du plus grand nombre. Alors que cesse ce cinéma à la française qui ne sert qu'à masquer l'incompétence de nos dirigeants à régler les problèmes les plus criants ! » (M., Femme[13], 20/01/2010, forum du *Point*)

La question de la relation entre les normes sociales et les normes juridiques a été au cœur de la discipline sociologique dès sa naissance. C'est en découvrant la nature profondément inégalitaire d'un droit prussien qui se présente pourtant comme égalitaire que Karl Marx[14] en vient à rompre avec l'hégélianisme et avec la croyance en la rationalité et l'efficacité d'une norme juridique qui aurait pour finalité de servir l'intérêt général. Il en conclut à l'inverse que le droit écrit tel qu'il existe dans la législation n'est pas l'élément fondamental qui expliquerait la structure des sociétés. Il est une simple superstructure dans laquelle sont institutionnalisés les rapports économiques en place et qui contribue à leur reproduction. Cette question est de même au cœur de la thèse d'E.Durkheim[15] qui fait des transformations de la norme juridique l'un des indicateurs cardinaux d'une transformation générale des sociétés : le passage de la sanction répressive à la sanction restitutive serait l'indice du passage de sociétés à solidarité mécanique à des sociétés à solidarité organique.

Ce débat se structure autour de deux questions et des réponses différentes que lui apportent un ensemble d'auteurs[16], en mêlant parfois arguments positifs (au sens de relevant d'un constat empirique) et arguments prescriptifs (présentant ce qui devrait être). S'opposent ainsi ceux qui présentent les normes juridiques comme la simple émanation des normes sociales –ce qui autorise à faire de celles-là des indicateurs de celles-ci – et ceux qui défendent une autonomie des normes juridiques à l'égard des normes sociales. S'opposent ensuite ceux qui défendent l'hypothèse d'une force propre du droit qui s'imposerait aux acteurs en en imposant, et ceux qui, au mieux, ne voient dans les normes juridiques que des ressources que les acteurs utilisent –ou non – au même titre que d'autres, la société ne pouvant être, pour reprendre le titre de Michel Crozier[17], « changée par décret ».

Les formes d'articulation entre normes sociales et normes juridiques[18]

	Normes juridiques comme ressources parmi d'autres	Force propre des normes juridiques
Normes juridiques émanant des normes sociales	Durkheim, Lascoumes	Marx, Bourdieu
Normes juridiques autonomes à l'égard des normes sociales	Ehrlich[a], Weber	Kelsen, Positivistes

13 Par la suite, on indiquera par un 'H' ou un 'F' le sexe de l'intervenante.

14 Karl Marx, *Contribution à la critique de la philosophie du droit d'Hegel*, 1844.

15 Émile Durkheim, *De la division du travail social*, 1893.

16 La féminisation du nom serait ici artificielle puisque ceux que nous allons citer ne sont que des hommes. Illustration, sans doute, de la situation des sciences sociales à leur origine et, encore, il n'y a pas si longtemps.

17 Michel Crozier, *On ne change pas la société par décret*, Paris, Grasset, 1979.

18 Cette typologie a seulement une vocation idéale-typique et le choix des auteurs pour l'illustrer relève d'une forme d'arbitraire qui, à soi seul, mériterait discussion. Il est évident que, dans la diversité des écrits de chacun de ces auteurs, on pourrait trouver trace d'autres modes de positionnement. Mais, il nous semble qu'en tendance, on pourrait les rapprocher de ces pôles-ci.

a Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 1936 (1913).

Livre Jurisprudence n°2.indb 206 08/08/2011 12:02:55

Si l'on peut trouver des représentants de chacune de ces familles, il semblerait que les travaux les plus récents tendent plutôt à donner raison à ceux qui s'interrogent sur la force propre du droit : du fait d'un ensemble de transformations structurelles – désacralisation de la norme étatique qui ne vaut plus en transcendance, mais simplement en fonction de son efficacité, multiplication des normes juridiques, multiplication des ordres juridiques concurrents, tensions croissantes entre l'action de l'administration et la nécessaire protection des droits fondamentaux, affirmation de nouveaux acteurs dans la régulation juridique –, on passerait d'un droit « imposé » à un droit « mobilisé »[19], d'un monolithisme juridique à un pluralisme juridique[20].

Dans cette perspective, le positionnement des promoteurs de la proposition de loi en question pourrait sembler paradoxal. En effet, ceux-ci se réfèrent très directement à une conception des relations entre normes sociales et normes juridiques qui fait de celles-ci un outil relativement autonome pour faire évoluer celles-là.

Ainsi, le rapport[21] rédigé par Marie-Jo Zimmermann pour le compte de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, après avoir fait état de la situation actuelle, souligne d'abord les limites de l'autorégulation : « L'objectif de mixité au sein des organes sociaux des entreprises a fait l'objet de nombreuses déclarations d'intention, ces dernières années. Le législateur s'en est jusqu'alors remis à l'autorégulation […] Cependant, le Parlement ne peut que constater aujourd'hui la lenteur des changements, pour ne pas dire la stagnation du mouvement de revalorisation de la place faite aux femmes pour l'exercice de responsabilités gestionnaires ». Il présente ensuite la voie législative comme un « levier juridique pertinent », comme la voie adéquate pour « initier une évolution structurelle » : « l'adoption d'une loi sur une représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés publiques ou privées et des établissements publics de l'État s'impose donc comme le nécessaire électrochoc dont les hautes sphères de notre économie et notre administration ont besoin. Une telle étape est indispensable pour impulser une évolution que de trop nombreuses personnes morales rechignent à engager d'elles-mêmes. […] À défaut d'incitation législative, il y a fort à parier que la situation actuelle, dont tout le monde s'accorde à reconnaître le caractère insatisfaisant, perdure encore des décennies ».

Cette efficacité présomptive de la procédure législative est finalement imputée à trois mécanismes principaux. D'abord, le poids des sanctions, ce qui se traduit par la proportion importante des discussions qui portent précisément sur ce point-ci en laissant entendre qu'il est donc crucial. Ensuite, la force des incitations : la proposition de loi ne se limite pas à la mise en place de quotas dans les conseils d'administration ; mais, prévoit aussi notamment qu'un rapport de situation comparée sur les conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes soit joint au rapport annuel de gestion et que les conseils d'administration ou de surveillance délibèrent annuellement sur la politique d'égalité professionnelle et salariale. Enfin, une sorte d'effet d'entraînement dont plusieurs intervenantes se font l'écho à l'instar d'Aurélie Filippetti : « Il fallait commencer par légiférer en la matière dans les instances dirigeantes pour faire évoluer les comportements, car, comme nous l'avons dit et redit, ils n'évoluent pas spontanément. Ce faisant, nous pouvons également espérer qu'un changement dans les organes de direction irriguera ensuite l'ensemble de l'entreprise » (A.N., XIII[e] législature, 13/01/2011).

Ce sont toutefois précisément les postulats qui sous-tendent ce positionnement que questionnent tant d'autres

19 Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », *Droit et Société*, 1988, n°9, p. 171-193.

20 Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, 1986, n° 18, p. 11-32.

21 Rapport n°2205 sur la proposition de loi (n°2140) de M. Jean-François Copé et Mme Marie-Jo Zimmermann relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, Assemblée Nationale, XIII[e] Législature, 22 décembre 2009.

Livre Jurisprudence n°2.indb 207 08/08/2011 12:02:55

intervenants – dans l'arène parlementaire et en dehors de celle-ci – que certains précédents. Ainsi, les promoteurs de l'égalité hommes-femmes par le droit se voient rappeler la force des normes sociales à la fois en amont et en aval.

Pour ce qui concerne l'amont, on fait référence à l'intervention des groupes d'intérêts économiques et de leurs représentants pour limiter l'intensité des sanctions prévues. Pierre Lascoumes[22], étudiant l'évolution des lois en matière de risque industriel, a pu démontrer combien chaque texte est le résultat d'un compromis entre divers intérêts que la collectivité choisit de protéger. En l'occurrence, c'est au nom de l'intérêt des entreprises et, par extension, de celui des salariés que sont justifiés, d'une part, l'abandon des sanctions initialement envisagées – la nullité des délibérations prises par un conseil d'administration qui ne respecterait pas les quotas mis en place – au profit d'une simple sanction financière individuelle –la suspension des jetons de présence pour les administrateurs ou, d'autre part, le choix de ne pas imposer une parité parfaite (50 %) au profit de simples « quotas » (40 %). Dès le début des discussions en commission, Jean-Luc Warsmann (UMP, Président de la Commission des lois) rappelle la nécessité de « concilier l'objectif de parité avec la sécurité juridique des actes relatifs à la vie courante des sociétés commerciales : mettre en péril les entreprises, c'est mettre en péril l'emploi ». La ministre lui fait écho lors de la discussion finale en expliquant que « la sanction de nullité des délibérations est totalement disproportionnée. Elle ferait peser de graves menaces sur les salariés des entreprises concernées et ferait porter par des tiers les conséquences de décisions sur lesquelles ils n'ont aucune prise », ou en défendant le quota de 40 % : « certains conseils d'administration comptent un nombre impair d'administrateurs. Ensuite, les nominations doivent avoir lieu au fil de l'eau. On ne peut donc constater la parité comme on le fait au moment d'une élection, ce qui justifie une certaine souplesse. À défaut, je vous le dis franchement, vous allez complètement bloquer le système ! ».

Mais, c'est surtout l'effectivité des mesures envisagées qui est questionnée au regard de différents précédents. C'est du reste ce que laissent entendre certains des promoteurs de l'égalité eux-mêmes. Martine Pinville (PS) rappelle par exemple qu'« un trop grand nombre de lois ne sont pas ou peu appliquées », qu'il ne s'agirait pas de voter « une loi d'affichage qui laisserait croire que tout est réglé, qu'on peut baisser la garde dans le combat pour l'égalité, alors que, dans les faits, rien ne bouge » et que « refuser la nullité des délibérations, c'est d'ores et déjà se situer dans l'hypothèse que votre texte ne sera pas appliqué ». Et, de fait, l'exemple pris à l'appui de cet argumentaire –les dispositions concernant l'application de la parité en politique – tend à démontrer que la mise en œuvre d'une loi assortie d'un ensemble de sanctions financières ne suffit pas à traduire directement les volontés juridiques en normes sociales : la loi, instrument exemplaire d'égalité politique pour les scrutins de liste, où l'obligation de parité est stricte et coercitive, se révèle en revanche inopérante pour les scrutins uninominaux et n'influe que marginalement sur la dévolution des pouvoirs exécutifs, qui demeurent un quasi monopole masculin. La parité se heurte ainsi à la logique entrepreneuriale des partis qui n'hésitent pas à instrumentaliser les lois mises en place pour les mettre au service de logiques plus traditionnelles[23] (Politix, 2002). Or, certains commentateurs laissent entendre que de tels détournements sont déjà en cours pour ce qui concerne cette nouvelle loi. Alors que les premières nominations conformes à l'esprit de la proposition sont publicisées –par exemple, la nomination de Mme Chirac au conseil d'administration de LVMH ou celle de Florence Woerth chez Hermès – un intervenant se demande si « en plaçant les femmes ou les petites amies de ces messieurs dans les Conseils d'administration, cela va changer beaucoup de choses » (C, H, *Le Figaro*, 20/04/2010). Un autre fait remarquer à l'annonce de la proposition initiale que « dans un CA, ce qui compte, c'est le capital représenté. À quoi vont servir des femmes qui représenteront un pourcentage ridicule du capital ? » (A, H, *Le Point*, 20/01/2010).

22 Pierre Lascoumes, « La formalisation juridique du risque industriel », *Sociologie du travail*, 1989, n°3, p. 315-334.

23 « La parité en pratiques », *Politix*, 2002, n°15.

Livre Jurisprudence n°2.indb 208 08/08/2011 12:02:55

De la même façon, certains des promoteurs de l'égalité hommes-femmes s'interrogent sur la possibilité de défendre cette cause *via* une obligation de conventionnements et de rapports annuels sur la situation respective des salariés et des salariées. La ministre elle-même rappelle que, si « l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes a permis une augmentation du nombre d'accords collectifs signés […] le bilan tant quantitatif que qualitatif des négociations mérite d'être encore amélioré et les inégalités professionnelles demeurent importantes ». Par exemple, note-t-elle, « 55 % des entreprises n'effectuent pas le rapport de situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes ». À ce diagnostic que corrobore l'étude de Geneviève Pignarre, s'ajoute le commentaire de Martine Billard (Parti de gauche) qui note que « toutes les lois sur ces questions d'égalité entre les femmes et les hommes achoppent sur le fait qu'elles ne sont assorties que d'obligations de moyens et jamais d'obligations de résultat. Les sanctions portent sur l'existence de négociations, pas sur leur résultat ». Et, de fait, il y a loin des outils juridiques mis à la disposition des acteurs de l'entreprise soit par la loi, soit par la jurisprudence, à leur mise en œuvre concrète par les inspecteurs du travail. Geneviève Pignarre rappelle les nouveaux instruments disponibles pour faire reconnaître des discriminations dans le travail : notion de « discrimination indirecte », notion de « discrimination par association ». Elle démontre combien ces notions ouvrent le champ des situations susceptibles de faire l'objet de contentieux. On peut aussi y lire le caractère relativement flou – dans la pratique – de telles incriminations : à partir de quand une disposition, critère ou pratique peut-être considéré comme approprié et nécessaire ? De même, la nouvelle loi contribue à élargir les sanctions à l'encontre des entreprises d'au moins cinquante salariés qui ne respecteraient pas leurs obligations en matière de rapport annuel de situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes et d'accord d'égalité professionnelle. Mais, le montant de la sanction sera modulé par l'autorité administrative, c'est-à-dire l'inspection du travail, « en fonction des efforts constatés dans l'entreprise en matière d'égalité professionnelle et des motifs des défaillances observées dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État ». Autrement dit, chacune de ces mesures ou de ces nouveaux outils est assortie d'une certaine marge d'appréciation et de négociation qui, si l'on en croit les travaux qui se sont attachés au travail des inspecteurs du travail[24], a pour incidence de faire passer la nécessité de survie des entreprises avant celle de respect strict d'une norme juridique intangible. En ce sens, il est loin d'être assuré que, comme on pourrait le comprendre à partir du texte de Geneviève Pignarre, on puisse attendre d'une négociation au sein des entreprises des accords plus respectueux de ces normes parce que discutés au plus proche du terrain.

Enfin, c'est l'effet d'entraînement qui peut être questionné. Marie-Hélène Amiable (PCF) s'interroge notamment sur le lien qui est fait par les partisans de la proposition entre la transformation de la composition genrée des conseils d'administration et l'amélioration de la situation des femmes dans les entreprises : « Si [cette proposition] contribue – quoique de manière déséquilibrée – à faire entrer progressivement davantage de femmes dans les instances dirigeantes des sociétés, nous ne partageons pas le vœu pieux qui consiste à supposer que cette nouvelle représentation contribuera à améliorer l'égalité salariale et professionnelle dans les entreprises, loin s'en faut ». Nombreux sont les commentateurs qui, de même, questionnent les avantages que les femmes, dans leur ensemble, pourraient tirer d'une mesure qui, apparemment, n'en concerne que quelques-unes. On peut au reste noter que certains des travaux menés aux États-Unis en études de genre ont montré que, paradoxalement, les femmes en position de pouvoir semblent moins réceptives aux demandes relevant de l'égalité entre hommes et femmes en ce qu'elles ne veulent pas

24 Nicolas Dodier, « Le travail d'accommodation des inspecteurs du travail en matière de sécurité », in Luc Boltanski et Laurent Thévenot Laurent (dir.), *Justesse et justice dans le travail*, Paris, PUF, 1989, p. 281-306.

Livre Jurisprudence n°2.indb 209 08/08/2011 12:02:55

risquer de se délégitimer à l'égard de leurs pairs en paraissant défendre les « leurs »[25]. Le poids de la norme patriarcale serait tel que la femme dirigeante serait dirigeant plutôt que femme, ou, plutôt, se contraindrait à une hypercorrection[26] telle qu'elle s'interdirait ce que le dirigeant, marginalement, pourrait s'autoriser.

C'est précisément parce que les inégalités semblent liées à des facteurs structurels que certains en viennent alors à mettre en cause la possibilité même de parvenir à de telles transformations *via* une réforme législative. C'est ce qu'affirme un député Nouveau Centre, « l'homme » de l'Assemblée, Pascal Brindeau, qui se demande explicitement si « la société ne doit évoluer que sous l'effet des lois et des sanctions » pour expliquer que « l'intervention sur l'égalité des hommes et des femmes à un moment où celle-ci ne peut être établie que de façon artificielle ne nous paraît pas être le meilleur choix », qu'« il importe de commencer à intervenir plus tôt, et de façon durable, sur la promotion de l'égalité », « dès le jeune âge », puis au niveau des cadres. C'est ce qu'on pourrait aussi conclure de la mise en évidence par Guida West et Rhoda L. Blumberg[27] d'une « loi d'airain de la patriarchie » qui voudrait que, dans une société où règne la domination masculine, un ensemble de facteurs structurels lourds tendent à cantonner les femmes dans des rôles subalternes, même dans les organisations de protestation dans lesquelles la défense de l'égalité des genres est un objectif. La norme juridique ne pourrait contrecarrer une norme sociale plus forte et plus profonde.

Dans cette perspective, la proposition de loi en question devrait être lue comme une simple loi d'affichage, un moyen de « préserver la crédibilité d'un engagement politique » (M.-J. Zimmermann, rapport initial), de continuer de croire et de faire croire à la capacité du politique à faire le monde social, voire, comme le concluent quelques commentateurs, comme un « coup politique » : « Mr. Copé devrait céder sa place à une femme… Il veut surtout les voix féministes, plutôt… Ah… à quoi n'est-on pas prêt pour arriver ?… » (T, H, *Le Figaro*, 20/10/2010).

On peut toutefois aussi en faire une autre lecture. Ne pas souscrire à une lecture volontariste de l'acte législatif pour lui substituer une lecture relativiste ne signifie pas pour autant nier à la norme juridique tout effet. Comme le rappelle M.Weber, certes, le sociologue ne croit pas connaître le jeu en connaissant la règle du jeu officielle. En revanche, il est amené à prendre en compte la manière dont cette règle du jeu officielle pèse sur le jeu qui est en train de se dérouler, en quoi elle peut être une contrainte ou une ressource pour les acteurs, au même titre que d'autres contraintes ou ressources d'autres ordres (économiques, sociales, culturelles…), mais pas moins (et même parfois plus, selon le type d'acteurs concernés) que d'autres contraintes ou ressources. En l'occurrence, les partisans de ces mesures ont beau jeu de rappeler que, si les lois imposant la parité en politique, se sont heurtées à des obstacles, elles ont néanmoins aussi débouché sur un ensemble de résultats. De même, mobilisent-ils (ou, plutôt, elles) l'exemple de la Norvège qui, en imposant des quotas dans les conseils d'administration, ainsi qu'un dispositif de sanctions, est parvenue à faire passer le pourcentage de femmes dans ces institutions de 8 % à 40 % en quelques années. Enfin, notent-elles que la simple annonce de la loi a suffi à initier un mouvement : le rapport final de Marie-Jo Zimmermann[28] se réjouit ainsi que le texte « ait commencé à produire ses effets avant même son adoption définitive », les femmes représentant plus de 15 % des membres des conseils d'administration ou de surveillance des sociétés du CAC 40 dès septembre 2010. Du reste, nombre de travaux ont montré

25 Verta Taylor, « Gender and Social Movements. Gender Processes in Women's Self-Help Movements », *Gender and Society*, 1999, n°13, p. 8-33.

26 Pierre Bourdieu, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.

27 Guida West et Rhoda Lois Blumberg, « Reconstructing Social Protest from a Feminist Perspective », Guida West et alii (dir.), *Women and Social Protest*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 3-35.

28 Rapport n°3041 sur la proposition de loi (n°2923) modifiée par le Sénat, relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, Assemblée Nationale, XIII[e] Législature, 15 décembre 2010.

Livre Jurisprudence n°2.indb 210 08/08/2011 12:02:55

que les lois peuvent elles-mêmes constituer des cadrages qui facilitent –ou contraignent – l'action des mouvements sociaux, notamment en matière de droits des femmes : elles fournissent des ressources directes et cognitives que les militants peuvent mobiliser dans leurs combats spécifiques[29].

Comme pour les lois sur la parité en politique, c'est donc au terme d'une évaluation des effets des dispositifs législatifs mis en place qu'il sera possible de mesurer dans quelle mesure l'édiction de ces nouvelles juridiques a pu peser sur l'évolution des normes sociales à la base. Encore faudra-t-il alors s'interroger sur les objectifs « réels » de cette loi.

II. Faire l'égalité au nom de quoi ? La hiérarchisation des inégalités

> « Mettre des quotas de parité dans tout est contre nature et contre productif. Les personnes les plus compétentes doivent être sélectionnées indépendamment des autres critères (race, sexe, milieu social,…). Le pouvoir actuel se perd dans des considérations politico-sociales suggérées par des gens irresponsables. Le pays a assez de difficultés comme ça. Il est inutile d'en ajouter d'autres ». (R., H, *Le Figaro*, 20/01/2010)

> « Comme la plupart des lois votées par le PS et l'UMP ensemble, cette loi est une vraie erreur. À quand des quotas de noirs (déjà demandés par le CRAN. Ca s'appelle la discrimination positive), de musulmans, d'homosexuels ?… » (L, H, *Le Monde*, 14/01/2011)

La lecture des arguments avancés par les partisans de la réforme révèle une double justification dont les logiques sont relativement antithétiques.

Le rapport initial proposé par Marie-Jo Zimmermann est, à cet égard, symptomatique. Dans un premier temps, elle en appelle à un registre égalitaire universaliste. Il s'agirait « seulement » de donner aux femmes « une juste place à la tête des grandes entreprises privées et publiques » en conformité avec le rôle qu'elles occupent désormais dans l'économie et avec les qualifications qui sont aujourd'hui les leurs. La proposition viserait donc essentiellement à aller à l'encontre de mécanismes discriminatoires à l'égard des femmes présentés comme particulièrement importants.

Toutefois, la suite de l'argumentaire repose sur un tout autre positionnement. Il s'agit en effet alors de défendre cette proposition au nom des « avantages liés à la revalorisation de la position des femmes dans l'économie ». L'argumentation n'est alors plus d'ordre moral ou éthique, mais d'ordre économique et financier. Sont alors énumérés les bienfaits que la société pourrait tirer de cette meilleure représentation des femmes dans les conseils d'administration : le gage d'une meilleure gouvernance, le moyen d'une diversification de la composition des instances de direction, des performances financières et organisationnelles meilleures. La députée s'appuie en ce sens sur des études qui semblent montrer que la mixité serait « un levier de performance des entreprises », qu'elle se traduit par de meilleurs résultats financiers. Il s'agirait donc de justifier la « non-discrimination » à l'égard des femmes, voire une politique de « discrimination positive » à l'égard de celles-ci, par les qualités spécifiques qu'elles pourraient apporter et par celles qu'induirait une plus grande mixité dans les organes de direction. Marie-Jo Zimmermann note même que « la mise en œuvre d'une forme de discrimination positive en faveur des femmes dans les postes de décision de l'économie n'est légitime que si elle peut contribuer à améliorer le fonctionnement mais aussi les performances des entreprises ».

Ces deux lignes d'argumentation structurent peu ou prou aussi les raisonnements développés par les partisans de ces propositions tant dans l'espace parlementaire que dans l'espace public. Quand la ministre rappelle, dans une logique égalitariste, que le « quota ne s'applique pas aux femmes. Il s'applique au sexe le moins représenté à l'intérieur du conseil d'administration », Jean-Luc Pérat (PS) souligne « que les entreprises qui ont la plus grande représentation de femmes dans leur comité de direction sont aussi les plus performantes financièrement. Ce lien entre mixité

29 Nicholas Pedriana, « From Protective to Equal Treatment : Legal Framing Processes and Transformation of the Women's Movement in the 1960s », *American Journal of Sociology*, 2006, n° 111, p. 1718-61.

Livre Jurisprudence n°2.indb 211 08/08/2011 12:02:55

et performance économique se confirme dans quasiment tous les secteurs économiques ». De même, lorsque le magazine *Madame Figaro* (28/08/2009) propose un dossier pour soutenir l'instauration de quotas dans les conseils d'administration, il s'appuie d'une part sur la sous-représentation des femmes dans ces institutions au regard de leur poids dans l'économie, mais aussi, d'autre part, sur un sondage qui tendrait à laisser penser que, selon la majorité des répondants, plus de femmes dans les conseils d'administration des grandes entreprises améliorerait la situation des femmes, mais aussi la gestion humaine (travail en équipe, promotions,…) dans l'entreprise. 46 % des répondants affirment même que cette évolution favoriserait les performances de l'entreprise, contre 47 % qui estiment que ça n'aurait pas d'influence et 2 % que ça les pénaliserait. Autant de questions qui en disent autant sur les représentations de ceux et celles qui les ont posées que sur les représentations de ceux et celles qui y ont répondu[30].

Ces deux manières de soutenir ces mesures correspondent finalement à deux façons de construire et de penser la norme juridique. Dans un cas, il s'agit de la rapporter à une norme de justice et de justesse dans une logique de « droit naturel » : l'égalité est recherchée pour elle-même, en tant que valeur fondamentale. Dans l'autre cas, on la rapporte à une logique économiciste dans laquelle la quête d'égalité ou de mixité n'est qu'un moyen mis au service d'une autre finalité : la performance des entreprises. On se rapproche alors plutôt d'une analyse économique du droit qui évalue l'efficacité des règles dans une perspective de maximisation des bénéfices pour la collectivité[31]. On retrouve même là les conclusions tirées par Gary Becker[32] dans sa thèse consacrée à l'analyse économique de la discrimination : pour lui, les discriminations, quelles qu'elles soient, ne doivent pas être combattues pour des raisons morales, mais parce qu'elles conduisent à un niveau économique sous-optimal.

Toutefois, en retour, ces lignes d'argumentation ne sont pas sans laisser place à des contre-argumentaires. Ainsi, à subordonner la mise en œuvre de l'égalité entre hommes et femmes à l'apport que cette égalité est supposée apporter aux performances des entreprises, on ouvre la voie, d'une part, à la remise en cause du lien qui est ainsi tracé entre ces deux phénomènes et, d'autre part, à la mise en avant d'autres mesures qui pourraient apparaître plus appropriées au même objectif.

Nombreux sont les commentaires qui, à l'instar de celui qu'on a placé en exergue, se demandent si, d'un point de vue économique, il ne serait pas plus heureux de s'en remettre aux « plus compétents » plutôt qu'à des quotas imposés de l'extérieur. L'un explique par exemple que « l'industrie fonctionne mieux quand elle est exempte d'intrusions politiques. Une industrie existe pour produire et non pas pour refaire la société. Les femmes qualifiées pour siéger aux conseils d'administration n'ont pas besoin de quota, et celles qui veulent un quota ne sont probablement pas qualifiées et ne devraient pas occuper de tels postes. J'ai vu dans mon pays les dégâts causés par une «affirmative action » poussant à l'avancement de gens incompétents. Ce genre de politique finit toujours par être mauvais pour le climat de travail, par être coûteux sans raison, et rend suspect l'avancement du personnel appartenant aux groupes favorisés par cette politique, que ce soit justifié ou non » (C, H, *Le Figaro*, 4/05/2010).

D'autres débatteurs, notamment parmi les parlementaires, s'interrogent sur le choix qui a été fait de ne pas limiter le cumul des mandats d'administrateurs alors même que cette mesure aurait favorisé avec autant, voire plus, d'efficacité les objectifs mis en avant dans la loi. Martine Pinville (PS) explique ainsi que « notre ambition ne saurait être de prétendre avoir réglé la question de la représentation équilibrée des femmes en favorisant la promotion de quelques administratrices professionnelles qui

30 Sur ce point, cf Patrick Champagne, *Faire l'opinion*, Paris, Minuit, 1991.

31 Ronald Harry Coase, *Le coût du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000 (1960) ; Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown, 1973.

32 Gary S. Becker, *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1957.

Livre Jurisprudence n°2.indb 212 08/08/2011 12:02:55

cumuleraient les postes dans l'ensemble des grandes entreprises françaises. Nous devons, à l'inverse, démocratiser la gouvernance des entreprises : j'ai acquis sur cette question, comme sur celle de la place des femmes en politique, la conviction profonde que rien ne changera réellement sans une limitation importante du cumul des mandats ».

Si faire de l'égalité entre hommes et femmes – tant dans les conseils d'administration que, par le biais des conventions, dans l'ensemble de l'entreprise – un facteur de performance peut favoriser son acceptabilité sociale, notamment au nom du souci de protéger les intérêts industriels, cela peut donc aussi contribuer à en saper pour partie la légitimité. N'est-ce pas au nom de cette efficacité sociétale que John Rawls[33] justifie le maintien des inégalités qui profitent aux plus défavorisés ?

À l'inverse, la focalisation sur la défense de l'égalité entre hommes et femmes en tant que telle pose la question de la hiérarchisation des inégalités. Dans quelle mesure les inégalités entre hommes et femmes devraient-elles être traitées avant –ou, tout au moins, indépendamment – d'autres formes d'inégalités ? Dans quelle mesure d'autres inégalités devraient-elles et pourraient-elles faire l'objet d'un traitement similaire à celui qui est mis en place en matière d'égalité hommes-femmes ?

Les défenseurs de la proposition de loi se justifient à partir d'un double postulat. D'abord, ils soutiennent le caractère particulièrement important des inégalités hommes-femmes en France : Martine Prinville (PS) rappelle par exemple que « selon le classement 2010 établi par le World Economic Forum, la France est le cent vingt-septième pays sur 134 au regard de l'égalité salariale. Une telle situation, inacceptable aux yeux de nos lois et indigne de notre pays, aurait justifié que le label de grande cause nationale soit conféré à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ». Ensuite, ils affirment le caractère singulier de la différence entre hommes et femmes par rapport aux autres différences existantes : la Ministre admoneste ainsi Pascal Brindeau, avec le soutien des parlementaires du PS et de l'UMP, en affirmant que « la différence entre les hommes et les femmes n'a rien à voir avec les autres différences, qu'il s'agisse des différences de race, des différences d'origine religieuse ou des différences d'appartenance ethnique. La différence entre les hommes et les femmes est la seule distinction qui vaille, et c'est une distinction ontologique. Toutes les autres sont contingentes, accessoires ou même profondément contestables ».

Il n'en reste pas moins que, sur ces deux points, les contestations publiques et parlementaires sont légion. Les uns avancent ainsi qu'il est d'autres inégalités qui mériteraient d'être prises en compte autant, si ce n'est plus, que ces inégalités-ci. Marie-Hélène Amiable (PCF) appelle ainsi à ne pas détacher la question de la précarité des femmes de la question de la précarité des salariés dans leur ensemble et propose de « rendre obligatoire la participation avec voix délibérative des représentants des salariés au sein des conseils d'administration des entreprises ». Surtout, certains des commentateurs publics opposent à la conception de l'égalité proposée par les législateurs une autre conception de l'égalité qui, soit, se référerait au « mérite » indépendamment de toute catégorisation, soit, mettrait en avant des distinctions sociales au détriment de distinctions de genre. L'un avance que « la parité est injuste car elle ne se base pas sur le mérite mais sur le sexe, ce qui est profondément scandaleux » (C2, H, *Le Figaro*, 20/04/2010). Un autre estime que « les 'élites' viennent toujours des mêmes écoles : Centrale, Les Mines, Polytechnique, etc. » et doute que ces mesures changent cet état de fait (C, H, *Le Figaro*, 20/04/2010). Ces « politiques de quotas » n'auraient pas d'autre but que « d'assouvir le carriérisme de bourgeoises » (T, H, *Le Figaro*, 22/01/2010). On retrouve ainsi à rebours la manière dont s'était positionnée Christine Delphy[34] par rapport aux courants marxiens. Quand ceux-ci, dans la lignée d'Engels, présentaient les inégalités entre hommes et femmes comme un simple avatar de l'opposition principale entre capitalistes et prolétaires, celle-ci avait fait du système

33 John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 (1971).

34 Christine Delphy, *L'Ennemi principal, tome I : Économie politique du patriarcat*, Paris, Syllepse, 1998 (1970), p. 50.

Livre Jurisprudence n°2.indb 213 08/08/2011 12:02:56

patriarcal « l'ennemi principal » en affirmant par exemple qu'« il est à peu près aussi juste de dire que les femmes de bourgeois sont elles-mêmes bourgeoises que de dire que l'esclave d'un planteur est lui-même planteur ». En retour, il s'agit d'interroger l'érection de la domination masculine en tant que ligne de clivage cardinale de nos sociétés au détriment d'autres lignes de clivage possible : si 16 % des membres de conseils d'administration des sociétés du CAC 40 sont des femmes, combien sont des enfants de classe populaire ou sont issus de l'immigration ?

On débouche alors sur la seconde ligne d'arguments qui est avancée contre cette promotion de l'égalité entre hommes et femmes *via* la mise en place de quotas. Dans quelle mesure cette logique ne risque-t-elle pas d'être ensuite mobilisée par d'autres groupes discriminés ? C'est ce que laisse entendre de manière très isolée Pascal Brindeau (Nouveau Centre) lorsqu'il avance que « l'objectif d'égalité entre les hommes et les femmes est légitime et partagé. Cependant, si l'on n'y prend garde, la multiplication des instruments dont la logique est celle des quotas risque de nous conduire à ne considérer la société que comme l'agrégation de segments liés au genre, peut-être aux origines ou aux croyances, ce qui, vous en conviendrez, est assez loin de l'idéal républicain ». C'est surtout l'un des arguments qui est le plus repris par les commentateurs publics de ces dispositions, sur un mode plus ou moins ironique. Entre celui qui met en cause une « quotacratie » (D, H, *Le Figaro*, 21/01/2010), celui qui craint la mise en place de « quotas de jeunes de banlieue », de seniors ou d'handicapés (T, H, *Le Figaro*, 20/01/2010), celle qui voudrait qu'on prenne en compte aussi les boursières (A, F, *Le Point*, 19/01/2010) ou celui qui appelle à des « quotas pour les québecois » (E, H, *Le Figaro*, 21/01/2010) pour conclure en se demandant « jusqu'où la France va descendre ».

Le passage d'une logique d'égalité formelle à une logique d'égalité des chances ouvre ainsi, là aussi, la voie à une marge de discussion au terme de laquelle on peut certes conclure à l'irréductibilité de la distinction entre hommes et femmes par rapport aux autres formes de distinction, mais dont rien n'assure *a priori* que cette conclusion prévaudra définitivement. L'exemple états-unien dans lequel c'est la discrimination raciale qui a ouvert la voie à une logique de quotas est à cet égard significative[35].

Comment transformer les mentalités ? Tous les partisans de l'égalité entre les hommes et les femmes, quels que soient leurs positionnements politiques ou idéologiques, se retrouvent autour d'un même diagnostic : cette égalité ne sera de mise que le jour où elle sera une évidence dans les têtes de chaque citoyen, sans qu'il soit besoin d'en rappeler l'importance par des normes conventionnelles ou législatives. Les spécialistes du « risque naturel » avancent que la meilleure manière de prendre en compte ces aléas n'est pas tant d'ériger un expert au sein de la société, mais de faire en sorte que se diffuse une « culture du risque » qui serait partagée par tous les citoyens et à tout moment[36]. Les politiques de « gender mainstreaming » en ce qu'elles visent à faire prendre en compte la question des inégalités entre hommes et femmes dans toute action publique participent d'un même souci[37]. Toutefois, ce que tend à montrer l'étude des réactions suscitées par la proposition de loi en vue de favoriser la parité entre hommes et femmes dans les conseils d'administration des grandes entreprises, c'est que cette imprégnation via la norme juridique est loin d'être une évidence. D'abord, parce que la force du droit se heurte aux inerties des normes sociales. Ensuite, parce que la légitimité du combat se heurte à la concurrence d'autres causes. Dans ces conditions, la réussite de l'entreprise semble moins tenir à la force propre des idées défendues qu'à la capacité de leurs promoteurs/promotrices à enrôler des soutiens pour les faire dominer. N'est-il, à cet égard, pas significatif que les débats

35 Daniel Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003.

36 Cyril Bayet, « Comment mettre le risque en cartes ? L'évolution de l'articulation entre science et politique dans la cartographie des risques naturels », *Politix*, 2000, n°50, p.129-150.

37 Sophie Jacquot, « La fin d'une politique d'exception : l'émergence du gender mainstreaming et la normalisation de la politique communautaire d'égalité entre les femmes et les hommes », *Revue Française de Science Politique*, 2009, n° 59, p. 247-277.

Livre Jurisprudence n°2.indb 214 08/08/2011 12:02:56

policés et relativement consensuels de l'espace parlementaire soient pour l'essentiel des débats entre femmes[38] alors que les commentaires plus conflictuels et plus acerbes qu'on trouve dans l'espace public sont presque monopolisés par les hommes ? Significatif non pas que 'les' hommes seraient plus dans le conflit que 'les' femmes, mais plutôt que le « gender mainstreaming » l'a emporté –au moins au niveau des propos publics – dans l'arène parlementaire, mais pas encore dans l'espace social.

38 Et, même, que les rares moments de dissension sont liés à des interventions masculines. Ce qu'on a pu montrer sur les usages du pétitionnement pourrait sans doute être largement transposé pour les débats parlementaires. Cf. Jean-Gabriel Contamin, « Genre et modes d'entrée dans l'action collective : L'exemple du mouvement pétitionnaire contre le projet de loi Debré », *Politix*, 2007, n°78, p. 13-37.

Livre Jurisprudence n°2.indb 215 08/08/2011 12:02:56

Protection humiliante ou source de droits ? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes

Anne REVILLARD*

Principaux instruments juridiques du règlement des conséquences financières du divorce, la prestation compensatoire, les pensions alimentaires et la liquidation du régime matrimonial induisent une redistribution des ressources entre ex-conjoints. Du fait de la division sexuée du travail et des modalités d'attribution de la garde des enfants, les créanciers de pensions alimentaires et de prestations compensatoires sont essentiellement des femmes. Or cette redistribution des ressources peut faire l'objet d'interprétations diverses. Certes, elle peut être analysée comme « favorable » aux femmes en tant qu'elle facilite une forme d'autonomisation par rapport au lien conjugal (en contribuant à rendre financièrement possible l'existence hors du mariage) (Hobson 1990 ; Lister 1997). Cependant, dans la mesure où cette amélioration de la sécurité économique des femmes prend justement appui sur un partage des ressources de leurs ex-conjoints, ces mesures ne symbolisent-elles pas plutôt un maintien de la dépendance par rapport au lien conjugal, fondement essentiel de la subordination sociale des femmes ?

Ces lectures divergentes se retrouvent dans le positionnement variable des défenseurs de la cause des femmes par rapport à ces dispositions, comme l'illustre la comparaison des cas français et québécois[1]. En France comme au Québec, les mouvements féministes ont, de longue date, pris pour cible un Code civil (Code Napoléon en France, et sa transposition québécoise, le Code civil du Bas Canada) instituant en droit la subordination de la femme mariée au chef de famille (Bard 1995 ; Chaperon 2000 ; Cohen 2006 ; Collectif Clio 1992 ; Klejman et Rochefort 1989 ; Rochefort 1998 ; 2005). Mais au-delà de la remise en question d'un

* Maîtresse de conférences en sociologie à l'université Paris Nord - Villetaneuse, membre du CERAL.

1 Celles et ceux que nous désignons ici comme « défenseurs de la cause des femmes », en nous inspirant du concept d'« espace de la cause des femmes » forgé par Laure Bereni (2007), incluent des actrices du mouvement des femmes, mais aussi des personnes militant pour la cause des femmes à partir de positions institutionnelles, notamment étatiques (gouvernementales, parlementaires) : ministres chargées des « droits des femmes » ou de la « condition féminine », agents travaillant pour les instances gouvernementales dédiées à ces questions, ou encore membres de délégations parlementaires aux droits des femmes.

Livre Jurisprudence n°2.indb 217 08/08/2011 12:02:56

droit familial originellement patriarcal et de la conquête de l'égalité de traitement juridique entre les époux, les stratégies féministes diffèrent quant au choix d'investir ou non ce domaine juridique en vue d'une justice redistributive, visant à compenser les inégalités économiques issues de la division sexuée du travail. Au Québec, le règlement juridique des conséquences financières du divorce, saisi comme un levier possible d'une justice de genre, apparaît à plusieurs reprises en tête de l'agenda des mobilisations féministes depuis les années 1970, alors qu'en France, cet enjeu, perçu comme relevant d'une démarche de protection et de maintien dans la dépendance, reste en marge des mobilisations pour la cause des femmes. Si elle permet d'illustrer cette diversité de significations, la comparaison binationale du processus de production des principales réformes dans ce domaine, envisagé dans une perspective de sociologie politique du droit (Commaille, 1994), en suggère également des pistes d'explication.

Nous nous situons, pour ce faire, dans le cadre d'une comparaison de systèmes les plus similaires (Przeworski et Teune 1970). Dans cette perspective, les éléments qui rapprochent à bien des égards les cas français et québécois (francophonie, catholicisme majoritaire, système démocratique, système de droit civil) permettent de mieux faire ressortir, par contraste, les traits divergents contribuant à expliquer les différences observées. Au regard de la question ici traitée, ceux-ci concernent notamment la manière dont les valeurs associées aux femmes et à la famille se définissent dans chaque contexte, ainsi que le rapport de force et les relations susceptibles de s'établir entre les acteurs qui en sont porteurs (mouvement des femmes et mouvement familial, instances étatiques chargées des femmes et de la famille, recherches sur les femmes et sur la famille) (Revillard 2009b).

En France, l'intervention de l'État en matière familiale est ancienne, et durablement marquée par un familialisme conservateur dont le raisonnement fondé sur l'unité familiale tend à s'opposer à l'idée de droits individuels des femmes (Commaille 1993 ; 2001 ; Lenoir 2003). Alors que le mouvement familial est un mouvement puissant et fortement articulé à l'État par l'intermédiaire de l'UNAF, faisant du secteur familial un parfait exemple de corporatisme sectoriel (Jobert 1988 ; Minonzio et Vallat 2006), le mouvement des femmes est faible, éclaté, et ne dispose pas de structure comparable en termes de représentation. Les instances gouvernementales chargées de la promotion des droits des femmes sont des créations institutionnelles récentes et fragiles, par contraste avec la consolidation ancienne des intérêts familiaux au sein de l'appareil d'État. Les relations entre les secteurs « femmes » et « famille » sont par ailleurs placées, depuis les années 1970, sous le signe d'une forte opposition idéologique.

Au Québec, à l'inverse, l'institutionnalisation des intérêts des femmes a précédé celle des intérêts familiaux, ainsi que la mise en place d'une politique familiale. Le mouvement des femmes est un mouvement puissant, structuré en grandes fédérations (Fédération des femmes du Québec (FFQ), Association féminine d'éducation et d'action sociale (AFEAS)) qui disposent de relais au sein de l'appareil d'État. Le mouvement familial est, par comparaison, doté d'une moindre capacité d'influence. Les deux mouvements sont dotés d'une large assise sociale, et leur orientation généralement pragmatique facilite les liens entre eux. Plusieurs organisations importantes se situent ainsi à l'interface entre mouvement des femmes et mouvement familial (outre l'AFEAS, peuvent être mentionnées les associations de familles monoparentales). Cette configuration en miroir entre les cas français et québécois pour ce qui a trait à l'économie des relations entre féminisme et familialisme contribue à expliquer la place et le sens différents assignés au droit familial dans la défense de la cause des femmes, comme le montre l'examen de trois moments importants de réforme concernant le règlement juridique des conséquences financières du divorce dans chaque cas national.

Livre Jurisprudence n°2.indb 218 08/08/2011 12:02:56

Méthodologie

Cette étude se situe au croisement de deux démarches d'investigation empirique, l'une concernant l'action des instances étatiques chargées de la promotion des droits des femmes, et l'autre centrée sur les débats ayant trait au règlement juridique des conséquences financières du divorce, en France et au Québec depuis le début des années 1970 (Revillard 2007 et 2009a).

En ce qui concerne les instances étatiques, nous avons travaillé à partir des archives des instances déposées aux Archives nationales, ainsi qu'à partir des archives du Service des droits des femmes en France. Nous avons par ailleurs réalisé des entretiens avec des membres du personnel et des responsables politiques de ces instances.

Le processus de production des lois étudiées en matière de pensions alimentaires, de prestation compensatoire et de définition des régimes matrimoniaux a été analysé à partir des débats parlementaires, des revues de presse et de quelques entretiens avec des acteurs clés de ces débats. Concernant ces débats, nous avons par ailleurs étudié plus spécifiquement, le cas échéant, l'implication du mouvement des femmes (essentiellement à partir des archives des principales fédérations et regroupements d'associations impliqués).

En France, une cause marginale et discréditée

En France, le règlement juridique des conséquences financières du divorce a fait l'objet de trois vagues de réforme importantes depuis la libéralisation du droit du divorce en 1975. Alors que les lois de 1975 et 1984 concernant les pensions alimentaires légitiment l'intervention de la puissance publique en matière de recouvrement[2] (1975) et d'avances sur pensions[3] (1984), la loi de 2000 restreint la portée de la prestation compensatoire[4]. Si l'examen de ces trois moments de réforme révèle l'implication des défenseurs de la cause des femmes, il permet par ailleurs de mettre en lumière le malaise qui marque l'engagement de ces derniers, du fait du poids d'une lecture familialiste de ces dispositions juridiques.

1975 : des causes aux conséquences du divorce

L'adoption de la loi du 11 juillet 1975 sur le recouvrement public des pensions alimentaires doit être replacée dans le contexte plus général de la réforme du divorce[5]. L'essentiel du débat, lors de la réforme du divorce qui prend place en 1975, concerne l'introduction de deux nouvelles causes de divorce à côté de la faute : le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture de la vie commune en cas de séparation de fait de six ans ou d'altération des facultés mentales. L'introduction du divorce par consentement mutuel ranime la querelle vieille de deux siècles entre une Gauche qui, libérale en la matière, se félicite de tout retrait du droit des affaires familiales (dont elle dénonce toutefois l'insuffisance dans le projet de loi), et une droite familialiste qui craint une fragilisation de l'institution familiale[6]. Le divorce pour rupture de la vie commune (également appelé divorce pour séparation de fait prolongée), quant à lui, amène les parlementaires à se pencher sur la situation des femmes divorcées. En effet, son caractère unilatéral (le divorce est, dans ce cas, demandé par un conjoint, et s'impose à l'autre) conduit ses détracteurs à le condamner comme une forme de répudiation, dont, esti-

2 Loi 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires.

3 Loi n° 84-1171 du 22 décembre 1984 relative à l'intervention des organismes débiteurs des prestations familiales pour le recouvrement des créances alimentaires impayées.

4 Loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce.

5 Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

6 La position de la droite conservatrice doit ici être distinguée de celle de la frange libérale de la droite, à l'origine du projet de loi, et qui prône une adaptation du droit à « l'évolution des mœurs » (Commaille 1994 p. 63).

Livre Jurisprudence n°2.indb 219 08/08/2011 12:02:56

ment-ils, souffriront en premier lieu des femmes. Parmi ces critiques, on retrouve la frange traditionaliste de la droite, mais aussi quelques défenseurs de la cause des femmes. En effet, un « groupe d'action des associations de femmes », regroupant des associations féminines d'horizons politiques variés, dénonce alors cette clause de divorce comme une injustice à l'égard des femmes, et notamment celles restées en dehors du marché du travail :

> S'il est admis que dans un tel cas le divorce peut être imposé à la femme mariée, cela signifie en somme que le mari peut à tout instant quitter sa famille : il a le droit pour lui. La femme mariée se trouve mise pratiquement à la merci de son mari et son statut économique et social devient extrêmement précaire[7].

Le groupe précise qu'il ne s'agit pas de « défendre […] la conception traditionnelle de la condition féminine » – ce en quoi il se distingue de l'argumentaire familialiste, mais de « constater un état de choses ».

Cette esquisse d'argumentation visant à jouer sur la définition juridique des causes du divorce comme outil d'une justice de genre est toutefois le fait d'une minorité d'associations au sein du mouvement des femmes, et elle n'est pas reprise par Françoise Giroud, alors secrétaire d'État à la Condition féminine, qui ne remet pas en question l'objectif gouvernemental de libéralisation du droit familial. Le sentiment selon lequel l'introduction des nouvelles causes de divorce induit une fragilisation pour certaines catégories de femmes permet toutefois de mieux comprendre l'investissement qui a été celui de la Secrétaire d'État en matière de pensions alimentaires. En effet, c'est Françoise Giroud qui présente le projet de loi sur le recouvrement public des pensions alimentaires, mettant à la disposition des créancières les moyens de recouvrements de la puissance publique (Trésor public). Si la Secrétaire d'État s'implique fortement dans la préparation du projet de loi, ce dernier reste toutefois en deçà des attentes de la Gauche quant à la mise en place d'un fonds de garantie des pensions alimentaires. De surcroît, cette question n'est pas prioritaire dans le *Projet pour les femmes*, programme d'action à l'égard des femmes rendu public en 1976 par Françoise Giroud, et dont les recommandations visent principalement la sphère professionnelle.

Nommée ministre déléguée à la Condition féminine en 1978, Monique Pelletier crée un groupe de travail interministériel sur le recouvrement des pensions alimentaires[8], à la suite des travaux duquel elle annonce en novembre 1980 la mise en place, à titre expérimental, d'un système d'avance sur pensions alimentaires par les caisses d'allocations familiales (CAF). Ce système d'avance par les CAF se trouve ensuite généralisé avec la loi Roudy de 1984.

1984 : le recouvrement des pensions alimentaires, à la marge du « féminisme d'État »

Généralement reconnu comme l'expérience française la plus marquante de « féminisme d'État » (Thébaud 2001), le ministère des Droits de la femme d'Yvette Roudy est aussi à l'origine de la réforme la plus significative concernant les pensions alimentaires depuis 1975, par la loi du 22 décembre 1984 formalisant le rôle des CAF en matière d'avance et de recouvrement des pensions (Boigeol 1988). S'il confirme la place centrale accordée aux instances étatiques chargées de la promotion des droits des femmes dans les réformes concernant les pensions alimentaires, l'examen du processus de production de cette loi, replacé dans le contexte plus général de la politique du ministère des Droits de la femme, fait par ailleurs apparaître la marginalité de cette question dans la définition de la cause des femmes à l'époque.

Remarquons d'abord que le projet de loi, déposé à l'Assemblée nationale le 24 juillet 1984, ne figure pas parmi les premiers présentés par la Ministre : les premières batailles législatives menées par cette dernière concernent le remboursement de l'IVG (loi du 31 décembre 1982) et

7 F. Champetier de ribes, « La fin du mariage », *Le Monde*, 3 juin 1975.

8 CAC, 19810605, art.33, dossier « Rapport, recouvrement des pensions alimentaires, février 1979-février 1980 ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 220 08/08/2011 12:02:56

l'égalité professionnelle (loi du 13 juillet 1983) (Jenson et Sineau 1995). En amont du dépôt du projet de loi, la Ministre ne semble pas avoir fait l'objet de pressions significatives de la part d'acteurs de la société civile en faveur de la promotion d'un tel texte[9], phénomène qui contraste avec l'ampleur des mobilisations autour des questions de contraception et d'avortement par exemple.

Une fois rendu public, le projet est défendu en termes de droits des enfants, bien plus que de droits des femmes. L'exposé des motifs du projet de loi développe un argumentaire formellement neutre en termes de genre (référence est faite aux « parents[10] », désignés au masculin, ou aux « familles monoparentales[11] »), et centré sur les droits des enfants. Ce discours n'en véhicule pas moins des représentations fortement marquées par le genre. Par exemple, dans l'extrait suivant, derrière les « parents » apparaît clairement la figure de la mère isolée, « hésit[ant], psychologiquement, à faire valoir [ses] droits », et disposant « d'une capacité limitée de dissuasion » :

> « L'expérience a toutefois montré que l'utilisation par les parents créanciers de ces procédures [de recouvrement prévues par les lois de 1973 et 1975] ne réglait pas le problème posé. Ces parents peuvent hésiter, psychologiquement, à faire valoir seuls leurs droits à l'encontre du conjoint ou de l'ancien conjoint défaillant ; fréquemment isolés, ils disposent en tout état de cause d'une capacité limitée de dissuasion[12] ».

Ici, le discours formellement neutre masque mal la réitération d'un rôle de genre traditionnel, avec la figure de la mère seule faible et victime.

Ce discours proche de la rhétorique familialiste sur le divorce contraste avec la démarche d'*empowerment* qui est globalement celle du ministère des Droits de la femme vis-à-vis des mères seules, visant à faire de ces dernières des sujets de droit et des actrices de leur destin. Ainsi, dans le texte qu'elle signe en 1983 en préface au *Guide des droits des femmes seules* (guide d'information juridique publié par le Ministère à destination des femmes seules), Yvette Roudy affirme :

> « […] connaître ses droits, c'est exister dans une citoyenneté pleine et entière. Les femmes seules, dans une société qui n'a pas été conçue pour elles, peuvent souffrir de se sentir rejetées, incomprises, abandonnées du corps social. C'est ce qui ne doit pas être. Un tel sentiment doit être combattu par l'expérience de la citoyenneté reconnue et vécue. La connaissance de ses droits en est le premier palier[13] ».

Pour atteindre cette « citoyenneté reconnue et vécue », Yvette Roudy prône la mise en place, à terme, d'un « système généralisé de droits propres ». À plus court terme, pour améliorer la situation des femmes seules et en faire des « citoyennes pleines et entières », elle ne compte pas tant sur les pensions alimentaires que sur l'accès à l'emploi et l'égalité professionnelle. Les « actions en faveur des mères isolées » occupent ainsi une place importante dans les interventions du Ministère en matière d'emploi et d'égalité professionnelle : à partir de 1983, un programme expérimental de réinsertion professionnelle vise spécifiquement cette catégorie de femmes[14]. Finalement, pour le Ministère, la « citoyenneté pleine et entière » des femmes, seules ou non, passe d'abord et avant tout par le marché du travail.

9 Source : entretien avec Yvette Roudy, le 28 septembre 2005.

10 Ministère des Droits de la femme (1984), *Projet de loi relatif à l'intervention des organismes débiteurs des prestations familiales pour le recouvrement des créances alimentaires impayées, présenté au nom de Pierre Mauroy, Premier ministre, par Yvette Roudy, ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé des Droits de la femme (enregistré le 13 juillet 1984)*, p.2. Centre des archives du féminisme (Université d'Angers), 5 AF 74.

11 *Ibid*., p.3.

12 *Ibid*., p.2.

13 Ministère des droits de la Femme. (1983). *Guide des droits des femmes seules*, Paris : La Documentation Française – CNIDF. p. 1.

14 Ce programme concerne 2000 femmes en 1985. Ministère des droits de la Femme. (1986). *Rapport sur l'état de l'administration. Bilan d'activité du Ministère des droits de la femme (1982-1985), présenté au Comité technique paritaire)*. Centre des archives contemporaines des Archives nationales (Fontainebleau), versement 19930529, art.16.

Livre Jurisprudence n°2.indb 221 08/08/2011 12:02:56

2000 : le rejet d'une prestation compensatoire « humiliante » pour les femmes

Alors que les débats sur le divorce avaient été dominés depuis le milieu des années 1980 par la question du droit de garde des enfants, l'enjeu des conséquences financières du divorce, en sourdine depuis la réforme de 1984 sur le recouvrement des pensions alimentaires, réapparaît en 2000, à la faveur de la discussion d'une proposition de loi sur la prestation compensatoire.

Accordée dans 98 % des cas à la femme[15], conçue pour être versée sous forme de capital, la prestation compensatoire, depuis 1975, l'avait été, de fait, le plus souvent sous forme de rente viagère, révisable uniquement dans des cas d'extrême gravité. Dans ce contexte, le projet de réforme a été guidé par l'idée selon laquelle le système existant induisait une injustice pour les débiteurs de la prestation. Contrairement aux réformes précédentes concernant les pensions alimentaires, ce sont donc les hommes, et non plus les femmes, qui ont été constitués en victimes dans l'analyse des conséquences financières du divorce (ils l'étaient, de façon similaire, dans les débats sur la garde des enfants). Sur la base de ce constat, la réforme de 2000 vise principalement à clarifier les conditions d'octroi de la prestation compensatoire, ainsi qu'à réaffirmer – contre la jurisprudence – son versement sous forme de capital plutôt que de rente. Il s'agit donc, en substance, de limiter la portée de cette disposition juridique.

Si la secrétaire d'État aux Droits des femmes et à la formation professionnelle, Nicole Péry, ne prend pas position dans le débat, la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale produit un rapport d'information à cette occasion. Dans un débat fondé sur la prémisse selon laquelle les hommes étaient victimes d'une injustice, on aurait pu logiquement s'attendre à ce que des défenseurs de la cause des femmes cherchent à contester ce présupposé, pour promouvoir un cadre d'interprétation identifiant les femmes, et non les hommes, comme victimes d'injustices structurelles dans la société. Or la délégation parlementaire ne remet pas en question cette définition des termes du débat, bien au contraire. Ainsi, lorsque le rapporteur de la commission des lois de l'assemblée, Alain Vidalies, se défend de l'accusation de faire une loi pour les hommes et contre les femmes, en soulignant que la loi va aussi dans l'intérêt des secondes épouses, la représentante de la délégation aux droits des femmes, Nicole Bricq, renchérit en soulignant « qu'une injustice faite aux hommes ne rend pas justice aux femmes[16] ».

Dans son rapport d'information, la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale approuve l'orientation d'ensemble de la réforme[17]. La prestation compensatoire – notamment sous sa forme de rente viagère – y est analysée comme une mesure qui avait une raison d'être lorsque les femmes étaient largement absentes du marché du travail, et est devenue obsolète du fait de la transformation de leurs comportements d'activité. Par exemple, lors des débats internes à la délégation, Raymonde Le Texier estime « que la rente viagère visait à prendre en compte la situation des femmes qui n'avaient jamais travaillé, mais qu'à l'avenir, du fait de l'autonomie des femmes acquise grâce à l'éducation, une telle disposition ne devrait plus être nécessaire[18] ». Non nécessaire, la rente viagère est même qualifiée d'« humiliante » par la députée socialiste Danièle Bousquet : « la plupart des femmes exerçant désormais une activité professionnelle, une prestation à caractère alimentaire serait maintenant humiliante[19] ».

Décrite comme « humiliante », la prestation compensatoire ne saurait constituer une voie légitime d'amé-

15 Assemblée nationale, discussion de la proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, 23 février 2000, *Journal des débats*, p. 1205.

16 Assemblée nationale, discussion de la proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, 23 février 2000, *Journal des débats*, p. 1207.

17 Assemblée nationale. Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes. (2000). *Rapport d'information (n°2109) sur la proposition de loi (n°735), adoptée par le Sénat, relative à la prestation compensatoire en matière de divorce*.

18 *Ibid*.

19 *Ibid*.

Livre Jurisprudence n°2.indb 222 08/08/2011 12:02:56

lioration de la citoyenneté sociale des femmes, à l'inverse de l'emploi. Une telle représentation de la prestation compensatoire atteste – paradoxalement, pour des défenseurs de la cause des femmes – l'emprise de la lecture familialiste de cette mesure comme un prolongement de l'obligation alimentaire au-delà du mariage, entretenant une vision des femmes comme des êtres dépendants. La prégnance de cette représentation, liée à la force de l'idéologie familialiste en droit familial, tend à rendre impensable toute lecture alternative de la prestation compensatoire, comme la compensation d'une discrimination plutôt que comme une aide concédée à un être faible et dépendant[20]. De façon similaire, la pension alimentaire est perçue en termes de dépendance vis-à-vis de l'ex-conjoint bien plus qu'en termes de justice. Mais l'absence de représentation alternative de ces dispositions juridiques s'explique aussi par le faible intérêt qui leur est accordé par les associations de femmes[21]. De surcroît, les associations de familles monoparentales, concernées au premier chef par ces dispositions, se définissent comme des associations familiales (elles sont membres de l'UNAF depuis 1970), et non comme des associations de femmes. Tous ces éléments font en sorte que l'investissement du droit familial constitue au mieux, pour les défenseurs de la cause des femmes, une stratégie marginale et peu valorisée.

Au Québec, un droit de la famille pensé comme source de droits

La situation est bien différente au Québec, où, dès la fin des années 1970, dans un contexte d'augmentation rapide du nombre de divorces, la question du règlement des conséquences financières du divorce en droit familial suscite la mobilisation de coalitions de groupes de femmes, débouchant sur d'importantes réformes, dont nous retiendrons trois dans le cadre de cet article : la création d'une prestation compensatoire en 1980 (loi 89), la mise en place du patrimoine familial en 1989 (loi 146), et la création d'un système de perception automatique des pensions alimentaires en 1995 (loi 60).

1980 : de l'égalité dans le droit à l'égalité par le droit[22] ?

En 1980 a lieu au Québec une réforme majeure du droit familial, par la loi 89. L'égalité de traitement juridique entre les conjoints constitue un enjeu essentiel de cette réforme, qui instaure l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, la gestion des biens familiaux et l'éducation des enfants ; la loi prévoit également le choix conjoint de la résidence familiale, ainsi que la possibilité de transmission du nom de la mère, du père ou des deux parents aux enfants.

Si cette égalité dans le droit est, sans surprise, appelée de leurs vœux par les défenseurs de la cause des femmes, ceux-ci investissent également cette réforme dans l'optique d'une justice redistributive envers les femmes. Les régimes matrimoniaux sont alors au cœur des préoccupations. Pour mieux comprendre ce phénomène, il convient de revenir sur l'évolution des régimes matrimoniaux au Québec. Avant 1969, la communauté de meubles et acquêts, régime matrimonial légal, ôtait aux femmes tout pouvoir de gestion, mais leur assurait la jouissance de la moitié des biens en cas de dissolution du mariage. À l'inverse, la signature de contrats de mariage en séparation de biens leur permettait de garder le contrôle de leurs « biens réservés », mais ne leur assurait aucun droit sur les autres biens en cas de dissolution du mariage, sauf clause particulière incluse dans le contrat[23]. Parce qu'elle permettait aux femmes mariées de conserver un pouvoir de gestion sur leurs biens, dans un contexte où le divorce ne faisait pas partie des issues

20 La perspective promue par Catherine Nozay dans ses récents travaux sur la prestation compensatoire (Nozay, 2009) fait figure d'exception dans le cas français.

21 Notre analyse rejoint ici le constat de Nathalie Martin-Papineau quant à l'influence « mineure » du secteur associatif sur les orientations des pouvoirs publics à l'égard des familles monoparentales (Martin-Papineau 2003, p.11).

22 Nous reprenons ici le titre de l'ouvrage de Daniel Sabbagh consacré à la discrimination positive (Sabbagh, 2003).

23 Les contrats de mariage incluaient souvent une clause stipulant « au dernier survivant les biens », pour pallier les difficultés financières des veuves.

Livre Jurisprudence n°2.indb 223 08/08/2011 12:02:56

pensables d'un mariage pour la majorité[24], la signature de contrats en séparation de biens s'était répandue depuis 1931, jusqu'à devenir le choix majoritaire[25]. En 1969, le régime matrimonial légal de la communauté de meubles et acquêts est remplacé par celui de la société d'acquêts, dans lequel les biens possédés par chaque époux avant le mariage restent propres, tandis que ceux acquis pendant le mariage (à l'exception de ceux acquis par donation ou succession) sont considérés comme des biens communs, devant être partagés à la dissolution du mariage. Pendant le mariage, toutefois, chaque époux administre ses propres biens. Du point de vue des défenseurs de la cause des femmes, ce régime est le plus juste, en tant qu'il combine les avantages d'une capacité de gestion des biens propres pendant le mariage avec la garantie d'un partage des acquêts en cas de divorce. Or, bien qu'elle soit devenue le régime légal en 1969, la société d'acquêts peine à se diffuser, du fait d'une tradition désormais solide d'établissement de contrats en séparation de biens. Avantageuse pour les femmes lorsque le décès constituait la seule cause de dissolution du mariage, la séparation de biens devient une source de vulnérabilité économique avec l'augmentation du divorce (les femmes disposant alors d'une moindre sécurité qu'en cas de partage de la communauté ou des acquêts).

Dès lors, les défenseurs de la cause des femmes font de la séparation de biens un enjeu essentiel de leur engagement en matière de droit familial. Deux stratégies complémentaires sont adoptées dans cette perspective. La première, notamment portée par le Conseil du statut de la femme, consiste à lutter sur le terrain de l'information juridique, pour favoriser le recours à la société d'acquêts. Il s'agit donc d'influencer le recours au droit, afin de favoriser l'adoption d'un régime matrimonial jugé plus juste pour les femmes, en tant qu'il compense en partie, au moment du divorce, l'inégalité économique entre les conjoints liée à la division sexuée du travail. L'autre stratégie consiste à revendiquer une compensation pour la femme, au moment du divorce, dans les cas de mariages par séparation de biens. Une fraction importante du mouvement des femmes, située à l'interface avec le mouvement familial, est porteuse de cette revendication, qui débouche, dans la loi 89, sur la mise en place d'une prestation compensatoire, qui peut être fixée par le juge afin de compenser la contribution d'un conjoint à l'enrichissement du patrimoine de l'autre.

1989 : le patrimoine familial, une justice rendue aux femmes séparées de biens

La mise en place du patrimoine familial, en 1989, s'inscrit dans le prolongement de ces premières mobilisations visant une compensation, en cas de divorce, de ce qui est décrit comme une injustice subie par les femmes mariées en séparation de biens. En effet, selon cette nouvelle disposition, le mariage induit automatiquement la constitution d'un « patrimoine familial » constitué d'un certain nombre de biens (résidences principale et secondaire, véhicules à usage du couple, meubles, régimes de retraite) qui doivent obligatoirement être partagés à parts égales entre les conjoints à la fin du mariage, quel que soit le régime matrimonial (même en cas de séparation de biens). Appuyée par les principales organisations du mouvement des femmes, cette revendication n'a toutefois pas été initiée par celles-ci, mais bien plutôt par des avocates qui ont trouvé auprès d'elles un relais essentiel (Revillard 2006).

En effet, c'est à partir d'une critique de la jurisprudence sur la prestation compensatoire qu'un groupe d'avocates montréalaises, sous le nom de « Projet-partage », propose en avril 1986, dans un épais rapport transmis aux ministres de la Justice et de la Condition féminine, l'institution d'une telle catégorie de biens familiaux obligatoi-

24 Juridiquement complexe et financièrement coûteuse, la procédure de divorce était extrêmement rare avant la loi fédérale sur le divorce de 1968.

25 Alors qu'en 1930, la commission Dorion estime que 80 % des mariages se font sans contrat, en 1976, selon les chiffres indiqués par le Conseil du statut de la femme, 56,87 % des couples mariés dans l'année auraient signé des contrats en séparation de biens. Collectif CLIO.(dir.) (1992). *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, Montréal : Le Jour. p. 351, Québec. Conseil du statut de la Femme. (1978). *Pour les Québécoises : égalité et indépendance*, Québec : Conseil du statut de la femme. p. 155.

Livre Jurisprudence n°2.indb 224 08/08/2011 12:02:56

rement partageables, à l'imitation de dispositifs existants dans les provinces de *Common law*. Avant d'envoyer sa proposition aux deux ministres, le groupe « Projet-partage » sollicite l'appui des groupes de femmes, et obtient le soutien officiel de 73 d'entre eux.

C'est sur la base de cette proposition que les deux ministres concernés signent et soumettent à la consultation en 1988 un document intitulé *Les droits économiques des conjoints*, dans lequel ils proposent la création du patrimoine familial. Lors des auditions qui s'ensuivent, les groupes de femmes expriment massivement leur appui au projet gouvernemental, et leur soutien s'avère décisif pour faire adopter un projet de loi qui fait par ailleurs l'objet de vives contestations dans la presse et jusque dans les milieux gouvernementaux. Certes, quelques femmes journalistes de renom, telles que Lysiane Gagnon, adressent de virulentes critiques au projet, au nom des droits des femmes :

> « Il est difficile d'imaginer un projet de loi plus insultant pour les femmes […]. En fait, ce projet rétrograde renoue avec l'humiliante tradition du code Napoléon : une fois de plus, la femme est traitée en mineure et en irresponsable. Au moment même où enfin, elle accède à une certaine autonomie financière, l'État s'interpose, l'empêchant de disposer de ses biens comme elle l'entend »[26].

Cependant, tous les groupes de femmes qui s'expriment sur la question – et de fait, pratiquement toutes les composantes du mouvement des femmes – apportent leur soutien au projet gouvernemental, défendant le partage obligatoire des biens familiaux comme une juste compensation pour les femmes séparées de biens.

La ministre Gagnon-Tremblay, qui présente à l'Assemblée nationale le projet de loi instituant le patrimoine familial, place ce dernier sous le signe de la justice pour les femmes, et défend l'idée d'une « responsabilité » du Législateur quant à « *l'avènement de rapports égalitaires entre hommes et femmes dans et par le droit* »[27]. Ainsi défini comme une justice rendue aux femmes, le patrimoine familial arrive en tête des priorités de la ministre à l'époque.

1995 : La perception automatique des pensions alimentaires, résultat d'une lutte de 20 ans

L'encadrement juridique des pensions alimentaires constitue un objet de mobilisations, pour les défenseurs de la cause des femmes, dès les années 1970. Pendant cette décennie, les associations de « femmes chefs de familles », regroupant un nombre croissant de femmes appauvries par le divorce, se multiplient. Si ces regroupements ont essentiellement, au niveau local, une vocation d'action sociale, d'entraide et de sensibilisation, leur organisation au niveau provincial, en 1974, dans un « Carrefour des associations de familles monoparentales », les conduit à développer une démarche de lobbying politique auprès des gouvernements. Jusqu'en 1980, leurs revendications concernent toutefois essentiellement l'aide sociale.

À la même époque, les pensions alimentaires sont plus nettement au cœur des revendications d'un autre organisme, plus politique et à l'assise sociale plus réduite, le Réseau d'action et d'information pour les femmes (RAIF), qui revendique la mise en place d'un service de perception des pensions alimentaires, ainsi que leur indexation automatique. Ce réseau promeut l'emploi de l'expression « mesures compensatoires » pour désigner les pensions alimentaires, afin de défaire ces mesures de l'idée d'un « soutien » dont les femmes auraient « besoin », et de les fonder sur une logique de justice :

> […] une femme qui réclame justice et dédommagement pour l'emploi de son temps pose un geste d'autonomie, de valorisation de soi, elle assume ses droits. Les mesures compensatoires réparent un tort subi par les femmes mariées. Il ne faut pas leur faire honte de vouloir les obte-

26 Lysiane Gagnon, 1989. [Patrimoine familial : les femmes] encore mineures ? *La Presse*, mardi 13 juin 1989. (c'est nous qui soulignons).

27 Journal des débats, 8 juin 1989, p. 6489.

Livre Jurisprudence n°2.indb 225 08/08/2011 12:02:57

> nir ou les en priver pour les forcer à se recycler. Un droit demeure un droit[28].

Encore éparses au cours des années 1970, les mobilisations ayant trait à la perception des pensions alimentaires trouvent un nouvel élan en 1980 à la suite de la présentation d'un projet de loi sur la perception des pensions, à la portée unanimement jugée insuffisante par le mouvement des femmes. La présentation du projet de loi 83, en décembre 1979, joue ainsi un rôle de catalyseur pour la mobilisation. C'est en effet dans le prolongement d'une réunion organisée à l'occasion de la présentation de ce projet par le Conseil du statut de la femme que se constitue un « Front commun pour un véritable service de perception des pensions alimentaires », regroupant 31 groupes et organismes, parmi lesquels figurent les principales fédérations du mouvement des femmes québécois.

Si ce front a permis de mettre en lumière l'ampleur de la coalition que pouvait susciter la revendication d'amélioration de la perception des pensions alimentaires, cette revendication est, par la suite, principalement portée par la fédération des associations de familles monoparentales (qui succède au « Carrefour »), fédération qui, en dépit de son appellation « familiale », se définit et est d'abord identifiée comme un groupe de femmes. En atteste l'hommage que lui rend la ministre de la Condition féminine Jeanne Blackburn lorsqu'elle présente à l'Assemblée nationale, en 1995, le projet de loi 60 qui, instaurant un système de perception automatique des pensions alimentaires, représente l'aboutissement des mobilisations précédemment décrites :

> […] en présentant ce projet, le gouvernement répond à la demande de plusieurs groupes sociaux, féministes et communautaires ainsi qu'à celle de divers organismes gouvernementaux. Il faut souligner la ténacité, pour les remercier, des groupes de femmes, particulièrement la Fédération des associations de familles monoparentales du Québec[29].

Précisons toutefois qu'outre la fédération des associations de familles monoparentales, étaient fortement engagées sur cette question les deux principales fédérations du mouvement des femmes québécois : l'AFEAS (où la ministre Jeanne Blackburn avait elle-même exercé des responsabilités), et la FFQ, qui avait placé la perception automatique des pensions alimentaires au premier rang des revendications de la Marche du pain et des roses en 1995.

Ainsi, dans toutes les réformes étudiées au Québec, les défenseurs de la cause des femmes, dans la société civile comme dans l'appareil d'État (militantes au sein du mouvement des femmes, juristes, fonctionnaires, responsables politiques…), occupent une place de premier plan. Ces actrices œuvrent pour faire du droit de la famille une source de droits, utilisant ce domaine juridique comme un levier pour améliorer la situation économique des femmes, dans l'optique d'une égalité substantive[30]. Au sein du mouvement des femmes, les organisations qui jouent un rôle d'impulsion ont pour caractéristique d'être situées à l'interface avec le mouvement familial (AFEAS, associations de familles monoparentales). Les opportunités politiques relativement ouvertes aux défenseurs de la cause des femmes en matière familiale favorisent par ailleurs l'intervention de ces derniers. Enfin, l'orientation généralement pragmatique du mouvement des femmes facilite la formation de coalitions en vue de réformes. Tous ces éléments ont favorisé à la fois l'influence des défenseurs de la cause des femmes dans les réformes étudiées, et l'inscription de cette utilisation du droit familial en bonne place parmi les stratégies de défense de la cause des femmes.

28 Réseau d'action et d'information pour les femmes. (1979). *Le livre rouge de la condition féminine.* p. 196.

29 Assemblée Nationale du Québec. (1995). *Projet de loi 60 – Adoption du principe. Journal des débats, 16 mars 1995, pages 1522-1533.*

30 Pour une illustration récente de la place de cette préoccupation chez les juristes féministes au Québec, on pourra se référer à la réflexion de Louise Langevin (2009) sur les rapports entre liberté contractuelle et relations conjugales.

Livre Jurisprudence n°2.indb 226 08/08/2011 12:02:57

Conclusion

Peu médiatisées et rarement étudiées, les mobilisations féministes autour du règlement des conséquences financières du divorce en droit familial constituent un aspect non négligeable des luttes en faveur de la cause des femmes dans le dernier quart du XX^{e} siècle. La comparaison des cas français et québécois fait toutefois ressortir des différences dans le sens assigné à ces luttes et, corollairement, dans la place occupée par celles-ci dans la défense de la cause des femmes. Cette démarche comparative permet, simultanément, de mettre en lumière des éléments explicatifs de ces variations dans les usages sociaux du droit, celles-ci pouvant être reliées à d'importantes distinctions dans les structures de mobilisations, dans le degré d'emprise du familialisme sur le droit familial et d'ouverture des opportunités politiques de réformes dans ce secteur (ces éléments étant eux-mêmes interdépendants). En France, les défenseurs de la cause des femmes ne se départissent pas de la lecture familialiste dominante de ces dispositions comme des mesures de protection, entretenant les femmes dans une situation de dépendance. En outre, les mouvements représentant les femmes divorcées se définissent comme des mouvements familiaux, et non comme des mouvements de femmes. Conséquemment, les luttes étudiées ici n'occupent, au mieux, qu'une place marginale dans la défense de la cause des femmes. Au Québec, où d'importants mouvements à l'interface du mouvement des femmes et du mouvement familial investissent cet enjeu, le règlement juridique des conséquences financières du divorce a pu occuper une place beaucoup plus centrale dans la défense de la cause des femmes. Ce phénomène est facilité par la configuration des mouvements sociaux, la moindre influence du familialisme en droit familial (chez les juristes, au sein du ministère de la Justice), ainsi que la relative ouverture des opportunités de réforme aux défenseurs de la cause des femmes dans ce domaine. La comparaison franco-québécoise permet donc de préciser sous quelles conditions sociopolitiques l'usage du droit comme ressource en vue d'une égalité « réelle » (au-delà de la seule inscription d'un principe d'égalité dans le droit), jusqu'alors essentiellement étudié en matière d'égalité professionnelle et de représentation politique, a pu aussi se développer en droit familial.

Livre Jurisprudence n°2.indb 227 08/08/2011 12:02:57

Bibliographie

BARD, Christine, (1995). *Les filles de Marianne : histoire des féminismes 1914-1940,* Paris : Fayard.

BERENI Laure, (2007). « Du 'MLF' au 'Mouvement pour la parité'. La genèse d'une nouvelle cause dans l'espace de la cause des femmes. » *Politix*, vol.20, n.78, p.

BOIGEOL, Anne, (1988). « Le recouvrement des pensions alimentaires en France. » p. 413-431 in *Famille, État et sécurité économique d'existence*, sd M.-T. Meulders-Klein et J. Eekelaar. Bruxelles : E. Story Scientia.

CHAPERON, Sylvie. (2000). *Les années Beauvoir : 1945-1970*, Paris : Fayard.

COHEN, Yolande. (2006). « Protestant and Jewish Philanthropies in France : the Conseil National des Femmes Françaises (1901-1939). » *French Politics, Culture and Society*, vol.24, n.1, p. 74-92.

COLLECTIF CLIO. (dir.) (1992). *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, Montréal : Le Jour.

COMMAILLE, Jacques. (1993). *Les stratégies des femmes. Travail, famille et politique*, Paris : La Découverte.

—, Jacques. (1994). L'esprit *sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit, Paris* : PUF.

—, Jacques. (2001). « Les injonctions contradictoires des politiques publiques à l'égard des femmes. » p. 129-148 in Masculin-féminin *: questions pour les sciences de l'homme, sd J. Laufer,* M. Maruani, et C. Marry. Paris : Presses Universitaires de France.

HOBSON, Barbara. (1990). "No exit, no voice : women's economic dependency and the welfare state." *Acta sociologica*, vol.33, n.3, p. 235-250.

JENSON, Jane et SINEAU, Mariette. (1995). *Mitterrand et les Françaises : un rendez-vous manqué*, Paris : Presses de la FNSP.

JOBERT, Bruno. (1988). « La version française du corporatisme : définition et implications pour la modernisation de l'État dans une économie en crise. » p. 3-18 in *L'État et les corporatismes*, sd D. Colas. Paris : PUF.

KLEJMAN, Laurence et ROCHEFORT, Florence. (1989). *L'égalité en marche : le féminisme sous la Troisième République*, Paris : Presses de la Fondation nationale des sciences politiques : Des Femmes.

LANGEVIN, Louise. (2009). « Liberté contractuelle et relations conjugales : font-elles bon ménage ? « . *Nouvelles questions féministes*, vol. 28, n.2.

LENOIR, Rémi. (2003). *Généalogie de la morale familiale*, Paris : Seuil/Liber.

LISTER, Ruth. (1997). *Citizenship : feminist perspectives*, Basingstoke : McMillan.

MARTIN-PAPINEAU, Nathalie. (2003). « La construction paradoxale d'un problème politique : l'exemple des familles monoparentales (1968-1988). » *Recherches et prévisions*, n.72, p. 7-20.

MINONZIO, Jérôme et VALLAT, Jean-Phillipe. (2006). « L'Union nationale des associations familiales (UNAF) et les politiques familiales. Crises et transformation de la représentation des intérêts familiaux en France. » *Revue française de science politique*, vol.56, n.2, p. 205-226.

NOZAY, Catherine. (2009). « « Il n'y a pas de vol entre époux » : la prestation compensatoire en droit français » Droit et société, n. 73/3, p. 725-745.

PRZEWORSKI, Adam et TEUNE, Henry. (1970). *The logic of comparative social inquiry*, New York : Wiley.

REVILLARD, Anne. (2006). « Du droit de la famille aux droits des femmes : le patrimoine familial au Québec. » *Droit et société*, n.62, p. 95-116.

—, (2007). La cause *des femmes dans l'État : une comparaison France-Québec (1965-2007).* Thèse de doctorat en sociologie, École normale supérieure de Cachan.

—, (2009a). « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? Les défenseurs de la cause des femmes face au règlement juridique des conséquences financières du divorce en France et au Québec (1975-2000) », l'*Année sociologique, 59 : 345-370*.

—, (2009b). « Quelle politique pour les femmes ? Une comparaison France-Québec », *Revue internationale de politique comparée*, vol.15, n.4, 2009.

Livre Jurisprudence n°2.indb 228 08/08/2011 12:02:57

ROCHEFORT, Florence. (1998). « À propos de la libre-disposition du salaire de la femme mariée, les ambiguïtés d'une loi (1907). » *Clio*, n.7, p. 177-190.

ROCHEFORT, Florence. (2005). « Laïcisation des mœurs et équilibres de genre. Le débat sur la capacité civile de la femme mariée (1918-1938). » *Vingtième Siècle*, n.87, p. 129-141.

SABBAGH, Daniel. (2003). *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris : Economica.

THÉBAUD, Françoise. (2001). « Promouvoir les droits des femmes : ambitions, difficultés et résultats. » p. 567-600 in *Les années Mitterrand. Les années du changement (1981-1984)*, sd S. Berstein, P. Milza, et J. Bianco. Paris : Perrin.

Livre Jurisprudence n°2.indb 229 08/08/2011 12:02:57

Étudier et comparer la quête d'égalité des femmes pour comprendre les trajectoires des États providence

Discussion autour de l'article d'Anne Revillard « Protection humiliante ou source de droits ? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes »[1]

Nathalie LE BOUTEILLEC*

L'article d'Anne Revillard est une illustration très convaincante d'une part, de l'intérêt des comparaisons binationales[2] et, d'autre part, de la nécessité, pour mieux comprendre les effets, les impacts des politiques sociales et familiales, de ne pas se limiter à l'analyse et à la comparaison des lois *per se*[3] et d'étudier les processus constitutifs des lois.

En effet, cet article qui s'intéresse spécifiquement au règlement des conséquences financières du divorce au Québec et en France permet de mieux comprendre certains processus constitutifs des régulations socio-politiques de la famille dans ces deux pays et surtout le rôle joué par les associations féministes dans ces régulations. En étudiant les possibilités d'actions et l'action menée par ces associations, Anne Revillard souligne les différences dans les usages sociaux du droit de ces deux pays, au demeurant proches. Une comparaison des systèmes juridiques et des lois en vigueur dans les deux pays ne révélerait certaine-

1 Ce texte est basé sur les commentaires qui ont fait suite à la présentation d'Anne Revillard lors du Séminaire interdisciplinaire « Regards croisés sur le droit et le genre », 8 juin 2010, Université de Lille 2.

* Maître de conférences à l'université de Picardie Jules Verne, chercheuse au CURAPP, chercheuse associée à l'INED. Ses recherches portent sur les régulations socio-politiques de la famille avec un volet traitant plus particulièrement des lois et débats politiques relatifs à la protection de la maternité et à l'accès des femmes au marché du travail (ainsi qu'à la protection des enfants) et un second volet s'intéressant à l'histoire comparée du mariage dans les pays nordiques.

2 À une époque où la méthode comparative est souvent utilisée comme moyen pour formaliser la globalisation en produisant des typologies – notamment avec les travaux institutionnalistes – les comparaisons binationales se font plus rares et ce d'autant plus que les appels d'offres internationaux des financements de la recherche privilégient et encouragent les études portant au minimum sur trois pays.

3 À savoir les textes de loi.

Livre Jurisprudence n°2.indb 231 08/08/2011 12:02:57

ment pas avec autant de finesse les spécificités des lois et les usages qui en ont été faits.

La comparaison binationale de pays ayant de fortes similitudes se révèle souvent être une méthode féconde pour révéler les interstices, les ambiguïtés et les incidences contradictoires des politiques sociales et familiales. La famille étant constituée et construite par le droit, il est difficile de comprendre les particularités et les particularismes d'une loi ou d'un discours sans déplacer son regard, sans placer sa focale dans un ailleurs qui devient un point de repère. Tout en révélant l'autre, ce processus souligne des prescriptions différentes voire divergentes face à un même problème, fait apparaître des conséquences fort dissemblables à une réglementation dont les textes juridiques sont proches ou même révèle des silences qui soulignent parfois plus la construction juridique de la famille que les prescriptions de la loi. C'est pourquoi, l'analyse des débats parlementaires révélateurs des jeux de pouvoir, l'étude des « acteurs » et leurs domaines d'action ainsi que l'analyse de la presse, des rapports et des publications connexes des « acteurs » lors de réformes rendent parfois mieux compte du contexte de la loi que l'appareil juridique, que la législation dans laquelle elle s'inscrit. Ce type de travail, ce regard permet de se départir d'une vision figée issue de la lecture de la loi, il permet aussi parfois de mieux comprendre pourquoi une loi n'a pas les effets escomptés ou attendus ou pourquoi l'impact symbolique d'une loi est minime[4].

