

Théories du genre et théorie du droit

STÉPHANIE
HENNETTE-VAUCHEZ
Droit public, Paris Ouest
Nanterre La Défense,
chercheuse au CREDOF
(EA3933)

CHARLOTTE GIRARD
Droit public, Rouen,
chercheuse au CREDHO-
DIC (EA1305)

Les théories du genre montent en puissance, nous dit-on. En effet, en histoire¹, en anthropologie, en sociologie et science politique², en philosophie (...), elles acquièrent droit de cité. Mais des résistances subsistent. Au cours des derniers mois une intense polémique³ s'est développée en France, après que des manuels de sciences de la vie et de la terre eurent repris la formule de Simone de Beauvoir selon laquelle « on ne naît pas femme, on le devient ». Ce qui a déclenché une salve de critiques, d'inquiétudes et de protestations⁴.

Certaines disciplines demeurent à l'écart de ce mouvement ; parmi elles, singulièrement, le droit⁵. Cette position particulière des facultés de droit par rapport à la théorie féministe peut sans doute s'expliquer par une défiance partagée par le monde juridique français vis-à-vis de la théorie critique en général⁶. Elle est néanmoins regrettable. C'est à

1. Voir, pour une publication de référence, la monumentale *Histoire des Femmes en Occident* en 5 tomes de Georges Duby et Michelle Perrot en 1990-1991, Paris, Plon.
2. Voir les enquêtes de sociologie politique de Catherine Achin, Delphine Dulong, Sandrine Levêque, etc. pour arriver jusqu'à l'ouvrage le plus récent *Introduction aux Gender Studies* de Laure Bereni, Alexandre Jaunait et al., De Boeck Supérieur, 2008.
3. Voir notamment la pétition « Enseigner le genre : contre une censure archaïque », portée par l'Institut Émilie du Châtelet sur le genre, le sexe et les femmes et publiée dans *Le Monde*, 14 juin 2011.
4. Exprimées notamment par Mme C. Boutin, M. C. Vanneste, etc.
5. Voir en ce sens les observations qui figurent dans le recensement effectué en 2001-2002 à l'initiative du ministère de l'Éducation nationale : <http://lplm.fr/spip/spip.php?article1146>
6. On parle ici de défiance contemporaine – sans méconnaître l'importance du mouvement Critique du Droit porté, dans les années 1970, par Michel Miaille et Antoine Jeammaud notamment. Voir l'intervention de ce dernier à la conférence *Franco-American Legal Influences, Then and Now*, tenue les 12 et 13 juin 2011 à la Harvard Law School : http://portail.univ-st-etienne.fr/servlet/com.univ.collaboratif.util.LectureFichiergw?CODE_FICHIER=1315560605277&ID_FICHE=122148077794. Voir aussi Michel Miaille, « La critique du droit », *Revue droits et sociétés*, n°20-21, 1992, p. 76 : « La pensée critique est celle qui ne se satisfait pas de la seule contemplation du réel tel qu'il

partir de cette hypothèse que le projet REGINE⁷ a récemment été lancé. S'inscrivant dans l'héritage de l'approche critique du droit, il entend explorer et développer la critique féministe du droit de deux manières : d'une part, en faisant connaître la théorie féministe du droit qui constitue aujourd'hui un *corpus* théorique important, essentiellement anglo-américain, et d'autre part en passant différents pans du droit français au crible d'une telle analyse.