Par ailleurs, cette démarche, en prenant en compte les traditions historiques et culturelles en référence desquelles se conçoivent les politiques et en comparant les trajectoires des processus de régulations des politiques sociales et familiales, permet de mettre à jour certains problèmes spécifiques aux analyses des relations de genre dans les politiques publiques. Le positionnement de la femme, individu appartenant à un groupe, à une famille et individu ayant des droits propres, a été longtemps (et reste souvent) problématique au regard du droit. En effet, comment considérer la femme : mère, épouse ou femme ? Faut-il la protéger en temps que mère ? Faut-il compenser son investissement au foyer en temps qu'épouse ? Faut-il l'affranchir de toutes dépendances et valoriser son autonomie ?

La construction des politiques de la famille au sein de l'État-providence ne peut toutefois se comprendre que dans la référence à la place reconnue à la femme dans la société. C'est à la lumière des mesures prises en faveur des femmes dans la première moitié du XX^{e} siècle qu'il est, par exemple, possible d'appréhender les mécanismes des politiques familiales suédoises et norvégiennes. En effet, l'attitude envers les femmes – en politique comme dans le travail – allait préparer les orientations (différentes) de ces pays en dessinant les contours de la famille dont l'État-providence assurerait le bien-être. C'est pourquoi, lorsqu'en 1969 Alva Myrdal présenta un rapport sur 'l'égalité des chances' au congrès national du Parti social-démocrate suédois, il n'eut que peu d'échos chez les voisins norvégiens[5]. Elle mettait en exergue la persistance des inégalités malgré la mise en place de l'État-providence et déclarait qu'il fallait, désormais, insuffler un nouveau souffle. Alors que l'ouvrage d'Alva et Gunnar Myrdal *(Kris i befolkningsfrågan*[6]*)* avait eu une incidence sur les débats en Norvège dans les années 1930, la nouvelle politique soutenue par Alva Myrdal eut donc un accueil mitigé en Norvège dans les années 1970.

4 Voir article de N. Le Bouteillec, Z. Bersbo, P. Festy, « Freedom to divorce or protection of marriage ? The divorce laws in Denmark, Norway and Sweden in the early twentieth century. », *Journal of Family History*, vol. 36, n°2, 2011, p. 191-209. Dans cet article, les auteurs s'interrogent sur les raisons du faible effet des réformes mises en place entre 1915 et 1927 dans les pays scandinaves alors que l'impact symbolique de ces lois a été très fort. En effet, les lois alors adoptées, basées sur l'égalité entre époux, sur la reconnaissance de droits individuels, facilitaient les conditions d'accès au divorce. À l'époque même de ces réformes mais aussi tout au long du XX^{e} siècle, ces lois ont été perçues comme étant libérales et progressives. Alors pourquoi, ces réformes ont-elles eu un faible effet ? Pourquoi ont-elles eu aucune incidence ou presque sur le nombre des divorces ?

5 G. Heckscher, *The Welfare State and Beyond, Success and Problems in Scandinavia*, Minneapolis : University of Minnesota Press, 1984.

6 A. Myrdal, G. Myrdal, *Kris i befolkningsfrågan,* Stockholm, Bonniers, 1934.

Livre Jurisprudence n°2.indb 232 08/08/2011 12:02:57

Les sociaux-démocrates norvégiens n'adhérèrent pas à cette réorientation des enjeux de la politique familiale. Les politiques familiales des deux pays avaient, incidemment et malgré les rapprochements et les similitudes, emprunté des philosophies sensiblement différentes.

De fait, la Norvège et la Suède, n'ont pas adopté le même schéma d'intervention pour intégrer la question de l'égalité entre les hommes et les femmes au cœur des politiques publiques. Alors que la Suède mit en place un programme de grande ampleur pour qu'hommes et femmes puissent mener conjointement leurs activités professionnelles et familiales, la Norvège a longtemps hésité. Certes, la politique norvégienne intégra de nombreuses dispositions visant à faciliter l'insertion des femmes sur le marché du travail mais, parallèlement, les femmes, mères de famille devaient (et doivent toujours) pouvoir choisir de ne pas travailler. Là réside la spécificité de l'approche norvégienne. Une approche historique et comparée peut révéler les différences patentes entre la Norvège et la Suède dans les relations État/famille dès les premières lois de protection de l'enfance, dès les premières phases du processus historique de l'État-providence[7].

Bien que les réformes des régimes matrimoniaux des années 1920 dans les pays scandinaves aient institué l'égalité entre époux[8], en Norvège, les acteurs des sphères politiques (partis politiques ou syndicats voire même certaines organisations féministes[9]) ont conceptualisé la relation entre la famille et l'État sur la base du soutien de famille unique, l'homme devant pourvoir aux besoins du ménage. Ces deux positions peuvent, de prime abord, semblaient contradictoires mais le législateur en instaurant l'égalité des époux et la responsabilité commune de subvenir aux besoins du ménage ne visait nullement l'émancipation de la femme en dehors du foyer mais dans le foyer. En effet, cette responsabilité commune reconnue dans la loi ne sous-entendait pas que les époux aient des contributions identiques mais plutôt qu'ils apportent des contributions de valeur égale. Ainsi le travail domestique et d'éducation de l'épouse au sein du foyer avait-il un statut identique au travail de l'époux à l'extérieur du foyer. Selon les termes de la loi, l'épouse devenait, elle aussi, soutien de famille ; toutefois la situation économique de la femme restait dépendante du revenu du mari et de la capacité ainsi que de la volonté de ce dernier de partager son revenu. Cette fragilité se retrouve dans les politiques sociales alors mises en place puisque ces mesures renforcèrent le modèle du travailleur soutien de famille en protégeant la femme dans son rôle d'épouse et de mère.

En Norvège, cette vision traditionnelle du rôle de la femme était répandue au sein des courants politiques et même parmi les associations de femmes. De fait, les femmes travaillistes, influencées notamment par les idées de Katti Anker Møller, soutinrent, par exemple, un projet de salaire maternel grâce auquel les mères auraient l'opportunité de s'occuper de leur progéniture dans de bonnes conditions. Ces idées trouvèrent un écho favorable chez les hommes politiques. Par ailleurs, l'obtention du droit de vote des femmes, en 1913, forma un tremplin aux revendications en faveur d'une protection de la maternité.

En Suède, en revanche, la pression des organisations féministes et la volonté de mettre en place une poli-

7 N. Le Bouteillec, *Famille, Economie et développement de l'État-providence en Norvège et en Suède aux XIX^e et XX^e siècles*, Thèse sous la direction de D. Blanchet, IEP de Paris, 2000, 421 p.

8 En Suède, deux lois ont réformé le code de la famille : la loi de 1915 portant sur la célébration et la dissolution du mariage, suivie en 1920 par un nouveau code du mariage (*Giftermålsbalken*). En Norvège, ce sont les lois de 1909 (réforme du divorce), 1918 (loi relative à la formation et dissolution du mariage : *Lov 31 mai 1918 nr. 2 om indgaaelse og opløsning av egteskap (ekteskapsloven)*) et 1927 (réforme du patrimoine des époux : *Lov 20 mai 1927 nr. 1 om ektefellers formuesforhold (ektefelleloven)*). Dans les deux pays ces réformes ont institué l'égalité des époux dans tous les domaines, y compris économiques (reconnaissance du droit de la femme mariée de disposer de ses biens propres – y compris de son salaire – et de la jouissance de ces biens, introduction du principe de la communauté de biens entre les époux). Ainsi, l'homme et la femme doivent conjointement pourvoir aux besoins de la famille.

9 Pour plus d'informations sur les associations féministes et le rôle qu'elles ont joué voir : D. Sainsbury, « Gender and the Making of Welfare States : Norway and Sweden » *Social Politic,* n°1, 2001, p. 113-143.

Livre Jurisprudence n°2.indb 233 08/08/2011 12:02:57

tique de population, firent obstacle à ce modèle. La lutte pour le suffrage universel, qui dans ce pays dura plus de 20 ans, institua une dynamique au sein des mouvements féministes. Jalouses des droits qu'elles venaient d'acquérir, les Suédoises restèrent soudées pour défendre leurs intérêts à travers la reconnaissance des droits des femmes mariées, mais se désintéressèrent de la cause des mères. La peur de la dépopulation constitua le moteur de la politique familiale des années 1930-1940. Cette politique s'inscrivit dans un vaste projet de lutte contre le chômage et de redressement social dont l'objectif premier était de relancer l'économie. La mobilisation des femmes sur la question du droit au travail des femmes mariées, ainsi que l'analyse de *Kris i befolkningsfrågan* où la femme exerce conjointement le rôle de mère et de travailleuse, instaurèrent un climat relativement favorable vis-à-vis de la condition féminine. La conjoncture était donc extrêmement propice à la mise en œuvre de politiques publiques alliant intérêt familial et respect du droit des femmes.

Par conséquent les réactions des féministes, et surtout des femmes de tête des partis sociaux-démocrates, ne furent pas analogues dans les deux pays. À défaut d'être encouragé, le travail des femmes fut toléré en Suède, alors que, dans le même temps, il était banni en Norvège. À certains égards, les trajectoires suivies par la Norvège et la Suède au début de ce siècle permettent de comprendre les orientations des dispositifs actuels. De fait, en Norvège, l'image de la mère de famille au foyer perdura au fil des années et, jusque très récemment, la protection de la maternité resta un vecteur de la politique familiale. En revanche, en Suède, la lutte pour la reconnaissance des droits civils et économiques des femmes mariées ainsi que l'inclination pour une politique publique ouverte aux services constituèrent de solides appuis pour le développement d'une politique familiale axée sur le modèle de la famille à deux revenus.

Il semble donc qu'il y ait plusieurs modèles féminins au sein des politiques sociales. Dans le cas de la comparaison Norvège/Suède, l'un est essentiellement maternel, l'autre protège la mère *via* la femme. Comme le montre Anne Revillard, la position des associations féministes, des mouvements de femmes et, plus généralement, des femmes 'actrices' et pas seulement 'cibles' des politiques sociales et familiales n'est dans ce domaine pas sans effet. Le poids de ces dernières sur l'échiquier politique, la position défendue (égalité dans la différence ou égalité), l'usage du droit retenu (principe juridique d'égalité ou ressource en vue d'une égalité réelle des conditions) ont nécessairement des incidences dans le processus constitutif des lois ainsi que dans les usages sociaux du droit. De façon plus générale, la place reconnue à la femme dans une société, transcrite dans le droit et véhiculée par les usages sociaux est un élément essentiel de la genèse des États-providence modernes. Elle marque leur trajectoire et permet parfois de comprendre les « injonctions contradictoires des politiques publiques à l'égard des femmes »[10].

10 J. Commaille, « Les injonctions contradictoires des politiques publiques à l'égard des femmes. » in *Masculin-féminin : questions pour les sciences de l'homme*, sous la direction de J. Laufer, M. Maruani, et C. Marry, Paris : Presses Universitaires de France, 2001, p. 129-148.

Livre Jurisprudence n°2.indb 234 08/08/2011 12:02:57

Viols et genres

Fonctions du droit et des procédures judiciaires dans la construction et la déconstruction des paradigmes de l'épistémologie du genre

Julie MAZALEIGUE-LABASTE*

Introduction

Une des planches de l'illustrateur et dessinateur de presse Georges Wolinski, à l'évidente finalité de critique sociale et politique, mettait en scène la courte histoire d'une agression sexuelle violente sous la figure de l'inversion humoristique d'une situation. La victime y était en effet un homme, qui, entrant un soir fort tardivement dans un bar, était molesté, puis sexuellement agressé par un groupe de femmes. Parvenant à s'échapper et à se réfugier dans un commissariat pour porter plainte, il y subissait une nouvelle violence, celle du groupe exclusivement féminin d'agents de police qui manifestait vertement son refus de prendre en compte sa plainte et accusait la victime d'être à l'origine de l'agression par son attitude suggestive. Il s'agissait, par le renversement genré de la situation, de mettre en lumière la violence et l'injustice faite aux femmes dans le traitement judiciaire de leurs plaintes pour violences sexuelles, en jouant sur le conditionnel contrefactuel : « *et si cela arrivait aux hommes* ». En d'autres termes, il s'agissait d'une féroce critique de l'inégalité judiciaire, sociale et politique des genres.

L'analyse du ressort humoristique de cette planche révèle toutefois un problème. Elle ne fonctionne en effet comme critique que dans la mesure où il s'agit d'une satire sociale, qui repose sur le principe d'une *projection imaginaire* : il n'y a effet humoristique que parce que la situation décrite est *improbable* et ainsi *déréalisée* – dans le cas contraire, nul humour ne pourrait se dégager car il ne s'agirait que de la description d'un réel dramatique et violent. Autrement dit, la critique féministe de Wolinski ne fait mouche que sur fond d'une épistémologie implicite fortement genrée du viol. L'efficacité de son humour grinçant présuppose que le lecteur ne croie pas dans la possibilité d'une réalité de la scène dessinée, c'est-à-dire qu'il ne croie

* Docteur en philosophie – Agrégée de philosophie, ATER Université de Picardie Jules Verne, *Centre d'Histoire des Sciences, des Sociétés et des Conflits,* UPJV, Amiens.

Livre Jurisprudence n°2.indb 235 08/08/2011 12:02:57

pas que les hommes puissent vraiment être victimes de femmes agresseurs[1]. La possibilité même que cette représentation fonctionne comme critique sociale exige et suppose ainsi que le lecteur adhère implicitement à une épistémologie différencialiste traditionnelle de la distinction des genres en matière de domination et d'agressivité sexuelle, c'est-à-dire à une conception implicitement essentialiste du genre qui fige les réalités sociales dans ce qui relèverait d'une nature des sexes. En conséquence, la critique formulée par Wolinski – dénoncer l'injustice et la violence faite aux femmes, au niveau sexuel et au niveau judiciaire – présuppose et renforce cela même qu'elle semblait mettre en question : l'idée que les femmes sont sexuellement passives par nature, ce qui fonderait leur être de victime, et les hommes actifs et ainsi agresseurs[2]. À la décharge de l'illustrateur, cette difficulté est plus généralement imputable à toutes les formes de féminisme différentialistes et par là, essentialistes : en figeant la réalité, indiscutable, des inégalités politiques de genre et des dominations par l'invocation d'arguments sur la « nature » masculine et la « nature » féminine[3], en transmuant implicitement ou explicitement le *fait* en *norme* naturelle, ces critiques ne font que renforcer les schémas de domination, comme l'ont bien montré l'ensemble des critiques post-féministes depuis Judith Butler[4].

Certes, et comme l'ont montré avec une criante actualité les diverses manifestations et discours lors de la dernière *Journée internationale pour l'élimination de la violence faite aux femmes*[5], ces conceptions différencialistes ont activement soutenu et soutiennent encore les combats sociaux et politiques, de l'associatif au législatif, visant à protéger et à défendre le corps et l'intégrité des femmes, trop souvent cibles de violences. Mais comme l'ont souligné les critiques post-féministes, ce paradigme épistémologique, le plus souvent implicite[6], possède un ensemble d'implications juridiques, judiciaires, sociales et politiques très lourdes sur les politiques du corps sexuel et les renforcements des stéréotypes de genre et des schémas de domination. Comment, en effet, penser une politique féministe *active* du corps sexuel si le corps des femmes reste essentiellement un objet à protéger, ce qu'elles sont supposées au fond ne pouvoir faire elles-mêmes en tant que victimes naturelles des hommes ? Et *quid* des minorités sexuelles, des violences sexuelles homosexuelles, des hommes victimes et des femmes agresseurs, dont les travaux criminologiques

1 Dans la bande-dessinée présentée par Wolinski, cette analyse est renforcée par la description du personnage masculin : au contraire d'être présenté par l'auteur comme victime d'une agression sexuelle de groupe, il apparaît comme un petit bonhomme sérieux, étriqué et, à vrai dire, un peu idiot, qui ne suscite nullement l'empathie du lecteur – parce qu'il n'a nullement vocation à le faire. Il ne s'agit donc pas d'une inversion réelle du genre de la situation, puisqu'il n'y a nulle analogie entre la situation réelle des victimes féminines d'agression sexuelle que Wolinski cherche à défendre en soulignant l'injustice policière dont elles sont victimes, et l'homme victime mis en scène, qui n'apparaît justement pas comme une victime, mais comme le dindon d'une farce qui lui échappe.

2 Rappelons ici que Pierre Bourdieu soulignait justement que la dichotomie actif / passif était l'axe organisateur du système symbolique de domination masculine. Pierre Bourdieu, 2002 (1998), *La domination masculine*, Paris : Seuil.

3 Cette nature peut être psychologique ou biologique. Le naturalisme peut prendre des formes variées, selon le sens attribué au terme « nature ».

4 Notamment depuis la parution du devenu classique *Gender trouble* en 1990. Judith Butler, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris : La découverte, 2006, traduction de Judith Butler, *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*, New York : Rouledge, 1990.

5 L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté Le 17 décembre 1999 la résolution 54/134, proclamant le 25 novembre *« Journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes »*, et invitant *« les gouvernements, les institutions, organismes, fonds et programmes des Nations Unies et les autres organisations internationales et non gouvernementales à organiser ce jour-là des activités conçues pour sensibiliser l'opinion au problème de la violence à l'égard des femmes »*.

6 Ce qui renforce son efficacité, puisque le fonctionnement politique des dominations ne saurait être efficace que s'il n'est pas contesté ni contestable, c'est-à-dire à la condition d'être invisible. Cette *invisibilisation* des schémas de domination est le corollaire du *travail d'éternisation* (Bourdieu, 1998), *i.e.* de naturalisation, dont il est une des opérations. En transformant les faits politiques en nature, leur être contingent disparaît, et avec elles les possibilités des luttes. Car comment lutter contre la nature ?

Livre Jurisprudence n°2.indb 236 08/08/2011 12:02:57

mais aussi les études des violences de guerre tendent de plus en plus à souligner l'existence ?

Du point de vue du savoir et des pratiques sociales et politiques qui s'appuient sur ce savoir, l'asymétrie impliquée par le paradigme essentialiste des violences sexuelles se traduit doublement. Premièrement, l'existence d'auteurs féminins de violences sexuelles est minimisée à l'extrême, et renvoyée à une anormalité monstrueuse : les femmes, naturellement douces, sont supposées ne pas pouvoir violer, et, naturellement mères, ne pouvoir incester[7]. Deuxièmement, l'existence de victimes masculines de violences sexuelles est elle aussi minimisée et renvoyée à des cas d'exception, comme l'a noté, dans le cas des violences de guerre, la politologue Rosalind Petchesky[8] à la suite de Jasbir K. Puar[9] à propos des tortures sexuelles subies par les prisonniers irakiens à Abu Ghraib. Les politiques du corps sexuel fondées sur cette représentation restent ainsi hétérocentrées et renforcent les stéréotypes soutenant les dominations existantes en s'attachant à la promotion de la protection des femmes contre la violence masculine d'un point de vue conservateur et transcendant, au détriment des femmes elles-mêmes et leurs luttes dont elles se trouvent alors dépossédées. En d'autres termes, le refus de prendre en compte les femmes acteurs et les hommes victimes de violences sexuelles, plutôt que de contribuer aux luttes politiques féministes, a pour effet de légitimer les inégalités en soutenant leur fondement.

Partant de ces constats et de ces questions, on interrogera la fonction des *normes juridiques* et des *procédures judiciaires* dans le maintien et les transformations possibles du paradigme épistémologique essentialiste plaçant la femme en position de victime naturelle des violences sexuelles de l'homme. Dans les deux premiers temps, on analysera le rôle du droit et des pratiques judiciaires dans la construction et le maintien d'un cadre de pensée binaire et hétérocentré des violences sexuelles qui rabat le genre sur le sexe par une opération de naturalisation, pour mettre en évidence, dans un troisième temps, les implications politiques de ce paradigme au niveau du droit international.

I. Le droit et les procédures judiciaires, conditions du voir et du savoir des violences sexuelles

L'évolution historique du problème des violences sexuelles articule fortement cinq dimensions, comme en témoignent les travaux historiques sur la question[10] : les dominations et inégalités sociales, les épistémologies de la différence des genres sur lesquelles ces premières s'appuient, le droit (national et, depuis la seconde moitié du XX^{e} siècle, international), les mentalités et les sensibilités, et les politiques du corps sexuel au niveau local (combats sociaux, associations, etc.) et aux niveaux national et transnational. Dans le système d'échange et de transformation de ces éléments, le droit, et plus particulièrement le droit pénal, possède une place particulière et un rôle charnière, du point de vue de la pratique et de la théorie. Il traduit les évolutions des mentalités ; il est aussi un de leurs moteurs ; mais il est, de plus, une des conditions centrales de construction de l'épistémologie de la différence du genre, relativement à la question des violences sexuelles. En effet, la plupart des études scientifiques (psychologiques, psychopathologiques, sociologiques, criminologiques, etc.) prenant pour objet ces violences, et à même de confirmer ou d'infirmer les idées traditionnelles sur les relations entre viol et genre, élaborent leurs échantillons d'étude à partir des délits et crimes

7 Cette conception, issue des processus de naturalisation de la seconde moitié du XIX^{e} siècle reléguant la femme criminelle du côté de la maladie mentale et de la prostitution, est encore fort présente, et représente un obstacle réel à la prise en charge judiciaire et à la reconnaissance des victimes des femmes agresseurs sexuels. Voir *infra*.

8 Rosalind P. Petchesky, 2005, « Droits du corps et perversions de la guerre : droits et violences sexuels dix ans après Beijing », *Eres. Revue internationale des sciences sociales*, 184, 329-348 : 330 et 340.

9 Jasbir. K. Puar, 2004. « Abu Ghraib : Arguing against exceptionalism », *Feminist Studies,* 30, 1-14.

10 Nous renvoyons ici à l'*Histoire du viol* de Georges Vigarello. Georges Vigarello, 1998, *Histoire du viol, xvie-xxe siècle*, Paris : Seuil. On consultera aussi Joanna Bourke, 2007, *Rape : sex, violence, history*, Emeryville : Shoemaker & Hoard, pour une approche davantage centrée sur les agresseurs sexuels dans l'histoire.

Livre Jurisprudence n°2.indb 237 08/08/2011 12:02:58

sexuels déjà judiciarisés et des données médico-légales[11]. Ces savoirs des violences sexuelles et de leur distribution genrée reposent ainsi doublement sur le système juridique et judiciaire.

Premièrement, les violences sexuelles elles-mêmes sont des réalités dont l'identification dépend étroitement des catégories juridiques. Ce sont bien les lois qui définissent ce que sont un viol et une agression sexuelle[12], et c'est bien l'application du droit qui constitue la condition première de leur visibilité sur la scène sociale. Leur inscription dans le système judiciaire permet de *voir* ces violences, et les fait sortir de leur clandestinité. C'est ce qui octroie à la *plainte* son caractère essentiel : les violences sexuelles ne donnant pas lieu à des plaintes, soit que les individus ne les dénoncent pas[13], soit qu'elles échappent en quelque manière à la qualification juridique, passent le plus souvent inaperçues[14]. On peut, en guise d'exemple, citer le viol entre époux. La loi du 23 Décembre 1980 a modifié l'article 332 du Code Pénal et défini le viol comme tout acte de pénétration commis par violence, contrainte ou surprise[15], mais il a fallu attendre les années 1990 pour que le viol conjugal soit pleinement juridiquement reconnu, à travers deux jurisprudences[16]. Dès lors, le dépôt de plainte devenait possible, parce qu'un crime spécifique était dorénavant nommé. Comme l'a bien montré Georges Vigarello, cette transformation a été le signe d'une évolution de mentalités se traduisant dans le droit, mais aussi un révélateur exemplaire de violences auparavant cachées, autorisant la judiciarisation, la reconnaissance sociale, et le développement d'un savoir quantifié de ce qui auparavant était invisible[17].

Deuxièmement, la pratique médico-judiciaire constitue le premier mode de savoir de ces violences sexuelles, permettant l'enregistrement des cas et l'approfondissement des connaissances des victimes et des agresseurs. La plupart des études criminologiques, psychologiques et sociologiques des violences sexuelles se fondent sur ces données issues du système judiciaire, à partir desquelles elles élaborent leurs connaissances quantitatives (statistiques) et qualitatives. On peut ici citer en exemple l'histoire des violences sexuelles sur

11 Il existe bien entendu aujourd'hui d'autres moyens de collecter de telles données : *via* les associations, notamment, mais aussi par des études et des témoignages directs dans certains milieux et situations. On pensera notamment aux violences sexuelles en prison, chez les hommes comme chez les femmes, et aux viols de guerre. Ce sont ces données qui amènent à réévaluer les conceptions traditionnelles des rôles féminins et masculins dans le viol (voir *infra*). Cependant, les données médico-légales conservent une place privilégiée.

12 En France, articles 222-22 et 222-23 du Code Pénal.

13 Qu'ils aient eux-mêmes du mal à les percevoir comme violence ou que le système judiciaire leur fasse obstacle.

14 En 1992 aux États-Unis, Kilpatrick, Edmunds et Seymour évaluaient que 66 à 84 % des viols subis par des femmes n'étaient pas signalés à la police et restaient ainsi socialement invisibles. D. Kilpatrick, C. Edmunds, A. Seymour, (1992), *Rape in America* : *A Report to the Nation*, Arlington : National Victim Center : 6. En France, en 1999, seuls 7.958 viols étaient judiciarisés et enregistrés officiellement (chiffres officiels du Ministère de l'Intérieur), tandis que l'enquête ENVEFF (L'enquête nationale sur les violences. envers les femmes en France) de 2001, réalisée par consultation téléphonique en 2000 sur un échantillon représentatif de 6970 femmes, avec un indice de confiance de 95 %, estimait le nombre réel de viols entre 32 000 et 64 000. L'écart entre les chiffres du ministère et ceux de l'enquête est celui des viols non judiciarisés car n'ayant pas donné lieu à plainte.

15 Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, article I, *Journal Officiel*, 24 décembre 1980 : 3028.

16 La première est l'arrêt de la cour de cassation du 5 Septembre 1990 abolissant la référence au cadre conjugal (l'ancien « devoir conjugal », qui, par définition, faisait obstacle à la reconnaissance d'une sexualité contrainte à l'intérieur du couple). Elle fut précédée par un arrêt le 7 juillet 1984. CASS. CRIM. 5 Septembre 1990, n° 90-83786, *Bulletin criminel,* 1990, 313 : 790. *« Contrairement à ce que soutient le demandeur au pourvoi l'article 332 du Code pénal, en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte ».* La seconde est l'arrêt du 11 Juin 1992 qui confirme la précédente jurisprudence, et donne une existence juridique claire au viol entre époux CASS. CRIM., 11 Juin 1992, n° 91-86346, *Bulletin criminel,* 1992, 232. *« La présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ».* Cette jurisprudence fut confirmée en 1994 par l'article 222-4 du Code Pénal, puis par la loi du 4 avril 2006 (article 222-22 alinéa 2 du Code Pénal).

17 Vigarello, 1998 : 266-267.

Livre Jurisprudence n°2.indb 238 08/08/2011 12:02:58

l'enfant[18], exemplaire de cette triangulation entre droit, procédures et savoir : la définition, puis l'augmentation du seuil de l'enfance sexuellement violentée au XIX^e^ siècle (c'est-à-dire d'un âge légal en dessous duquel tout acte sexuel sur l'enfant peut être assimilé à une agression sexuelle[19]) ont octroyé une visibilité, sur la scène judiciaire, aux nombreuses agressions sexuelles commises sur les enfants, et ainsi rendu possible la reconnaissance et l'élaboration d'un savoir médico-légal, fondement des connaissances psychopathologiques et criminologiques[20].

Ainsi, le droit et les procédures judiciaires, notamment à travers la clinique médico-légale qui s'y articule, sont des conditions matérielles majeures des différents savoirs prenant pour objet les violences sexuelles. La présence implicite de schémas genrés – les femmes essentiellement victimes, les hommes essentiellement agresseurs – au sein des différentes définitions juridiques des violences sexuelles ainsi que chez les acteurs du système judiciaire, pèse alors lourdement, et possède d'importants effets de distorsion théorique sur les discours prenant pour objets les criminels et les délinquants sexuels. La loi permet de voir ; mais le corollaire de cette visibilité est l'opacité de ce qu'elle ne met pas en lumière.

18 Vigarello, 1998.

19 Certes, le Code de 1810 pénalisait plus lourdement l'attentat à la pudeur avec violence sur enfant de moins de 15 ans (peine de travaux forcés à temps), tandis que le viol ou l'attentat à la pudeur avec violence sur les individus de plus de 15 ans étaient punis de réclusion à temps. Voir articles 331 et 332 du Code Pénal de 1810 (Anonyme, 1810, *Code pénal de l'empire français. Édition conforme à celle de l'imprimerie impériale*, Paris : Prieur, Belin fils, Merlin : 50). Mais il faut attendre une importante modification en 1832, sous la monarchie de Juillet, pour qu'apparaisse la notion d'un attentat visant spécifiquement l'*enfance,* et n'ayant pas besoin d'avoir mis en œuvre des violences physiques pour être qualifié d'attentat à la pudeur. (Article 331. Anonyme, 1832, *Nouveau Code Pénal, suivi de la loi contenant des modifications au Code l'Instruction Criminelle*, Besançon : Bintot : 57). Ce seuil a été augmenté à 13 ans par la loi du 13 mai 1863, et à 15 ans, âge actuel de la majorité sexuelle, en 1945 (Ordonnance n°45-1456 du 2 Juillet 1945, *Journal Officiel*, 3 juillet 1945 : 4010).

20 Vigarello, 1998.

II. Du droit à la science, un cercle vicieux

Avant 1980, la définition du viol dans le droit français, présupposée mais absente du Code Pénal[21], était hétérocentrée[22], directement héritée d'un implicite du Code de 1810. Au XIX^e^ siècle, le cas français ne constituait nullement une exception ; cet implicite était en effet partagé par l'ensemble du droit européen, renvoyant à une définition plus ancienne du viol héritée du paradigme théologico-juridique antérieur : la qualification de viol ne touchait que les femmes, et supposait, *stricto sensu*, l'intromission du pénis dans le vagin. La pénétration par force d'un homme ou d'un enfant mâle ne tombait alors en France que sous le chef d'*« attentat à la pudeur avec violence »*. Dans un tel univers juridique, il était alors, par définition, impossible qu'un homme ou un garçon soit *violé*, et encore moins qu'une femme soit violeuse[23]. Le droit supposait et reposait alors sur une conception anthropologique de l'homme naturelle-

21 Ce qui autorisait des flottements : la pénétration vaginale d'une petite fille pouvait être tantôt qualifiée de viol, tantôt d'attentat à la pudeur avec violence, tantôt de crime, tantôt de délit.

22 On consultera la définition médico-légale du viol fournie par Ambroise Tardieu en 1859 : *« Le viol peut être défini, au point de vue de la médecine légale, toute violence exercée sur les organes sexuels de la femme et caractérisée chez une vierge par la défloration c'est-à-dire par la déchirure complète ou incomplète de la membrane hymen ; et chez une femme faite, par l'intromission complète, c'est-à-dire par un rapprochement sexuel consommé »*. Ambroise Tardieu, 1859 (1857), *Étude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, 3^e^ édition, Paris : Baillière : 32. En 1913, Léon Thoinot, médecin légiste et professeur de médecine à la faculté de médecine de Paris, souligne cette absence de définition juridique, tout en se fondant sur plusieurs arrêts de la Cour de Cassation pour justifier la définition ancienne du viol : *« Le Code Pénal n'a pas défini ce qu'il faut entendre sous le nom de viol, mais il résulte de plusieurs arrêts de la Cours de Cassation que le viol consiste dans la possession d'une femme – vierge ou déjà déflorée – contre son consentement »*, Léon Thoinot, 1913, *Précis de médecine légale*, 2 Volumes, Paris : Doin, Volume 2 : 4. Le statut des *« violences sodomiques »* (Vigarello, 1998) était donc problématique. Ces définitions anciennes n'ont été dépassées jusqu'à la redéfinition juridique explicite du viol en 1980.

23 Il faut tout de même souligner la différence entre le cas des hommes et des enfants victimes. Tandis que, tout au long du XIX^e^ siècle, la sensibilité et la pénalisation des nombreuses violences sexuelles sur enfant n'a fait que croître, tandis que les effets d'invisibilisation sociaux

Livre Jurisprudence n°2.indb 239 08/08/2011 12:02:58

ment sexuellement agressif et de la femme passive[24], schéma qu'il traduisait et renforçait en retour par ses définitions. C'est dans ce cadre juridique et judiciaire que sont nées, dans la seconde moitié du XIXe siècle, les théories naturalistes contemporaines[25] de la violence sexuelle, desquelles est issu un paradigme des relations entre viol en genre qui encore nôtre aujourd'hui.

La médecine légale, qui a pris son essor en Europe en tant que discipline dans la première moitié du XIXe siècle pour s'institutionnaliser dans la seconde[26], fondait son savoir des violences sexuelles sur l'étude des cas judiciarisés. Les statistiques issues de ces enquêtes sont à elles seules révélatrices : si Ambroise Tardieu, le plus connu des médecins légistes français du début du second XIXe siècle, admet qu'il existe des cas d'attentats aux mœurs commis par des femmes sur des petits garçons, il affirme fermement, chiffres à l'appui, que l'immense part de ces crimes sont commis par des hommes sur des femmes et des enfants. Ce sont ces travaux de médecine légale qui ont été le fondement empirique et théorique des études psychopathologiques et criminologiques[27] sur la sexualité criminelle dans la seconde moitié du XIXe siècle[28]. L'asymétrie statistique, consécutive au traitement judiciaire des violences sexuelles, s'est alors trouvé traduite, dans le grand mouvement de naturalisation bien connu accompagnant l'essor des sciences humaines, en une différence naturelle et donc essentielle. Ainsi, comme l'écrit le psychiatre et médecin légiste Richard von Krafft-Ebing dans les éditions successives de sa *Psychopathia Sexualis* parues le long des quinze dernières années du siècle, la différence empirique constatée dans le sexe des auteurs de violences sexuelles, de l'attentat au grand assassinat, est bien imputable à ce fondement naturel qu'est l'inégalité essentielle des femmes et des hommes : *« dans le rapport des deux sexes, c'est à l'homme qu'échoit le rôle actif et même agressif, tandis que la femme se borne au rôle passif et défensif »*[29]. La violence sexuelle n'est alors que le produit d'un excès de cette nature qui pousse l'homme à vaincre les résistances et la pudeur, tout aussi naturelles, de la femme, à l'humilier, la violer, et même la tuer[30]. Et lorsque la femme est sexuellement criminelle, et même criminelle en général, son état ne peut être que spécialement pathologique, l'amenant à rompre avec l'ordre de la nature, la rejetant du côté d'une monstruosité plus grande encore que celle de l'homme criminel[31].

et épistémologiques des viols commis sur des hommes ont longtemps perduré, sous le poids des stéréotypes de genre.

24 Edme Théodore Bourg explique ainsi en 1828 dans le *Dictionnaire de la pénalité dans toutes les parties du monde connu* que le viol trouve son origine dans *« la nature et l'énergie des passions de l'homme »*. cet énoncé n'est que la traduction générale des croyances de ses contemporains. Edme-Théodore Bourg (pseud. M.B. Saint-Edme), 1824-1828, *Dictionnaire de la pénalité dans toutes les parties du monde connu,* 5 volumes, Paris : Rousselon, volume 5 : 553. Il faut noter que cette conception genrée de la violence sexuelle n'était pas sans ambiguïtés ; la qualification de viol n'était en effet applicable que si la femme avait fait montre d'une farouche résistance physique, c'est-à-dire d'une *agressivité* sans ambiguïté face à son violeur. Si tel n'était pas le cas, le doute sur le consentement de la femme était permis. Conception paradoxale du viol, donc, qui suppose à la fois la force naturellement débordante de l'homme et la faiblesse féminine, tout en présupposant l'existence d'une force physique potentiellement aussi grande chez les deux sexes.

25 Nous employons ce terme volontairement en un double sens. La première signification est celle, traditionnelle, des historiens français, pour lesquels la période contemporaine court du XIXe siècle jusqu'à aujourd'hui. En un second sens, le terme « contemporain » fait bien référence ici au présent qui est nôtre, dans la mesure où le paradigme épistémologique des violences sexuelles issue du XIXe siècle n'est pas dépassé.

26 Marc Renneville, 2003, *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, Paris : Fayard. Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Alvaro P. Pires, 2008, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, vol. 2. : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie,* Bruxelles : Larcier.

27 L'anthropologie criminelle s'institutionnalise, notamment en France et en Italie, dans les trois dernières décennies du XIXe siècle. Voir Renneville, 2003, et Debuyst, Digneffe, Pires, 2008.

28 Julie Mazaleigue, 2010, *Histoire de la perversion sexuelle*, Thèse de philosophie, Amiens, Université de Picardie Jules Verne.

29 Richard (von) Krafft-Ebing, 1895, *Psychopathia Sexualis, avec des recherches spéciales sur l'inversion sexuelle, traduction de la huitième édition allemande par Émile Laurent et Sigismond Csapo,* Paris : Carré : 82.

30 *Idem*, 82-83.

31 Cesare Lombroso, Guglielmo Ferrero, 1896 (1893), *La femme criminelle et la prostituée*, Paris : Alcan, traduction de Cesare Lombroso,

Livre Jurisprudence n°2.indb 240 08/08/2011 12:02:58

Les savoirs criminologiques et psychopathologiques fondés sur les données médico-légales ont ainsi transmué ainsi le *fait* en *norme* naturelle : les définitions et le traitement judiciaire fortement genrés des violences sexuelles impliquaient un *biais de sélection*[32] empirique, car ils amenaient à ne mettre en lumière que les viols commis sur les femmes et les enfants[33] par des hommes, à quelques exceptions près ; ce constat médico-légal justifiait les théories d'un fondement naturel de cette asymétrie, qui en rendait raison. En retour, les discours des sciences humaines sur la différence naturelle des genres légitimaient la définition juridique du viol en lui octroyant un fondement scientifique, ainsi que les mentalités amenant les acteurs du système judiciaire à oblitérer les violences sortant du paradigme reconnu. Par la bande, l'ensemble du système de domination masculine se trouvait alors justifié : les faits de violence sexuelle comme les théories prouvaient bien la faiblesse et la passivité naturelle des femmes, créatures à protéger.

Il a fallu attendre, en France, la réforme du 23 décembre 1980 pour qu'une brèche soit introduite dans cette boucle et qu'apparaisse une définition du viol apparemment neutre du point de vue du genre. Le viol y a été défini comme *« tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise »*[34]. Comme l'a bien analysé Georges Vigarello[35], il s'agit d'une évolution cruciale. Premièrement, cette réforme législative fut menée sous le signe du droit des femmes et du refus de la domination masculine dont les violences sexuelles sont un élément[36]. Deuxièmement, la reconnaissance de la violence s'y est transformée : le seuil de perception de la violence s'est modifié, le non-consentement y a acquis pour la première fois une forme juridique, et la procédure ancienne de l'enquête de moralité sur la victime, auparavant encore soupçonnée de complaisance, a disparu. Troisièmement, la nouvelle définition juridique du viol a pris en compte explicitement les limites corporelles, sur lesquelles la limite de la criminalité a été fondée. C'est en effet sur *« l'effraction des frontières du corps »*[37] qu'a été établie la distinction entre le viol et l'attentat à la pudeur, devenu « agression sexuelle » en 1992, ainsi que leur hiérarchie : le viol est un crime, l'attentat reste correctionnalisé. La quatrième conséquence, essentielle dans l'histoire des relations entre viol est genre, est la reconnaissance *juridique* pleine et entière des *viols* commis sur les hommes et les garçons. Ces transformations ont décentré la question du viol de l'hétéronormativité pour la réorganiser autour du corps et ouvert un nouveau champ de visibilité sur les violences homosexuelles et hétérosexuelles subies par des hommes et/ou commises par des femmes, en même temps qu'elles représentaient un progrès social important pour les droits des femmes.

Néanmoins, trois difficultés sont à noter ; elles amènent à insister sur le hiatus entre énoncés juridiques et pratiques judiciaires.

Premièrement, le critère de hiérarchisation entre crime et délit sexuel reste en France la *pénétration*[38]. Si la définition du viol de 1980 la réorganise bien autour de l'effraction du corps, elle continue à faire dépendre cette effraction d'un modèle pénétrant / pénétré, dont il est dif-

Guglielmo Ferrero, 1893, *La Donna delinquente, la prostituta e la donna normale,* Torino : s.n. Pour Lombroso, la femme, comme les femelles des autres espèces, est égale et même parfois supérieure à l'homme jusqu'à la puberté ; mais son développement s'arrête ensuite, et elle lui devient inférieure. La criminalité féminine relève ainsi de la monstruosité, à un degré supérieur à la criminalité masculine, car elle est le seul domaine où la femme égale l'homme et contredit son infériorité naturelle.

32 La criminologue québécoise Monique Tardif souligne encore l'existence de ce biais en 2001. Monique Tardif, 2001, « Des abus sexuels perpétrés par des femmes et des adolescentes. L'ultime tabou », *Revue québécoise de psychologie,* 22, 112-118 : 112.

33 Et ici encore, davantage sur les petites filles que les petits garçons.

34 Loi du 23 décembre 1980, et texte de l'actuel Article 222-23 du Code Pénal.

35 Vigarello, 1998 : 254-255.

36 Elle fut en effet entreprise à la suite du retentissant procès d'Aix, retranscrit par Gisele Halimi. Citer Gisele Halimi, *Viol. Le procès d'Aix*, Choisir – La cause des femmes, Paris : Gallimard, et Vigarello, 1998 : 248-255.

37 Vigarello, 1998 : 255.

38 Ce n'est, par exemple, pas le cas au Canada, qui définit le « sexual assault » relativement au consentement, sans référence à la pénétration.

Livre Jurisprudence n°2.indb 241 08/08/2011 12:02:58

ficile de ne pas voir ce qu'il doit à l'ancien paradigme phallocentré du viol. Il est pourtant des gestes sexuels, entre femmes, entre hommes, sur des enfants[39], qui sont vécus comme tout aussi violents par les victimes, mais ne restent que correctionnalisés. C'est exactement pour cette raison – livrer une définition la plus neutre possible du point de vue du genre et la plus large en termes de conduites-cibles – qu'a disparue, à la suite de différentes réformes, de la définition fédérale des violences sexuelles aux États-Unis la référence à la pénétration, et même au terme « *rape* » au profit de « *sexual abuse* »[40].

Deuxièmement, s'il est patent qu'en France, nombre de gestes auparavant simplement correctionnalisés car qualifiés d'attentats à la pudeur (sodomie, fellation, etc.) sont devenus des crimes, acquérant alors du point de vue des mentalités et des sensibilités une gravité plus grande[41], les chiffres ont révélé que les magistrats continuaient à requalifier un ensemble de viols en agressions sexuelles, ce qui témoigne d'une « *résistance des mœurs* » décelable chez les acteurs du système judiciaire[42]. Un fossé se révèle alors entre les énoncés juridiques et les pratiques judiciaires, car ces dernières sont en partie dépendantes des attitudes et croyances de leurs agents. Encore aujourd'hui, les cas d'hommes victimes, et encore davantage de femmes agresseurs[43] (qu'il s'agisse dans les deux cas de violences homo ou hétérosexuelles), tendent à être minimisés, ou échappent complètement à la judiciarisation par refus ou impossibilité des victimes à se considérer comme telles, et restent alors invisibles.

Troisièmement, le cas français est loin de constituer un modèle juridique universellement partagé. Dans de nombreux pays, les législations visant les violences sexuelles comportent suffisamment de lacunes pour rendre difficiles les poursuites pénales[44]. De plus, même dans les pays occidentaux, les lois visant les violences sexuelles ne sont pas uniformes, et de nombreux États continuent à promouvoir un paradigme juridique hétérocentré du viol, impliquant la pénétration vaginale. C'est notamment le cas en Suisse, en Russie, et dans certains états aux États-Unis ; en dépit de la définition fédérale des « *sexual abuses* »[45], les lois visant les violences sexuelles sont variables selon les États, et certains continuent à définir le viol comme un rapport vaginal (en Géorgie, par exemple)[46].

Ainsi, l'évolution du droit est en général un moteur actif de l'évolution des mœurs. Elle ouvre de nouveaux champs de visibilité, rend des phénomènes auparavant dans l'ombre accessibles à un savoir susceptible de transformer les images du monde. Mais si ces transformations juridiques sont nécessaires, elles sont en elles-mêmes insuffisantes à opérer des mutations d'ensemble. Dans le cas qui nous occupe, la résistance et la force de l'adhésion implicite

39 Pensons notamment, pour ce dernier cas, aux actes sexuels oraux-génitaux commis par des adultes sur des filles et garçons.

40 Dean G. Kilpatrick, 2000, « Rape and Sexual Assault », Medical University of South Carolina : National Violence Against Women Prevention Research Center. [En ligne] http://www.musc.edu/vawprevention/research/sa.shtml.

41 Vigarello, 1998 : 255.

42 Ainsi Georges Vigarello note-t-il qu'en 1990, 40 % des procès correctionnels pour attentat ou outrage à la pudeur portaient sur des cas de pénétration (sodomie, fellation, pénétration digitale, avec le poing, ou avec des objets), et que 47 % de ces jugements correctionnels étaient des viols déqualifiés par volonté judiciaire. Le cas de requalification de viols en « attouchements » sur les enfants étaient eux aussi nombreux (67 % des affaires jugées devant le tribunal pour enfants). *Idem*, 256.

43 La criminologue Monique Tardif note ainsi l'immense difficulté rencontrée par les chercheurs pour établir les taux de prévalence d'abus sexuels perpétrés par des femmes et des adolescentes sur les enfants, en particulier parce que la nature même des gestes violents est niée par les agresseurs comme par les acteurs du système judiciaire et social Tardif, 2001 : 112-118. Sur la criminalité féminine en général, et les violences sexuelles commises par des femmes sur des hommes, souvent dans un cadre conjugal, voir l'étude récente de la psychocriminologue française Michèle Agrapart-Delmas. Michèle Agrapart-Delmas, *Femmes fatales, les criminelles approchées par un expert*, Paris : Max Milo, 2009.

44 « *Dans de nombreux pays, les lois comportent des lacunes qui permettent aux auteurs d'actes de violence sexuelle d'agir en toute impunité* », Unifem, 2007, « La violence contre les femmes. Faits et chiffres », [En ligne]. http://www.unifem.org/attachments/gender_issues/violence_against_women/facts_figures_violence_against_women_2007_fra.pdf.

45 Federal Criminal Code, Titre 18, Chapitre 109A, Sections 2241-2233.

46 John O. Savino, Brent E. Turvey, 2004, « Defining rape and sexual assault », John O. Savino, Brent E. Turvey, (ed.), *Rape investigation handbook,* Burlington (Mass.) : Elsevier Academic Press, 1-22 : 1-7.

Livre Jurisprudence n°2.indb 242 08/08/2011 12:02:58

des sujets au paradigme épistémologique hétérocentré traditionnel des violences sexuelles sont telles que les implications judiciaires persistent, car les comportements des individus en sont affectés : victimes masculines ou féminines, enfants ou adultes, se murant dans le silence[47] ; agents de la force publique et du système judiciaire traitant différemment les cas d'agression dans lesquels la femme est agresseur ou l'homme victime, en comparaison au cas « classique »[48] d'une agression perpétrée par un homme sur une femme. À ces effets de distorsions judiciaires s'ajoute le biais constitué chez les cliniciens eux-mêmes par le genre, les amenant à sous-évaluer les violences féminines[49]. Certes, on tend à une réévaluation, depuis 30 ans, en particulier par la criminologie et la victimologie, des distributions genrées des auteurs et des victimes de violences sexuelles, notamment sous la poussée des études féministes nord-américaines. La violence féminine est devenue objet à part entière, comme les violences homosexuelles, mises en lumière par les combats des minorités. Mais nombre de théoriciens et de professionnels, en Europe et en Amérique du Nord, font écho du même problème, persistant : la difficulté d'objectiver les femmes agresseurs et les hommes victimes, face à un faisceau d'images relevant des stéréotypes de genre qui, naturalisés, sont des obstacles épistémologiques. Ainsi, la plupart des discours scientifiques sur les violences sexuelles restent attachés au stéréotype de la femme passive et de l'homme agressif. Quant aux violences sexuelles commises par des femmes, l'image naturalisée de « la » femme, *« nourricière, gentille, passive et soumise »*[50], crée de véritables tabous[51], partagés par l'ensemble des individus aux prises aux situations de violence sexuelle, et en premier lieu à ceux qui sont impliqués dans le processus de judiciarisation de ces violences. Ce constat peut être étendu à la violence en général[52], comme le soulignent les historiennes Cécile Dauphin et Arlette Farge[53]. En d'autres termes, les cas ne correspondant pas au paradigme genré des violences sexuelles ont moins de chance d'être judiciarisés ; en conséquence, le biais de sélection affectant les recherches sur la criminalité et la délinquance sexuelle persiste, et les études scientifiques continuent, en retour, de livrer une image du monde correspondant à la représentation traditionnelle et binaire des relations entre viols et genre et à la légitimer. Même une loi qui, comme celle de 1980 en France, est partiellement décentrée du paradigme sexuel essentialiste classique ne suffit pas à le faire disparaître.

Les mécanismes de naturalisation des relations entre violences sexuelles et genre décrits au XIX^e^ siècle, les effets de renforcement des mentalités, d'inégalités juridiques et judiciaires, et de légitimation des dominations induits par les discours scientifiques qui ont recours aux arguments naturalistes fonctionnent toujours aujourd'hui en Occident. Si les arguments endocrinologiques expliquant les comportements agressifs masculins par la présence de testostérone, hormone découverte en 1934, sont bien connus, nous atti-

47 Adele Mayer, 1992, *Women sex offenders*, Holmes Beach : Learning Publications.

48 J. Hetherton, et L. Breadsall, 1988, « Decisions and attitudes concerning child sexual abuse : Does the gender of the perpetrator make a difference to child protection professionals ? *Child Abuse and Neglect,* 22, 1265-1283, ainsi que J. Hetherton, 1999, « The idealization of women : Its role in the minimization of child sexual abuse by females », *Child Abuse and Neglect,* 23, 161-74. Ces études concernent les abus commis sur des enfants. Lorsque ces abus sont commis sur des adultes, l'aveuglement est encore plus manifeste, surtout lorsque la violence met aux prises une femme agresseur et un homme victime. Agrapart-Delmas, 2009.

49 Voir Renée collette-carrière, Louise langelier-biron, 1983, « Du côté des filles et des femmes, leur délinquance, leur criminalité », *Criminologie*, 16, 27-45. Vingt ans plus tard, Monique Tardif tient un discours identique. Tardif, 2001 : 113.

50 Sonia Harrati, David Vavassori, Loïck M. Villerbu, 2007, « La criminalité sexuelle des femmes : Étude des caractéristiques psychopathologiques des femmes auteures d'agressions sexuelles », Tardif, Monique (ed.), 2007, *L'Agression Sexuelle : Coopérer au-delà des frontières*, Cifas 2005. Textes choisis, p. 25-36. Montréal : Cifas-Institut Philippe-Pinel de Montréal.
http://www.cifas.ca/ et http://www.psychiatrieviolence.ca/, 89-108 : 89.

51 Le terme est employé par divers chercheurs et chercheuses, et souligne bien l'effet d'interdit pesant sur la perception et le savoir.

52 Voir aussi Tardif, 2001 : 117 : le biais s'étend à l'ensemble des délits commis par les femmes.

53 Cécile Dauphin, Arlette Farge, (ed.), 1997, *De la violence et des femmes*, Paris : Albin Michel.

Livre Jurisprudence n°2.indb 243 08/08/2011 12:02:58

rerons plutôt l'attention sur une autre discipline proposant une explication scientifique naturaliste des violences sexuelles : la psychologie évolutionniste[54]. Le filtre judiciaire y joue un rôle essentiel. Ces études en effet définissent le viol de manière *strictement* hétérosexuelle, comme pénétration vaginale avec violence sur des femmes pubères[55]. En réduisant les hommes et les femmes à leurs êtres de mâles et de femelles humains, elles minorent alors par principe l'ensemble des violences homosexuelles, les violences commises par des femmes, et les violences sexuelles sur les enfants. C'est en effet la condition *sine qua non* pour pouvoir livrer une analyse du viol dans des termes naturalistes et évolutionnistes se référant à la reproduction. En sus d'opérer, en vertu de leur approche évolutionniste, des comparaisons entre les humains et les autres grands mammifères[56], ces études s'appuient alors sur l'asymétrie massive, empiriquement constatée à partir des cas judiciarisés, du genre des acteurs et des victimes des violences sexuelles pour légitimer leur approche du viol[57] : le fait que les cas traités par le système judiciaire correspondent majoritairement au schéma agresseur masculin / victime féminine serait la preuve que le viol est une réalité naturelle, qui met en jeu non des femmes et des hommes pris dans des relations de domination sociale, mais des animaux humains mâle et femelle. On peut ainsi résumer la teneur conceptuelle des arguments de certains psychologues évolutionnistes comme suit. Premièrement, les sciences sociales, particulièrement les approches féministes du viol, font fausse route et livrent des théories erronées sur le viol, dont seuls les biologistes et la psychologie évolutionniste seraient à même de rendre compte[58]. Deuxièmement, le viol est une stratégie de reproduction masculine, visant à la maximisation des chances de reproduction (le viol court-circuite en effet la nécessité d'obtenir l'accord du partenaire) ; cette stratégie peut être un produit des stratégies de reproduction, ou une adaptation psychologique de l'évolution. Le viol est donc essentiellement motivé par un désir sexuel naturel, et ne s'inscrit pas dans un schéma de domination sociale – ce qui contredit complètement ce que nombre de travaux sociologiques sur le viol depuis les années 1970 ont mis en évidence. Les victimes de viol seraient pour la plus grande part des jeunes femmes en âge de procréer, durant leur période d'ovulation. Les stratégies féminines face au viol ne sont décrites que dans une sémantique classique, identique à celle de Krafft-Ebing, de la passivité et de la réactivité, mais jamais de l'activité : la défense, l'évitement, etc.

En d'autres termes, il existe une circularité et une relation de légitimation mutuelle entre les définitions hétérocentrées et le traitement judiciaire des violences sexuelles d'une part, et ces théories évolutionnistes du viol d'autre part, qui reconduit la circularité présente depuis la seconde moitié du XIX[e] siècle : utilisant les données issues du traitement judiciaire fortement genré des violences sexuelles, les conceptions évolutionnistes du viol érigent, comme l'a sou-

54 Il faut noter que les théories qui vont être exposées sont sujettes à débat au sein même de la discipline, comme en témoigne le compte-rendu critique acéré qu'a proposé la psychologue évolutionniste Dorothy Einon de l'ouvrage *A Natural History of Rape : Biological Bases of Sexual Coercion,* de Thornhill et Palmer, paru en 2000, qui remet en question tant les concepts que la méthodologie et les données empiriques de l'ouvrage. Thornhill, Randy, Palmer, Craig T., 2000, *A Natural History of Rape : Biological Bases of Sexual Coercion*, Cambridge (Mass) : MIT Press, et Einon, Dorothy, 2002, « More an Ideologically Driven Sermon than Science », *Biology & philosophy*, 17, 445-456. Pour ces confrontations entre féminisme, psychologie évolutionniste et sociobiologie, voir Patricia A. Gowaty (ed.), *Feminism and evolutionary biology* New York : Chapman & Hall, où l'on trouvera un ensemble d'éléments éclairants sur le débat plus général, au-delà de la question du viol.

55 Thornhill et Palmer, 2000 : 1. William F. Mckibbin, Todd K. Shackelford, Aaron T. Goetz, Valerie G. Starratt, 2008, « Why Do Men Rape ? An Evolutionary Psychological Perspective », *Review of general psychology,* 12, 86 – 97 : 86 : *« Rape is typically defined, and defined in this article, as the use of force or threat of force to achieve penile-vaginal penetration of a woman without her consent ».*

56 Notamment les grands singes.

57 Ainsi, les deux études déjà citées se fondent sur des chiffres livrés en 1992. Dean G. Kilpatrick, C. Edmunds, & A. Seymour, 1992, *Rape in America* : *A Report to the Nation*, Arlington (Virginia) : National Victim Center.

58 Thornhill, Palmer, 2000 : xi-xiii et Mckibbin, Shackelford, Goetz, Starratt, 2008 : 86-87.

Livre Jurisprudence n°2.indb 244 08/08/2011 12:02:58

ligné la biologiste Zuleyma Tang Martinez[59], un ensemble de constats parfois limités et biaisés en *devoir-être* naturellement fondé. En retour, elles légitiment et renforcent le paradigme épistémologique différentialiste des violences sexuelles, en offrant un soubassement théorique fort à la tendance générale, partagée par les acteurs du système judiciaire et les victimes, à davantage *voir* les violences correspondant au paradigme traditionnel et à oblitérer les autres.

Il existe donc un effet de *masquage épistémologique*, notamment issu d'un *masquage empirique* imputable au traitement judiciaire des violences sexuelles. Il s'agit bien d'un cercle vicieux, puisque les études fondées sur des données criminologiques tendent à renforcer la conception stéréotypique et essentialisante des violences sexuelles, en ne mettant en évidence que des hommes agresseurs et des femmes victimes. En conséquence, les définitions juridiques hétérocentrées et le traitement judiciaire différentiel perdurent, dans la mesure où les croyances des intervenants relativement à la distribution des rôles sexuels sont renforcées et scientifiquement légitimées. Mais ces effets négatifs sont aussi politiques. Premièrement, les politiques du corps sexuel tendent alors à prendre pour objet exclusif de droits sexuels le corps féminin[60]. Les homosexuels et les hommes victimes sont ainsi renvoyés à la périphérie du politique, en dépit des violences sexuelles réelles qu'ils subissent. Dans le même temps, l'immense poids de la représentation de la femme comme victime naturelle de l'homme justifie de manière insidieuse la domination masculine et représente un obstacle important à l'élaboration de politiques féministes actives et non paternalistes de la sexualité.

59 Zuleyma Tang-Martinez, 1997, « The curious courtship of sociobiology and feminism : A case of irreconcilable différences », Gowaty, Patricia A. (ed.), *Feminism and evolutionary biology* New York : Chapman & Hall, 116-150. L'auteur insiste sur le fait que les sociobiologistes féministes sont très critiques envers les méthodes et les thèses de la psychologie évolutionniste. *Idem*, 142.

60 Petchesky, 2005 : 330.

III. Effets politiques de domination

On peut souligner trois effets majeurs de ce maintien du paradigme genré traditionnel des violences sexuelles, qui font obstacle à la mise en place de politiques de justice et d'égalité sexuelle au niveau international c'est-à-dire au niveau des droits humains.

Premièrement, ce sont les femmes qui restent, comme l'a souligné Rosalind Petechsky, les *« bénéficiaires privilégiées des droits à l'intégrité corporelle »*[61]. C'est un des *« postulats fondamentaux »* de la conférence mondiale sur les droits de l'homme qui s'est tenue à Vienne du 14 au 25 Juin 1993, et a mené à l'adoption de la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes,* adoptée par l'Assemblée générale des nations Unies dans la résolution 48/104 du 20 décembre 1993[62], et de la quatrième *Conférence mondiale sur les femmes* de Beijing[63], qui a mené à l'adoption d'une déclaration et d'un programme d'action à valeur internationale[64]. La conséquence politique de ce postulat est double. En premier lieu, il tient à l'écart les luttes des minorités sexuelles, notamment homosexuelles et trans', pour leurs droits[65]. En second lieu, il reconduit un modèle scindant l'univers en deux catégories binairement opposées (« les femmes victimes » et « les hommes oppresseurs »), et laisse alors hors de son spectre d'action politique un ensemble de conduites violentes où les femmes sont agents et les hommes victimes. L'étude des violences de guerre a en

61 Petchesky, 2005 : 330.

62 Ratna Kapur, 2002. « The tragedy of victimization rhetoric : Resurrecting the "native" subject in international/post-colonial feminist legal politics. » *Harvard Human Rights Journal,* 15, 1-37 : 3-4.

63 Elle s'est tenue du 4 au 15 Décembre 1995.

64 L'essentiel paragraphe 96 de la déclaration concerne spécifiquement les droits sexuels : *« Les droits fondamentaux des femmes comprennent le droit d'être maîtresses de leur sexualité, y compris leur santé en matière de sexualité et de procréation, sans aucune contrainte, discrimination ou violence, et de prendre librement et de manière responsable des décisions dans ce domaine. L'égalité entre les femmes et les hommes en ce qui concerne la sexualité et la procréation, y compris le respect total de l'intégrité de la personne, exige le respect mutuel, le consentement et le partage de la responsabilité des comportements sexuels et de leurs conséquences ».*

65 Petchesky, 2005 : 330.

Livre Jurisprudence n°2.indb 245 08/08/2011 12:02:59

effet mis en évidence une réalité indéniable : si l'on sait que les femmes subissent massivement des violences sexuelles durant les conflits armés (viols, sévices et tortures sexuelles, humiliations, etc.), on a appris depuis les années 1990 que les hommes en sont aussi les victimes habituelles. Pourtant, la reconnaissance que les hommes subissent ces violences, et qu'il ne s'agit nullement de cas d'exception, est plus difficile[66]. Il apparaît pourtant que les violences sexuelles exercées contre les hommes et les femmes *par des hommes et des femmes* participent des mêmes stratégies de domination ethniques et politiques[67], qui articulent violences sexualisées et racialisées ; la misogynie, l'homophobie et les sévices sexuels infligés aux individus des ethnies jugés « inférieures » dans le cadre de conflits sont ainsi difficilement dissociables[68]. Le viol n'est pas une réalité qui trouverait son origine dans les natures masculine et féminine, mais doit bien être replacé dans le cadre de compréhension globale des dominations sociales et politiques, où le genre n'est pas un paramètre unique, et où les dominations ethniques, religieuses, et de classe sont aussi des facteurs déterminants. Le paradigme traditionnel des relations entre viol et genre fait obstacle à cette reconnaissance pleine et entière de la réalité des violences sexuelles et ainsi aux actions politiques efficaces, dont la promotion de nouveaux droits.

Deuxièmement, le paradigme essentialiste des relations entre genre et violences sexuelles légitime implicitement les violences commises par les hommes, et plus généralement toutes les formes d'oppression à l'encontre des femmes, en en faisant des effets de nature. C'est ce que soulignent notamment les psychologues évolutionnistes et les sociobiologistes féministes, contre les conceptions des évolutionnistes du viol déjà décrites[69]. Comme l'affirmait la psychologue Renée Colette-Carrière en 1980, *« en prenant pour acquis la définition traditionnelle des rôles sexuels, on accepte et on excuse la sexualité agressive chez l'homme tout en consacrant et sanctionnant la vulnérabilité de la femme »*[70]. Mais il faut sans doute aller plus loin : en maintenant ce paradigme épistémologique implicite, ce sont les capacités mêmes des femmes à faire face à la violence qui se trouvent amoindries, par un effet d'habitus, de socialisation du corps et des comportements qui les rend moins à même de se défendre, puisqu'elles sont conditionnées depuis l'enfance à se représenter comme des victimes désignées des violences sexuelles. La femme est ainsi – autre cercle vicieux – rendue réellement victimisable à force d'être représentée comme victime, et ainsi dépossédée de son efficace[71].

Ce phénomène entre dans la sphère de ce que la professeur de droit et directrice du *Centre for Feminist Legal*

66 *Idem*, 340.

67 Petchesky cite ainsi le cas des conflits en ex-Yougoslavie, les pogroms anti-musulmans de l'état indien du Gujarat en Inde, et les violences perpétrées sur les prisonniers irakiens à Abu Ghraib, à la suite des analyses qu'en a livrées Jasbir Puar (Puar, 2004). On peut citer l'étude récente, publié le 4 Août 2010 dans le *Journal of American Medical Association*, et prenant pour objet les violences sexuelles dans l'Est de la République Démocratique du Congo. Les statistiques de cette étude, conduite sur un échantillon de 998 adultes de plus de 18 ans, mettent en évidence que 41,1 % des femmes et 10 % des hommes ayant survécu aux violences sexuelles affirment que l'agresseur était une femme. Si l'on manque encore de recul sur cette étude et sur le chiffre allégué d'agresseurs féminins, l'ensemble des ONG présentes sur le terrain reconnaissent l'existence de nombreuses victimes masculines. Kirsten Johnson, Jennifer Scott, Bigy Rughita, Michael Kisielewski, Jana Asher, Ricardo Ong, Lynn Lawry, 2010, « Association of Sexual Violence and Human Rights Violations With Physical and Mental Health in Territories of the Eastern Democratic Republic of the Congo », *Journal of American Medical Association*, 304, 553-562.

68 Petchesky, 2005 : 342-344.

69 *« Traditional feminists* (note : l'auteur se range dans cette grande catégorie, qui englobe la plupat des formes de féminisme, y compris de post-féminisme, qu'elle oppose aux féministes darwinistes) *contend that human sociobiology is biologically deterministic and serves only to justify and promote the oppression of women by perpetuating the notion that male dominance and female oppression are natural outcomes of human evolutionary theory. Furthermore, they argue that reliance on questionnable evolutionary scenarios can be used to exonerate obxinious male behavior ».* Tang-Martinez, 1997 : 117.

70 Renée Collette-Carrière, 1980, « La victimologie et le viol, un discours complice », Criminologie, 13, [En ligne] http://id.erudit.org/iderudit/017116ar, 60-79 : 75.

71 *Idem*, 71. On retrouve cette idée dans l'analyse que propose l'écrivain Virginie Despentes du viol dans son essai-manifeste *King-Kong theory.* Virginie Despentes, 2006, King-Kong theory, Paris : Grasset.

Livre Jurisprudence n°2.indb 246 08/08/2011 12:02:59

Research à New Delhi, Ratna Kapur, a nommé la « *rhétorique de victimisation* » (« *victimization rhetoric* »)[72], dont elle souligne l'omniprésence dans le discours juridique occidental, mais aussi dans « le tiers-monde »[73] en en dénonçant les effets politiques pernicieux. Kapur montre ainsi comment, tout en ayant constitué un moment essentiel de la reconnaissance des droits des femmes en général et à l'intégrité corporelle en particulier[74], le discours et les agendas politiques et juridiques internationaux focalisés sur la violence à l'égard des femmes[75] reconfigurent l'ensemble des sujets féminins en sujets essentiellement victimes[76], pensés en fonction d'un modèle occidental universaliste et hégémonique, et renforçent les dominations. En effet, en focalisant l'attention sur la vulnérabilité des femmes qui est le corollaire des nombreuses violences qu'elles subissent[77], même les luttes politiques féministes reconduisent implicitement le schéma de naturalisation des dominations de genre qui fait des femmes des victimes désignées, et les dépossèdent alors de leur agentivité et de leur pouvoir d'action face à ces mêmes dominations[78]. Ce schéma est de plus universalisant, appliquant de manière transcendante à des situations politiques et sociales radicalement différentes une certaine représentation de la femme occidentale (blanche, de classe moyenne, hétérosexuelle)[79]. Et lorsqu'il s'agit des femmes des pays du tiers-monde, s'ajoute à la naturalisation des dominations de genre celle des dominations géopolitiques et de classe, qui ajoute à l'essentialisation du genre l'essentialisme culturel. Les femmes du tiers-monde sont ainsi perçues comme les « sujets les plus victimisés », les « victimes authentiques », ce qui ne fait que renforcer les stéréotypes racistes dépeignant leurs cultures d'origines comme des cultures barbares[80]. Ces discours légitiment des politiques implicitement néo-impérialistes reconduisant les stéréotypes coloniaux, et inadaptées à la diversité des situations des femmes[81]. Les critiques de Kapur sur les discours et les agendas pratiques centrés sur la VAW rejoignent ainsi les critiques post-coloniales et queer, qui mettent en évidence, à la fin de déconstruction, les articulations fines entre dominations de genre, de culture, de classe et de race camouflées sous les discours universalisants[82]. En pratique, les droits revendiqués et promus à l'échelle internationale, fondés sur cette fiction de la femme essentiellement victime, sont non seulement inadaptés à la diversité des situations[83] mais renforcent les dominations sociales et politiques traditionnelles.

Car, troisièmement, une des conséquences majeures de cette rhétorique de victimisation qui perpétue la binarité femme victime / homme agresseur est de soutenir et d'encourager des politiques conservatrices, transcendantes et protectionnistes, ignorant le pouvoir d'agir des femmes[84].

72 Kapur, 2002.

73 Elle utilise l'expression « The Third World », dont l'équivalent français n'est plus guère usité aujourd'hui.

74 La conférence de Vienne en 1993 constituant un moment essentiel.

75 VAW (*Violence Against Women).*

76 Petchesky souligne dans quelle mesure cette « rhétorique de victimisation » est porteuse de *« paradigmes qui reconfigurent toujours la femme comme victime et comme chaste innocente »*. Petchesky, 2005, 339.

77 Alice M. Miller, 2004, « Sexuality, Violence against Women, and Human Rights : Women Make Demands and Ladies Get Protection », *Health and Human Rights,* 7, 16-47.

78 Kapur, 2002 : 1-2, *« An exclusive reliance on the victim subject to make claims for rights and for women's empowerment has some serious limitations. The articulation of the victim subject is based on gender essentialism », Idem*, 6.

79 *Idem*.

80 Kapur cite notamment deux exemples de généralisation hâtive : la représentation généralisant la pratique de la circoncision à l'Afrique entière, et celle des meurtres liés à des questions de dot en Inde. Kapur, 2002 :12-13. On pourrait citer la question du voile en France et la réponse législative qui lui a été apportée, à mettre en perspective avec les peintures « barbarisantes » de l'islam, des cultures d'Afrique du Nord et du Moyen-Orient, de plus en plus présentes dans l'espace de représentation politique français.

81 Kapur, 2002 : 11 ; 17-18.

82 La bibliographie des études nord-américaines sur le sujet, depuis les années 1960 et le *Black feminism* est immense. On se limitera à citer des récentes études françaises sur le cas français d'Elsa Dorlin et Marie-Hélène Bourcier. Elsa Dorlin, 2006, *La matrice de la race. Généalogie sexuelle et coloniale de la nation française*, Paris : La découverte. Marie-Hélène Bourcier, 2005, *Sexpolitiques : Queer zone 2*, Paris : La Fabrique.

83 Comme le soulignait Alice Miller en 2004.

84 *« Finally, the victim subject and the focus on violence invite remedies and responses from states that have little to do with promoting women's*

Livre Jurisprudence n°2.indb 247 08/08/2011 12:02:59

Kapur cite ainsi en exemple les politiques coloniales historiques des Britanniques stigmatisant la barbarie de la société indienne envers les femmes à la fin de légitimer les lois coloniales en promouvant un modèle aliénant de la femme indienne bonne épouse et bonne mère[85]. Dans la mesure où la question des violences sexuelles appartient à une sphère plus large de problématiques touchant le genre et la sexualité, cette « *rhétorique de victimisation* » politique possède aussi des effets juridiques sur d'autres droits. On peut notamment faire référence, en France et aux États-Unis, à la manière dont sont abordées politiquement et traitées juridiquement les questions de prostitution et de pornographie. Les travailleurs(euses) du sexe (prostitués(ées), acteurs et actrices de films pornographiques) sont la plupart du temps, et en dépit de leur regroupement en mouvements associatifs politiquement et intellectuellement actifs, écartés des débats et décrits de manière transcendante par les acteurs politiques et sociaux, dont nombre de féministes, comme des *victimes*[86]. Le traitement politique et juridique de la pornographie et de la prostitution reste alors conservateur, souvent répressif[87], fondé sur une conception paternaliste de l'exercice du pouvoir étatique[88]. L'implication concrète est le maintien et la promotion de lois aux effets négatifs sur les travailleurs(euses) du sexe, qui se trouvent surexposés aux risques pourtant dénoncés par le discours victimisant[89].

C'est pour cette raison que la rhétorique de victimisation portée par les discours focalisés sur les violences faites aux femmes et le paradigme binaire qu'ils présupposent trouve facilement écho chez les politiques conservateurs[90] : en mettant en avant un modèle de la féminité victime et à protéger et en valorisant implicitement un modèle

rights. Thus, a related concern is that the victim subject position has invited protectionist, and even conservative, responses from states. The construction of women exclusively through the lens of violence has triggered a spate of domestic and international reforms focused on the criminal law, which are used to justify state restrictions on women's rights—for the protection of women. The anti-trafficking campaign, with its focus on violence and victimization, is but one example. The government of Nepal restricts women under thirty from traveling outside of the country without the permission of a husband or male guardian as part of an anti-trafficking initiative. Early feminist interventions struggled to move away from such protectionist responses through anti-discrimination discourse. However, the VAW campaigns, which are contingent on the victim subject, have taken feminists back into a protectionist and conservative discourse. Furthermore, these interventions reinforce women's victim status. The exclusive focus on finding resolutions through appeals to the state fails to consider the relevance to the women's rights agenda of new players in the public sphere who are de-centering the power of sovereign states ». Kapur, 2002, 6. Petchesky, 343.

85 Kapur, 2002 : 21-22.

86 Sur la pornographie, les tenants féministes les plus connues de cette thèse qui fait des femmes essentiellement des victimes de la pornographie, assimilable au viol, et qui ne serait qu'une expression de l'oppression masculine, sont Catharine Mckinnon et Andrea Dworkin (on peut notamment citer Catharine Mckinnon, Andrea Dworkin, 1997, *In Harm's Way : The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge (Mass.) : Harvard University Press). En France, la question de la prostitution reste, en dépit des militants prostituéEs dont les voix sont ignorées, prise dans le débat abolitionnisme / réglementarisme, les deux positions se fondant sur la même notion de la prostituée victime. Le courant féministe abolitionniste aux États-Unis, dont les positions ont été soutenues et incorporées juridiquement par le gouvernement Bush, assimile explicitement toute forme de prostitution à une violence sexuelle. Petchesky, 339.

87 Pensons à la Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, introduisant le délit de « racolage passif » par l'article 225-10-1. Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *Journal Officiel*, 19 mars 2003 : 4761-4789.

88 Sur la pornographie, la prostitution, et plus généralement toutes les questions touchant les droits sexuels (homoparentalité, perversion sexuelle, etc.), le philosophe français Ruwen Ogien a livré plusieurs états des lieux et analyses fines du débat français et nord-américain, en mettant en évidence la manière dont les théories juridiques et politiques opposées à la prostitution, à la pornographie, à l'homoparentalité, etc., renvoyaient à un exercice paternaliste et transcendant du pouvoir, se fondant sur une prétention politique à se prononcer de manière universaliste sur la nature et le contenu de ce qu'est le « bien » pour tous. Pour Ogien, ceci va à l'encontre de ce qui serait une pensée libérale conséquente, qui doit assumer une neutralité sur les diverse conceptions du bien, et accorder la même valeur aux voix de chacun. Ruwen Ogien, 2003, *Penser la pornographie*, Paris : Puf, et Ruwen Ogien, 2004, *La panique morale*, Paris : Grasset.

89 Plus grande exposition au VIH et plus généralement aux risques sanitaires, plus grande exposition à la violence de la part des clients, absence de protection économique et professionnelle …

90 L'exemple cité par Petchesky de la concordance entre les positions des féministes abolitionnistes et le gouvernement Bush est à ce titre éclairant. Voir aussi Kapur, 2002.

Livre Jurisprudence n°2.indb 248 08/08/2011 12:02:59

de la femme chaste, non exposée au sexe, elles confortent un modèle paternaliste. D'un point de vue pratique, elles autorisent aussi à ignorer les droits positifs du corps et à la sexualité (santé sexuelle, ce qui implique un ensemble de droits économiques portés par des structures et des institutions, droit au plaisir et à l'expression sexuelle), au profit des droits négatifs (déclarations *contre* la violence faire aux femmes) ; les premiers engagent en effet *« la mise en œuvre de ressources matérielles et humaines non négligeables »*[91] et un certain nombre de transformations sociales, économiques et politiques importantes[92] ; les seconds peuvent se limiter à la promotion de nouvelles lois pénales[93].

De cette dépossession de l'efficace politique des femmes au profit de pratiques politiques et juridiques paternalistes, on trouve l'analogue dans le discours de la psychologie évolutionniste sur le viol dont on a vu qu'il entretenait un rapport de légitimation mutuelle avec le filtre juridique et judiciaire des violences sexuelles. En se fondant sur une liste de « facteurs de risque » aux apparences scientifiques, ces discours promeuvent l'idée qu'il s'agit de protéger les femmes du viol par un ensemble de moyens préventifs. Si une partie d'entre eux concerne les hommes, un ensemble non négligeable de ces propositions prévoient *de facto* une restriction de la liberté d'action des femmes : limitation des déplacements géographiques seules, séparation des hommes et des femmes par des barrières physiques et sociales[94], injonction implicite au contrôle vestimentaire et comportemental important face aux hommes[95]. Il s'agit d'une politique de contrôle traditionnelle des comportements féminins qui renvoie insidieusement une partie de la responsabilité du viol sur les victimes.

Conclusion : Nouveaux droits et politiques du corps sexuel

Il existe une circularité et une relation de légitimation mutuelle entre les énoncés juridiques et les pratiques judiciaires hétérocentrés et fortement genrés d'une part, et le paradigme épistémologique naturaliste des relations entre viol et genre de l'autre – ce dernier n'étant rien d'autre qu'une forme du modèle essentialiste binaire de la sexualité. Le filtre constitué par les premiers possède des effets de masquage empirique sur les violences subies par des hommes et commises par des femmes ; cela amène les recherches scientifiques sur les violences sexuelles, fondées sur les données judiciaires et médico-légales, à perpétuer une image du monde conforme au schéma traditionnel cantonnant les femmes à une passivité essentielle face à des hommes supposés essentiellement agressifs, ce qui renforce les mentalités. En dépit de certaines transformations juridiques – loi du 23 décembre 1980 en France – et de faits mis en évidence depuis les années 1970 – hommes victimes, femmes agresseurs, violences homosexuelles – cette image du monde perdure, reconduisant aux niveaux nationaux et international le traitement traditionnel des violences sexuelles et la circularité judiciaire et épistémique déjà décrite.

Si cette circularité a pour effet négatif le maintien d'inégalités de traitement juridique et judiciaire des violences sexuelles, elle possède aussi des effets politiques massifs sur les droits des femmes. En légitimant le paradigme

91 Petchesky, 333.

92 *« S'ils sont intégralement appliqués, ils requièrent des changements structurels radicaux qui entraînent une limitation de l'hégémonie commerciale et de la privatisation et donc une insistance plus marquée sur la responsabilité sociale et la solidarité », Idem*.

93 Miller, 2004.

94 Palmer thornhill, 2000 : 185-186.

95 *Idem*, 181-183. Les auteurs se fondent sur plusieurs études pour affirmer qu'une apparence vestimentaire plus classique et une attitude moins « sexy » sont des facteurs de réduction du risque d'être violée pour une femme. Cette affirmation contredit la plupart des statistiques sur le viol, qui mettent en évidence que la tenue vestimentaire et l'attitude ne sont pas des facteurs de risque déterminants, ce qui est à mettre en relation avec le fait la plus grande part des viols commis sur des femmes le sont par des hommes connus de la victime (Kilpatrick, à partir des données du *National Violence Against Women Survey* – Nws, livre les chiffres suivants : 21 % des premiers viols sont commis par un individu étranger à la victime, contre 79 % par des individus connus de la victime – parmi eux, 19 % des partenaires conjugaux, et 22 % de membres de l'entourage. Kilpatrick, 2000. Les chiffres de l'enquête ENVEFF sont comparables).

Livre Jurisprudence n°2.indb 249 08/08/2011 12:02:59

essentialiste binaire des violences sexuelles et en fondant la revendication de droits sur une image de « la » femme essentiellement victime, les politiques du corps sexuels ne laissent pas seulement hors de leur spectre le corps des hommes, mais promeuvent des politiques et des droits dépossédant les femmes de leur pouvoir d'action politique. La réalité et la diversité des situations de domination, articulant inégalités de genre, de classe, de race, de pouvoir économique, etc., sont alors ignorées au profit d'une image du monde simple et bipolaire qui justifie les politiques universalisantes et impérialistes. À ce jeu, les femmes y perdent autant, sinon plus, que les hommes victimes et ignorés.

Ce qu'il s'agit de critiquer n'est bien entendu pas le constat des violences sexuelles faites aux femmes, indéniables, massives, chiffrées, mais ce paradigme binaire et disjonctif renvoyant sans cesse les femmes à leur vulnérabilité face à des hommes dont elles doivent être protégées, et ses effets néfastes pour les combats féministes et les droits et politiques du corps sexuel. Déconstruire le paradigme essentialiste des relations entre viols et genres, c'est reconnaître que les violences en général et les violences sexuelles en particulier appartiennent à des stratégies de domination plus larges qui traversent les corps des hommes comme ceux des femmes[96], mais aussi ceux des trans' et des intersexes, ce qui récuse toute possibilité de rabattre le genre sur le sexe, le social sur le naturel[97].

D'un point de vue politique, ces trois dernières décennies, les combats des minorités (homosexuels, trans', travestis, intersexuels, travailleurs(euses) du sexe, séropositifs), en Europe mais aussi dans certains pays émergents, ont indiqué une alternative, par la revendication de nouveaux droits sexuels[98], positifs, dépassant le paradigme genré des violences sexuelles et les images victimaires traditionnelles[99], en mettant en évidence l'articulation des luttes contre les différentes formes d'inégalités sociales, politiques et juridiques. C'est sans nul doute de ces *« nouvelles coalitions »*[100] centrant leurs revendications holistiques sur les droits du corps que l'on peut attendre la déconstruction définitive de l'espace de perception essentialiste des rôles sexuels.

96 Dauphin, Farge, 1997.

97 Comme le souligne Rosalind Petchesky, *« le genre est toujours un signifiant malléable et flottant, les corps des femmes pouvant être les vecteurs de normes patriarcales et de campagnes sadiques comme victimes aussi bien que comme coupables ».* Petchesky, 2005, 342.

98 Touchant non seulement les questions de violence sexuelle, mais aussi de santé sexuelle, de droit à la reproduction et à la parentalité, etc.

99 Kapur, 2002 ; Petchesky, 2005.

100 Petchesky, 2005, 344-345.

Livre Jurisprudence n°2.indb 250 08/08/2011 12:02:59

Bibliographie des textes cités

AGRAPART-DELMAS, Michèle, *Femmes fatales, les criminelles approchées par un expert*, Paris : Max Milo, 2009.

ANONYME, 1810, *Code pénal de l'empire français. Édition conforme à celle de l'imprimerie impériale*, Paris : Prieur, Belin fils, Merlin

ANONYME, 1832, *Nouveau Code Pénal, suivi de la loi contenant des modifications au Code l'Instruction Criminelle*, Besançon : Bintot

BOURCIER, Marie-Hélène, 2005, *Sexpolitiques : Queer zone 2*, Paris : La Fabrique.

BOURDIEU, Pierre, 2002 (1998), *La domination masculine*, Paris : Seuil.

BOURG, Edme-Théodore (pseud. M.B. Saint-Edme), 1824-1828, *Dictionnaire de la pénalité dans toutes les parties du monde connu,* 5 volumes, Paris : Rousselon

BOURKE, Joanna, 2007, *Rape : sex, violence, history*, Emeryville : Shoemaker & Hoard.

BUTLER, Judith, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris : La découverte, 2006, traduction de BUTLER, Judith, *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*, New York : Rouledge, 1990.

CASS. CRIM., 5 Septembre 1990, n° 90-83786, *Bulletin criminel,* 1990, 313.

CASS. CRIM., 11 Juin 1992, n° 91-86346, *Bulletin criminel,* 1992, 232.

COLLETTE-CARRIÈRE, Renée, 1980, « La victimologie et le viol, un discours complice », Criminologie, 13, 60-79. [En ligne] http://id.erudit.org/iderudit/017116ar

COLLETTE-CARRIÈRE, Renée, LANGELIER-BIRON, Louise, 1983, « Du côté des filles et des femmes, leur délinquance, leur criminalité », *Criminologie*, 16, 27-45

DAUPHIN, Cécile, FARGE, Arlette, (ed.), 1997, *De la violence et des femmes*, Paris : Albin Michel.

DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, PIRES, Alvaro P., 2008, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, vol. 2. : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie,* Bruxelles : Larcier.