L'hypothèse selon laquelle l'universalisme proclamé ou affiché de la règle de droit n'est le plus souvent ni réalisé, ni voulu est un des postulats centraux de l'approche critique du droit. La critique est ici adressée non seulement à l'effectivité du droit mais aussi, plus fondamentalement, à sa structure. Il s'agit en fait de prêter attention non seulement aux effets constitutifs et inclusifs de la règle de droit (elle fait exister ce/ceux qu'elle nomme⁸), mais aussi à ses effets exclusifs⁹. En ce sens, la règle de droit crée aussi du « hors-droit », une sphère dans laquelle elle rejette implicitement mais nécessairement tout ce/tous ceux qui ne correspondent pas aux marqueurs raciaux, culturels, religieux et de genre, le plus souvent implicites, sur lesquels elle prend appui. L'idée sous-jacente est que le genre en droit et dans la recherche juridique, tout autant que la race et les classes, constitue un impensé nécessaire qui vise à écarter tout ce qui pourrait conduire à remettre en cause un dispositif de domination ici organisé en la forme juridique. Dès lors, une autre manière d'exprimer cette approche critique serait d'étudier le droit non seulement pour ce qu'il dit mais aussi pour ce qu'il ne dit pas, ou pour celles des expressions qu'il réduit au silence, nous obligeant ainsi à envisager un travail de dévoilement de ce qui « est là » mais de manière

se donne à voir, mais qui postule que la Réalité est plus que l'expérience immédiate que nous pouvons en avoir. C'est cette absence qui doit être rendue présente. ». Si en droit l'expérience immédiate a à voir avec l'égalité, la neutralité et l'objectivité, elle dissimule bien souvent des considérations de sexe et de genre, notamment « produites par la collectivité savante ».

7. Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe, projet ANR porté par le CREDOF de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense et le Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit de l'Université Lille 2, sous la responsabilité scientifique de S. Hennette-Vauchez, D. Roman et M. Pichard. Voir <http://regine.u-paris10.fr/>
8. Sur le pouvoir de « faire exister un groupe en le nommant », voir Bernard Lacroix, « Les fonctions symboliques des constitutions », in Jean-Louis Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 190-191.
9. Peter Fitzpatrick, James Henry Bergeron, eds., *Europe's Other: European Law Between Modernity and Postmodernity*, Ashgate, 1998 ; et Anne Orford, ed., *International Law and Its Others*, Cambridge University Press, 2006.

invisible ou inaudible, implicite, indirecte¹⁰. C'est bien ce qui rend la démarche critique d'autant plus difficile en droit en raison de la prescription positiviste selon laquelle on ne saurait prendre pour objet de recherche que ce qui est ; l'absence, l'implicite ou le silence de la norme étant par définition hors-champ de la recherche scientifique.

Appliquée à la question de l'égalité de genre, l'approche critique du droit est éminemment stimulante. Elle recèle à la fois une dimension déconstructive et une dimension constructive. La critique féministe du droit permet, en effet, d'une part de déconstruire certaines catégories juridiques, en posant la question de la contribution du droit à l'inégalité de genre ; elle invite aussi à une démarche plus constructive en permettant de renouveler les concepts et les méthodes centrales du droit relatif à la lutte contre les discriminations.

Déconstruction

Le programme épistémologique critique de l'analyse féministe du droit prend pour point de départ l'hypothèse que le droit n'est pas seulement un des lieux où l'inégalité entre les genres trouve à s'exprimer, mais aussi, qu'il participe de cette inégalité et parfois même l'aggrave ou la légitime. La question du droit à l'intégrité physique (qui énonce l'interdiction faite à toute personne de franchir la frontière que forme le corps d'autrui entre sa personne et le reste du monde) constitue un exemple classique de ce que l'analyse féministe du droit permet de révéler. On peut la traiter en interrogeant les frontières du corps féminin : sont-elles les mêmes que celles du *corps* masculin, les conditions pour les franchir sont-elles comparables ?

Au plan juridique, le consentement entre en jeu, puisque le droit à l'intégrité physique sanctionne en fait l'atteinte *non consentie*. C'est typiquement le cas lors de relations sexuelles, au sujet desquelles les règles de droit admettent le consentement comme condition de la licéité des relations¹¹. Mais, du

10. « Many scholars have pointed to the need to understand silence and voice not only as being constitutive of one another but as modalities of each other; that is, as Wendy Brown argues, to the extent that 'discourses posit and organize silences, as part of discourse, rather than as its opposite'. In this way, silence is not separate from discourse but rather it is implicated in its very constitution », Gurinder Bhambra & Robbie Shilliam (eds), *Silencing Human Rights. Critical Engagements with a Contested Project*, Palgrave MacMillan, 2008, p. 5.