DESPENTES, Virginie, 2006, *King-Kong theory*, Paris : Grasset.

DORLIN, Elsa, 2006, *La matrice de la race. Généalogie sexuelle et coloniale de la nation française*, Paris : La découverte.

EINON, Dorothy, 2002, « More an Ideologically Driven Sermon than Science », *Biology & philosophy*, 17, 445-456.

ENVEFF, 2003, *Les violences envers les femmes. Une enquête nationale*. Paris : La documentation française.

GOWATY, Patricia A. (ed.), 1997, *Feminism and evolutionary biology,* New York : Chapman & Hall.

HARRATI, Sonia, VAVASSORI, David, VILLERBU, Loïck M., 2007, « La criminalité sexuelle des femmes : Étude des caractéristiques psychopathologiques des femmes auteures d'agressions sexuelles », in TARDIF, Monique (ed.), 2007, *L'Agression Sexuelle : Coopérer au-delà des frontières*, Cifas 2005. Textes choisis, p. 25-36. Montréal : Cifas-Institut Philippe-Pinel de Montréal.

http://www.cifas.ca/ et http://www.psychiatrieviolence.ca/, 89-108

HETHERTON, J. et BREADSALL, L., 1988, « Decisions and attitudes concerning child sexual abuse : Does the gender of the perpetrator make a difference to child protection professionals ? » *Child Abuse and Neglect, 22,* 1265-1283.

HETHERTON, J., 1999, « The idealization of women : Its role in the minimization of child sexual abuse by females », *Child Abuse and Neglect, 23*, 161-74.

JOHNSON, Kirsten, SCOTT, Jennifer, RUGHITA, Bigy, KISIELEWSKI, Michael, ASHER, Jana, ONG, Ricardo, LAWRY, Lynn, 2010, « Association

Livre Jurisprudence n°2.indb 251 08/08/2011 12:02:59

of Sexual Violence and Human Rights Violations With Physical and Mental Health in Territories of the Eastern Democratic Republic of the Congo », *Journal of American Medical Association*, 304, 553-562.

KAPUR, Ratna, 2002. « The tragedy of victimization rhetoric : Resurrecting the "native" subject in international/post-colonial feminist legal politics. » *Harvard Human Rights Journal,* 15, 1-37

KILPATRICK, Dean G., EDMUNDS, C., & SEYMOUR, A., 1992, *Rape in America* : *A Report to the Nation*, Arlington (Virginia) : National Victim Center.

KILPATRICK, Dean G., 2000, « Rape and Sexual Assault », Medical University of South Carolina : National Violence Against Women Prevention Research Center. [En ligne] http://www.musc.edu/vawprevention/research/sa.shtml

KRAFFT-EBING, Richard (von), 1895, *Psychopathia Sexualis, avec des recherches spéciales sur l'inversion sexuelle, traduction de la huitième édition allemande par Émile Laurent et Sigismond Csapo,* Paris : Carré.

LOMBROSO, Cesare, FERRERO, Guglielmo, 1896 (1893), *La femme criminelle et la prostituée*, Paris : Alcan, traduction de LOMBROSO, Cesare, FERRERO, Guglielmo, 1893, *La Donna delinquente, la prostituta e la donna normale,* Torino : s.n.

MAYER, Adele, 1992, *Women sex offenders*, Holmes Beach : Learning Publications.

MAZALEIGUE, Julie, 2010, Histoire de la perversion sexuelle, Thèse de philosophie, Amiens, Université de Picardie Jules Verne.

MCKIBBIN, William F., SHACKELFORD, Todd K., GOETZ, Aaron T., STARRATT, Valerie G., 2008, « Why Do Men Rape? An Evolutionary Psychological Perspective », *Review of general psychology,* 12, 86 – 97.

MCKINNON, Catharine, DWORKIN, Andrea, 1997, *In Harm's Way : The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge (Mass.) : Harvard University Press.

MILLER, Alice M., 2004, « Sexuality, Violence against Women, and Human Rights : Women Make Demands and Ladies Get Protection », *Health and Human Rights,* 7, 16-47.

OGIEN, Ruwen, 2003, *Penser la pornographie*, Paris : PUF

—, 2004, *La panique morale*, Paris : Grasset.

PETCHESKY, Rosalind P., 2005, Droits du corps et perversions de la guerre : droits et violences sexuels dix ans après Beijing, dans ères. Revue internationale des sciences sociales, 184, 329-348

PUAR, Jasbir. K. 2004. « Abu Ghraib : Arguing against exceptionalism ». *Feminist Studies,* 30, 1-14.

RENNEVILLE, Marc, 2003, *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, Paris : Fayard.

SAVINO, John O., TURVEY, Brent E., 2004, « Defining rape and sexual assault », in SAVINO, John O., TURVEY, Brent E. (ed.), *Rape investigation handbook,* Burlington (Mass.) : Elsevier Academic Press, 1-22 : 1-7.

TANG-MARTINEZ, Zuleyma, 1997, « The curious courtship of sociobiology and feminism : A case of irreconcilable différences », in GOWATY, Patricia A. (ed.), *Feminism and evolutionary biology* New York : Chapman & Hall, 116 –150.

TARDIEU, Ambroise, 1859 (1857), *Étude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, 3e édition, Paris : Baillière.

TARDIF, Monique, 2001, « Des abus sexuels perpétrés par des femmes et des adolescentes. L'ultime tabou », *Revue québécoise de psychologie,* 22, 112-118.

THOINOT, Léon, 1913, *Précis de médecine légale*, 2 Volumes, Paris : Doin

THORNHILL, Randy, PALMER, Craig T., 2000, *A Natural History of Rape : Biological Bases of Sexual Coercion*, Cambridge (Mass) : MIT Press

UNIFEM, 2007, « La violence contre les femmes. Faits et chiffres », [En ligne]
http://www.unifem.org/attachments/gender_issues/violence_against_women/facts_figures_violence_against_women_2007_fra.pdf

VIGARELLO, Georges, 1998, *Histoire du viol, XVIe-XXe siècle*, Paris : Seuil.

Livre Jurisprudence n°2.indb 252 08/08/2011 12:02:59

Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en France et en Suisse : définitions controversées et devoirs des responsables d'entreprise

Karine LEMPEN*

Chloé, informaticienne, est chargée de développer des logiciels pour une banque privée. Ses collègues, presque tous des hommes, s'amusent à lui faire des remarques du type : « Demain tu peux apporter un gâteau, ce sont les femmes qui cuisinent. » Pensant lui faire un compliment, l'un d'eux déclare : « Chloé n'est là pour programmer, elle est là pour faire venir les programmateurs à leur travail. » Au fil des semaines, les commentaires deviennent de plus en plus humiliants : « Avec Chloé, on a la blonde, mais pas les gros seins. » Chloé se teint les cheveux en brun. Son état de santé se dégrade. Chloé raconte : « C'était une ambiance malsaine. J'avais un collègue qui mesurait 1 m 60. Il restait complètement en dehors de ces plaisanteries, mais subissait lui aussi les remarques d'un de mes collègues qui l'appelait tout le temps "le petit". J'avais l'impression que quand on l'embêtait lui, on m'embêtait moins moi. […] J'aurais voulu mettre toute mon énergie dans mon travail. Et au lieu de cela, je devais me battre pour prouver que j'avais les mêmes compétences qu'un homme et que je n'avais pas à subir ce genre de comportements. »[1]

En Suisse, les commentaires sexistes tels que ceux qui ont été formulés par les collègues de Chloé entrent dans la définition du harcèlement sexuel au sens de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)[2]. Ils peuvent, par conséquent, entraîner la responsabilité civile de l'institution employeuse. En France, la qualification juridique des comportements subis par Chloé est sujette à controverses. Elle pose la question, toujours actuelle[3], de la conformité du droit français à la directive européenne relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité

* Docteure en droit, chargée de cours à l'Université de Genève, juriste au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne (Suisse).

1 Témoignage tiré de V. Ducret, *Qui a peur du harcèlement sexuel? Des femmes témoignent*, Éditions Médecine et Hygiène, Georg, Genève, 2010, p. 93-99.

2 Loi fédérale du 24 mars 1995, entrée en vigueur le 1er juillet 1996. Recueil systématique 151.1.

3 Comme le montre la lettre adressée le 8 septembre 2010 par l'Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail (AVFT) à Nadine Morano, secrétaire d'État chargée de la famille et de la solidarité. La lettre figure sur le site de l'association www.avft.org.

Livre Jurisprudence n°2.indb 253 08/08/2011 12:02:59

de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail[4].

Le droit français et le droit suisse en matière de harcèlement sexuel permettent-ils de lutter efficacement contre la ségrégation sexuelle verticale et horizontale qui caractérise le marché du travail dans ces deux pays ou, au contraire, contribuent-ils à reproduire les inégalités existantes entre femmes et hommes sur le plan professionnel ? Afin de répondre à cette interrogation, la présente contribution s'intéresse, dans une première partie, à la définition juridique du harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Une seconde partie est consacrée à l'étendue de l'obligation de protection qui incombe aux responsables d'entreprise.

En France comme en Suisse, le harcèlement sexuel est réglé à la fois par des dispositions de droit pénal, qui sont généralement invoquées contre l'auteur d'une infraction contre l'intégrité sexuelle, et par des dispositions de droit du travail, qui permettent d'engager la responsabilité d'une institution ayant manqué à son obligation de protéger la personnalité et la santé de son personnel. Les développements qui suivent mettent l'accent sur les dispositions de droit du travail trouvant application dans le cadre de rapports de droit privé.

I. Les définitions

A. Du côté français

En France, le Code du travail donne du harcèlement sexuel une définition similaire à celle du Code pénal. Les deux textes prévoient que les agissements de harcèlement doivent avoir eu pour « but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle »[5]. L'*intention* de l'auteur est donc déterminante pour savoir si on se trouve en présence d'un harcèlement sexuel illicite. Les *conséquences* que ce comportement a eues sur la santé de la victime et sur son avenir professionnel ne figurent pas, en revanche, parmi les éléments constitutifs de l'infraction, contrairement à la solution retenue en matière de harcèlement moral au travail[6].

Par ailleurs, la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qualifie de discriminatoire tout agissement lié au sexe et « tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »[7]. Cette loi vise à transposer en droit français les directives anti-discriminatoires de l'Union européenne, dont celle qui a trait à l'égalité des chances et de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail[8].

Selon cette directive, le harcèlement et le harcèlement sexuel constituent une discrimination fondée sur le sexe. Ils sont définis de la manière suivante :

- « harcèlement » : la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte

4 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, JO L 204/23. L'article 32 prévoit que, au plus tard le 15 février 2013, la commission européenne examinera la mise en œuvre de ce texte par les États membres et proposera toutes les modifications qu'elle jugera nécessaires.

5 Selon l'article L1153-1 du Code du travail, « les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits ». En vertu de l'article 222-33 du Code pénal, « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

6 Selon l'article L1152-1 du Code du travail, « aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ». L'article 222-33-2 du Code pénal prévoit que « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

7 Loi n°2008-496, art. 1er.

8 Directive 2006/54/CE citée en note 4. Il s'agit d'une refonte de plusieurs directives, dont celle 2002/73/CE avec un délai de transposition au 5 octobre 2005.

Livre Jurisprudence n°2.indb 254 08/08/2011 12:02:59

à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

- « harcèlement sexuel » : la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant[9].

À l'instar de ce que prévoit la directive européenne, la loi française interdit à la fois le harcèlement sexiste (fondé sur l'appartenance à un sexe) et le harcèlement sexuel (à connotation sexuelle). L'accent n'est plus seulement mis sur l'intention de l'auteur d'obtenir des faveurs sexuelles, mais aussi sur les effets produits par le harcèlement sur l'environnement de travail. En revanche, la loi de transposition omet de se référer à la notion de harcèlement sexuel et de préciser qu'il s'agit d'un comportement non désiré s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement. En outre, l'entrée en vigueur de cette loi n'a entraîné aucune modification de la définition du harcèlement sexuel figurant dans le Code du travail[10]. Le droit français du travail connaît donc deux définitions du harcèlement sexuel : l'une codifiée, exigeant une intention d'obtenir des faveurs sexuelles, l'autre, non codifiée, permettant de prendre en considération les cas de harcèlement environnemental où une telle intention fait défaut. Aucune jurisprudence n'ayant encore été rendue, à notre connaissance, sur la base de la définition non codifiée, il est actuellement difficile d'en apprécier la portée.

Dans ce contexte d'insécurité juridique, il peut être utile de se pencher sur le droit d'un pays voisin qui, bien qu'il ne soit pas membre de l'Union européenne, définit le harcèlement sexuel sur le lieu de travail dans des termes similaires à ceux qui ont été retenus au niveau communautaire. En effet, non seulement la définition suisse du harcèlement sexuel est proche du droit européen (et états-unien)[11], mais elle a aussi été invoquée dans un nombre significatif de procès[12] contre un employeur ou une employeuse, parfois avec succès.

B. Du côté suisse

La loi suisse sur l'égalité entre femmes et hommes définit le harcèlement sexuel comme un comportement discriminatoire, importun, de caractère sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle (art. 4 LEg).

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, en 1996, le harcèlement sexuel n'est plus seulement interdit en droit suisse au titre d'atteinte à la personnalité ou à la santé, mais aussi au titre de discrimination en raison du sexe. La défi-

9 Article 2, alinéa 1, lettres c et d.

10 Voir les critiques formulées par l'Association Nationale « Élu/es Contre les Violences faites aux Femmes » dans *Faire reculer les violences sexistes et sexuelles dans les relations de travail*, ecvf, N°3, octobre 2008, p. 22-24, qui vont dans le même sens que celles développées par l'AVFT dans la lettre mentionnée en note 4 et dans *20 ans de lutte contre les violences sexuelles et sexistes au travail*, AVFT, 2006, p. 112 ss. Enfin, on se référera utilement à l'analyse du Collectif de lutte anti-sexiste contre le harcèlement sexuel dans l'enseignement supérieur (CLASHES) : C. Hamel, « Le traitement du harcèlement sexuel et des discriminations à l'université. La France n'est toujours pas en conformité avec le droit européen ! », in *Que faire pour l'Université ?, Mouvements des idées et des luttes*, N° 55-56, septembre – décembre 2008, p. 34-45.

11 Voir K. Lempen, *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur. Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne*, Schulthess, Genève, 2006. Pour une comparaison de la façon dont le harcèlement sexuel est défini en France et aux États-Unis, voir A. C. Saguy, « French and Americans Lawyers Define Sexual Harassment », in C. A. Mackinnon/R. B. Siegel (Ed.), *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2004, p. 602-617.

12 La loi suisse sur l'égalité a donné lieu à 269 décisions judiciaires entre 1996 et 2004. Après la discrimination salariale, le harcèlement sexuel est la discrimination la plus fréquemment invoquée en justice : H. Stutz/M. Schär Moser/E. Freivogel, *Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité*, sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Berne, 2005, p. 11.

Livre Jurisprudence n°2.indb 255 08/08/2011 12:03:00

nition prévue par la loi suisse sur l'égalité, comme celle qui figure dans le Code du travail français, ne fait pas de la répétition des actes une condition nécessaire du harcèlement sexuel. Elle mentionne, à titre d'exemple, la contrainte en vue d'obtenir des faveurs sexuelles. L'intention d'obtenir de telles faveurs n'est toutefois requise que lorsque le harcèlement prend la forme d'un chantage sexuel. Dans tous les autres cas, l'intention de l'auteur n'est pas déterminante.

1. Le caractère non désiré au cœur de la définition

À l'instar des droits états-unien et européen en matière de discriminations, la loi suisse sur l'égalité place le caractère importun, non désiré, des actes au cœur de la définition du harcèlement sexuel. Inspirés par la jurisprudence états-unienne du début des années quatre-vingt-dix[13], les tribunaux suisses examinent, d'une part, la manière dont le comportement a été ressenti par la personne qui se plaint (élément subjectif) et, d'autre part, la manière dont « une personne raisonnable du même sexe » se serait sentie dans une situation similaire (élément objectif)[14]. Il arrive que la jurisprudence admette l'existence d'un harcèlement sexuel sur la seule base du test d'objectivité[15]. Inversement, la perception spécifique de la victime peut suffire à qualifier de harcelante une conduite considérée comme objectivement anodine par les juges[16].

2. L'environnement de travail hostile à un sexe

Le Tribunal fédéral suisse a précisé que les remarques sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg. En effet, « bien que les exemples cités dans cette disposition ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition n'exclut pas d'autres actes portant atteinte à la dignité du travailleur et ne relevant pas d'un abus d'autorité, mais contribuant à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées ou l'affichage de photos indécentes »[17].

L'existence d'un environnement de travail hostile a par exemple été admise dans une société spécialisée dans le courtage en assurance, dont le directeur était un jour entré dans le secrétariat en s'exclamant « toutes des salopes » et s'était enquis de l'orientation sexuelle d'une collaboratrice en présence d'une autre employée. Selon le Tribunal fédéral, le fait que la collaboratrice concernée ait aussi eu recours à un vocabulaire grivois « ne saurait justifier l'admission par l'employeur de remarques sexistes, grossières ou embarrassantes, en particulier de la part d'un supérieur hiérarchique, dont le comportement peut déteindre sur celui de ses subordonnés »[18]. L'existence d'un climat de travail hostile aux femmes a également été retenue dans un bistrot de quartier. Le gérant du local traitait la sommelière de « salope, connasse, sale pute » et disait des femmes qu'elles étaient « toutes des salopes ». Le comportement d'un client, qui était une fois sorti des toilettes les pantalons baissés, démontrait quel mépris des femmes régnait dans l'établissement. « De tels propos tenus régulièrement devant la clientèle et le personnel, ainsi qu'une telle attitude, ne pouvaient être ressentis par la demanderesse que comme une atteinte grave à sa dignité de femme. »[19] Amené à se prononcer dans le cadre d'une action dirigée contre une société horlogère, le Tribunal fédéral a jugé que le fait

13 *Ellison v. Brady*, 924 F2d. 872 (9th Cir. 1991) ; *Harris v. Forklift*, 510 U.S. 17 (1993).

14 K. Lempen, « Aperçu de la jurisprudence relative au harcèlement sexuel », in *Pratique juridique actuelle* 11/2006, p. 1404-1412, spéc. p. 1407.

15 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998, ZR 99 (2000) 257, 283 : le comportement d'un maître d'hôtel qui interpelle une employée en criant « Hoi Schätzeli » (« Hé petite chérie ») à travers tout le restaurant, veut sortir avec elle, pose sa main sur son genou et tire sur sa blouse afin de regarder dans son décolleté, doit être qualifié de harcèlement sexuel, même si l'employée en question ne ressent pas ce comportement comme tel.

16 Tribunal cantonal de l'État de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, 4 décembre 2009, 102 2009-6, consid. 2b (confirmé par un arrêt du Tribunal fédéral 4A_178/2010 du 14 mai 2010), à propos de courriels relevant de la « misogynie ordinaire » mais propres à heurter l'employée d'un Évêché dans sa sensibilité de femme et de chrétienne.

17 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.289/2006 du 5 février 2007, consid. 3.1 (qui se réfère notamment à l'ATF 126 III 395, consid. 7b/bb).

18 ATF 126 III 395, consid. 7c-d.

19 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.187/2000 du 6 avril 2001, consid. 2b.

Livre Jurisprudence n°2.indb 256 08/08/2011 12:03:00

d'afficher, sur son poste de travail, des icônes et des photos de femmes nues et d'envoyer, pendant les heures de travail, des courriels contenant des caricatures ou des plaisanteries assez lourdes, à caractère sexuel, durant plusieurs mois, crée un environnement de travail hostile au sens de l'art. 4 LEg[20]. En revanche, selon un autre arrêt du Tribunal fédéral, le fait qu'une employée ait été appelée par son prénom, « ma petite » ou « ma grande » ne permet pas à lui seul de conclure à l'existence d'un harcèlement sexuel[21].

3. Le harcèlement entre personnes du même sexe

Les statistiques suisses les plus récentes indiquent que, sur 10 % d'hommes harcelés sexuellement sur leur lieu de travail (contre 28 % de femmes), presque la moitié a été confrontée à des comportements à connotation sexuelle provenant d'autres hommes[22]. Ces résultats témoignent de la réalité du harcèlement sexuel au travail entre personnes du même sexe. Deux situations peuvent être envisagées[23]. D'une part, celle où une personne homosexuelle harcèle une personne du même sexe, homosexuelle ou non, dans l'intention d'obtenir des faveurs sexuelles (harcèlement homosexuel)[24]. D'autre part, celle où une personne, hétérosexuelle ou non, harcèle une personne du même sexe, homosexuelle ou non, qui s'écarte du rôle attribué à son sexe (harcèlement sexiste ou fondé sur le genre). On pense ici, par exemple, au harcèlement subi par le collègue de petite taille de Chloé[25] qui, du fait de son apparence physique et de son refus de participer aux plaisanteries hostiles aux femmes, remet en question la norme de masculinité en vigueur sur son lieu de travail. Dans ces deux cas de figure, le harcèlement est fondé sur l'appartenance sexuelle au sens de l'art. 4 LEg[26]. Rares sont toutefois les décisions judiciaires qui portent sur un harcèlement entre personnes du même sexe[27].

De façon plus générale, en Suisse, on constate un décalage entre le texte de l'art. 4 LEg, qui permet d'interdire, au titre de harcèlement sexuel, le harcèlement sexiste, y compris homophobe, et une tendance jurisprudentielle consistant à subsumer ce type de harcèlement sous le concept plus général d'atteinte à la personnalité.

4. La disparition du harcèlement sexiste derrière le concept neutre de harcèlement moral

Les tribunaux suisses tendent à interdire les agissements hostiles, sans connotation sexuelle au sens strict du terme, mais dirigés contre une ou plusieurs femmes exerçant une profession et/ou une fonction traditionnellement masculine, uniquement sur la base des dispositions du Code des obligations, au titre de harcèlement moral (*mobbing*)[28].

20 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.289/2006 du 5 février 2007, consid. 3.2.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.60/2006 du 22 mai 2006, consid. 3.3.

22 S. Strub/M. Schär Moser, *Risque et ampleur du harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Une enquête représentative en Suisse alémanique et en Suisse romande*, Secrétariat d'État à l'économie, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne, 2008, p. 35, 54.

23 Pour une analyse plus nuancée du harcèlement entre personnes du même sexe: K. Franke, « What's Wrong with Sexual Harassment? », *Stanford Law Review*, 1997, vol. 49, p. 691, 696 s.

24 Le harcèlement homosexuel tombe dans le champ d'application de l'art. 4 LEg, comme relevé dans le commentaire de cette disposition: C. Kaufmann, Article 4 LEg, N 58, 61, in C. Kaufmann/S. Steiger-Sackmann (Ed.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2e éd., Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2009, avec les références.

25 Évoqué en introduction.

26 Du même avis: S. Emmenegger, *Feministische Kritik des Vertragsrechts,* Université de Fribourg, 1999, p. 183 s; B. Waldmann, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleicheitssatz*, Stämpfli, Berne, 2003, p. 610.

27 Nous n'avons trouvé que deux exemples. Le cas d'une employée au Département des finances du canton de Vaud qui indiquait (dans un commandement de payer) avoir été harcelée sexuellement par sa supérieure hiérarchique (arrêt du Tribunal fédéral 1C_418/2008 du 27 mai 2009) et celui d'un aide de cuisine alléguant avoir été harcelé sexuellement par un collègue (jugement du Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, 18 janvier 2010, C/2151/2009-2).

28 À titre d'illustration: Tribunal administratif du canton de Zurich, 8 février 2006, PB.2004.00085 (femme cadre dans la police municipale systématiquement discréditée par un collègue). Pour un commentaire de cet arrêt et d'autres exemples jurisprudentiels: K. Lempen, « Au-delà du mobbing: le harcèlement sexuel comme outil de maintien du système de genre » in K. Arioli et al. (Ed.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?,* Dike, Nomos, Zurich, St-Gall, 2008, p. 158-163.

Livre Jurisprudence n°2.indb 257 08/08/2011 12:03:00

Une telle qualification n'est pas sans incidence sur l'issue des procès, puisque le harcèlement moral, contrairement au harcèlement sexuel, est soumis en droit suisse à la condition de la répétition des actes et d'une intention de nuire[29]. Une employée du secteur horloger qui estimait avoir été *mobbée* par ses collègues masculins d'atelier « au seul motif qu'elle est une femme »[30], par exemple, n'a pas obtenu gain de cause, faute d'éléments dans le dossier permettant de prouver que les altercations dont elle se plaignait étaient le résultat d'une stratégie visant à la déstabiliser[31]. Pareille preuve n'aurait pas été nécessaire si elle s'était plainte pour harcèlement sexuel.

La problématique est un peu différente en France puisque, comme relevé plus haut, le harcèlement moral n'est pas soumis à la condition d'une intention malveillante. En revanche, le Code du travail exige de la victime d'un harcèlement sexuel la preuve que l'auteur avait pour but d'obtenir des faveurs sexuelles. Le fait de qualifier de harcèlement moral un harcèlement lié au sexe peut donc augmenter les chances de succès d'un procès[32]. Il n'en demeure pas moins que, en France comme en Suisse, une telle démarche contribue à rendre invisible la dimension sexuée de violences subies par des travailleuses et des travailleurs en raison de leur sexe, de leur apparence, de leur comportement et/ou de leur orientation sexuelle[33].

II. Le devoir de protection des responsables d'entreprise

En Suisse, comme en France, la loi impose aux responsables d'entreprise de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger le personnel contre le harcèlement sexuel, sans préciser la nature de ces mesures[34]. La loi suisse sur l'égalité prévoit qu'un tribunal peut condamner un employeur au versement d'une indemnité pour harcèlement sexuel, à moins qu'il ne prouve avoir pris « les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut véritablement exiger de lui *pour prévenir ces actes ou y mettre fin* »[35]. Le devoir de protection implique donc à la fois une action de prévention au niveau de l'entreprise et une intervention au niveau individuel pour mettre fin à un cas concret. Ainsi, une société qui, faute d'avoir été informée, n'a pu entreprendre les démarches nécessaires pour mettre fin à un harcèlement sexuel, pourra néanmoins se voir reprocher une violation de son obligation de diligence, si elle a omis de mettre sur pied les procédures qui auraient permis de prévenir la survenance du comportement harcelant et, le cas échéant, de porter le cas à la connaissance de la direction[36].

29 Le harcèlement moral (dit "psychologique" en droit suisse) est défini par le Tribunal fédéral "comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail" (arrêt 2P.207/2002 du 20 juin 2003 consid. 4.2. Plus récemment: arrêt 4A_32/2010 du 17 mai 2010, consid. 3.2.).

30 Tribunal des prud'hommes de Genève, 21 mai 2007, C/30751/2006, let. E, résumé: www.leg.ch.

31 Cour d'appel des prud'hommes de Genève, 15 février 2008, C/30751/2006, consid. 3b, résumé: www.leg.ch.

32 À titre d'illustration, on peut se référer à une récente décision du Conseil de Prud'hommes de Bobigny condamnant une entreprise à verser des dommages-intérêts à une employée qui avait subi un harcèlement moral en raison de son sexe. L'employée avait été l'objet de nombreux propos dégradants et insultants à caractère sexiste tenus par son supérieur hiérarchique puis avait été licenciée quelques jours après avoir alerté la direction (affaire résumée sur le site Internet de la HALDE, www.halde.fr, 9 novembre 2010). Voir aussi un arrêt de la Cour d'appel de Douai n° 08/01639 du 31 mars 2009 relatif à des faits de harcèlement moral en raison de l'apparence physique et de l'orientation sexuelle.

33 Voir, dans ce sens, l'entrevue de S. Cromer in *Nouvelles Questions Féministes* 1/2010, p. 116, 125; C. Le Magueresse in *20 ans de lutte contre les violences sexuelles et sexistes au travail*, AVFT, 2006, p. 147; A. M. Barone, « Les femmes, la justice et le droit: L'exemple des violences sexuelles », in Association Pro Fri (Ed.), *Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft*, Dike, St-Gall, 2001, p. 183, 196.

34 Voir l'article 328 alinéa 1 du Code suisse des obligations et les articles L1153-5 et L1153-6 du Code français du travail.

35 Art. 5 alinéa 3 LEg. Italiques ajoutés.

36 À titre d'illustration: Arrêt du Tribunal fédéral, 5 février 2007, 4C.289/2006, commenté in *Revue de Droit du Travail et des Assurances sociales*, 2006 p. 115 ss.

Livre Jurisprudence n°2.indb 258 08/08/2011 12:03:00

A. Devoir de prévenir le harcèlement sexuel

Le Secrétariat d'État à l'économie suisse énumère les mesures principales à adopter pour prévenir tout risque de harcèlement sexuel sur le lieu de travail[37] :

- Une déclaration de principe, selon laquelle l'entreprise ne tolère pas les atteintes à l'intégrité personnelle (harcèlement sexuel, *mobbing* et discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion).
- Une information à l'ensemble du personnel sur la notion de harcèlement sexuel, la procédure à suivre et les sanctions auxquelles s'exposent les personnes qui harcèlent.
- La désignation d'une personne interne ou externe à l'entreprise, à laquelle les personnes concernées peuvent s'adresser en cas de conflit pour recevoir des conseils et un soutien dans la résolution du problème. Il est important que les personnes désignées puissent établir un rapport de confiance avec celles qui les consultent (obligation de garder le secret, pas de lien hiérarchique) et qu'elles soient suffisamment formées.
- L'implication du personnel dans l'élaboration d'un règlement d'entreprise. Ce document devra être bien connu des travailleuses et travailleurs et régulièrement mis à jour.

Ces recommandations résument en partie celles qui figurent dans le Code de pratique adopté en 1991 par la Commission des communautés européennes[38] et dans les guides publiés depuis lors à l'attention des employeurs en Suisse[39] et en France[40]. La doctrine spécialisée conseille, en outre, une formation de la direction et du personnel d'encadrement[41].

B. Devoir de mettre fin au harcèlement sexuel

Les institutions employeuses ont l'obligation de mettre fin à un cas de harcèlement sexuel dont elles ont connaissance. Selon un arrêt du Tribunal fédéral, une société est réputée avoir eu connaissance d'un harcèlement sexuel lorsque cette pratique était tellement répandue que le personnel d'encadrement ne pouvait l'ignorer[42].

1. Le licenciement de l'auteur comme ultima ratio

En Suisse, comme en France, le harcèlement sexuel est une violation grave du devoir de fidélité du travailleur qui peut justifier un licenciement[43]. La jurisprudence suisse précise qu'une direction ne sera toutefois légitimée à résilier les rapports de travail que si elle a pris auparavant toutes les autres mesures nécessaires pour remédier à la situation[44]. L'employeur qui, après avoir laissé une situation de harcèlement sexuel s'envenimer, décide de licencier l'auteur, se comporte de manière abusive. N'est pas abusif, en revanche, le congé signifié à un salarié qui persiste, malgré de nombreux avertissements, à avoir un comportement harcelant sur son lieu de travail[45].

---

37 Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi suisse sur le travail ; annexe de l'article 2 sur la protection de l'intégrité sexuelle (version février 2008, p. 302-G). Selon cet article : "L'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique des travailleurs".

38 Code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel, annexe à la Recommandation de la Commission, du 27 novembre 1991, sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, JO L 049 du 24/02/1992 p. 0001 – 0008.

39 V. Ducret, *Pour une entreprise sans harcèlement sexuel. Un guide pratique*, 2e éd., Georg, Genève, 2008, p. 60 ss.

40 G. Amoussou et al., *Violences sexistes et sexuelles au travail, Guide à l'attention des employeurs*, AVFT, 2009, p. 50 ss. Le chapitre consacré à l'étendue du devoir de diligence commence (p. 46) par une référence à l'obligation générale de prévention prévue par le Code du travail (art. L4121-1).

41 Voir, notamment, V. Ducret, cité à la note 39, p. 75 s.

42 Arrêt du Tribunal fédéral, 4P.197/2006, du 5 février 2007, mentionné *supra* note 36.

43 Comme relevé dans les jurisprudences mentionnées in G. Amoussou et al., cité à la note 40, p. 85 ss.

44 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_158/2010 du 22 juin 2010, consid. 3.2 ; ATF 132 III 115, consid. 2.2 et 5.1 ; ATF 125 III 70, consid. 2c.

45 Comme l'a jugé le Tribunal fédéral dans un arrêt 4A_63/2009 du 23 mars 2009.

Livre Jurisprudence n°2.indb 259 08/08/2011 12:03:00

2. L'obligation d'établir les faits

Avant de prononcer une sanction, il incombe à la direction d'établir soigneusement les faits, notamment au moyen d'une enquête. Dans un arrêt du 5 mai 2009, la Cour d'appel de Nîmes a, par exemple, jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement signifié à un aide-soignant accusé de harcèlement et de viol au motif, notamment, que l'employeur avait pris sa décision sans avoir procédé à l'audition des principaux témoins[46]. De même, dans un arrêt du 29 juin 2009, le Tribunal fédéral a qualifié d'injustifié le licenciement avec effet immédiat d'un cadre accusé de contrainte sexuelle et pornographie. En effet, la société employeuse aurait dû vérifier le bien-fondé des accusations avant de notifier le licenciement[47].

3. La procédure d'enquête interne

De façon générale, les procédures d'enquête internes soulèvent diverses questions. Tout d'abord, il peut s'avérer difficile de trouver la ou les personnes susceptibles de mener une enquête avec indépendance et objectivité. La doctrine spécialisée recommande de mandater un·e expert·e externe plutôt que de confier cette mission à un·e membre de la direction[48]. Suivant les cas, toutefois, la personne mandatée pourra hésiter à mettre en évidence les éléments susceptibles d'entraîner une responsabilité de l'institution mandante. Une personne spécialisée dans les questions de harcèlement sexuel qui conclut à l'existence de ce comportement s'expose, elle aussi, au reproche de partialité[49].

Un autre problème lié aux procédures d'enquête internes a trait au conflit entre la stricte confidentialité qui devrait entourer les témoignages du personnel et le droit des parties de consulter l'ensemble du dossier. En effet, lorsque la personne mise en cause appartient au personnel d'encadrement, les membres de son équipe ne pourront pas s'exprimer librement sur leurs conditions de travail. Sans garantie de confidentialité, il est douteux que les personnes auditionnées acceptent de témoigner, même lorsque le règlement d'entreprise promet qu'elles ne subiront aucun préjudice du fait de leur déposition[50].

Enfin, bien que la procédure d'investigation porte sur un cas particulier, il importe que les mesures recommandées à la direction pour remédier à un cas avéré de harcèlement sexuel incluent la mise sur pied d'une politique d'entreprise pour prévenir ce phénomène. Il s'agit, en effet, d'éviter que les directions puissent licencier des individus en raison d'un comportement à connotation sexuelle sans s'engager à modifier le contexte discriminatoire dans lequel ce comportement s'est produit[51].

III. Conclusion

En France et en Suisse, les tribunaux ont un grand pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure une institution a respecté son obligation de diligence en matière de harcèlement sexuel. La jurisprudence exposée montre qu'une entreprise ne peut se contenter de licencier l'auteur pour remplir son devoir de protection. La mise en place de conditions de travail exemptes de discriminations, une intervention précoce en cas de soupçon de harcèlement sexuel et une vérification soigneuse des faits suite à une plainte interne sont des préalables nécessaires au prononcé d'une sanction.

46 Cour d'appel de Nîmes, Chambre sociale, 5 mai 2009, n° RG : 07/02724.

47 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2009 du 29 juin 2009.

48 Voir, notamment, V. Ducret, cité à la note 39, p. 101 s.

49 Comme le montre une affaire zurichoise qui a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral 8C_690/2010 du 1er novembre 2010. Le Tribunal de première instance a estimé que l'avocate chargée de l'enquête avait fait preuve de partialité et adopté uniquement la perspective des employées se plaignant de harcèlement sexuel. L'enquêtrice avait refusé que la personne mise en cause assiste aux auditions de deux employées.

50 L'article L1153-3 du Code français du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés. L'article 10 de la loi suisse sur l'égalité prévoit une protection contre les congés de rétorsion.

51 Voir, à ce sujet, les réflexions de Vicki Schulz, « The Sanitized Workplace », *The Yale Law Journal*, vol. 102, 2003, p. 2061, 2103 ss.

Livre Jurisprudence n°2.indb 260 08/08/2011 12:03:00

La loi suisse sur l'égalité et la loi française du 27 mai 2008 interdisent, au titre de discrimination, non seulement le harcèlement sexuel (à connotation sexuelle), mais aussi le harcèlement sexiste (lié à l'appartenance sexuelle). En Suisse, toutefois, la jurisprudence a tendance à traiter le harcèlement sexiste comme une forme de harcèlement moral ne tombant pas sous le coup de la loi sur l'égalité. En France, le Code du travail définit encore le harcèlement sexuel comme un comportement ayant pour but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle. Bien qu'ils contribuent efficacement à maintenir la ségrégation sexuelle sur le marché du travail, les actes d'hostilité tels que ceux qui ont été décrits en introduction ne sont donc souvent qualifiés, dans les deux pays, ni de discrimination fondée sur le sexe ni de harcèlement sexuel.

Livre Jurisprudence n°2.indb 261 08/08/2011 12:03:00

Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi

Daniel BORRILLO*

« L'ingéniosité déployée pour uniformiser les aptitudes d'individus possédant des dons différents permet d'accroître considérablement le nombre des individus extérieurement comparables dans leur fonctionnement social, mais tend à proscrire les différences subjectives qui pourraient, elles aussi, contribuer à enrichir la civilisation »
Margaret Mead

Introduction

Dans *L'arrangement des sexes* (1977), Goffman, décrit le genre comme le code fondamental autour duquel s'articulent les interactions humaines et s'agencent les structures culturelles[1]. La donnée biologique de la différence de sexes (les femmes mettent au monde, elles allaitent et sont généralement plus petites…) déterminerait une assignation spécifique. Bien qu'il s'agisse d'une différence peu significative comparée à d'autres telles l'âge, la fortune, l'origine ethnique…, elle apparaît comme fondamentale lorsqu'il s'agit de définir les rôles sociaux. Pour Goffman, ce qui est relevant c'est moins les différences objectives que le dispositif culturel qui a fait de ces différences un système si intelligible de nos conventions sociales qu'il finit par apparaître comme naturel et allant de soi.

Judith Butler a raison d'affirmer qu'il n'existe pas une différence objective antérieure au genre (tel le sexe) mais c'est le genre lui-même qui produit la différence et

* Juriste, enseignant à l'Université de Paris Ouest/Nanterre-La Défense où il anime le premier séminaire doctoral consacré aux implications juridiques du genre et des sexualités. Il est également chercheur associé au CNRS (CERSA/Université de Paris II).

1 E. Goffman, "The arrangement between the Sexes" in *Theory and Society*, vol. 4, n° 3, 1977, p. 301-331, traduit en 2002 et publié par La Dispute, coll. "Le genre du monde".

Livre Jurisprudence n°2.indb 263 08/08/2011 12:03:00

la perpétue[2]. Thomas Laqueur, dans le sillage de Michel Foucault, montre comment à partir du XVIII[e] siècle s'est effectuée, avec l'essor de la biologie et de la médecine, une "sexualisation" du genre qui était jusque-là pensé en termes d'identité ontologique et culturelle beaucoup plus que physique. Le genre définit désormais qualités, vertus et rôles selon des racines biologiques[3]. Le genre devient ainsi une épistémologie permettant de donner sens à la différence de sexes. L'humain est dorénavant constitué de deux corps stables définis biologiquement par deux grammaires distinctes, XY et XX, permettant l'écriture cohérente du destin individuel et social. Hommes et femmes établissent un négoce sexuel organisé autour d'un ordre hiérarchique et à finalité reproductive : l'hétérosexualité. La psychanalyse fournira la théorie permettant d'expliquer, à partir du genre, l'orientation sexuelle des individus : « Trop de mère et pas assez de père maintient le petit garçon dans une symbiose trop profonde et surtout trop prolongée, et imprègne son vécu d'une identité féminine. Pour se sentir masculin, un garçon doit s'arracher à cette symbiose, aidé en cela par son père qui se posera en rival et en modèle identificatoire. En cas d'échec, son genre aura toutes les chances de pencher vers le féminin. Cela serait vrai également pour la fille : trop de père et trop peu de symbiose maternelle entraîneraient la fille vers le pôle masculin »[4].

La grammaire des sexes

Dès leur naissance, les enfants sont inscrits dans l'une ou l'autre des classes sexuelles. Cette assignation universelle, en principe irréversible, déterminera, au travers d'un triage durable, une socialisation différenciée. Prétendument fondée sur une réalité biologique, la *summa divisio* sexuelle apparaît de surcroît comme naturelle et inéluctable. La littérature d'aéroport mais aussi la vulgate psychanalytique[5] confortent l'idée selon laquelle les différences entre les sexes constituent non seulement un fait, mais véhiculent des valeurs telles la diversité et la complémentarité réservant aux uns la reproduction et aux autres la production et ce dans un ordre conjugal.

Malgré des nombreuses études et essais – à commencer par ceux de Margaret Mead[6] et de Simone de Beauvoir[7] – démontrant dès l'après-guerre que le tempérament est déterminé culturellement, l'argument de la « différence des sexes » continue de nos jours à être mis en avant, notamment pour prescrire le caractère hétérosexuel du mariage et de la filiation[8].

Dans l'ordre binaire des sexes, les individus sont nécessairement distribués en deux groupes : mâles ou femelles. Les comportements attendus pour chaque « nomenclature sexuelle » déterminent les rapports sociaux de sexe, c'est-à-dire la référence, le prototype de la masculinité et de la féminité, construit par chaque société et à partir duquel se mesure l'ensemble des comportements humains. Pour illustrer cette idée, Jessie Bernard, dans son ouvrage *Women and the Public Interest*[9], rattache certaines caractéristiques aux femmes : affectivité, passivité en amour, obéissance, modestie, pudeur, amour du foyer, tendance monogamique, goût de la mode, soins du bébé… Cette situation se retrouve dans l'univers professionnel au sein duquel les femmes occupent majoritairement les postes de secrétaires, réceptionnistes, *baby sitters*, infirmières ou

2 Judith Butler, *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*. Préface d'Éric Fassin, traduction de Cynthia Kraus, Paris, La Découverte, 2005.

3 Thomas Laqueur, *La fabrique du sexe : Essai sur le corps et le genre en Occident*, Paris, Gallimard 1992.

4 Jacques Delaunoy, « Plaidoyer pour une certaine ignorance », *Topique*, 2002/1 (n° 78).

5 Pour une analyse critique du discours et de la pratique psychanalytique voir : D. Eribon, *Échapper à la psychanalyse. Notes sur l'amour et l'amitié*, Paris, Ed. Léo Scheer, 2005.

6 M. Mead, *L'un et l'autre sexe. Le rôle de l'homme et de la femme dans la société* (1948) Denoël-Gonthier, 1966.

7 S. de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, 1949.

8 Le mariage, ce n'est pas seulement un couple, mais, selon Irène Théry, « l'institution qui lie la différence des sexes à la différence des générations » : *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui – Le Droit Face aux Mutations De La Famille et De La Vie Privée,* Rapport officiel publié par Odile Jacob, Paris 1998.

9 Chicago 1971, p. 26.

Livre Jurisprudence n°2.indb 264 08/08/2011 12:03:00

domestiques. Les analyses de Sylvie Schweitzer démontrent que ce n'est pas le travail en tant que tel qui a été longtemps refusé aux femmes, mais certaines professions, celles qui permettaient la prise de décision et donc l'organisation des mutations sociales[10]. La même conception essentialiste guide la jurisprudence qui, en matière de divorce, donne presque systématiquement à la mère le droit de garde des enfants en bas âge ou encore la loi civile qui considère le sexe (féminin) comme élément permettant de qualifier la violence en tant que vice du consentement[11].

La famille comme premier lieu de socialisation oriente la fille vers un rôle plutôt de nature domestique et le garçon vers les activités plus fortement fondées sur la compétition. Plusieurs recherches ont démontré que la littérature enfantine dépeint rarement un monde paritaire au sein duquel garçons et filles échangent de manière égalitaire. La fonction maternelle est omniprésente et apparaît comme le modèle de l'adulte féminin alors que le travail valorisé apparaît comme une activité principalement masculine. Lorsqu'une femme travaille, elle le fait dans les métiers de l'enseignement ou du soin des enfants[12]. Comme le soulignent Blandine Destremeau et Bruno Lautier, «le travail fait par les employées domestiques est une des principales formes d'emploi féminin dans la plus grande partie du monde»[13]. Et l'accès des femmes aux professions nobles est accompagné souvent d'une dévalorisation de ces dernières[14].

L'apprentissage du genre permet ainsi (et encore) de construire l'idéologie de la complémentarité. Chacun apprend quelle est sa place, laquelle détermine non seulement une fonction sociale spécifique mais aussi une identité psychologique, à tel point que Goffman considère le genre, et non pas la religion, comme l'opium des peuples. En effet, l'identité sexuelle demeure la plus forte des identifications dans les sociétés occidentales[15]. Les idéaux sexuels fonctionnent de telle sorte qu'ils permettent la recherche de l'identification subjective et de la complémentarité «objective» : la fragilité féminine s'accorde avec la solidité masculine et la propension domestique de la femme avec la capacité à réaliser des projets, propre aux hommes. Le mariage apparaît ainsi plus comme le théâtre dans lequel se jouent les rôles de genre que comme le lieu de la solidarité du couple ou de l'accueil des enfants. Cela explique la résistance à élargir cette institution aux couples de même sexe, revendication perçue comme une entreprise d'indifférenciation des sexes dévastatrice pour la civilisation : *« Instituer l'homosexualité avec un statut familial, c'est mettre le principe démocratique au service du fantasme. C'est fatal, dans la mesure où le droit, fondé sur le principe généalogique, laisse la place à une logique hédoniste, héritière du nazisme »*[16]

La logique binaire du genre prend dans ce contexte homophobe une nouvelle signification. Elle renvoie non pas tant au statut de l'un et l'autre sexe mais plutôt à leur

10 Sylvie Schweitzer, *Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire du travail des femmes aux XIX^e^ et XX^e^ siècles*, Paris, Odile Jacob, 2002, 329 p.

11 Art. 1112 du Code civ. «Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes».

12 C. Brugeilles, I. Cromer, S. Cromer, «Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou Comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre», *Population*, Vol. 57, 2002.

13 Blandine Destremeau et Bruno Lautier, «Femmes en domesticité, les domestiques du Sud, au Nord et au Sud», *Revue Tiers-monde*, n° 170, 2002, p. 249-264.

14 Pierre Bourdieu, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998.

15 A. Fine, «Maternité et identité féminine», dans Y. Knibiehler (sous la direction de), *Maternité, affaire privée, affaire publique*, 2001, p. 61-76.

16 Pierre Legendre, entretien avec Antoine Spire, *Le Monde*, 23 octobre 2001.

Livre Jurisprudence n°2.indb 265 08/08/2011 12:03:01

complémentarité[17], autrement dit à l'hétérosexualité[18]. Effectivement, le droit institue le principe de non-discrimination des sexes aussi bien sur le plan privé que public : l'égalité conjugale et l'égalité parentale sont presque parfaites et la parité est un objectif constitutionnel. Le maintien de la catégorie « genre » n'a plus tellement de pertinence dès lors qu'elle renvoie à la condition des femmes. Le genre demeure, en revanche, très actuel en tant que dispositif de la différence des sexes, soubassement du lien conjugal et parental. Le principal obstacle à l'égalité cesse donc d'être le genre en tant que « classe des femmes » pour devenir le genre comme complémentarité, critère renvoyant à la prééminence de l'hétérosexualité dans les institutions du droit de la famille.

La traduction juridique de la réalité sociale

Le droit n'a pas uniquement une vie objective, il existe également dans l'expérience subjective des acteurs individuels[19] et, en ce sens, il participe très activement à l'arrangement des sexes au niveau de l'individu par rapport à lui-même ainsi que dans ses relations familiales et sociales. Depuis l'irruption de l'école historique, le droit ne peut plus être conçu uniquement comme un ensemble abstrait de règles imposées à la société, mais comme partie intégrante de cette société, qui plonge ses racines dans les usages et habitudes culturels et dans la tradition. Rarement mentionné explicitement, le sexe est omniprésent dans le droit en tant qu'institution d'origine patriarcale dans laquelle la subordination des femmes et des enfants ainsi que l'injonction à l'hétérosexualité constituent les piliers du pouvoir juridique. À l'instar de Foucault, le pouvoir doit être pensé d'une manière plus large, comme une force productive des rapports sociaux plutôt que comme simple puissance répressive. Le droit apparaît ainsi non seulement comme dépositaire du réel mais également comme son créateur, dès lors que le réel est gravé dans le marbre de la loi[20].

Malgré les avancées significatives des dernières quarante années en matière de contraception, homosexualité, transsexualisme… la sexuation du sujet par le droit continue à être un acte de production d'inégalités masquées par le caractère naturel de l'assignation des genres aussi bien dans l'établissement de l'état des personnes (I) que dans l'accès au droit au mariage et à la filiation (II)

I. Sexe et état de personnes

Le sujet de droit est la personne physique ou morale, titulaire de prérogatives et d'obligations. Alors que la personne morale apparaît comme une entité asexuée, l'individu – personne physique – est, dans l'état actuel du droit positif, nécessairement mâle ou femelle. Il faut attendre l'année 2010 pour qu'une autorité publique[21] admette l'existence du genre neutre[22], catégorie pourtant omnipré-

17 La Grèce antique concevait la complémentarité d'une manière bien plus ouverte : « Ainsi, dit Aristophane, c'est depuis un temps aussi lointain qu'est implanté dans l'homme, l'amour qu'il a pour son semblable : l'amour rassembleur de notre primitive nature, l'amour qui, de deux êtres, tente d'en faire un seul, autrement dit de guérir l'humaine nature. Chacun de nous est donc la moitié complémentaire d'un autre. Si Zeus a coupé un homme, cela fait des hommes qui ne s'intéressent qu'aux hommes. S'il a coupé une femme, cela fait des femmes qui ne font pas très attention aux hommes. S'il a coupé un androgyne, la partie homme est amoureuse des femmes et cela fait les maris qui trompent leur femme, la partie femme est amoureuse des hommes et cela fait les femmes qui trompent leur mari », Platon, *Le banquet*, trad. Luc Brisson, Paris, Gallimard, 1988.

18 D. Borrillo, « La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion » in Véronique Fortin, Myriam Jézéquel et Nicholas Kasirer (Dir.) *Les sept péchés capitaux et le Droit privé*, Montréal, Les éditions Thémis, 2007.

19 Il peut sembler étonnant de faire une affirmation aussi banale qu'évidente mais dans le contexte de l'enseignement du droit français et de sa reproduction théorique il n'est pas inopportun de rappeler que le droit n'est qu'une variable dépendante de la société, point d'accord de l'ensemble des théories non positivistes telles le culturalisme, le *Critical Legal Studies*, le fonctionnalisme ou le structuralisme juridique.

20 D. Neil Maccormick et Zenon Bankowski, « La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques » in *Théorie des actes du langage, Éthique et Droit*, sous la direction de Paul Amselek, Paris, PUF, 1986.

21 Gouvernement du New South Wales, Australie, mars 2010.

22 A. Lacassagne, l'un des fondateurs de la médecine légale en France, avait pourtant proposé l'inscription du genre neutre sur les registres de

Livre Jurisprudence n°2.indb 266 08/08/2011 12:03:01

sente dans l'inconscient collectif occidental[23] et explicite sur le plan grammatical[24]. Norrie May-Welby est la seule personne au monde à être considérée juridiquement de sexe « neutre » et l'Australie le premier pays à inscrire dans l'acte de naissance : *« not-specified gender »*. Toutefois, l'affaire Norrie May-Welby demeure l'exception qui confirme la règle : pas de salut en dehors de la dualité des genres…

L'état de la personne est constitué par l'ensemble des règles qui définissent sa personnalité juridique et qui l'individualisent par rapport à sa famille et à la société dans son ensemble. L'état d'une personne comprend principalement ses nom et prénoms, son lieu et date de naissance, sa filiation, sa nationalité, sa capacité civile, son domicile, sa situation au regard de l'institution du mariage (célibataire, marié, pacsé ou divorcé) ainsi que son sexe.

Le premier alinéa de l'article 57 du Code civil dispose : «l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés…». Ainsi, l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né détermine :

- l'appartenance à l'un ou l'autre sexe,
- la reconnaissance de cet état par la société (État Civil),
- l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui qui le porte.

Il arrive toutefois que l'enfant possède les organes sexuels des deux sexes. Dans l'antiquité gréco-romaine l'hermaphrodisme était considéré comme une forme de monstruosité, « les êtres pourvus de deux sexes semblent avoir été impitoyablement éliminés, comme des monstres, c'est-à-dire comme des signes funestes envoyés aux hommes par les dieux pour manifester leur colère et pour annoncer la destruction de l'espèce humaine »[25]. Selon un récit de Mahomet : « Si un homme pénètre sa femme pendant ses règles, le diable le précède et la rend enceinte donnant lieu à des enfants hermaphrodites »[26]

Le droit moderne reproduit cette conception maudite de la double appartenance aux sexes masculin et féminin. En effet, selon la jurisprudence actuelle, « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »[27]. De surcroît, *l'Instruction générale relative à l'état civil* précise que « lorsque le sexe du nouveau né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication 'sexe indéterminé' et l'officier d'état civil doit conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur »[28].

Appelé autrefois hermaphrodisme (fils d'Hermès et d'Aphrodite)[29], ce phénomène est connu scientifiquement aujourd'hui sous le terme d'intersexualisme[30]. Cas de force majeure, cette situation permet une modification du sexe déclaré, considéré comme résultant d'une erreur matérielle du fait de l'incertitude initiale. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a fait suite à la demande de rectification de l'état civil et de changement de prénom d'un enfant ayant présenté dès la naissance des organes sexuels masculins extrêmement insuffisants, puisque finalement le sexe indiqué à

l'état civil en cas d'hermaphrodisme, voir : A. Lacassagne, *Les Actes de l'état civil*, 1887, p. 91.

23 Selon Platon l'espèce humaine comportait trois genres : les mâles nés du soleil, les femelles nées de la lune, et les androgynes (les plus nombreux) qui participaient des deux planètes à la fois.

24 Comme le souligne Bryher « Les noms des choses, dans la langue anglaise, ne sont ni au féminin ni au masculin, ils n'ont pas de genre, ce qui est beaucoup plus sensé et beaucoup plus reposant », Annie W. Bryher, *Beowulf*, préface, Paris, Mercure de France 1948, p. 14-15.

25 , Luc Brisson, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Les Belles lettres, Paris, 1997, p. 9.

26 Cité par Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 192.

27 CA Paris, l8 janvier 1974 : D. 1974, p. 196 concl. Granjon.

28 Art. 288.

29 Le mythe d'Hermaphrodite raconté par Ovide dans le livre IV des *Métamorphoses* est la première explication de ces individus qui semblent « n'avoir aucun sexe ou les avoir tous deux ».

30 Caractérisé par la présence chez un même sujet de tissu testiculaire et de tissu ovarien séparés ou fusionnés en un seul organe.

Livre Jurisprudence n°2.indb 267 08/08/2011 12:03:01

l'origine s'était révélé erroné[31]. En tout état de cause, c'est au médecin de décider du genre du nouveau-né. On est loin de la proposition du garde des Sceaux de 1816 qui, à propos des hermaphrodites, estimait que « c'est aux individus que cela concerne ou à leurs parents de choisir le sexe qui paraît leur convenir ». C'est à la fin du XIX[e] siècle que Lacassagne, fondateur de la médecine légale, demande la modification de l'état civil afin que le médecin statue sur « le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil »[32].

En dehors des cas d'hermaphrodisme, la Cour de cassation adoptait une position restrictive et n'acceptait les demandes en rectification de l'état civil que dans certaines circonstances exceptionnelles, c'est l'exemple d'un homme déporté qui pendant la deuxième guerre mondiale a subi des expériences chirurgicales et il a pu obtenir un changement de prénom.

Pendant longtemps la justice française était sourde aux demandes des transsexuels et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la modification d'état civil leur était refusée au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe d'ordre public : « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut pas s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant acquis ceux du sexe opposé »[33].

Le transsexualisme (connu scientifiquement sous la dénomination de « dysphorie de genre ») est le sentiment d'appartenir au sexe opposé à celui assigné à la naissance. Le transsexualisme met en évidence la complexité du sexe et de ses diverses composantes : sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et sexe social. Lorsqu'il n'y a pas accord entre les aspects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe, certaines personnes se trouvent face à une situation de trouble d'identité de genre. Souvent elles souhaitent se soumettre à une intervention chirurgicale pour rectifier leur anatomie[34] et changer d'état civil. Le refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe a été considéré par la Cour européenne des droits de l'homme contraire au respect du droit de la vie privée[35] provoquant un revirement de la jurisprudence française[36]. Désormais, la personne transsexuelle peut obtenir le changement de son état civil une fois sa morphologie modifiée[37] et son comportement social conférant une apparence du sexe revendiqué établi. Toutefois, si la modification physique n'est pas définitive, le juge refuse également le changement du prénom[38]. Depuis la circulaire du 14 mai 2010, il n'est plus nécessaire d'avoir subi une opération de réassignation sexuelle (c'est-à-dire d'ablation des organes génitaux), les traitements médicaux-chirurgicaux ayant entraîné des changements irréversibles (p.e. stérilité) pouvant être suffisants pour justifier la demande de changement de sexe à l'État civil.

Après l'inscription du changement physiologique dans l'état civil (acte de naissance et autres pièces d'identité), le transsexuel peut exercer tous les droits attachés au nouveau sexe y compris le droit au mariage[39]. La question

31 CA Versailles, 22 juin 2000, JCP 2001.II.10595, note Guez.

32 A. Lacassagne, *Les Actes de l'état civil*, 1887, p. 91.

33 Cass. Civ. 1re, 21 mai 1990, Bull. Civ. I n° 117, p. 83.

34 Les premières opérations de changement de sexe eurent lieu durant le 1er et 2e siècle av. J.-C., G. Androutsos, M. Papadopoulos, S. Geroulanos, « Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité », Andrologie (2001), 11 n° 2 89-93.

35 *B. contre France* du 25 mars 1992 n° 13343/87. Cette décision de la CEDH produit un changement de sa propre jurisprudence. En effet dans les affaires *Van Oosterwijck contre Belgique* du 6 novembre 1980 n° 7654/76, *Rees contre Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 n° 9532/81, *Cossey contre Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 n°10843/84, la CEDH n'avait pas condamné les États qui ne modifient pas l'état-civil des transsexuels.

36 Ass. Plén., 11 décembre 1992, JCP 1995 II, 21991.

37 Le Conseil de l'ordre de médecins autorise la conversion sexuelle depuis 1979 (art. 41 du Code déontologique). Il faut souligner que les juridictions pénales n'ont jamais condamné un médecin pour le crime de castration ni un transsexuel pour automutilation avant même la décision de l'Ordre.

38 CA Nancy, 14 nov. 2003, BICC 1er juin 2004, no 895. L'opération chirurgicale n'est pas obligatoire en Espagne pour procéder au changement de l'état civil des transsexuels.

39 CEDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002 n° 28957/95.

Livre Jurisprudence n°2.indb 268 08/08/2011 12:03:01

se pose, cependant, du devenir du lien matrimonial si la personne transsexuelle était mariée avant le changement de sexe[40]. S'il n'existe pas de problèmes particuliers quand les conjoints décident de divorcer de commun accord, la difficulté apparaît lorsque l'un des époux ne souhaite pas rompre le lien matrimonial. Dans ce cas, le divorce est prononcé pour faute constitutive d'une violation des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune[41]. Or, comme le souligne L. Mauger-Vielpeau, « le divorce pour faute ne semble pas constituer la cause de dissolution du mariage adaptée à la situation du transsexualisme. Il est, en effet, inconcevable d'imputer une faute au transsexuel, autrement dit de qualifier sa démarche de volontaire. Depuis que la Cour de cassation a reconnu qu'il s'agissait d'un syndrome, c'est-à-dire d'une maladie qui justifie, sous certaines conditions, le changement d'état civil, il manque au transsexualisme la condition subjective pour caractériser la faute conjugale au sens de l'art. 242 c. civ »[42].

La situation devient encore plus difficile lorsque les conjoints souhaitent maintenir le lien conjugal en cas de changement de sexe de l'un d'eux. Comme cette situation produirait une reconnaissance indirecte du mariage homosexuel, ce changement de sexe, selon la doctrine majoritaire, rendrait l'union caduque pour absence d'un élément essentiel d'ordre public, à savoir la différence des sexes[43].

Les liens de filiation existants avant le changement de sexe continuent en l'état, le jugement rectifiant l'acte d'état civil du transsexuel n'a pas de caractère rétroactif. Ainsi, l'acte de naissance des descendants d'un transsexuel n'est pas modifié et la mention de la décision de changement de sexe du parent n'y figure pas. Le transsexuel ne perd donc pas son statut de parent ni, en principe, l'autorité parentale et les droits qui s'y rattachent. Enfin, bien qu'il puisse adopter, le transsexuel n'a pas accès aux techniques de reproduction médicalement assistée : la loi réserve la procréation artificielle aux couples hétérosexuels stériles. De même, le transsexuel ne peut pas reconnaître l'enfant de sa partenaire conçu par insémination artificielle avec donneur[44]. Toutefois, la nullité de la reconnaissance d'un enfant naturel par un transsexuel, après son changement d'état, ne fait pas obstacle à l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement au profit de celui-ci[45].

Contrairement aux solutions retenues au Royaume-Uni (*Gender Recognition Act*, entré en vigueur le 4 avril 2005) et en Espagne (*Loi sur la rectification de l'état civil des personnes transsexuelles* du 8 novembre 2006), en France seul peut solliciter un changement de l'état civil l'individu ayant procédé à une opération chirurgicale de réassignation : ablation des organes génitaux avec création d'un néo-vagin ainsi qu'une plastie mammaire, s'agissant d'un transsexuel homme-femme[46] ou ayant au moins subi des traitements médicaux entraînant des changements irréversibles.

Si le transsexualisme n'est plus considéré en France un trouble psychiatrique depuis un décret du 10 février 2010, il demeure toujours une maladie nécessitant une intervention médicale. Les associations de transsexuels considèrent humiliante l'obligation faite par l'État de fournir des certificats de stérilisation et de modification génitale pour obtenir un changement d'identité, bien qu'elles souhaitent le remboursement par la sécurité sociale des frais provoqués par le changement de sexe. La législation française pourrait s'inspirer de celle de nos pays voisins ou suivre simplement la recommandation n° 4 du Commissaire aux droits

40 Contrairement à d'autres lois européennes, la loi française n'exige pas que le transsexuel soit célibataire pour lui permettre la rectification de son état civil.

41 Nîmes, 7 juin 2000, LPA 12 avr. 2001, no 73, p. 20, note J. Hauser, RTD civ. 2001. 335.

42 « Le mariage peut-il « survivre » au transsexualisme d'un époux ? », Recueil Dalloz 2002 p. 124.

43 P. Courbe, *Droit civil de la famille*, 5e éd., 2008, Armand Colin, n° 73.

44 Cass. 1er Civ. 18 mai, 2005, n° 02-16.336, Bulletin 2005 I N° 211 p. 179.

45 CA Aix-en-Provence 6e ch. A, 12 mars 2002 (Dalloz Jurisprudence en ligne, http://bu.dalloz.fr).

46 La Cour d'appel de Rennes avait déjà admis le passage transsexuel en l'absence d'opération chirurgicale : CA Rennes, 26 oct. 1998, D. 1999.508). La cour d'appel d'Aix-en-Provence s'était prononcée dans le même sens par un arrêt rendu le 9 novembre 2001.

Livre Jurisprudence n°2.indb 269 08/08/2011 12:03:01

de l'Homme du Conseil de l'Europe qui, dans son rapport thématique sur « Droits de l'Homme et Identité de Genre » du 31 juillet 2009, demande « dans les textes encadrant le processus de changement de nom et de sexe, de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux ». Le changement de sexe légal pourrait ainsi se faire par simple requête auprès du juge, accompagnée de deux témoins attestant de la réalité et du vécu de la personne dans son sexe revendiqué.

II. Sexe, mariage et filiation

Outre l'état des personnes, la sexuation du sujet de droit détermine les conditions d'accès au mariage et à l'établissement du lien de filiation.

Certes, les constitutions nationales, la Convention européenne des droits de l'Homme et les Chartes internationales consacrant les droits fondamentaux définissent l'individu d'une manière neutre : « toute personne a le droit… », « tout individu a le droit… », « chacun a le droit… » ou encore « nul ne peut être… ». Mais lorsqu'elles énoncent le droit au mariage, les créanciers dudit droit deviennent genrés : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille… »[47]. Toutefois, la Charte européenne des droits fondamentaux, dont les auteurs étaient conscients des enjeux futurs, cesse de définir le mariage à partir de la différence des sexes et énonce simplement que « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » (article 9).

Après le mariage de deux hommes célébré par le maire de Bègles le 5 juin 2004, le tribunal de grande instance de Bordeaux a procédé à son annulation considérant que la différence de sexes est, selon le droit français, *« une condition du mariage compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme »*. La cour d'appel a confirmé cette position soulignant *« qu'en droit français le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime. La notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère »*[48] et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision par un attendu aussi bref que lapidaire :

> *« Attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. »*[49]

La simplicité de l'argument de la Cour de cassation conforte la doxa du mariage comme l'espace institutionnel de la différence des sexes, confirmant ainsi une vieille jurisprudence de la Cour de cassation de 1903 selon laquelle l'un des éléments essentiels à l'existence du mariage est la différence de sexes des partenaires. À l'époque, la question posée était celle de savoir, face à un cas d'hermaphrodisme, comment déterminer, au-delà des actes de l'état civil, la différence en question. La Cour retiendra comme critère d'appréciation l'apparence extérieure du sexe. Dès lors que le sexe inscrit à l'état civil correspond au sexe biologique manifeste, la *conditio matrimonii* est remplie et les parties peuvent convoler en justes noces.

Dans l'état actuel du droit positif français, l'existence du mariage est donc subordonnée à la constatation de ces deux exigences : la différence de sexes et la concordance de l'organe génital avec le sexe inscrit dans l'acte de naissance.

Depuis 1983, il est admis en France que l'officier d'état civil doit s'en tenir au sexe tel qu'il est mentionné sur les actes d'état civil qui lui sont transmis, ce qui implique la

47 Art. 12 de la Convention Européenne des droits de l'Homme. L'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme établit : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ».

48 Bordeaux, 19 avr. 2005, n° 04/04683, D. 2005. Jur. 1687, note Agostini.

49 Civ. 1re, 13 mars 2007, n° 05-16.627 D. 2007. AJ. 935, obs. Gallmeister.

Livre Jurisprudence n°2.indb 270 08/08/2011 12:03:01

possibilité pour un transsexuel de se marier[50]. La CEDH a également considéré que l'empêchement au mariage lié à la différence de sexe est supprimé dès lors que la modification de l'état civil est effectuée[51].

La situation semblait claire jusqu'au jour où Mme Camille Barré, transsexuelle de 46 ans et M. Martin León Benito, transgenre de 30 ans qui se faisait appeler « Monica », décident de se marier. Le procureur de la République, à la demande du maire de Rueil-Malmaison, s'oppose au mariage pour absence d'une « véritable volonté matrimoniale, le but exclusivement recherché étant étranger à celui de se comporter comme mari et femme ». Se présenter habillées en femme semble ainsi suffire pour rendre leur consentement suspect. Si l'absence de différence de sexes n'apparaît pas comme le motif explicite empêchant cette union (elle est souvent évoquée pour renforcer la simulation dénoncée), la manière d'organiser la logique argumentative laisse entrevoir une ambiguïté quant à la qualification de l'opposition à mariage. Ainsi, derrière la simulation, le Procureur et le tribunal entendent sanctionner également l'absence de différence de sexe, comprise non pas dans le sens juridique mais comme absence de désir hétérosexuel. Dans ce dessein, le Procureur dénonce le caractère doublement homosexuel de l'acte. Tout d'abord, il ne cache pas sa réticence envers la jurisprudence de la Cour de cassation : « même si les demandeurs justifient par des actes d'état civil qu'ils sont de sexes différents […] même si la formule chromosomique de Mme Barré reste inchangée, […] il apparaît qu'en l'espèce, les intéressés entendent s'unir par le mariage en tant que femmes ». Il est évident qu'avant 1992, le procureur aurait pu s'opposer au mariage d'une manière plus aisée. En effet, avant que la France ne soit condamnée par la Cour de Strasbourg, Camille Barré n'aurait pas pu obtenir le changement de son état civil et aurait donc été considérée comme un homme. Ensuite, ce qui semble déranger le Procureur ce n'est pas tant que Camille soit une femme mais qu'elle désire des individus avec une apparence féminine. Or, le fait que M. Leon s'habille en femme et revendique un prénom féminin ne constitue nullement la preuve d'un défaut de sincérité de l'intention matrimoniale. De surcroit, ce qui est relevant en droit n'est pas la différence de genre mais uniquement la différence de sexes. Peu importe les identités revendiquées par les individus, seule devrait compter l'information inscrite à l'état civil. Toutefois, le TGI de Nanterre confirmera l'opposition à mariage même si la volonté de respecter le devoir conjugal et *l'affectio maritalis* semblaient incontestable. Ce qui est contesté par le tribunal n'est pas tant le fait que les requérants ne souhaitent pas se soumettre au devoir conjugal mais la manière dont ils entendent l'exécuter. Ainsi, s'abritant derrière la théorie de la simulation et sans que cela ne soit pas explicité[52], les juges entendent mettre en cause l'existence même du mariage. Pour ce faire, ils opèrent un glissement conceptuel : à la place de la différence de sexes, ils introduisent la différence de genre, entendue comme apparences opposées et désir hétérosexuel. Le tribunal va ainsi utiliser un artifice qui permet de s'opposer au mariage le qualifiant à la fois d'acte simulé et d'union homosexuelle. Selon les juges, les requérants ne veulent pas se marier, derrière ce geste se cacherait un acte militant ayant pour but la revendication du mariage homosexuel. Mais, nous savons combien il est difficile de prouver un mariage simulé, d'autant que les requérants n'entendaient pas se soustraire aux obligations conjugales. Rien n'empêche en effet à un couple de se marier pour faire avancer une cause militante, à condition que *l'affectio maritalis* ne fasse défaut, ce qui était le cas en question. C'est à ce moment que l'artifice des juges opère, car même si les requérants démontrent leur volonté commune et durable de vivre comme conjoints, leur union ne

50 TGI Paris, 13 déc. 1983, et Paris, 17 févr. 1984, D. 1984. 350, note M.-L. Rassat, RTD civ. 1985. 135, obs. J. Rubellin-Devichi.

51 CEDH, 11 juillet 2002, I. c. Royaume-Uni et Christine Goodwin c. Royaume-Uni, req. N° 289/57, Dalloz 2003, p. 1936 obs. J-J. Lemouland ; Dalloz 2003, p.525, obs. C. Birsan.

52 L'impossibilité d'attaquer frontalement la nature homosexuelle du mariage explique l'utilisation abusive de l'argument de la simulation afin de rendre l'union d'un homme et d'une femme sur le plan juridique impossible car elle ne prend pas l'apparence d'une union hétérosexuelle.

Livre Jurisprudence n°2.indb 271 08/08/2011 12:03:01

peut exister puisqu'elle ne prend pas la forme hétérosexuelle. Par cette décision, les juges estiment que M. Benito, tout en étant un homme aux yeux de loi, ne peut pas accomplir convenablement le devoir conjugal : il ne désire pas une femme en tant qu'homme mais en tant que femme[53]. Ce qui compte pour la bonne exécution du devoir conjugal, ce n'est plus le sexe mais le genre et la nature du désir sexuel des conjoints. Cette décision met clairement en évidence que la différence de sexes n'est pas uniquement une condition liée au genre des partenaires mais à la matrice hétérosexuelle de l'institution matrimoniale. Conscients de la difficulté à expliciter la différence de genres comme *conditio sine qua non* du mariage, les juges de la Cour d'appel de Versailles ont confirmé l'opposition à mariage en se fondant sur la théorie de la simulation sans renoncer pour autant à condamner le mariage homosexuel : « qu'en réalité les appelants entendent […] s'unir en tant que femmes et contrevenir pour mieux la combattre la prohibition actuelle du mariage entre personnes de même sexe » et « qu'une telle intention équivaut à un défaut de consentement… »[54]. Les parties ne s'étant pas pourvues en cassation, la décision de la Cour d'appel est devenue définitive.

En matière de filiation, la *conditio heterosexualis* est encore plus prégnante. Les couples de même sexe ne peuvent pas adopter tout comme les femmes célibataires et les femmes ménopausées (mariées ou pas) également exclus de l'assistance médicale à la procréation. La différence de sexes demeure une condition sine qua non du droit à la filiation charnelle ou adoptive.

Alors que jusqu'aux années 1990, l'ensemble des spécialistes du droit de la famille s'accordait sur la dimension éminemment sociale et culturelle de la filiation (modèle civiliste), dès la revendication homoparentale émerge sur la scène publique, une redéfinition naturaliste de la filiation commence à s'imposer dans la doctrine. Dès lors que le soubassement hétérosexuel de la filiation commence à se déstabiliser par la revendication homoparentale, les institutions se chargeront du rappel à l'ordre : En 1988 le Sénat rend public le rapport *Braibant*, dans lequel, pour la première fois, les sénateurs parlent « d'affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté ». En 1994 les lois de bioéthique définissent juridiquement le couple comme « l'union d'un homme et une femme ». De même, en 1995, le Conseil d'État fait référence au « référant paternel » dans le cas d'une adoption par un célibataire, alors même qu'un tel référant n'est pas exigé par la loi[55].

La revendication homosexuelle a ainsi permis de rendre explicite la matrice hétérosexuelle du droit de la filiation : certains parlent de l'ordre symbolique de la différence des sexes et les tribunaux commencent à imposer l'expertise biologique dans les procès en contestation de paternité. De même, la recherche des origines est revendiquée socialement et la différence des sexes devient une valeur en soi : la vérité biologique apparaît comme l'argument ultime non seulement pour s'opposer à la filiation homoparentale, et partant, pour créer une sorte de hiérarchie entre les filiations qui doivent désormais être basées sur les liens du sang mais également pour désigner les familles monoparentales ou recomposées comme responsables de la désintégration sociale, de la violence, voire de la criminalité en raison de la « dissolution » familiale, de la « désinstitutionnalisation » du mariage et de l'« absence des pères »[56].

Pour certains auteurs, la loi française est allée trop loin dans la négation de la vérité biologique (c'est-à-dire de la matrice hétérosexuelle). Pour y remédier, Agnès Fine propose la reconnaissance de la pluriparentalité qui, « n'est pas seulement liée à la place de plus en plus importante de familles recomposées dans notre société. Elle a été aussi

53 « Force est en l'occurrence d'observer que Monsieur Benito, Martin Leon quelles que soient les circonstances, revendique sa féminité, arbore l'apparence d'une femme, signe avec le prénom féminin de Monica qu'il s'est attribué », TGI Nanterre, 10/06/2005.

54 CA Versailles 1er Ch. 08/07/2005.

55 Borrillo, D. et Pitois, Th., "Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996" in Borrillo (Ed.) *Homosexualités et Droit*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1998.

56 La désignation des familles atypiques comme étant à l'origine de la délinquance permet de masquer les facteurs socio-économiques qui ruinent l'autorité des parents.

Livre Jurisprudence n°2.indb 272 08/08/2011 12:03:01

portée par la prise en compte croissante de la question identitaire qui s'est exprimée sous la forme revendicative d'un droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, pour les enfants adoptés ou ceux qui sont nés de procréation médicalement assistée »[57]. L'anthropologue regrette que « contrairement à l'Angleterre et l'Allemagne, la France reste à l'écart de modèle de la *open adoption* », c'est-à-dire sans rupture avec la filiation biologique…

Le Conseil d'État avait également jugé que le droit à l'adoption était réservé aux hétérosexuels, il a fallu une condamnation de la CEDH pour mettre fin à cette interprétation discriminatoire de la loi[58].

Ce n'est pas uniquement aux couples de même sexe que les conservateurs s'attaquent mais également à toute forme de filiation qui ne soit pas fondée sur la double référence masculine et féminine. La remise en question de la loi de 1966 autorisant l'adoption monoparentale, la critique de l'accouchement sous X, les demandes pour lever l'interdiction de l'anonymat en cas de don de sperme, ainsi que l'inscription de l'origine biologique dans les actes de naissance en cas d'adoption plénière, témoignent de la résistance contre un effacement de la référence à l'hétérosexualité. C'est à condition de préserver quelque part la prééminence procréative de l'hétérosexualité que l'homosexualité pourra par la suite demander de s'inscrire dans l'ordre de la parentalité (et non pas dans celui de la parenté)[59]. Autrement dit, les gays et les lesbiennes pourront jouir de tous les droits relatifs à l'autorité parentale mais les couples de même sexe demeureront exclus des droits de filiation.

La prééminence du biologique refait surface de manière sournoise, d'une part, en assurant la place de l'hétérosexualité au sein même de l'homoparentalité (ou de la pluriparentalité pour reprendre l'expression d'Agnès Fine) et, d'autre part, en fondant la norme non pas sur la volonté individuelle mais sur une prétendue immanence des origines, appelée par la nouvelle pensée conservatrice « ordre générationnel » ou « ordre symbolique »[60]. La difficulté à admettre une parenté exclusivement féminine ou exclusivement masculine, pourtant parfaitement en accord avec le modèle civiliste, a conduit à une remise en question dudit modèle en faveur d'une vision naturaliste de la filiation[61].

Conclusion

En se fondant sur une idée culturaliste, la tradition féministe non-essentialiste qui va de Simone de Beauvoir à Judith Butler, propose une critique radicale du système sexe-genre. La multiplication des genres proposée par J. Butler, à travers la notion de performativité, pourrait se traduire juridiquement par le silence de la *privacy* : chaque individu adopte le genre qu'il souhaite. En revanche, un sujet de droit sans genre (plutôt qu'avec plusieurs genres) deviendrait le principe gouvernant la nouvelle grammaire sexuelle. Il suffirait pour cela de mettre fin à la pratique d'inscription du sexe des individus dans l'acte de naissance. Cela permettra de régler à la fois les problèmes rencontrés par les intersexués et les transsexuels et de lever l'interdic-

57 Agnès Fine, « Qu'est-ce qu'un parent ? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales », *Spirale* n° 21.

58 CEDH, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008.

59 Les termes parenté et parentalité n'ont pas d'existence juridique. Ils renvoient à l'ethnologie et à la sociologie de la famille. Ce sont surtout les travaux de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss Malinowski, Margaret Mead ou encore Ruth Benedict qui nous ont familiarisés avec ces notions. La parenté désigne les règles de descendance s'appliquant à chaque individu, et plus généralement le lien qui unit l'enfant à un ou deux adultes (père et mère). La parentalité fait référence à l'éducation des enfants ainsi que les droits et les obligations qui en résultent (actions pédagogiques, domestiques, éducatives, de soin, droit d'hébergement, droit de visite, etc.). On cherchera donc en vain ces vocables dans les codes et les lois. Le terme parenté est connu en droit comme « filiation » tandis que l'équivalent juridique de la parentalité est celui de *patria potestas* appelé plus tard autorité parentale ou responsabilité parentale pour prendre une expression encore plus moderne.

60 D. Borrillo, « Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : un révélateur de notre capacité à assumer la modernité » in *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, PUF, Paris, 2006.

61 D. Borrillo, « La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation » E. Dorlin et E. Fassin (Dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Éditions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 p. 121-136.

Livre Jurisprudence n°2.indb 273 08/08/2011 12:03:01

tion du mariage et de l'adoption des couples de même sexe. En effet, une fois la référence au sexe disparue des actes de l'état civil, la dualité sexuelle cesserait d'être une condition sine qua non du *ius connubii*. Fondé exclusivement sur la dimension spirituelle (volonté), le mariage trouverait sa légitimité dans le consentement et non plus dans la différence des sexes, version moderne de la *copula carnalis* canonique. Après tout, le mariage demeure le contrat *intuitu personae* par excellence pour lequel le sexe du co-contractant n'est relevant que pour les parties. La modification du langage juridique des codes civils ayant ouvert le mariage aux couples de même sexe et reconnu la filiation homoparentale est révélatrice de cette mouvance du droit sans genre. Ainsi, ces lois ne font plus référence au « mari » et à la « femme » mais aux « conjoints » et ne désignent plus le « père » et la « mère » mais les « parents ».

Fondée sur la volonté, l'adoption est une institution plus apte que la vérité biologique à assurer la stabilité des liens familiaux. Contrairement à la filiation charnelle, la filiation choisie trouve son fondement dans la liberté non seulement d'accueillir les enfants des autres mais également d'abandonner ses propres enfants biologiques, ce qui est uniquement possible pour les femmes (accouchement sous X) mais devrait pouvoir s'élargir aussi aux hommes à travers une déclaration formelle de renoncement à la paternité.

La généralisation de la filiation adoptive (y compris pour ses propres enfants)[62] permettrait de mettre la volonté au cœur du dispositif parental. Désormais, celui-ci reposerait exclusivement sur la volonté du ou des géniteurs qui donnent l'enfant et celle de ou des adoptants qui l'accueillent. De surcroît, l'adoption est une institution conçue à partir du droit de l'enfant à avoir une famille, contrairement à la filiation biologique qui apparaît plutôt comme un dispositif du droit à l'enfant.

Un sujet de droit sans genre et un lien familial débarrassé de sa dimension biologique permettrait également de donner au droit sa dimension conventionnelle en l'affranchissant à la fois de la métaphysique de la différence des sexes et de la naturalisation de la parenté. Un ordre juridique démocratique ne peut pas continuer à fonctionner sur la base de la division binaire des genres et de l'injonction à l'hétérosexualité. Comme ce fut le cas pour la race, la loi doit cesser de prendre en considération le sexe d'un individu pour lui attacher des conséquences juridiques.

Deux modifications seraient en ce sens nécessaires :

- Faire disparaître la référence au sexe des personnes des actes de l'état civil
- Abandonner la référence au biologique, au profit de l'adoption, dans l'institution de la filiation.

62 Ce qu'impliquerait de concevoir une forme allégée d'adoption afin d'échapper aux contraintes administratives actuelles.

Livre Jurisprudence n°2.indb 274 08/08/2011 12:03:01

Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel Borrillo)

Marc PICHARD*

Les propositions avancées de manière très stimulante par M. Borrillo s'inscrivent dans la tradition d'une analyse critique du droit : elles invitent à mettre en questions des règles de droit posées comme évidentes, au premier rang desquelles l'assignation d'un sexe aux sujets de droit – du moins aux personnes physiques[1]. Pourquoi, alors que le nom de famille et le prénom individualisent et identifient le sujet de droit, fonctions premières de l'état des personnes[2], celui-ci individualise-t-il et identifie-t-il *aussi* avec le sexe ? De fait, le phénomène semble très général, et la distinction juridique des sexes universelle. Mais l'universalité du phénomène n'en constitue pas une explication et moins encore une justification. Or l'immense intérêt de la question posée par M. Borrillo est de conduire à se demander pourquoi l'on distingue de la sorte et si cette distinction est admissible, tout comme la revendication d'un mariage entre personnes du même sexe devrait conduire à enrichir la réflexion sur le sens de cette union en droit français – en l'état actuel uniquement reconnue lorsqu'elle concerne deux personnes de sexes différents[3] –, à la lumière de son éventuelle ouverture aux personnes de même sexe[4].

* Professeur à l'Université Lille Nord de France – UDSL, *Droits et Perspectives du droit* (EA 4487) – LERADP.

1 Sur la prise en considération du sexe sinon de la personne morale du moins de ses représentants permanents au sein des conseils d'administration ou de surveillance, v. la loi n° 2011-103 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* (*JO* 28 janvier 2011, p. 1680), en part. les art. 1 III et 2 IV.

2 Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, 8e éd., 2007, PUF, coll. « Quadrige », V° « État – des personnes » : « Ensemble des éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société (date et lieu de naissance, filiation, nom, domicile, situation matrimoniale, etc.) ». On notera que le sexe n'est pas mentionné parmi les éléments listés. Il est toutefois communément cité parmi eux. V. en part. Fr. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, coll. « Précis », 7e éd., 2005, n° 146 et s., p. 147 et s. Il s'agit là de l'expression d'un mouvement d'extension des composantes de l'état. En ce sens, v. G. Cornu, *Droit civil. Les personnes*, 13e éd., Montchrestien, coll. « Domat », 2007, n° 37, p. 84, qui souligne que, traditionnellement, l'état « ne comprenait que la nationalité et la parenté » mais que « la doctrine moderne tend à retenir de l'état une vue ouverte plus diversifiée. L'âge, le sexe, la profession et même la religion sont également reconnus, avec plus ou moins d'effets, comme éléments de l'état ».

3 Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 05-16627, Bull. civ. I n° 113, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. Capitant, Fr. Terré et Y. Lequette, 12e éd., Dalloz, 2007, t. 1, n° 32, p. 236 s., et les réf. citées.

4 Que la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas vouloir imposer aux États membres du Conseil de l'Europe : v. CEDH, 1re

Livre Jurisprudence n°2.indb 275 08/08/2011 12:03:02

On pourrait – on devra – discuter de la pertinence de l'assignation d'un sexe aux individus comme on pourrait – on devra – discuter sa présentation comme un instrument de domination masculine (ou hétérosexuelle). Mais plutôt que de présenter un point de vue, qui ne serait jamais qu'individuel[5], il semble plus utile à la réflexion collective d'insister sur les questions de méthode inhérentes au sujet, qu'il s'agisse de la méthode des auteurs d'un discours sur le droit ou de la méthode des producteurs de règles de droit.

Méthode des auteurs d'un discours sur le droit

Qu'est-ce que ce droit qui assignerait un sexe ? La tentation est grande d'évoquer *le droit* et son influence sur « la logique binaire des genres ». Or, s'il est certainement légitime de solliciter des décisions emblématiques – comme la décision de la cour d'appel de Versailles du 8 juillet 2005[6] –, il convient toutefois de se garder de concevoir le droit de manière monolithique. Distinguer parmi les sources s'impose.

D'abord, il convient de distinguer entre la loi et les décisions de justice. On ne peut que souligner – chacun en convient – l'immense travail de « désexuation » de la loi civile accompli depuis les années 1960. Deux lois méritent certainement tout particulièrement l'attention : la loi de 1970 sur l'autorité parentale[7] et celle de 1985 relative aux régimes matrimoniaux[8]. La loi civile française ne connaît plus guère les maris et les femmes, les pères et les mères.

Certes, toutes les références au sexe du sujet de droit n'ont pas disparu. La conclusion du mariage et la filiation, qu'il s'agisse de la filiation dite « charnelle », des procréations médicalement assistées ou de l'adoption, sont les domaines de prédilection de la persistance de la distinction des sexes. Et la neutralité des termes peut n'être que d'apparence : derrière le recours au terme *époux* se cache parfois l'exigence de différence des sexes pour voir un couple accéder à certaines institutions[9].

Certes, en dehors du Code civil, et en particulier en matière sociale, la loi demeure parfois soucieuse du sexe du sujet : aux mères, le congé de maternité ; aux pères, le congé de paternité[10].

Il n'en reste pas moins que, dans la loi civile française, la place du sexe, si elle n'est peut-être pas marginale, est secondaire (ce qui n'exclut pas qu'on puisse la juger excessive). On a d'ailleurs pu écrire que « c'est dans le sens d'une abstraction croissante que s'oriente le droit contem-

sect., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche* ; *JCP* 2010.768, p. 1412, obs. C. Picheral ; *JCP* 2010.859, n° 30, p. 1591, obs. F. Sudre ; *JCP* 2010.1013, p. 1899, note H. Fulchiron ; *JCP* 2011.29, n° 1, p. 60, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. famille,* oct. 2010, comm. 143, obs. E. Lagarde ; *RTD civ.* 2010.738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2010.765, obs. J. Hauser.

5 Rappr. M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992.489, p. 525 : « Lorsque l'on n'est ni législateur ni juge, il n'y a à être ni pour ni contre la maternité de substitution ou plutôt le pour ou le contre n'est plus qu'affaire personnelle et donc sans importance ».

6 Versailles, 8 juillet 2005, *D.* 2006.772, note V. Bonnet ; *AJ famille* 2005.322, obs. Ph. Guez ; *RTD civ.* 2006.93, obs. J. Hauser ; D. 2006.1416, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

7 Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale* (*JO* 5 juin, p. 5227) : « Loi d'actualité, la loi du 4 juin 1970 l'est d'abord, et avant tout, parce que c'est la première qui consacre l'égalité totale des époux » (M. Gobert, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP* 1971 I 2421, n° 7).

8 Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 *relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs*, *JO* 26 décembre, p. 15111 : l'intitulé est on ne peut plus explicite, et correspond au contenu.

9 Lorsque, à l'article 343 du Code civil, on lit que « l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans », la neutralité apparente de la formulation ne doit pas faire illusion. Certes, le texte n'aurait pas à être modifié si le mariage était désormais possible entre personnes de même sexe. Toutefois, en l'état, s'exprime l'idée selon laquelle un enfant ne peut être adopté conjointement que par un couple composé de deux personnes de sexes différents.

10 Et la Cour de cassation a posé très clairement que le congé de paternité ne pouvait concerner qu'un père – c'est-à-dire un homme : Cass. 2e civ., 11 mars 2010, n° 09-65 853 ; *D.* 2010.1394, note A. Mirkovic ; *AJ famille* 2010.184, obs. Fr. Chénedé ; *JCP* 2010.607, p. 1136, note Y. Favier ; *Dr. famille*, mai 2010, comm. 92, obs. A. Devers.

Livre Jurisprudence n°2.indb 276 08/08/2011 12:03:02

porain de la famille, abstraction qui porte en germe la possibilité d'une indifférenciation complète des rôles *qui pourrait par exemple conduire à ce que la mention du sexe à l'état civil devienne superflue* [nous soulignons] »[11] : l'évolution préconisée par M. Borrillo serait en marche. Il n'est toutefois pas certain que la même impression prévale si l'on quitte les textes, et en particulier le Code civil, pour s'intéresser aux décisions de justice.

Que l'on envisage les décisions de justice dans leur œuvre de création, d'interprétation ou d'application d'une règle de droit, le cas échéant en elle-même neutre, la tendance à l'indifférence au sexe semble beaucoup moins flagrante qu'en matière législative. À cet égard, les décisions rendues par la Cour de cassation en assemblée plénière le 11 décembre 1992, à bien des égards « libérales », posent question. On y lit : « 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 »[12]. Moins que l'exigence d'une conversion sexuelle, c'est bien plutôt celle d'un « comportement social » de l'autre sexe qui peut étonner. Ce faisant, la Cour de cassation pose que les hommes ne se comportent pas socialement comme les femmes, ne sont pas censés se comporter comme des femmes. Indiscutablement, elle œuvre alors à la distinction des hommes et des femmes – ce qui ne semble pas choquer M. Borrillo qui suggère que « le changement de sexe légal puisse se faire par simple requête auprès du juge, accompagnée de deux témoins attestant de la réalité et du vécu de la personne dans son sexe revendiqué », cette preuve impliquant que la distinction des hommes et des femmes soit pertinente, et – surtout – s'exprime dans des « vécus » différents.

L'attachement ainsi exprimé par la Cour de cassation dans sa formation la plus prestigieuse à la différence des sexes peut certes alors être présentée comme un attachement *du droit français* à la « sexuation » du sujet de droit. Mais toutes les décisions de justice n'ont pas une telle portée. En particulier, une décision des juges du fond – et quand bien même elle serait rendue au nom du peuple français – ne fait pas le droit français. Et ajouter une décision du fond à une autre ne suffit pas nécessairement à faire émerger l'état de ce droit. Aussi bien importe-t-il de hiérarchiser – même si le *contentieux* ne doit pas être négligé[13]. D'un arrêt de la cour d'appel de Nîmes et d'un jugement du tribunal de Caen, très critiqués par la doctrine[14], on ne saurait tirer

11 C. Duvert, « L'homme et la femme dans le Code civil ou La dialectique du donné et du construit », *in Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil,* dir. P. Bloch, C. Duvert, N. Sauphanor-Brouillaud, Economica, coll. « Études juridiques », 2006, p. 25 et s., p. 35. *Adde* M.-A. Frison-Roche et R. Sève, « L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes », *L'année sociologique*, 2003, 53, n° 1, p. 55 et s., n° 36, p. 71-72 : « La seconde abstraction à laquelle pourrait aboutir le législateur serait la suppression du sexe sur l'état civil […]. On peut aujourd'hui s'interroger même sur la pertinence du renseignement pour situer l'état d'une personne » ; et la conclusion, n° 70, p. 84.

12 Cass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11900 et 91-12373, *Bull plén.* n° 13, *in* H. Capitant, Fr. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 26, p. 186 et s., et les réf. citées.

13 Sur la distinction de la jurisprudence et du contentieux, v. M.-Cl. Rondeau-Rivier, « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », *RTD civ.* 1993.89, p. 89-90.

14 V. sous l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 7 juin 2000, les commentaires de MM. Massip (*Petites Affiches,* 12 avril 2001, p. 20, spéc. p. 21 : « Cette motivation […] ne fait pas bon ménage avec la logique »), Hauser (*RTD civ.* 2001.335, p. 336 : « L'affirmation sur l'indifférence de l'imputabilité des faits semble bien nettement contraire à l'article 242 » du Code civil) et Lécuyer (*Dr. famille,* janv. 2001, comm. 4 : « Le raisonnement entrepris n'est sans doute pas à l'abri de toute critique. Notamment, en désignant le transsexuel responsable de la séparation quand bien même sa volonté n'y serait pour rien, l'arrêt néglige la condition d'imputabilité des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage »). *Adde* sous le jugement du TGI de Caen du 28 mai 2001, L. Mauger-Vielpeau, *D.* 2002.124, spéc. p. 126 : « Quoi qu'il en soit, le divorce pour faute ne semble pas constituer la cause de dissolution du mariage adaptée à la situation du transsexualisme. Il est en effet inconcevable d'imputer une faute au transsexuel, autrement dit de qualifier sa faute de volontaire ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 277 08/08/2011 12:03:02

une solution générale concernant le droit français[15]. Et, dans les matières donnant lieu à un contentieux abondant, de masse, serait-il préférable, pour évaluer exactement la part de l'éventuelle participation du droit français à la « domination masculine », de procéder à une – fastidieuse autant que nécessaire – étude quantitative.

Et même, celle-ci devra être menée en ayant égard au fait qu'une décision de justice n'est jamais qu'une décision de justice au sens où elle est en principe limitée par les demandes des parties. Certainement les juges du fond ont-ils effectivement tendance à fixer la résidence habituelle des enfants en bas âge chez leur mère[16] ; mais, si une telle pratique était avérée, elle ne pourrait être lue en termes de choix des juges de confiner les mères à la petite enfance, guidés qu'ils seraient par une « conception essentialiste », que sous réserve, en particulier, que les hommes réclament effectivement de s'occuper des enfants en bas âge. En d'autres termes, apprécier la décision exige de connaître les prétentions des parties. Si les pères abandonnent leur rôle de pères, tandis que les mères réclament d'obtenir la résidence habituelle des enfants, on ne saurait déduire des jugements et arrêts la volonté des juges d'assigner aux hommes et aux femmes un certain rôle[17] – d'autant que les décisions en cause pourraient bien être, dans nombre de cas, de simples homologations de l'accord des parents que le droit positif a entendu favoriser le plus possible[18]. C'est alors au législateur qu'un reproche pourrait être adressé : n'avoir pas adopté une règle non susceptible de dérogation qui imposerait une résidence alternée en toute hypothèse.

Mais, à nouveau, l'articulation des sources devra être prise en considération avant de formuler ce grief : l'avènement d'une telle règle pourrait lui-même être fragilisé par les engagements internationaux de la France, au premier rang desquels la Convention internationale des droits de l'enfant, qui impose que l'intérêt supérieur de l'enfant soit, en la matière, la considération primordiale[19], ce qui invite le législateur à laisser au juge une certaine marge d'appré-

15 Au demeurant, s'il fallait s'intéresser aux décisions des juges du fond, un arrêt de la cour d'appel de Caen du 12 juin 2003 devrait être cité. Le ministère public s'était opposé à une requête en modification du sexe d'un transsexuel qui s'était marié peu de temps avant d'introduire cette demande. La cour, dans un arrêt infirmatif non publié, admet le changement de sexe de la personne en question, nonobstant son état de personne tout récemment mariée : « Contrairement au premier juge, la Cour considère enfin que l'ordre public, qui tend à faire prévaloir le respect des droits individuels sur la défense des institutions et qui accepte que le transsexualisme puisse justifier la rectification de l'état civil, n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne, à un moment donné, d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme » (Décision non publiée citée par L. Mauger-Vielpeau, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. famille,* sept. 2005, ét. 18, n° 31, p. 13-14).

16 Pour une illustration, dans un contexte très particulier, v. Lyon, 28 juin 2010, *AJ famille* 2010.490, obs. C. Siffrein-Blanc : un homme et une femme, chacun engagé dans une relation de couple avec une personne de son sexe, conçoivent un enfant ayant vocation à être élevé au sein des deux couples de personnes de même sexe. Alors que l'enfant est âgé de quatre mois, le juge aux affaires familiales saisi se prononce pour une résidence alternée. Appel est interjeté par la mère. La décision est réformée : « il apparaît […] justifié de mettre fin à la résidence alternée qui n'est pas adaptée au très jeune âge de l'enfant et qui a provoqué chez l'enfant des symptômes de mal-être à prendre suffisamment au sérieux […]. Il convient donc de fixer la résidence principale de l'enfant chez sa mère, et d'organiser des séjours courts et fréquents chez son père ». Mais le fait même que la première décision ait été réformée établit qu'il n'existe pas de position univoque des juges du fond à ce propos.

17 V. *infra*, 2e partie, la question du rôle du droit dans l'assignation d'un sexe.

18 Même le droit belge, issu de la loi du 18 juillet 2006, souvent présenté comme tendant à imposer l'égal traitement des parents, est beaucoup plus nuancé. Le principe d'hébergement égalitaire ne trouve en effet à s'appliquer qu'à défaut d'accord des parents en sens contraire. En outre, les auteurs se divisent sur la possibilité de prendre en considération le jeune âge de l'enfant pour déroger au principe de résidence alternée. Sur ces questions, v. Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, 2e éd., Larcier, 2010, n° 759 et s., p. 698 et s. Comp. J.-L. Renchon, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant », *L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant*, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, p. 29 et s., spéc. n° 11, p. 30-31.

19 V. l'art. 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 278 08/08/2011 12:03:02

ciation[20] … Mais c'est déjà là s'intéresser à la méthode des producteurs de règles de droit.

Méthode des producteurs de règles de droit

Quel est le rôle du droit dans l'assignation (ou la non-assignation) d'un sexe ? L'hypothèse de travail de M. Borrillo est que le droit « participe très activement à l'arrangement des sexes au niveau de l'individu par rapport à lui-même ainsi que dans ses relations familiales et sociales » ; « la sexuation du sujet par le droit continue à être un acte de production d'inégalités masquées par le caractère naturel de l'assignation des genres ». Aussi bien pourrait-on lire sa proposition de « faire disparaître le sexe des personnes des actes de l'état civil » comme un retrait du droit. Or, parce que le rôle du droit peut au contraire sembler plutôt passif, l'abandon de la « sexuation » des individus pourrait s'analyser comme tout autre chose qu'un retrait. En somme, de l'analyse du rôle du droit dans l'assignation d'un sexe dépend celle du sens de l'intervention d'un producteur de normes dans ce contexte.

Lorsque l'on considère l'être humain comme sujet de droit, on ne peut que constater que le droit lui assigne un sexe. La part du droit dans cette assignation existe. Simplement, et dans un monde (idéal ?) qui ne connaîtrait pas le droit, le sexe de l'être humain disparaîtrait-il ? Sans le droit, ne seraient-ils pas – même s'ils ne le seraient peut-être pas tout autant – homme ou femme ? En somme, le droit a-t-il un rôle actif ou un rôle passif en la matière ? À l'évidence, il se conçoit ou se présente comme passif : loin de constituer, il déclarerait – et s'en remet à d'autres, en l'occurrence aux médecins, pour identifier le sexe de l'enfant. Et, même si l'on veut bien admettre que « la fonction du droit n'est […] jamais purement recognitive, mais toujours aussi constitutive »[21], il n'y a certainement pas là que posture. L'hypothèse que le droit soit, en la matière, principalement le reflet de la société, elle-même demeurée attachée à la distinction entre les sexes, n'est pas d'école… Les réactions que suscite, en Belgique comme aux États-Unis, l'apparition de documents officiels plus neutres à l'égard du sexe semblent le confirmer : bien des hommes, bien des femmes, préféraient, semble-t-il, être père ou mère, plutôt que « parent 1 » ou « parent 2 »…[22] D'ailleurs, M. Borrillo avance que « l'identité sexuelle demeure la plus forte des identifications dans les sociétés occidentales ». C'est dire qu'exiger du droit une totale neutralité en matière sexuelle pourrait s'analyser comme l'abandon d'un rôle (probablement réel mais) passif à l'égard des pratiques de la société au profit d'un rôle (à l'efficacité incertaine mais) actif. En d'autres termes, il serait demandé au droit moins de cesser d'assigner que d'œuvrer à désinscrire.

Or les évolutions majeures du droit des personnes et de la famille – et positives, pour qui est attaché à l'égalité des sexes – se sont principalement faites au nom de la nécessaire adéquation du droit aux mœurs et/ou du désengagement du droit en ces matières[23]. La proposition de M. Borrillo

20 De même, il n'est pas certain que la « déclaration formelle de renoncement à la paternité » envisagée par M. Borrillo soit compatible avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant – si du moins cette déclaration devait être un obstacle insurmontable à l'accès aux origines. V. toutefois, pour une proposition assez proche, J. Hauser, obs. sous TGI Angers, 26 avril 2010, *RTD civ.* 2010.540, p. 541.

21 D. Lochak, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, P. Noreau et L. Rolland (dir.), Les Éditions Thémis, 2008, p. 659 et s., p. 661.

22 V., en ce sens, l'intervention de Jean-Louis Renchon au séminaire franco-belge organisé à Lyon le 19 novembre 2010, *in* H. Fulchiron, P. Murat et J.-L. Renchon (dir.), *Filiation, origine, parenté, parentalité,* Larcier, à paraître. *Adde* le blog *Great America* : http://washington.blogs.liberation.fr/great_america/2011/01/m%C3%A8re-et-p%C3%A8re-perdent-leur-sexe.html. On y apprend que les nouveaux formulaires du Département d'État américain pour les demandes de passeport ont été modifiés à la demande des organisations de défense des droits des homosexuels. Il n'y est plus question de mère et de père mais de « Mère ou parent 1 » et de « Père ou parent 2 ». On conçoit que les pères « traditionnels » n'apprécient semble-t-il pas tous d'être assimilés à un « parent 2 » …

23 Pour un exposé de la doctrine du désengagement, v. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2e éd., Defrénois, 1995, p. 119. Sur son actualité, v. M. Pichard, « Droit et morale en droit extrapatrimonial », *Droit*

Livre Jurisprudence n°2.indb 279 08/08/2011 12:03:02

implique de rompre avec cette méthode législative – rupture qui devrait connaître des répercussions tant en termes de technique juridique que de discours de légitimation de l'action politique.

Un droit qui impose moins favorise les accords de volontés. Or, si le droit n'a pas nécessairement à se construire en phase avec la société mais le cas échéant contre elle, il doit, pour être efficace, ne pas permettre aux parties de déroger à la solution nouvelle, sans quoi le risque serait important de voir la société (ses préjugés) reprendre la main[24]. La technique des producteurs de normes ne peut plus être la même.

Et le réformateur qui disqualifierait, au moins en partie, l'argument de l'adéquation du droit à la société, réhabiliterait, ce faisant, par ricochet, les autres arguments issus d'un impératif supérieur – au premier rang desquels ceux issus d'une morale dite traditionnelle. En posant que des valeurs imposeraient un décalage entre le droit et les pratiques ou convictions majoritaires, il œuvrerait à une *re*-moralisation du droit (ou à sa *re*-politisation). Il s'engagerait donc dans un débat sur des valeurs que, dans une certaine mesure, la « législation sociologique » avait entendu placer au second plan[25]. Le discours de légitimation des producteurs de normes ne peut plus être le même.

Bien sûr, une distinction majeure doit être relevée : à la différence de la morale traditionnelle, l'égalité est en elle-même une norme juridique, de sorte que tout discours égalitaire est susceptible de se prévaloir du soutien d'un principe juridique[26]. En s'y conformant, le producteur de norme ne ferait que réaliser un programme politique devenu exigence juridique. Il n'en demeure pas moins que le contenu dudit principe est particulièrement sujet à discussions. Surtout, la montée en puissance de l'égalité, d'abord comme fondement politique du système juridique, ensuite comme norme juridique – au demeurant à valeur supralégislative –, place les producteurs de normes dans une situation inconfortable. Le droit, en particulier lorsqu'il est conçu comme un système, est fondamentalement appelé à produire des catégories, et donc à distinguer c'est-à-dire à différencier. Il voit sa technique confrontée à son projet politique, ou du moins une partie de son projet politique : produire de l'égalité – c'est-à-dire travailler à la disparition de distinctions. Même si on peut soutenir qu'il ne s'agit pas d'une aporie, il y a là une tension – qui explique que les expressions d'avant-garde de l'argument d'égalité ne puissent pas toujours séduire les producteurs de règles de droit[27].

et Morale. Aspects contemporains, D. Bureau, Fr. Drummond et D. Fenouillet (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 137 et s.

24 La loi n° 2002-304 du 4 mars de 2002 *relative au nom de famille* (*JO* 5 mars 2002, p. 4159) avait été conçue dans une certaine indifférence aux faits – voire contre les faits... Mais le texte final ne permet pas d'imposer à la société une égalité dont elle ne voudrait peut-être pas : le choix du nom est abandonné, dans les hypothèses les plus courantes, à l'accord entre les parents ; à défaut d'accord, la primauté du patronyme a encore vocation à s'exprimer (v. l'art. 311-21, al. 1er, *in fine*, C. civ.).

25 La prise en considération des faits et de l'évolution des mentalités a, de l'aveu même de Carbonnier, été au cœur de sa méthode de préparation des réformes législatives. V. par exemple, J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, coll. « Forum », 1996, p. 197 : « les avant-projets traduisaient-ils les convictions personnelles du rédacteur, ou s'était-il mis mentalement en congé de citoyenneté, non pas de nationalité, pour préserver davantage son extériorité aux courants politiques ? De fait, il lui est arrivé de confier, sous un double, que son rôle s'était borné à transcrire dans des textes, le plus exactement possible, ce qui lui paraissait correspondre aux besoins et aux vœux de la nation (les vœux sont mieux que les désirs) ».

26 Dont les expressions sont au demeurant fort nombreuses : v. en ce sens l'inventaire un peu répétitif dressé – sans succès – par le pourvoi dans l'arrêt Cass. 2e civ., 11 mars 2010, préc.

27 Rappr. M. Gobert, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », préc., n° 6 : « Il est vrai que ce qu'il est convenu d'appeler le droit supporte mal d'être d'avant-garde car, contrairement à l'art, l'adhésion du plus grand nombre lui est indispensable. Déjà, lorsqu'il n'est que d'actualité, il heurte encore ceux qui pensent qu'il doit être essentiellement inspiré de principes supérieurs immuables – il reste toujours à définir lesquels – sans que l'on ait à se préoccuper de la réalité sociologique, et aussi ceux qui, plus sereinement, refusent de voir la société évoluer ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 280 08/08/2011 12:03:02

Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel

En discussion de la conférence de D. Borrillo « Le sexe du sujet de droit »

Nathalie RUBEL*

J'ai beaucoup apprécié la conférence de Daniel Borrillo qui vient de nous servir une véritable histoire du droit civil en matière sexuelle, sur les trente dernières années. Il a su nous rappeler les faits juridiques, jusqu'aux plus récents comme cette première mention « *not-specified gender* » dans un acte de naissance australien de mars 2010, mais il a su aussi leur donner un sens et une portée, et non seulement historique mais politique.

Daniel Borrillo veut mettre en lumière une logique souvent inaperçue à l'œuvre dans le droit sexuel contemporain. En effet, on pourrait croire que le droit sexuel suit une pente libérale, ouvrant vers toujours plus de tolérance à l'égard de ceux qu'on peut appeler les altersexuels – intersexuels, transsexuels, homosexuels, queer *et al*.- avec la dépénalisation de l'homosexualité en 1982 et dix ans plus tard l'autorisation du premier changement de sexe civil pour citer deux exemples majeurs en droit français. Et c'est vrai. Mais il est vrai aussi que, ce faisant, l'institution est amenée à expliciter la norme sur laquelle elle se fonde. Elle y est contrainte d'abord, parce qu'elle est sollicitée, mais elle s'y autorise, aussi, pour rappeler à l'ordre sexuel une société qui prend peut-être trop de libertés. Elle joue un rôle normatif indéniable. En ce sens je partage complètement l'analyse critique qu'en fait Daniel Borrillo. Je dirais en d'autres termes que la *nomos agraphos*, la norme qui allait sans dire, a glissé ces dernières années vers une *anomos graphos*, une désignation explicite de l'anomalie, des comportements anomiques dont « on » ne veut pas. Car par la voix des juges et des procureurs, souvent plus audible que celle du Législateur, c'est un point important à souligner la « matrice hétérosexuelle » du mariage et de la filiation surplombe ce qui devrait être démocratiquement discuté. Cela a une conséquence discriminatoire : les homosexuels sont privés d'un certain nombre de droits quant au mariage et à la filiation. Quand l'institution prescrit, elle interdit. On peut dire qu'il y a encore une forme d'homophobie d'État.

Ce que montre en particulier Daniel Borrillo, et c'est justement l'objet sur lequel je me suis penchée dans ma thèse de philosophie, c'est que de plus en plus, l'institution

* Professeur de philosophie en lycée, rattachée au laboratoire STL UMR 8163 de Lille 3.

Livre Jurisprudence n°2.indb 281 08/08/2011 12:03:02

assume un modèle naturaliste et le présente comme une évidence. Contre toute la tradition humaniste, à nouveau la nature fait droit. Ou, pour parler plus exactement, le droit se réclame de la nature comme d'un fondement. Tout le monde affirme depuis toujours que femmes et hommes c'est évidemment et naturellement différent avec notamment cet argument censé être imparable : « Les femmes, ça fait les enfants ». Mais le grand paradoxe, c'est qu'on martèle cette idéologie de la différence biologique des sexes et de la dualité sexuelle, alors qu'elle devrait exploser sous le coup d'usages de soi en tous genres, tant en matière d'image sociale que chacun donne de soi, les apparences et les postures, que de sexualité ou surtout de rôle. Et prenons au mot : qu'est-ce que « faire les enfants » ? Accoucher, éventuellement allaiter, engage-t-il tout un destin ? Heureusement que certains hommes font les enfants, et non simplement comme donneur biologique, mais surtout par leur engagement dans leur « élevage », leur éducation et leur joie de vivre. Et il y a tant de personnes désignées comme « femmes » qui ne peuvent pas ou ne veulent pas « faire des enfants ».

Certaines et certains en adoptent parfois. Et je dis en passant que je partage complètement la proposition de généralisation de la filiation adoptive lancée en conclusion par Daniel Borrillo. Car précisément, elle permettrait aussi de sortir de la logique maternaliste de la reproduction humaine. Pères et mères seraient enfin parents, à égalité de représentation. Contrairement à toute une tendance du féminisme, je ne pense pas que les femmes gagnent à leur maternalisation, et je pense au contraire que les femmes ont tout intérêt à partager cette puissance et cette autorité qui consiste à « faire les enfants ». Car quand on fonde la filiation sur l'adoption, on ne produit plus des mères, vouées au soin et au ménage, en opposition complémentaire aux pères, mais des *parents* qui devront négocier les partages, et pas nécessairement deux parents, et pas nécessairement deux de sexes dits complémentaires, mais 1, 2, 3, 4, 5… Du moins, on devrait pouvoir y réfléchir et en discuter.

Or je pense que la naturalisation s'accompagne d'une sacralisation. Nous sommes ici face à une projection religieuse de la nature, une forme de « religion des deux sexes ». C'est la première idée que je voudrais un peu approfondir maintenant : la question de la laïcisation du droit sexuel et tout particulièrement de l'état civil. La seconde idée que je développerai portera sur l'avenir du mariage.

1. La laïcisation de l'état civil

Comme le rappelait Daniel Borrillo, « dès leur naissance, les enfants sont inscrits dans l'une ou l'autre des classes sexuelles » et il référait à l'article 57 du Code civil avec les mentions à l'acte de naissance et aussi à l'article 288 de l'*Instruction générale relative à l'état civil* qui précise que « lorsque le sexe du nouveau né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication de 'sexe indéterminé' ». L'État veut n'avoir affaire qu'à des femmes et des hommes, exclusivement. Mais en effet, de quel droit l'État sexue-t-il les personnes ? Car on ne peut que constater que le sexe est un élément déterminant de l'état des personnes ; il est ce par quoi l'État nous identifie, et parfois en premier lieu avant même le nom, comme on le voit avec le numéro d'INSEE ou sur les formulaires de renouvellement de carte d'identité. Il est un facteur d'organisation social majeur tant horizontal, avec le mariage, que vertical, avec la filiation mère/père. De surcroît, dans notre culture, et dans notre langue tout particulièrement, la neutralité sexuelle est comme interdite : quand l'enfant naît, c'est « il » ou c'est « elle », et 96 % des prénoms sont sexués. Il restera à faire habiter le monde en conséquence : partition des espaces, des tenues, des activités et des objets, en commençant par les jouets, dans une socialisation mimétique.

On peut répondre que l'État sexue en vertu d'un droit naturel au sens prémoderne puisque comme l'a rappelé Daniel Borrillo, on s'en tient à une reconnaissance du sexe par un examen *de visu* des organes génitaux externes par le médecin et en tout état de cause, dans les cas indécis d'intersexuation, par une enquête plus approfondie menée par une commission composée de spécialistes en biologie médicale (pédiatre, endocrinologue, chirurgien, généticien…). L'État délègue le premier acte de civilité au corps

Livre Jurisprudence n°2.indb 282 08/08/2011 12:03:02

médical et peut-être bientôt à des laboratoires privés d'analyse biologique. L'identité civile risque à terme de se limiter à l'identification biométrique. Le physique de la personne tient lieu de personne physique, peut-être tout particulièrement à une époque où l'État semble surtout soucieux de contrôler des corps (à la frontière, au travail…) plutôt que de former des hommes et des citoyens. J'y reviendrai.

Gail Rubin ou Judith Butler, peut-être en lointains successeurs de Kant et de la phénoménologie, ont démontré que le sexe était toujours déjà du genre (et peut-être n'y a-t-il pas de genre sans accroche physique, ce qui irait contre l'artificialisme des queers les plus radicaux). On peut alors se demander de quel genre est la nature du sexe. L'homme n'a pas affaire à la Nature, jamais. Il a affaire à des phénomènes dans une perception toujours relative et à laquelle il donne un sens. L'homme vit dans un monde, dans son monde. La question est donc de savoir quel sens cela a pour une société que certains appelleront postmoderne d'identifier les individus par un sexe dit naturel par l'institution.

Mon hypothèse est que l'on continue de croire en la Nature comme en un puissant principe d'ordonnancement. Cette partition sexuelle de l'humanité être soit femme / soit homme doit s'entendre comme une injonction pratique : « sois femme ! » / « sois homme ! », c'est-à-dire qu'elle sonne comme un dictat et un rappel à l'ordre. Cet usage de la différence, loin d'ouvrir des perspectives de diversité, nous enferme abusivement dans un clivage de genre, et finalement dans un système d'alliance intersexuelle qu'on peut appeler hétérosexiste. Il faut être hétérosexuel pour reformer le couple fondateur de l'humanité, le face à face originel d'Adam et Ève. Chacun sait alors ce qu'il a à faire pour reproduire le capital de la nation : avant tout reproduire, pour elle, ou produire, pour lui.

L'expression de « religion des deux sexes » n'est donc pas à entendre ici seulement dans le sens métaphorique d'une croyance un peu naïve qui méconnaîtrait la variété naturelle des sexes (car chacun d'entre nous a un sexe, le sien, même les intersexe). Mais une religion tisse le lien social autour d'obligations ritualisées et de vénération du sacré, et l'on peut considérer le mariage hétérosexuel, et ses succédanés culturels comme la Saint-Valentin ou Noël, comme ce qu'il y a de plus sacré pour l'État, et en effet le genre comme le principal opium des peuples, pour reprendre la formule de Goffman. Le mariage n'était-il pas selon l'expression de Saint-Jérôme reprise par Portalis « le plus saint des contrats » ? C'est qu'au fond, même si dès la Révolution Française, juristes et hommes politiques ont pris en charge la laïcisation du droit concernant les rapports sociaux de sexe, et en particulier la modernisation et la laïcisation de l'état civil – et il faut citer au premier plan les projets de Code civil proposés par Cambacérès à partir de 1792 -, le droit civil n'a pas fait sa révolution. Au regard de leur tradition hiérarchique, les familles ont été maintenues dans l'Ancien régime et sont restées soumises à l'autorité religieuse. L'ordre familial était au fond régi par une Loi supérieure : la loi de la Nature créée par Dieu. Il faudra attendre la Troisième République et la loi Naquet de 1884 pour libéraliser le divorce et donc commencer à désacraliser le lien du mariage. Le divorce est la première loi vraiment laïque (et vraiment égalitaire) en matière civile. Le mariage, même acté par l'officier d'état civil, pouvait encore souffrir la comparaison avec le sacrement canonique mais le divorce confirme la volonté humaine : et notamment l'historicité et le caractère révisable des liens humains. Si l'on concède la relativisation du mariage et de la famille, pourquoi dès lors, en absolutiser le principe d'ordonnancement : le sexe ?

Par conséquent, je pense comme Daniel Borrillo qu'il faut aller vers l'abolition de la mention sexuelle à l'état civil et je suggère que le principe de laïcité dont se réclame constitutionnellement l'État français est opératoire pour aller dans ce sens. L'état civil, et notamment le sexe d'État, est discutable, dans tous les sens du terme et l'on peut inviter le Législateur à laisser le sexe et ses usages aux choix relevant de la vie privée. On pourrait dire, en accentuant le paradoxe, que le sexe est une affaire de liberté de conscience. Cela éviterait à l'État de produire toutes sortes de crimes et délits qui ne disent pas leur nom : les muti-

Livre Jurisprudence n°2.indb 283 08/08/2011 12:03:02

lations sexuelles et les discriminations civiles que l'État, expert en bon genre, prescrit.

2. Réflexions sur l'avenir du mariage

La Conférence de Daniel Borrillo se conclut également par la proposition d'ouvrir le droit au mariage en l'« asexuant ». Je partage tout à fait la critique de la discrimination civile qui consiste à interdire à une personne d'en épouser une autre du fait de son sexe. Comme l'avait dit lumineusement résumé Éric Fassin dans un article intitulé « Trouble dans le mariage » paru dans le journal *Libération* du 15 juin 2005, « La justice s'appuie tantôt sur la loi pour préserver la norme, comme à Bègles, tantôt sur la norme, fût-ce contre la loi, comme à Rueil. Elle invoque parfois le sexe et parfois le genre, sans autre logique que le conservatisme ». Je pense également que le mariage interdit de Rueil-Malmaison de Camille Barré et Monica-Benito Leon sur lequel Daniel Borrillo revient d'une façon précise et très stimulante, est paradigmatique de la légèreté avec laquelle le pouvoir produit des citoyens de seconde zone. Le mariage, c'est « au sens où on l'entend » comme disait le Procureur de Bobigny.

Néanmoins, je me demande si le mariage hétérosexuel, qui organise comme on l'a vu la société civile, et semble être devenu le dernier sacré d'État, n'est pas hétérosexuel par essence. Déjà, Daniel Borrillo montre bien comment l'État met en place toute une série de stratégies pour le maintenir dans le giron de la tradition conservatrice, notamment par le déni ou par l'interdit. J'ai relevé plusieurs exemples de cette résistance au mariage non hétérosexué/hétérosexuel comme le déni de la sincérité de la volonté des uns ou la déclaration d'incapacité des autres. Le paroxysme est atteint avec le jugement assumé par la Cour d'appel de Bordeaux suite à l'affaire de Bègles stipulant que « la notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère », comme si l'État ne mariait jamais de couples inféconds et comme si lesdites notions sexuées étaient des concepts juridiques bien établis. Certes, le patriarcat est notoire, mais de là à en faire la pierre de touche du droit civil…

Je prolongerai en disant que la notion sexuée de père et mère est l'écho de la notion sexuée du citoyen et de la citoyenne. La République française s'est constituée sur le différentialisme inégalitaire, malgré l'universalisme proclamé. Le partage des fonctions a organisé la citoyenneté. C'est parce que les femmes ont été pensées en épouses et mères, avec toutes les fonctions que cela recouvre, qu'elles ont été exclues de la citoyenneté active. Aux unes l'espace privé, aux autres, les hommes, l'espace public. Et elles ont même été exclues de l'Homme : la Déclaration de 1789 n'était pas faite pour elles. Autrement dit, on aurait pu s'attendre à ce que l'avènement du contrat social républicain, par son double caractère conventionnel et égalitaire, institue tout à la fois l'égalité du contrat politique et l'égalité du contrat conjugal. Or c'est l'inverse qui s'est passé. Le contrat conjugal a été une pièce maîtresse du nouvel ordre social, et a explicité comme jamais les non-droits des femmes, dont l'ampleur est proprement effarante au début du XIX^{e} siècle avec le tout nouveau Code civil. La république s'est construite contre la féminité et contre les femmes et donc sans citoyennes, malgré l'engagement précoce, courageux, souvent lucide, de nombre d'entre elles. Cela explique peut-être des formulations insistantes et ambiguës sur la femme comme celle qu'on peut lire sous la plume d'Olympe de Gouges dans le *Préambule* à sa *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* de 1791 : « le sexe supérieur en beauté comme en courage, dans les souffrances maternelles ».

Encore aujourd'hui, malgré les avancées du droit public (par exemple l'obtention du suffrage universel) et du droit privé (par exemple les conditions égalitaires dans le mariage), malgré l'égalité des sexes proclamée constitutionnellement depuis 1946, un concept d'égalité spécifique est utilisé pour les femmes : « l'égalité dans la différence ». Cela conduit à imaginer des principes comme celui de la parité des scrutins de liste qui distribue sexuellement la société civile en deux corps : les hommes et les femmes. C'est

Livre Jurisprudence n°2.indb 284 08/08/2011 12:03:02

comme si une liste électorale non seulement faisait alterner les sexes mais faisait s'enchaîner les couples hétérosexuels. C'est l'image qui reste à l'affichage. On comble l'union avec les deux complémentaires.

Asexuer le mariage, c'est donc une perspective d'égalité en droits, mais pour moi difficile à concevoir. Car aurions-nous encore besoin du mariage si la société avait fait cette révolution la menant à penser l'institution comme asexuée ? S'il s'agit de lier horizontalement, on peut supposer qu'un tel mariage perdrait en « sacralité civile » et s'apparenterait rapidement à une sorte de PaCS, contrat qui semble suffire à organiser des unions garantissant des obligations conjointes et offrant à ce titre des avantages sociaux. Et dès lors pourquoi s'en tenir à uniquement deux partenaires si, pour penser l'union, on abandonne le mythe de la fusion androgyne ? Et surtout pourquoi changer l'état civil des personnes en fabriquant « des épouses et des pères » ? Et s'il s'agit de lier verticalement, l'hypothèse qui a été faite d'une filiation d'adoption me semble rendre caduque le recours au mariage car à chaque acte son consentement.

Je pense enfin que l'homosexualité continue d'être perçue non seulement comme une sexualité minoritaire, mais comme une menace profonde à l'union. L'homosexualité nourrit symboliquement l'angoisse de la génération manquée, l'angoisse d'une forme de stérilité familiale et nationale, l'angoisse morbide. D'où l'idée d'une homosexualité contre nature, profondément anomique. C'est pourquoi j'ai proposé l'expression de *partition de réenchantement* pour désigner ce retour, que l'on constate actuellement, à la religion des deux sexes, naturellement soldats ou mères, qui, par une douce mélodie du bonheur, donne une espérance d'avenir à des couples et des nations en crise.

Conclusion

Partant de la proposition de Daniel Borrillo d'asexuer l'état civil et le mariage, nous avons été amenés à réfléchir au fondement naturaliste du droit et à la sacralité qui l'entoure. Je pose donc au fond deux questions : ne peut-on pas recourir au principe de laïcité pour protéger la vie privée des intrusions abusives de l'État et en l'occurrence protéger les usages privés du sexe, le genre que l'on se donne, la sexualité que l'on adopte etc. ? Et par ailleurs, peut-on vraiment penser qu'un mariage non hétérosexuel serait encore un mariage ?

Livre Jurisprudence n°2.indb 285 08/08/2011 12:03:02

La force du droit a-t-elle un sexe ? La contribution du droit à la domination masculine selon Pierre Bourdieu

Bruno AMBROISE*

« Le droit ne fait que consacrer symboliquement, par un enregistrement qui éternise et universalise, l'état du rapport de forces entre les groupes et les classes que produit et garantit pratiquement le fonctionnement de ces mécanismes. »
P. Bourdieu, « Les modes de domination », 1976.

L'arrangement (inégalitaire) des sexes, ou des genres, comporte une dimension intrinsèquement juridique – en ce qu'il se trouve conforté et avalisé par l'ordre juridique, celui-ci ayant le pouvoir (performatif) de légitimer l'ordre social. C'est ainsi qu'on pourrait résumer la pensée de P. Bourdieu concernant la façon dont le droit contribue à la domination masculine et, de ce fait, sert les intérêts proprement masculins[1]. Reste qu'il convient alors de comprendre comment le droit participe précisément à cette domination, alors même qu'il ne semble pas afficher cette volonté et que les juristes peuvent même, tout à fait légitimement, considérer que les femmes ont pu s'emparer du droit pour mener certains combats[2].

Le droit, selon Bourdieu, ne construit certes pas la domination masculine comme telle : il ne vise pas cette fin, ni ne l'encourage explicitement. Celle-ci relève en fait d'une domination symbolique, elle-même relative à une domination socio-économique, qui informe en général les rapports sociaux entre hommes et femmes. Le droit n'a qu'un rôle secondaire dans cette domination, en ce que, d'une part, il informe les rapports sociaux et que, d'autre part, il légitime

* CNRS, CURAPP-ESS : UMR 6054, CNRS/UPJV.

1 La réception de la sociologie critique de P. Bourdieu par les juristes n'est pas évidente, tant sa pratique de la science sociale tend à détruire la pureté de l'objet – en l'occurrence, le droit – qui est au principe même de l'activité des juristes. Reste que, d'une part, il en était parfaitement conscient et que, d'autre part, le droit n'occupe aucune singularité à cet égard : appliquant le principe durkheimien consistant à traiter les faits sociaux comme des choses, Bourdieu considère simplement que le droit est un objet social et qu'à ce titre il doit être étudié en relation avec d'autres réalités sociales. Sur la pratique de la sociologie, voir P. Bourdieu, J.-C. Chamboredon & J.-Cl. Passeron, *Le métier de sociologue*, 5e Éd. : Mouton De Gruyter, The Hague, 2005. Sur la réception de P. Bourdieu par les juristes, voir le numéro 56-57 de la revue *Droit et Société*, 2004.

2 L'avortement est bien devenu un « droit », parmi d'autres revendications initialement féministes.

Livre Jurisprudence n°2.indb 287 08/08/2011 12:03:03

ceux-ci en retour, au moyen d'une efficacité propre tenant à ses procédures de formalisation. Son rôle n'est donc pas central, mais il n'en reste pas moins essentiel et décisif puisqu'il vient conforter ou ratifier la domination symbolique qu'est la domination masculine, en lui donnant une assise, c'est-à-dire une force, juridique. Utilisant en effet des catégories sociales, qu'il ne déconstruit pas mais dont, au contraire, il amplifie le poids en les légitimant et en leur donnant force de loi, le droit vient d'une certaine façon graver dans le marbre les effets de domination ressortissant à une domination sociale qui se donne pour naturelle : le droit participe ainsi au processus (social) de naturalisation d'une domination symbolique, c'est-à-dire socialement fondée. Le droit apparaît alors comme un moteur essentiel au processus symbolique de domination qui constitue une partie importante de la domination masculine.

Or, tout le propos de la sociologie critique développée par Bourdieu est précisément de « déconstruire » les catégories sociales naturalisées et, en ce sens, d'étudier la contribution que le droit apporte à cette naturalisation. Il s'agira donc ici de montrer d'abord en quoi la domination masculine est une domination symbolique (et ce que c'est), puis de comprendre le rôle du droit dans ce type spécifique de domination. Enfin, il faudra se demander si le droit est nécessairement voué à la reconduire et à la reproduire.

1. La domination masculine comme domination symbolique

Si la domination masculine ne se réduit pas à une domination symbolique, pour la simple et bonne raison qu'une domination symbolique ne tient pas en elle-même mais repose sur des structures sociales exogènes, il n'en reste pas moins que sa prégnance tient probablement à cette perpétuation dans les catégories, c'est-à-dire dans les systèmes symboliques permettant de penser et d'appréhender le monde, qui empêchent qu'on considère autrement les dimensions féminines que comme vouées « naturellement » à occuper une place sociale inférieure ou dévalorisée par rapport aux dimensions masculines. Les catégories féminines en venant « naturellement » à identifier le « faible », il semble être « naturel » qu'elles cèdent la place devant les catégories masculines venant identifier le « fort ». Car les recherches de Bourdieu dans la *domination masculine*[3] proviennent tout d'abord de cet étonnement : le fait que cette *doxa* qui attribue aux hommes les caractéristiques dominantes et aux femmes les caractéristiques dominées continue à valoir et à se réaliser dans la réalité sociale (c'est-à-dire dans le monde et dans les esprits) – et ce alors même que les femmes ont conquis quelques droits et obtenu quelques avancées non-négligeables par rapport aux statuts et aux positions sociales et économiques des hommes, depuis les revendications féministes de la fin du XIX^e^ siècle et surtout du milieu du XX^e^ siècle.

Tout le propos de Bourdieu dans *La domination masculine* est alors précisément d'élucider « les mécanismes historiques qui sont responsables de la déshistoricisation et de l'éternisation relatives des structures de la division sexuelle et des principes de vision correspondants »[4], motivé par l'idée qu'il s'agit d'en prendre conscience, pour éventuellement mieux agir. Il s'agit ainsi de comprendre que « ce qui dans l'histoire apparaît comme éternel n'est que le produit d'un travail d'éternisation qui incombe à des institutions (interconnectées) telles que la famille, l'Église, l'État, etc. »[5] (C'est à ce titre que le rôle du droit, en tant qu'outil au service de l'état, devra être analysé.) Or ce travail d'éternisation est opéré au moyen de tout un ensemble de structures cognitives qui permettent d'appréhender – de catégoriser – le monde social alors même qu'elles sont, d'une part, produites au sein de ce monde social et plus ou moins ajustées aux structures objectives, matérielles de celui-ci. Elles ont donc tendance à reproduire le monde social. En réalité, ces principes de vision entérinent en même temps qu'ils créent un rapport social de domination.

C'est ce qui explique toute la force de l'ordre masculin : il se passe de justification, il paraît « normal ». En

3 P. Bourdieu, *La domination masculine*, Seuil, Paris, [1998] 2002.
4 *Ibid.*, p. 8.
5 *Ibid.*, p. 8.

Livre Jurisprudence n°2.indb 288 08/08/2011 12:03:03

effet, la différence biologique entre les sexes peut apparaître, étant données les structures de perception et de catégorisation du monde, comme une justification « naturelle » de la différence socialement construite entre les genres (et notamment de la division sexuelle du travail). Or, c'est précisément les principes, socialement constitués, de vision du monde social qui construisent la différence anatomique en lui donnant une importance ; et c'est seulement alors que cette différence socialement construite (c'est-à-dire valorisée) devient le fondement de la caution de la vision sociale qui la fonde : « on a ainsi une relation de causalité circulaire qui enferme la pensée dans l'évidence de rapports de domination inscrits à la fois dans l'objectivité, sous forme de divisions objectives, et dans la subjectivité, sous forme de schèmes cognitifs qui organisent la perception de ces divisions objectives. »[6] Il y a ainsi des processus de « consécration symbolique » de processus objectifs ou naturels, qui donnent un fondement quasi-objectif au système. Tel est le propre de la « domination symbolique » masculine qui s'appuie sur des processus de légitimation : « La socio-dicée masculine […] cumule et condense deux opérations : elle légitime une relation de domination en l'inscrivant dans une nature biologique qui est elle-même une construction sociale naturalisée »[7].

Comment fonctionne donc la « violence symbolique » en général ? Bourdieu rappelle par ce terme, à première vue surprenant, que la seule violence physique n'épuise pas les différentes formes de domination qu'on rencontre dans le monde social. S'appuyant sur l'œuvre de M. Weber, il considère qu'il existe un autre type de domination, symbolique, qui se définit ainsi : « la violence symbolique s'institue par l'intermédiaire de l'adhésion que le dominant ne peut pas ne pas accorder au dominant (donc à la domination), lorsqu'il ne dispose, pour le penser et se penser ou, mieux, pour penser sa relation avec lui, que d'instruments de connaissance qu'il a en commun avec lui et qui, n'étant que la forme incorporée de la relation de domination, font apparaître cette relation comme naturelle »[8]. La domination symbolique est ainsi cette violence qui s'instaure presque automatiquement, en ce qu'elle est inscrite dans la relation inévitable de reconnaissance que le dominé est porté à reconnaître au dominant, puisqu'il ne peut appréhender que comme légitime son autorité, ne disposant pas d'autres cadres pour l'appréhender[9]. La domination symbolique est donc cette force par laquelle le dominant en vient à faire reconnaître comme légitime sa domination et, par là, à la rendre inévitable. Cette forme de domination n'opère en fait qu'en s'appuyant sur des dispositions (pratiques et cognitives : les habitus) déposées, tels des ressorts, au plus profond des corps et qui, n'étant pas réflexives, ont une tendance naturelle à acquiescer à l'autorité, légitime parce que reconnue, quasi-mécaniquement, comme telle. La violence symbolique est ainsi une violence « douce », insensible, qui s'exerce par les voies de la reconnaissance et de la méconnaissance. ; c'est une domination exercée au nom d'un principe symbolique connu et reconnu par le dominant et le dominé – en l'occurrence, la possession d'un sexe masculin, considérée comme propriété naturelle *et* positive.

En ce sens, la domination masculine est à la fois « spontanée et extorquée » ; pire encore, elle est somatisée, puisque « le travail de construction symbolique s'achève et s'accomplit dans une transformation durable et profonde des corps (et des cerveaux), c'est-à-dire dans et par un travail de construction pratique imposant une définition différenciée des usages légitimes du corps, sexuels notamment, qui tend à exclure de l'univers du pensable et du faisable tout ce qui marque l'appartenance à l'autre genre »[10]. Évitant le recours au concept d'idéologie, le concept de violence symbolique permet donc à Bourdieu de penser l'efficacité symbolique des rapports de domination, d'une façon qui ne

6 *Ibid.*, p. 25
7 *Ibid.*, p. 40.

8 *Ibid.*, p. 55. Sur le consentement (nécessaire) des dominés, voir aussi p. 54.
9 Puisqu'il a intégré ses cadres de perception au cours de son processus de socialisation. Sur ce processus, et la contribution que l'école apporte à la reproduction, voir le maître-ouvrage de P. Bourdieu et J.-Cl. Passeron, *La reproduction*, Minuit, Paris, 1970.
10 *Ibid* , p. 40.

Livre Jurisprudence n°2.indb 289 08/08/2011 12:03:03

fait pas seulement des rapports symboliques des « reflets » des rapports sociaux, mais contribuent tout aussi bien à les créer en les légitimant.

Or le droit ne fait qu'ajouter à ce caractère immuable de la domination masculine en naturalisant, par la légitimation juridique, les relations inégalitaires entre hommes et femmes. Bourdieu considère en effet que l'ordre juridique est précisément l'instrument d'excellence par lequel se réalise ce processus de naturalisation, qui consacre l'ordre établi en le portant à l'existence reconnue, officielle[11].

2. Le rôle du droit dans la domination symbolique

La contribution du droit à la violence symbolique est alors essentielle pour P. Bourdieu parce qu'il est la forme par excellence de la violence symbolique légitime (dont le monopole appartient à l'état). Le droit est notamment la forme par excellence du pouvoir symbolique de nomination et de classement qui crée les choses nommées et en particulier les groupes. Le droit construit donc en ce sens le monde social, parce qu'il est soutenu par toute la force – le cas échéant la force physique de coercition – dont dispose l'état. Le droit apparaît alors comme la forme par excellence de la parole autorisée : « ces énoncés performatifs [du droit] sont des actes magiques qui réussissent, parce qu'ils sont en mesure de se faire reconnaître universellement, donc d'obtenir que nul ne puisse refuser ou ignorer le point de vue, la vision, qu'ils imposent. Le droit consacre l'ordre établi en consacrant une vision de cet ordre qui est une vision d'état, garantie par l'État. Il assigne aux agents une identité garantie, un état civil, et surtout des pouvoirs (ou des capacités) socialement reconnus, donc productifs, à travers la distribution des droits d'utiliser ces pouvoirs, titres (scolaires, professionnels, etc.), certificats (d'aptitude, de maladie, d'invalidité, etc.), et il sanctionne tous les processus liés à l'acquisition, à l'augmentation, au transfert ou au retrait de ces pouvoirs. »[12] En ce sens, « le droit est sans doute la forme par excellence du pouvoir symbolique de nomination qui crée les choses nommées et en particulier les groupes ; il confère à ces réalités surgies de ses opérations de classement toute la permanence, celle des choses, qu'une institution historique est capable de conférer à des institutions historiques. »[13] Le droit est donc cette institution qui, parce qu'elle est soutenue par l'Institution suprême dans nos systèmes politiques, a le pouvoir de naturaliser les rapports sociaux en énonçant ce qu'ils sont comme étant légitime – comme étant l'ordre *nécessaire* des choses[14].

Mais, d'une part, pourquoi légitimerait-il un processus de domination et, d'autre part, comment y parvient-il ?[15] Bourdieu fait jouer ces deux rôles à ce qui fait l'autonomie même du droit. Car, si Bourdieu considère bien que le droit est souvent au service de l'ordre dominant, il considère pourtant que le droit a une véritable autonomie et qu'il ne sert l'ordre dominant que, pourrait-on dire, malgré lui, ou en raison de la force de structures dans lesquelles il est inscrit. C'est, d'une certaine façon, sa position dans le fonctionnement d'une société, laquelle lui confère l'efficacité spécifique qu'il a, qui le conduit à jouer ce rôle sous couvert d'enjeux purement juridiques, sinon formels.

Il convient en effet de rappeler que la sphère juridique n'est pas que le reflet des rapports économiques ou sociaux, comme le voudrait une critique d'inspiration marxiste. La sphère juridique a bien une autonomie qui se marque par ses enjeux propres, ses spécialistes, ses contraintes spécifiques, etc. Les praticiens du droit agissent toujours (ou du moins généralement) pour des raisons spécifiquement juri-

11 Voir *Ibid.*, p. 21.

12 P. Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 13.

13 *Ibid.*

14 Sur la relation de légitimation circulaire entre l'État et le droit, voir P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, 1997, p. 201. Sur le droit en général, voir aussi pp. 222-223.

15 Car la légitimation d'un processus de domination ne passe généralement pas inaperçue – or, précisément, la force du droit est qu'elle passe inaperçue *comme* force.

Livre Jurisprudence n°2.indb 290 08/08/2011 12:03:03

diques, motivées selon la rationalité juridique[16]. Mais c'est précisément cette autonomie relative qui confère en retour une force au droit : cette autonomie se marque notamment à travers des processus d'universalisation et de formalisation, du moins dans le droit de tradition romaniste. Quand, en effet, un cas est considéré, celui-ci ne l'est pas dans sa particularité, mais en ce qu'il est l'occasion, pour des règles générales, de s'appliquer. Et cette application doit être fondée sur des règles formelles spécifiques dont on n'acquiert la maîtrise qu'au travers d'une formation elle-même spécifique, qui fait des juristes les maîtres de la norme droite, auxquels on fait appel (notamment les justiciables communs) pour résoudre les problèmes de justice. Dès lors, « la concurrence pour le monopole de l'accès aux ressources juridiques héritées du passé contribue à fonder la coupure sociale entre les profanes et les professionnels en favorisant un travail continu de rationalisation propre à accroître toujours davantage l'écart entre les verdicts armés du droit et les intuitions naïves de l'équité et à faire que le système des normes juridiques apparaisse à ceux qui l'imposent, et même, dans une plus ou moins grande mesure, à ceux qui le subissent, comme *totalement* indépendant des rapports de force qu'il sanctionne et consacre »[17]. Il y a ainsi une posture universalisante du droit, tenant à sa dynamique d'autonomisation par rapport aux règles et coutumes profanes, qui lui donne une plus grande autorité à l'égard des profanes. En ce sens – et en ce sens seulement – le « travail de rationalisation lui confère *l'efficacité symbolique* qu'exerce toute action lorsque, méconnue dans on arbitraire, elle reconnue comme légitime »[18]. À quoi s'ajoute l'impression de nécessité logique suggérée par la formalisation, qui correspond à une sorte de travail de sublimation des intérêts sociaux en jeu.

Car Bourdieu ajoute que, malgré son autonomie, le droit n'est pas neutre à l'égard des enjeux sociaux. En fait, c'est précisément l'autonomie relative de la sphère symbolique du droit qui permet un maintien de la domination symbolique, même lorsque les structures productives sont affectées d'un certain changement (comme c'est par exemple le cas des relations entre les sexes)[19]. Comme il le prétend, « il est clair que, comme le montre particulièrement bien l'histoire du droit social, le corpus juridique enregistre à chaque moment un état du rapport de forces, et sanctionne donc les conquêtes des dominés ainsi converties en acquis reconnu, ce qui a pour effet d'inscrire dans sa structure même une ambiguïté qui contribue sans doute à son efficacité symbolique. »[20] En effet, en raison d'une proximité sociale entre les praticiens du droit et les dominants (tenant à l'histoire des individus mais aussi au positionnement relatif au sein des champs[21]), les premiers ont toujours tendance à considérer comme légitime, sinon à adopter, la position des dominants[22]. En ce sens, les décisions qu'ils prennent ont tendance, tout en ayant avec elles toute la rationalité de l'ordre juridique, à favoriser les dominants. Cela se traduit notamment par ce qu'on peut appeler le « conservatisme intrinsèque » du droit, qui tient à une tendance du droit à « l'inertie »[23], du fait même que les principes selon lesquels il juge sont au principe de l'ordre social qu'il considère comme légitime. C'est précisément cette tendance à l'inertie (ou à la reproduction) qui, dans le domaine des relations entre les hommes et les femmes, tend à perpétuer le modèle dominant de la structure familiale et, du même coup de la sexualité légitime.

On comprend donc que, dans ce domaine aussi, « le droit ne fait que consacrer symboliquement, par un enre-

16 P. Bourdieu, « La force du droit », art. cit., p. 3.
17 *Ibid.*, p. 4.
18 *Ibid.*, p. 8.

19 Voir P. Bourdieu, « Les modes de domination », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 2, n° 2.2-3, 1976, p. 132.
20 P. Bourdieu, « La force du droit », art. cit., p. 4.
21 Il faut là renvoyer à l'ensemble de la « théorie des champs » et des « habitus incorporés » de P. Bourdieu, dont il est seulement fait mention dans ce court texte. Voir P. Bourdieu, *Les méditations pascaliennes*, *op. cit.*, et, pour une introduction, P. Bourdieu, *Réponses – Pour une anthropologie réflexive*, Seuil, Paris, 1992.
22 Pour une remise en cause partielle de point de vue, qui ne remet pas en cause le principe général d'explication, voir V. Roussel, « Le droit et ses formes », *Droits et société*, 56/57, 2004, pp. 41-56.
23 Voir P. Bourdieu, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 123.

Livre Jurisprudence n°2.indb 291 08/08/2011 12:03:03

gistrement qui éternise et universalise, l'état du rapport de forces entre les groupes et les classes que produit et garantit pratiquement le fonctionnement de ces mécanismes. […] Ainsi, il apporte la contribution de sa force propre, c'est-à-dire proprement symbolique, à l'action de l'ensemble des mécanismes qui permettent de faire l'économie de la réaffirmation continue des rapports de force par l'usage déclaré de la force. »[24] Le droit entérine donc les rapports sociaux inégalitaires entre les hommes et les femmes parce qu'ils les considèrent, du point de vue de la formalité juridique, comme rationnels et donc légitimes. Dès lors, il n'est pas surprenant que le champ juridique devienne le champ dans lequel figure une définition légitime de la sexualité qui n'est pas des plus favorables aux dominées[25].

Conclusion : Changer le droit pour changer la société ?

À l'issue de ce parcours au travers de la conception bourdieusienne de l'efficacité symbolique du droit, il semble avéré que celui-ci contribue décisivement à la domination masculine en ce que celle-ci est inscrite dans des rapports sociaux qu'il contribue à légitimer (et par-là à reproduire). Cette conclusion très pessimiste est-elle inévitable ? Le droit ne peut-il jamais sortir du cercle de la domination et jamais servir des intérêts autres que ceux des dominants ? Mais alors comment expliquer tous ces droits conquis (de haute lutte) par les femmes (et d'autres dominés) ? Ne sont-ils eux aussi que l'expression d'une certaine forme de domination ? Pas exactement.

En raison de l'autonomie relative du champ juridique qui conduit celui-ci, d'une part, à s'autonomiser de plus en plus et à suivre une logique propre[26], et, d'autre part, à développer, en raison de sa formalisation, des principes de plus en plus universels (de moins en moins liés aux intérêts partisans), le droit peut en venir à servir, en raison même de ces principes, les intérêts des plus dominés, dès lors que ceux-ci parviennent à leur donner une forme juridique[27]. Il est donc probablement possible d'utiliser la force du droit pour servir d'autres fins que celles qu'elle sert quasi-mécaniquement dès lors qu'elle n'est pas consciente (ou ne veut pas l'être, par intérêt bien compris) des mécanismes de domination qu'elle reproduit.

Mais on comprend aussi qu'un simple mouvement semblable de la volonté juridique ne sera pas efficient à moins de s'accompagner également de tout un travail sur les structures (non-symboliques) qui produisent les dispositions à l'origine (notamment *via* les normes juridiques) du consentement à la domination symbolique et, partant, de la domination masculine. Pour modifier durablement les choses – c'est-à-dire aussi les représentations – il faut modifier les catégories incorporées qui confèrent le statut d'évidence aux catégories sociales. Ce travail de dénaturalisation, auquel Bourdieu espérait contribuer en rendant à la société et au droit leur histoire, il passe à la fois par un travail de revendication politique, par des luttes symboliques[28], et, surtout, par un travail réflexif sur les principes indissociables de l'ordre social et du droit qui ne peut être fait qu'à l'école et plus encore dans les Facultés de droit, seules à même d'inculquer d'autres dispositions à ceux qui feront – et feront valoir – le droit.

24 P. Bourdieu, « Les modes de domination », art. cit., p. 125

25 Voir P. Bourdieu, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 142.

26 Sur ce processus, voir l'article de V. Roussel, « Le droit et ses formes », art. cit.

27 Voir les travaux de Bourdieu sur la force des principes d'universalisation, in *Raisons pratiques*, Seuil, Paris, 1994.

28 Voir l'annexe à P. Bourdieu, *La domination masculine*, *op. cit.*, pp. 162-168, où Bourdieu examine quelques avancées juridiques en faveur des homosexuels.

Livre Jurisprudence n°2.indb 292 08/08/2011 12:03:03

VARIA

Livre Jurisprudence n°2.indb 293 08/08/2011 12:03:03

Changement de circonstances, bonne foi et modification du rapport obligatoire : éléments de comparaison entre le droit italien et le droit français

Francesco GAMBINO*

La présente contribution entend revisiter les principes régulateurs des altération fondamentale de l'équilibre des prestations en droit italien, en en mettant en évidence, dans la recherche des orientations de doctrine et de jurisprudence les plus récentes, certains éléments de contact avec le système de droit français. L'absence, dans les deux systèmes juridique, d'une réglementation générale en matière de révision judiciaire du contrat par suite du changement des circonstances, a stimulé les études de la doctrine qui, afin de combler cette lacune, indique de nouvelles perspectives de recherche qui font appel, avec l'aide du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat, à une logique fonctionnelle et à une méthode pragmatique. Dans le droit italien, la discipline générale de changement de circonstances (dans les contrats dont l'exécution est de diverse façon prolongée dans le temps) se caractérise, d'une part, par la force obligatoire du contrat qui, en exerçant une fonction d'immobilisation, garantit certitude et prévisibilité des comportements des contractants et, donc, stabilité des rapports économiques, d'autre part, par la résilia-

This contribution is aimed at tracking the principles regulating the fundamental alteration of equilibrium of contract in Italian law, highlighting some of the areas of contact with French law through an overview of the orientations contained in the latest literature and judicial decisions. The absence, in both legal systems, of a general rule on the judicial review of contracts arising from a change in circumstances, has made it necessary to stimulate research into legal theory, leading to new investigation perspectives that, supported by the principle of good faith in the performance of contract, rely on a functional reasoning and a pragmatic approach. Under Italian law, frustration of purpose in contracts whose performance is, for different reasons, protracted over time, is regulated on the one hand by the principle of the binding character of the contract that, by crystallizing contractual obligations, guarantees the certainty and predictability of the parties' behaviour and therefore the stability of economic relations and, on the other, through the termination of contract, provided for in Art. 1467 of the Italian Civil Code, pursuant to a situation in which the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract, marking a line of demarcation beyond which the commitment between the parties loses

* Professeur de droit privé à la faculté de jurisprudence de l'Université de Macerata.

Livre Jurisprudence n°2.indb 295 08/08/2011 12:03:03

liation pour survenu d'une onérosité excessive de la prestation qui, en marquant l'une des limites au-delà de laquelle le lien entre les parties perd son énergie, est envisagée par l'art. 1467 c.c.. La réglementation n'ignore pas le principe de conservation des effets contractuels, qui trouve, sous diverses formes, une détermination implicite tantôt dans la notion législative d'aléa normal du contrat (article 1467, 2ème alinéa c.c.), tantôt dans l'institution de l'offre de réduction à équité (article 1467, 3ème alinéa c.c.); mais elle ne répond pas à l'exigence du contractant lésé d'obtenir, de sa propre initiative et à titre judiciaire, le rééquilibre des prestations, en restant ainsi privé d'instruments adéquats à cet effet. L'hypothèse de l'intervention judiciaire sur le contenu du contrat est, on le sait, la solution envisagée de diverse façon dans les principes Unidroit, dans les P.E.C.L., dans le Code Européen des Contrats, dans le Draft Common Frame of Reference, avec pour conséquence le fait que le juge, une fois constatée la survenue de l'altération de l'équilibre contractuel, peut résilier le contrat ou le modifier en rétablissant l'équilibre originaire entre les prestations. Cependant, dans le système italien et français, le problème de la révision judiciaire du contrat par suite du changement des circonstances semble difficile à résoudre: pour le droit italien, dès lors que la norme générale existe et envisage la résiliation du contrat, de sorte que la question est de savoir si le principe de la révision, déductible d'un noyau de règles spéciales, a l'énergie de vider de son sens le contenu de la règle générale; pour le droit français, parce que la norme est absente et le critère général ne peut que graviter autour du principe de la force obligatoire du contrat. Dans les tendances les plus récentes de l'évolution de la recherche doctrinaire, fait ainsi son chemin la construction, en présence de circonstances données, de l'obligation de bonne foi de renégocier les conditions du contrat. Il s'agit d'une construction théorique qui, dès lors qu'elle se répercute sur l'autonomie privée – appelée à faire face à des évènements étrangers à la volonté des parties – suscite prudence et perplexité. Dans cette optique, qui vise à conserver un rapport d'équilibre mesuré entre autonomie privée et pouvoirs d'intervention judiciaires sur le contenu du contrat, les deux systèmes juridiques, bien que caractérisés par des éléments distincts de rigidité, finissent par s'orienter vers des horizons communs de recherche.

force. The provision does not ignore the principle of conserving contractual effectiveness, which is diversely set forth both in the legal notion of the normal risk of contract (Art. 1467, 2nd paragraph of the Civil Code) and in the equitable adaptation of the contract upon the respondent's petition rejecting the claim to terminate the contract (Art. 1467, 3rd paragraph of the Civil Code). However, the provision does not meet the need of the damaged party to pursue, upon his/her own petition filed in court, the readjustment of contractual obligations, as he/she is not given the adequate tools for this purpose. As is widely known, the possibility of a judicial review of the contents of a contract is the solution otherwise provided for in the principles laid down by Unidroit, in the P.E.C.L., in the Code Européen des Contrats, and in the Draft Common Frame of Reference, whereby the judge, after having ascertained hardship, may decide to terminate or adapt the contract with a view to restoring its equilibrium. However, in both the Italian and French systems, the issue of the judicial review of the contract due to a change of circumstances seems difficult to solve. Under Italian law, as a general provision exists and envisages the termination of contract, the issue therefore becomes if the principle of judicial review, which may be inferred from a cluster of special norms, is forceful enough to void the contents of the general provision of its significance. No such norm exists under French law, and therefore the general criterion can only hinge upon the principle of the binding character of the contract. The latest outcomes of research into legal theory highlight the existence of the parties' obligation to renegotiate the terms of contract on the basis of the principle of good faith. As this affects the autonomy of the parties – which are called upon to solve problems that are extraneous to their will – such a solution raises perplexity and caution. In this perspective, the two legal systems' aim of maintaining a balance between the principle of the freedom of contract and the power of a judicial intervention on the contents of the contract, albeit characterised by different elements of rigidity, end up taking a common approach to research thereon.

Livre Jurisprudence n°2.indb 296 08/08/2011 12:03:03

1. Le changement de circonstances : éléments de contact entre le système italien et le système français

Le problème posé par la survenance d'un déséquilibre économique des prestations suscite, en droit italien et en droit français, un type de malaise différent, diversité due à un élément distinct de rigidité présent dans les deux systèmes juridiques. Dans le système italien, ce malaise est provoqué par le recours à la résiliation qui, dans certains cas d'espèces concrets, se révèle inadéquat et, dans une perspective économique, inefficient. Dans le système français, l'élément de rigidité, encore plus radical, est constitué par la force obligatoire du contrat[1] qui, dans la jurisprudence du Conseil d'État, a connu des dérogations et des fléchissements, en fonction de la protection prioritaire de l'intérêt public et en raison des effets produits dans l'exécution des contrats par les deux guerres mondiales[2] : si l'événement survenu ne comporte pas les présupposés de la force majeure, le contractant reste lié par la parole donnée, et il doit ainsi assumer l'altération de valeur de la prestation, provoquée par des événements extérieurs et objectifs. Ce qui, pour le contractant italien, apparaît un instrument de protection *inadéquat* (en d'autres termes, la résiliation du contrat), pour le contractant français constitue une *peine* dans l'acception économique du terme dès lors qu'il doit rester fidèle à l'exécution de la prestation, en dépit de la survenance d'une onérosité excessive de la prestation. Il est vrai que c'est précisément l'élément différent de rigidité dans les deux systèmes qui accentue, dans la pratique des affaires, la propension des opérateurs du marché à adopter des techniques conventionnelles d'ajustement du contrat. Mais cette pratique, on le sait, n'élimine pas le problème qui peut fort bien réaffleurer sous la forme d'un défaut de fonctionnement de la clause insérée dans le contrat ou, s'il s'agit d'une clause de renégociation, dans le cas où les tractations visant à adapter les valeurs économiques du contrat au changement de l'état de fait, n'aboutissent pas à un résultat positif. C'est ainsi que dans les deux systèmes juridiques apparaît le thème de la révision judiciaire du contrat. Il s'agit de savoir si le juge est habilité à prononcer, contre la volonté de l'une des deux parties en litige, un arrêt revêtant un caractère déterminatif-constitutif, susceptible d'adapter le contrat, dans ses valeurs économiques, aux circonstances survenues.

Cette possibilité est la solution envisagée, sous diverses modalités, dans les projets élaborés dans la perspective d'unification législative au niveau supra-national et, en particulier, dans les principes *Unidroit* (l'art. 6.2.3), dans les *P.E.C.L.* (art. 6 : 111), par le *Code Européen des Contrats* (art. 157), pour lesquels le juge, après avoir constaté la survenance d'une altération de l'équilibre contractuel, peut résilier le contrat ou le modifier en rétablissant l'équilibre originaire entre les prestations ; et ce, à condition que les parties, malgré la renégociation, ne soient pas parvenues à une entente[3]. Cette orientation est encouragée par la réforme

1 Comme on le sait, l'art. 1134 c.c., qui évoque l'ancien principe du *pacta sunt servanda*, est l'aboutissement de la longue évolution historique de cette institution et des stratifications dogmatiques qui remontent à la pensée de Domat : v. à cet égard H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *Obligations – Théorie générale*, 8° ed. sous la direction de F. Chabas, Paris, 1991, p. 855 et suivantes ; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil.*, sous la direction de J. Ghestin, Paris, 1994, p. 314 et suivantes. Le principe de l'intangibilité du contrat a été réitéré par la Cour de Cassation 10 juillet 2007, in *Rev. Contr.*, 2007, assorti de notes de L. Aynès et de D. Mazeaud, dans lesquelles on précise, dès le titre de la deuxième contribution, que « la mauvaise foi du créancier ne permet pas au juge de réviser le contenu obligationnel du contrat ».

2 Outre les hypothèses exceptionnelles de révision judiciaire du contrat évoquées dans la législation française, on attire l'attention sur le précédent *Gaz de Bordeaux* (C. d'État, 30 mars 1916, S. 16, 3, 17), J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations* (1955-1956), vol. II, Paris, 2004, p. 2173-2174. Sur l'apparition, dans la jurisprudence du Conseil d'État, de l'institution de l'imprévision, qui permet au juge de résilier ou de modifier le contrat au cas où des événements imprévisibles « bouleversent » gravement les conditions de son exécution, v. D.-M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986, p. 51 et suivantes ; R. Rodiere-D. Tallon, *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Paris, 1986, p. 13-33.

3 Une autre solution est, par contre, adoptée dans l'avant-projet français de réforme du droit des obligations à l'initiative de Pierre Catala qui, tout en admettant que le juge ordonne une nouvelle négociation (art. 1135-2), est muet quant à l'admissibilité de l'intervention judiciaire, suite à

Livre Jurisprudence n°2.indb 297 08/08/2011 12:03:03

du *Schuldrecht* allemand qui, dans le nouveau paragraphe 313 du BGB, en assimilant l'erreur sur les circonstances qui forment le fondement du contrat à la survenue de leur modification après la conclusion du contrat, prévoit l'adaptation du contrat, en offrant une reconnaissance législative aux élaborations de la pensée juridique allemande sur la figure de la *Geschäfsgrundlage*, sans accueillir la distinction, d'origine doctrinale, entre *subjektive* et *objektive Geschäfsgrundlage* et en inscrivant cette institution dans le cadre des rapports obligatoires issus du contrat[4].

Cependant, dans les systèmes italien et français, le problème de la révision judiciaire semble difficile à résoudre : pour le droit italien, dans la mesure où la règle générale existe et envisage dans son dispositif la résiliation du rapport ; la question est alors de savoir si le principe de la révision, qui découle d'un ensemble de normes spéciales, a l'énergie nécessaire pour vider de toute signification le contenu de la discipline générale ; pour le droit français, parce que la règle est absente et le critère général ne peut que tourner autour de l'efficacité expansive et naturelle de la force obligatoire du contrat. Le malaise, qui au début de ce texte semblait être de nature diverse, laisse transparaître une racine commune, en raison d'une résistance identique à admettre des pouvoirs d'intervention judiciaire sur le contenu du contrat. Au vu des tendances de l'évolution la plus récente des deux systèmes, il semblerait que soit praticable, comme unique issue, la voie de la renégociation de source légale qui, cependant, dresse l'un contre l'autre, deux principes de système : la clause générale de la bonne foi et l'autonomie privée. La première, dans la variété de ses applications, demande et réclame à l'autre la réponse concrète aux circonstances n'impliquant pas l'impossibilité ; la deuxième tend à échapper au cadre d'application de la clause générale de bonne foi, dans la mesure où, de par sa nature même, elle ne se laisse pas plier aux raisons de la fonction complétive ni de l'équité ni de la bonne foi. Dans les théories de l'obligation légale de renégociation, l'on n'invoque pas tant une obligation de nature accessoire de modifier certains termes du contrat[5], que plutôt l'obligation de l'exercice en soi du pouvoir d'autonomie, en d'autres termes, l'obligation d'entreprendre, au cours de l'exécution du contrat, de nouvelles négociations afin de parvenir à un accord de modification susceptible d'éliminer le déséquilibre des prestations. Dans ce cas, le pouvoir d'autonomie, dès lors qu'il est la source d'une éventuelle variation du rapport (l'accord de modification), ne diffère en rien du pouvoir d'autonomie exercé au cours de la conclusion du contrat. Si ce pouvoir s'exerce en toute liberté et sans condition durant la stipulation du contrat, pour quelle raison ce même pouvoir devrait-il s'affaiblir dans le cadre de l'exécution du rapport obligatoire ? Si, dans le premier cas, le pouvoir d'autonomie est soumis aux seules limites de la confiance non fautive et des principes de responsabilité précontractuelle, pour quelle raison devrait-il, dans l'exécution du contrat, changer de nature et se faire instrument obligé d'un contrat modificatif ? Et en outre : comment peut-on, sur le plan logique, conjuguer la clause générale de bonne foi, paramètre d'évaluation du comportement des parties, avec la raison spécifique de sa pertinence qui reposerait ici précisément sur l'événement survenu, étranger à la volonté des parties et à celles-ci non imputable ?

Dans cette perspective, où les deux systèmes juridiques, pris dans leur diversité structurelle, semblent s'orienter vers des horizons logiques communs, il est utile de reparcourir les principes régulateurs des survenances en droit italien, en en mettant en évidence les liens de contact

l'échec de la renégociation ; v. *infra*, § 9. Des profils de comparaison avec la matière des clauses abusives sont tracés par O. Lando, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les Principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences*, in *Rev. contr.*, 2006, p. 172-173. L'hypothèse de l'intervention judiciaire en fonction de la modification du rapport obligatoire est envisagée également dans le Draft Common Frame of Reference (Book III, Chapter I:110 «variation or termination by court on a change of circumstances»).

4 V. à ce propos, G. Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello* Schuldrecht *tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 9-12.

5 Voir, sur les obligations de bonne foi du créancier de tolérer la modification de certains éléments de la prestation, Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989, p. 104 et suivantes.

Livre Jurisprudence n°2.indb 298 08/08/2011 12:03:03

et de rencontre avec le système français, qui ne peuvent que se retrouver dans les orientations évolutives de la doctrine et de la jurisprudence.

2. La force obligatoire du contrat et fonction complétive de l'équité et de la bonne foi

L'effet du contrat en droit italien peut se résumer dans la formule emphatique, au cachet rhétorique : « la force obligatoire entre les parties » (art. 1372 code civil, 1er alinéa, première partie). Cette expression linguistique, interprétée à la lumière de l'entière disposition, assume une double signification : d'une part, le contrat est source d'un lien qui « ne peut être dissous que par consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise » (art. 1372 c. c. 1er alinéa, deuxième partie), d'autre part, « il ne produit d'effet à l'égard des tiers que dans les cas prévus par la loi »[6].

La double signification qu'exprime cette disposition conduit la doctrine à dégager, pour la première, au titre de la certitude et de la stabilité des rapports contractuels, le principe de la non-rétractation ou de la non-modification unilatérale, à l'exception des cas autorisés par la loi ou par le contrat[7] ; pour la seconde, la règle de la relativité des effets produits par le contrat, en vertu de laquelle les destinataires de ceux-ci sont en principe les auteurs mêmes de l'acte. Mais la notion d'effets du contrat, dans le système juridique italien, n'est pas limitée à ce qu'ont exprimé les parties dans le texte contractuel – dont la signification est attribuée conformément aux règles de l'interprétation – mais elle s'étend également « à toutes les conséquences qui en découlent selon la loi ou, à défaut, selon les usages et l'équité ». La loi, les usages et l'équité figurent à l'art. 1374 c. c. comme sources d'*integrazione del contratto*. Ce phénomène qui ouvre la voie à l'intervention du juge dans la vie contractuelle, est également sanctionné par l'art. 1375 c. c. en vertu duquel « le contrat doit être exécuté de bonne foi », par l'art. 1175 c. c. relatif aux obligations, aux termes duquel le débiteur et le créancier « doivent se comporter selon les règles de la rectitude », par l'art. 1339 c. c. aux termes duquel les « clauses, les prix de biens ou de services, imposés par la loi, sont, de plein droit, insérés dans le contrat, même en remplacement de clauses diverses établies par les parties », par l'art. 1340 c. c, selon lequel les « clauses d'usage s'entendent intégrées dans le contrat s'il ne ressort pas qu'elles n'ont pas été voulues par les parties ». La fonction complétive est par exemple prévue par le système dans les cas où la contrepartie d'une activité ou d'un service qui, selon l'appréciation sociale, et donc l'évaluation législative, a un caractère d'onérosité, n'a pas été convenue. Dans ces cas-là, avant même de recourir aux usages et à l'équité, « le juge a l'obligation de consulter les tarifs professionnels (approuvés par la loi) ou les règles en matière de conventions collectives établies par les associations syndicales au titre de l'exercice de leur autonomie »[8]. Pour ce qui concerne en particulier l'équité – notion qui sera mise en évidence plus loin dans le cadre du thème relatif à la révision du contrat – la méfiance traditionnelle à l'égard de l'intervention du juge au titre de l'équité conduit la doctrine et la jurisprudence à attribuer à celle-ci un rôle résiduel. L'équité visée à l'art. 1374 c. c. « n'est pas un critère d'interprétation du contrat déjà complet dans tous ses éléments », mais elle est « purement supplétive, en ce sens qu'elle remplit les lacunes non couvertes par les usages et par d'autres sources légitimes »[9]; elle constitue ainsi un critère complétif permettant de déduire, des règles de droit matériel, des éléments aptes à définir le contenu des obligations établies dans le contrat. En particulier, il est fait une distinction entre l'interven-

6 L'art. 1372 c. c. – qui correspond, à l'exception du rappel à l'effet relatif du contrat et à l'absence du rappel au principe de l'exécution de bonne foi, à l'art. 1134 du c. c. français – se trouve dans le livre IV 'Des obligations', sous le Titre II 'Des contrats en général', Chapitre V 'Des effets du contrat' et la Section I 'Dispositions générales'.

7 Voir à cet égard P. Schlesinger, *Poteri unilaterali di modificazione ("ius variandi") del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm*., 1992, I, p.18 et suivantes.

8 P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*11, Naples, 1997, p. 707.

9 Cassation., 8 juillet 1983, n° 4626, in *Foro it*., *Rep*., 1983, rubrique '*Contratto in genere*', no. 240.

Livre Jurisprudence n°2.indb 299 08/08/2011 12:03:03

tion judiciaire expressément prévue par la loi – le juge a, par exemple, conformément à l'art. 1384 c. c., le pouvoir de réduire équitablement la clause pénale si son entité est manifestement excessive – et l'intervention judiciaire à défaut d'une disposition qui le prévoit. C'est de cette deuxième hypothèse que se dégage le problème du caractère supplétif attribué au pouvoir judiciaire en matière d'équité. On exclut ainsi la possibilité, pour le juge, de limiter l'autonomie des parties d'intervenir sur ledit contenu minimum du contrat, de fixer une configuration d'intérêts différente de celle décidée par les contractants visant à garantir l'équité de l'échange. Dans un système qui s'inspire par ailleurs du principe de la liberté et de l'autonomie contractuelle, la fonction de l'équité ne peut, en aucun cas, se superposer à la configuration des intérêts décidée entre les parties. Équité, bonne foi, rectitude, autant de notions rappelées par les art. 1374, 1375 et 1175 c. c, « destinées plutôt à la récupération et à la mise en évidence de facteurs plus contingents et plus subjectifs qui opèrent au niveau des détails du règlement contractuel » et, selon cette optique, « ils peuvent et doivent accomplir des fonctions d'architecture sociale et contractuelle de premier ordre »[10].

3. Variations de la signification de la « force obligatoire » du contrat dans l'évolution della pensée juridique

Singulier est le destin scientifique de la règle sur l'efficacité obligatoire du contrat (art. 1372 code civil italien et art. 1134 code civil français). L'expression qui, selon la doctrine actuelle, assume une acception rhétorique, a pris, dans l'évolution de la tradition juridique, diverses significations, en exprimant chaque fois un relâchement de la tension entre les divers pouvoirs de conformation de la règle contractuelle : l'autonomie privée, la volonté législative, le rôle du juge. La force obligatoire a été rappelée en opposition tantôt avec la loi tantôt avec le juge. Sous le premier aspect, on signale l'ancienne querelle sur l'énergie créative du négoce juridique. Le cadre historique et culturel dans lequel s'incrit le code civil italien de 1865, calqué sur le code napoléonien de 1804[11], est celui tracé par les instances de l'idéologie bourgeoise[12] : l'individu, le droit suggestif, le contrat, la succession *mortis causa*. Avec la naissance de la méthode systématique, avec laquelle la doctrine civiliste abandonnait les contraintes de la méthodologie éségétique, la théorie du négoce juridique en vient à occuper, dans toutes les matières juridiques, une position de premier plan[13]. La catégorie, héritée de Windscheid[14], non envisagée par la loi, assume une fonction juridique qui vise à dissimuler, derrière l'écran de l'autonomie, les intérêts de la bourgeoisie agricole et marchande. Le dogme de la volonté ne naît pas de la cohérence d'une logique abstraite et non contaminée, mais il répond à l'exigence concrète de protéger la liberté d'initiative économique qui ne tolère ni ingérences de l'État ni expansions envahissantes du droit public. Ainsi, « la volonté individuelle, manifestée dans le pouvoir statique des choses (propriété) ou dans l'accomplissement des actes de gestion (négoce), apparaît comme une énergie naturelle, capable, *en elle-même uniquement*, de réguler des intérêts et de produire des effets juridiques »[15]. L'art. 1123 du code civil de 1865, qui dispose que « les contrats légalement formés ont

10 R. Sacco, *Il contratto*3, in *Tratt. dir. civ.*, sous la direction de R. Sacco, Turin, 2004, II, p. 435.

11 Dans ce cadre, l'énumération des causes des obligations, contenues dans l'art. 1097 du code civil de 1865 (« Les obligations découlent de la loi, par contrat ou quasi-contrat, par délit ou quasi-délit »), reprend, on le sait, l'énumération du code civil français, en reproduisant la quadrirépartition des sources justiniennes (Inst. 3, 13, 2 ; 3, 27 ; 4, 5), où l'obligation naît *ex contractu aut quasi ex contractu*, *ex maleficio aut quasi ex maleficio*. Ce classement, qui s'écartait de la tripartition rappelée dans le texte du Digest, constitué par le contrat, par le délit et par les *variae causarum figurae* (Dig., 44, 7, 1), a été repris par le code civil de 1865, dans lequel s'est ajoutée la référence à la loi. Voir, sur le profil historique des classifications des sources d'obligations, Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*14, Naples, 1989, p. 291-295.

12 N. Irti, *La cultura del diritto civile*, in *La cultura del diritto civile*, Turin, 1990, p. 4.

13 N. Irti, *La cultura del diritto civile…*, *op. cit.*, p. 17.

14 « Le négoce juridique est une déclaration privée de volonté, qui vise à produire un effet juridique », B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad., it., Fadda e Bensa, I, rist. Turin, 1925, p. 202.

15 N. Irti, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 64.

Livre Jurisprudence n°2.indb 300 08/08/2011 12:03:04

force de loi pour ceux qui les ont faits »[16], ne prenait pas le ton emphatique que la doctrine d'aujourd'hui attribue à la règle correspondante sur l'efficacité obligatoire du contrat (art. 1372 c. c.), mais constituait un argument solide pour instituer l'équivalence entre le négoce juridique et la loi : le premier, dans lequel s'exprime le « principe politique de l'autonomie de la volonté »[17], est, à l'instar de l'autre, source de droit objectif[18], où la volonté de l'agent n'a pas besoin de la règle pour concrétiser les conséquences juridiques, mais en est la raison constitutive et la cause immédiate. La querelle, sur le rôle de *source* de l'obligation, devient une question de qualification juridique de la norme de négociation qui oblige à choisir entre le système de l'autonomie et le système de l'hétéronomie : « en d'autres termes, si l'attribution du caractère juridique à celle-ci découle de la volonté ou des volontés qui la génère ou si, vice-versa, cette attribution lui vient d'une norme supérieure, étrangère à la volonté du sujet ou du sujet du négoce »[19].

Si, dans le passé, la force de loi du contrat représentait le fondement dogmatique du système de l'autonomie, elle assume aujourd'hui, au fil de la jurisprudence et de la doctrine actuelle, une portée tout à fait différente : il ne s'agit plus d'établir, par rapport à la loi, une primauté de la volonté individuelle dans la genèse du négoce juridique, qui apparaît désormais une catégorie historiographique[20], mais plutôt d'opposer le système de l'autonomie privée au pouvoir envahissant du juge sur le contenu du rapport obligatoire qui, dans l'équité intégrative et dans la clause générale de bonne foi, trouve son alliée la plus authentique. La formule linguistique « le contrat a force de loi entre les parties » semble se vider de tout élément rhétorique pour exprimer, au contraire, la vigueur normative de l'acte de l'autonomie et la fonction immobilisante que celui-ci joue au regard du comportement futur des contractants[21]. L'exigence de la certitude des négociations n'admet pas de « contestations qui pourraient miner la sûreté des pactes et ébranler la confiance dans la « *tenue* » des accords, même si stipulés correctement »[22]. Or, quelle certitude et quelle prévisibilité des comportements déduits dans le contrat, pourrait être jamais garantie si, au cours de la mise en œuvre du rapport, l'invitation d'une partie à renégocier, à la suite de faits survenus, contraignait l'autre contractant à modifier les conditions du contrat ? L'obligation légale de renégociation, construite tantôt sur l'équité tantôt sur le principe de la bonne foi, introduirait ainsi, en dérogation à l'art. 1372 c. c. (et à l'art. 1134, I[er] alinéa, code civil français) une forme de rétractabilité et de révocabilité unilatérale[23], en favorisant l'effet incorrect de litiges potentiels et de demandes prétextueuses. Dans ce cadre, tout en réitérant d'une part l'impossibilité pour les parties de revenir sur le contenu du contrat et, d'autre part, les limites du pouvoir d'intervention judiciaire, la « force de loi » du contrat retrouve une signification précise, qui exprime une forme d'exclusion par rapport à l'énergie, intangible, du lien obligatoire. Si, en droit français, cette conclusion est l'expression uniforme d'une longue tradition juridique, réticente à admettre la modification judiciaire du rapport au titre d'événements survenus, en droit italien elle indique, en réitérant ainsi la signification de la formule législative, une ferme opposition à ces théories doctrinales qui semblent nourrir, à l'égard

16 La norme reprend la formulation de l'art. 1134, 1[er] alinéa du code civil français.

17 G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, rist. Padoue, 1961, XII.

18 A. Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, rist. Turin avec préface de N. Irti, 1934, Turin, p. 19.

19 A. Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico…, op. cit.* p. 29-30.

20 N. Irti, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, *op. cit*., p. 66-69.

21 La signification originaire de la formule visait à « exalter, d'une part, la liberté de l'individu, en y attribuant la force de créer du droit, d'autre part, sa responsabilité, en le liant aux engagements pris dans l'exercice de la liberté », F. Santoro.Passarelli, *Variazioni sul contratto*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, *altri saggi*, Padoue, 1977, p. 94.

22 P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it*., 1999, I, p. 231, où sont bannies les "fumées dirigistes" et la position de limites envahissantes de l'automie des particuliers.

23 P. Rescigno, *Manuale del diritto privato…*, *op. cit.* p. 310-311, qui, au regard de la force de loi évoquée par l'art. 1372 c. c., parle d'*irrévocabilité* de l'engagement « chaque fois que, selon les modalités prévues par la loi, s'est manifestée la volonté de négocier ». Voir, à cet égard, l'art. 1134 du code civil français, J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, déjà cité, p. 2115-2118.

Livre Jurisprudence n°2.indb 301 08/08/2011 12:03:04

de la clause générale de bonne foi, un excès de confiance, presque comme si elle y retrouvait un fondement mystique et une réponse résolutive[24].

4. Absence dans le système juridique italien d'une règle générale en matière de révision du contrat par changement des circonstances. Le choix législatif de la résiliation du contrat

Une autre exception au principe du *pacta sunt servanda* – principe visant à garantir la certitude et la prévisibilité des comportements fixés dans le contrat – est l'exception visée à l'art. 1467 c. c. 1er alinéa, en vertu duquel dans les « contrats qui prévoient l'exécution continue, périodique ou différée, si la prestation de l'une des parties est devenue excessivement onéreuse par suite de la survenance d'événements extraordinaires et imprévisibles, la partie qui doit ladite prestation peut demander la résiliation du contrat entraînant les effets visés à l'article 1458 »[25]. Selon la tradition juridique de droit commun, on a ainsi introduit dans notre système juridique « à titre exprès et général, le principe de la soumission implicite des contrats assortis de prestations de contrepartie, à la clause *rebus sic stantibus* » (Référence au c. c. n° 665). En vertu du 2e alinéa de ladite disposition, la partie qui déplore un déséquilibre économique entre les prestations contractuelles ne peut cependant demander la résiliation du contrat « si l'onérosité survenue relève de l'aléa normal du contrat »[26]. En outre, en tant que « tempérament de bonne foi, imposé au pouvoir de demander la résiliation » (Référence au c. c. n° 665) il est prévu le droit de la « partie contre laquelle est réclamée la résiliation » d'éviter ce recours « en offrant de modifier équitablement les conditions du contrat » (3e alinéa de l'art. 1467 c. c.).

Déjà, à une première lecture de cette disposition, on peut conclure que, dans le cadre de la règle générale, le principe de conservation des effets contractuels par changement des circonstances relève d'une référence normative spécifique, tant dans la notion d'aléa normal que dans la possibilité de l'offre de réduction au titre de l'équité des conditions contractuelles de la part du contractant non partie lésée, cité en justice au motif de la demande de résiliation ; et que, en vertu de l'art. 1468 c. c. uniquement dans le cas d'un contrat qui oblige une seule partie, cette dernière, à la suite d'un changement des circonstances, peut demander au juge « une réduction de sa prestation ou une modification dans les modalités d'exécution, suffisantes pour la ramener à l'équité »[27]. Il y a, en outre, des cas – qui seront comparés ci-après à l'art. 1467 c. c. – pour lesquels des normes spéciales prévoient la seule révision de la valeur onéreuse (art. 1664 c. c. en matière d'adjudication) ou pour lesquels le déséquilibre survenu entre les prestations peut conduire, selon les circonstances, à la révision de l'une de celles-ci ou à la résiliation (art. 1623 c. c. en matière de location).

Un premier problème se pose alors : l'absence, dans la discipline générale, d'un principe de révision des contrats assortis de prestations y relatives où est mis en évi-

24 D'"excès de confiance" parle Stefano Rodotà dans l'Introduction à la réimpression complétée de 2004 de *Le fonti di integrazione del contratto*, en vertu desquelles on « confie entièrement le destin du contrat à une série de nouveaux devoirs, parmi lesquels la bonne foi s'entremêle à la loyauté, à la solidarité, au droit de renégocier » (p. XI).

25 L'art. 1458 c. c. rappelé par la norme ici examinée dispose que, pour les contrats à exécution continue ou périodique, l'effet de la résiliation prononcée par le juge « ne s'étend pas aux prestations déjà exécutées ». Également pour ce qui concerne les contrats à exécution différée, il est considéré que la résiliation du contrat, en vertu de l'art. 1467 c. c., peut être prononcée à condition qu'entre le moment de la conclusion et celui de l'exécution se soient produits des événements susceptibles de rendre l'exécution de la prestation encore due, en tout ou en partie, excessivement onéreuse », Cass., 18 février 1999, n° 1371, in Giust. civ., Mass., 1999, 433.

26 La notion d'aléa normal est définie dans le rapport relatif au projet du livre des obligations du code civil de 1942 (§ 245), comme « ce risque que le contrat comporte à cause de sa particularité : risque auquel chaque partie se soumet implicitement lors de la conclusion du contrat ».

27 C'est la structure même du contrat unilatéral qui suscite le choix législatif de la réduction de la prestation et de la modification des modalités exécutives : si, par exemple, le fidéjusseur pouvait obtenir la résiliation du contrat, il annulerait la garantie du crédit aux dépens de la partie qui a consenti le prêt au débiteur principal.

Livre Jurisprudence n°2.indb 302 08/08/2011 12:03:04

dence, sous diverses formes, l'élément 'temps'[28]. Dans cette optique, le choix politique opéré par le législateur de 1942 apparaît évident, dans la prévision de la discipline générale, pour les contrats à prestations rétribuées : ne pas offrir à la partie victime du changement de circonstances des instruments de protection flexibles[29]. Celle-ci ne peut invoquer le pouvoir de demander la réduction en équité des conditions contractuelles. On pourrait donc dire, au premier abord, que le remède prévu en voie générale en la matière, au titre de l'excessive onérosité de la prestation survenue pour cause de changement des circonstances, est la résiliation pour excessive onérosité et que, en vertu du 3e alinéa de l'art. 1467 c. c. le rééquilibre entre les prestations est autorisé en justice uniquement si la partie non lésée prend l'initiative en ce sens.

En d'autres termes, l'unique voie pour obtenir une forme de rééquilibre entre les prestations semblerait être indirecte. Si on adjoint l'application des règles d'efficacité du contrat aux règles de comportement (pensons par exemple à l'hypothèse où la partie lésée se plaint de la violation du devoir d'information d'autrui quant à la survenance probable de l'événement perturbateur), on entrouvrirait la voie à l'instrument – compensatoire – de la réparation du dommage. La partie lésée bénéficierait en outre d'un moyen technique de pression pour induire la partie citée en justice à offrir la réduction en équité[30].

5. L'offre de réduction en équité en tant que mécanisme de rééquilibre entre les prestations

Il faut d'entrée de jeu évoquer le dispositif adopté par le législateur italien pour permettre, dans un équilibre mobile entre principe de la résiliation et principe de la conservation des effets contractuels, une modification équitable des conditions contractuelles qu'un événement perturbateur a altérées. Face à la demande de résiliation pour excessive onérosité, la partie non lésée, assignée en justice, « peut l'éviter en offrant de modifier équitablement les conditions du contrat » (art. 1467 c. c. 3e alinéa). On estime que cette offre, pour permettre de redonner au contrat un juste rapport d'échange, doit être adéquate pour ramener la prestation encore due aux valeurs de marché[31]. Il faut sur ce point s'attarder sur l'arrêt de la Cour de Cassation[32] relatif à la formulation en jugement d'une offre en termes généraux, qui entrouvre la voie à l'intervention du juge dans l'identification des modifications contractuelles considérées comme les plus adéquates. Selon la Cour Suprême, l'offre de réduction en équité, visée au troisième alinéa de l'art. 1467 c. c, constitue l'exercice d'un droit potestatif qui permet à la partie non lésée d'"éviter" le prononcé, à son détriment, de la résiliation. Celle-ci ne constituerait pas une proposition contractuelle visant à provoquer la stipulation d'un accord de modification, mais reste « un acte unilatéral qui a un

28 Caractère distinctif des contrats à prestations rémunérées « n'est pas la bilatéralité des obligations, mais la cause de l'échange, l'interdépendance entre des attributions patrimoniales, le fait de trouver l'une attribution justification dans l'autre, selon un rapport donné d'équilibre économique » (Cass., 21 février 1995, n° 1861, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 998). Les contrats auxquels se réfère l'art. 1467 c. c. sont en outre des contrats de durée différée ou des contrats à échéance différée. À la première catégorie appartiennent les contrats à exécution continue et périodique, où les multiples prestations, dotées d'autonomie et liées entre elles, sont projetées dans le temps, et visent à satisfaire un intérêt périodique et continu de l'*accipiens*. Les contrats de fourniture et d'adjudication de services peuvent rentrer aussi bien dans l'une que dans l'autre catégorie (art. 1559 et 1667 c. c.). Les contrats à échéance différée sont, par contre, des contrats où la prestation est renvoyée, par la volonté des parties, à une période successive à la stipulation du contrat. La vaste catégorie évoquée par la disposition permet à la doctrine d'y inclure les contrats les plus disparates, comme par exemple, les contrats d'affacturage, de franchisage et d'assistance technique.

29 La codification, en droit italien, d'un principe d'adaptation judiciaire du contrat déséquilibré par des survenances dues à l'initiative de la partie lésée, est souhaitée, pour ce qui concerne le droit contractuel des entreprises, dans les lignes directrices du rapport général provisoire de la Commission d'étude pour la révision systématique du droit commercial, instituée par décret du 13 avril 1990.

30 On renvoie, pour ces questions, à ma monographie, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001, p. 271-293.

31 Cass., 8 septembre 1998, n° 8857, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1998, 1865.

32 Cass., 25 mai 1991, n° 5922, in *Foro it.*, *Rep.*, 1991, rubrique '*Contratto in genere*', n. 359 ; dans le même sens, Cass., 18 juillet 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, c. 564.

Livre Jurisprudence n°2.indb 303 08/08/2011 12:03:04

destinataire, acte auquel ce dernier, dans la mesure où il le considère avantageux, peut adhérer. S'il n'y a pas acceptation » il faut « que le juge procède, en se substituant à la partie destinataire de l'acte, à une évaluation technique relative à l'adéquation de la prestation offerte »[33]. Il n'est donc pas nécessaire d'introduire une indication précise des clauses à modifier dès lors que l'offrant, lorsqu'il formule une offre d'ordre général, peut s'en remettre au juge pour l'évaluation concrète des modifications ; ce dernier examinera l'offre au fond « en recourant éventuellement à un conseil technique et aux autres activités autorisées et qu'il juge opportunes »[34]. Différent est, par contre, le cas où le contractant non lésé, cité en jugement, au lieu de demander que ce soit le juge qui fixe la modification à apporter aux stipulations originaires, « dans l'exercice de la faculté de disposer librement de ses propres intérêts » propose lui-même une modification de nature spécifique. Dans ce cas en effet, le juge « ne peut que se prononcer sur l'effet de celle-ci d'empêcher l'acceptation de la demande de résiliation opposée » ; s'il allait au-delà, il tomberait dans le vice du prononcé *ultra petita*, « en envahissant ainsi le domaine réservé à la capacité de disposer des parties »[35]. À la lumière de la lecture de ces deux arrêts (qui constituent, en la matière, l'orientation la plus récente) l'on déduit, en définitive, que la partie citée en justice doit se garder d'un excès de diligence ; au lieu de se risquer à faire des évaluations de nature technique sur l'offre spécifique, elle ferait bien de ne pas indiquer (ou de ne pas se limiter à indiquer) de façon précise et circonstanciée les modifications à apporter au contrat, en s'en remettant de toute façon à l'appréciation discrétionnaire du juge.

33 Cass., 25 mai 1991, n° 5922, déjà cité.

34 Cass., 25 mai 1991, n° 5922, déjà cité.

35 Cass., 11 janvier 1992, n° 247, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 2018. L'intérêt – pratique et dogmatique – pour ces questions qui s'est manifesté dans le droit italien, semblerait s'étendre également au droit brésilien qui rappelle, dans le code civil de 2002, tant la matière sur la résolution pour excessive onérosité (voir l'art. 478 c. c. qui, bien que s'inspirant du contenu de l'art. 1467 du code civil italien, ne mentionne pas la notion d'aléa normal du contrat) que l'offre de modifier équitablement les conditions du contrat formulées par la partie citée en justice par l'action de résolution (art. 479 c. c.).

6. Lesdites clauses d'ajustement automatique et les clauses de renégociation généralisées dans la pratique contractuelle

Les difficultés indiquées à attribuer à la partie lésée le pouvoir de demander la révision judiciaire du contrat pour changement des circonstances, représentent un problème qui, d'une part, sollicite la réflexion théorique de la doctrine et, d'autre part, suscite, sous un aspect empirique, la propension des opérateurs du marché à adopter des techniques conventionnelles d'ajustement du contrat. Il s'agit, on le sait, de dispositifs visant à assurer un ajustement pour ainsi dire automatique ou une adaptation obtenue moyennant la coopération des parties ou la participation d'un tiers. Les clauses d'ajustement automatique sont, par exemple, les "clauses-or", les "clauses-marchandise" et les "clauses-indexation", en vertu desquelles, les parties, « dans l'intention de se protéger contre les oscillations éventuelles de valeur de la devise, établissent comme paramètre, pour la fixation de la rétribution due à l'échéance, la valeur de l'or, d'une ou de plusieurs catégories de marchandises ou l'indice du coût de la vie »[36]. Il s'agit d'instruments visant à enlever son efficacité au principe nominaliste qui, dans le régime juridique italien, est prévu par l'art. 1277 c. c. ; le créancier est autorisé à exiger « le respect du paiement du montant de la prestation pécuniaire en tant que rémunération réelle et effective […] de l'obligation contractuelle »[37]. Les clauses du deuxième type sont, par contre, celles en vertu desquelles les parties elles-mêmes procèdent, au cours de l'exécution du contrat, à la révision du contrat ou de certains de ses éléments ou celles aux termes desquelles les parties s'en remettent à la décision d'un tiers dont l'intervention peut être également subordonnée à un défaut d'accord entre les parties[38]. Dans le cadre du thème ici traité, lesdites

36 M. J. Bonell, *La revisione dei contratti ad opera di terzi*: *una nuova forma di arbitrato?*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 318.

37 F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Naples, 1996, p. 173.

38 L'intervention d'un tiers dans la procédure de révision du contrat pose, en droit italien, des problèmes particuliers quant à la qualification

Livre Jurisprudence n°2.indb 304 08/08/2011 12:03:04

clauses de force majeure et de *hardship*, revêtent un intérêt particulier, clauses par lesquelles les parties s'obligent à redéterminer les conditions contractuelles au cas de la survenance de circonstances susceptibles d'altérer substantiellement l'équilibre originaire entre les prestations. Le changement de l'état de fait peut consister en des événements qui échappent au contrôle et à la prévisibilité des parties – et donc, non imputables à celles-ci – à la suite desquels une prestation devient impossible – il s'agit de l'hypothèse de la clause de force majeure – ou notablement onéreuse, en provoquant ainsi un déséquilibre économique notable entre les prestations – il s'agit de l'hypothèse de la clause de *hardship* –. Pour ce qui concerne en particulier les clauses *hardship*, leur fonction se distingue de celle des clauses d'ajustement automatique en ce qu'elles offrent aux parties un instrument de caractère général, capable de remédier « à toutes les circonstances survenues, quelle que soit leur origine ou leur nature »[39].

7. Conditions de compatibilité des clauses d'ajustement automatique avec la réglementation générale en matière de résiliation pour excessive onérosité

Il s'agit maintenant de fixer les termes de la compatibilité des clauses d'ajustement automatique, visant à la conservation des effets contractuels avec la matière traitée par l'art. 1467 c. c. qui – comme on a pu le remarquer – face à la survenance d'événements extraordinaires et imprévisibles au cours de l'exécution du contrat, d'une part autorise la partie lésée à demander en justice – uniquement – la résiliation du contrat, et d'autre part attribue au juge le pouvoir de prononcer, dans ce cas, un arrêt qui entraînera la résiliation des effets du contrat. Il faut immédiatement préciser que l'art. 1467 c. c. n'est pas une disposition impérative, et que les parties dans l'exercice du pouvoir d'autonomie qui leur est attribué par la loi, ont donc la faculté de déroger à cette règle générale, en remédiant ainsi, dans la programmation de leurs objectifs, au caractère rigide et parfois inefficace de la mesure résolutoire[40].

Le problème surgit toutefois – pour ainsi dire – de la *mesure* de la dérogation. Il faut autrement dit se demander si ladite clause exclut radicalement la résiliation pour excessive onérosité survenue ou, si par contre, entre règle prédisposée par les particuliers et règle législative ne s'instaure pas un rapport d'incompatibilité partielle. La jurisprudence oscille entre les deux options.

a) D'une part, on a tendance à refuser l'application de l'art. 1467 c. c. même quand les critères de péréquation du prix adoptés se révèlent concrètement inadéquats à assurer le rééquilibre entre les prestations, dès lors que c'est précisément l'indication de la prévision contractuelle qui rend implicite la volonté d'assumer l'aléa de la survenance de ces événements de la partie qui n'est pas compensée par les mécanismes de change[41].

b) D'autre part, bien que reconnaissant que « la stipulation d'une clause d'ajustement du prix ne laisse aucun champ de manœuvre, d'habitude et dans des conditions normales, à l'application des réglementations sur la survenance de l'onérosité excessive », on estime que ce principe

juridique de son activité : a) le tiers peut être appelé à trancher un litige né entre les parties selon les formes et les modalités prévues par le code de rite (arbitrage rituel) ou sous une forme plus expéditive et plus économique, sans respecter les règles procédurales prescrites par la loi (arbitrage libre ou non rituel). Dans le premier cas, la décision du tiers non seulement lie les parties, mais elle est susceptible de recevoir de l'État une efficacité analogue à celle de la sentence juridictionnelle ; dans l'autre cas, le *vinculum iuris* découlant de la décision du tiers relève du contrat préalablement stipulé par les parties ; b) Son intervention peut, par contre, se résoudre dans l'identification d'un élément contractuel qui fait défaut dans le contrat dès sa stipulation (arbitrage) ou dans l'évaluation d'une donnée technique inhérente au rapport juridique (expertise contractuelle).

39 A. Frignani, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, sous la direction de F. Galgano, vol. XII, Padoue, 1990, p. 201.

40 Ce qui est d'ailleurs confirmé par la faculté analogue que la jurisprudence compétente attribue aux parties, dans le cadre de l'impossibilité survenue de la prestation, de disposer d'une autre réglementation des effets de la dissolution du contrat ou d'en exclure l'applicabilité à des événements donnés (Trib. Rome, 7 novembre 1994, in *Gius*, 1995, p. 448).

41 Cass. 21 juin 1985, n° 3730, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc. 2.

Livre Jurisprudence n°2.indb 305 08/08/2011 12:03:04

« ne peut plus être appliqué dans des cas limites face à la survenance d'événements tellement exceptionnels de par leur nature ou de par leur entité, qu'ils rendent concrètement caduques des clauses d'ajustement des prix, pour aussi habilement et rationnellement qu'elles aient été conçues »[42].

Les faits exceptionnels et imprévisibles étaient, dans ce cas, ceux vérifiés suite à la guerre du Yom Kippur. Des similitudes avec cet événement se retrouvent dans la célèbre affaire *Alcoa* (*Aluminium Co. of America* contre *Essex Group Inc.*) et dans l'affaire *Électricité de France c. Shell Française*, où cependant, dans le premier, la Cour est intervenue sur le contrat en modifiant la clause de relèvement des coûts, dans le second – où, dans un contrat de fourniture d'huile combustible, étaient associées une clause d'indexation et une clause de renégociation – cette voie n'a été considérée comme viable qu'après la nomination, au niveau judiciaire, d'un expert et l'échec éventuel de celui-ci de conduire les parties à un accord de renégociation.

8. La portée de la clause de renégociation : l'inexécution et le paradoxe de la protection résolutoire

Les clauses de renégociation suscitent par contre des problèmes d'un autre ordre. Les parties contractantes, dans l'exercice de leur pouvoir d'autonomie, peuvent "inventer" des clauses de diverses natures : de la simple prévision de l'obligation de renégocier, en tout ou en partie, le contenu du contrat, à l'indication rigoureuse des critères subjectifs ou objectifs qui doivent présider à la renégociation. On estime que l'obligation de renégocier est une obligation de moyens et que ladite renégociation doit s'effectuer dans le respect des règles relatives à la bonne foi dans l'exécution[43]. Au cas où l'une des parties, invitée par l'autre à renégocier, se refuse de procéder à de nouvelles négociation ou que celles-ci sont conduites en violation du principe de la bonne foi, la partie contractante qui a exécuté ses obligations peut demander, sous réserve des conditions nécessaires, la résiliation du contrat pour inexécution et, en outre, une indemnisation pour le dommage subi[44]. Mais la protection offerte par l'instrument de la résiliation laisse apparaître, sur le plan logique, des contradictions qui relèvent d'un paradoxe : la partie contractante, après être convenue, au titre de la clause de renégociation, de déroger à l'instrument rigide de la résiliation pour excessive onérosité, serait par la suite contrainte d'invoquer, dans la mesure où l'obligation de renégociation de l'autre partie n'a pas été respectée, le même instrument. Pour surmonter cette incongruité, on s'est demandé si les normes du système juridique italien admettent une protection distincte de la protection offerte par la résiliation, apte à garantir, par la voie judiciaire, la conservation du rapport[45]. C'est ce que prévoient les principes *Unidroit*, les *Principles of European Contract Law* élaborés par la Commission européenne des contrats présidée par Ole Lando et par ledit *Code Européen des Contrats*, sous la direction de l'Académie des Experts de Droit privé Européens de Pavie, coordonnée par Giuseppe Gandolfi[46].

Dans la mesure où il n'existe pas d'arrêts de jurisprudence en la matière, la doctrine s'oriente vers trois positions.

42 Cass., 29 juin 1981, n° 4249, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 672.

43 V. M. Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Naples, 2000, p. 191.

44 V. M. Cesaro, *Clausola*…, déjà cité, p. 243.

45 Mais le problème, dès lors qu'il concerne le phénomène de l'inexécution de l'obligation de renégociation, ne peut être considéré comme absent, même pas dans les systèmes qui admettent la révision judiciaire du contrat pour changement des circonstances, comme il est prévu par exemple par le code civil hollandais (art. 6 : 258), par le code de commerce colombien (art. 868) et encore dans les systèmes juridiques de nombreux pays arabes.

46 Comme on a pu le remarquer, en cas de non-accord entre les parties, tant les principes Unidroit (l'art. 6.2.3), que les P.E.C.L. (art. 6 : 111) et le Code Européen des Contrats (art. 157) prévoient, sous diverses formes, que si le juge constate une hypothèse d'excessive onérosité due à un changement de circonstances, il peut résilier le contrat ou le modifier afin de rétablir l'équilibre originaire. Quant au problème de l'interprétation de l'extension au phénomène de la survenance de l'excessive onérosité de la prestation de l'art. 79 de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises en matière de survenances qui empêchent l'exécution, voir F.P. Traisci, Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law, Napoli, 2003, p. 338-346.

Livre Jurisprudence n°2.indb 306 08/08/2011 12:03:04

i) Elle estime que la partie, en raison de l'inexécution d'autrui de l'obligation de renégociation, est autorisée à demander au juge une sentence constitutive qui remplace le contrat de modification non conclu[47]. L'art. 2932 c. c. serait donc applicable – exécution spécifique de l'obligation de conclure un contrat – selon la jurisprudence non seulement dans le cas d'un avant-contrat, mais dans toutes les situations qui prévoient l'obligation de donner son consentement au transfert ou à la constitution d'un droit.

ii) A la lumière des expériences de *common law* et de *civil law*, on constate que même si de la clause de renégociation ne découle pas une véritable obligation de stipuler, autrement dit de conclure le contrat de modification, il existe une obligation de contracter qui se traduit, d'une part, par « l'ouverture de la négociation de modification », d'autre part, « par l'application de celle-ci conformément à la règle de la bonne foi *in executivis* »[48]. La voie est ainsi ouverte au pouvoir du juge de prononcer une sentence visant à déterminer l'offre contractuelle en vertu du paramètre de la bonne foi. Cette position de la doctrine est, dans une certaine mesure, confirmée par l'orientation récente de la Cour de Cassation – ci-dessus évoquée – sur le pouvoir du juge de se substituer aux parties et de spécifier le contenu de l'offre visée au 3e alinéa de l'art. 1467 c. c. si celle-ci a été formulée en termes généraux.

iii) Si on transpose le propos sur le plan des tâches et des fonctions susceptibles d'être déférées à l'autorité judicaire, on met en doute la catégorie même des sentences déterminatives[49]. L'acte consistant à déterminer et à spécifier l'objet contractuel se traduirait, sur le plan juridictionnel, par un excès de qualifications. Les normes au contenu élastique – en matière par exemple de bonne foi ou d'équité – souvent évoquées pour définir les contours du phénomène, se limiteraient à exprimer « le caractère créatif, d'évaluation de l'interprétation de la loi »[50], dont les destinataires sont, en premier lieu, les particuliers, puis, en cas de contrôle judicaire, le juge.

Au vu de la résistance des juges italiens à intervenir sur le contrat – résistance que l'on retrouve également dans d'autres systèmes juridiques en raison du principe de la force de loi du contrat – on recourt à la solution pratique qui consiste à soustraire les litiges issus du contrat à la juridiction ordinaire pour les déférer à l'instrument plus souple de l'arbitrage, libre ou non rituel. Mais, à défaut d'une clause expresse de garantie ou d'ajustement du prix, on estime que le juge n'est pas autorisé, même en sa qualité d'arbitre en équité, à ajuster les prestations, en opposant une configuration d'intérêt, inspirée de l'équité contractuelle, à celle disposé par les parties contractantes[51]. C'est une piste d'argumentation que l'on retrouve également dans la jurisprudence arbitrale internationale[52].

47 F. Macario, *Adeguamento…*, déjà cité, p. 425 ; V. Roppo, *Il contratto,* in *Tratt. dir. priv.* sous la direction de G. Iudica e P. Zatti, Milan, 2001, p. 1047.

48 V. M. Cesaro, *Clausola…*, déjà cité, p. 264.

49 A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela cd costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, I, p. 96-100. Sur ce problème, voir pour la doctrine française, G. Rouhette, *La révision conventionelle du contrat*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, 2, p. 406 ; B. Oppetit, *L'adaptation des contracts internationaux aux changements de circonstances : la clause de* "*hardship*", Clunet, 1974, p. 808.

50 A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela…*, cit., p. 97.

51 Trib. Milano, 9 janvier 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 67 et suivantes.

52 A. Frignani, *Il contratto…*, déjà cité, p. 200.

Livre Jurisprudence n°2.indb 307 08/08/2011 12:03:04

9. Les profils de discipline envisagés dans l'avant-projet de réforme du droit français des obligations. Le projet de réforme du droit des contrats élaboré sous la direction de François Terré. Le projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie

La discipline prévue dans l'avant-projet français de réforme du droit des obligations, à l'initiative de Pierre Catala, s'éloigne des pistes d'orientation des projets d'unification législative au niveau européen. D'une part, le coeur des normes proposées (art. 1135-1, 1135-2, 1135-3) gravite autour de la notion de perte d'intérêt ; d'autre part, la conservation du rapport relève de la compétence, non pas du juge, mais des parties qui, par l'effet de l'éventuel ordre judiciaire prononcé à la demande de la partie dont la prestation est devenue eccessivement onéreuse, seraient tenues de renégocier les termes et les conditions du contrat[53]. La double option, ébauchée dans les principes *Unidroit* (l'art. 6.2.3), dans les *P.E.C.L.* (art. 6 : 111), dans le *Code Européen des Contrats* (art. 157), dans le Draft Common Frame of Reference (III – I : 110), où le juge, après avoir constaté la survenance de l'altération de l'équilibre contractuel, peut résilier le contrat ou le modifier en rétablissant l'équilibre originaire des prestations, se limite ici à une unique solution : l'échec de la négociation, en l'absence de la mauvaise foi, offre à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage[54]. La voie de la conservation du rapport par intervention judiciaire est donc interdite. Il s'agit plutôt de préciser le fait que l'obligation de renégocier les conditions contractuelles, objet de l'ordre judiciaire, repose sur des circonstances objectives, extérieures aux parties, qui provoquent l'altération de l'équilibre originaire *des* prestations (et non *entre* les prestations), de telle façon que le contrat perd son intérêt à l'égard de la partie lésée. Les raisons de fait et de droit, entendues comme fondement de la demande judiciaire, visant à la renégociation (art. 1135-2), ne peuvent que reprendre, selon une interprétation de nature systématique, les présupposés objectifs évoqués dans la règle relative à la renégociation de source conventionnelle (art. 1135-1). En d'autres termes, la perte totale d'intérêt, à laquelle est ancré le sort du rapport obligatoire, ne prend pas une signification subjective, comme si l'intérêt du créancier, en tant que tel, était un élément décisif pour le maintien du lien obligatoire[55] ; mais au contraire, il doit s'obtenir lors de la survenance des événements étrangers à la volonté des parties, « extraordinaires et imprévisibles » selon la formulation de l'art. 1467 du code civil italien, et, en outre, consister dans la survenance d'une onérosité de la prestation qui ne rentre pas dans l'aléa normal du contrat[56].

La référence, contenue dans l'art. 1135-1, au pouvoir d'autonomie des parties d'introduire dans le contrat des clauses de renégociation, ne pose pas seulement de multiples questions quant à la teneur possible du pacte, mais elle prend, selon moi, une signification précise eu égard au contexte dans lequel s'est inscrite la figure de la renégociation, où les exigences empiriques s'entremêlent aux profils de caractère systématique.

53 « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles » (art. 1135-1). « À défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation » (art. 1135-2).

54 L'art. 1135-2, 2° alinéa, est ainsi libellé : « Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage ». Sur la comparaison entre les solutions proposées par l'avant-projet et les orientations de la doctrine et de la jurisprudence française, voir F. Bottoni, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'*avant-projet *di riforma del diritto delle obbligazioni. In medio stat virtus ?*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 565 et suivantes.

55 En vertu de l'art. 1174 code civil italien : « la prestation qui forme l'objet de l'obligation », outre à devoir être susceptible d'évaluation économique « doit correspondre à un intérêt, même si non patrimonial, du créancier ». La règle, inscrite dans le cadre de la matière générale des obligations, a conduit à se demander si l'intérêt, même non patrimonial du créancier, qui est la condition de l'existence du rapport obligatoire, constitue un élément indéclinable pour le maintien de l'obligation : v. à cet égard G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 207-212.

56 Voir §§ 4, 10.

Livre Jurisprudence n°2.indb 308 08/08/2011 12:03:04

Quant au contenu du pacte, on peut envisager deux hypothèses : *a)* la clause de renégociation indique des critères et des paramètres de référence visant à déterminer les termes de l'accord de modification ; et alors, la renégociation, même si elle est évoquée dans le contrat, se détache de la signification commune pour s'ancrer au phénomène de la modification du rapport. Si la clause n'envisage pas la participation d'un tiers, ce seront les critères figurant dans le contrat qui détermineront la mesure et les modalités de l'intervention judiciaire. *b)* La clause lie les parties à la simple renégociation, en spécifiant des règles de déroulement formel de la négociation. Dans ce cas, le contenu de l'obligation ne s'étend pas à la formation de l'accord : c'est là une conséquence uniquement éventuelle, laissée à la libre appréciation du contractant. La renégociation, dont la signification technique répond dans ce cas au sens littéral, est impondérable quant à son résultat ; en laissant libre et intègre le pouvoir de ne pas conclure l'accord.

Quand au cadre de référence de l'art. 1135-1, qui en lui-même se limite à exprimer une forme d'exercice du pouvoir d'autonomie contractuelle[57], la règle proposée semble assumer une signification empirique par rapport aux limitations propres du système juridique français et, ajoutons-nous, italien. En d'autres termes, la renégociation qui évoque le thème de l'autonomie privée dans l'exécution du contrat, réclame des contractants une discipline exhaustive : tantôt en fixant des paramètres pour la conclusion de l'accord de modification tantôt en déduisant l'obligation dans une clause résolutoire expresse, tantôt en décidant un terme essentiel et encore, en subordonnant, à l'échec de la négociation, l'intervention d'un tiers. La question se centre sur le principe de l'auto-responsabilité, en refluant sur un plan économique et psychologique : il appartient aux contractants de prévoir, au moment de la conclusion du contrat, des instruments rigides de mise en œuvre de la renégociation susceptibles d'en assurer le bon résultat, de déterminer à l'avance la mesure de leur propre jugement critique et d'empêcher d'éventuelles raisons de dissentiment.

Dans le projet de réforme du droit des contrats élaboré sous la direction de François Terré, le rapport entre la renégociation et l'intervention judiciaire fait l'objet d'une diverse réglementation (art. 92). On dispose que « les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celles-ci est devenue plus onéreuse. Cependant, les parties doivent renégocier le contrat afin de l'adapter, ou d'y mettre fin, lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat. En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». La référence aux circonstances imprévisibles – et non pas aussi aux circonstances « extraordinaires » comme par exemple il est prévu à l'art. 1467 du code civil italien – en accentuant selon moi la portée subjective de la notion de probabilité[58] : le risque assumé au moment de la conclusion du contrat, qui empêche l'obligation de renégociation, n'est pas seulement le risque découlant du contrat conclu entre les parties, mais semble s'étendre aussi à l'événement qui, au moment de la conclusion du contrat, se révèle être prévisible pour le contractant individuel sur la base d'une évaluation de ses qualités professionnelles et du patrimoine d'informations dont il dispose. Au lieu d'aléa normal du contrat – qui est la notion rappelée dans l'art. 1467 du code civil italien – on pourrait parler, en termes subjectifs, d'aléa normal du contractant.

Il faut enfin évoquer le texte du projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie dans lequel, en référence aux changements des circonstances, l'intervention judiciaire en fonction de l'adaptation du contrat est en équilibre avec le principe de l'autonomie privée. Le juge, outre à réitérer que la survenue de l'excessive onérosité de

57 D. Mazeaud, *Renégocier ne rime pas avec réviser !*, in *Rec. Dalloz*, 2007, n° 11, p. 766-767.

58 Voir., à propos de la pensée de Keynes et de de Finetti, F. Gambino, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milan, 2001, p. 87-107.

Livre Jurisprudence n°2.indb 309 08/08/2011 12:03:04

la prestation n'attribue pas le droit de suspendre l'exécution du contrat, peut procéder à l'adaptation du contrat, à condition que les parties le permettent. En vertu de l'art. 136 (Chapitre VIII – Titre III – Livre III) « en cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». Dans ce cas, l'intervention du juge visant à modifier le contenu du contrat trouve son fondement et donc également sa limite dans l'autonomie privée.

10. Rapport entre règle générale en matière de résiliation et règles spéciales en matière de révision

Il convient maintenant d'aborder le rapport intra-systématique – évoqué ci-dessus – entre l'art. 1467 c. c. et les réglementations spéciales qui admettent, sous diverses formes, la révision, la réduction et la variation de certains éléments contractuels et, plus généralement, le rapport entre les mesures qui entraînent la caducité des effets du contrat et les mesures conservatoires de ces effets[59]. Il faut fixer, en termes plus concis, certains préalables d'application de la discipline générale, compte tenu du fait que celle-ci, même pour les contrats visés par les règles spéciales en matière de réduction et/ou de révision, est destinée à réglementer le changement de circonstances dans les cas non soumis à dérogation, autrement dit, les cas qui ne peuvent être soustraits à la règle générale[60]. C'est le cas par exemple de l'éventualité où, dans l'application de la méthode analogique, on ne constate aucun rapport de ressemblance entre le cas – controversé – non réglementé et la note différentielle qui isole la norme spéciale dans le déroulement de la logique de la règle générale[61]. Il faut, en premier lieu, que se soient vérifiés, au cours de l'exécution du contrat, des événements extraordinaires et imprévisibles, susceptibles d'altérer le rapport originaire d'équivalence entre les prestations, qui entraînent en outre une diminution ou une cessation de l'utilité de la prestation de l'autre partie[62]. Sous l'aspect quantitatif, la jurisprudence a ainsi considéré que, au cas où le prix de marché de la matière première, objet du contrat de vente, subit une augmentation en pourcentage équivalente à 30 % du prix stipulé, la demande de résiliation du contrat pour excessive onérosité, n'est pas recevable[63]. En ce qui concerne les caractères des événements, on pense que le "caractère extraordinaire" relève de la non-répétition, avec fréquence et régularité, d'un événement donné et que la "prévisibilité" revêt un caractère subjectif dès lors qu'elle concerne le domaine de la connaissance des parties ; le critère de la prévisibilité doit être apprécié lors de la conclusion du contrat et en fonction du paramètre objectif de l'homme ordinaire[64]. En vertu du 2e alinéa de l'art. 1467, c. c., la résiliation ne peut être requise si la survenance de l'onérosité relève de l'aléa normal du contrat. Il s'agit d'une notion de nature économique, "qualitativement" différente de cet élément "intrinsèque" qui définit la catégorie des contrats aléatoires[65]. L'aléa normal se situe dans une position externe au lien d'équivalence entre les prestations dans la mesure où il dépend de « facteurs externes […] uniquement statistiquement » inhérents « à telle ou telle mécanique contrac-

59 V. ROPPO, *Il contratto*, déjà cité, p. 1041-1042.

60 Si l'onérosité survenue découle de causes différentes – qui ne sont pas, par exemple, naturelles – de celles indiquées dans l'art. 1664 c.c. 2e alinéa – qui, en matière d'adjudication, prévoit le droit de l'adjudicateur à une rémunération équitable – on applique l'art. 1467 c.c., Cass., 3 novembre 1994, n o 9060, *Foro it., Rep*., 1994, rubrique '*Appalto*', n° 46.

61 Voir à cet égard, les remarques fondamentales de N. IRTI, *L'età della decodificazione*4 Milan, 1999, p. 89-94.

62 Cass., 16 mars 1981, n° 1465. Par exemple, l'utilité de la contrepartie cesse au cas où celle-ci est en espèces et subit une diminution excessive.

63 Trib. Monza, 29 mars 1993, in *Foro it*., 1994, I, c. 916. Le critère quantitatif de 30 % est considéré également dans la sentence du Trib. Florence, 28 mars 1998, in *Foro it*., 1998, I, c. 612, pour exclure la résiliation d'un contrat de prêt pour excessive onérosité en cas d'augmentation du montant des versements en Ecu à la suite du retrait de l'Italie, en 1992, du système monétaire européen.

64 Cass., 23 février 2001, n° 2661, in *Giur. it*., 2001, c. 1824.

65 A. BOSELLI, rubrique '*Alea*', in *Noviss. dig. it*., I, 1957, Turin, p. 472.

Livre Jurisprudence n°2.indb 310 08/08/2011 12:03:04

tuelle »[66]; cet aléa « varie en fonction du type et du sous-type contractuel »[67]. Le recours à la résiliation ne peut être invoqué que par la « partie qui doit » la prestation devenue excessivement onéreuse (1er alinéa de l'art. 1467 c. c.), de sorte que, d'une part, cette partie serait libérée de l'obligation souscrite dans le contrat si la demande judiciaire était accueillie, et d'autre part, on admet la possibilité de l'application de la règle en cas d'exécution partielle de la prestation. En outre, si d'un côté on exclut que la partie contractante qui a intégralement exécuté sa prestation devenue excessivement onéreuse est autorisée à demander la résolution du contrat, de l'autre la Cour de Cassation estime que ce recours peut être présenté par la partie contractante qui, avant d'exécuter sa prestation, a communiqué à l'autre partie son intention d'agir en voie judiciaire pour vérifier la survenance de l'onérosité excessive[68]. La règle sur la résiliation ne peut être invoquée si l'événement perturbateur est imputable à la partie lésée, à l'inertie de laquelle – par exemple – est dû l'écoulement, en vain, du délai qui a généré l'onérosité excessive de la prestation[69]; en outre, elle ne s'applique pas « aux contrats aléatoires de par leur nature ou de par la volonté des parties » (art. 1469 c. c.).

Il faut observer par ailleurs que c'est précisément dans l'art. 1467 c. c. que l'institution jurisprudentielle de ladite présupposition entendue comme cet « ensemble de circonstances » – que l'on peut résumer dans l'ancienne expression *rebus sic stantibus* – "externe à l'affaire" et commun aux deux parties contractantes, « à l'existence et à la persistance de laquelle est subordonnée l'existence et la persistance du lien contractuel » à son fondement normatif[70]. Cependant, au cas où se présentent des préalables d'application de ce cas de figure ou que l'on reconnaisse la pertinence de la *clausola rebus sic stantibus* – institution déjà appliquée par le code civil en vigueur en 1865 – la non-survenance de la situation présupposée a comme conséquence non pas la révision des conditions contractuelles, mais – à l'instar des dispositions du 1er alinéa de l'art.1467 c.c. – la caducité des effets contractuels.

Il nous semble enfin opportun de signaler, aux fins de l'exhaustivité de l'enquête, qu'en cas de contrats connexes, on estime que, si l'on constate concrètement le lien téléologique entre les transactions et l'intention commune des parties de les coordonner pour parvenir à un unique objectif[71], de ce lien d'interdépendance découle que le destin de l'un se répercute sur celui de l'autre, en en conditionnant la validité et l'efficacité[72].

11. Principes généraux et normes spéciales

Afin de réduire la portée générale, en la matière, du recours à la résiliation, la doctrine italienne rappelle une série de règles spéciales qui permettraient de déduire implicitement un principe général de conservation des effets du contrat. Pour ce qui concerne les circonstances survenues au cours de l'exécution du contrat, rappelons : l'art. 1464 c. c, qui relie à l'impossibilité partielle de la prestation d'une partie, le droit de l'autre partie « à une réduction équivalente de la prestation qui lui incombe » ; l'art. 1664 c. c., 1er alinéa, en vertu duquel l'adjudicateur et le commettant peuvent demander au juge une révision du prix si, par

66 R. Nicolò', rubrique '*Alea*', in *Enc. dir.*, II, Milan, 1958, p. 1026. L'aléa normal comprend par exemple les oscillations de valeur des prestations dues aux fluctuations régulières et normales du marché, Cass., 17 juillet 2003, n° 11200, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2003, f. 7-8.

67 R. Sacco, *Il contratto*, II, déjà cité, p. 715.

68 Cass., 27 mai 1981, n° 3474, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 228 et suivantes.

69 Cass., 31 janvier 1989, n° 595, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1989, fasc. 1.

70 Cass., 5 janvier 1995, n° 191, in *Foro it.*, *Rep.*, 1995, '*Contratto in genere : Elementi (del contratto)*, n° 309 ; voir dans le même, sens les arrêts de Cass., du 10 février 2003, n° 1952, in *Giust. civ.*, 2003, I, c. 1536 et, pour ce qui concerne la suppression de la possibilité de construire sur le sol, comme circonstance présupposée par les parties au moment de la conclusion du contrat, Cass., 28 août 1993, n° 9125, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1601.

71 Cass., 23 juin 2003, n° 9970, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2003, f. 6.

72 Cass., 16 mai 2003, n° 7640, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2003, f. 5. Une importance toute particulière revêt l'enquête sur le lien subjectif – en d'autres termes, sur l'avantage concret et commun poursuivi par les parties – dans le but de reconduire le phénomène de sous-traitance au cas de figure des contrats connexes, V. Ricciuto, rubrique '*Subcontratto*', in *Enc. giur. Treccani*, Rome, 1997, p. 10-12.

Livre Jurisprudence n°2.indb 311 08/08/2011 12:03:04

suite de circonstances imprévisibles, se sont produites des variations des coûts supérieures au dixième du prix global convenu ; le 2e alinéa de l'art. 1664 c. c., qui dispose le droit de l'adjudicateur à une rémunération équitable si « au cours des travaux se manifestent » des difficultés d'exécution spécifiques « découlant de causes géologiques, hydriques et assimilées », qui rendent sa prestation excessivement onéreuse. On admet par ailleurs, à l'égard du rappel littéral de causes "assimilées", une interprétation extensive de cette règle, en ce sens qu'il faut considérer comme comprises dans la disposition normative, toutes les difficultés d'exécution dépendantes de causes naturelles[73]. Il faut en outre ajouter l'art. 1623 c. c. qui prévoit, en matière de location, le pouvoir des parties de réclamer une augmentation ou une diminution du prix de celle-ci en cas de modifications survenues dans le rapport contractuel ; l'art. 1710 c. c. 2e alinéa qui impose au mandataire l'obligation de communiquer au mandant les circonstances survenues au cours de l'exécution du mandat « susceptibles de provoquer la révocation ou la modification du mandat ». Signalons en outre les innovations introduites par le législateur en matière de location d'immeubles d'habitation, relatives « à la prévision de la renégociation du loyer comme condition de l'exécution de la prorogation légale du contrat »[74]. Sous d'autres aspects, il faut mentionner ensuite le 5e alinéa de l'art. 3 de la L. du 18 juin 1998, n° 192, en matière de sous-traitance qui reconnaît au sous-traitant le « droit à une adéquation du prix, même si celle-ci n'est pas explicitement prévue par le contrat » au cas où « seraient apportées, au cours de l'exécution du rapport et à la demande du commettant, des modifications et des variantes significatives emportant, en tout cas, des augmentations des coûts » ; la matière du droit des consommateurs et des usagers (L. 30 juillet 1998, n. 281, n. 281) ou à l'article à l'art. 1 (2° alinéa lettre e) on rappelle, parmi les droits fondamentaux, de cette catégorie de sujets, le droit (outre qu'à la rectitude et à la transparence) à l'équité dans les rapports contractuels concernant les biens et les services ; la récente disposition introduite dans le 3e alinéa de l'art. 7 du Décret Législatif du 9 octobre 2002, n° 231, qui, conformément à l'application de la directive 2000/35/CE relative à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, énonce que « le juge, même commis d'office, déclare la nullité du contrat et, après avoir pris en compte l'intérêt du créancier, la pratique commerciale correcte et des circonstances diverses visées à l'alinéa 1, applique les délais légaux ou rétablit l'équité du contenu même du contrat ». Ces différentes dispositions laissent planer un doute : cette réglementation spéciale peut-elle garantir, sous diverses formes, des modèles formels susceptibles de déduire le principe de la conservation du contrat ? E ce dernier a-t-il la force nécessaire, dans le cadre d'un cas individuel, de limiter la portée du principe général de la résiliation du contrat ? En d'autres termes, il conviendrait de se demander, lors de l'établissement de la discipline générale, « ce que […] l'on peut et l'on doit emprunter également aux matières spécifiques des types divers et distincts de rapport obligatoire »[75]. Il ne s'agirait pas simplement de recueillir, un par un, selon un critère quantitatif et empirique, les innombrables cas qui s'inscrivent, par interprétation extensive ou par voie analogique, dans le cadre d'application de la norme spéciale, mais de comprendre si l'antithèse "codification – décodification », qui a pendant longtemps mobilisé la réflexion de la doctrine italienne[76], peut être remplacée par la dialectique obligation comme figure générale d'une part, et des types de rapport divers et distincts de rapport obligatoire, d'autre part[77].

73 Cass., 19 mars 1980, n° 1818, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1980, fasc. 3.

74 Voir à cet égard à l'art. 11, 2 bis, d.l. 11 juillet 1992, n° 333, conv. l. n° 359 de 1992, (F. Macario, *Adeguamento*…, déjà cité, p. 123) et à l'art. 6, 2e alinéa, L. 9 décembre 1998, n° 431 plus récent.

75 G. Cian, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. Dir,civ., 2002, p.503.*

76 Réflexion en vertu de laquelle, à la position de centralité assumée dans le système par le code civil, s'oppose un polycentrisme législatif issu de noyaux de normes spéciales (N. Irti, *L'età della decodificazione*, déjà cité. p. 4).

77 G. Cian, *op. cit.*, p. 505. Dans cette optique, se dégagerait par exemple la question de savoir si le droit fondamental à l'équité, reconnu

Livre Jurisprudence n°2.indb 312 08/08/2011 12:03:04

La difficulté dogmatique d'extraire un principe général de révision du rapport, susceptible de s'imposer sur le thème des survenances, se retrouve de toute évidence également en droit français. Si, en effet, dans le système juridique français également, on peut découvrir un ensemble de règles spéciales qui envisagent la modification du rapport suite à la survenance d'un déséquilibre[78], ici l'obstacle est représenté, comme on a pu le remarquer, par la force obligatoire du lien qui s'oppose fortement à l'hypothèse d'une intervention judiciaire sur le contenu du contrat. Et l'on ne saurait dire non plus que dans le système français, fondé en cette matière, sur la force obligatoire du contrat, le principe général de bonne foi exprimerait aisément une extension du lien obligatoire, qui reconnaîtrait dans l'obligation légale de renégocier une condition première de la révision judiciaire du rapport. Les obligations de bonne foi et les conséquences de leur inexécution ne sont pas fonction du rapport avec le pouvoir d'intervention judiciaire sur le contenu du contrat. En d'autres termes, ces obligations n'expriment pas une dérogation à la matière générale et ne sont pas aptes à attribuer à l'organe juridictionnel des pouvoirs étrangers à une tradition juridique consolidée.

12. Les récentes théories de l'obligation légale de renégocier

La doctrine italienne n'a pas seulement examiné les règles spéciales en matière de révision, mais elle s'est livrée à une réflexion sur l'obligation légale de renégocier qui ouvrirait la voie, logiquement et juridiquement, à la révision. Pour certains, on appliquerait en effet, en cas d'inexécution, l'art. 2932 c. c. déjà cité, et le juge pourrait alors prononcer une sentence constitutive qui tienne lieu du contrat de modification non conclu. Solution réalisable grâce à deux instruments distincts d'enquête, relevant, l'un du principe de l'équité complétive, l'autre, du critère de la bonne foi, ce dernier étant mis en évidence tant dans l'exécution du contrat (art. 1375 c. c.) qu'au cours de son interprétation (art. 1366 c. c.). L'obligation de renégocier pourrait découler, en premier lieu, de l'art. 1374 c. c. que l'on a évoqué ci-dessus à propos du phénomène de la fonction complétive de l'équité (et de la bonne foi). Cette règle, dotée de "capacité extensive », rendrait implicite, « dans les contrats qui ont une durée à longue échéance, rédigés selon des choix opérationnels conditionnés par la situation des lieux, de la technologie et du marché », une clause de renégociation en vertu de laquelle « la donnée obsolète ou non plus fonctionnelle » est remplacée par la « donnée actualisée et opportune »[79]. La matière de la survenance des changements de circonstances, dominée généralement par les mesures de la résiliation et du rétablissement de l'équité, s'enrichirait donc, selon cette approche, de l'application, par le biais de l'art. 1374 c. c., de « recours équitables ultérieurs »[80]. En tant que source de l'obligation légale de renégociation, on indique, en outre, l'art. 1375 c. c. – cité plus haut – et l'art. 1366 c. c. aux termes desquels le contrat doit être interprété selon la bonne foi. Qu'il s'agisse de la survenance de "nouvelles exigences" et "de nouveaux critères d'opportunité"[81] ou d'un sacrifice économique substantiel tel, en tout cas, de ne pas intégrer les conditions de la résiliation pour onérosité excessive ou, encore, d'un problème de gestion du rapport contractuel[82], les parties seraient tenues de procéder à de nouvelles négociations ; afin de « faire coïncider le règlement contractuel, précédemment rédigé,

aux consommateurs et aux usagers par l'art. 1, 2° alinéa, lettre e) de la L. 30 juillet 1998, n. 281, peut se concrétiser dans le droit de demander la révision du contrat au cas où la survenance de faits a rendu leur prestation excessivement onéreuse. Il s'agit de ce qui est prévu en droit brésilien par l'art. 6, V, du Code de Défense du Consommateur qui, en dérogation à la règle générale sur la résolution relative aux changements des circonstances (art. 478 c. c.), prévoit la révision du contrat, et sans prendre en compte l'élément de l'imprévisibilité de l'événement perturbateur, régit le phénomène dans le sens objectif.

78 V. à cet égard L. Grynbaum, *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Paris, 2004, p. 125 et suivantes.

79 R. Sacco, *Il contratto*, II, déjà cité, p. 723.

80 R. Sacco, *Il contratto*, II, déjà cité., p. 722.

81 R. Sacco, *Il contratto*, II, déjà cité., p. 722.

82 V. Roppo, *Il contratto*, déjà cité, p. 1042.

Livre Jurisprudence n°2.indb 313 08/08/2011 12:03:04

à la situation de fait réelle instaurée entre-temps et ayant évolué d'une façon donnée »[83]. Il s'agirait de faits distincts de ceux prévus par l'art. 1467 c. c. On pourrait aller jusqu'à dire que l'obligation légale de renégociation serait mise en évidence « justement […] pour éviter que l'équilibre économique entre les prestations soit lésé au point d'induire la partie victime du changement de circonstances à recourir à la protection de la résiliation »[84]. La théorie fait surgir divers problèmes, parmi lesquels se détachent :

a) celui de l'identification des faits distincts de ceux résumés dans l'art. 1467 c. c. (en d'autres termes de faits qui échappent à l'efficacité expansive de la norme qui rappelle la vaste formule d'« événements extraordinaires et imprévisibles »).

b) la question de l'intégrité du pouvoir d'autonomie dans l'exécution du contrat, pouvoir qui, en tant que source du rapport juridique et donc étranger à celui-ci, semblerait être pour ainsi dire intangible ; on se demande en particulier si l'on peut exiger, au titre du critère complétif, l'ouverture de nouvelles négociations ; en d'autres termes, l'exercice, en soi, du pouvoir d'autonomie[85].

Il s'agit de problèmes ouverts, suscités par les théories de l'obligation légale de renégocier, qui, dans l'optique de réduire la portée du recours à la résiliation, offrent à l'interprète d'autres instruments d'enquête.

13. Bonne foi et modification objective du rapport obligatoire en droit italien et en droit français

Les théories de la doctrine italienne sur l'obligation légale de renégocier, pour autant qu'elles ne soient pas acceptables, suscitent une question fondamentale qui assume, dans le cadre que l'on vient d'illustrer, une importance décisive : si, et dans quels cas, le principe de l'exécution de bonne foi exige des parties l'obligation de modifier les termes et les conditions du contrat. La raison pour laquelle, en présence de la survenance de nouvelles circonstances, la renégociation de source légale est exclue relève du fait que c'est du principe de l'exécution de bonne foi que découlent des comportements au contenu spécifique, actes qui concrétisent en eux-mêmes des éléments de contenu du rapport juridique. L'accent n'est pas mis sur l'activité utile à l'exécution d'un acte qui, au cours de la renégociation – phénomène à l'issue impondérable – pourrait se conclure d'elle-même ; mais sur la pertinence fonctionnelle que l'acte assume dans l'exécution du rapport obligatoire.

On pourra discuter de l'obligation de modifier le rapport mais non pas de l'obligation de renégocier. En ce sens, il semble plus approprié de parler de renégociation uniquement entendue dans l'acception économique et psychologique du terme ; pour indiquer l'attitude générique de coopération – implicite dans les obligations de bonne foi – où la disponibilité au dialogue et l'événement de la modification sont conçus comme des moments indissociables d'un même phénomène ; d'où la conséquence que le rappel de l'un serait capable, sur le plan logique, d'exprimer également l'autre. Mais sur le plan juridique, l'action individuelle et spécifique dans laquelle se laisse inscrire le comportement de bonne foi est une action susceptible de permettre l'obtention d'un résultat utile ; et non pas une action qui, bien qu'exprimant un engagement de coopération, renvoie l'obtention dudit résultat à un moment éventuel et successif. Ce raisonnement est facilité par certaines hypothèses analysées par la doctrine et la jurisprudence italiennes. Il s'agit d'obligations et de droits – déductibles diversement de l'application de l'art 1375 du code civil italien – ayant pour contenu des actes comme, par exemple, l'obligation du locataire d'entreprise de modifier le prix de vente à l'usine, en l'adaptant à la diminution, due à la dévaluation monétaire, du prix de location qui, dans le cas d'espèce, était proportionné audit prix[86] ; la modification de la prestation

83 F. Macario, *Adeguamento*…, déjà cité, p. 320.

84 F. Macario, *Adeguamento*…, déjà cité, p. 313.

85 F. Gambino, *Problemi del rinegoziare,* Milan, 2004, p. 55-82.

86 Cass., 20 avril 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 et suivantes. Le locataire – dans le cas d'espèce, l'organisme Fiuggi – auquel la municipalité de Fiuggi (titulaire de concessions relatives à l'utilisation des sources d'eau minérale) avait transféré l'exploitation de ces concessions et

Livre Jurisprudence n°2.indb 314 08/08/2011 12:03:05

déduite dans le contrat au cas où « les mesures indiquées du bien à produire n'en permettraient pas une utilisation appropriée » ou au regard de certaines modalités d'exécution ou de légères variations quantitatives[87] ; l'acte de permettre à l'autre contractant d'exécuter sa prestation en un lieu autre que le lieu fixé dans le contrat[88] ; la modification de clauses qui se seraient révélées irréalisables, à condition qu'elles ne comportent pas de modification substantielle du pacte originaire[89].

Il s'agit d'actes, au contenu déterminé, qui concourent, sous diverses formes, à spécifier le comportement adéquat dans l'exécution du rapport obligatoire.

Dans le cadre d'une comparaison avec le système français, on pourrait dire que la renégociation, dès lors qu'elle exprime un phénomène en puissance, ne peut constituer en elle-même une concrétisation de la clause générale de bonne foi, précisément dans la mesure où il ne s'agit pas d'une "mesure concrète", apte à protéger l'intérêt de l'autre contractant : dans la renégociation, la protection de l'intérêt de la partie lésée n'est pas en effet actuelle, mais elle reste un événement futur, résultat éventuel et incertain d'une négociation où les aspirations des parties se mêlent aux techniques utiles à obtenir un résultat rémunératif, sous forme de propositions et de contre-propositions, dans le cadre d'affirmations et de contradictions propres à l'exercice de l'autonomie contractuelle[90].

L'incertitude du résultat de la renégociation dépend, d'une part, de l'intégrité du pouvoir d'autonomie au cours de l'exécution du contrat, d'autre part, de la force obligatoire du contrat. D'une part, les parties, même en présence d'une clause de renégociation, ont la faculté de ne pas procéder à un accord de modification[91]. D'autre part, l'application du principe de l'exécution de bonne foi n'autorise pas le juge à revoir les termes et les conditions du contrat[92]. Sous le premier aspect, se détache la seule discipline générale de la formation et de la conclusion du contrat, visant à sanctionner, par rapport à l'accord de modification éventuel, les comportements contraires au principe de bonne foi précontractuelle ; en outre, il ressort l'idée que l'exécution de bonne foi, dans la mesure où elle a pour objet le comportement des contractants, peut ouvrir la voie à la réparation du dommage et, en présence de ces présupposés, de la résiliation du contrat pour inexécution ; la révision judiciaire est toutefois interdite. La figure de la renégociation, tantôt indiquée comme effet de la fonction complétive de l'équité et de la bonne foi, tantôt désignée comme prémisse de la révision judiciaire du rapport, fait ressortir un problème de fond : à savoir, conjuguer la règle générale, qui se fonde sur

aurait assumé, dans l'exécution du contrat, un comportement contraire aux devoirs de rectitude et bonne foi. Le locataire en effet, d'une part, bloquait le prix de vente à l'usine des bouteilles d'eau minérale (prix auquel était proportionné le montant du loyer) malgré la survenue de la dévaluation monétaire et l'intérêt de l'Administration communale à son adaptation ; d'autre part, « moyennant le transfert de l'augmentation du prix (qui avait plus que doublé au cours de la phase de distribution de la marchandise par l'intermédiaire de sociétés appartenant au même groupe dont elle faisait partie), avait obtenu le double avantage d'empêcher incorrectement l'ajustement du montant du loyer dû à la municipalité et de gagner également sur les ventes » (Cass., 20 avril 1994, n. 3775, dans les considérants).

87 C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milan, 2000, p. 508-509, où l'on précise que la prestation convenue ne serait pas en mesure de concrétiser l'utilité de la contrepartie.

88 Cet acte de tolérance du créancier est exigible dans la mesure où il ne porte pas préjudice de façon appréciable à son intérêt. C'est la question de la « défectuosité » de l'accomplissement par rapport au lieu (art. 1182 c. c.) où doit être exécutée la prestation, M. Giorgianni, *L'inadempimento* (1959), Milan, 1975, 3° ed. rev., p. 86. Voir, pour une comparaison sur ces questions avec le droit français, Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, p. 104 et suivantes.

89 Cass., 16 janvier 1954, n. 86, in *Rep. Foro it.*, 1954, rubrique "*Obbligazioni e contratti*", n° 207 ; v. à cet égard S. Rodotà, *Le fonti di integrazione…*, *op. cit.*, p. 195-197.

90 On renvoie, pour ces questions, à ma rubrique encyclopédique, "*Rinegoziazione (dir. civ.)*", in *Enc. giur. Treccani*, agg. XV, Rome, 2007.

91 La partie a la faculté, dans l'exécution des obligations découlant de la clause, de refuser d'accepter la proposition de modification avancée par l'autre contractant : en absence d'un comportement abusif, cette dernière n'est pas considérée comme responsable de l'échec de la négociation. V. en ce sens, Cass. 3 octobre 2006, in *Rec. Dalloz*, 2007, n° 11, p. 765, avec note de D. Mazeaud, *Renégocier ne rime pas avec réviser !*.

92 Le principe est confirmé en droit français par la décision de la Cour de Cassation, 10 juillet 2007, déjà cité.

Livre Jurisprudence n°2.indb 315 08/08/2011 12:03:05

des événements étrangers à la volonté des parties, avec le principe de bonne foi qui régule le comportement de celles-ci dans l'exécution du rapport obligatoire[93]. Le cœur de la question est alors la pertinence juridique des événements survenus, non pas dans le cadre de la théorie de l'imprévision et, en général, des recours au titre de la survenance de l'onérosité excessive de la prestation, mais dans le cadre de la portée d'application de la bonne foi et du phénomène complexe de l'exécution. Si, d'une part, la bonne foi est appelée à contrôler le comportement des parties dans l'exécution du contrat, d'autre part, dans l'évaluation dudit comportement, peuvent aisément se présenter des événements extraordinaires et imprévisibles, comme des éléments de l'état de fait dans lequel déclarations et conduites des parties doivent être appréciées. La raison de la fonction complétive de la bonne foi ne repose pas sur l'événement perturbateur ou dans sa probable survenance. L'état de fait et son changement expriment, avec les autres éléments impliqués dans le cas d'espèce concret, de simples indices d'appréciation du comportement de la partie. Ainsi, l'événement qui, en lui-même, n'est pas imputable, peut représenter un élément de l'état de fait, par rapport auquel le refus de la partie non lésée de modifier les termes contractuels implique un comportement contraire au principe de bonne foi. Dans le conflit entre principe d'autonomie contractuelle et protection de l'intérêt d'autrui, l'obligation d'exercer le pouvoir d'autonomie, sous la forme de la modification objective du rapport, est exigible chaque fois qu'elle empêche concrètement un comportement qui, dans le respect formel des obligations contractuelles, se révélerait abusif[94]. Dans ce cas, c'est la fonction corrective exercée par le principe de bonne foi qui rend la protection de l'utilité d'autrui et la réduction du pouvoir d'autonomie des phénomènes non incompatibles. Dans cette perspective, l'état de fait ne peut que prendre une double importance : sur le plan judiciaire, il représente un élément valable pour apprécier le comportement de la partie ; sur le plan substantiel, il constitue, pour cette dernière, un élément discrétionnaire pour agir en vue de la protection de l'intérêt d'autrui.

93 Cette problématique est perçue par la doctrine française dans l'analyse des précédents jurisprudentiels sur le thème de 1992 et de 1998 : v. à cet égard, D. Mazeaud, *Du nouveau sur l'obligation de renégocier*, in *Rec. Dalloz*, 2004, n° 25, p. 1576, où l'on rappelle l'hypothèse ébauchée par la doctrine de configurer la naissance d'une obligation de renégocier au cas où le changement des circonstances ne découle pas d'un événement étranger à la volonté des parties, mais relève d'un fait imputable à l'un des contractants.

94 Le thème de l'abus du droit (voir, pour la doctrine française, P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* Paris, 2004, p. 179 et suivantes ; P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, 2000, p. 72 et suivantes) semble avoir été désormais accepté sans réserve dans la jurisprudence italienne, en raison d'un récent arrêt de la Cour Suprême, selon lequel, même en présence d'une clause contractuelle qui attribue à une partie le droit de résiliation unilatérale *ad nutum,* le principe de bonne foi objective exige la vérification des modalités d'exercice du pouvoir d'autonomie ; afin d'évaluer si cet exercice concret du droit est advenu dans le respect total des règles de rectitude et de bonne foi, en d'autres termes s'il implique une forme d'abus du droit. L'abus du droit ne présuppose pas une simple violation au sens formel, mais "révèle l'utilisation altérée du modèle formel du droit, finalisé à l'obtention d'objectifs ultérieurs et divers par rapport à ceux indiqués par le Législateur. En définitive, il existe substantiellement quand, dans la liaison entre le pouvoir d'autonomie conférée au sujet et son acte d'exécution, apparaît altérée la fonction objective de l'acte par rapport au pouvoir qui le prévoit" (Cass, 18 septembre 2009, n° 20106, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2671 et suivantes).

Livre Jurisprudence n°2.indb 316 08/08/2011 12:03:05

Étiologie d'une dépossession
L'histoire pénale comme perte progressive de contrôle

Sacha RAOULT*

Cet article passe en revue les différentes formulations synthétiques de l'évolution pénale qu'offrent la sociologie juridique et d'autres approches interdisciplinaires. Une hypothèse inexplorée s'y oppose : on peut considérer que l'histoire du droit pénal n'est pas uniquement celle d'une rationalisation et d'un adoucissement supposé des peines, mais traduit également une certaine perte contrôle sur la signification, l'avenir et les conséquences de la peine. Des exemples de ce phénomène sont abordés et quelques pistes sont offertes pour l'approfondir.

This paper examines and reviews different synthetic formulations of penal history given by the sociology of law and other interdisciplinary approaches. It opposes an unexplored hypothesis : that the history of criminal law may be characterized, not only by a supposed softening of sentences and rationalization, but by a progressive loss of our ownership over its meaning, direction and consequences. Examples of this phenomenon throughout history are shown and insights are given towards a deeper undertsanding of the issue.

* Docteur en droit du Centre de Recherche en Matière Pénale (Université Paul Cézanne). Enseignant-chercheur à l'ESC Wesford et chercheur au Centre d'Études des Techniques Financières et d'Ingéniérie (Université Paul Cézanne).

Livre Jurisprudence n°2.indb 317 08/08/2011 12:03:05

«Après, il ne reste plus que le voyage lui-même, qui n'est rien d'autre que le processus par lequel nous en perdons la possession.»
Yukio Mishima, *Confession d'un masque*

1. Introduction

Rares sont les chercheurs qui se sont intéressés à synthétiser l'histoire du droit pénal en quelques mots. L'entreprise, que l'on trouve dans les débuts de la sociologie et dans la philosophie de l'histoire hégélienne appartient en grande partie au XIXe siècle, et subit ainsi les reproches habituellement adressés aux sciences de ce temps. On les qualifie aisément de sursimplificatrices, d'ethnocentristes et de réductionnistes. L'exercice a pourtant un intérêt qui dépasse la simple pédagogie. L'expression et la synthèse, à l'intérieur d'une échelle unique, des mécanismes et des dynamiques qui traduisent au mieux l'histoire pénale, permettent d'aborder la question de l'essence de cette dernière, de reprendre les questions de nos perspectives sur ce qu'est le droit criminel et ce que signifient les concepts qui y sont apposés.

La science contemporaine regroupe grossièrement deux corps de pensées, deux façons d'appréhender l'histoire pénale de façon synthétique. Une première tradition va de Jhering («l'histoire de la peine est une abolition constante»[2]) et Durkheim (l'affaiblissement progressif des peines[3]) et à Posner (l'histoire du droit est celle d'une marche vers l'efficience économique[4]). Elle part du principe ou conclue systématiquement que l'évolution du droit pénal se fait dans un sens qui va, généralement, dans l'intérêt de tous. Tous ces auteurs considèrent que l'histoire du droit pénal est celle d'une rationalisation, d'une humanisation, d'un adoucissement des peines et ce au moins jusqu'à la moitié du XXe siècle. Même Foucault, qui sera fortement critique de la vision fonctionnaliste, adhère à ces prémisses. Pour lui aussi, les peines se sont progressivement adoucies au fur et à mesure que le droit s'est rationnalisé, même si cette rationalité est alors vue comme une gestion économique et politique des populations[5]. Cette branche de pensée se caractérise par sa croyance dans le succès des réformes voulues par Beccaria[6]. Il y aurait une adéquation entre les effets de la réforme moderne et les objectifs des lumières. La mécanique (*causa efficiens*) de l'évolution pénale est contrôlée, ou du moins paraît comme telle du fait d'une sorte de main invisible, qui selon Posner, entrerait en jeu par l'entremise de la concurrence normative ou de l'esprit des juges. Elle correspond grossièrement à la finalité (*causa finalis*) du droit pénal contemporain pour ses auteurs, dans un amalgame brillement critiqué par Nietzsche[7] et qui caractérise souvent la pensée moderne.

La seconde tradition est celle héritée du marxisme dont on retrouve des traces dans la criminologie de la réaction sociale[8], la *labelling theory*[9], et les *feminist legal studies*[10]. Officiellement, cette vision, qualifiée de conflictuelle, s'oppose à la vision fonctionnaliste. Le droit évoluerait de façon à favoriser les intérêts des dominants, et ce, encore une fois, soit intentionnellement, soit naturellement par le jeu des équilibres des institutions, comme le décrivent Chambliss et

2 R. Jhering (von), *Études complémentaires de l'esprit du droit romain,* trad. par De Meulenaere, O.,A. Marescq, 1902. p. 4.
3 E. Durkheim, *Deux lois de l'évolution pénale,* L'année sociologique. vol. 4, 1900. p. 65-95.
4 R.A. Posner, *The Economics of Justice,* Harvard Univ. Pr. 1983. p. 4.
5 M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2004.
6 C. Beccaria, *Des délits et des peines,* Guillaumin et cie, 1870.
7 «Nous avons rassemblé notre sensation de volonté, notre sensation de liberté, notre sentiment de responsabilité et notre intention d'agir, dans le concept de "cause"; cause efficiente et cause finale sont même chose, au fond.» F.W. Nietzsche, *La volonté de puissance*. Gallimard, 1935. p. 37.
8 L. Muchielli, *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, 1994. p. 432.
9 V. notamment A.T. Turk, *Criminality and Legal Order*, Rand McNally. 1969.
10 D. K. Weisberg, *Feminist Legal Theory: Foundations,* Temple University Press, 1993.

Livre Jurisprudence n°2.indb 318 08/08/2011 12:03:05

Seidman[11]. Qu'ont de commun ces deux modes de pensée? C'est que, pour la pensée contestataire aussi, l'évolution du droit est contrôlée, elle va dans le sens où ceux qui veulent la voir évoluer le désirent. La seule différence, au final, est la définition du pouvoir. Mais le fait est que soit le pouvoir contrôle l'évolution du droit pénal, soit cette dernière se comporte comme telle. Tel est le paradigme de l'évolution pénale. Ainsi, il demeure une hypothèse inverse qui n'est envisagée que rarement, à savoir que l'histoire du droit pénal pourrait, au contraire, être vue comme indépendante de ces désirs d'en diriger la direction, voire, comme nous le soutenons ici, comme une perte progressive de ce contrôle. Si cette hypothèse s'avère plausible, alors les théories de l'histoire pénale auraient pour effet de renforcer notre sensation de contrôle au fur et à mesure que ce contrôle s'amenuise. Cette hypothèse expliquerait également comment des théories aux fondations empiriques très ténues, comme le suggérait déjà Carbonnier[12], parviennent malgré tout à refléter un faux-semblant de consensus scientifique.

2. Critique – La double illusion d'optique

Pour deux raisons distinctes, la disponibilité des données d'une part, la contamination du descriptif par le normatif d'autre part, le centre de toute la réflexion contemporaine sur l'évolution pénale est le droit moderne, qui commence à se mettre en place au XVIII^e^ siècle. Cette construction serait le canon, la référence, l'édifice monolithique à la fois vers lequel toute l'histoire passée aurait tendu, mais aussi duquel l'histoire présente se détacherait en le reniant. Un âge d'or auquel précéderait le primitif, l'irrationnel, le barbare et auquel succéderait la régression, l'éclatement, la postmodernité.

Dans l'histoire qui précède on cherche, partout, des ancêtres de l'humanisation et de la rationalisation du droit. Jhering analyse les transformations qui séparent les Douze Tables du Code Justinien comme étant la première étape de la maturation du peuple européen[13] alors que Durkheim, chez les Hébreux, voit débuter le processus de l'adoucissement des peines[14]. Le système féodal est perçu par les évolutionnistes[15] et par les marxistes[16] comme le lien nécessaire et inéluctable entre un droit primitif et un droit libéral ou bourgeois. Pour la philosophie contestataire, la révolution opérée par le droit pénal moderne – même si elle est critiquée –, est un modèle, la preuve que les hommes contrôlent l'Histoire et ont pu la façonner, tout comme ils pourront le faire à nouveau dans l'avenir.

Cependant, ce n'est pas ce qui s'est produit par la suite. Un siècle à peine après l'avènement du droit pénal moderne s'opère à nouveau une complexification, une multiplication des exceptions et des cas particuliers, une nouvelle typologie des sanctions apparaît et les principes qui ont fondé ce droit semblent être attaqués de toute part. Mis à part l'abolition quelque peu anachronique de la peine capitale en Europe – qui aurait dû en toute logique suivre la réforme inspirée par Beccaria – la seconde moitié du XX^e^ siècle est avant tout caractérisée par une augmentation de la sévérité : le « libéralisme autoritaire »[17], le « mouvement généralisé de croyance dans l'efficacité de la prison »[18], l'incarcération de masse[19], autant de mouvances qui se traduisent par un taux d'incarcération du plus en plus important et, à

11 W. J. Chambliss et R.B. Seidman, *Law, Order and Power,* Addison Wesley, 1982.

12 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Presses Universitaires de France, 2003.

13 R. Jhering (von), *op. cit.*

14 E. Durkheim, *op. cit.*

15 F. Portal, *Politique des lois civiles,* Durand et Pedone-Lauriel, 1873.

16 K. Marx et F. Engels, *Manifeste du Parti communiste*, wikisource, 1848.

17 D. Salas, *Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire* in M. Masse, J.-P. Jean et A. Giudicelli, *Un droit pénal postmoderne*?, PUF, 2009. p. 112.

18 Y. Cartuyvels, *Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne »: évolutions et transformations* in M. Masse, J.-P. Jean et A. Giudicelli, *op. cit.* p. 91.

19 *Mass incarceration,* v. B.E. Harcourt, *Post-modern Meditations on Punishment: On the Limits of Reason and the Virtues of Randomization (A Polemic and Manifesto for the Twenty-first Century),* Social Research: An International Quarterly of Social Sciences, 2. vol. 74, 2007. p. 308.

Livre Jurisprudence n°2.indb 319 08/08/2011 12:03:05

partir des années 1970, une montée de la sursuicidité carcérale[20]. C'en est fini du droit pénal moderne, classique, rationnel, moniste. Tout depuis ne serait que régression.

Cette centralité historique du droit pénal moderne nous amène à être quelque peu suspicieux. Cet âge d'or de la législation rationnelle et moniste est-il si significatif ou n'est-il qu'une parenthèse de l'histoire du « droit des livres » ? Et si le droit pénal moderne n'avait été en réalité qu'une tentative de réforme parmi celles de Cyrus, de Lycurgue et de Solon, une tentative qui n'avait pas, à long terme, abouti ? Les discours révolutionnaires l'ayant mis en place, aidés par la première théorisation de l'évolution pénale, auraient façonné une double illusion d'optique : celle de la rupture que le droit pénal moderne représente, celle de l'incapacité pour le droit qui le suit de perpétuer son idéal. Pourtant au moins un élément du droit pénal moderne est unique, la généralisation de l'incarcération. Bien que celle-ci ait en réalité débuté quelque peu avant les diverses révolutions du XVIII[e] siècle, elle est l'événement le plus solide et le plus incontestable de ce nouveau droit, l'événement que l'on aura également tant de mal à qualifier. Perçue comme plus douce que les peines la précédant directement ou coexistant avec elle en Europe – car à l'époque où elle apparaît en Angleterre elle est en concurrence avec la loi du talion[21] – elle n'augure cependant pas du système pénal le plus clément de l'histoire. Alors qu'elle est, pour Durkheim, la fin (dans son double sens de dernière étape et de finalité) de l'« affaiblissement progressif des peines » ce dernier remarque par ailleurs ces « mœurs grossières » de l'antiquité où « les meurtres, les vols simples ne sont réprimés que faiblement »[22], c'est-à-dire les mœurs plus clémentes que le droit répressif moderne.

La généralisation de l'incarcération est sans nul doute un événement d'importance, mais contrairement aux autres caractéristiques du droit pénal moderne, ce mouvement n'est pas significativement remis en cause de nos jours puisqu'il s'amplifie – ce que l'on peut par ailleurs attendre de toute institution dépendante au sentier. De plus l'histoire passée ne semble en aucun cas tendre progressivement vers elle. L'incarcération reste une pratique très stable et similaire jusqu'au XVII[e] siècle, où elle commence à s'imposer, timidement certes. Peut-être la raison en est-elle que ce phénomène est une pratique objective, réelle, matérielle, et non une simple modification des enseignements dont on ne peut savoir quelle influence ils ont sur le droit quotidien et les coutumes policières et judiciaires. À la différence des concepts abstraits du droit pénal, on ne peut chercher d'ancêtre à cette pratique objective en extrapolant des analogies avec les systèmes antérieurs. La généralisation de l'incarcération est ainsi, par de nombreux égards, l'aspect le plus significatif du droit pénal moderne, le seul qui nous indique que cette rupture existe.

3. Dynamiques – L'histoire pénale est une dépossession

3.1. La perte du contrôle sur la signification

Si l'on voulait formuler la direction du droit pénal dans les mêmes termes qu'Hegel, Durkheim ou Jhering, à l'aune des éléments de cette recherche l'on pourrait affirmer que *l'histoire du droit pénal est le processus par lequel nous en perdons la possession*. Au cours de l'évolution pénale s'accroît la part de ses effets, de sa signification et de sa direction dont nous perdons la maîtrise. Tellement d'indices sont apparus en ce sens que la tentation est grande de nous laisser aller à une telle simplification. Un nouveau système pénal possède une signification lorsqu'il apparaît. La signification qui lui a donné naissance que l'on peut catégoriser soit de façon hégélienne par son idéologie – l'humanisation, la réinsertion, la bonne économie du pouvoir, la discipline – soit de façon marxiste, par les conditions matérielles, c'est-à-dire les conditions de vie du groupe qui l'a mis en place et qu'il sert – les prêtres, les guerriers, les bourgeois. Et cette signification appartient au politique, au monarque, au philosophe.

20 J.-C. Chesnais, *Le suicide dans les prisons,* Population (Édition Française), Institut national d'études démographiques, 1976. p. 78.

21 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England: In Four Books,* Lawbook Exchange, 2003. L.IV Ch. XV.

22 E. Durkheim, *op. cit.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 320 08/08/2011 12:03:05

Mais sitôt qu'elle devient une pratique, tous les acteurs de l'organisation sociale prennent conscience des effets équivoques et multiples que le châtiment peut avoir. Ils ont alors pour le droit pénal une ambition grandissante, ou plutôt des ambitions multiples et concurrentes qui le saturent de significations contradictoires – punir et prévenir, rééduquer et isoler, purifier et regrouper – jusqu'à ce qu'il n'en ait plus aucune. Ce n'est pas la caractéristique du seul droit contemporain que d'être polymorphe et indéfinissable, car « n'est définissable que ce qui n'a pas d'histoire. »[23]

3.2 La perte de contrôle sur la direction

Phénomène qui a été mis en valeur depuis les années 1990, la dépendance au sentier représente une autre forme de la perte de contrôle, celle de la direction. Plus les investissements pris par le passé dans une institution sont importants, plus il est coûteux de faire marche arrière. Là encore, le mécanisme est progressif. Plus une société s'enrichit, se développe, s'organise, plus elle est à même de mettre en place ce type d'investissements, *plus elle est capable* de s'engager, de se contraindre, et en fin de compte *de limiter ses capacités*. De cette vision transpire une lecture qui n'est ni linéaire ni progressive de l'accroissement de la liberté des Nations à légiférer. La puissance d'un État augmente progressivement jusqu'à ce que celui-ci soit assez libre pour limiter sa liberté future. L'avènement de la prison étant sans nul doute le meilleur exemple de ce phénomène. La généralisation de l'incarcération au XVIII[e] siècle a modifié la procédure en permettant qu'elle soit plus longue et plus coûteuse, ces modifications ont à leur tour permis de nouveaux modes de preuves – ou plus exactement un plus grand zèle dans la recherche de la preuve qui se limitait auparavant au témoignage et au serment quand la question n'était pas simplement évacuée par l'appel immédiat au jugement de Dieu. Ainsi a-t-elle rendu inimaginable la condamnation sur des preuves aussi légères que celle utilisées dans les droits anciens, tout comme la liberté du suspect avant sa condamnation. En rendant invisibles les conséquences physiques du châtiment, la généralisation de l'incarcération a également contribué à rendre les peines corporelles de plus en plus intolérables, alors même qu'elles continuent – en quelque sorte – d'exister. Ajoutons à cela que ce phénomène a entraîné la création d'infrastructures, d'emplois, d'une échelle métrique des peines qui possède sa rationalité et sa cohérence interne, et d'autres institutions telle la libération conditionnelle qui récompense le condamné de sa rédemption ou la médecine carcérale qui renforce notre sensation de gestion de la dangerosité. Alors, nous voyons bien que la direction de la nature des peines ne nous appartient plus véritablement. Le sentier de l'époque carcérale est le nôtre et nous devons à présent souscrire à son existence.

3.3. La perte de contrôle sur les conséquences matérielles

Dernier élément, nous perdons progressivement la maîtrise des conséquences matérielles du système répressif. Une première étape accompagne la disparition des autorisations de vengeance. Les victimes perdent le contrôle des conséquences du crime et de l'obligation que leur doit le criminel. Avant cela, ce pouvoir était entre leurs mains, elles étaient responsables de l'administration de la justice, de son échec ou de son succès. À la place de chaque autorisation de vengeance se substitue une répression dont on veut qu'elle ait également des conséquences collectives. L'on assigne cet objectif global au droit pénal, puis, comme le remarque Foucault, l'on constate que ce contrôle collectif nous échappe. La justice de l'Ancien Régime est une mauvaise économie, une mauvaise gestion, elle est imprévisible, et ne permet pas au pouvoir de s'exercer correctement[24]. Alors on rationalise le droit pénal, on l'adoucit, on le simplifie. Quel est le résultat ? Nos sociétés ne contrôlent pas mieux les conséquences collectives du châtiment, mais entre-temps elles ont également perdu le contrôle de ses conséquences individuelles. Maîtriser les conséquences collectives du châtiment sur le crime ou les effets de la prison

23 F.W. Nietzsche, *La généalogie de la morale,* in *Œuvres*, Robert Laffont, 1993. Ch. 2 n°13.

24 M. Foucault, *op. cit.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 321 08/08/2011 12:03:05

sur l'individu, voilà une utopie. Et le droit pénal doit à nouveau se complexifier progressivement pour corriger, ça et là, les défauts visibles de la nouvelle idéologie. La simplification n'arrive qu'en période de perturbation, avec l'aide des armes et des destructions. Durant les périodes normales l'édifice se construit petit à petit, et après un certain temps, sa forme originelle n'est plus reconnaissable.

3.4. L'erreur d'une telle simplification – Dynamiques de l'histoire pénale

Mais la simplification de l'évolution pénale que nous venons d'effectuer, si séduisante qu'elle puisse être, ne doit pas nous leurrer. Elle est fondée, comme ses prédécesseurs, sur la centralité du droit pénal moderne, centralité qui est une erreur de perspective. Contentons-nous de dire que *la généralisation de l'incarcération – investissement d'ampleur sur lequel il ne serait pas aisé de revenir – a provoqué la perte de contrôle des acteurs de la justice pénale sur les conséquences individuelles qu'a l'acte de punir sur l'intégrité physique, la vie et la fortune du condamné*. La formule est certes moins élégante, mais plus exacte. L'on sait que l'objectif esthétique ne contribue pas à rendre les observations scientifiques plus adéquates. Il s'agit de notre première observation dynamique. Elle s'additionne aux constatations suivantes :

- L'impérialisme progressif du droit pénal sur le rôle d'exclure les personnes dangereuses qui s'accompagne de l'abandon de l'objectif rétributif au droit civil. La prison prend de plus en plus d'importance quantitative au détriment des autres formes d'exclusion (ostracisme politique, gestion de la contagion, psychiatrie[25]) et alors que le droit pénal se concentre sur une responsabilité de type personnel le droit civil reprend le flambeau des responsabilités du fait d'autrui et collective.
- Des instances de simplifications suivies de complexifications, d'homogénéisations suivies d'éclatements. L'évolution du droit est loin d'être graduelle, progressive et linéaire.
- Le tâtonnement irrégulier entre peines plus douces et peines plus sévères, qui nous a mené à une période que l'on peut difficilement qualifier d'autre chose que d'intermédiaire.
- Une continuité occultée des châtiments physiques juridiquement bannis mais que la réalité sociale de l'incarcération permet malgré tout. Toute la réflexion sur l'histoire pénalité se place du point de vue de la théorie, de ce que le droit avoue vouloir faire, et ignore les effets non officiellement voulus de la peine. Ces effets qui se produisent indirectement et en quelque sorte par omission font pourtant intégralement partie – d'un point de vue réaliste – du système répressif. Cette donnée qu'il est malaisé d'approcher empiriquement remet sans doute en cause toute expression trop synthétique de l'histoire pénale, et notamment de la sévérité des peines.

4. Mécaniques – Le regard du sacré sur le profane

4.1. La trivialisation des évolutions sacrées

Une partie de cette double illusion d'optique est due à l'utilisation du vocabulaire normatif du droit profane pour caractériser une évolution pénale qui a été, sur une grande partie de son histoire, une évolution religieuse. Les théoriciens recherchent du conflit ou de l'utilité dans des droits par essence sacrés et volontairement étrangers à ces approches. Des droits mystérieux qui semblent – à celui qui ne valorise pas le mystère – tous continus ou similaires. Alors que, après la conversion de Constantin, le déplacement de la pénalité des chrétiens vers les hérétiques est sans aucun doute vécu comme une rupture d'ampleur, la plus importante peut-être jamais effectuée, l'auteur moderne l'évacue en une ligne « les cachots étaient restés ouverts, les

25 B. Harcourt, *Repenser le carcéral à travers l'institutionnalisation : sur les liens entre asiles et prisons aux États-Unis*, Champ pénal/Penal Field, vol. V. 2008.

Livre Jurisprudence n°2.indb 322 08/08/2011 12:03:05

bûchers allumés : seules les victimes qu'on y jetait avaient changé »[26]. Pourquoi trivialiser cette rupture ? C'est que, pour le profane du XIX[e] siècle, il n'y a pas tellement de différence entre la répression des chrétiens et celle des hérétiques. Il s'agit de la répression de personnes en raison de leurs convictions religieuses, chose que le droit moderne se refuse à faire. Là serait la rupture, « *c'est ici* qu'est la rose, *c'est ici* qu'il faut danser »[27]. Mais cette vision n'est pourtant pas plus neutre. Pour celui qui ne conçoit pas la séparation du temporel et du spirituel, la rupture se trouve dans la répression des atteintes à la « vraie » religion plutôt qu'à la « fausse », dans la consécration du monothéisme par la violence qu'offre le droit pénal, dans l'adéquation entre les lois de la Terre et les lois du Ciel. De façon générale, nous percevons les droits que nous qualifions de primitifs ou – dans un langage plus respectueux mais encore moins précis – de « traditionnels » comme simples car nous ne faisons pas cas de leur complexité. « Si l'on pouvait démontrer (on l'a fait d'ailleurs durant ces dernières décades) que la vie religieuse des peuples les plus primitifs est vraiment complexe [ ] l'hypothèse évolutionniste [ ] se trouve par là-même infirmée »[28].

4.2. L'hypothèse inverse

Imaginons pour un instant l'inverse. Si l'histoire s'était déroulée à l'envers et que les juristes d'un droit sacré et mystérieux portaient leur regard sur notre évolution, y verraient-ils également les premières étapes de leurs accomplissements ? Verraient-ils une hiérophanie primitive et naissante dans le droit moderne comme nous voyons les premières étapes d'une recherche d'utilité ou des relations conflictuelles dans les droits religieux ? L'hypothèse n'est pas à exclure. Car, nous avons émis cette supposition au cours de ce travail, tout semble indiquer que l'évolution du droit pénal se comporte avant tout, non comme l'évolution des autres branches du droit ou des technologies, mais comme une évolution religieuse. Un caractère sacré persiste car, comme pour les normes religieuses, on ne peut mesurer objectivement les contributions des normes pénales à la survie et à l'expansion des systèmes qui les contiennent, ainsi ont-elles besoin de foi dans leurs principes pour persister. Cette foi est également engendrée et définie par le système pénal, entité normative et déclarative. Dans un même temps, elle le nourrit et émane de lui. L'hypothèse n'est pas contradictoire avec deux autres que nous avons émises[29] :

- Le droit pénal théorique et l'infrastructure pénale évolueraient en dépendance aux sentiers pris pas le passé durant les périodes normales où s'accumulent les réformes singulières. Ces périodes sont ponctuées par des perturbations d'origine principalement militaire – guerre civile, guerre de frontières, conquêtes – où le droit des vainqueurs sert souvent de modèle aux vaincus. Bien que cela ne soit pas toujours le cas, l'inverse ne se produit qu'exceptionnellement.
- Le droit pénal des États économiquement forts – et non le plus efficace, car l'efficacité d'une réforme pénale est difficile, voire impossible, à évaluer, ne serait-ce que parce que l'objectif qu'est censé atteindre le droit pénal ne fait pas l'objet d'un consensus – serait le plus influent, à la fois dans les périodes normales et dans les perturbations, ce qui signifie que le succès du droit pénal serait subventionné par la réussite des institutions économiques.

26 R. Jhering (von), *L'évolution du droit,* trad. par O. De Meulenaere, Chevalier-Marescq, 1901. p. 307.

27 G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. par. Vieillard-Baron, J.-L., Gallimard, 1999. p. 75.

28 M. Eliade, *Traité d'histoire des religions,* Payot, 1953. n°2.

29 S. Raoult, *La théorisation de l'évolution pénale,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

Livre Jurisprudence n°2.indb 323 08/08/2011 12:03:05

5. Synthèse – Consolidation

5.1. Relier les fragments de l'histoire pénale

Pour conclure, faisons ce que nous nous sommes refusé à faire jusque-là. Mettons côte à côte hypothèses mécaniques et observations dynamiques, et voyons si de tout cela émane une forme de cohérence. Qu'avons-nous alors sous les yeux ? Une histoire partiellement sacrée, dépendante au sentier en période normale, perturbée par la guerre où la suprématie économique et démographique permet l'expansion et la survie des systèmes répressifs. Les États militairement dominants ont donné naissance à un droit pénal terriblement confiant et ambitieux. C'est un droit qui écarte le criminel, qui le neutralise, une fonction qui s'est imposée d'elle-même comme la seule pratique objective que pouvait assumer l'incarcération. Cette naissance s'est faite à un certain prix : la perte de contrôle des acteurs du système pénal sur les conséquences individuelles de leurs décisions. Peut-on expliquer, sans avoir recours à l'efficience ou au conflit, que ce soit dans les sociétés économiquement dominantes du XVIII^e^ siècle que soit né ce système ? Car la suite également est comprise. La prison est un investissement trop important, dont trop d'institutions dépendent pour être supprimée à la légère. Maintenant qu'elle est apparue, elle persistera.

5.2. Pourquoi la perte de contrôle est-elle apparue dans les sociétés économiquement dominantes du XVIII^e^ siècle ?

Reste alors cette question. De nombreux auteurs ont tenté d'y répondre et de comprendre la naissance de la prison sans considérer cependant dans la nature de ce système la caractéristique d'être une étape supplémentaire dans la perte du contrôle. Est-ce que, comme le dirait M. Posner, seules les sociétés riches peuvent s'offrir le luxe de peines plus douces que les châtiments corporels, le rêve inavoué de l'humanité étant l'adoucissement des mœurs que seule l'opulence pourrait achever ? Est-ce contraire l'opulence qui provoque l'adoucissement des mœurs, et impose aux civilisations des peines plus douces, ou qu'elles perçoivent comme plus douce car leurs principaux effets sont occultés ? Ou alors, faut-il écouter Durkheim, et dire que les sociétés riches, focalisées sur le matériel aux dépens du spirituel, ont tendance à devenir moins religieuses et donc moins sévères ? Si l'on ne veut plus employer le vocable de l'adoucissement, peut-être faut-il alors nous tourner vers Marx – et considérer que le système pénal des États capitalistes n'est que le reflet de leur système économique, par ailleurs le plus efficace qui soit – ou dire avec Foucault que le concept de discipline qui a fondé la prison est inhérent à la vision économique de ces États dominants, faisant partie d'un même système de pensée ? L'idée que l'homme mauvais pouvait être changé est-elle devenue si importante que l'on a voulu la mettre à l'épreuve, jusqu'à ce que la désillusion provoquée par l'expérience de la réinsertion nous pousse à l'extrême inverse, à réutiliser la puissance carcérale pour écarter le plus longtemps possible les criminels dangereux et incurables ?

À l'aune des nouveaux éléments découverts dans la présente recherche, nous pouvons proposer une autre forme de réponse. Les effets du système pénal seraient d'autant plus incontrôlables que l'ambition que l'on a pour lui est grande et diverse. N'est-il pas naturel que ce soit les sociétés les plus économiquement et militairement dominantes qui aient eu la plus grande de ces ambitions ?

Livre Jurisprudence n°2.indb 324 08/08/2011 12:03:06

Les règles de la méthode sociologique d'Émile Durkheim : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique

Frédéric ROUVIÈRE*

Contre toute attente, la lecture d'Émile Durkheim peut contribuer à définir l'objet et la méthode de la recherche en droit. Cet apport est manifeste si l'attention se concentre moins sur le contenu sociologique du texte de Durkheim que sur la façon dont il pose le problème de l'autonomie de la sociologie en tant que discipline scientifique. Le but de cette contribution est de montrer que le droit peut tirer parti de cette réflexion sur l'autonomie du savoir sociologique.

Émile Durkheim and The Rules of the sociological method: methodological lessons for Legal research.

Against all odds, the reading of Émile Durkheim may help define the object and method of legal research. Durkheim's contribution is obvious if the focus is less on the sociological content of the text rather than on how he raises the issue of autonomy of sociology as a scientific discipline. The aim of this contribution is to show that Law can take advantage of this reflection on the autonomy of sociological knowledge.

* Professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III), Laboratoire de théorie du droit (EA 892).

Livre Jurisprudence n°2.indb 325 08/08/2011 12:03:06

Un curieux renversement – N'est-il pas étrange que le chercheur en droit puisse s'instruire sur la méthode de sa propre recherche en lisant un ouvrage consacré à la sociologie ? Pour saisir ce curieux renversement, il faut resituer la question dans son contexte. *Les règles de la méthode sociologique*[1] sont publiées par Émile Durkheim en 1894 dans la *Revue philosophique* alors qu'il est titulaire à Bordeaux de la première chaire de sciences sociales en France et qu'un an auparavant il a soutenu en Sorbonne sa thèse sur *la division du travail social*. La sociologie, qui est en train de naître théoriquement comme discipline autonome, a de quoi inquiéter les juristes : ne va-t-elle pas concurrencer leurs propres études ? En réaction à cet envahissement possible des sciences sociales naissantes (économie, sociologie, psychologie…), la théorie des sources du droit va recentrer le juriste sur une recherche proprement juridique ou du moins voulue comme telle[2]. Pourtant, le début du XXIe siècle conduit à dresser un bilan pour le moins nuancé du succès d'une telle entreprise, pour rester dans l'euphémisme. Alors que la sociologie a plutôt bien réussi à s'imposer dans le paysage des sciences, le magistère du droit est ressorti affaibli dans ses tentatives de se doter d'une théorie propre et l'on connaît les tentations de se rallier à une analyse économique du droit ou une sociologie du droit. Pire, en lisant *les règles de la méthode sociologique*, on s'aperçoit que les juristes auraient pu, au tournant du XXe siècle, tirer profit des règles méthodologiques qui y sont contenues. Aujourd'hui encore ces règles peuvent servir de leçons méthodologiques propres à inspirer un renouveau de la recherche juridique (représentée par les fameuses « théories générales ») qui suscite un certain scepticisme sur leur efficacité[3], leur portée[4], ou même leur réalité[5]. C'est dire tout l'intérêt qu'il existe à montrer comment la recherche juridique pourrait s'inspirer de la méthode prônée par Durkheim pour que la sociologie se hisse au rang de discipline scientifique car jusqu'alors « *les sociologues se sont peu préoccupés de caractériser et de définir la méthode qu'ils appliquent à l'étude des faits sociaux* »[6]. Le renversement est donc total car, après avoir refusé de s'alimenter à la source de la sociologie, les juristes sont invités à s'inspirer de certains traits de méthode.

Imitation, adaptation, inspiration – Il s'agit de montrer que les juristes peuvent s'inspirer des règles de la méthode sociologique, non qu'ils doivent l'imiter ou l'adapter.

Imiter la sociologie c'est faire de la sociologie sans employer le mot. Il y aurait sans doute une étude à mener sur l'actualisation jurisprudentielle frénétique à laquelle se livrent les revues[7]. Cette façon de procéder pourrait laisser penser que si le dernier arrêt est toujours meilleur à connaître que l'arrêt qui l'a précédé c'est parce qu'il est censé mieux refléter l'opinion que se fait le juge d'une question de droit. Bref, ce procédé pourrait être interprété comme un avatar de la sociologie parce que ce sont les opinions et tendances d'une juridiction que l'on chercherait à saisir à travers l'actualité jurisprudentielle. Signes patents de cette tendance : la collecte des arrêts des juges du fond et l'étude des masses jurisprudentielles. Pourtant, si la jurisprudence était uniquement conçue comme un phénomène sociologique, les

1 Abréviées par la suite en notes en *RMS*. L'édition utilisée est la suivante : E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Flammarion, Champs, 1988. L'ouvrage contient en outre une étude sur « l'instauration du raisonnement expérimental en sociologie » par J.-M. Berthelot et une courte biographie ainsi qu'une bibliographie auxquelles nous renvoyons.

2 Ph. Jestaz ; Chr. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 139-141. C'est d'ailleurs à cette époque que paraissent les ouvrages emblématiques de la forme actuelle de la recherche juridique : Planiol est l'auteur du *Traité élémentaire de droit civil* (1899), premier ouvrage de forme dogmatique et Gény de la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), première tentative de réflexion théorique sur la nouvelle forme de la connaissance juridique.

3 S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.* 2009, p. 417-431.

4 J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003, p. 27-34.

5 E. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 264, 1997.

6 *RMS*, p.93.

7 Pour une critique générale du phénomène de l'inflation de l'information juridique : D. Bureau, N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », *Études à la mémoire du Professeur Oppetit*, Litec, 2009, p.45 et s.

Livre Jurisprudence n°2.indb 326 08/08/2011 12:03:06

juristes seraient en train de plaider pour la disparation de leur propre métier. Il ne s'agit donc pas d'imiter.

Adapter *les règles de la méthode sociologique*, c'est encore renoncer à faire une recherche propre. Cet angle d'attaque rappelle celui utilisé naguère par Kelsen : adapter en droit les exigences d'empiricité et d'objectivité propres à la conception alors dominante des sciences de la nature. Le succès propre de cette entreprise a oblitéré la réflexion sur la dogmatique, cette activité des juristes qui consiste à déterminer la ou les normes applicables voire à les systématiser[8]. Or ce qu'il importe de formuler n'est pas une (énième) nouvelle méthode mais bien la méthode qui est à la base même de cette activité dogmatique. L'adaptation n'est pas cette dernière voie.

S'inspirer de l'écrit de Durkheim c'est essayer de comprendre en quoi sa façon de constituer l'autonomie du savoir sociologique[9] pourrait aider à faire de même pour le savoir juridique (entendu comme savoir produit par les théories générales et considéré ici comme un synonyme de « dogmatique »). Sur bien des aspects la pensée de Durkheim pourrait être critiquée comme usant de façon trop rigide de la notion de causalité ou comme posant implicitement une nature ou une essence des choses. Mais l'appréciation critique de sa pensée n'est pas la matière de notre propos. Au contraire, il s'agit de savoir comment exploiter certaines de ses idées. À cet égard, les six chapitres de son ouvrage présentent une inégale importance pour notre interrogation. Les règles relatives à la distinction du normal et du pathologique[10], à l'explication des faits sociaux[11] ou à l'administration de la preuve[12], étant fondées sur l'idée de causalité, ne peuvent instruire le juriste qui, au contraire, interprète des textes (lois et arrêts) où cette notion est sans application. Ceci dit, trois chapitres (I, II et IV) demeurent à exploiter. Ils traitent respectivement de savoir ce qu'est un fait social[13], des règles applicables à l'observation des faits sociaux[14] et relatives à la constitution des types sociaux[15]. En posant la question de savoir comment décider si un fait est social ou non, Durkheim se demande quel est l'objet de la sociologie avant de savoir quelle méthode lui appliquer. En fixant les règles d'observation, il détermine quel doit être le traitement de cet objet, c'est-à-dire la méthode de définition des notions dont les sociologues usent. En exposant la technique de constitution des types sociaux, il précise à propos d'un problème particulier ces règles de définition. Bref, il s'agit bien d'une méthodologie, c'est-à-dire de l'étude d'une méthode de la méthode. Autrement dit, le droit et la sociologie doivent affronter des questions similaires ce qui explique que *les règles de la méthode sociologique* puissent constituer un apport dans le double problème de l'objet et de la méthode.

I. Le problème de l'objet

Tout est-il juridique ? – À première vue, la sociologie n'a pas de limites propres[16] et le droit non plus car toute relation est susceptible d'être régie par lui. À un tel point d'ailleurs que l'un des problèmes récurrents de la théorie du droit est de le distinguer de la morale de la même façon que la sociologie a dû affirmer qu'elle n'étudie pas la même chose que la biologie ou la psychologie. Pour poser un critère de démarcation, Durkheim propose de distinguer le fait sociologique de « *ceux qu'étudient les autres sciences de la nature* »[17]. Pour cela, il faut identifier des faits qui existent

8 M. Troper, *La théorie du Droit, le Droit, l'État*, PUF, Léviathan, 2001, spéc. p.12.

9 *RMS*, p.237, en conclusion de l'ouvrage : « La sociologie n'est donc l'annexe d'aucune autre science ; elle est en elle-même une science distincte et autonome ».

10 *RMS*, chap. III, p. 140-168.

11 *RMS*, chap. V, p. 182-216.

12 *RMS*, chap. VI, p. 217-232.

13 *RMS*, chap. I, p. 95-107.

14 *RMS*, chap. II, p. 108-139.

15 *RMS*, chap. IV, p. 169-181.

16 *RMS*, p.95 : « chaque individu boit, dort mange, raisonne et la société a tout intérêt à ce que ces fonctions s'exercent régulièrement. Si donc ces faits étaient sociaux, la sociologie n'aurait pas d'objet qui lui fût propre et son domaine se confondrait avec celui de la biologie et de la psychologie ».

17 *RMS, ibidem*.

Livre Jurisprudence n°2.indb 327 08/08/2011 12:03:06

avant l'individu et en dehors de lui et qui présentent un caractère contraignant[18] comme la religion, la monnaie, les pratiques professionnelles etc. Parce que ces faits ne sont ni organiques ni psychologiques, ils sont sociaux[19].

À ce stade, on reconnaît sans peine le problème analogue de savoir ce qu'étudie le juriste. Si je réponds qu'il s'agit des normes, il faudra les distinguer d'autres normes (morales, sociales, linguistiques…) et dans cette voie, c'est le critère de la sanction étatique qui est le plus souvent proposé. Autrement dit, il faut identifier une classe d'éléments qui ne rentrent dans aucune autre catégorie[20]. Ce que propose Durkheim est que la sociologie dispose d'un monopole pour l'étude d'un certain ensemble de faits ce qui justifie alors qu'aucune autre discipline n'ait de prétention à les étudier. La première leçon à tirer du point de vue de la recherche juridique est alors que l'objet de celle-ci ne devrait pas être un ensemble de faits qui constitue le champ d'une discipline préexistante.

Cette préconisation permettrait d'exclure plusieurs séries de phénomènes. Si la recherche juridique prétend dire ce que pense réellement le juge, c'est une psychologie. Si elle prétend décrire les facteurs qui pèsent ou influencent sur la prise de décision du juge ou du législateur, elle a alors le même objet que la politique ou qu'une sociologie du pouvoir. Toujours dans la même voie, affirmer que ces facteurs résident dans un calcul des coûts et des avantages d'édicter ou de respecter la règle, c'est faire de l'économie. Si la recherche juridique s'intéresse aux discours produits sur le droit, bref au langage, elle risque de se voir objecter qu'elle a le même objet que la linguistique. Si elle prétend s'en tenir au raisonnement en tant que tel, elle a de fait le même objet que la logique formelle. Dans cette voie, le champ qui reste au juriste apparaît bien mince sinon inexistant. Ce ne peuvent être ni des comportements humains ni des représentations mentales ni les règles qui régissent la logique ou le langage même si tous ces éléments mis côte à côte appartiennent bien évidemment au contexte juridique, mais non à l'objet *proprement* juridique. D'ailleurs, les sources du droit ne contiennent normalement que la référence à la loi et la jurisprudence.

Les sources du droit – Les sources du droit sont censées répondre à la question de savoir ce qui est l'objet de la recherche juridique. La difficulté est qu'elles entretiennent un rapport ambigu avec tous les éléments déjà cités. Les cantonner aux textes édictés par le législateur ou par certains juges n'est-ce pas s'interdire de comprendre la raison qui les a poussés à agir de la sorte et finalement le sens du texte lui-même ?

C'est un problème analogue que Durkheim a dû affronter. La simple répétition d'un fait ou la présence d'une idée dans toutes les consciences individuelles sont-elles des faits sociaux ? À première vue cela semble être le cas puisqu'il y a une généralité du phénomène, qui s'applique à toute une série d'individus dans l'espace ou le temps. Pourtant, le critère de la généralité, bien qu'il contribue à façonner le fait social, n'est pas en lui-même le signe du fait social[21]. D'ailleurs, Durkheim précise bien que se contenter de la généralité pour définir un fait social c'est le confondre avec ses incarnations individuelles : ce qui importe est la forme que prennent les états collectifs[22], bref la façon dont ils se cristallisent en règles, coutumes, rituels, écrits, formules, institutions etc. Cette distinction permet de faire la part entre la répétition (à la source du fait) et la « *consistance* »[23] que les faits acquièrent par la suite, leur forme propre[24] qui les constitue en tant que faits sociaux. Ensuite, il faudra penser l'effet de ces formes sociales dans le réel, par exemple en se demandant pourquoi certains courants

18 *RMS*, p.96.

19 *RMS*, p.97 : « ils constituent donc une espèce nouvelle et c'est à eux que doit être donnée et réservée la qualification de *sociaux* ».

20 *RMS*, p. 97-98 : « le mot social n'a de sens défini qu'à condition de désigner uniquement des phénomènes qui ne rentrent dans aucune autre des catégories déjà constituées et dénommées ».

21 *RMS*, p.100.

22 *RMS, ibidem.*

23 Le mot est de Durkheim : *RMS*, p.101.

24 *RMS*, p.101 : « [ces manières d'agir ou de penser] prennent ainsi un corps, une forme sensible qui leur est propre et constituent une réalité *sui generis*, très distincte des faits individuels qui la manifestent ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 328 08/08/2011 12:03:06

d'opinion conduisent de façon inégale au mariage, à la natalité, au suicide etc.[25]

Transposons ce raisonnement dans le domaine juridique : ce n'est pas parce que la morale ou la politique contribuent à façonner les textes législatifs ou judiciaires qu'ils sont des critères de ce que la recherche juridique doit analyser. Aussi, elle doit se contenter de prendre le texte pour objet car lui seul cristallise les influences dont il a pu faire l'objet mais possède une existence désormais distincte de ces mêmes influences. Il reste alors à analyser l'effet du texte dans le réel et, par cette voie, l'on semble conduit à au moins deux possibilités. Soit c'est la réception par la société qui importe, c'est-à-dire le comportement des personnes destinataires de la norme, soit c'est la réception par les juristes eux-mêmes qui importe et en particulier, par le juge. Choisir la première branche de l'alternative, c'est clairement opter pour une analyse et une compréhension sociologique du texte en se concentrant sur les effets qu'il est censé produire dans la société (est-il ou non respecté ?). Choisir la seconde branche de l'alternative c'est considérer implicitement que le juge, tiers impartial et désintéressé, est au centre de l'analyse juridique du texte car c'est lui qui est censé l'appliquer et donc lui donner son effectivité. Très nettement, la recherche juridique a opté pour cette voie depuis le début du XX^{e} siècle mais n'est pas parvenue à se départir de l'idée que le juge lui-même est soumis à des influences politiques, sociales ou économiques qui semblent rendre compte de façon plus réaliste de sa décision. C'est pourtant une façon paradoxale de renverser la cause et l'effet.

Les sources de l'application du droit – Le paradoxe est là : le juge, censé appliquer la loi, se comporterait en réalité autrement car c'est par des raisonnements d'opportunité sur les conséquences de sa décision qu'il réglerait ses choix. La loi, source du droit, n'est pas à la source de l'application du droit.

Un problème analogue a été une fois encore rencontré par Durkheim. Il s'agit toujours pour la sociologie naissante de distinguer l'individuel et le collectif. Les statistiques du suicide ou de la natalité ont bien une nature collective qui les rend ces faits sociaux[26]. Ce à quoi il est possible de rétorquer que néanmoins, même les manifestations privées sont sociales « *puisqu'elles reproduisent en partie un modèle collectif* »[27]. Pourtant, comme ces manifestations privées dépendent aussi des circonstances propres de l'individu au plan matériel, biologique et psychique, elles ne sont pas en elles-mêmes sociologiques[28]. Ainsi, c'est bien parce que le phénomène est collectif qu'il est général et non l'inverse[29] : un sentiment collectif d'une assemblée n'est pas simplement le point commun entre tous les sentiments individuels[30]. Voilà où se trouve l'objet de la sociologie : dans le collectif.

Selon ces directives, il reviendrait à la recherche juridique de départir ce qui est de l'ordre du juriste en tant qu'individu plongé dans un milieu social, politique et économique et ce qui est de l'ordre juridique propre. Autrement dit, il s'agirait de distinguer les opinions individuelles des agents qui créent ou appliquent le droit de la signification juridique que peut avoir cette création ou application : il y a ce que la personne pense et il y a ce qu'elle fait juridiquement ; l'un et l'autre ne coïncident pas forcément. La possibilité de poser cette distinction pourrait justement faire comprendre que l'application du droit est un acte qui implique de nombreux facteurs (politiques, économiques, sociologiques) mais que le juriste retient parmi eux ceux qui relèvent strictement de son objet. C'est exactement ce que fait Durkheim lorsqu'il distingue les conditions du phénomène sociologique (conditions matérielles, psychologiques et psychiques) et le phénomène sociologique lui-même. Et ce dernier ne reproduit, selon l'auteur, « *qu'en partie* » le

25 *RMS*, p. 101-102.

26 *RMS*, p.102 : « Comme chacun de ces faits comprend tous les cas particuliers indistinctement, les circonstances individuelles qui peuvent avoir quelque part dans la production du phénomène s'y neutralisent mutuellement et, par suite, ne contribuent pas à le déterminer ».

27 *RMS, ibidem.*

28 *RMS, ibidem.*

29 *RMS*, p.103 : « [le phénomène] est dans chaque partie parce qu'il est dans le tout, loin qu'il soit dans le tout parce qu'il est dans les parties ».

30 *RMS, ibidem.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 329 08/08/2011 12:03:06

collectif. Dans un même élément, il faut être apte à sélectionner ce qui va réellement faire l'objet de l'application de la méthode.

Des idées ou des faits ? – Il faut se garder toutefois de conférer à ces quelques remarques une portée absolue. En effet, la notion de « fait social » est plutôt équivoque car le fait dont traite Durkheim résulte d'une sélection opérée dans la réalité, si bien qu'on ne sait pas vraiment si l'objet de la sociologie sont des faits bruts[31] ou une certaine idée de ces faits (le caractère collectif). Bref, même l'objet de la sociologie dépend d'une élaboration théorique. Ce qui importe ici n'est pas de critiquer cet aspect mais de le rendre conscient dans l'analyse. D'ailleurs, le fait social doit lui-même être défini et ne sera appréhendé que par ce prisme : « *est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure* »[32].

Ce qui est troublant c'est que le critère de la contrainte est également celui de la règle de droit. La différence se situe dans le fait que Durkheim vise une contrainte réelle (effective) tandis que celle de la règle de droit n'est que potentielle. Toutes les règles ne sont pas effectivement appliquées et cela n'est pas forcément pathologique. Le législateur a pu, par exemple, réglementer un contrat qui n'est presque jamais ou rarement utilisé dans la pratique. Dans le même ordre d'idée, les juristes préfèrent volontiers dire qu'ils étudient des règles ou des normes plutôt que des textes. Mais parler de règles ou normes, c'est déjà s'engager dans une théorisation poussée de l'objet. Pourtant, se limiter au concept de « texte » émanant de sources (critère organique du parlement et de la juridiction) suffit à isoler un objet pour la recherche juridique. Certains rétorqueront peut-être que c'est justement insuffisant. Mais à y regarder de plus près, se donner comme objet les normes (entendues ici comme les significations d'un acte de volonté) c'est déjà appliquer une méthode à un objet car comment connaître les normes sans support matériel, autrement dit sans texte ? Si la volonté ne s'extériorise pas dans un support durable elle ne pourra être objet d'une analyse durable et sa circulation même (nécessaire pour constituer un savoir) serait problématique. Ce n'est pas un hasard, si, depuis Rome, l'écrit n'a fait que progresser : qu'on songe au seul exemple du *corpus iuris civilis* et de son influence. Ainsi, la recherche juridique a sans doute réussi à délimiter son objet mais à la différence de la sociologie sa méthode demeure largement indéterminée et c'est sur ce point que la lecture de Durkheim est certainement la plus profitable.

II. Le problème de la méthode

« Considérer les faits comme des choses » – Cet apophtegme est le plus connu de Durkheim et nous n'en ferons pas un nouveau commentaire général. Ce qu'il importe de souligner est que cette maxime doit permettre à la sociologie de passer des images et des concepts grossiers au savoir scientifiquement constitué[33]. La clé de ce passage réside bien dans la méthode. Or si la recherche juridique peut isoler un objet propre, sa méthode propre n'a pu être identifiée de la même façon ce qui rend les préceptes développés à ce sujet d'autant plus intéressants. Ici, l'alternative entre les faits et les idées est tranchée : l'objet exclusif de la sociologie doit être empirique et factuel, voilà ce que veut dire « *considérer les faits sociaux comme des choses* ». Il s'agit d'appliquer une méthode à un matériau empirique et non à une idée[34]. Cette façon de procéder devrait conduire à considérer que la recherche a pour objet des textes (élément empirique composé d'une suite de signes linguistiques) et non des normes qui sont des significations et donc des éléments non factuels, non perceptibles directement par les sens mais relevant au contraire de l'intelligible (en tant que

31 Epistémologiquement, on peut remarquer que la notion de « fait brut » est très problématique : existe-t-il vraiment des éléments de la réalité qui sont perçus indépendamment de toute idée ou représentation ? Mais c'est un autre débat, de plus grande portée.

32 *RMS*, p.107.

33 *RMS*, p.108 , *adde*, même page : « C'est que, en effet, la réflexion est antérieure à la science qui ne fait que s'en servir avec plus de méthode ».

34 *RMS*, p. 108-109.

Livre Jurisprudence n°2.indb 330 08/08/2011 12:03:06

propriété d'un objet *de pensée*)[35]. Dans cette optique, le véritable sens de la méthode va consister à se demander comment attribuer une signification aux textes ce qui suppose de caractériser le rapport entre le fait (social ou textuel) et la signification de celui-ci.

Le fait (objet de la recherche) est-il là pour confirmer l'idée ? Selon Durkheim, procéder de la sorte, ce n'est pas faire de la science[36], cette méthode ne peut donner des résultats objectifs[37] car elle se fonde sur des représentations communes, « *produits de l'expérience vulgaire* »[38] et qui n'ont d'autre avantage que d'être utiles pour nous repérer dans le monde. Pire, ces notions sont approximatives car justes seulement dans la généralité des cas : elles sont dès lors plus un obstacle qu'une aide à la connaissance de la réalité (les faits sociaux)[39].

Ces quelques remarques semblent suffire pour condamner sévèrement le procédé de la dogmatique juridique dont les théories générales sont censées être confirmées par les arrêts qui en seraient des applications ou des contre-épreuves. La formule doctrinale de la « thèse consacrée par la jurisprudence » est récurrente et témoigne bien d'une règle de méthode aux antipodes de celle préconisée par Durkheim. Il est même cruel de constater à quel point les mises en garde critiques de Durkheim sont présentes jusqu'au moindre détail : les théories générales présentent bien « *une justesse pratique que d'une manière approximative et seulement dans la généralité des cas* »[40]. En effet, les arrêts jugés « dissidents » sont souvent passés sous silence dans la présentation du droit positif[41] ou présentés comme des exceptions, ce qui est bien l'aveu que la théorie n'est valable que dans la généralité des cas.

Or tel était bien le reproche fait aux débuts de la sociologie : elle a traité les concepts et non les choses[42]. Prendre l'idée pour matière première c'est se condamner à traiter de simples vues de l'esprit[43]. En raisonnant de cette façon, on ne fait pas une recherche proprement sociologique parce qu'on substitue d'emblée nos idées à la réalité et du coup, on s'interdit de la connaître[44]. Aller des idées aux choses c'est feindre d'être empirique et confondre les faits avec des arguments[45]. La conclusion est sans appel : *« la méthode voudrait donc que l'on s'interdît tout usage de ces concepts, tant qu'ils ne sont pas scientifiquement constitués »*[46]. Autrement dit, les concepts ne doivent pas être confirmés par les faits : au contraire, les concepts doivent être élaborés *à partir* des faits. L'idée n'est pas le point de départ mais le point d'arrivée.

Constitution scientifique des concepts – La constitution scientifique des concepts est pour Durkheim

35 Bien sûr, rien n'interdit de considérer que la signification est dans les choses ou que la signification est elle-même une chose. Mais cette question philosophique demanderait à être traitée à part entière. Encore, rappelons que nous ne proposons ici rien de définitif mais seulement quelques pistes dont la recherche juridique pourrait s'inspirer ; bref des problèmes plutôt que des réponses.

36 *RMS*, p.109 : « On peut faire appel aux faits pour confirmer ces notions ou les conclusions qu'on en tire. Mais les faits n'interviennent alors que secondairement, à titre d'exemples ou de preuves confirmatoires ; ils ne sont pas l'objet de la science. Celle-ci va des idées aux choses, non des choses aux idées ».

37 *RMS, ibidem.*

38 *RMS, ibidem.*

39 *RMS, ibidem.*

40 *RMS, ibidem.*

41 Pour une série d'exemples de l'utilisation doctrinale du silence, v. M. Boudot, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé,* thèse, Aix-en-Provence, 1999, n°180-191, p. 288-303.

42 *RMS*, p.112.

43 *RMS,* p. 113-114 : « Puisque, d'ailleurs, on ne conçoit pas que l'évolution sociale puisse être autre chose que le développement de quelque idée humaine, il paraît tout naturel de la définir par l'idée que s'en font les hommes. Or, en procédant ainsi, non seulement on reste dans l'idéologie, mais on donne comme objet à la sociologie un concept qui n'a rien de proprement sociologique ».

44 *RMS*, p.115 : « C'est donc encore une certaine manière de concevoir la réalité sociale qui se substitue à cette réalité ».

45 *RMS, ibidem* : « Aussi, quoiqu'il [Spencer] affecte de procéder empiriquement, comme les faits accumulés dans sa sociologie sont employés à illustrer des analyses de notions plutôt qu'à décrire et à expliquer des choses, ils semblent bien n'être là que pour faire figure d'arguments ».

46 *RMS, ibidem*.

Livre Jurisprudence n°2.indb 331 08/08/2011 12:03:06

une façon de neutraliser l'usage abusif de certaines idées générales comme l'État, la souveraineté, la liberté politique, la démocratie etc[47]. C'est aussi une façon de se départir de la morale qui est le développement d'une idée initiale et dont le discours n'est que l'exposition plus détaillée de son contenu[48]. Les économistes procèdent selon lui de la même façon en étudiant ce qui doit être : leurs lois ne sont que des maximes d'actions déguisées[49]. Aussi, de la même façon que la physique prend pour objet les corps dans le réel et non l'idée que s'en fait le vulgaire, le sociologue doit considérer prioritairement le fait et secondement en donner le concept adéquat[50]. L'objet est bien un point de départ et le concept un point d'arrivée[51]. Il faut alors reconnaître que les concepts ne sont pas donnés immédiatement mais bien constitués *a posteriori*[52].

Ces considérations invitent à la réflexion sur la façon dont les théories censées rendre compte du droit positif sont élaborées. Si leur pertinence est jugée à leur capacité à retrouver au sein des lois et arrêts des formules doctrinales, il est clair ce procédé est étranger à la constitution scientifique des concepts dont parle Durkheim. En opérant de la sorte, le juriste se comporte comme si les faits pouvaient présenter en eux-mêmes leur propre principe d'organisation, bref comme si la lecture du contenu des arrêts suffisait à ordonner le phénomène légal ou jurisprudentiel. C'est là le développement d'une idée initiale dans toutes ses dimensions, bref ce que Durkheim a qualifié de morale. Pire, la méthode juridique dogmatique en vigueur semble une fois encore concentrer tous les défauts dénoncés : elle prend comme objet d'analyse la motivation de l'arrêt (donc des idées) plus qu'elle ne considère le cas qui y est relaté (les faits). De même, ces idées correspondent à celles des juges et ne résultent pas d'une constitution scientifique. Bref, il manque une théorie de la recherche juridique qui explique comment les juristes doivent élaborer leurs concepts, voilà au fond ce que souligne le rapprochement avec l'ouvrage de Durkheim.

Directives pour la constitution des concepts – Après avoir montré la nécessité de la constitution scientifiques des concepts, *les règles de la méthode sociologique* proposent d'exposer trois corollaires, en réalité des directives pour cette constitution. La première directive (a) consiste à écarter toutes les prénotions[53]. Par exemple, le sentiment religieux n'est certainement pas un préalable à l'étude de la religion, contrairement à ce que certains ont pu professer[54]. La deuxième directive (b) consiste à définir les choses étudiées, bref à exprimer le concept qui y correspond[55]. Par exemple, pour étudier la famille, il faut d'abord isoler un agrégat de fait puis les conceptualiser[56]. Sans cette précaution, on ne pourra contrôler si la théorie rend bien compte des faits qu'elle prend pour objet[57]. Au fond, les concepts doivent être strictement appropriés à ce qu'il s'agit d'étudier[58] et exprimer l'objet de façon adéquate[59]. La troisième directive (c) consiste à définir en usant de critères objectifs qui serviront de points de repères constants et identiques

47 *RMS, ibidem*.
48 *RMS*, p.116.
49 *RMS*, p.119.
50 *RMS*, p.117.
51 *RMS*, p.120 : « Traiter des phénomènes comme des choses, c'est les traiter en qualité de *data* qui constituent le point de départ de la science ».
52 *RMS,* p.121 : « Il est possible que la vie sociale ne soit que le développement de certaines notions ; mais, à supposer que cela soit, ces notions ne sont pas données immédiatement. On ne peut donc les atteindre directement, mais seulement à travers la réalité phénoménale qui les exprime ».
53 RMS, p.125 : « Il faut donc que le sociologue, soit au moment où il détermine l'objet de ses recherches, soit dans le cours de ses démonstrations, s'interdise résolument l'emploi de ces concepts qui se sont formés en dehors de la science et pour des besoins qui n'ont rien de scientifique ».
54 *RMS*, p.126.
55 *RMS*, p.127.
56 *RMS*, p.129.
57 *RMS*, p.128.
58 *RMS*, p.130 : « Ce qu'il faut, c'est constituer de toutes pièces des concepts nouveaux, appropriés aux besoins de la science et exprimés à l'aide d'une terminologie spéciale. Ce n'est pas, sans doute, que le concept vulgaire soit inutile au savant ; il sert d'indicateur ».
59 *RMS*, p.136 : « Elle a besoin de concepts qui expriment adéquatement les choses, telles qu'elles sont, non telles qu'il est utile à la pratique de les concevoir. Or ceux qui se sont constitués en dehors de son action ne répondent pas à cette condition ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 332 08/08/2011 12:03:07

et permettront d'éliminer le variable et le subjectif[60]. C'est d'ailleurs à ce prix qu'ils seront proprement sociologiques.

Si la recherche juridique suivait ces directives, que pourrait-il en résulter ?

a) Écarter toutes les prénotions c'est donner un sens fort à la thèse de l'autonomie du langage juridique. Même si le législateur emploie des mots tirés du sens commun (erreur, obligation, meuble, intérêt etc.), leur signification courante (celle fournie par un dictionnaire classique) ne doit pas s'imposer sans autre forme d'examen. Au contraire, il faut dès le début s'efforcer de constituer des concepts qui rendent compte *juridiquement* du sens des textes à étudier. Un exemple permet de le comprendre : l'erreur admise en droit pour annuler les contrats ne correspond pas à la simple ignorance ou représentation contraire à la réalité qui consiste à tenir pour vrai ce qui est faux comme le mentionnent les dictionnaires. Sur la base d'une telle définition, tous les contrats seraient annulables. Le législateur a ajouté l'exigence d'une erreur sur la substance, terme qui une fois encore ne peut se définir comme ce qu'il y a d'essentiel ou ce qui constitue le contenu ou la matière d'une chose. En effet, ces termes en eux-mêmes n'éclairent pas sur le champ d'application de l'erreur dans la mesure où les preuves à apporter devant le juge ne sont pas clairement identifiées. Bref, le seul approfondissement étymologique ou linguistique, s'il permet de saisir la signification du texte ne fournit pas le concept qui correspond à la catégorie mentionnée, ici celle d'erreur. Il apparaît alors légitime d'écarter les prénotions pour préciser le sens des termes juridiques.

b) Définir les choses étudiées est alors l'exigence véritable mais elle suppose de posséder une théorie de la définition qui, il faut l'avouer, fait défaut dans la théorie du droit actuelle. Définir la définition est une entreprise redoutable et le célèbre *Vocabulaire juridique* n'échappe pas à cette difficulté que Gérard Cornu expose dans sa préface, justement à propos de l'exemple des vices du consentement. Ainsi, selon l'auteur, il ne serait pas possible de définir la violence sans préciser qu'elle est un vice du consentement cause de nullité relative du contrat[61]. Mais rigoureusement, une telle définition de la définition n'est pas recevable. La nullité étant une conséquence (ou effet) de la qualification de violence elle n'apporte rien à la précision du concept de violence en lui-même. De même, dire que la violence est un vice du consentement n'est utile que si l'on dispose d'une définition exacte de la notion de « consentement » et de « vice », ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. De surcroît, la catégorie de violence est définie par le *Vocabulaire juridique* lui-même au moyen de synonymes et donc comme une « *contrainte exercée sur une personne pour la réduire à passer un acte* ». Les précisions relatives aux vices du consentement et à la nullité relative sont certes pédagogiquement excellentes pour situer le concept dans son contexte mais elles ne répondent pas à une exigence rigoureuse dans l'identification de la signification de « violence ». Pour disposer d'une définition rigoureuse, il faudrait être capable de définir ce qu'on entend par « contrainte » et se demander au fond si celle-ci est différente de la notion de faute ou délit civil au sens de l'article 1382 du Code civil. À supposer que la violence ne soit d'une forme de faute, le véritable critère de distinction tient moins au fait qu'elle soit une contrainte mais au fait que cette faute aboutisse à la conclusion d'un acte juridique, autrement dit qu'une faute délictuelle cause comme dommage spécifique la conclusion d'un contrat. D'ailleurs, on peut même remarquer que ce rapprochement (romain) entre la faute et la violence justifie la nullité du contrat à titre de réparation et sans que le concept de nullité ne soit intervenu pour définir la catégorie de « violence ». Dans cette perspective, la référence faite par le *Vocabulaire juridique* aux vices du consentement ou à la nullité ont pour réelle fonction de faire comprendre au lecteur la façon dont le terme est employé dans une communauté linguistique donnée (ici la communauté juridique) mais non de fournir une définition scientifique des concepts, qui apparaît alors bel et bien comme le véritable objet de la recherche juridique dogmatique.

60 *RMS*, p.137.

61 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, quadrige dicopoches, 8e éd., 2007, préface, p.XI.

Livre Jurisprudence n°2.indb 333 08/08/2011 12:03:07

c) User de critères objectifs qui fournissent à la définition sa stabilité est déjà intrinsèquement lié à une réflexion sur une définition de la définition. En effet, il ne s'agit pas de fournir des simples définitions conventionnelles du type « par violence on entend tout acte qui exerce une contrainte ». Ces définitions conventionnelles, si elles sont excellentes à titre d'hypothèse, ne peuvent remplir la fonction que Durkheim assigne aux définitions, à savoir rendre compte de leur objet. Or l'objet ici visé par la catégorie de violence ce sont justement tous les faits que le législateur ou les juges ont rangés sous cette catégorie ou du moins ont prétendu ranger sous cette catégorie. Ainsi la définition sera rigoureuse et stable si elle rend compte d'un ensemble de faits qui peuvent être unifiés sous elle et par conséquent justifier l'annulation relative du contrat. Dans cette voie, une nouvelle difficulté fait jour : la seule présence du terme « violence » dans un jugement ne signifie pas nécessairement que le concept de violence est mobilisé dans le raisonnement et, inversement, l'absence du terme ne veut pas nécessairement dire que le concept est absent ! On retrouve ce point dans la substitution de motifs qu'opère parfois la Cour de cassation comme le permet le Code de procédure civile[62] : peu importe que les juges aient usé du mot de « violence » s'ils ont parfaitement appliqué le concept d'erreur pour justifier l'annulation du contrat. Peu importe également que les juges aient reconnu à tort l'existence d'une violence si les faits peuvent être qualifiés d'erreur par la Cour de cassation. Autrement dit, peu importent les termes, le tout est que le concept qui justifie le résultat demandé (ici la nullité relative) trouve bien à s'appliquer. Pour résumer, c'est la possibilité de se référer à des critères objectifs et stables qui permet de conférer à une qualification son unité et sa cohérence dans ses mises en œuvre successives car c'est toujours un même concept qui sera visé.

L'ensemble de ces directives rappellent finalement des exigences dont la communauté juridique a déjà conscience : les définitions et les théories doivent se distinguer de leur objet, correspondre à des critères objectifs (au sens propre : issus seulement de l'objet à analyser) qui rendent compte de façon cohérente de l'ensemble de l'application des qualifications juridiques (le droit positif). C'est là le rôle que la doctrine s'est elle-même assigné mais dont le statut théorique demeure encore largement impensé.

Directives pour la constitution des types – En guise d'illustration de ses directives sur l'observation des faits sociaux qui appelle des définitions rigoureuses, Durkheim traite dans un chapitre des « *règles relatives à la constitution des types sociaux* »[63] où il détaille la façon concrète comment définir les catégories sociales (par exemple, la différence entre horde, clan, cité…). Pour cela, l'étude commence avec une recherche empirique de tous les faits à comparer entre eux, en les examinant chacun dans ce qu'il a de particulier[64]. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut ensuite s'élever au général[65]. Pour éviter d'être submergé par la quantité des faits à examiner, il ne faut sélectionner que les faits décisifs ou cruciaux[66] qui aideront à la constitution des types qui sont des points de repères qui permettent de classer les faits à venir[67]. Le but est de parvenir à des types simples (indécomposables) qui seront aisés à manier et guideront les futures analyses[68], bref de parvenir à des types analogues à ceux qui existent en biologie[69].

62 CPC, art. 620 al. 1 : « La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant ».

63 *RMS*, p. 169-181.

64 *RMS,* p.171.

65 *RMS, ibidem* : « N'est-ce pas une règle de ne s'élever au général qu'après avoir observé le particulier et tout le particulier ? ».

66 *RMS,* p.172.

67 *RMS,* p.173 : à propos de la classification : « Son rôle est de nous mettre en mains des points de repère auxquels nous puissions rattacher d'autres observations que celles qui nous ont fourni ces points de repère eux-mêmes. Mais, pour cela, il faut qu'elle soit faite, non d'après un inventaire complet de tous les caractères individuels, mais d'après un petit nombre d'entre eux, soigneusement choisis ».

68 *RMS*, p. 174-175.

69 *RMS*, p.180.

Livre Jurisprudence n°2.indb 334 08/08/2011 12:03:07

Ces développements ne font pas autre chose que spécifier les règles applicables pour la constitution de concepts particuliers, plus précisément pour répondre au besoin de classification. Ce problème a déjà fait l'objet d'une remarquable étude dans le domaine juridique[70] mais ses préconisations ne semblent pas avoir influencé durablement la façon de concevoir l'élaboration des théories générales. En effet, la notion de classification peut se ramener en définitive à une définition des définitions, autrement dit à la question de leur insertion dans un complexe de concepts plus vaste. À cet égard, la seule lecture de Planiol est très significative sur ce point. L'auteur discute notamment de la personnalité morale, de la distinction des droits réels et personnels, de l'unité de la faute ou de la responsabilité[71]. Ces théories synthétisent un ensemble plus vaste de concepts qui rend ainsi la matière juridique plus aisée à manier pour sa connaissance et finalement pour son application. On retrouve ici par analogie la question de la constitution des types sociaux voire biologiques.

La difficulté juridique propre est que ces théories ne peuvent être utiles que si elles reposent elles-mêmes sur des concepts qui unifient l'ensemble des faits visés par une catégorie. Ainsi, pour rester sur l'exemple de la violence, il faudrait, à compter de 1804 (promulgation du Code civil) recenser l'intégralité des applications qui ont été effectuées pour tenter d'en donner une définition unitaire. La tâche est si grande au regard du bénéfice escompté qu'il est bien évident qu'elle ne sera sans doute jamais menée à bien. C'est pourquoi Durkheim préconise de s'en tenir, comme en sciences, aux faits cruciaux et décisifs. Cela voudrait dire que la recherche juridique n'aurait à la rigueur besoin que de quelques exemples soigneusement choisis pour créer ses concepts. Mais comment les choisir ? Il y aurait bien sûr les hypothèses typiques, centrales et indiscutables, ces exemples que l'on donne au profane pour lui faire intuitivement comprendre de quoi traite le concept en question. Ainsi, pour le cas de violence, l'exemple d'un futur marié qui se présenterait devant le maire couvert d'ecchymoses. Mais ce qui rend l'analyse difficile, ce sont les cas-limites, c'est-à-dire ceux qui se situent à la frontière des critères d'une catégorie. En les excluant ou les admettant dans la catégorie, les juges prennent implicitement parti sur une définition que la recherche juridique se doit de formuler de façon explicite. C'est ainsi que le fait d'admettre en jurisprudence comme cas de violence le harcèlement sexuel, la contrainte économique ou la menace d'une voie de droit conduit à se demander ce que ces hypothèses de fait (à examiner dans le détail) ont en commun d'un point de vue conceptuel. À cet égard le critère de la contrainte est suffisamment vague pour tous les englober mais trop peu précis pour argumenter sur ce qui décide de l'entrée de tel fait sous la catégorie de violence. Or c'est bien le critère conceptuel qui permet d'orienter la recherche vers le fait censé l'exemplifier, bref vers le fait apportant la preuve de l'existence d'une violence au sens juridique (la signification conceptuelle juridique du terme « violence »). Si cet objectif est bien celui que la recherche juridique semble s'être assigné au moins depuis le tournant du XX^{e} siècle, il reste que la confrontation avec l'écrit de Durkheim fait saillir l'absence d'un dispositif théorique méthodologique comparable dans le domaine juridique.

Vers des règles de la méthode juridique ? – Ce rapide parallèle entre *les règles de la méthode sociologique* et la recherche juridique n'avait pour autre but que de suggérer l'intérêt que les juristes pourraient tirer d'un manifeste qui en serait le pendant, « des règles de la méthode juridique ». Ne serait-il pas heureux de conclure un jour comme Durkheim, et sans pétition de principe, qu'« *indé-*

70 Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit,* 1966, p. 25-43.

71 Ph. Rémy, « Planiol, un civiliste à la belle-époque », *RTD civ.* 2002, n°26-30, p. 43-45.

Livre Jurisprudence n°2.indb 335 08/08/2011 12:03:07

pendante de toute philosophie»[72], «*notre méthode est objective*»[73] et «*exclusivement [juridique]*»[74]?

Bien entendu, il ne saurait être question de transposer toutes les règles énoncées par Durkheim sans autre forme de réflexion. Bien entendu, le texte même de Durkheim peut être soumis à la critique et être amendé sur de nombreux points. Bien entendu, ces quelques remarques n'ont jamais visé à jeter les bases d'une future méthode juridique. Mais l'essentiel est ailleurs: il s'agissait avant tout de soutenir et promouvoir l'idée d'une recherche sur la recherche juridique. Certains l'appelleront épistémologie, d'autres méthodologie mais à nos yeux le plus important est que la recherche juridique (telle qu'elle se pratique à travers les descriptions du droit positif) ne renonce pas à se doter dans les décennies à venir d'un statut théorique clairement identifiable. Sans cela, comment pourrait-elle revendiquer une quelconque légitimité à exister aux côtés de ses sœurs cadettes que sont la sociologie, l'économie ou la politique et qui se disputent le droit d'aînesse dans l'appréhension de la matière juridique?

72 *RMS,* p.233.
73 *RMS*, p.235.
74 *RMS,* p.236; le texte original mentionne bien sûr «exclusivement sociologique».

Livre Jurisprudence n°2.indb 336 08/08/2011 12:03:07

Pour une économie du droit sans rigueur - L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier

Guillaume ROYER*

La pensée de Jean Carbonnier dépasse largement la conception endogène du savoir juridique et conjugue le juridique au sociologique, à l'historique et à l'économique. En invitant le juriste à s'extirper du carcan de la pure dogmatique, Jean Carbonnier reconnaissait le mariage universitaire des sciences économiques et juridiques, célébré dès le XIXe siècle, et leur complémentarité nécessaire. Ainsi, la dimension économique des institutions juridiques n'est jamais occultée par cet auteur, dès lors qu'il envisage la théorie juridique de la monnaie, l'évolution du droit de la consommation ou encore des clauses abusives. Conscient de la proximité unissant le savoir juridique et le savoir économique, Jean Carbonnier attirait l'attention de la communauté juridique sur l'avenir de l'analyse économique en droit, discipline naissante au sein des sciences collatérales au droit, et au sujet de laquelle il ne partageait pas l'hostilité d'une large partie de la doctrine.

Jean Carbonnier's work goes far beyond an integrated legal knowledge since he combines law with sociology, history and economy. He sends an invitation to all jurists to free themselves from all kinds of dogmatic restraints and celebrates the union between legal sciences and economic sciences that he viewed as complementary and that took place during the nineteenth century. The author thus never ignored the economical aspect of legal institutions and worked on a legal theory of currency, the development of consumers law and unfair contract terms. By always bearing on mind the connection between legal knowledge and economic knowledge, Jean Carbonnier drew the attention of the legal community to the future of law and economics as a growing field among collateral sciences to law and did not share the scepticism of most of his colleagues.

* Maitre de conférences à sciences-Po Paris (campus Franco-allemand de Nancy) Docteur en droit privé et en sciences criminelles. Chargé de Cours Associé à l'Université du Luxembourg.

Livre Jurisprudence n°2.indb 337 08/08/2011 12:03:07

Une sève économique coulerait-elle dans les branches du droit privé français au printemps de ce troisième millénaire ? La question pourrait passer pour anodine aux yeux du juriste emprunt de dogmatique, mais elle trouve tout son sens pour celui qui s'ouvre aux phénomènes juridiques et se soucie des divers éléments de la vie sociale qui donnent au Droit ses multiples couleurs. Il devient alors nécessaire de se tourner vers d'autres savoirs, collatéraux au Droit, susceptibles d'expliquer, du moins en partie, les grandes évolutions du droit privé contemporain. La tendance n'est certainement pas nouvelle puisque, dès 1937, le Doyen Louis Josserand remarquait que depuis quelques décades, « [le droit] *a subi progressivement l'attraction et le joug des faits économiques* », le détachant ainsi de ses sources traditionnelles que sont la religion et la morale[1]. S'évader de la pyramide des normes pour cerner la pigmentation économique du Droit constitue une quête longue et difficile pour quiconque tentant de saisir l'essence même du phénomène juridique.

Dans cette perspective, quel meilleur guide que le Doyen Jean Carbonnier. N'a-t-il pas écrit qu'il convient de dissoudre provisoirement la dogmatique en phénomènes juridiques[2] ? Sous sa plume, les sciences auxiliaires deviennent un antidote contre le mal de l'assèchement de la pensée juridique lié à l'absolutisme du droit dogmatique[3]. Pour atteindre cet objectif, le Doyen Jean Carbonnier s'est essentiellement attaché à explorer les phénomènes juridiques en sollicitant les outils de la sociologie juridique. Si la pertinence de cette méthode ne prête pas à la moindre discussion, celle des sciences économiques mérite d'être envisagée également. Selon Max Weber, la théorie économique se trouve sur le plan de l'événement réel et non sur celui de la norme idéalement applicable[4]. Dans la mesure où les sciences économiques se donnent pour objectif de saisir les rapports sociaux de façon concrète, elles peuvent être sollicitées pour expliquer les phénomènes juridiques et, *in fine*, pour saisir cette fameuse sève économique qui coule dans les branches du droit privé français.

Trop épris de culture, le Doyen Carbonnier ne pouvait négliger l'apport des sciences économiques dans la compréhension du juridique et constatait d'ailleurs un mariage célébré au XIX^e^ siècle entre les sciences juridiques et économiques[5]. Conscient de la proximité entre ces deux matières, il n'a cessé d'irriguer sa contribution à la science juridique d'une pensée économique particulièrement féconde aussi bien sur le plan des rapports techniques entre le droit et l'économie, que sur le plan des grands principes de théorie économique animant le système juridique. Les célèbres *« États des questions »* de ses *« Thémis »* recèlent de nombreux paragraphes intitulés *« Économie politique »* où des discussions d'ordre économique viennent éclairer ou colorer un débat juridique[6]. Ainsi, le passage que consacre le Doyen Carbonnier aux exigences sociales du contrat, au travers de l'antithèse entre la liberté contractuelle et l'ordre public, est éclairé par des réflexions sur les courants économiques libéraux et interventionnistes[7]. La sphère économique a encore intéressé l'auteur qui a livré à la communauté juridique française les bases d'une théorie générale de la monnaie en droit français[8], considérée comme fondatrice

1 L. Josserand, Un ordre juridique nouveau, D. 1937, chron., p. 41 et s., spéc. p. 41.

2 Cité par J. Commaille, *Présentation générale*, in Jean Carbonnier – Ecrits, PUF, 2008, p. 933 et s., spéc. p. 936.

3 J. Carbonnier, L'esprit sociologique dans les Facultés de Droit, L'année sociologique, 1964, p. 466 et s., spéc. P. 469 (reproduit *in* Jean Carbonnier – Écrits, *op. cit.*, p. 950).

4 M. Weber, Économie et société, t. I Les catégories de la sociologie, Plon, 1971 (trad. E. de Dampierre), p. 321 et s.

5 J. Carbonnier, Droit civil – Introduction – Les Personnes – La famille, l'enfant, le couple, PUF, Coll. *Quadrige*, 2004 (rééd. de la 27^e^ éd refondue, 2002), n° 27.

6 R. Libchaber, La pensée économique de Jean Carbonnier : l'exemple de la monnaie, *in* Hommage à Jean Carbonnier, Dalloz, Coll. *Thèmes et Commentaires*, Série *Association Henri Capitant*, 2007, p. 61 et s., spéc. p. 62 et 63.

7 J. Carbonnier, Droit civil – Les biens, les obligations, PUF, Coll. *Quadrige*, 2004 (rééd. de la 22^e^ éd. refondue, 2000), n° 990.

8 v. not. J. Carbonnier, La monnaie en quête de son droit, *in* Flexible droit, *op. cit.*, p. 329 et s. ; J. Carbonnier, Droit civil – Les biens, les obligations, *op. cit.*, n° 671 à 699.

Livre Jurisprudence n°2.indb 338 08/08/2011 12:03:07

d'un droit monétaire[9]. Au vu de ces quelques exemples, il apparaît que la dimension économique du Droit est bien présente dans la pensée du Doyen Jean Carbonnier.

Pourtant, il peut paraître surprenant de se pencher sur le regard qu'il a pu porter sur le mouvement de l'analyse économique du droit. En effet, contrairement à la sociologie juridique[10], à la légistique[11], à la psychologie juridique[12] qui ont chacune reçu un héritage, la littérature portant sur l'analyse économique du droit ne contient ni un ouvrage de référence, ni un article fondateur du Maître. En tout et pour tout, le Doyen Jean Carbonnier a légué trente-six lignes sur les milliers de pages qui constituent son œuvre à propos de ce courant novateur qui commençait à faire des vagues au crépuscule de sa vie[13]. Est-ce dire que Jean Carbonnier n'a fait qu'esquisser le problème ? Ou pire encore, a-t-il passé pratiquement sous silence cette étrange figure qui a fait couler, en doctrine, tant d'encre ses dernières années ?[14] La réponse est assurément négative car les lignes que le Doyen Jean Carbonnier a consacrées à l'analyse économique du droit permettent de saisir, avec la plus grande justesse, les enjeux de la réception de l'analyse économique en France.

Le regard porté par le Doyen Carbonnier est assurément riche de sens et surtout, s'inscrit tel un gage d'objectivité. En effet, chacun garde à l'esprit les mots concluant la préface de la première édition de son manuel de droit civil, où il indiquait que *« même quand il arrive à ce livre de paraître refléter un parti pris (qui n'en a pas ?), que l'on veuille bien sous-entendre, au-delà de ce parti pris, une sympathie très profonde pour toutes les opinions qui divisent la doctrine, pour tous les sentiments qui font la France »*[15], ce qui dénote sensiblement avec les passions que l'analyse économique du droit a pu déchaîner au sen de la doctrine juridique et économique française depuis une dizaine d'années.

Et à bien des égards, le regard que le Doyen Carbonnier a pu porter sur le courant de l'analyse économique du droit mérite attention dans la mesure où lui-même a assisté et largement contribué à l'éclosion, puis à l'essor de la sociologie juridique en France, tant avec la publication et la réédition d'œuvres majeures[16] ayant marqué la pensée juridique française et étrangère, qu'avec la fondation du laboratoire de sociologie du droit et du DEA de sociologie du droit de Paris II[17]. Dès lors, au regard rétrospectif que l'on peut porter aujourd'hui sur la sociologie du droit se mêle forcément un regard prospectif, celui de ce que pourrait devenir l'analyse économique du droit dans un avenir plus ou moins proche.

Compte tenu de ces éléments, il est évident que le Doyen Carbonnier est susceptible d'être un excellent guide dans la compréhension du mouvement de l'analyse économique du droit, car contrairement à l'hostilité manifestée par une grande majorité de la communauté juridique française[18], il semble accueillir l'analyse économique du droit sans *a priori* négatif, détachant ce mouvement de la connotation, libérale, voire ultra-libérale, qui l'entoure dans le débat ambiant. De cela, il en résulte que les quelques lignes consacrées par le Doyen Jean Carbonnier au mouvement de l'analyse économique du droit se révèlent riches d'ensei-

9 En ce sens, R. Libchaber, La pensée économique de Jean Carbonnier, *art. préc.,* p. 61 et 62.

10 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 2004 (rééd.) ; J. Carbonnier, Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10e éd., 2001.

11 J. Carbonnier, Essai sur les lois, Defrénois, 2e éd., 1995.

12 J. Carbonnier, Études de psychologie juridique, Annales de l'Université de Poitiers, 1949, p. 29 et s.

13 J. Carbonnier, Droit civil – Introduction – Les Personnes – La famille, l'enfant, le couple, PUF, Coll. *Quadrige*, 2004 (rééd. de la 27e éd refondue, 2002), n° 27 et 35.

14 v. not. Ph. Jacques, Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans heur (Cour de cassation, aud. sol., 30 mai 2007), RTD civ. 2007, p. 514 et s.

15 J. Carbonnier, Droit civil – Introduction, *op. cit.*, p. 2

16 J. Carbonnier, Sociologie juridique, *op. cit.* ; J. Carbonnier, Flexible droit, *op. cit.*

17 J.-F. Niort, Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle), PUF, Coll. Quadrige, 2007, *v° Jean Carbonnier*.

18 v. en particulier, A. Supiot, Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Le seuil, Coll. *La couleur des idées*, 2005, p. 174 et 297.

Livre Jurisprudence n°2.indb 339 08/08/2011 12:03:07

gnements en leur lecture attentive conduit à minimiser les craintes suscitées par l'analyse économique du droit (I), et une fois ces craintes dissipées, afin d'adhérer au paradigme très particulier qu'elle est susceptible d'offrir (II).

I. Les craintes relativisées de l'analyse économique du droit

Afin de relativiser les craintes suscitées par le courant de l'analyse économique du droit, le Doyen Jean Carbonnier a été amené à établir avec précision un diagnostic de l'état de ce courant en France. Il lui a fallu, tout d'abord, constater le rejet de l'analyse économique du droit par la communauté juridique (A) pour, ensuite, identifier les maux dont elle souffre (B).

A. Le rejet de l'analyse économique du droit

Pour comprendre le rejet de l'analyse économique du droit en France, le Doyen Jean Carbonnier a fortement insisté sur la genèse de ce courant de pensée. En effet, l'analyse économique du droit prend son essor de l'autre côté de l'océan Atlantique, à l'Université de Chicago, sous l'impulsion de grandes personnalités comme Ronald Coase ou Gary Becker, tous deux Prix Nobel d'économie, ou encore Richard Posner, juge fédéral et Professeur de Droit. Dans un second temps, le Doyen Jean Carbonnier a relevé que l'analyse économique du droit a gagné l'Europe par l'Angleterre. Si l'auteur a mis l'accent sur ces éléments, c'est qu'il en mesurait bien l'impact au sujet de la réception de ce courant en France. Bien sûr, il n'était pas question pour le Doyen Carbonnier de se livrer à un anti-américanisme primaire, mais plutôt de mettre en évidence de la triple différence de culture juridique qui oppose traditionnellement les pays de tradition romano-germanique et les pays de Common Law.

Tout d'abord, sur le plan de la politique législative, l'analyse économique du droit a été accueillie comme un courant de philosophie juridique porteur d'une conception libérale, voire ultralibérale du droit[19]. Ainsi, Messieurs Benoît Frydman et Guy Haarscher voient dans ce mouvement un courant philosophique capable de menacer l'humanisme juridique, de poursuivre allègrement le saccage de notre planète ou de fermer les yeux sur l'exploitation des enfants[20]. Par son essence libérale bien identifiée, l'analyse économique ne pourrait être autre chose que le pendant des conceptions marxistes du Droit soutenues notamment après la Seconde Guerre Mondiale. Cette conception méconnaît la nature profonde de l'analyse économique du droit. Celle-ci doit rester incolore d'un point de vue politique ou idéologique, au risque de basculer dans un libéralisme juridique. Elle n'est que l'outil de référence offert à l'économiste, qualifié par Monsieur le Professeur Bruno Deffains d'*« ingénieur de la société »*[21]. Elle doit donc exclusivement être entendue dans une dimension méthodologique[22]. Le Professeur Bruno Oppetit traduisait le plus fidèlement la nature de l'analyse économique du droit en estimant qu'elle *«fournit au juriste une méthode destinée à repenser les fonctions des différentes institutions juridiques : elle s'attache à une vision dynamique du droit envisagée dans son historicité et son perfectionnement »*[23]. Elle n'est qu'un soutien aux décisions de nature politique[24] permettant aux institutions juridiques de se rapprocher du résultat qui leur est assigné[25]. Dans la mesure où elle est idéologiquement neutre, l'ana-

19 H. Muir Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit…, *art. préc.*, p. 39 ; E. Mackaay, Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?, *art. préc.*, spéc. p. 422 et 423.

20 B. Frydman et G. Haarscher, Philosophie du droit, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 2e éd., 2002, p. 56.

21 B. Deffains, L'analyse économique de la responsabilité du producteur en cas d'accidents provoqués par son produit, Thèse Dactyl., Nancy 2, Sciences économiques, 1991, p. 36.

22 E. Mackaay, L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes, *in* L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil (Dir. B. Deffains), 2002, p. 11 et s., spéc. 12.

23 B. Oppetit, Droit et économie, *art. préc.*, spéc. p. 23.

24 E. Mackaay, La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, *art. préc.*, spéc. p. 85.

25 v. Ph. Jestaz, Qu'est-ce qu'un résultat en droit, *in* Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud, Litec 2007, p. 293 et s., spéc. p. 294.

Livre Jurisprudence n°2.indb 340 08/08/2011 12:03:07

lyse économique du droit peut aussi bien servir des valeurs imprégnées d'utilité que d'équité[26]. Autrement dit, l'analyse économique du droit n'a aucunement vocation à orienter le système juridique vers un unique objectif de capitalisation des richesses[27] au mépris des autres valeurs de notre société. Le projet de l'analyse économique du droit n'est donc pas philosophique, mais bien plus exactement méthodologique.

Ensuite, sur le plan de la méthodologie juridique, il faut rappeler que le discours doctrinal français est avant tout légicentrique[28], fondé sur le culte de la loi[29]. En effet, les efforts doctrinaux de la première partie du XX^{e} siècle pour accéder aux sources formelles, ou extra-juridiques, du droit ont abouti à un demi-échec avec le retour à une conception beaucoup plus dogmatique de la science juridique. Cette approche est moins encline à laisser les savoirs auxiliaires, comme l'économie, pénétrer le droit[30]. Selon le Doyen Carbonnier, cette perception du phénomène juridique, limitée à la seule réflexion dogmatique, peut paraître étriquée au regard des multiples enseignements des sciences collatérales au droit.

Enfin, l'absence de réflexion économique sur les institutions juridiques s'explique par un argument philosophique. Dans la tradition juridique française, la philosophie du droit a toujours strictement opposé les perceptions idéalistes et les perceptions utilitaristes du phénomène juridique. En effet, la pensée majoritaire est nettement plus axée sur une perception kantienne que benthamienne du droit[31]. Autrement dit, entre *« l'utile »* et *« le juste »*, c'est le second de ces termes qui a le plus profondément marqué les esprits[32] au point que le Professeur Michel Villey voyait dans l'utilitarisme *« un tronçon de réflexion juridique »*[33] ou *« le signe de l'effondrement de l'esprit »*[34]. Par conséquent, le discours utilitariste, fondé sur la recherche du bonheur du plus grand nombre[35], et indirectement sur l'analyse du droit au travers de sa rationalité économique, traduit une inspiration étrangère à la philosophie juridique française[36]. Elle suscite donc un *a priori* négatif aux yeux de la doctrine. Pourtant, le Doyen Jean Carbonnier ne semble pas partager le scepticisme ambiant. Il a tenté de le dépasser en s'attaquant aux maux dont souffre l'analyse économique du droit en France.

B. Les obstacles au développement de l'analyse économique du droit

Les craintes suscitées par l'analyse économique du droit dans le discours doctrinal français sont liées autant à l'image qu'elle génère dans la conscience collective des juristes français qu'à ses attributs intrinsèques. Selon le Doyen Jean Carbonnier, l'analyse économique du droit devra réussir à vaincre les préjugés des juristes[37]. Il poursuit en indiquant que l'analyse économique du droit *« risque de repousser* [les juristes français] *par une formalisation trop*

26 Contra : Ph. Malaurie et P. Morvan, Introduction générale, *op. cit.,* n° 28.

27 A. Supiot, Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit, Seuil, Coll. *La couleur des idées*, 2005, p. 174.

28 H. Muir Watt, « Law and Economics » : quel apport pour le droit international privé, *in* Le contrat au début du XXI^{e} siècle – Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 685 et s., spéc. p. 685 ; Th. Kirat, Économie du droit, *op. cit.*, p. 3.

29 Ph. Jestaz, Jurisprudence et économie, *in* L'analyse économique dans les pays de droit civil (Dir. B. Deffains), Cujas, 2002, p. 73 et s., spéc. p. 82.

30 v. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, La doctrine, *op. cit.*, p. 147 à 157.

31 M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats…, *op. cit.*, spéc. n° 59.

32 M. Villey, Critique de l'utilitarisme juridique, RRJ 1981-2, p. 167 et s., spéc. p. 170.

33 M. Villey, Réflexions sur la philosophie et le droit – Les carnets, PUF, 1995, p. 349.

34 M. Villey, Réflexions sur la philosophie et le droit…, *op. cit.*, p. 159.

35 E. Picavet, Dictionnaire de la justice (Dir. L. Cadiet), PUF, 2004, *v° Utilitarisme*.

36 H. Muir Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, *in* L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil (Dir. B. Deffains), Cujas, 2002, p. 37 et s., spéc. p. 39 à 42.

37 J. Carbonnier, Droit civil – Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, PUF, Coll. *Quadrige (rééd. Thémis)*, 2004, n° 35.

Livre Jurisprudence n°2.indb 341 08/08/2011 12:03:08

savante »[38] et qu'elle pourrait les *« décontenancer par des météores de thèses et hypothèses »*[39].

La première critique relevée par le Doyen Carbonnier ne surprendra personne car la compréhension du paradigme de l'analyse économique du droit suppose, au préalable, une certaine maîtrise des outils élémentaires des sciences économiques. Selon Messieurs les Professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, il est nécessaire de fournir une *« culture économique élémentaire »* minimum au lecteur qui souhaite se plonger dans les méandres de l'analyse économique du droit[40]. La démarche est similaire sous la plume de Messieurs les Professeurs Anthony Ogus et Michael Faure qui se proposent, avant de livrer une analyse économique du droit français, d'initier le lecteur à la théorie économique[41]. Enfin, Monsieur Philippe Simonnot souhaite livrer une recherche sur l'analyse économique du droit, mais au préalable, invite le lecteur à *« ouvrir la boite à outil de l'économiste »*[42]. Autant dire que la plupart des auteurs qui souhaitent propager le message de l'analyse économique du droit sont bien conscients du risque de rejet dénoncé par le Doyen Jean Carbonnier. En effet, tout essai d'analyse économique du droit suppose la maîtrise de concepts très particuliers comme l'offre[43], la demande[44], le fonctionnement du marché[45], l'efficience[46], la théorie des jeux[47] ou encore la division du travail[48], qui ne sont pas spontanément sollicités par le juriste francophone, nettement plus à l'aise avec les ressorts offerts par l'approche dogmatique du droit[49].

La tension est encore plus nette avec l'ouverture des sciences économiques, et par voie de conséquence de l'analyse économique du droit, à la modélisation mathématique. Pour le Doyen Jean Carbonnier, c'est particulièrement cela qui est susceptible de conduire au rejet de la méthode. À deux reprises, l'auteur insiste sur ce point en l'invoquant, d'abord explicitement, en se référant aux mesures mathématiques[50], puis implicitement, en faisant allusion à une formalisation trop savante[51]. À ce sujet, il convient immédiatement d'admettre, à la suite de Messieurs les Professeurs Anthony Ogus et Michael Faure, que le monde de l'algèbre et du calcul différentiel renforce la logique de l'analyse et sa précision, mais sa maîtrise n'est indispensable, ni à la compréhension de l'analyse économique du droit, ni à l'élaboration de raisonnements économiques. D'un point de vue épistémologique, il convient de relever que la modélisation de l'analyse économique du droit n'est qu'une conséquence de l'orientation générale des sciences économiques contemporaines, mais elle n'est absolument pas le propre de l'analyse économique du droit, qui peut se montrer parfaitement pertinente tout en se limitant à des calculs simples et à des représentations graphiques sommaires, comme le préconisait le Doyen Jean Carbonnier. Ce n'est sans doute qu'au prix d'une *« littérarisation »* que l'analyse économique du droit gagnera définitivement ses lettres de noblesse auprès de la communauté juridique francophone. Ses défenseurs, qui font encore figure de pionniers, devront sans doute méditer le message que délivrait le Doyen Jean Carbonnier au sujet de la sociologie juridique, presque un demi-siècle plus tôt, dans la préface de la première édition de *Flexible Droit*[52]. Comme il avouait que sa

38 J. Carbonnier, Droit civil – Introduction, *op. cit.*, n° 35.
39 J. Carbonnier, Droit civil – Introduction, *op. cit.*, n° 35.
40 E. Mackaay et S. Rousseau, L'analyse économique du droit, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2e éd., 2008, n° 62.
41 A. Ogus et M. Faure, Économie du droit…, *op. cit.*, p. 27.
42 Ph. Simonnot, Économie du droit, t. 1 L'invention de l'État, Les belles lettres, 2004, p. 103.
43 v. A. Ogus et M. Faure, Économie du droit…, *op. cit.*, p. 32 et s.
44 v. A. Ogus et M. Faure, Économie du droit…, *op. cit.*, p. 30 et 31.
45 v. E. Mackaay et S. Rousseau, L'analyse économique du droit, *op. cit.*, n° 294 et 295.
46 v. Ph. Simonnot, Économie du droit, t. 1, *op. cit.*, p. 177 et s.
47 v. E. Mackaay et S. Rousseau, L'analyse économique du droit, *op. cit.*, n° 151 et s.
48 v. E. Mackaay et S. Rousseau, L'analyse économique du droit, *op. cit.*, n° 300 et s.
49 Sur le particularisme de la réflexion juridique, v. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, La doctrine, Coll. *Méthodes du droit*, 2004, p. 289 et 290.
50 J. Carbonnier, Droit civil – Introduction, *op. cit.*, n° 27.
51 J. Carbonnier, Droit civil – Introduction, *op. cit.*, n° 35.
52 J. Carbonnier, Flexible droit…, *op. cit.,* p. 5 et 6.

Livre Jurisprudence n°2.indb 342 08/08/2011 12:03:08

sociologie juridique était une sociologie comme il n'en fallait plus faire à une époque où la sociologie se veut science, il est nécessaire de défendre une analyse économique du droit débarrassée de toute rigueur et de toute modélisation économique excessive. En devenant plus littéraire que scientifique, cette démarche aura sans doute l'inconvénient d'être qualifiée de *« pré-scientifique »*, mais elle ne devra pas être considérée comme une *scienta amabilis*, comparable à l'astronomie pour marquise. Comme le soulignait le Doyen Carbonnier, la démarche aura tout de même un intérêt tactique non-négligeable : l'hypothèse aventureuse passe plus souvent sous des figures littéraires qui semblent n'engager à rien[53]. La formalisation mathématique est un mal dont souffre l'analyse économique du droit, l'abandon temporaire de son approche scientifique au profit d'une démarche plus littéraire peut être un facteur de diffusion et de compréhension auprès de la communauté juridique.

L'autre critique adressée par le Doyen Carbonnier à l'égard de l'analyse économique du droit réside dans l'éclatement du mouvement. En effet, cerner toute la substance de l'analyse économique du droit est rendue encore plus difficile par le fait que derrière la bannière unique de *« l'analyse économique du droit »* se cachent de multiples écoles, fondées sur des approches, parfois peu compatibles entres elles, des sciences économiques. Dès lors, mieux vaut-il certainement évoquer *« les analyses économiques du droit »* que *« l'analyse économique du droit »*[54]. Sans que le propos puisse prétendre à l'exhaustivité, il peut être retenu que l'École de Chicago constitue le plus ancien et le plus important bastion du courant de l'analyse économique du droit[55]. Cependant, il connaît la concurrence des courants institutionnalistes que l'on qualifie usuellement d'*« anciens »* et de *« nouveaux »*[56]… Le Doyen Carbonnier avait raison de mettre l'accent sur le caractère particulièrement éclaté de l'analyse économique du droit dans la mesure où les innombrables ramifications de ce mouvement nuisent forcément à l'intelligibilité du message économique. En dépit de ces maux, le Doyen Jean Carbonnier invitait la communauté juridique à dépasser ses craintes pour adhérer au paradigme particulier proposé par l'analyse économique du droit.

II – L'adhésion au paradigme de l'analyse économique du droit

Pour le Doyen Jean Carbonnier, adhérer au paradigme de l'analyse économique du droit constitue un défi d'importance. Cette méthode critique d'appréciation du droit mérite, tout d'abord, de s'étendre à de nombreux points afin d'enrichir l'ancestrale pensée juridique (A) et elle peut, ensuite, contribuer à cerner le lien fondamental qui lie le droit et l'économie (B).

A. La nécessaire extension du champ de la recherche en analyse économique du droit

Pour le Doyen Jean Carbonnier, la proximité unissant les sciences juridiques et les sciences économiques légitime à elle seule l'existence d'une réflexion doctrinale menée sur le terrain inconnu de l'analyse économique du droit. Cette réflexion doit concerner essentiellement les domaines où se rencontrent traditionnellement le droit et l'économie, mais également ceux où cette attirance est plus récente.

La terre d'élection des rapports entre le droit et l'économie est sans aucun doute la matière contractuelle. Le Doyen Jean Carbonnier relevait que *« l'analyse économique du droit propose beaucoup de directions de recherches propres à renouveler la théorie, sinon toujours la pratique judiciaire, spécialement dans la matière des contrats »*[57]. Ce constat a eu un certain écho en doctrine puisque de nom-

53 *Ibidem*.

54 E. Mackaay, L'analyse économique du droit, *op. cit.,* p. 18.

55 E. W. Kitch, Chicago School and Law and Economics, The New Palgrave Dictionnary of Economics and the Law, t. 1, MacMillan, 1998, p. 227 et s. ; E. Mackaay, History of Law and Economics, *in* Encyclopedia of Law and Economics (dir. B. Bouckaert et G. De Geest), Vol. I General Works, History and Methodology, Edward Elgar, 2000, p. 66 et s., spéc. p. 72 et s.

56 Th. Kirat, Économie du droit, *op. cit.*, p. 11 et s.

57 J. Carbonnier, Droit civil …, t. 2, *op. cit.*, n° 928.

Livre Jurisprudence n°2.indb 343 08/08/2011 12:03:08

breuses recherches se sont engagées dans la réflexion sur l'économie du droit des contrats au point que la communauté juridique ne discute plus aujourd'hui sa légitimité et son apport dans la compréhension du mécanisme contractuel. Le Doyen Jean Carbonnier précisait sa pensée en indiquant que *« la théorie des jeux fournirait, sans doute, des éléments précieux au juriste.* Mais en certaines hypothèses, l'analyse économique du droit conduit à changer la règle du jeu communément admise par les juristes. Un exemple très saisissant peut être puisé dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la violation, par le promettant, d'une promesse unilatérale de vente. En pareille hypothèse, et compte tenu du fait que la promesse constitue un véritable contrat préparatoire à la convention envisagée par les parties, le promettant ne pourrait pas se désengager de sa seule initiative afin de conclure la vente projetée avec un tiers. Pourtant, la jurisprudence prend l'exact contre-pied de cette analyse en retenant que le promettant n'est tenu que d'une obligation de faire dont la violation est sanctionnée par des dommages-intérêts[58]. Pour une grande partie de la doctrine, la qualification de l'obligation du promettant en une obligation de faire, fondée sur l'article 1142 du Code civil, se prête à la critique d'un point de vue juridique et a pour principale conséquence d'introduire en droit français la théorie de la rupture efficiente du contrat[59] en sacrifiant la force obligatoire du contrat consacrée à l'article 1134 du Code civil.

Dans un ordre d'idées très proche, le Doyen Jean Carbonnier nous ouvre la voie en indiquant que le droit des affaires peut être renouvelé par le recours à l'analyse économique du droit. Selon lui, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Économiques constituerait l'archétype de l'alliance entre le savoir juridique et le savoir économique. Même si l'objectif de cette loi peut paraître limité à certains égards, elle a eu pour principale conséquence d'introduire les bases essentielles de la théorie de la *« Corporate Governance »* en droit des sociétés français[60]. Cette doctrine, qui est d'origine anglo-américaine, tend à s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun de tous les actionnaires et non dans celui particulier des majoritaires ou des dirigeants. Comme le soulignent Madame le Professeur Marie-Anne Frison-Roche et Monsieur Sébastien Bonfils, la *corporate governance* a pour cœur la circulation et la compréhension de l'information sociale[61] afin de limiter au maximum les conflits d'agence, entre les dirigeants sociaux et les actionnaires, dans le fonctionnement de la société. De telles tensions réduisent la rentabilité de la société en générant essentiellement des coûts de surveillance, car les actionnaires vont se méfier des dirigeants et mettre en place des contrôles à leurs égards, et des coûts de fidélisation, pour donner confiance aux actionnaires[62]. Contrairement à une grande partie de la doctrine, le Doyen Jean Carbonnier avait perçu cette mutation du droit des affaires générée par la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques du 15 mai 2001.

En outre, les pistes proposées par l'analyse économique du droit ne suscitent peut-être plus les mêmes crispations que par le passé puisque de récentes recherches doctrinales françaises, menées sur le terrain du droit économique[63], du droit civil de la responsabilité contractuelle[64]

58 Cas civ. 3e, 15 déc. 1993, JCP 1995, II, 22 366, note D. Mazeaud.

59 C. Fluet, La rupture efficiente du contrat, *in* Droit et économie des contrats (Dir. Ch. Jamin), LGDJ, Coll. *Droit et économie*, 2007, p. 155 et s.

60 En ce sens, Y. Guyon, Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Rev. Sociétés 2001, p. 503 et s., spéc. n° 2.

61 M.-A. Frison-Roche et S. Bonfils, Les grandes questions du droit économique, PUF, Coll. *Quadrige*, 2005, p. 176.

62 E. Mackaay et S. Rousseau, L'analyse économique du droit, *op. cit.*, n° 1842.

63 v. not. : Responsabilité et régulations économiques (Dir. M.-A. Frison-Roche), Dalloz, 2007, Coll. *Thèmes et commentaires*.

64 M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats…, *op. cit.*

Livre Jurisprudence n°2.indb 344 08/08/2011 12:03:08

et délictuelle[65], du droit pénal[66] ou encore du droit international privé[67], tendent à réhabiliter la méthode de l'analyse économique du droit dans la pensée juridique française. De l'Université au Palais, il n'y qu'un pas puisque la Cour de cassation serait très attentive aux perspectives offertes par l'analyse économique du droit[68]. Cette dynamique s'est concrétisée dans l'organisation de cycles de conférences entre universitaires et praticiens, économistes et juristes, sur des centres névralgiques de la relation entre le droit et l'économie tels que l'abus de biens sociaux[69], le contrat[70], la banque[71], la propriété intellectuelle[72] ou la responsabilité[73]. De façon encore plus prégnante, certains auteurs considèrent que la sensibilité économique de la Cour de cassation se retrouverait encore en filigrane dans la jurisprudence puisque de nombreuses décisions importantes rendues au cours de ces dernières années sont directement en relation avec la logique économique[74]. Au vu de ces multiples exemples, il est probable que la communauté juridique commence à prendre ses distances avec la construction doctrinale issue du mouvement américain *Law and Economics* afin de construire véritablement une *« analyse économique du droit à la française »* prenant véritablement en considération le particularisme de la tradition juridique française sans passer par une *« américanisation »* du droit.

Mais de façon plus générale, le Doyen Jean Carbonnier considérait que l'analyse économique du droit permet de saisir un débat bien vaste et bien plus vif pour la communauté juridique française qui est celui du *« coût du droit »*[75] et des institutions juridiques. Cette problématique constitue une préoccupation essentielle de l'analyse économique du droit. En effet, dans son étude du droit de la responsabilité civile[76], Guido Calabresi argumente que la société à intérêt à rechercher les moyens les plus avantageux pour minimiser trois catégories de coûts : les coûts primaires, les coûts secondaires et les coûts tertiaires[77]. La première composante du coût social correspond aux charges financières imposées à la société à titre préventif, pour éviter

65 G. Maitre, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, LGDJ, Coll. *Droit et économie*, Préf. H. Muir-Watt, 2005.

66 J.-P. Jean, De l'efficacité en droit pénal, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire – Mélanges offerts à Jean Pradel, Cujas, 2006, p. 135 et s. ; J.-P. Jean, Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal, AJ pénal 2006, p. 473 et s. ; G. Royer, L'analyse économique et le droit criminel – une approche juridique, Le Manuscrit, 2005, Préf. B. PY et B. Deffains ; G. Royer, L'efficience en droit pénal économique – étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit, LGDJ, Coll. *Droit et économie*, 2009, Préf. F. Stasiak, Avant-propos G. Canivet.

67 H. Muir Watt, « Law and Economics » : quel apport pour le droit international privé ?, *art. préc.*, p. 685 et s.

68 v. not. Ph. Jacques, Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans heur (Cour de cassation, aud. sol., 30 mai 2007), RTD civ. 2007, p. 514 et s.

69 v. *« la confrontation »* entre un économiste et un juriste pénaliste à propos de l'incrimination de l'abus de biens sociaux : R. Blazy, La pertinence économique de l'incrimination de l'abus de biens sociaux, LPA 2005, n° spécial du 19 mai 2005, p. 19 et s. ; F. Stasiak, La réception et la cohérence des considérations économiques de l'abus de biens sociaux, *ibid.*, p. 36 et s.

70 À propos du contrat : E. Brousseau, La santion adéquate en matière contractuelle : une analyse économique, *ibid.*, p. 43 et s. ; Ch. Jamin, Que répondre à Éric Brousseau (je n'ai presque rien à dire à un économiste) ?, *ibid.*, p. 54 et s.

71 À propos du secteur bancaire : J.-P. Betbèze, La banque, le juge, les ruptures de crédits et le fonctionnement du marché, *ibid.*, p. 60 et s. ; M. Germain, Interrogations juridiques, *ibid.*, p. 65 et s.

72 À propos de la propriété intellectuelle : J. Tirolle, Quelle finalité pour les propriétés intellectuelles ?, *ibid.*, p. 67 et s. ; M. Vivant, Economie et droit ou une interrogation sur les lois : le point de vue du juriste, *ibid.*, p. 75 et s.

73 À propos de la responsabilité : M. Nussemdaum, L'appréciation du préjudice, *ibid.*, p. 78 et s. ; G. Viney, L'appréciation du préjudice, *ibid.*, p. 89 et s.

74 v. les exemples empruntés au droit civil donnés par Ph. Jacques, *in* Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda…, *art. préc.*, spéc. p. 515 à 521.

75 v. la contribution essentielle de Ronald Coase : R. Coase, « Le coût du droit (trad. Y.-M. Morissette) », PUF, Coll. *Droit, Éthique et société*, 2000.

76 G. Calabresi, The cost of accident, *A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

77 Rappr. : B. Deffains, Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, LPA 2005, n° spécial « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », p. 6 et s., spéc. p. 7 et 8.

Livre Jurisprudence n°2.indb 345 08/08/2011 12:03:08

la violation de la règle de droit[78]. La seconde composante du coût social englobe l'indemnisation des préjudices lorsque des accidents se réalisent en dépit des efforts de prévention consentis[79]. Enfin, le dernier élément du coût social, tel que défini par Guido Calabresi, se rapporte aux charges financières liées à l'administration du système juridique, ce qui revient à aborder substantiellement le coût de la procédure juridictionnelle[80]. C'est ce triptyque du coût social, révélateur du gaspillage des ressources limitées de la société, que le droit doit minimiser en sollicitant les outils de l'analyse économique du droit. À l'orée du troisième millénaire, cette volonté de mesurer et de contrôler le coût et la performance générés par le système juridique est bien perceptible dans l'ordre politique interne et ne doit plus échapper au juriste français. En particulier, la Loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1er août 2001[81] a instauré un contrôle de performance de l'action publique financière ainsi qu'une garantie de sincérité des comptes tenus[82]. Ainsi, la logique de performance commandée par la LOLF est susceptible de suivre et d'évaluer les politiques publiques, et notamment l'activité des acteurs de la politique pénale[83]. Ces différents éléments mettent en évidence les points de jonction qui lient la science juridique et la science économique. Toutefois, ils ne permettent pas de cerner le centre névralgique de l'union du juridique et de l'économique.

B. La mise en évidence du lien fondamental entre l'économique et le juridique

Au-delà de ces éparses directions pouvant amener à de fertiles collaborations entre le juriste et l'économiste, le Doyen Jean Carbonnier considérait que le droit et l'économie étaient liés par un phénomène unique : le marché. Selon lui, « la théorie économique rejoint la théorie juridique à travers un phénomène significativement nommé *la loi du marché*[84] ». Celle-ci est profondément d'essence économique puisqu'elle réside dans le constat mathématique qui résulte de la rencontre de l'offre et de la demande, deux forces impersonnelles et opposées.

Dans sa philosophie initiale, le Code civil de 1804 consacrait profondément la loi économique au terme de laquelle le bien-être commun ne peut être atteint que par cette rencontre entre l'offreur et le demandeur. Cela explique sans aucun doute la conception de l'homme véhiculée par le Code civil de 1804. Pour le Doyen Jean Carbonnier, *« l'homme* (y) *est traité essentiellement comme une volonté : ce n'est pas un corps* […]*, c'est une volonté toujours forte, éclairée, tendue vers un but et libre* […] »[85]. L'accord de volonté, fondant la rencontre entre les intérêts antagonistes du marché, trouve une légitimité et une place toute particulière à l'article 1134 du Code civil. Selon ce célèbre texte, *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*. En d'autres termes, l'ordre économique fondé sur la rencontre de la volonté de l'offreur et du demandeur est comparé à la loi, symbole de la souveraineté nationale au début du XIXe siècle et de l'ordre juridique[86]. Ainsi, la loi du marché consacrée par les sciences économiques trouve un écho considérable dans l'ordre juridique contractuel français. Selon le Doyen Jean Carbonnier, *« cette précellence accordée au contrat dans la vie juridique rejoint la maxime de la liberté économique : laissez faire, laissez-passer »*[87]. D'ailleurs, la précellence au contrat dans la vie juridique constatée par le Doyen Jean Carbonnier ne se limite pas à la technique civiliste et vient innerver l'ensemble de la vie juridique.

78 Rappr. : A. Ogus et M. Faure, Économie du droit…, *op. cit.,* p. 68.
79 *Ibidem.*
80 *Ibidem.*
81 L. Tallineau, La loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finance, RFDA 2001, p. 1201 et s.
82 M. Lascombe et X. Vandendriessche, Rép. Cont. Adm., *v° Cour des comptes*, janv. 2006, n° 7.
83 J.-P. Jean, Le système pénal, La découverte, Coll. *Repères*, 2008, p. 58.
84 J. Carbonnier, Droit civil…, t. 1, *op. cit.*, n° 35.
85 J. Carbonnier, *ibid.*, p. 129.
86 Rappr. : L. Depambour-Tarride, Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire, Arch. Phil. Dr. 1995, t. XXXX, p. 264 et s., spéc. p. 273.
87 J. Carbonnier, Droit civil…, t. 2, *op. cit.*, (p. 129 dans éd. 92).

Livre Jurisprudence n°2.indb 346 08/08/2011 12:03:08

En sciences économiques, il suffit, pour que l'on puisse caractériser l'existence d'un marché, de constater un pôle d'offre et un pôle de demande, susceptibles de parvenir à un accord. Dès lors, il apparaît clairement que l'existence d'un marché se confond essentiellement avec le processus de contractualisation du droit français. Dans cette perspective, la procédure pénale connaît aujourd'hui un phénomène de contractualisation inédit. Traditionnellement, le droit criminel français rejetait toute idée de coopération entre la partie accusatrice au procès répressif et la partie adverse[88]. C'est ce que rappelle Monsieur le Professeur Pierre-Henri Bolle en affirmant que d'une part, *« notre droit pénal est fondé sur l'idée de faute et que l'on ne discute pas de ses péchés avec le pécheur* […] *et d'autre part* […] *la société qui renoncerait à sévir contre le crime – et négocier avec le délinquant l'ouverture ou la poursuite de l'action pénale, c'est accepter de le faire – se rendrait complice de ce crime »*[89]. Néanmoins, cette forme de justice, axée sur la participation de l'auteur des faits à son propre procès, a déjà fortement pénétré les systèmes juridiques continentaux[90] pourtant largement influencés par la tradition romano-germanique[91]. Cette contractualisation de la réponse punitive prend définitivement forme en droit processuel français puisque les lois du 23 juin 1999 et du 9 mars 2004 ont respectivement consacré les procédures de composition pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, qui reposent sur le socle de l'aveu de la personne poursuivie. La loi du 9 mars 2004 a encore contribué à ce processus en organisant, à l'article 132-78 du Code pénal, le régime des exemptions et des atténuations légales de peine en cas de dénonciation d'un coauteur ou d'un complice. Les ressources du droit prospectif mettent l'accent sur la vigueur de cette tendance puisque le groupe de travail chargé de mener une réflexion sur la dépénalisation de la vie des affaires a fait état des nombreux avantages que procurerait l'admission de mécanismes transactionnels en droit pénal économique[92]. L'analyse économique du droit pénal[93] légitime l'intérêt de ces procédés en insistant sur l'existence d'un marché d'un genre très particulier entre les autorités publiques, proposant des sanctions, et les infracteurs, acceptant ou refusant ces propositions. La négociation des parties constitue un moyen peu coûteux pour l'État de tendre vers la vérité judiciairement établie[94] et lui permet de libérer des ressources pour traiter d'autres affaires[95]. Partant de ce constat, il est tentant d'affirmer que la négociation est préférable à la procédure axée sur la recherche des preuves puisque les coûts de transaction sont éludés. Le XXI[e] siècle a donc vu naître un marché de la sanction pénale négociée qui vient inscrire le droit criminel dans un dialogue rationnel qui contraste nettement avec les enseignements les plus classiques. En acceptant le paradigme du marché économique, le droit devient serviteur du système économique et renouvelle la conception des institutions juridiques. Cette force de l'analyse économique du droit trouve un écho remarquable pour Monsieur le Professeur Christian Atias qui retient que *« l'analyse économique du droit invite à redécouvrir et à préciser les justifications consacrées, à enrichir l'ancestrale tradition juridique de données récentes, à éprouver ses certitudes les mieux assises »*[96]. Pourtant, la logique de marché ne doit pas devenir la nouvelle lubie du juridique au seuil du

88 J.-M. Carbasse, Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, PUF, Coll. *Droit fondamental*, 2[e] éd., 2006, n° 88.

89 P.-H. Bolle, Le nouveau procès pénal, RD pén. crim. 1995, p. 5 et s., spéc. p. 11.

90 F. Tulkens et G. Van de Kerchove, La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?, RD pén. crim. 1996, p. 445 et s., spéc. p. 463 et 464.

91 Sur les origines des mécanismes de négociation procédurale, v. H. Jung, Le plaider coupable et la théorie du procès, *in* Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire – Mélanges offerts à Jean Pradel, Cujas, 2006, p. 805 et s., spéc. p. 807 et 808.

92 La dépénalisation de la vie des affaires, La documentation française, 2008, p. 71 et s., p. 105.

93 v. G. Royer, L'efficience en droit pénal économique…, *op. cit.*

94 v. J.-P. Jean, Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal, AJ pénal 2006, p. 474.

95 A. Garapon et I. Papadopoulos, Juger en France et en Amérique, Odile Jacob, 2003, spéc. p. 77.

96 Ch. Atias, La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face, RRJ 1987-2, p. 477 et s., spéc. p. 490.

Livre Jurisprudence n°2.indb 347 08/08/2011 12:03:08

XXIe siècle. La réception de cette logique est encore bien perceptible en droit de la personne et de la famille chez les juristes qui mettent en avant un processus de contractualisation de ces branches du droit[97]. Mais leur analyse accuse un certain retard par rapport aux travaux des économistes qui observent depuis plus de vingt ans l'avènement d'un marché de la vie, du mariage et de la famille[98].

Cette tendance du droit privé contemporain ne mérite sans doute aucune approbation, car elle vient dénier, au nom de la rationalité de l'être humain, toute primauté à l'Homme. Le Droit peut servir l'économie, tout comme l'économie peut servir le Droit, mais en aucun cas les sciences économiques ne doivent réduire en esclavage les sciences juridiques ! Comme le doyen Jean Carbonnier souhaitait nous garder des excès du *« sociologisme aveugle »*[99], qui n'était qu'une caricature du programme de sociologie juridique qu'il entendait mener, il est nécessaire que le XXIe siècle naissant nous préserve de *« l'économisme sauvage »*[100], qui n'est qu'une dérive de l'analyse économique du droit telle que la concevait le Doyen Jean Carbonnier.

97 v. en particulier, La contractualisation de la famille (Dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières), Economica, Coll. *Études juridiques*, t. 14, 2001.

98 B. Lemenicier, Le marché du mariage et de la famille, PUF, coll. *Libre échange*, 1988.

99 v. J. Carbonnier, Droit civil…, t. 1, *op. cit.*, n° 82.

100 F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, Coll. *Précis*, 7e éd., 2006, n° 43.

BIBLIOGRAPHIE

CARBONNIER J., Droit civil – Introduction – Les Personnes – La famille, l'enfant, le couple, PUF, Coll. *Quadrige*, 2004 (rééd. de la 27e éd refondue, 2002), n° 27 et 35

—, Droit civil – Les biens, les obligations, PUF, Coll. *Quadrige*, 2004 (rééd. de la 22e éd. refondue, 2000), n° 990.

—, La monnaie en quête de son droit, *in* Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur, *LGDJ, 10e éd? 2001,* p. 329 et s.

—, Droit civil – Les biens, les obligations, *op. cit.*, n° 671 à 699.

LIBCHABER R., La pensée économique de Jean Carbonnier : l'exemple de la monnaie, *in* Hommage à Jean Carbonnier, Dalloz, Coll. *Thèmes et Commentaires*, Série *Association Henri Capitant*, 2007, p. 61 et s., spéc. p. 62 et 63.

Livre Jurisprudence n°2.indb 348 08/08/2011 12:03:08

Les Droits de l'Homme dans la tradition indienne : un modèle alternatif[1]

Mahendra P. SINGH*

Traduit par Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ

Abordant le débat sur le relativisme culturel des Droits de l'Homme, cet article retrace la tradition indienne des Droits de l'Homme, qui se révèle soutenir pleinement l'idée des Droits de l'Homme. L'État, dans la tradition indienne, n'a toutefois pas acquis ou exercé cette espèce de monopole du pouvoir temporel dans la société comme il a pu le faire en Occident. Par conséquent, dans la tradition indienne, l'État n'était pas perçu comme le seul contrevenant aux Droits de l'Homme, bien qu'il ait pu passer sous silence ou tolérer leur violation. Pour cette raison, la tradition indienne n'a pas construit la notion de Droits de l'Homme seulement comme des libertés gagnées contre l'État, mais comme une idée de société dans laquelle chacun a vocation à être placé de manière à pouvoir atteindre son plein déve-

Picking up the debate on cultural relativism of human rights, this paper traces the Indian tradition of human rights, which is found to be fully supportive of the idea of human rights. The state in the Indian tradition did not, however, acquire or wield the kind of monopoly of power in the secular sphere of society as it did in the West. Consequently, in the Indian tradition the state was not perceived as the sole violator of human rights, though it may have ignored or connived in their violation. For this reason the Indian tradition does not construct the idea of human rights as freedom from state only but as an idea of a society in which each and every individual is entitled to be so placed as to be able to attain its best in life. The state is required not only to keep off the individual but also to facilitate the realization of its best. The state is perceived not

1 Texte paru dans la *NUJS Law Review* (2009), p. 145.

* *Vice Chancellor, West Bengal National University of Juridical Sciences.* Anciennement *Professor, Head & Dean, Faculty of Law, University of Dehli, India*. J'ai écrit cet article lors d'une mission à l'*Institute for Advanced Study*, à Berlin, en 2002-2003. Il fait partie d'un projet de recherches commencé à l'*Institute*; un article sur ce thème est aussi paru dans l'*Indian Journal of Juridical Sciences 137 (2003)* sous le titre : *Tracing the human rights to ancient Indian tradition – its relevance to the understanding and application of the International Bill of Rights*. Une autre version en est parue dans le *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg Journal of International Law 551 (2003)* sous le titre : *Human Rights in the Indian Tradition – Alternatives in the Understanding and Realization of the Human Rights Regime*. Continuant le même thème, cet article soulève de nouveaux points non abordés dans les précédents. Cette nouvelle version est également parue dans une revue juridique italienne sous le titre *I Diritti Umani Nella Tradizione Indiana : Una Prospettiva Alternativa*, 7 Daimon 127 (2007). Je suis reconnaissant envers l'*Institute for Advanced Study Berlin* de m'avoir donné l'opportunité de réfléchir et travailler sur ce thème et envers l'Université de Delhi pour m'avoir permis de mener mes recherches à Berlin. Je suis aussi reconnaissant envers mes collègues de l'*Institute* et de l'Université ainsi qu'envers plusieurs anciens étudiants qui m'ont aidé dans la préparation du précédent article et qui ont contribué aux ajouts dans celui-ci.

Livre Jurisprudence n°2.indb 349 08/08/2011 12:03:09

loppement. Il est demandé à l'État non seulement de ne pas porter atteinte aux particuliers, mais aussi de faciliter la réalisation de leur optimum. L'État n'est pas perçu en adversaire, mais en facilitateur des intérêts des particuliers. Les deux doivent, par conséquent, travailler ensemble en vue de la réalisation de ces intérêts. Si l'État est défaillant dans son rôle, une personne doit avoir et a effectivement le droit de recourir aux voies de droit. Il s'agit de la conception des Droits de l'Homme qui réside dans le cœur de chaque Indien et qui est consacrée dans la Constitution de l'Inde.

an adversary but a facilitator of the interests of the individual. The two must, therefore, work together towards the realization of those interests. In case the state fails to perform its role the individual must have and does have the right to invoke the legal process. This is the conception of human rights that lies in the heart of a common Indian and is incorporated in the Constitution of India.

Livre Jurisprudence n°2.indb 350 08/08/2011 12:03:09

I. La tradition et les Droits de l'Homme

Parmi de nombreuses questions relatives aux Droits de l'Homme, l'une des principales et récurrentes est celle du débat et de la recherche pour leur trouver un fondement commun dans toutes les traditions et cultures du monde. L'absence d'un tel fondement conduit à différentes conceptions des Droits de l'Homme créant un doute sur leur universalité. Alors même que *l'International Bill of Rights* et quelques autres conventions de l'ONU semblent représenter un consensus à cet égard, tous les pays ne les ont pas encore adoptés[1]. Certains de ceux qui les ont ratifiés ont aussi émis plusieurs réserves. D'autres ont également exprimé leurs divergences de vue collectivement, comme, par exemple, certains pays asiatiques l'on fait par la déclaration de Bangkok avant la conférence mondiale de Vienne sur les Droits de l'homme en 1993[2]. Bien que les revendications au nom des valeurs asiatiques exprimées dans la déclaration de Bangkok ou ailleurs aient été réfutées, les controverses relatives aux diversités culturelles persistent[3]. De sérieux doutes sont émis sur l'universalité de l'actuel modèle des Droits de l'Homme, que certains estiment basé sur l'expérience historique de l'Occident industriellement développé, mais non partagé par la large part de l'humanité habitant le reste du monde, particulièrement l'Asie et l'Afrique[4]. Les intérêts de cette partie du monde, est-il soutenu, sont différents des intérêts de l'Occident et doivent être pris à leur juste valeur[5]. Afin que soit réalisée l'idée

1 Le terme International Bill of Rights se rapporte à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux deux Pactes internationaux, Pacte relatif aux droits civils et politiques, et Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Au nombre des autres conventions se trouvent : la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, et la convention relative aux droits de l'enfant.

2 La déclaration de Bangkok de 1993 est disponible à l'adresse http://www.thinkcentre.org/article.cfm?ArticleID=830 [NDT*: Lien vérifié le 2 novembre 2010*]. *Cf.* également B. Kaushikan, *Asia's Different Standard*, 92 *Foreign Policy* 24 (1993); reproduit in *Human Rights law* 201 (dir. P. Alston, 1996) pour un texte représentatif des valeurs asiatiques.

3 Pour des textes réfutant les positions de la déclaration de Bangkok, *cf.* Y. Ghai, *Human Rights and Governance : The Asia Debate*, 15 *Australian yearbook of International law* 1 (1994) reproduit in *Human Rights law*, *supra* note 2, 219 ; A. Sen, *Human Rights and Asian Values* (*Sixteenth Morgenthau Memorial Lecture on Ethics and Foreign Policy*, 1997); A. Sen, *Development as Freedom*, 231ff. (1999). *Adde. Human Rights and Asian values* (dir. M. Jacobsen & O. Brunn, 2000); J. R. Bauer & D.A. Bell, *The East Asian challenge for Human Rights* (1999).

4 *Cf.* par ex., A. Pollis & P. Schwab, *Human Rights : A Western Construct With Limited Applicability*, in *Human Rights cultural and ideological perspectives*, 1 (dir. A. Pollis & P. Schwab, 1980) (à la p. 8 ils écrivent, « *[…] dans son essence la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme est un document dont les valeurs sous-jacentes sont démocratiques et libérales, fondées sur la notion d'individus isolés en possession de certains droits naturels inaliénables. Ces valeurs politiques, distinctes des droits économiques ou communautaires, proviennent directement de l'expérience de la France, de l'Angleterre et des États-Unis. La déclaration affirme le postulat selon lequel les valeurs occidentales sont souveraines et doivent être étendues au monde non-occidental. […] Les cultures traditionnelles ne voient pas l'individu comme autonome et titulaire de droits supérieurs et préalables à la société. Pour n'importe quelle relation sociale particulière, l'individu est conçu comme une partie intégrante d'un plus grand ensemble, d'un groupe, dans lequel chacun a un rôle et un statut définis* »). *Adde. Human Rights in crosscultural perspectives* (dir. A. A. An-Naim, 1992) (particulièrement l'introduction et la conclusion, p. 1 & 427 respectivement); C. M. Cerna, *Universality Of Human Rights and Cultural Diversity : Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts*, 16 *Human Rights quaterly* (1994); F. S. Nariman, *The Universality of Human Rights*, 50 *The Review International Commission of Jurists* 8 (1993) ; A. Supiot, *The Labyrinth of Human Rights Credo or Common Resource ?* 21 *New left review* 118 (2003).

5 Pollis & Schwab, *supra* note 4, 9-10 (« *La non-relevance de la conception occidentale des Droits de l'Homme fondés sur les doctrines du droit naturel n'est pas seulement enracinée dans des modèles culturels traditionnels, mais est aussi une conséquence des objectifs actuellement énoncés par les pays du Tiers-monde. L'idéologie de la modernisation et du développement qui a atteint un statut universel est désormais comprise avant tout en termes de développement économique. L'expérience coloniale de l'exploitation économique a donné un substrat à la conception de la notion de dignité humaine comme consistant en des droits économiques plutôt que dans des droits civils ou politiques. L'absence de famine, le droit pour tous de profiter des bénéfices matériels d'une économie développée, et l'absence d'exploitation par des puissances coloniales sont devenus les principaux objectifs des pays du Tiers-monde. Les stratégies élaborées pour atteindre ces objectifs intègrent un mélange d'anciens concepts et de valeurs souvent réinterprétés et redéfinis à la lumière des réalités et objectifs contemporains. Ainsi l'État a dû remplacer les groupes identitaires traditionnels mais a*

Livre Jurisprudence n°2.indb 351 08/08/2011 12:03:09

de Droits de l'Homme universels, certains plaident pour que la conception des Droits de l'Homme soit reconsidérée, repensée et redessinée[6].

La question se complique par l'assertion de certains chercheurs occidentaux selon laquelle l'idée des Droits de l'Homme provient du Christianisme[7]. Une telle assertion crée de l'indifférence voire une opposition à l'idée de Droits de l'Homme chez les fidèles d'autres religions. Elle suscite également la recherche de cette idée dans d'autres traditions religieuses comme le Judaïsme, l'Islam, le Confucianisme, le Bouddhisme et l'Hindouisme[8]. Certaines études sur les Droits de l'Homme démontrent la pertinence et l'influence d'autres traditions religieuses dans la compréhension et l'application de l'idée des Droits de l'Homme[9]. Alors que la constatation de cette idée dans différentes traditions religieuses peut, ou non, aider à sa promotion, la proclamation de son existence dans l'une d'elles à l'exclusion des autres inhibe son acceptation et son développement. Il n'est pas nécessaire que l'idée des Droits de l'Homme soit basée sur la religion[10]. En considérant le fait que la religion déchaîne les passions et est chargée historiquement de nombreux torts commis en son nom, et n'est pas encore aujourd'hui étrangère à certains maux, il est dangereux et déconseillé de baser l'idée des Droits de l'homme sur la religion.

Mêlant les sujets de la religion avec les traditions sociales et culturelles, des points de vue divergents sont portés sur la tradition des Droits de l'Homme en Inde. Certains estiment que la tradition indienne n'est pas opposée à l'idée de Droits de l'Homme, mais ne contient pas ce concept tel que nous le connaissons aujourd'hui principalement suite à son évolution en Occident depuis les dernières décennies du XIX[e] siècle[11]. D'autres disent que la tradition

aussi dû conserver la même suprématie que les groupes traditionnels. De la même manière, il est de la responsabilité de l'État de libérer son peuple de l'exploitation coloniale et de parvenir à améliorer sa situation économique. C'est essentiellement ce cadre conceptuel qui a structuré la vision du monde de beaucoup de pays du Tiers-monde et leur compréhension des droits de l'homme et de la dignité humaine. Un gouvernement démocratique est perçu comme un cadre institutionnel par lequel les buts de l'État doivent être atteints, et s'il défaille ou devient un obstacle, il peut y être impunément dérogé»). *Adde.* A. Sharma, *Hinduism and Human Rights : a conceptual approach,* 122ff. (204) ; A. Sharma, *Are Human Rights Western? A contribution to the dialogue of civilizations*, (2006).

6 *Id.,* 14. « *En résumé donc, il est évident que dans la plupart des États du monde, les droits de l'homme tels que définis par l'Occident sont rejetés ou, plus exactement, sont dénués de sens. La plupart des États n'ont pas l'héritage culturel de l'individualisme, et les doctrines des Droits de l'Homme inaliénables n'ont été ni répandues ni assimilées. […] Les modèles culturels, les fondements idéologiques et les objectifs de développement des États non-occidentaux et socialistes sont nettement différents des prescriptions de la DUDH. Les efforts pour imposer cette Déclaration dans son état actuel non seulement reflètent un chauvinisme moral et un parti-pris ethnocentrique mais sont aussi voués à l'échec. La conceptualisation des Droits de l'Homme a besoin d'être repensée. Il doit être admis que la notion occidentale des Droits de l'Homme s'est développée comme un phénomène historique, sous un ensemble particulier de circonstances, dans les régions les plus industrialisées et développées du monde – régions qui par conséquent ont dominé le reste du monde. […] Désormais, plutôt que de se concentrer sur de nouveaux instruments pour imposer les doctrines philosophiques occidentales des Droits de l'Homme individuels et inaliénables au monde non-occidental, la discussion sur le sujet des droits de l'homme doit commencer avec les particularités historiques et contemporaines des sociétés non-occidentales. Étant données les différences dans l'expérience historique et les conditions actuelles, ce qui était une évolution "naturelle" en Occident peut ne pas apparaître "naturel" dans le Tiers-monde.* ».

7 *Cf.* p. ex. M. Perry, *The Idea of Human Rights* (1998) ; M. A. Ritter, *Human Rights : The universalist controversy*, 30 Cal. W. Int'l L.J. 71 (1999) ; et aussi d'autres écrits dans le même sens cités par Sen, *Development as freedom*¸ *supra* note 3, 232-234 et 245 ; B. R. Rubin, *India* in *International Handbook of Human Rights*, (dir. J. Donnelly & R. E. Howard, 1987) ; A. Supiot, *supra* note 4, p. 121.

8 *Cf.* p. ex. *Human Rights in religious traditions* (dir. A. Swidler, 1982). En outre, plusieurs autres livres sur différentes traditions telles que Bouddhiste, Chinoise, Japonaise et Islamique sont parus.

9 *Cf.* p. ex. R. S. Khare, *Elusive Social Justice, Distant Human Rights : Untouchable Women's Struggles and Dilemmas in Changing India*, 198ff. et également d'autres articles dans *Changing concepts of rights and justice in South Asia* (dir. M. R. Anderson and S. Guha, 1998) ; J. B. Carman, *Duties and Rights in Hindu Society*, 113ff. in *Human Rights and the world's religions*, (dir. L. S. Rouner, 1988) p. 113 ; R. C. Pandeya, *Human Rights : An Indian Perspective*, in *Philosophic foundations of Human Rights* (UNESCO, 1986), p. 267.

10 *Cf.* R. Kuennemann, *Food and freedom,* (1999) p. 27 pour la proposition qu'il n'est pas nécessaire de baser les Droits de l'Homme sur un quelconque concept moral ou éthique.

11 *Cf.* Pandeya, *supra* note 9 ; K. Mitra, *Human Rights in Hinduism*, in *Human Rights in religious traditions*, *supra*, note 8, 77, paru également

Livre Jurisprudence n°2.indb 352 08/08/2011 12:03:09

indienne est pleinement conforme au concept de Droits de l'Homme et le justifie autant que la tradition occidentale ou d'autres[12]. Enfin, un nouveau point de vue, inspiré par la récente vague hindoue, avance que l'idée des Droits de l'Homme est opposée à la tradition indienne, qui est basée sur le concept de devoir et de non de droits[13]. Ce point de vue ne rejette pas les préoccupations qui sont à l'arrière-plan de l'idée de Droits de l'homme, mais semble chercher à créer une nouvelle approche de cette idée qui proviendrait spécifiquement des traditions hindoues. Quelques auteurs occidentaux semblent également soutenir cette approche[14]. Même si cette dernière catégorie d'écrits ne peut être déconnectée d'un chauvinisme hindou, sa propension à considérer exclusivement comme hindoue la vaste tradition indienne n'est pas indépendante des difficultés actuelles de l'Inde. Premièrement, aujourd'hui, le terme « Hindou », généralement, désigne le fidèle d'une religion particulière, par opposition aux adeptes d'autres religions. Deuxièmement, l'Inde n'est pas un État théocratique et ne doit donc pas être identifiée avec une religion particulière alors même que celle-ci serait dominante. Troisièmement, comme corollaire du précédent, non seulement les connotations religieuses suscitent l'opposition des adeptes d'autres religions, mais par ailleurs elles transforment un sujet laïc en sujet religieux, auquel les adeptes de ces autres religions s'opposent et qu'ils rejettent. Cela va à l'encontre de la cause des Droits de l'Homme dans leur version actuelle ou dans toute autre. Cette approche ne peut et ne doit pas, pour cela, être poursuivie.

Le but de la présente recherche est d'examiner la tradition indienne à la lumière de notre compréhension actuelle de l'idée des Droits de l'Homme et de voir si elle peut fonder cette idée et peut contribuer à son renforcement et à son accomplissement. Même si l'idée des Droits de l'Homme n'a pas besoin d'être basée sur une tradition, si la tradition, d'une manière ou d'une autre, influence l'effectivité et l'accomplissement d'une idée, comme on peut penser qu'elle le fait, une tradition au soutien des Droits de l'Homme doit précisément en assurer le progrès[15].

II. La tradition indienne

En premier lieu, l'on peut se demander s'il existe une tradition indienne et, dans l'affirmative, quelle est-elle? Je suis bien conscient qu'il est difficile de donner une réponse satisfaisante à cette question. Dans le cadre de ma recherche, laissez-moi supposer qu'elle existe. L'Inde est un ancien pays avec une civilisation ancienne toujours vivante[16]. « *Aucun pays sur terre n'a une continuité culturelle aussi longue que celle de l'Inde* » et « *en termes de durée de tradition continue, la Chine est deuxième derrière l'Inde et*

dans 19 *Journal of Ecumenical Studies*, 77 (1982) ; *Adde.* les études citées *supra*, note 9.

12 *Cf.* p. ex. S. P. Subedi, *Are the principles of human rights « Western » ideas? an analysis of the Claims of the "Asian" concept of human Rights from the perspective of Hinduism,* 30 Cal. W. Int'l L. J. 45 (1999) ; Y. K. Tyagi, *Third World response to Human Rights*, 21 *Indian Journal of Int'l law* 119 (1981) ; Y. Khushalani, *Human Rights in Asia and Africa*, 4 *Human Rights Law Journal* 403 (1983) ; *Adde.* S. V. PuntambekaR, *The Hindu concept of Human Rights,* in *Human Rights* 195 (UNESCO ed., 1949).

13 Dans une certaine mesure cette idée se reflète dans une lettre de Mahatma Gandhi du 25 mai 1947 au Directeur général de l'UNESCO dans laquelle il écrit que « *tout droit devant être mérité et préservé vient d'un devoir bien accompli* », reproduit *in Human Rights* (UNESCO Ed.) *supra*, note 12, et *in* les articles des notes 9, 12 et *in* P. V. Kane, *History of Dharmasastra*, vol. V, part. II, 1665 (1962) ; mais la forme actuelle de cette idée est mieux représentée par des travaux tels que *Governance and Human Rights* (2002). *Adde.* Sharma, *supra* note 5.

14 *Cf.* p. ex., Carman, *supra* note 9 ; J. D. M. Derrett, *Law and the Social Order in India Before the Muhammadan Conquests*, 8 *Journal of the economic and social history of the Orient* 73, 119 (1964) ; *Adde.* Derrett, *The Concept of Duty in Ancient Indian Jurisprudence : The Problem of Ascertainment*, in *The Concept of Duty in South Asia* 18 (dir. W. D. O'Flaherty and J. D. M. Derrett, 1978). Les travaux de Derrett sont incidemment mais non directement liés aux Droits de l'Homme. *Adde.* W. F. Menski, *Comparative Law in a global context : The legal systems of Asia and Africa* (2000) pour une présentation de l'approche de Derrett.

15 *Cf.* H. J. Berman, *Law and Revolution* 33 (1983).

16 *Cf.* G. Feuerstein, S. Kak et D. Frawley, in *Search of the cradle of civilization* 12 (1995) avançant que « *L'Inde précède la civilisation européenne (ou occidentale) de milliers d'années et est en fait la plus ancienne civilisation toujours vivante connue sur terre* ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 353 08/08/2011 12:03:09

la Grèce fait un piètre troisième»[17]. Au cours de son histoire de plus de quatre mille ans, l'Inde, outre ses habitants préaryens de différentes origines ethniques communément appelés les Dravidiens, a attiré différents peuples du monde entier, à commencer peut-être par les Aryens. La conception dominante de l'histoire de l'Inde ancienne, qui commence à être remise en question, considère les Aryens comme le premier et principal groupe à faire de l'Inde son territoire et à façonner son identité[18]. D'autres les ont rejoints plus tard, notamment des Iraniens, des Grecs, des Parthes, des Bactriens, des Scythes, des Huns, des Turcs préislamiques, des premiers Chrétiens, des Juifs et des Zoroastriens[19]. Ils sont entrés soit par voie terrestre, par le nord-ouest, soit par mer, par l'ouest, et sont devenus une partie intégrante de la population. L'important flux islamique depuis le nord a débuté au XII[e] siècle et a conduit à l'établissement de l'empire Moghol au XVI[e] siècle, lequel a officiellement duré jusqu'en 1857 quand les Britanniques l'ont remplacé. En 1947, l'Inde a regagné son indépendance de la domination britannique et a acquis son identité actuelle.

Le mélange de tant d'identités raciales, ethniques, religieuses et autres en Inde a produit une identité unique, qui peut être appelée avec raison l'identité Indienne et que la Constitution désigne comme «*le riche héritage de notre culture composite*»[20]. Outre ces dimensions territoriales et démographiques, l'identité a commencé à prendre forme dans les quatre *Vedas*, dont l'ancienneté est diversement estimée entre 6 000 et 1 000 ans avant notre ère[21]. À partir de là, un flot continuel d'une riche littérature (les *Brâhmanas*, *Upanisads*, *Smritis*, *Purânas*, et commentaires aux digestes) a préservé et renforcé cette identité en tissant en elle toutes les diversités préexistantes ou nouvelles de l'Inde. Aucune autre ancienne civilisation dans le monde n'a produit autant de littérature sur elle-même. L'on dit que plus de cinq mille auteurs ont produit cette littérature avant que les Britanniques arrivent en Inde au dix-huitième siècle[22]. L'immensité de cette littérature peut être jaugée par le fait qu'une seule des épopées, le *Mahabharata*, est dix-sept fois plus longue que l'Iliade et l'Odyssée prises ensemble, et est considérée comme le plus long livre du monde[23]. Bien que l'identité indienne, telle qu'exprimée par la littérature ou d'autre manière, a été continuellement influencée par

17 *A cultural history of India* 2 (dir. A.L. Basham, 1975).

18 *Id.* 1 ff. (remettant en doute de la conception existante d'une civilisation indienne commençant avec l'arrivée des Aryens depuis l'Asie centrale après la disparition de Mohenjo-daro et Harappa et soutenant que la civilisation postérieure est la continuation de la précédente qui s'est simplement déplacée d'un lieu à un autre). *Adde.* R. Thapar, *Ancient Indian Social History* (1978) (doutant de l'entière authenticité de l'histoire ancienne de l'Inde). [NDT *: Mohenjo-daro et Harappa sont deux cités en territoire pakistanais, datant de l'âge du bronze, représentatives de la même civilisation de la vallée de l'Indus*].

19 *Cf.* J. Nehru, *The discovery of India* 73 (1946).

20 *Constitution de l'Inde*, art. 51 A(f). *Adde* plusieurs articles de A. Sen, dont certains sont rassemblés in *The argumentative Indian* (2005) et *Identity and violence : the illusion of destiny* (2006).

21 [NDT *Les Védas (le pluriel masque une unité certaine) proviennent d'une « connaissance révélée » à des hommes éclairés, transmise oralement, puis écrite. Il s'agit d'une littérature sacrée pour le Védisme, le Brahmanisme et l'Hindouisme*]. Pour l'ancienneté des Vedas voir n'importe quel ouvrage sur l'histoire de l'Inde ancienne. *Cf.* p. ex. Kane, *supra* note 13, vol. II, part. I, xi et les volumes suivants dans sa table chronologique, qui estime l'âge des Vedas et d'autres œuvres entre 4 000 ans et 1 000 ans avant notre ère ; Nagendra Singh, *India and International law*, vol. I, 6 (1973) donne la même estimation alors que A. L. Basham, *The wonder that was India*, 32 (1963), après avoir mentionné que certains historiens estiment leur ancienneté à environ 6 000 ans avant note ère, conclut qu'elles sont nées entre 1 500 ans et 1 000 ans avant notre ère.

22 J. D. M. Derrett, *Hindu law*, in *An introduction to legal systems*, 80ff. (sous la dir de J. D. M. Derrett, 1968) (à la p. 83 il écrit : « *le droit indien a toujours été un droit écrit dans des livres* » et à la p. 85 : « *Cinq mille auteurs ont écrit avant et immédiatement au début de la période britannique, mais tous leurs textes ne nous sont pas parvenus.* » Pour une liste des auteurs et de leurs œuvres *cf.* l'appendice à Kane, *supra* note 13, Vol. I, part. II. [NDT *Les Brâhmanas sont des explications sacrées du Brahman, portant sur des rituels ; les Upanisads sont des spéculations philosophiques sur les Védas ; les Smritis sont des textes qui, sans être purement de nature juridique, donnent les règles de conduite de l'individu dans la société ; les Purânas sont des épopées mythologiques et religieuses ; les commentaires et digestes font référence à des collections de textes juridiques à la source du droit Hindou, sur lequel on renverra le lecteur francophone aux deux volumes du* Droit Indien en marche, par David Annoussamy, *Société de législation comparée, 2001 et 2009*].

23 *Cf.* Sen, *Human rights and Asian Values, supra* note 3, 19 ; Feuerstein, Kak et Frawley, *supra* note 16, 18.

Livre Jurisprudence n°2.indb 354 08/08/2011 12:03:09

l'arrivée et l'installation de différents peuples de différentes parties du monde et par des évolutions à l'intérieur et en dehors de l'Inde, elle n'a pas été détruite ni interrompue que ce soit par la domination islamique ou par la domination britannique. Dans un premier temps de leur histoire les habitants de l'Inde ont été appelés les Hindous et leur pays l'Hindoustan. Alors que l'Hindoustan continue à être l'un des noms de l'Inde, à partir de la fin de la domination islamique et particulièrement après l'arrivée des Britanniques le mot Hindou a commencé à acquérir une connotation religieuse distinguant initialement tous les habitants préislamiques comme ayant une identité différente de l'identité islamique des nouveaux entrants, et finalement est compris comme désignant un groupe religieux monolithique, ce qu'il n'est d'ailleurs pas[24]. L'Hindoustan et son peuple, toutefois, constituent une identité avec une tradition spécifique, que la présente recherche nomme tradition indienne[25].

Nous ne sommes pas à la recherche des différentes traditions religieuses de l'Inde, mais nous partons de l'hypothèse que l'Inde a une tradition sociétale et culturelle, qui est à certains égards unique. L'une de ses spécificités est que, malgré des dissensions mineures, elle n'a jamais arrêté ou empêché la naissance, le développement ou l'entrée de nouvelles religions, idéologies ou opinions[26]. Cette tradition n'est pas dogmatique, statique ou inflexible. Elle a donné une immense liberté à chacun de croire, pratiquer, prêcher et propager tout ce qu'il considère opportun pour lui et pour les autres y compris la reconnaissance ou la négation de Dieu[27]. C'est à cette tradition que Tagore et Iqbal ont rendu un hommage vibrant, et à laquelle Akbar appartient autant qu'Ashoka[28].

Notre recherche ne porte pas sur l'existence ou l'inexistence des Droits de l'Homme tels que nous les connaissons aujourd'hui dans la tradition indienne. L'idée actuelle des Droits de l'Homme, comme nous l'avons déjà souligné, provient de l'Occident et remonte tout au plus à la fin du dix-huitième siècle[29]. Si la réalisation de cette idée est le talisman pour retirer la misère du monde, restaurer et protéger la dignité humaine dans le monde entier, elle doit être reliée à tous les peuples pour la rendre universellement compréhensible et acceptable. Pourtant, tant que ce processus ne passera que par de simples déclarations de Droits de l'Homme dans des documents internationaux et nationaux, les buts recherchés ne seront pas atteints. Les résultats de l'Inde dans l'élaboration et la ratification des déclarations internationales et leur incorporation dans ses lois et la constitution sont appréciables. L'Inde n'a, néanmoins, pas encore été capable d'atteindre les résultats souhaités ; la réalité du terrain est loin d'être satisfaisante. L'hiatus entre

24 Sur les origines des mots Hindou et Hindoustan, *cf.* NEHRU *supra* note 19, 76 ; S. RADHAKRISHNAN, *The Hindu view of life* 12 (1927) ; KANE, *supra* note 13, vol. V, part. II.

25 *Cf.* N.C. SEN-GUPTA, *Evolution of ancient Indian law* (1953) (à la p. 13, il note : « *l'Inde était alors, et cela est encore plus vrai aujourd'hui, un pays formé d'une multitude de races et de cultures. […] Les législateurs Hindous des premiers temps se sont surtout occupés des classes cultivées, et ont laissé aux autres leurs propres lois, usages et institutions* ». De même, à la p. vi il écrit : « *L'évolution du droit indien ancien n'a pas été un développement provenant d'une unique culture, entendez par-là la culture aryenne, mais à toutes ses étapes a été influencée par des cultures variées. […] Les autres cultures [non-aryennes] ont contribué au développement du droit* »).

26 *Cf. A cultural history of India, supra* note 17, 267 ; G. OMVEDT, *Pseudo-secularism, The Hindu*, January 20-21 2003, 10 (estimant que les Bouddhistes ont été persécutés par les Hindous dans l'Inde ancienne). *Comp.* KANE, *supra* note 13, Vol. V, part. II, 1003ff. qui trouve dans des défaillances intrinsèques au bouddhisme la cause de son déclin en Inde.

27 *Cf.* RADHAKRISGNAN, *supra* note 24.

28 [NDT *Tagore et Iqbal sont des poètes et intellectuels respectivement de langue bengalie et ourdoue ; Akbar et Ashoka, le premier considéré comme le plus grand empereur Moghol, le second de la dynastie des Maurya, converti au bouddhisme, sont deux souverains ayant fortement influé sur la destinée de l'Inde*]. Pour les contributions d'Ashoka et d'Akbar aux droits de l'homme, *cf.* SEN, *supra* note 3. Soutenant que la société et ses traditions en Inde n'ont pas changé pendant la domination musulmane, *cf.* R. KUMAR, *Essays in the social history of modern India* 131 (1983) (« *Il serait vrai de dire que pendant les siècles de domination musulmane sur l'Inde, la réalité d'une société féodale et d'une orthodoxie hindoue, telle que prônée par les tenants d'un théisme dévot, a continué à caractériser la structure sociale et les convictions intellectuelles dans le pays* »).

29 Elle commence avec la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen française de 1789 et la Déclaration des Droits de la Constitution des États-Unis. La seule expression antérieure du modèle actuel des Droits de l'homme a été la Pétition des Droits anglaise de 1689, bien que certains la fassent remonter jusqu'à la *Magna Charta* de 1215.

Livre Jurisprudence n°2.indb 355 08/08/2011 12:03:09

la théorie et la pratique en Inde est souvent attribué à sa tradition[30]. Voyons si cette attribution est justifiée.

III. Les droits dans la tradition indienne

Lorsque nous cherchons des concepts modernes dans une tradition ancienne et complexe comme celle de l'Inde, nous ne devons pas nous attendre à les trouver exprimés dans les termes ou sous la forme qu'ils ont aujourd'hui. Par conséquent, il n'est pas surprenant que la langue primitive de la tradition indienne, le sanscrit, ne connaisse pas d'expressions correspondant à « Droits de l'Homme » ou même « Droits » telles que nous les connaissons[31]. Peut-être ne trouverons-nous dans aucune tradition, y compris dans les plus récentes, une expression correspondant exactement à « Droits de l'Homme » telle que nous la connaissons aujourd'hui. Nous devons, par conséquent, examiner la littérature traditionnelle en considérant son intention et non littéralement ou philologiquement[32]. Nous devons considérer l'esprit et l'essence des Droits de l'Homme et regarder si l'on peut découvrir leur trace dans la littérature traditionnelle. Si l'esprit et l'essence des Droits de l'Homme résident dans la protection de la dignité humaine et la création d'une société dans laquelle tous et chacun peuvent jouir de l'opportunité d'un épanouissement personnel, nous devons examiner si la tradition indienne reconnaît et défend cette idée. Si elle le fait, elle contient l'idée des Droits de l'Homme, nonobstant les termes qu'elle utilise pour l'exprimer. Suivant une telle approche des traditions religieuses, Paul Lauren, par exemple, conclut que « *malgré leurs grandes différences, contradictions complexes, paradoxes internes, variations culturelles, et risques d'interprétations conflictuelles et argumentations serrées, toutes les grandes traditions religieuses partagent un intérêt universel dans la lutte pour l'intégrité, la valeur et la dignité de toutes les personnes, et, par conséquent, les devoirs envers ceux qui souffrent, sans distinction* »[33]. Dans le contexte précis de cette recherche, il écrit :

> « *Dans l'Hindouisme, la plus vieille religion du monde, par exemple, les anciens textes des Védas, des Agamas, des Upanisads, parmi d'autres écrits en partie il y a plus de trois mille ans, soulignent continuellement que la vérité divine est universelle et qu'une croyance religieuse doit être un mode de vie. Ces textes abordent l'existence du bien et du mal, la sagesse, la nécessité d'une conduite conforme à la morale, et particulièrement l'importance du devoir (*dharma*) et de la bonne conduite (*sadachara*) envers ceux qui souffrent dans le besoin. Ils enjoignent aux croyants de remplir avec foi leurs responsabilités sur terre envers toute personne, au-delà de soi ou de sa famille sans distinction, par la pratique d'un engagement altruiste envers ceux qui souffrent, et particulièrement la charité et la compassion pour les affamés, les malades, les sans-abris, les malheureux, ainsi qu'il en est traité dans le* Manava Dharma Sutra *(Traité sur les devoirs de l'homme). Toute vie humaine, malgré les différences importantes entre les individus, est considérée comme sacrée, doit être aimée et respectée sans distinction, que ce soit celle d'un proche ou d'un étranger, d'un ami ou d'un ennemi. Pour cette raison, le principe éthique fondamental de l'Hindouisme – et celui qui est devenu si important pour Mahatma Gandhi qui au vingtième*

30 P. ex., Khare nous donne un aperçu de la façon dont la tradition ancienne du *Kharma* et de la foi en la justice divine conduit les femmes intouchables à souffrir les violations de leurs droits malgré la déclaration et les dispositions pour le respect de leurs droits dans la Constitution et dans d'autres lois. KHARE, *supra* note 9. *Adde.* RITTER, *supra* note 7 ; *Governance and Human Rights, supra* note 13, GHAI, *supra* note 3 ; KANE, *supra* note 13, Vol. V, part. II, 1613ff.

31 *Cf.* RITTER, *supra* note 7, 80.

32 MITRA, *supra* note 11, 78.

33 P. G. LAUREN, *The evolution of international Human Rights* 5 (1998). *Comp.* KANE et VIVEKANANDA, *The complete works of Swami Vivekananda*, part. Vol. III, 116ff. (1979), et S. ABHEDANANDA, *Hindu philosophy in India*, in *Contemporary Indian philosophy*, 55ff. (s. la dir. de S. Radhakrishanan et J. H. Muihead, 1936). Pour un aperçu général et les principes de l'Hindouisme *adde.* S. S. SUBRAMONIYASWAMI, *Dancing with Siva* (1993).

Livre Jurisprudence n°2.indb 356 08/08/2011 12:03:09

> *siècle se considérait lui-même comme un Hindou profondément traditionnel et orthodoxe – est de ne pas nuire à autrui. La règle est posée directement et universellement : « Ne pas nuire (*ahimsa*) est ne pas causer de souffrance à aucun être vivant et à aucun moment par les actions de l'esprit, de la parole, ou du corps ». »*[34]

Exprimant des vues similaires à propos d'autres traditions comme le Judaïsme, le Bouddhisme, le Confucianisme, le Christianisme et l'Islam[35], il avance qu'ensemble elles ont apporté trois contributions significatives à l'évolution des Droits de l'Homme internationaux. Premièrement, elles ont établi « *des valeurs, des standards normatifs, des idéaux qui se révèlent être d'importantes sources d'inspiration et de force pour ceux qui ont milité pour les Droits de l'Homme* ». Deuxièmement, « *en cherchant à développer un impératif moral ou un sens universel d'obligation envers l'humanité, ces traditions religieuses ont aidé à établir un ingrédient essentiel pour tous les Droits de l'Homme internationaux : un concept de responsabilité envers une humanité commune* ». Et troisièmement, « *en développant les concepts de devoirs, ces traditions religieuses ont fourni un fondement originaire pour les discussions sur les droits* ». Citant Gandhi, « *la vraie source des droits est le devoir* », il conclut que « *les idées relatives aux devoirs de l'homme conduisent assez naturellement aux idées relatives aux Droits de l'Homme* »[36].

Je cite abondamment Paul Lauren d'abord pour démontrer que les germes des Droits de l'Homme existent autant dans la tradition indienne ancienne que dans n'importe quelle autre, même si leur expression peut emprunter une forme différente. Ensuite, il n'est pas spécifique à la tradition indienne de parler de devoirs plutôt que de droits. Dans toutes les traditions, les devoirs ont mené aux droits[37]. Il est allégué et généralement admis que le sanskrit n'a pas d'expression correspondant exactement au terme « droit »[38]. Dans l'Hindi actuel le mot « *adhikara* » est utilisé pour « droits » et « *manavadhikara* » pour « Droits de l'Homme », formé par la combinaison des deux racines sanscrites « *manava* » pour Homme et « *adhikar* » pour droits. Cependant il n'est pas établi que l'ancien sanscrit ou l'hindi ont toujours utilisé le mot « *adhikara* » pour exprimer un droit ou une demande en justice, comme nous les comprenons aujourd'hui. Pour prendre pleinement en compte la différence entre l'acception actuelle du mot « droit » et l'usage du mot « *adhikara* » par la littérature sanscrite ou hindi, les recherches doivent être poursuivies. Comme relevé jusqu'à présent, le mot « *adhikara* » porte une connotation positive de droit lorsqu'il s'applique aux castes ou classes élevées, et une connotation négative de responsabilité lorsqu'il s'applique aux basses castes ou classes et aux femmes[39]. Une

---

34 Lauren, *supra* note 33, 5.

35 *Id.* 5-9. Sur le Bouddhisme, qui forme une partie de l'ancienne tradition de l'Inde, il écrit à la p. 6 : « *Le Bouddhisme, fondé il y a environ 2500 ans en Inde par Siddhartha Gautama, commence aussi par aborder le sujet universel des relations humaines, le profond respect pour la vie de chaque personne, et la compassion face à la souffrance subie par d'autres êtres humains. Il a explicitement attaqué le système de caste rigide de ces temps-là, ouvert démocratiquement son ordre à tous, insisté sur la valeur de chaque individu sans égard à sa position sociale ou politique, et exhorté ses fidèles à renoncer aux différences de castes et de rangs pour devenir les membres d'une seule et unique société pratiquant l'égalité et la fraternité universelle. Des écrits tels que le Tripitaka ou l'Anguttara Nikaya* [NDT : Des textes fondamentaux du Bouddhisme] *portent une attention considérable au problème permanent de la souffrance humaine (*dukha*) et soulignent que le devoir de chacun est de dépasser ses désirs égoïstes et son accomplissement individuel par la pratique de la charité et de la compassion (*karuna*) envers ceux qui en ont besoin. Cette éthique forme une part du Noble Chemin Octuple du Bouddhisme* [NDT : encore appelé en Chemin du Milieu, celui qui mène au Nirvana], *qui inclut la pensée juste, la parole juste, l'action juste, et l'effort juste envers tous les êtres. Il crée aussi une tradition religieuse nécessaire pour apprécier la déclaration plus contemporaine du Dalaï-lama que les problèmes du monde ne seront résolus que par la démonstration de bonté, amour et respect* « pour tous les hommes comme frères et sœurs » *et* « si nous comprenons l'humanité fondamentale de chacun, respectons les droits de chacun, partageons les uns les autres les problèmes et les souffrances ». ».

36 *Id.* 9.

37 *Cf.* B. Parekh, *The modern conception of right and its Marxist critique*, in *The right to be human,* 1, 4 (U. baxi ed., 1987).

38 *Cf.* p. ex. Mitra, *supra* note 11 ; R.C. Pandeya, *supra* note 9, 267, *Adde.* ritter, *supra* note 7, 80.

39 *Cf.* mitra, *supra* note 11, 78-79. A la p. 79, note 6, il est écrit « *Manou utilise le mot adhikara à propos des Brahmanes – p. ex. 1 : 100 – dans un sens positif, mais à propos des femmes – p. ex. 9 :3 – dans un sens*

Livre Jurisprudence n°2.indb 357 08/08/2011 12:03:10

telle acception semble aller à l'encontre de notre notion de droit même si, comme nous le noterons par la suite, elle est parfois justifiée en tant qu'égalité proportionnelle. Même dans son sens positif *adhikara* signifie un droit gagné par un agissement – *karma* – et non possédé comme un attribut naturel d'un être humain[40]. Le mot *adhikar* signifie aussi pouvoir, autorité, compétence ou qualifications[41]. Ainsi, jusqu'à de nouvelles recherches, le mot *adhikara* ne nous amène pas assez loin pour construire une théorie des droits.

Le *Dharmasastra* étant fondamentalement un code de conduite, il traite plus des devoirs humains que des droits. Ainsi, il n'utilise le terme *adhikara* qu'exceptionnellement, alors qu'il emploie souvent le mot *dharma*. Ceux qui se sont attachés à rechercher les Droits de l'homme dans la tradition indienne ont trouvé qui le mot *dharma* était le plus proche équivalent à « droit ». Selon Mitra, « Dharma *implique la justice et la propriété comme le fait le mot « droit » de la déclaration des Nations Unies, bien que la connotation de « juste revendication » ne soit pas explicitement présente* »[42]. De même, Panikkar trouve que *dharma* est « *le mot le plus fondamental dans la tradition indienne qui peut nous amener à découvrir un possible symbole homéomorphe correspondant à la notion occidentale de Droits de l'Homme* »[43]. Je suis aussi convaincu que le *dharma* est non seulement la base des Droits de l'Homme dans la tradition indienne mais est aussi un modèle pour l'universalité de ces droits.

Tournons-nous, pour cette raison, vers le *dharma*. « *Dharma* » dit P.V. KANE – le fameux auteur de l'*History of Dharmasastra* – « *est l'un des mots sanskrits qui déjouent*

négatif » [NDT*: pour les Hindous, Manou a engendré l'humanité, et lui a laissé des lois versifiées, dans un recueil appelé Manava-Dharmasastra ou Manusmriti; A. Loiseleur-Deslongchamps les a traduites du sanscrit, Crapelet, 1833*]. Le vers infâme de la *Ramcharitmanasa* de Tulsidasa – *Dhol, Ganwar, Sudra, Pashu, Nari; yeh sab taadan ke adhikari* – utilise le mot *adhikari* dans le sens de responsabilité ou d'incapacité [NDT*: La citation de Tulsidasa signifie: Les tambours, les ignorants, les gens de basses castes, les animaux et les femmes peuvent être battus pour leur « adhikari »*]. *Adde.* Pandeya, *supra* note 9, 267. Admettant que le sanscrit classique n'a pas de mot correspondant à « droit » et que l'idée d'une « juste demande » est exprimée par le mot « *adhikar* », il écrit « *ce mot est rarement utilisé seul mais plutôt dans le contexte de la réalisation d'un acte ou de l'acquisition d'une qualité. Ainsi le mot* adhikarin*, signifiant une personne ayant l'*adhikara*, suggère presque toujours que la personne a soit accompli un* dharma *(un devoir prescrit) ou a acquis une chose, une valeur ou un statut* ».

40 *Cf.* PANDEYA, *supra* note 9, 267 : « *Cette connotation de* adhikara*, qui est le plus proche équivalent indien pour « droit », est basée sur deux idées liées, très intéressantes et philosophiquement significatives. Pour les Indiens tout droit est acquis, c'est-à-dire qu'il n'est pas naturel; de plus l'acquisition d'un droit est la conséquence d'un comportement ou du statut de son titulaire. De ces deux idées de bases […] la première peut être appelée l'idée d'historicité et la seconde celle de causalité* ». Plus loin, à la p. 268, il écrit : « *Tout droit a un début et une fin. […] Les droits sont gagnés et les efforts faits pour les acquérir confèrent certains privilèges aux personnes qui en ont pris la peine. Cela est justifié par la philosophie du karma* « on reçoit ce que l'on mérite ». *Cela est donc la base morale pour les droits. La théorie moderne des droits selon laquelle chacun a des droits par la grâce d'être un homme est basée sur un statut, et à la suivre, les animaux devraient aussi avoir des droits en raison de leur statut. Mais les animaux n'ont pas de droit parce qu'ils n'ont pas de volonté. D'où l'idée d'un élément de rationalité dans les droits. Cela signifie que les droits ne peuvent être qu'humains. Le qualificatif* « de l'homme » *est redondant. adde.* SEN, *Development as freedom*, *supra* note 3, 228-9.

41 *Cf.* p. ex. KANE, *supra* note 13, 1317, relevant l'usage du mot *adhikara* pour qualifications ; PANDEYA, *supra* note 40, relevant son usage pour exprimer l'autorité et le vers souvent cité de la *Bhagavadgita – Karmany evadhikaras te* – (ch. 2, v. 47) contient le mot *adhikara* dans le sens de puissance ou de capacité.[NDT*: Le vers qui débute par ces mots dans ce chant fondamental de la pensée indienne pourrait être traduit ainsi, de manière quasi-littérale: « Le devoir prescrit, tu as certainement la possibilité [*adhikara*] de le remplir; mais tu n'a pas de droit sur les fruits de l'action. Ne te considère jamais comme la cause du résultat de tes actes. Tu ne dois pas chercher à te soustraire à ton devoir »*].

42 MITRA, *supra* note 11, 79. *Adde.* R. PANIKKAR, *Is the notion of Human Rights a Western concept?* 120 *Diogenes* 75,79 (1982) reproduit dans *Human Rights law*, *supra* note 2, 161.

43 PANIKKAR, *supra* note 42, 95 ; CARMAN, *supra* note 9, 121 semble également écrire la même chose : « *ce qui est un droit pour quelqu'un est ce qui est lui dû, soit en raison de sa naissance, soit en raison de ce qu'il a accompli. Chacun a sa juste part même si les parts ne sont pas égales. Cette conception du droit est certainement profondément ancrée dans le système social hindou. Dans l'économie traditionnelle d'un village dans lequel peu de monnaie est échangée, les différents travailleurs et artisans ont reçu un montant ou une part déterminée de la tâche à accomplir. Leur part ou « droits » sont habituellement inégaux, mais il fallait bien les attribuer. Le droit de base n'est pas un point décidé par la communauté; il s'agit de l'expression de la nature particulière du dharma de chacun, en tant que producteur de certains biens (par exemple, le potier), ou de prestataire de certains services (par exemple, la personne chargée du nettoyage)* ».

Livre Jurisprudence n°2.indb 358 08/08/2011 12:03:10

toutes les tentatives pour les transposer exactement en anglais ou dans n'importe quelle autre langue»[44]. Après avoir examiné l'usage du mot *dharma* dans différents ouvrages sur le *Dharmasastra* à différentes époques, et le changement d'acception qui a été le sien dans l'histoire indienne ancienne, il conclut que «*finalement le sens le plus éminent se révèle être «les privilèges, devoirs et obligations d'un homme, son standard de conduite comme membre de la communauté aryenne, comme membre d'une certaine caste, comme une personne à une certaine période de sa vie»*»[45].

L'*Encyclopedia of Religion* nous aide à aller plus loin en saisissant le sens de *dharma* en ces mots : «*Dérivant de la racine sanscrite* dhr*, «soutenir, supporter, défendre»,* dharma *a un large champ lexical : c'est le fondement essentiel de quelque chose ou des choses en général, et ainsi signifie «vérité» ; c'est ce qui est établi, dans les usages, adéquat, et pour cela signifie «traditionnel» ou «rituel» ; c'est le devoir d'une personne, sa responsabilité, son impératif, et par-là son obligation morale ; c'est ce qui est juste, vertueux, méritoire, et par conséquent «éthique» ; et c'est ce qui est exigé, enseigné ou permis par une autorité religieuse, et donc «légal». […] L'ensemble de ces acceptions suggère que dans les cultures sud-asiatiques dharma représente la «justesse», à la fois dans son sens descriptif (la manière dont sont les choses) et dans son sens prescriptif (la manière dont les choses devraient être), et reflète l'inextricable connexion dans la pensée religieuse de l'Inde entre l'ontologie, l'idéologie rituelle, la philosophie sociale, l'éthique et le droit canon.*»[46]

Dans le contexte spécifique des Droits de l'Homme, Pannikar juge le terme *dharma* «*polysémique : outre élément, donnée, qualité et origine, il signifie la loi, la norme de conduite, le caractère des choses, le droit, la vérité, le rite, la moralité, la justice, la rectitude, la religion, le destin, et plusieurs autres choses*»[47]. Pour lui *dharma* est primordial et est «*l'ordre de la réalité entière, qui maintient l'existence du monde*». Dans cette optique «*le devoir de l'individu est de maintenir ses «droits» ; c'est de trouver sa place dans la société, dans le Cosmos, et dans le monde transcendantal*»[48]. Ainsi, le *dharma* n'est pas qu'un équivalent aux Droits de l'Homme ; il subsume l'entière réalité que nous connaissons et que nous ne connaissons pas[49].

Le *dharma* contient des caractères de la règle de droit, mais est beaucoup plus large que le droit positif[50]. Ce n'est pas la création du prince ou de l'État ; il est au-delà et au-dessus d'eux et du roi des rois[51]. Si jamais un roi se détournait de son *dharma* il était obligé d'abdiquer[52]. Le *dharma* n'est pas basé sur la volonté divine mais sur la raison ; sa sanction ne provient pas d'une disposition extrinsèque ou occidentale, mais de sa logique interne selon laquelle l'obéissance conduira au bonheur et sa violation à la misère[53]. Il est possible que sa rationalité, son caractère non-dogmatique et son absence de proclamation de son origine divine aient évité les conflits entre les pouvoirs religieux et séculiers qui se sont produits dans plusieurs

44 Kane, *supra*, note 13, Vol. 1, part. 1, 1.

45 *Id.*3.

46 *The encyclopedia of religion*, vil. 4, 329 (dir. M. Eliade, 1987) (l'auteur souligne). Comparez la définition de "right" ou "das Recht" dans le droit et la philosophie occidentaux. Sur le sens de *dharma Adde.* R. Lingat, *The classical law of India* 3 (traduit par J.D.M. Derrett, 1998) : «*Le sens le plus général est fourni par sa racine,* dhr*, qui signifie l'action de maintenir, soutenir ou justifier […].* Dharma *est ce qui est ferme et durable, ce qui soutient et maintient, ce qui évite la défaillance et la chute. Appliqué à l'univers,* dharma *signifie les lois éternelles qui maintiennent le monde*». *Adde* note 4 : «*En lui-même,* dharma *signifie l'obligation pesant sur chaque personne qui désire que ses actions portent leur fruit, de se soumettre elle-même aux lois qui gouvernent l'univers et qui dirigent par conséquent sa vie. Cette obligation constitue son devoir : voici encore un sens de ce mot*».

47 Panikar, *supra* note 42, 95.

48 *Id.,* 96.

49 *Cf. id.*, 97.

50 P. Sen, *The general principles of Hindu jurisprudence* 26 (1998).

51 Derrett, *supra* note 22, 99 ; R. Pal, *The history of Hindu Law* 180 (1958).

52 Pour des détails sur ce point, *cf.* Sen, *supra* note 50, 8, 10, 26 ; Sen-Gupta, *supra* note 25, 336 ; Pal, *supra* note 51, 80, 138, 144, 180, 188, 259 ; Derrett, *supra* note 22, 99, 103 ; Lingat, *supra* note 46, xii-xiii ; Rama Jois, *Seeds of modern public law in ancient Indian jurisprudence*, 8, 13ff. (1990). Pour des exemples de rois qui ont été contraints d'abdiquer, *cf.* G. Buehler, *The laws of Manu*, VII, 41 (1964).

53 Pal, *supra* note 51, 259.

Livre Jurisprudence n°2.indb 359 08/08/2011 12:03:10

autres traditions mais qui restent inconnus de la tradition indienne ancienne ou plus récente.

Le *dharma* a toujours été dans un processus évolutif. Il a suivi l'évolution de la société. Depuis sa conception dans l'ancien védisme, la détermination des obligations des dieux et de l'ordre cosmique, il s'est appliqué aux êtres humains par la création des systèmes *varna* et *ashrama* au moment des *Brahmanas* (900-600 avant notre ère) en classifiant la société en quatre groupes (*varnas*) et la vie de chaque individu en quatre étapes (*ashramas*). Simultanément a été émise l'idée que chaque personne qui observe son *dharma* non seulement aide à la préservation de l'ordre social, mais aussi gagne une renommée dans ce monde et une félicité absolue après sa mort. « *D'une posture sacerdotale et eschatologique naît une dimension normative du* dharma *dans laquelle ce terme vient à signifier la somme totale des obligations d'une personne par laquelle chacun prend sa place dans le monde et particulièrement dans la sphère sociale*»[54]. Bien que ces obligations ne soient pas posées de manière univoque en un endroit et pour toujours, les principales sont tirées du *Manava-Dharmasastra* ou *Manusmriti* qui les détermine en fonction du *varna* et de l'*ashrama* de chacun. La place de chacun dans un certain *varna* dépend de son *karma*, c'est-à-dire de ses actes dans sa vie présente et ses vies passées. Ainsi, l'obligation ou *dharma* de chacun (*svadharma*) est incluse dans son *varnashramadharma*. L'acquisition du *varna* dépend de la naissance de chacun, et la naissance, quant à elle, dépend des actions de chacun dans la vie précédente. De là émerge la distinction en fonction de la naissance des quatre classes ou *varnas*. Le *varnashramadharma* n'est pas, cependant, inflexible ou sans exceptions. Les *apaddharma* ou obligations déterminées par l'urgence peuvent supplanter *varnasharmadharma*. Les *varnashram* et *apaddharma* n'épuisent pas l'entier *dharma*. Le *dharma* inclut aussi le *dharma sadharana* (s'appliquant à tout le monde), ou *samanya* (commun) ou encore *sanatana* (éternel). D'après ce *dharma*, chacun, sans égard pour son *varna* et son *ashrama*, doit observer certaines obligations communes. Bien qu'une énumération plus large des obligations du *dharma* tiré de la littérature du *Dharmasastra* se trouve chez Kane[55], l'énumération dans l'*Arthasastra* (300 avant notre ère) inclut déjà le fait de s'abstenir de porter préjudice à autrui (non-violence ou *ahimsa*), dire la vérité (*satya*), vivre de manière pure, être de bonne volonté, pardonner, et s'exercer à la patience en toutes circonstances. Alors qu'en général, mais avec l'exception nette du *Mahabharata*, la tradition brahmanique donne la prééminence au *varnashramadharma* sur le *sadharandharma*, le *Vedanta*, le Bouddhisme et le Jaïnisme enseignent que les exigences du *sadharnadharma* prévalent toujours sur celles du *varnashramadharma*[56]. Le mouvement Bhakti ajoute aussi la dimension de la soumission à Dieu pour s'orienter en cas de conflit entre les *dharmas varnasharama* et *sadharana*[57]. À cet égard, il faut aussi noter que parmi les quatre sources du *dharma* figurent le *sadachara* et la conscience, qui signifient respectivement les actions des membres honorables de la société et la voie de la conscience individuelle[58]. Cette catégorie de *dharma* peut être transformée pour suivre les évolutions et le progrès de la société[59].

Le *dharma* n'est pas écrit dans un seul livre à la manière des préceptes religieux dans d'autres traditions; il n'a pas d'organisation comme une Église avec le monopole de l'énoncé des règles et de leurs sanctions; il n'a pas de dogme ou d'ensemble de dogmes fixes et il s'est développé librement, non seulement par lui-même, mais aussi par des emprunts généreux de ce qui était bon et propice au bien-être de l'homme dans les autres traditions du monde avec lesquelles il est entré en contact. Pour cette raison, il a sus-

54 *The encyclopedia of religion, supra* note 46, 330.

55 KANE, *supra* note 13, Vol. II, part. I, 3-11.

56 Pour l'exception du *Mahabharata*, *cf.* KANE, *supra* note 13, vol. II, part. I, 101.

57 *Cf. The encyclopedia of Religion*, *supra* note 46, 330-1.

58 *Comp.* MENSKI, *supra* note 14, 155-6, qui rejette l'acception dominante de *sadachara* comme les actions des membres honorables de la société et le considère comme synonyme de *« coutume, mieux encore « bonne » coutume »*.

59 *Cf.* KANE, *supra* note 13, Vol. V, part. II, 1699 ff. & vol. II, part. I, 3ff.

Livre Jurisprudence n°2.indb 360 08/08/2011 12:03:10

cité la création de l'immense littérature à laquelle il a déjà été fait référence, et a conduit à ce que différentes religions et idéologies comme le Jaïnisme, le Bouddhisme, le Sikhisme, le Charvaka et le Lokayata émergent, se développent et survivent[60]. Son aile religieuse et philosophique la plus importante – le Vedanta – née de la religion Sikh, et l'interprétation de la tradition indienne par de grands saints, depuis Shamkara, Ramanuja, Kabir, Raidas, Sufis, Ram Mohan Roy, Dayananda, Ramatirtha, Vivekananda, à Arobindo Ghosh et d'autres, a été influencée par des contacts avec le Christianisme, l'Islam et d'autres traditions religieuses[61]. En raison de sa nature propre, être différent pour des personnes différentes, le *dharma* n'a pas prétendu être supérieur aux autres religions ou traditions. Non seulement il n'a pas recherché à s'étendre sur les autres peuples ou territoires, mais il a demandé à ce que chacun suive son propre *dharma*, même s'il est inférieur à celui des autres[62].

Malheureusement, l'aspect *varnashrama* du *dharma*, qui a invoqué la raison universelle, s'est en quelque sorte dégradé dans les lubies des discriminations basées sur la naissance, et aussi dans la pratique de l'intouchabilité[63]. À la différence de certaines autres traditions, néanmoins, il n'a pas été jusqu'à exclure une ou plusieurs classes de la population de la catégorie des êtres humains, mais ce n'est ni une consolation ni une justification pour le traitement mauvais et discriminant, qu'une part importante de la société indienne a connu et continue à connaître en son nom. La responsabilité de cette décadence et de cette discrimination est attribuée à la classe des prêtres ou Brahmanes qui, si elle n'a pas dirigé le pays, a conseillé ses dirigeants par l'exposition du *dharma*. Bien que cette séparation des pouvoirs entre les dirigeants et ceux qui énoncent les règles pour la conduite du pays a empêché dans l'histoire indienne la survenance de tyrans et de régimes totalitaires, ainsi que les guerres de religion, il y a une tâche indélébile sur le visage de la tradition indienne qui ne peut être justifiée à l'aune de notre notion actuelle des Droits de l'Homme. Mise à part cette tâche, le caractère non orthodoxe de la tradition indienne et la preuve historique de sa tolérance envers le développement et l'épanouissement des confessions, croyances, idéologies, opinions diverses et parfois adverses, sont pleinement dans la ligne de l'esprit des Droits de l'Homme. En raison de cette tradition l'Inde a pu facilement décider, lorsqu'elle a eu l'opportunité d'avoir la constitution et la politique de son choix en 1947, d'avoir une république démocratique avec une déclaration des droits progressiste, incluant des droits sociaux et économiques, et les obligations positives. Sur la scène internationale elle ne s'est pas contentée d'une place de second plan. En Inde : « *la tradition est quelque chose qui est continuellement en cours d'élaboration et qui est recréé par la libre activité de ses adeptes. Tout ce qui est construit pour toujours est toujours en construction. Si une tradition ne se développe pas, cela signifie que ses adeptes sont spirituellement morts. À travers l'histoire de l'hindouisme les leaders de pensée et de pratique ont continuellement eu le soin d'expérimenter de nouvelles formes, de développer de nouveaux idéaux pour s'adapter aux nouvelles conditions* »[64].

IV. Interprétation de la tradition indienne

A. Les dharmas varnashrama et sadharana

Le système de castes et les discriminations pratiquées et justifiées en son nom ont tellement occulté la dis-

60 Sur les Charvakas et Lokayatas, *cf. ex. aliis* l'œuvre considérable produite par Debiprasad CHATTOPADHYAYA, not. *Charvaka/Lokayata* (dir. D. CHATTOPADHYAYA, 1990). [NDT *: Ces deux courants de pensée tendent à nier toute réalité qui ne serait pas perceptible par les sens, y compris, éventuellement, la réalité des fruits de la réflexion. Puisque n'existe que le monde sensible, l'enrichissement et la satisfaction des passions sont les buts de l'existence : le dharma est donc rejeté. Il est donc possible de dire que ces courants de pensée sont nés par opposition au dharma*.].

61 *Cf.* RADHAKRISHNAN, *supra* note 24, 18.

62 *Cf. La Bhagavadgita*, ch. XIII, vers 45, 47. [NDT : « *Mieux vaut accomplir, fût-ce médiocrement, son devoir propre qu'assumer, même pour l'accomplir en perfection, la tâche qui appartient à un autre. On ne contracte aucune tache à remplir le devoir que sa nature assigne à chacun* », traduit du sanscrit par E. Sénart, Les Belles lettres 2004].

63 Sur cette décadence, *cf.* KANE, *supra* note 13, vol. II, part. I, 164ff.

64 RADHAKRISHNAN, *supra* note 24, 17-18.

Livre Jurisprudence n°2.indb 361 08/08/2011 12:03:10

cussion sur la tradition indienne qu'elle a acquis la réputation de ne prêcher que l'inégalité, l'injustice, et la négation de la dignité humaine. Toute recherche sur celle-ci est si biaisée par avance qu'elle ne s'achève que sur la découverte des causes et des conséquences du système de castes et que tout effort pour l'examiner objectivement et pour arriver à une conclusion différente est suspecté d'être la promotion d'une tradition décadente et antihumaniste. Nous refusons pourtant d'accepter le fait que, même si *prima facie* le système *varana* est à l'origine du système de castes, il prêche l'inégalité entre les êtres humains ; il a enseigné que l'origine de tout être humain procède de la même source et n'a exclu aucun d'eux de la catégorie d'êtres humains. Il n'est pas rigide au point de ne pas admettre d'exceptions. La nature progressiste et libérale de la tradition indienne est éminemment appropriée pour adapter et assimiler les idées et notions nouvelles, et notamment l'idée de Droits de l'Homme. La différence qu'elle dessine entre les *dharmas varnashrama* et *sadharana*, déjà relevée, peut être pleinement utilisée pour surmonter les obstacles à la réalisation de l'idée des Droits de l'Homme. En étudiant les deux, Kane conclut que « *tous les auteurs des* dharmasastras *attachent la plus haute importance aux qualités morales* [sadharana ou samanya dharma] *et les ont placées par-dessus tout avec toute la force qu'elles peuvent avoir ; mais leur ambition principale était de nature pratique, amener chacun à agir de la bonne manière dans sa vie quotidienne : ils ont davantage traité des actes, rites et cérémonies que chaque personne devait faire en fonction de sa place dans la société* »[65]. Pour cette seule raison les auteurs des *dharmasastras* « *se sont plutôt préoccupés du* varnashrama dharma*, et non du* sadharana dharma »[66]. Kane, toutefois, fonde son travail sur le *sadharana dharma*[67].

Comme tous les autres aspects du *dharma*, le *sadharana dharma* n'est pas définitivement posé à un endroit, mais irrigue l'entière littérature du *dharmasastra*. Nous avons déjà noté sa description dans l'*Arthasastra*. Utilisant le *sadharana dharma* pour déduire la notion de droit du *dharma*, Derrett écrit que « *les qualités morales de la nation, les vertus ultimes* », qui incluent « *la vérité, l'abstention de porter préjudice, la libération de la colère, l'humanité, le contrôle de soi, la droiture, l'abstention du vol, la pureté rituelle, la restriction des appétits, la générosité, la compassion, le discernement, la tolérance, l'absence de convoitise, l'abstention de la violence, la patience, la libération des bassesses, la considération pour les intérêts des autres* », doivent toujours être observés[68].

Puntambekar utilise spécifiquement ces qualités en relation avec la préparation de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Les nommant « *les dix libérations et maîtrises essentielles, ou les vertus nécessaires à une vie droite* » proposées par Manou et Bouddha, il énumère cinq libérations sociales, à savoir « la libération de la violence (*Ahimsa*), la libération du désir (*Asteya*), la libération de l'exploitation (*Aparigraha*), la libération de l'atteinte à l'intégrité ou déshonneur (*Avyabhichara*) et la libération de la mort prématurée et de la maladie (*Armitava* et *Aregya*) ». De même les cinq qualités individuelles ou vertus sont « l'absence d'intolérance (*Akrodha*), la compassion ou esprit fraternel (*Bhutadaya*, *Adreha*), la connaissance (*Jana, Vidya*), la libération de la pensée et de la conscience (*Satya, Sunrta*) et la libération de la peur, de la frustration et du désespoir (*Pravrtti, Abhaya, Dhriti*) »[69]. Conscient du fait que la tradition indienne ne les exprime pas comme des libertés, il explique que « *les libertés humaines requièrent en contrepartie des vertus ou des contrôles de l'homme* » et penser « *en termes de libertés sans les vertus correspondantes conduirait à une vue tronquée de la vie et à une stagnation, voire à une dégradation de la personnalité, et aussi au chaos et au conflit dans la société* »[70]. Comme il écrivait alors que l'Inde n'était pas encore libre, il a aussi plaidé pour la libération de la domi-

65 KANE, *supra* note 13, Vol. II, part. I, 11.
66 *Id.*
67 KANE, *supra* note 13, Col. I, part. I, 4.
68 J. DUNCAN, M. DERRETT, *History of Indian law (Dharmasastra)* 22 (1973).
69 PUNTAMBEKAR, *supra* note 12, 195, 197. *Adde.* la même idée dans KHUSHALANI, *supra* note 12, 406.
70 PUNTAMBEKAR, *supra* note 69.

Livre Jurisprudence n°2.indb 362 08/08/2011 12:03:10

nation étrangère, car une telle « *domination est odieuse* »[71], ce qui se reflète aujourd'hui dans le droit fondamental à l'autodétermination.

Arrivant à une conclusion similaire à partir des vues de Gandhi et d'autres réformateurs indiens, Carman écrit que dans la tradition indienne « *les prêtres et les souverains ont des devoirs envers tous qui peuvent être le fondement de droits universels ; et tout le monde a, outre les devoirs liés à l'activité particulière de chacun, un* dharma *commun de devoirs fondamentaux, parmi lesquels les plus importants sont dire la vérité (*satya*) et ne pas porter atteinte aux êtres vivants (*ahimsa*)* » et ajoute que « *la plupart des Hindous modernes éduqués seront d'accord sur le plan des principes sur la force du* dharma *commun, non seulement des Hindous, mais de tous les êtres humains* »[72]. L'on trouve des expressions similaires chez Khare lorsqu'il écrit : *« la culture hindoue met de plus en plus l'accent sur le «* dharma *commun » (*sadharana dharma*) que sur le «* dharma *spécialisé » (*visesa dharma*) des règles, rituels et devoirs de caste* »[73]. Pour lui le « *premier* dharma*, fondé sur la similitude spirituelle de toutes les créatures, favorise traditionnellement les activités pour le bien-être commun et attire les réformateurs progressistes* » parmi lesquels les avocats des Droits de l'Homme pouvant « *trouver un élan fédérateur propre au peuple indien* »[74]. Les lignes suivantes peuvent être citées intégralement : *« malgré son histoire sociale plutôt anémique, « le* dharma *commun » procure toujours le plus fort refuge idéologique tiré de la tradition pour tous les marginaux, les faibles, les exploités, et les contestataires. Nombre de réformateurs majeurs (de Bouddha et Kabir à Raidas) ont fait de ce* dharma *leur bastion moral pour attaquer les* jatis *basées sur la naissance ou les* dharmas *des castes et leurs injustices, alors que les réformateurs modernes comme Ambedkar et Gandhi ont essayé de faire du* dharma *commun le sol pour semer les graines de la culture tolérante et sociale de l'Inde moderne. »*[75]

Certaines personnes trouvent un fondement adéquat pour les Droits de l'Homme même dans le *varnashramadharma* ou *svadharma*. Par exemple, Mitra trouve que « *l'idée de* svadharma*, s'il n'est pas entendu comme un code de lois rigides, peut être une contribution sur le terrain des Droits de l'Homme dans sa proposition de prendre au sérieux les différences* » et que si des personnes différentes peuvent avoir des droits et devoirs différents, « *chaque être humain mérite et doit avoir la même considération et la même sollicitude* »[76]. Une telle interprétation de l'égalité est la norme universelle, qui pourrait très bien être employée pour l'humanisation du *varnashramadharma* dans la tradition indienne[77].

B. Droits et devoirs

L'absence de toute référence aux droits et la présence de devoirs méticuleusement détaillés dans la tradition indienne sont soulignées autant par ses partisans que par ses contempteurs pour nier l'existence de Droits de l'Homme dans celle-ci[78]. Nous avons déjà souligné que ce n'était pas un caractère propre à la tradition indienne. Toutes les traditions anciennes parlent beaucoup de devoirs et peu de droits[79]. La tradition indienne est certainement spécifique

71 *Id.* 198.

72 Carman, *supra* note 9, 126-7. Considérant que le *dharma* est du droit, Pal écrit : « *La fin du droit est d'assurer l'ordre dans la société, dans l'univers. Il a pour cela été conçu pour conserver la paix dans toutes les circonstances et quel qu'en soit le prix. […] Le respect du dharma est dans l'intérêt propre de chacun, c'est pourquoi chacun doit le respecter* ». Pal, *supra* note 51, 144.

73 Khare, *supra* note 9, 204.

74 *Id.*

75 *Id.*, 205 [NDT *Kabir est un poète mystique indien de la fin du XV^e siècle ; près de dix millions de personnes se réclament encore aujourd'hui de son enseignement. Raidas, ou Ravidas, est un mystique du XV^e siècle, gourou de la secte des Ravidasi, et l'un des personnages importants de la religion Sikhe. Le système des jatis est celui de la division de la société en castes et sous-castes*.].

76 Mitra, *supra* note 11, 83.

77 Pour un exposé convaincant de ce point, *cf.* D. Conrad, *The influence of western liberal ideas on Gandhi's constitutional philosophy*, in *Comparative constitutional lawn Festschrift in honour of Professor P.K. Tripathi* 43 (dir. M.P. Singh, 1989). *Adde.* Radhakrishnan, *supra* note 23.

78 *Cf.* p. ex. Ritter, *supra*, note 7, *Governance and Human Rights*, *supra* note 13. *Adde.* Gandhi, *supra* note 13 ; Pandeya, *supra* note 9 ; Kane, *supra* note 13, vol. I, part. II, 980.

79 *Cf.* Parekh, *supra* note 36.

Livre Jurisprudence n°2.indb 363 08/08/2011 12:03:11

dans son énonciation détaillée du *dharma varnashrama*, qui pose les devoirs des différentes catégories de personnes aux différents moments de la vie. À côté de cela, elle partage la tradition des devoirs avec d'autres traditions[80]. Nous avons aussi noté que les devoirs ont donné naissance aux droits dans toutes les traditions.

Même dans la tradition occidentale, bien après les déclarations françaises et américaines, tous les auteurs ne soutiennent pas l'idée de droits. « *L'idée que les Droits de l'Homme puissent être un point de départ pour la morale politique […] a été regardée par Jeremy Bentham et les autres utilitaristes comme un extravagant et pernicieux non-sens* »[81]. Comme l'on pouvait s'y attendre, Karl Marx a dit : « *aucun de ces prétendus Droits de l'Homme ne va au-delà de l'homme égoïste […] un individu retranché derrière ses intérêts privés et ses caprices, et séparé de la communauté* »[82]. Même jusqu'à nos jours d'intenses discussions continuent sur la justification d'un monde basé sur les droits[83]. Afin d'apporter des précisions aux discussions et aux théories sur les droits, en 1919 Hohfeld a conçu un tableau des relations juridiques distinguant les droits des privilèges, pouvoirs, et immunités[84]. Dans cette optique, un droit au sens strict est la possibilité pour une personne d'imposer des devoirs à une autre, à l'égard de laquelle elle a un droit. Mais dans les autres situations les devoirs ne sont pas imposés, bien que l'absence de droit, l'invalidité ou la responsabilité puissent survenir. Dans ce sens strict la liberté n'est pas un droit et, par conséquent, n'est pas source de devoir, puisqu'elle crée l'absence de devoir pour le sujet de la liberté.

Si un droit ainsi défini crée toujours un devoir correspondant, peut-il être avancé que l'existence d'un devoir chez une personne envers une autre est aussi bonne que la création d'un devoir pour ce dernier ? La principale objection à un tel argument est dans les conséquences du fait que la personne supportant le devoir risque de ne pas le remplir. La réponse est que dans un tel cas il s'agit d'une violation de la loi, qui peut être justiciable d'une action. De même qu'une action peut être prévue pour la préservation des droits, elle peut aussi l'être pour le respect des devoirs. Cependant, parce que la conception occidentale des Droits de l'Homme s'est développée contre l'État, l'État ne peut, théoriquement et stratégiquement se soumettre à des devoirs à moins que l'existence de droits soit reconnue aux individus avant la création de l'État. Ainsi, la théorie des droits s'est développée de la manière dont elle s'est faite. Elle se poursuit maintenant en dépit de plusieurs difficultés dans sa mise en œuvre entre les individus, par exemple par des enfants contre leurs parents ou entre des époux ou par des parents âgés contre leurs enfants financièrement autonomes[85]. Dans de telles situations, à moins que les personnes soient enjointes d'accomplir leur devoir, le modèle fondé sur les droits n'est pas opérationnel et transfert la charge de la réalisation des droits sur l'État. Comme en Inde l'étape dans laquelle l'État monopolise toute la puissance publique et l'utilise de manière absolue n'a jamais été atteinte, la tradition indienne s'est concentrée sur l'enseignement de l'accomplissement des devoirs de chacun, de manière satisfaisante et en fonction de sa place dans la société et dans le cours de la vie. Même contre le souverain qui manque à ses devoirs, elle parle en termes de devoirs du peuple d'écarter un tel souverain, plutôt que de le laisser gouverner sous réserve des droits du peuple. De mon point de vue, que j'ai déjà plusieurs fois formulé, pour l'Inde et pour toute société comparable une théorie des Droits de l'Homme appropriée

80 Pour un exposé détaillé des devoirs dans la tradition occidentale *cf.* les écrits mentionnés aux notes 93 et 94.

81 *Theories of rights* 1 (dir. J. Waldron, 1984).

82 *Id.* 2. *Adde.* H. J. Laski, *Towards a Universal Declaration of Human Rights*, in *Human Rights* (dir. Unesco), *supra* note 12, 78, 84 : « *Rien n'est plus difficile que de garder l'esprit ouvert sur les principes ultimes de l'organisation sociale. Ainsi un anthropologue qui a étudié les habitus dit, à propos d'une société dans la civilisation occidentale, que l'on trouve fréquemment beaucoup de droits considérés comme sacrés qui ne sont pas plus rationnels que les tabous observés religieusement par une tribu sauvage dans l'une des toutes premières étapes du développement social* ».

83 *Cf. ex aliis* plusieurs contributions in *Theories of rights*, *supra* note 81.

84 W. N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (Yale, 1919).

85 *Cf.* p. ex. M. H. Kramer, *On the nature of legal rights,* (2003) 4 *Suprem court cases* (Journal) 45.

Livre Jurisprudence n°2.indb 364 08/08/2011 12:03:11

doit inclure à côté de la reconnaissance de droits des individus les devoirs correspondants de l'État pour assurer la réalisation de ces droits. Que l'individu réclame ses droits ou non, la violation de ceux-ci doit être considérée comme une violation par l'État de ses devoirs, qui doit pouvoir être justiciable d'une action contre l'État[86].

Cette tradition a dû conduire Gandhi à adhérer à l'idée de devoirs plutôt qu'à celle de droits. Conrad a imaginé le point de vue de Gandhi sur la préparation de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme[87]. Au moment où Gandhi écrit au directeur général de l'Unesco, l'Inde était toujours sous la domination britannique. Gandhi croyait fermement au *swaraj* (l'auto-détermination) et ne voyait aucune justification pour un pays ou un peuple de dominer un autre. Il croyait que tant qu'une personne ou une nation est sous la domination d'une autre ou manque de *swaraj*, elle est incapable de jouir de ses droits. Dans une telle situation il n'y a que des devoirs à accomplir et pas de droit à réclamer – devoirs de la puissance étrangère de retirer sa domination et des dominés de renverser cette domination. Si les deux parties accomplissent leurs devoirs, les droits des dominés sont automatiquement réalisés. En l'absence d'accomplissement de ces devoirs, aucun droit ne peut être attendu. Dans sa déclaration, Gandhi s'est adressé aussi aux futurs dirigeants de l'Inde indépendante en ce que pour justifier leur autorité dans l'avenir ils devraient remplir leurs devoirs parce que cela est dans le *dharma* de tout dirigeant[88].

Une autre raison est aussi invoquée pour expliquer l'absence de droits et la présence de devoirs dans la tradition indienne. Les déclarations de droits occidentales comme celle des États-Unis ou de la France sont des manifestes de libération, « *un témoignage que des droits précédemment refusés étaient désormais accordés* »[89] ; elles impliquent la reconquête d'un terrain perdu. En Inde, en revanche « *il y a aussi la tradition héritée du langage des tribunaux britanniques, devant lesquels des milliers de justiciables ont demandé la préservation ou la restauration de leurs droits et privilèges héréditaires, y compris des honneurs symboliques prétendument accordés non par les Britanniques, mais par le Seigneur de l'Univers vénéré dans le temple* »[90]. Puisqu'il n'y avait « *pas d'équivalent indien d'Henry VIII* » ou d'aucun autre souverain absolu et que le *dharma* est le roi au-dessus des rois, qui leur impose le devoir de le faire respecter et prescrit des peines pour en cas de contravention, l'occasion de demander des droits n'est jamais arrivée[91]. Une telle occasion s'est présentée pour la première fois sous la domination britannique contre laquelle le peuple indien, pour la première fois, a commencé à réclamer des droits, vers la fin du dix-neuvième siècle[92].

Radhabinod Pal donne une explication apparemment idéale à la présence de devoirs et à l'absence de droits

86 J'ai exprimé ce point de vue dans plusieurs présentations orales dont une à un séminaire organisé par la National Human Rights Commission of India in March 2006, publiée en Hindi : M. P. Singh, *Bhartiya sandarbh mein manavadhikaron ke siddhant per punarvichar* in *Bhartiya Sanskriti mein manav adhikar ki avdharnayen* 93 (2006) et en anglais : M.P. Singh, *A theory of Human rights for India*, 4, *Indian juridical review* 1 (2007).

87 D. Conrad, *Schwierigkeiten beim Schreiben der Wahrheit – ein Brief Gandhis zur Universalen Menschenrectsdeklaration der UN* in *Wissenschaftkolleg zu Berlin jahrbuch* 1987-88, 191, également paru avec un résumé en anglais D. Conrad, *Zwischen den traditionen* (dir. J. Luett & M.P. Singh, 1999). *Adde.* M.K. Gandhi, *Hind swaraj and other writings*, (dir. A. J. Parel, 1997).

88 Pour le *dharma* des souverains, *cf.* Kane, *supra* note 13, vol. II, 556, 96-97, et Jois, *supra* note 52.

89 Panikar, *supra* note 42, 88 (il écrit plus loin : « *quelque chose a été perdu lorsqu'il doit être expressément énoncé* »).

90 *Cf.* Carman, *supra* note 9, 126.

91 *Cf.* Derrett, *supra* note 22, 98-100.

92 Avant les Britanniques la seule occasion avait été sous l'empereur moghol Aurangzeb à la fin du dix-septième et au début du dix-huitième siècle, contre laquelle il y eut plusieurs révoltes dont la création d'une armée Sikhe par Shri Guru Gobind Singh, et des luttes conduites par Chhatrapati Shivaji et même par un des fils d'Aurangzeb. Avec Aurangzeb commença la chute du puissant empire moghol en Inde. Pour l'histoire des revendications de droits *cf.* les développements à propos de la *Constitution of India Bill* de 1895 in B. S. Rao (dir.), *The framing of India's Constitution*, 5 ff. (1966).

Livre Jurisprudence n°2.indb 365 08/08/2011 12:03:11

dans la tradition indienne. Selon lui, la reconnaissance d'un droit ne devient nécessaire que lorsque la réalisation des désirs d'une personne vient en conflit avec les intérêts des autres. « *Une telle reconnaissance n'est guère nécessaire dans une société dans laquelle tout le monde ne fait que ce qui produit non seulement un bénéfice pour son auteur, mais aussi pour tous les autres* »[93]. L'ordre social basé sur le *dharma* exclut toute possibilité d'un tel conflit parce que le *dharma* d'une personne n'est pas censé venir en conflit avec le *dharma* d'une autre, et, par conséquent, aussi longtemps que chacun observe son propre *dharma* il n'y a ni conflit social, ni conflit entre individus. Ce n'est que pour sanctionner les personnes s'écartant de leur *dharma* qu'un souverain soumis au *dharma* est envisagé. Dans l'ordre social ainsi conçu l'individu était tenu de s'abstenir du mal et de toute prise d'ascendant ou de volonté de domination sur les autres. Un tel ordre ne peut être cohérent avec la culture des droits comme défendus en Occident, mais permet sans aucun doute une conception d'une société et d'une conduite humaine justes, avec toutes les perspectives d'un bien commun et d'un accomplissement personnel de chacun[94].

Dans le contexte des Droits de l'Homme en tant que défense contre l'État, l'Occident à l'heure actuelle semble être obnubilé par la notion de droits. Mais cela n'a pas toujours été le cas et pourrait ne pas le rester indéfiniment. L'Occident, spécialement l'Europe, a aussi une tradition de devoirs qui, parmi d'autres, est aussi incorporée dans les déclarations et les documents constitutionnels[95]. Les relations entre les droits et les devoirs semblent acquérir une importance grandissante dans le discours public et les propos des intellectuels[96]. Le projet de Déclaration Universelle des Responsabilités de l'Homme présenté aux Nations Unies est l'exemple le plus significatif de ce développement[97]. L'application horizontale des Droits de l'Homme étend aussi les devoirs des individus envers leurs semblables en même temps qu'elle étend leurs droits[98].

Suivant le style occidental la constitution de l'Inde ne contenait à l'origine que les Droits fondamentaux des individus. Kane, le juriste-explorateur de la tradition indienne, a critiqué l'absence de devoirs, conformément à la tradition indienne, dans cette constitution[99]. Postérieurement, en 1976, un court chapitre sur les devoirs des citoyens a été intégré dans la constitution[100]. L'on ne peut savoir si c'est la tradition indienne ou le modèle socialiste occidental qui a conduit à cette révision de la Constitu-

93 *Cf.* PAL, *supra* note 51, 171, 255. Il écrit : « *Le fondement métaphysique de ce devoir réside peut-être dans le principe qui doit rationnellement conduire à une certaine abstention de la volonté consciente de l'un, lorsque cette volonté consciente va éviter de prendre l'ascendant sur celle des autres. Cette abstention va ainsi être une limite imposée à l'expansion infinie de notre égoïsme, c'est-à-dire, de notre force matérielle et de nos intérêts palpables* ».

94 *Cf.* RITTER, *supra* note 7, 83.

95 D. GRIMM, Rector, Institute for advanced studies Berlin m'a dit que jusqu'à la révolution française, l'Europe avait seulement une tradition de devoirs et non de droits. Il faisait référence à des ouvrages significatifs à ce sujet, particulièrement à N. LUHMANN, *Subjective Rechte*, Vol. 2 (1981), H. COING, *zur Geschichte des Privatrechtssystems* (1962) and D. GRIMM, *Rechts und Staat der Buergerlichen Gesellschaft* 11 (1987). *Adde*.les ouvrages cités à la note suivante et *The American Declaration of Human Rights and Duties* de 1948, la Constitution de Weimar de 1919, les références à certains devoirs dans la Constitution allemande de 1949 et les chapitres spécifiques dans les constitutions de certains États d'Allemagne comme la Bavière, la Brême, la Sarre. Voir aussi la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981.

96 *Cf.* p. ex. D. SELBOURNE, *The principle of duty* (1994) ; Th. I. SCHMIDT, *Grundplichten* (1999) ; F. DUEHR, *Prinzip und system der Grundplichten* (2002) et les ouvrages cités dans la bibliographie de ces deux derniers.

97 Pour davantage d'informations et des extraits de la déclaration *cf.* H. J. STEINER and Ph. ALSTON, *International Human Rights in context* 351ff. (2000). L'idée n'était pas absente, y compris au début des discussions pour la conception d'une charte des Droits de l'Homme. *Cf.* p. ex. *Human Rights*, UNESCO, *supra* note 12, *passim* et spec. note 267. PANIKKAR, *supra* note 42, argumente aussi pour la conception d'une charte équilibrée des droits et devoirs de l'homme fondé sur l'essence des différentes traditions.

98 Pour la position de différents pays sur l'application horizontale des Droits de l'Homme, *cf. Human Rights and the private sphere* (dir. D. OLIVIER & J. FEDTKE, 2007). *Adde.* M.P. SINGH, *Protection of Human Rights against State and Non-State Action,* in *Human Rights and the private sphere* (dir. D. OLIVIER & J. FEDTKE, 2007) pour la position indienne sur ce point.

99 *Cf.* KANE, *supra* note 13, vol. V, part. II, 1664-7.

100 *Cf.* la Constitution de l'Inde, 1950, part. IV-A.

Livre Jurisprudence n°2.indb 366 08/08/2011 12:03:11

tion. Mais en considérant le fait que le modèle socialiste est maintenant pratiquement éteint et que l'Occident se prépare également à une Déclaration Universelle des Devoirs de l'Homme, la tradition indienne des devoirs n'est pas aussi hostile ou dénuée de pertinence pour la réalisation des Droits de l'Homme qu'on le dit parfois. Au vu de ses résultats insatisfaisants à propos des Droits de l'Homme basés sur le modèle occidental, l'Inde doit sérieusement examiner sa tradition de devoirs et explorer les possibilités de l'utiliser pour améliorer ces résultats. La tradition des devoirs n'est ainsi pas une justification ou une excuse pour la négation ou la mauvaise situation des Droits de l'Homme en Inde.

C. Les individus

Certains chercheurs occidentaux attribuent l'émergence et le développement de la notion actuelle de Droits de l'Homme à la position unique de l'individu dans la tradition judéo-chrétienne, qui, selon eux, ne se retrouve pas dans d'autres traditions religieuses. Ritter, par exemple, écrit que dans la tradition judéo-chrétienne, Dieu a créé l'Homme à son image et que, pour cette raison, l'être humain acquiert une place unique dans l'univers, voulue par Dieu. « *Le langage des Droits de l'Homme dans la tradition religieuse chrétienne* » écrit-il « *s'adresse à cette considération divine, et est donc dictée par la parole de Dieu révélée par Jésus-Christ* »[101]. La tradition religieuse hindoue, selon lui, n'accorde pas une place similaire à l'être humain.

S'il a raison, l'on peut se demander pourquoi cet aspect de la tradition judéo-chrétienne n'a pas été découvert avant la fin du dix-neuvième siècle, et pourquoi après cette découverte les Droits de l'Homme dans cette tradition ont été, et continuent à être, violés de tant de façons. Sans entrer dans ces questions, recherchons, toutefois, la tradition hindoue relative à cet aspect. Il est vrai qu'à la différence de la tradition judéo-chrétienne la tradition hindoue ne parle pas du péché originel et de sa rédemption subséquente, ou de loi divine ou de la Parole de Dieu prononcée au commencement de la création ou plus tard. Même si certains mots appartenant à cette tradition sont attribués à des prophètes ou à des divinités incarnées, comme le Seigneur Krishna dans la *Bhagavadgita*, ils sont attribués à ce prophète ou à cette incarnation et non à une personne au-delà. Décrivant les origines de l'univers, le *Manavadharamasastra*, néanmoins, dit : « *Partageant son propre corps, le Seigneur devint moitié mâle, et moitié femelle ; avec cette moitié (femelle) il engendra Virag* » et ainsi la création et la perpétuation des êtres humains commença[102]. La *Rigveda* affirme également que Dieu produit tous les êtres humains à partir de son corps[103]. Des versions semblables peuvent également être trouvées dans d'autres livres sacrés. Aucun d'eux ne dit soit que l'être humain est le fruit du péché ou que la femme a été créée à partir de l'homme. L'homme et la femme partagent également leur caractère divin et sont sacrés. Le procédé de la procréation humaine n'est pas un acte de péché marqué du sceau du diable[104]. La tradition indienne n'a pas de notion de diable ou de Satan[105].

101 Ritter, *supra* note 7, 84-87. *Adde* son affirmation précédente : « *Le concept primordial tiré de la religion pour la conception juive de l'être humain est sa création à l'image de Dieu.* […] *Parce qu'il reflète l'image de Dieu, une valeur absolue est accordée à l'être humain.* […] *De l'héritage juif, les droits occidentaux ont acquis leur caractère fondamental d'attention portée à chaque être humain.* […] *Dans sa vision chrétienne, en outre, l'attention divine pour les êtres humains a été accomplie par l'envoi du fils de Dieu dans la personne de Jésus-Christ. Par le Christ, l'humanité est libérée du péché, rachetée devant Dieu, et se trouve dans un état de grâce.* […] *La conception chrétienne des droits de l'homme prend en compte l'extraordinaire valeur divine accordée à l'être humain par la personne de Jésus-Christ. Ce n'est pas seulement une valeur absolue ; c'est un postulat indubitable* ».

102 *Cf.* Buehler, *supra* note 52, 14.

103 *Cf.* Lingat, *supra* note 46, 34.

104 Le christianisme considère les êtres humains comme pécheurs et issus du péché. L. S. Rouner considère l'idée chrétienne du péché originel comme l'idée la plus impopulaire de l'histoire de la pensée humaine et approuve son rejet par Vivekananda à la lumière de la tradition hindoue. *Cf.* L. S. Rouner, *Why good people do bad things : Kierkegaard on dread and sin* in *Is there a human nature ?* 182 (dir. L. S. Rouber, 1997). Pour le rejet par Vivekananda, *cf. supra* note 33, vol. I, 11. Pour aller plus loin sur l'idée de péché originel *cf.* Berman, *supra* note 15, 165 ff.

105 *Cf.* R. Thapar, *The penguin history of early india* xviii (2003), qui écrit : « *une rectitude fondamentale dans la civilisation indienne est due à*

Livre Jurisprudence n°2.indb 367 08/08/2011 12:03:11

La tradition du *Vedanta* en Inde, la plus forte de toutes, se base sur la non-altérité (*advaita*) entre Dieu et sa création, y compris les êtres humains[106]. Dieu n'a pas seulement créé les êtres humains et les autres créatures, mais il a pris lui-même ces formes. Ainsi, les Upanishads proclament : « *tat-tvamasi, aham Brahma-asmi* » ou « *sarvam-khalvidam-Brahma* » – Je suis Dieu ou l'univers entier est Dieu. Telle étant la réalité, la tradition indienne ancienne exhorte tous les êtres humains, et chacun en particulier, à réaliser cette réalité et à aimer et respecter tout ce qui existe dans l'univers[107]. Si la création de l'être humain à l'image de Dieu est la base de l'idée des Droits de l'Homme, la tradition indienne n'est pas en reste.

Ritter, toutefois, semble exposer le *Vedanta* et le concept d'*advaita* en termes d'altruisme plutôt que de poursuite de son intérêt propre, ce qui est différent de la tradition judéo-chrétienne. Il écrit : « *les droits hindous prennent en compte les actions justes en raison de devoirs religieux spécifiquement orientés vers l'abnégation personnelle et la bienveillance envers les autres. Les droits occidentaux prennent en compte l'être humain en raison de motifs laïques spécifiquement orientés vers l'accomplissement et l'autonomie des individus* »[108]. Sa remarque est importante et nécessite un examen plus poussé. Même si l'ancienne tradition indienne dominante reconnaît la recherche de son intérêt et le désir comme l'impulsion première ou déterminante de toutes les actions humaines, elle demande aux individus de les contrôler et de s'élever au-dessus d'eux[109]. Bien que cette tradition ait entre autres engendré *Charvaka* et *Lokayata*, qui croient dans le matérialisme et la jouissance des sens, elle ne les laisse pas dominer. Elle a fixé quatre buts pour la vie humaine – *dharma*, *artha* (la fortune), *kama* (le plaisir) et *moksha* (le salut) – dans cet ordre, mais le dernier a acquis la prédominance en association avec le premier. Le spirituel, et non le matériel, est devenu son idéal. C'est pourquoi, en dépit du fort message de la *Bhagavadgita* de combattre pour défendre ses droits, le principal but d'un tel combat tend vers la *moksha* plutôt que vers des gains matériels. L'indifférence envers les biens de ce monde et le souci des gains dans l'autre monde sont devenus un idéal pour les individus. Peut-être que, pour cette raison, chacun se soucie plus de la possibilité de spéculer sur l'autre monde et une autre vie que la recherche de ses intérêts matériels dans cette vie[110]. Dans une grande mesure, cela est vrai, ces traditions guident toujours la vie d'un Indien moyen en matière de revendication de ses droits[111].

Mais à côté de ces aspects spirituels et tournés vers l'au-delà de la tradition indienne, ses autres aspects comme ceux exprimés dans le *sadharana dharma*, vivre en harmonie avec la nature et les autres êtres, ne pas être

l'absence de Satan ».

106 Pour un résumé des principes fondamentaux du *Vedanta*, *cf.* KANE, *supra* note 13, Vol. V, part. II, 1624-1626.

107 *Cf.* p. ex. KANE, *supra* note 13, Vol. II, part. I, 7 et KANE & VIVEKANANDA, *supra* note 33. Et aussi ce vers tiré du Ramacharitamanas : « *Sitya Rama maya sab jag jaani, karahun pranaam jor yug pani* » (réalisant que l'univers entier est fait de Sita et Rama, je m'incline devant les mains jointes).

108 RITTER, *supra* note 7, 84. Plus loi, à la p. 88, il écrit : « *Les différences entres les droits indien et occidentaux se révèlent aussi profondes que les différences théologiques entre l'hindouisme et le judéo-christianisme.* […] *Contrairement, donc, aux affirmations de Subedi, les racines des droits hindous et occidentaux divergent assez profondément. Le caractère absolu, universel, et égalitaire des droits de l'individu occidentaux ne correspond pas aux caractères des droits hindous, acquis par l'action dharmique* ». Si la primauté de la notion de *Moksha* dans l'hindouisme et le bouddhisme, *Adde* KUMAR, note 28, 126-131. [NDT *La Moksha signifie la libération de l'âme du cycle des réincarnations*].

109 Sur la recherche de son intérêt et le désir, *cf.* BUEHLER, *supra* note 52, 29. *Adde* le verset dans le Ramacharitamanas : « *sur, muni, santan ki yah riti, swarath laag karahin sab priti* » : [NDT *: ce verset pourrait se traduire ainsi : « la façon de vivre d'un saint est d'abandonner tout comportement égoïste et d'aimer inconditionnellement »].

110 *Cf.* KANE, *supra* note 13, vol. II, part. I, 2, dans lequel il écrit : « *les auteurs des* dharmasastras *veulent dire par* dharma *non une croyance ou une religion, mais un mode de vie ou un code de conduite, qui régit le travail et les activités d'un homme en tant que membre d'une société et comme un individu, et qui a pour but de l'accompagner dans les étapes de son développement et de lui permettre d'atteindre ce qui est considéré comme le but de l'existence humaine* ».

111 *Cf.* KANE, *supra* note 9 ; N. DUTTA, *From subject to citizen : towards a history of the Indian Civil Rights Movement,* in *Changing concepts of rights and justice in South Asia*, *supra* note 9, 257 ff.

Livre Jurisprudence n°2.indb 368 08/08/2011 12:03:11

guidé toujours par ses propres intérêts mais aussi prendre en compte les intérêts des autres, contenir ses besoins et désirs dans une certaine limite comme Gandhi l'a fait à notre époque, accomplir ses obligations religieusement plutôt que de perpétuellement mettre en avant ses revendications réelles ou imaginaires, voilà quelques thèmes fondamentaux pour la compréhension et la mise en œuvre des Droits de l'Homme. Ils soulèvent la question fondamentale du modèle des Droits de l'Homme. Ce modèle doit-il conduire à de nouveaux conflits et affrontements ou doit-il conduire à la paix et à l'harmonie ? Il y a des cultures et des traditions qui promeuvent les conflits et les affrontements et d'autres qui promeuvent la paix et l'harmonie. La tradition indienne se trouve dans la dernière catégorie. L'on peut se demander : si le modèle actuel des Droits de l'Homme tombe dans la première, faut-il poursuivre dans cette voie ?

Pour attribuer une place spéciale aux Droits de l'Homme dans le christianisme, Ritter cite deux commandements de la Bible : « *Tu aimeras le Seigneur ton Dieu de tout ton cœur, de toute ton âme et de tout ton esprit* » et « *Tu aimeras ton prochain comme toi-même* »[112]. Dans la tradition indienne de nombreux ouvrages sur la *Bhakti*, à commencer par les *Puranas* et y compris la *Bhagavadgita* et d'autres œuvres épiques postérieures de Chaitanya, Sur, Tulsi, Mira, Nanak, Kabir, Rashkan et tant d'autres sont emplis du premier commandement. De même, le second commandement est énoncé à plusieurs reprises, comme « *Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te fasse* »[113]. Je pense que ce qui est porté par ces deux commandements se reflète dans la quasi-totalité des traditions religieuses. Ces commandements ne nous amènent pas assez loin pour connaître la position d'une tradition sur les Droits de l'Homme.

Pour dénier la conception de l'autonomie individuelle et pour établir la subordination des individus à la communauté dans la tradition indienne, l'on se base parfois sur un verset souvent cité de la littérature des *sastras* : « *pour la famille sacrifie l'individu ; pour la communauté la famille ; pour le pays la communauté ; et pour l'âme le monde entier* »[114]. Ce verset, en réalité, exprime la suprématie du moi sur tout le reste[115]. Rien ne peut ni ne doit entraver la réalisation du moi de chacun[116]. Le cœur de ce verset ne contredit pas le reste de la tradition indienne, pas plus qu'il ne promeut l'individualisme ou l'égoïsme. Il amplifie simplement l'importance du moi de chaque être humain, que tous les autres hommes doivent respecter. « *Chaque homme, en raison du simple fait de son humanité (*purusamatra sambandhibhih*) est capable d'atteindre la perfection* »[117]. Son but est et doit être de se libérer[118]. L'on doit accepter ce principe pour soi-même et pour tous les autres êtres humains[119].

L'idée actuelle des Droits de l'Homme n'a pas à être fondée sur une religion particulière. Toute revendication pour fonder cette idée sur une religion particulière à l'exclusion des autres conduit simplement à l'animosité religieuse et par conséquent est dommageable pour la cause des Droits de l'Homme. Nous devons accepter, comme nous l'avons déjà relevé, que toutes les religions peuvent contribuer à l'évolution de l'idée des Droits de l'homme. Parce que la religion joue un rôle significatif dans la vie des gens, relier l'idée de Droits de l'Homme à leur religion les aide à l'accepter, à l'intégrer et à la mettre en œuvre. En outre, comme la plupart des idées dans le monde moderne, elle

112 Ritter, *supra* note 7, 87.

113 *Cf.* Pal, *supra* note 51, 257. [NDT *la* Bhakti *est la dévotion religieuse*].

114 *Cf.* B. Jhunjhunwal, *A sanatana critique of UN Declaration of Human Rights* in *Governance and Human Rights*, *supra* note 13, 180.

115 S. Radharkrishnan, *supra* note 24, 64. Il écrit : « *Ni la famille ni le pays, ni la nation ni le monde ne peuvent satisfaire l'âme de l'homme. Chaque individu est appelé, à un certain moment de sa vie, à laisser sa femme et ses enfants, sa caste et son travail. La dernière partie du chemin de la vie doit être parcourue seul* ». Ce verset est cité en sanskrit par Jois, *supra* note 52, 2.

116 *Cf.* B. Brown, *The wisdom of the Hindus* 170 (1973). Pour des détails, *cf.* Vivekananda, *supra* note 33.

117 Radhakrishnan, *supra* note 24, 87.

118 Vivekananda, *supra* note 33, vol. I, 16, 332.

119 Contrairement aux traditions occidentales, qui parlent de la nature humaine en tant qu'appartenance à l'espèce humaine, la tradition hindoue parle de natures individuelles distinctes. *Cf.* B. Parekh, *Is there a Human nature?* in *Is there a Human nature? supra* note 104, 22.

Livre Jurisprudence n°2.indb 369 08/08/2011 12:03:11

doit être fondée sur la rationalité. Si les résultats de l'Inde sur les Droits de l'Homme sont consternants, les propos qui précèdent doivent aider à réaliser que cela n'est pas entièrement dû à ses traditions religieuses. Les traditions religieuses ont bien sûr été manipulées pour introduire des maux tels que les discriminations basées sur la naissance et la pratique de l'intouchabilité. Mais ce sont des aberrations, certes sérieuses, causées par ceux qui en ont profité. Ces aberrations doivent être mises au jour et anéanties. Je n'ai entrepris cette recherche que pour cela. J'espère qu'elle aidera à réaliser que la tradition indienne n'est pas intrinsèquement opposée à l'idée de Droits de l'Homme.

V. Les Droits de l'Homme en Inde

Les propos qui précèdent ne laissent pas de doute sur la compatibilité de la tradition indienne avec l'idée des Droits de l'Homme. Tous ceux qui sont familiarisés avec cette tradition arrivent à cette conclusion[120]. La demande d'une déclaration des Droits pendant la domination britannique, et sa réalisation dans la Constitution ainsi que le soutien indien aux Droits de l'Homme dans les forums nationaux et internationaux conduisent à la conclusion selon laquelle l'Inde a une tradition favorable aux Droits de l'Homme. Le défaut de réalisation effective des Droits de l'Homme, néanmoins, conduit à décrier la tradition. Même si l'idée actuelle de Droits de l'Homme est un produit de l'Occident, cela ne signifie pas que la tradition indienne soit hostile ou défavorable à celle-ci.

Il se peut que quelques pratiques dans la tradition indienne ne fussent pas conformes à l'idée de Droits de l'Homme. Mais elles ont été dénoncées de manière convaincante comme des corruptions de la tradition par ceux qui ont compris l'essence de cette tradition. Pour ne prendre que des exemples récents, Swami Dayananda, un fervent adepte de la tradition védique, a dénoncé le système des castes et la subordination des femmes comme une manipulation de cette tradition. Rammohan Roy, Vivekananda, Gandhi et beaucoup d'autres ont fait de même. Gandhi a même menacé de renier l'hindouisme si quelqu'un pouvait prouver que l'intouchabilité était l'un de ses principes. Que de telles pratiques soient des corruptions de la tradition est évident en considération de leur rejet dans la Constitution de l'Inde, qui non seulement prohibe les discriminations fondées sur la caste ou sur le sexe, ainsi que la pratique de l'intouchabilité, mais aussi prévoit une action curative contre les conséquences de ces discriminations dans le passé[121]. Si les discriminations basées sur la caste ou le sexe continuent, le blâme ne doit pas être jeté sur la tradition. Elles n'appartiennent à aucune tradition revêtue d'autorité ou de contrainte, passée ou présente. Ceux qui tentent de les justifier en ayant recours à la tradition, sont ceux qui cherchent à asseoir leurs privilèges et leurs pouvoirs en vue de leurs intérêts propres. Comparées à d'autres justifications dans beaucoup d'autres sociétés, celles qui tendent à asseoir les discriminations en Inde sont plus faibles[122]. Des exemples de traditions religieuses refusant la qualité d'êtres humains aux infidèles ou aux esclaves, voire aux femmes, ne sont pas inconnus. La tradition indienne n'est jamais allée jusque-là. Pour cette raison, la tradition n'est pas une excuse pour les mauvais résultats sur les Droits de l'Homme en Inde. Ce ne serait qu'une excuse pour ne pas admettre que la question est beaucoup plus complexe. Blâmer la tradition ne sert à rien. La tradition ne peut ni être recréée *a posteriori*, ni rejetée ou écartée du jour au lendemain[123]. Des expériences telles que des conversions de l'Hindouisme au Christianisme, au Sikhisme, au Bouddhisme ou à l'Islam, ne donnent pas de résultats en termes d'éradication du système de castes ou de l'intouchabilité parce que ces pratiques s'intègrent également dans ces religions. La seule solution

120 *Cf. p. ex.* Ved. P. Nanda, *Hinduism and Human Rights* in *Hindu law and legal theory* 237 (dir. Ved. P. Nanda & S. P. Sinha, 1996) et les travaux cités *supra* note 12.

121 *Cf.* Constitution of India, 1950, parties III, IV, IVA et XVI.

122 *Cf.* p. ex. sur le système des castes, l'intouchabilité, le statut des femmes et des esclaves, Nanda, *supra* note 120.

123 Même les révolutions ne peuvent l'affecter qu'après un temps assez long. *Cf.* Berman, *supra* note 15, 18ff.

Livre Jurisprudence n°2.indb 370 08/08/2011 12:03:11

possible serait d'exhumer le meilleur dans la tradition, qui a été profondément enterré au nom d'intérêts acquis, et de l'utiliser pour la réalisation des Droits de l'Homme de tous et chacun comme le fait la Constitution et comme l'ont fait ou le font encore nombre de personnes, dont celles déjà mentionnées, mais aussi beaucoup d'autres avant et après elles.

Suivant une telle approche des Droits de l'Homme en Inde, je trouve des historiens qui doutent de l'authenticité d'une l'histoire sociale de l'Inde qui serait entièrement tirée du *dharmasastra* et d'autres œuvres de la littérature[124]. L'histoire telle qu'elle a été vécue est certainement à étudier d'après les fouilles archéologiques et les autres découvertes rendues possibles par les innovations scientifiques et techniques dans les méthodes de recherche. Néanmoins, la prise en compte des Droits de l'Homme ne peut être repoussée jusqu'à ce que de telles découvertes soient rendues publiques. Ils doivent être développés quelles que soient les informations disponibles. D'une manière générale l'histoire que nous connaissons nous donne l'image de dirigeants indiens qui, avant l'établissement de la domination islamique, ont fait du *dharma* une règle, afin qu'il soit respecté. En tirant une image cohérente de la société régie par le *dharma*, qui lie chacun y compris les souverains, le *dharmasastra* ne fait pas de différences entre les pouvoirs religieux et temporel sauf par la création d'une branche additionnelle du *dharma* appelée *rajdharma* assignant certains pouvoirs et responsabilités spéciaux aux dirigeants pour l'administration de l'État[125]. La société indienne n'a pas connu les conflits et la séparation en résultat entre ces deux pouvoirs ; de même, les dirigeants n'ont pu exercer des pouvoirs illimités, et devenir des autocrates ou des tyrans[126]. Bien qu'ils aient pris en main la loi et le maintien de l'ordre, les dirigeants islamiques n'ont pas perturbé cet arrangement. Les souverains islamiques n'étaient pas liés par le *dharma* comme décrit dans la tradition indienne, mais d'une manière générale ils n'ont pas interféré dans les matières relatives au *dharma*. De même, les Britanniques n'ont pas perturbé cette situation, sauf dans la mesure nécessaire à leurs intérêts commerciaux, ou sur la demande des Hindous ou des Musulmans dans leurs propres matières respectives. La société en général, majoritairement rurale, n'avait que peu de contacts avec l'État. Elle n'est pas non plus passée par les phases qu'ont connues les sociétés occidentales, comme la lutte pour la suprématie entre l'Église et l'État et leur séparation consécutive en deux institutions indépendantes, comme la Réforme, la féodalité, le régime seigneurial, le mercantilisme, la création d'un État puissant, la révolution industrielle, l'impérialisme et le colonialisme, et la création d'une société civile représentant à l'origine les valeurs libérales[127]. Tous ces facteurs ajoutés à la prospérité matérielle ont rendu les sociétés occidentales conscientes de leurs droits. En l'absence de ces facteurs la société indienne n'a pas développé cette conscience[128]. Cette conscience semble être née en premier lieu chez les leaders du mouvement d'indépendance lors de leurs discussions avec le gouvernement britannique et leurs contacts avec l'Occident. Mais elle ne s'est pas infiltrée dans les masses au-delà de la volonté d'auto-détermination et de la libération du pouvoir étranger. Par conséquent, les masses sont restées ignorantes de l'idée actuelle des Droits de l'Homme. L'incorporation

124 *Cf.* p. ex. R. Thapar, *Ancient Indian social history* (1978) ; R. Thapar, *History and beyond* (2000) ; R. Thapar, *The Penguin history of early India* (2002).

125 Pour des détails, *cf.* Kane, *supra* note 13, vol. III, 56ff. ; Lingat, *supra* note 46, 207 ff. ; R. Jois, *Legal and consitutional history of India*, vol. I (1984).

126 *Cf.* Derrett, *supra* note 22, 98. *Adde.* R. Mehta, *Foundations of Indian Political thought*, 264 ff. (1992). *Adde.* J.D.M. Derrett, *Social and political thought and institutions,* in *A cultural history of India* 125 (dir. AL. L. Basham, 1975), dans lequel l'auteur observe que : « *Il n'y avait pas de conflit entre l'individu et l'État, du moins avant que les gouvernements étrangers ne s'établissent, pour la raison qu'il n'y avait pas de concept de souveraineté étatique ou de dichotomie entre les églises et l'État.* ».

127 Pour des détails sur ces développements en Occident, *cf.* Berman, *supra* note 15.

128 *Cf.* R. Kothari, *Human Rights – A movement in search of a theory*, 5 Lokayan Bulletin 17 (1987), reproduit dans *Human Rights Law*, *supra* note 2. *Adde.* A. Varshney, *Ethnic conflict and civil life* 23 (2002).

Livre Jurisprudence n°2.indb 371 08/08/2011 12:03:12

de cette idée dans la Constitution ou d'autres lois et la ratification de l'*International Bill of Rights* n'ont pas fait de différences pour elles.

Parce que l'État, jusqu'à son émancipation de la domination britannique, n'accomplissait que des fonctions limitées et que les masses n'avaient que peu de contacts avec lui, leurs affaires leur restaient confinées, et réglées peut-être davantage par les pratiques coutumières que par les normes posées dans le *dharmasastra*[129]. Ces coutumes déterminaient aussi leurs droits et devoirs. Tout écart de ces coutumes suscitait des sanctions sociales et mis à part dans de rares cas, était réglé par la pression sociale et non par un procès. Si la pression sociale n'était pas efficace à l'égard d'une personne, principalement en raison de sa position très faible dans la société, étaient invoqués les pouvoirs divins qui puniraient le contrevenant soit dans cette vie, soit dans la prochaine[130]. Présenté de manière succincte, il s'agit du contexte dans lequel l'État indien après son émancipation de la domination britannique prît la responsabilité de protéger les droits des citoyens sur le modèle occidental. Naturellement, dans ce contexte, les masses n'avaient qu'une petite idée de ces droits ou considéraient l'État comme leur créateur ou protecteur et non comme leur violateur potentiel. L'État leur apparaissait comme le garant de leurs droits dans la société. En Occident au contraire, depuis la *Magna Charta* jusqu'à la *Bill of Rights* en passant par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen française ou la Déclaration des Droits américaine, des composantes privilégiées de la société ont revendiqué leurs droits contre l'État. La position de l'individu vis-à-vis de l'État en Inde est exactement le contraire de celle en Occident. L'individu en tant que personne privilégiée ne demande pas à l'État de s'abstenir de perturber ses privilèges, mais, à l'image des souverains anciens versés dans le *dharma* les créateurs de l'État indien ont décidé de restituer son dû à l'individu. Ils ont décidé que l'État devait non seulement s'abstenir d'interférer dans son autonomie et sa dignité, mais aussi devait prendre des mesures positives pour assurer son autonomie et sa dignité.

Ainsi, la réalisation des Droits de l'Homme en Inde n'est pas tant une question de revendication individuelle contre l'État qu'une responsabilité de l'État. Que l'individu revendique ou non ses droits, l'État doit les lui procurer.

L'État doit savoir que les citoyens ont des droits, indépendamment du fait qu'ils les revendiquent ou non, et doit les respecter non seulement en s'abstenant de les violer mais aussi en les garantissant à chacun et à tous par une action positive. Ce n'est pas seulement un devoir de l'État basé sur un principe de moralité, sur la justice ou sur le droit international, mais c'est avant tout une obligation constitutionnelle[131]. L'État et son administration doivent être conscients de cette obligation de manière bien plus forte que les masses sont conscientes des possibilités de revendications. Bien sûr une telle conception des droits de l'Homme peut ne pas correspondre aux théories des Droits en Occident, mais elle est pleinement dans l'esprit de la tradition indienne selon laquelle l'État est soumis à son *dharma* et doit l'observer. S'il ne le fait pas, son existence est injustifiée et il doit être remplacé. Il n'est pas nécessaire d'invoquer la tradition pour cela parce que la Constitution est la loi qui assujettit l'État. Cette façon de comprendre les Droits de l'Homme, néanmoins, soulève des questions : Premièrement, pourquoi l'État devrait-il se soucier des droits des citoyens s'ils ne les revendiquent pas ? Deuxièmement, que peuvent faire les justiciables si l'État ne respecte pas leurs droits ? Ces questions sont importantes et doivent trouver une réponse. Ma position n'est pas que les citoyens peuvent s'endormir sur leurs droits et qu'il importe peu qu'ils les revendiquent ou non. Cela importe. La vigilance est le prix de la liberté. Ils doivent être vigilants et faire savoir à l'État qu'ils se soucient de leurs droits et qu'ils ne le laisseront pas les leur refuser ou restreindre. Ils doivent être

129 *Cf.* MENSKI, *supra* note 14, estimant que les gens étaient gouvernés plutôt par la *sadachara*, ce qui signifie la coutume, que par le *dharmasastra*.

130 *Cf.* KHARE, *supra* note 9.

131 *Cf.* Constitution of India, 1950, *inter alia* Parties III, IV, IVA & XVI.

Livre Jurisprudence n°2.indb 372 08/08/2011 12:03:12

prêts tant pour une action juridique que pour une action politique si l'État essaie de leur retirer leurs droits. Comme les masses en Inde n'ont pas suffisamment conscience de leurs droits ni les moyens de faire respecter leurs droits, la vigilance juridique seule n'est pas et ne peut être suffisante et efficiente. La légalité est la condition *sine qua non* de la règle de droit, mais cela ne signifie pas qu'elle soit atteinte uniquement par des actions en justice ; elle nécessite en outre une attention de l'État et une action politique. La règle de droit elle-même est le produit et la dépendance de l'action politique. En Inde, il est clair que la Constitution sanctionne politiquement plutôt que juridiquement l'action pour la réalisation des Droits, du moins des droits sociaux et économiques. La tradition indienne, qui parle des devoirs et de la justification de l'État seulement dans des termes de bien-être de la population, peut aussi être invoquée au soutien de la Constitution pour l'action politique[132]. Une telle action est de loin plus efficace, pour la création de la conscience des droits et des conditions de leur réalisation, que l'action juridique.

Mais puisque tout le monde n'est pas en position de réaliser une action politique, la question des droits ne peut être laissée à la contingence d'une telle action. Chaque personne doit être en position de défendre ses droits à tout moment. C'est pourquoi une action individuelle efficace doit aussi être à la disposition de chacun. L'action politique, néanmoins, reste une condition première, y compris pour la possibilité d'une action individuelle. Elle alerte l'État sur les dangers de toute infraction contre les droits. L'action politique est aussi requise pour la réalisation des Droits de l'Homme en Inde selon la stratégie occidentale d'action en justice parce qu'en premier lieu, les juridictions sont aussi une partie des rouages de l'État et doivent être sensibilisées aux droits des personnes et, en second lieu, les juridictions existantes sont réellement inadéquates et incapables d'assurer la réalisation des droits[133].

De plus, contrairement à l'Occident dans lequel les gens en général ont atteint un niveau de bien-être économique et social qu'ils doivent défendre et promouvoir au moyen des droits civils et politiques, en Inde, la plupart des violations de ces droits surviennent en raison de l'absence d'un tel bien être. Pour cette raison, en Inde, la question n'est pas de savoir si les droits sociaux et économiques sont des droits fondamentaux mais si les conditions premières de la réalisation de tels droits existent. Tant que ces conditions n'existent pas les violations de ces droits ne peuvent être sanctionnées. Ces violations ne sont pas tant le fait de l'État que celui d'éléments puissants et privilégiés au sein de l'État. Les droits de la population doivent être protégés plus contre ces éléments que contre l'État. Une telle protection ne peut être assurée juste en empêchant l'État d'interférer dans les affaires des individus ; elle demande une action positive de l'État, non seulement par le contrôle de chaque individu mais aussi par son renforcement. Le décompte des violations des Droits de l'Homme en Inde est un indicateur clair que le renforcement des faibles et des vulnérables est la clef de l'amélioration de la situation des Droits de l'Homme. Un tel renforcement n'est pas possible sans le soutien et l'action de l'État. Par conséquent, il n'y a que peu de matières desquelles l'État doit rester à l'écart ; il y en a beaucoup plus dans lesquelles une action positive de l'État est nécessaire. Tant que l'État ne prend pas la responsabilité d'engager de telles actions la situation des Droits de l'Homme ne peut s'améliorer. Cela ne signifie pas que l'État doive être laissé libre de faire ce qu'il souhaite ou que les individus doivent être rendus complètement dépendants de l'État. Il faut que les individus et l'État dans une étroite collaboration trouvent ensemble une stratégie qui assure le renforcement des faibles et des vulnérables et aussi pro-

132 *Cf.* les ouvrages cités dans le texte de la note 121 pour la justification de l'État dans la tradition indienne.

133 *Cf.* p. ex. Conrad déplorant que l'Inde n'a pas réuni les conditions essentielles d'un État de droit parce qu'elle n'est pas dotée de suffisamment de juridictions pour la mise en œuvre de la loi, Conrad, *Zwishen den Traditionen*, *supra* note 87, 135ff.

Livre Jurisprudence n°2.indb 373 08/08/2011 12:03:12

tège du mauvais usage que pourrait faire l'État de ses privilèges et de ses pouvoirs. Il faudrait un État comme celui que Gandhi avait envisagé avant l'indépendance comme n'étant pas seulement le résultat d'un transfert de pouvoir d'un souverain à un autre, mais un État qui prenne soin de ses citoyens. Ce n'est pas un argument pour une quelconque nouvelle théorie des Droits de l'Homme, mais un effort pour comprendre les raisons de la mauvaise situation actuelle des Droits de l'Homme en Inde et pour trouver des solutions adéquates. Le renforcement des faibles au moins par la satisfaction de leurs besoins vitaux est la première des solutions, qui ne peut être apportée juste par une stratégie d'action en justice mais requiert que l'État comprenne qu'il doit prendre certaines mesures positives.

Parce que la morale est la base de tous les droits, tous les droits nécessitent une justification morale[134]. Une revendication qui n'aurait pas une telle justification ne pourrait acquérir le statut de droit. La tradition ne peut fournir de fondement moral dans les moindres détails pour tous les droits que nous avons aujourd'hui, mais elle en procure les germes pour la plupart d'entre eux, si ce n'est tous. La morale a été la base de tous les droits et devoirs dans les traditions exprimées dans des textes religieux, des écrits philosophiques ou autres. Le *dharma* dans la tradition indienne, soutenu par les traditions islamiques et chrétiennes, qui l'ont rejoint plus tard, a créé la base morale pour les droits exprimés en langage juridique aujourd'hui. Dans le cadre d'une tradition chevillée à la société comme c'est le cas en Inde, le langage de la morale est plus facilement reçu que le langage de la loi ou des droits. Pour cette raison, la morale doit aussi être convoquée pour améliorer la situation des Droits de l'Homme. Tout un chacun, et plus particulièrement l'État et son appareil, tout comme les privilégiés et les puissants dans la société, doivent se voir rappeler leurs obligations morales envers les masses sous-privilégiées et dépossédées. C'est pourquoi les hommes cités ci-dessus ont fait davantage pour assurer les droits des personnes que n'importe quelle déclaration des droits et sa mise en œuvre.

Parmi eux, Gandhi, en tant que meneur politique à la tête du mouvement d'indépendance, et d'homme visionnaire de l'Inde future, a proposé, entre autres, le concept de *trusteeship* dans lequel les riches possèdent les ressources matérielles de la société par un *trust* au bénéfice des démunis et non pour leur intérêt propre et leur profit[135]. D'autres ont exhumé des bases morales similaires dans la tradition pour déraciner les discriminations fondées sur le sexe ou la naissance et d'autres injustices sociales. Dans la société indienne, où l'État moderne est venu sur le tard, et est coupé des masses, les obligations morales interpellent davantage que les obligations légales. Même si les standards moraux de l'homme moyen peuvent ne pas être très élevés, ils jouissent d'une meilleure place que les standards légaux. Pour le quidam, les devoirs moraux de compassion, vérité, non-violence, non atteinte à une personne ou à la propriété d'autrui, ou encore le soutien et l'aide aux nécessiteux, tout comme les vertus saluées par la tradition, interpellent davantage que la plupart des obligations légales dénuées d'une telle base morale. Le devoir moral peut aussi être fortifié par les croyances religieuses que les bonnes actions dans cette vie conduisent à la *moksha* ou à un meilleur statut dans la vie suivante. L'argument de la morale n'est, toutefois, pas un substitut à la légalité ; il en est un complément pour la réalisation des Droits de l'Homme en Inde.

Finalement, bien que les Droits de l'homme aient été originairement conçus comme une protection contre la tyrannie de la majorité même dans une démocratie constitutionnelle, l'ultime espoir pour ces droits réside dans le processus démocratique. En apparence l'Inde est perçue comme un État majoritairement hindou, mais les Hindous ne forment pas un bloc monolithique, et la religion n'est pas la base des minorités et majorités politiques. L'Inde est souvent décrite comme un pays ne comptant que des minorités[136]. Il y a d'autres liens plus forts que la religion qui

134 *Cf.* R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977) ; *Theories of rights*, *supra* note 81 and *The law,* 92 ff. (1990).

135 *Cf.* Conrad, in *Comparative constitutional law*, *supra* note 77, 51f.

136 S. Tharoor, *India* 112 (1997).

Livre Jurisprudence n°2.indb 374 08/08/2011 12:03:12

divisent les Hindous et parfois les met en situation d'identité avec les non-Hindous. Même si parfois il semble que les majorités politiques se font en fonction de considérations religieuses, les enquêtes et les recherches en sciences politiques prouvent qu'en la matière, les considérations sociales et économiques sont plus importantes que la religion[137]. Comme la majorité des gens dont les droits sont le plus fréquemment violés sont pauvres et défavorisés, le processus démocratique est l'arme la plus puissante et la plus prometteuse pour la protection de leurs droits. Seule une démocratie saine peut assurer que les privilégiés et les puissants n'exploitent pas l'État et son administration pour servir leurs intérêts particuliers ; comme Rawls le suggère, une saine démocratie est aussi la meilleure assurance dans la détermination des priorités et des contenus des droits et de la justice[138].

Depuis l'adoption d'une politique économique libérale en Inde au début des années 1990 et plus particulièrement depuis le début de ce nouveau millénaire, la richesse globale du pays a considérablement crû. Cette croissance est largement attribuée à la dérégulation et au transfert de l'activité économique au secteur privé. Elle a conduit beaucoup de monde à croire que l'absence ou la réduction de la régulation étatique allaient automatiquement assurer de meilleures conditions de vie et par conséquent la réalisation des Droits de l'Homme. Cela peut être vrai dans certains autres pays mais non en Inde où, comme nous l'avons déjà relevé, les violations des Droits de l'Homme sont plus le fait des personnes privées que de l'action de l'État. En matière d'éducation ou d'emploi privés, par exemple, dans la configuration sociale et économique actuelle, ces deux secteurs sont contrôlés ou dominés de manière non équitable par certaines parties de la société, à l'exclusion totale, ou du moins importante, de beaucoup[139]. Des suggestions destinées à ce que pour la compétitivité de ces secteurs, et, au final, pour l'économie nationale, l'État doit les laisser sans régulation, sauf par celle des forces du marché, pourraient être séduisantes à la lumière de notre expérience de toutes sortes de pénuries subies pendant la période de contrôle étatique de l'économie. Mais nous ne devons pas oublier que les Droits de l'Homme ne sont pas tous en relation avec la richesse globale d'un pays ou du monde. Ils concernent la dignité de chacun et de tous dans la société[140]. L'Inde est connue pour sa répartition inéquitable de l'éducation et des emplois basée sur la place de chacun dans la hiérarchie sociale. Ce fait n'a pas considérablement changé malgré l'injonction constitutionnelle contraire. Selon l'esprit et la lettre de la Constitution ainsi que selon les Droits de l'Homme, l'État doit prendre des mesures appropriées pour contrer ce déséquilibre et assurer les Droits de l'Homme pour tous.

Conclusion

Dans l'optique de notre croyance partagée qu'un régime universel des Droits de l'Homme conduira à la création d'une société dans laquelle chacun de nous vivra dignement et aura la possibilité d'atteindre son optimum, chacune des étapes vers la réalisation de ce but est importante. En Inde, l'État, d'innombrables associations, groupes et individus sont sérieusement investis pour la réalisation de ce but. Ce but, néanmoins, n'est pas encore en vue. Pourquoi ? Deux types de réponses viennent à l'esprit. Premièrement, la tradition indienne n'est pas compatible avec l'idée des Droits de l'Homme. Deuxièmement, le modèle occi-

137 Pour une étude récente, *cf.* A.K. JHA, *NDA on a slide*, in *India Today*, 28 (25 août 2003). Des conclusions similaires ont été tirées à propose des élections de l'Assemblée Législatives d'avril-mai 2006.

138 J. Rawls, *Political liberalism* (1993).

139 En avril-mai 2006 des débats, plutôt violents, ont tourné autour de la décision du gouvernement central de réserver des places dans l'enseignement supérieur pour les classes défavorisées. Des discussions ont aussi été menées autour de mesures similaires dans les emplois du secteur privé. [NDT*: de telles mesures existent de longue date dans la fonction publique indienne, cf. les ouvrages de David Annoussamy, supra note 22].*

140 Sur cela, *cf.* J. Stiglitz, *Globalization and its discontents* (2002), *Making globalization work* (2006) et sa conférence publiée in *the Hindu*, 5 janv. 2007, 12.

Livre Jurisprudence n°2.indb 375 08/08/2011 12:03:12

dental des Droits de l'Homme ne doit pas être transposé en Inde. Ces deux réponses sont interconnectées.

Sans qu'il soit question de développer un modèle, ce que j'ai essayé ailleurs[141], j'ai examiné la tradition indienne à la lumière du modèle actuel tel que reflété par l'*International Bill of Rights*. La tradition indienne est, toutefois, si complexe que toute description ne peut être exempte de controverses. Pour donner moins de prise aux controverses, je me suis surtout limité à la tradition ancienne telle qu'elle nous est parvenue par les textes du *dharmasastra*. Ces textes ne constituent pas un livre ou un ensemble de livres, mais d'innombrables livres écrits sur une longue période de temps, de plus de quatre mille ans, dans différentes parties du pays, du nord au sud et d'est en ouest. C'est une tâche énorme que de tirer une tradition uniforme de cela. La seule force unificatrice est l'autorité des *Vedas* que cette littérature reconnaît. La reconnaissance des *Vedas* comme autorité suprême, associée à d'autres facteurs, notamment géographiques, lui donne son identité. Les autres civilisations anciennes, en particulier les Grecs, à un certain moment de l'histoire, ont nommé cette civilisation « Hindoue », parce qu'elle se déployait autour et à l'est de la rivière *Sindhu* (*Indus*). Alors qu'à l'origine, et pendant longtemps, le mot « Hindou » a désigné toute personne dans une certaine aire géographique, sans égard pour sa religion, y compris les Jaïns et les Bouddhistes, ou sans égard pour leur idéologie comme les *Charvaka* et les *Lokayata*, et même bien après l'entrée de l'Islam en Inde, il a commencé, peut-être autour du quinzième siècle, à acquérir une connotation religieuse, comme moyen de distinguer entre les fidèles de l'Islam et les autres. Cette distinction a été consacrée dans la loi pendant la domination britannique à partir de la fin du dix-huitième siècle, qui a divisé les autochtones entre Hindous et Musulmans, et les autres comme britanniques ou européens. Comme le fossé entre les Hindous et les Musulmans s'est creusé pendant la domination britannique à partir du début du vingtième siècle, pour conduire à la division du pays, l'usage du mot « Hindou » est maintenant lié à une communauté. Pour cette raison, j'ai évité son usage même s'il est mentionné deux fois dans une des dispositions de la Constitution[142]. Tout comme la tradition préislamique de l'Inde regroupait plusieurs sous-traditions, la tradition actuelle de l'Inde reconnaît aussi, et doit reconnaître, comme elle l'a fait dans le passé, l'existence d'autres sous-traditions, dont l'Islam et le Christianisme.

La tradition préislamique et préchrétienne qui donne à l'Inde une place unique parmi les principales traditions du monde a certainement plusieurs caractéristiques notables, mais il n'y en a que peu qui sont pertinentes pour notre propos. Sa caractéristique la plus pertinente et la plus saisissante, est l'absence de tout dogme ; la liberté pour chaque individu de décider ce qu'il considère de mieux pour lui-même ; la liberté pour chaque individu de dire ce qu'il considère bon pour le reste de la société et même la liberté de reconnaître ou dénier l'existence de Dieu ou de tout autre pouvoir surnaturel. Même dans sa croyance en Dieu elle « *croit en une évolution de notre connaissance de Dieu* »[143]. Elle « *ne distingue pas les idées sur Dieu entre les vraies et les fausses, et n'adopte pas une idée particulière d'un standard pour l'entière espèce humaine* »[144]. Étant si libérale et si ouverte à l'évolution, la tradition indienne ne peut fermer ses portes à l'idée de Droits de l'Homme parce qu'elle vient de l'Occident. Priyanath Sen résume son idéal dans les mots suivants : « *Le soleil se lève à l'est et poursuit sa course vers l'ouest, et c'est la même lumière qui illumine le monde entier ; des observateurs sourcilleux pourraient penser que « l'est est l'est, et l'ouest est l'ouest, et que les deux ne se rejoindront jamais », mais une recherche plus approfondie dans les institutions de différents pays révèle que c'est la même raison universelle qui imprègne tout l'univers, et qui est de l'essence du monde entier* »[145].

141 *Cf.* M.P. Singh, *Ashoka Thakur v. Union of India : a divided verdict on an undivided social justice measure*, 1 Nujs Law Review 193 (2008), pour des développements sur ce point.

142 Consitution of India, 1950, art. 25 (b) et Explanation II.

143 Radhakrisnan, *supra* note 24, 24.

144 *Id.*

145 *Cf. supra* note 49, 378.

Livre Jurisprudence n°2.indb 376 08/08/2011 12:03:12

Tant que la conception actuelle des Droits de l'Homme peut propager sa vision d'une société meilleure, la tradition Indienne ne lui barre pas la route, et ne doit pas la lui barrer. Cela est évident au vu de l'incorporation d'une telle conception dan la Constitution indienne et dans la ratification par l'Inde de l'International Bill of Rights et d'autres conventions sur les Droits de l'Homme.

Il reste, toutefois, que cette incorporation et que cette ratification de l'idée des Droits de l'Homme n'a pas encore produit les résultats escomptés. Ce n'est pas que les résultats en la matière ne se sont pas améliorés depuis la période précédent l'indépendance, mais ils n'ont pas été capables de conserver l'espoir et la détermination dans leur mise en œuvre, avec lesquels l'idée avait été lancée. Pour ces raisons, naissent des questions sur le point de savoir si les Droits de l'Homme dans leur présentation actuelle conviennent à la tradition indienne ou s'ils nécessitent des modifications ou une substitution à la lumière de notre tradition et de notre expérience. Quasiment personne ne soutient l'idée que la notion doive être complètement remplacée. Mais dès l'origine, en lien avec Gandhi, des gens ont lancé l'idée de mettre l'accent sur les devoirs à côté ou à la place des droits. Cette idée n'est pas si étrange ou contraire à l'idée actuelle des Droits de l'Homme si elle est comprise dans l'esprit dans lequel elle était exprimée dans l'ancienne tradition indienne. Elle impose des devoirs et des responsabilités plus lourds sur les dirigeants et les classes privilégiées de la société que sur les autres. « *Plus haut placé est l'homme, plus restreints sont ses droits et plus nombreux sont ses devoirs* »[146]. Ainsi, le grand avocat des Droits de l'Homme, Palkhivala, a soutenu devant la Cour suprême qu'en Inde l'homme du peuple avait plus besoin des droits fondamentaux que l'homme riche et puissant[147]. L'homme riche et puissant a des ressources pour faire valoir ses droits dont l'homme du peuple manque. Ici réside la différence dans la perception des Droits de l'Homme dans la mentalité indienne. Premièrement, contrairement à leurs premiers développements en Occident, les Droits de l'Homme en Inde n'ont pas été réclamés par et au profit des privilégiés ; et deuxièmement, mis à part pendant la domination britannique, ils n'ont pas semblé ou été menacés par l'État ou par les parties privilégiées de la société[148]. C'est cette partie privilégiée de la société, soit dans, soit en dehors de l'État qui continue de méconnaître les Droits de l'Homme de la masse. Cette partie exploite aussi le modèle actuel des Droits de l'Homme sans avantage, sans égards, ou contrairement aux Droits de l'Homme des masses[149]. Pour cette raison, les points d'interrogations sur le modèle actuel des Droits de l'Homme ne sont pas infondés. Peut-on concevoir un modèle pour l'Inde, qui, au lieu ou en plus de droits individuels impose des devoirs légalement sanctionnés à l'État ou à d'autres corps agissant au nom de l'État ? La question requiert une attention urgente au vu de la privatisation et de la globalisation créant des risques imminents d'exploitation des faibles par les forts[150]. La réponse à cette

146 Radhakrishnan, *supra* note 24, 84.

147 Je ne parviens pas à retrouver la source de cette argumentation, mais si je me souviens bien elle a été tenue dans *Minerva Mills v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789. *Adde* S. J. Sorabjee, *Palkhivala and the Constitution of India* (2003) 4 *Supreme Court Cases (Journal)* 34.

148 *Adde.* H. Kabir, *Human Rights : The Islamic tradition and the problem of the world today*, in *Human Rights* (Unesco), *supra* note 12, 191 ff.

149 Même les litiges d'intérêt public nés au bénéfice des faibles et des opprimés sont maintenant monopolisés par les intérêts des grands et des puissants. [NDT : *Les litiges d'intérêt public constituent un élargissement considérable de l'intérêt pour agir. Ainsi que l'écrit D. Annoussamy, Le droit indien en marche, Vol. 1, Société de législation comparée, 2001, p. 132 : « les cours supérieures permettent à toute personne de bonne foi, animée par un intérêt public certain, de saisir la cour pour faire cesser une injustice ou un tourment que les victimes n'ont pas les moyens ou même pas l'idée de porter devant les tribunaux ».*] *Cf. ex aliis* les articles de Parmanand Singh, *Access to justice : public interest litigation and the Supreme Court*, 10 &11 *Dehli law review* 156 (1981-82). *Cf.* U. Baxi, *From Human Rights to the right to be Human : some heresies*, in *Rethinking Human Rights* (ss. La dir. De S. Kothari & H. Sethi, 1989).

150 G. Austin, *Working a democratic constitution* 667 (1999) : l'auteur note justement que le capitalisme en Inde est à une étape dans laquelle il y a beaucoup d'exploitation et que « *dans une société de subsistance, sans filets de sécurité, les travailleurs licenciés ne peuvent être oubliés, et la libéralisation économique doit être accompagnée par la sécurité dans*

Livre Jurisprudence n°2.indb 377 08/08/2011 12:03:12

question ne réside pas seulement dans la campagne pour la prise en compte des droits des individus[151].

La tradition indienne doit être étudiée précautionneusement et méticuleusement du point de vue des Droits de l'Homme, si ce n'est à partir de ses sources originales au moins à partir de travaux comme l'*History of Dharmasastra* de Kane et d'autres matériaux sur l'histoire de la société en Inde[152]. De telles études sont plus pertinentes aujourd'hui qu'à n'importe quelle autre époque parce que de fausses assertions sont avancées et diffusées à propos de la tradition, à cause de l'ignorance de celle-ci. Une étude sérieuse ne peut soutenir les discriminations basées sur la naissance et la pratique de l'intouchabilité comme elles ont pu l'être. Une grande partie de ce qui est colporté à propos de la tradition se trouve en réalité être dénué de fondement et une large part peut être expliquée dans le contexte de changements sociaux, historiques et politiques. Le *Dharmasastra* dit expressément que « *l'on ne doit pas observer, mais abandonner ce qui a été considéré comme le* Dharma *s'il devient détestable pour la population et s'il doit conduire au malheur* »[153]. Aujourd'hui la tradition indienne n'a pas besoin de se protéger en réaction à une domination étrangère ; elle a sa propre souveraineté, le *swaraj*. Le système du *Varna* était une classification des fonctions non intrinsèquement contraire à l'égalité[154]. « *L'on devient un brahme par ses actions et non par sa famille ou sa naissance ; même un* candala *est un brahme si sa personnalité est pure* », dit Manou[155]. « *La conduite importe et non la naissance* »[156]. Le *Mahabharata* donne des détails : « *un homme est reconnu comme un brahme lorsque l'on voit en lui de la sincérité, de la générosité, l'absence de haine, l'absence de méchanceté, de la pudeur (se contenir pour éviter de mal faire), de la compassion, et une vie d'austérité ; si ces signes sont observés chez un* sudra *et ne se retrouvent pas chez un brahme, alors le* sudra *n'est pas un* sudra *(il ne doit pas être traité comme un* sudra*) et le brahme n'est pas un brahme* »[157]. De même, l'intouchabilité était à l'origine en lien avec l'impureté des actes, et non avec la naissance[158]. L'appétence de la tradition pour la rationalité doit être soulignée et utilisée pour en retirer tout ce qui est irrationnel.

Vue dans cette perspective la tradition indienne n'est pas seulement réceptive à toute notion de Droits de l'Homme, mais peut aussi enrichir cette notion. Mettant en garde contre l'universalisme de la conception occidentale de Droits de l'Homme, Panikkar attire l'attention sur une nouvelle vision des Droits de l'Homme basée sur la tradition indienne. Il écrit : « *Les Droits de l'Homme ne sont pas seulement humains. Ils concernent également tout le ballet cosmique de l'univers, dont même les Dieux ne sont pas absents. Les animaux, les êtres sensibles et les créatures que l'on suppose inanimées sont aussi impliqués dans les interactions concernant les droits 'de l'homme'. […] Si beaucoup de cultures traditionnelles sont centrées sur Dieu, et quelques autres sont fondamentalement cosmocentriques, la culture qui a dégagé la notion de Droits de l'Homme est sans hésitation anthropocentrique. Peut-être pourrions-nous maintenant être prêts pour une vision cosmothéandrique de la réalité dans laquelle le Divin, l'Humain et le Cosmique seraient intégrés dans un*

l'emploi et la santé, et encore d'autres protections pour les salariés dans le secteur privé. ».

151 Sur ce sujet, *cf.* p. ex. KHARE, *supra* note 9 ; Pandeya, *supra* notre 9. Alors que le premier attribue en partie la non-réalisation des droits à l'absence de conscience de ces droits, le second l'attribue à la tradition indienne.

152 Pour un résumé de ses principes fondamentaux et de la discipline nécessaire à son étude, *cf.* KANE, *supra* note 163, Vol. V, Part. II, 1613ff. DERRETT, un connaisseur averti de la jurisprudence de l'Inde ancienne, se lamente sur le fait que les chercheurs indiens n'ont pas entrepris l'étude des anciens matériaux aussi sérieusement qu'ils auraient dû le faire. Il souligne l'importance de ces matériaux la compréhension et le développement du pays et exhorte les chercheurs indiens à s'y atteler. *Cf.* D. M. DERRETT, *Religion, law and state in India* 20ff. (1968).

153 KANE, *supra* note 13, vol. V? part. II, 1629.

154 CONRAD, *Zwischen den Traditionen*, *supra* note 87, 381 ff.

155 RADHAKRISHNAN, *supra* note 24, 86. [NDT : Un candala est l'enfant d'une Brahme et d'un sudra, un homme de la plus basse caste, rejeté comme impur car issu d'une union réprouvée].

156 *Id.*

157 KANE, *supra* note 13, Vol. V, part. II, 1636.

158 *Id.* Vol. II, part. I, 165ff.

Livre Jurisprudence n°2.indb 378 08/08/2011 12:03:12

tout, plus ou moins harmonieux en fonction de l'accomplissement de nos véritables Droits de l'Homme »[159].

La tradition indienne ne revendique pas une supériorité sur d'autres traditions. Elle ne fixe pas non plus des standards pour les autres traditions. Ce n'est pas en raison d'une quelconque pauvreté ou faiblesse dont elle aurait à souffrir, mais en raison de son éternel esprit de liberté qu'elle n'est jamais sûre d'avoir raison[160]. Toute tradition qui manque de cet esprit ne peut constituer une base solide pour des Droits de l'Homme universels[161]. La tentative d'universaliser les Droits de l'Homme doit, pour cette raison, être basée sur la *Weltanschauung* qui prend en compte toutes les traditions et les besoins de tout le monde[162]. De même toutes les traditions du monde sans déraciner leurs cultures et abandonner toutes les solutions possibles relativement à leurs problèmes relatifs aux Droits de l'Homme doivent être ouvertes à être une partie de la *Weltanschauung*[163]. Au lieu d'être effrayées par les autres, elles doivent s'inspirer de l'esprit d'unité pour la cause commune de l'humanité, qui est également chère à toutes[164]. En présentant une différente perspective sur les Droits de l'Homme, comme cela a pu être souligné, l'Inde ne dévie en aucune manière de la voie des Droits de l'Homme, mais les renforce plutôt.

159 Panikkar, *supra* note 42, 98, 102.

160 J'emprunte cette expression à *Spirit of liberty* de Learned Hand.

161 C'est un des messages de Panikkar, *supra* note 42.

162 *Cf.* U. Baxi, *The future of Human Rights* (2005) pour les conséquences attachées au fait de négliger cela. [NDT : Weltanschauung *est en allemand dans le texte : ce terme signifie la conception du monde d'une personne ou d'une culture*.].

163 Dans le contexte de la tradition indienne et de sa pertinence pour la réalisation des Droits de l'Homme, *cf.* les commentaires pénétrants de Kothari, *supra* note 128, 26-27 : « *Il est important de comprendre que la conception occidentale de la société civile (qui émerge après plusieurs siècles de luttes intellectuelles, territoriales et économiques) suppose une société homogène et, lorsqu'un degré satisfaisant d'homogénéité n'existe pas, l'État doit le créer. C'est une situation dans laquelle une telle conception de l'État se montre hostile à la grande diversité qui définit notre identité nationale. […] Pour nous, la création d'une société civile est la tâche des dirigeants des diverses entités sociales et culturelles – tous en coopération et en communion, pour faire émerger les traditions existantes et toujours vivantes d'unité, de mutualité, et de résolution des différends et conflits – en bref les traditions d'une collectivité démocratique qui est nôtre et sur laquelle nous devons la construire dans un contexte de changement historique. […] Pour que cela se réalise, il faudra renoncer à la fois au centralisme étatique et à son origine occidentale, être pertinents par rapport à la tâche fondamentale de la construction d'une société civile qui est enracinée dans la constellation sociale et écologique unique de l'Inde, et, dans cette perspective, développer une stratégie globale. Mais, en premier lieu, il faut développer une théorie politique pertinente de la transformation démocratique qui peut fournir les bases pour un mouvement dans une configuration sociale radicalement différente que ce que l'on peut obtenir en Occident ; la théorie importée des Droits de l'Homme s'est déjà montrée contre-productive* ».

164 R. Tagore, *Letters to a Friend* (1928), cité dans Sen, *Development as freedom, supra* note 3, 242 : « *Cet esprit trouve son expression par ces mots de Tagore : «* Tout ce que nous comprenons et apprécions dans les productions de l'Homme devient nôtre instantanément, d'où qu'elles aient leur origine. Je suis fier de mon humanité quand je peux reconnaître les poètes et artistes d'autres pays que le mien. Laissez-moi sentir cette joie profonde que toutes les grandes gloires de l'Homme sont miennes » ». *Adde* W. Halfbass, *India and Europe* (1981) pour une vue similaire sur la tradition indienne.

Livre Jurisprudence n°2.indb 379 08/08/2011 12:03:12

Achevé d'imprimer en juillet 2011
Imprimerie des Deux-Ponts
F-38320 BRESSON
Dépôt légal: juillet 2011

Livre Jurisprudence n°2.indb 382 08/08/2011 12:03:13