11. Voir Diane Roman, « À corps défendant, la protection de l'individu contre lui-même », *Rec. Dalloz*, 2007, chr., pp. 1284-1293.

point de vue d'une analyse féministe du droit, c'est aussi ici que les difficultés commencent. Car, en effet, on trouve, précisément dans le droit des sexualités, des constructions bien différentes du consentement (positif ou négatif) féminin et masculin¹². De ce point de vue, le cas du viol entre époux est emblématique. Comme en droit britannique, américain, italien, etc., la possibilité même de caractériser juridiquement un viol entre époux n'a été admise en droit français que très tardivement¹³. Les raisons pour lesquelles il a longtemps été impensable de qualifier pénalement les relations sexuelles non consenties au sein du mariage ont précisément fait l'objet des attentions de la critique féministe du droit, depuis celles qui ont trait au statut de la femme comme objet (et non sujet) de droit à celles qui soulignent la coïncidence entre définition juridique du viol et définition masculine de la sexualité¹⁴, où l'accent est mis sur la pénétration, non sur le consentement. Au-delà, la construction juridique du viol fait souvent place au comportement de la victime en lui faisant jouer, le cas échéant, le rôle d'un facteur explicatif, voire atténuant, du crime : c'est parce qu'elle portait une tenue aguicheuse¹⁵, ou qu'elle avait eu un comportement ambigu

12. Il faut lire Daniel Borrillo, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 2009.
13. Crim. 5 sept. 1990, Bull. crim n°313. C'était un cas de violences extrêmes (femme ligotée, bâillonnée, flagellée, torturée...) de sorte que, selon certains commentateurs, les circonstances de fait étaient si déterminantes qu'on ne saurait en tirer de manière générale le principe de la reconnaissance du viol entre époux (voir par ex. Michèle-Laure Rassat, JCP 1991, II 21629). Voir ensuite Crim. 11 juin 1992, D. 1993, somm. 13 note Azibert : la présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire.
14. Texte de référence en la matière : Catharine MacKinnon, *Le Féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, Paris, Éditions des femmes, 2004 ; mais voir aussi Susan Estrich, *Real Rape*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988.
15. Il faut mentionner ici ce qui a pu être appelé la *jurisprudence du blue jeans* développée par la Cour de cassation italienne entre 1998 et 2008. En 1998, la Cour d'Appel de Potenza retenait l'incrimination de viol à la charge d'un individu masculin, et le condamnait à deux ans et dix mois d'emprisonnement. En dernier ressort, l'individu porta son affaire devant la Cour de cassation, qui cassa en effet l'arrêt d'appel le 10 février 1999, en jugeant qu'elle avait failli à sa tâche de procéder à une évaluation adéquate et rigoureuse des accusations. La Cour de cassation considérait en effet qu'il y avait dans l'affaire des circonstances inconsistantes avec l'allégation de viol... et notamment : « il est un fait d'explicience commune qu'il est à peu près impossible de retirer une paire de *blue jeans*, même en partie, sans la collaboration active de la personne qui les porte ». C'est sur ce fondement que l'arrêt d'appel fut cassé, et l'affaire renvoyée devant une nouvelle juridiction d'appel, qui acquitta l'individu. Cet arrêt a fait jurisprudence jusqu'en 2008. Entre 1999 et 2008, on a

qu'elle a été violée. Plus en aval encore, certaines auteures ont même développé le concept de viol judiciaire (*judicial rape*)¹⁶ pour rendre compte de la manière dont le procès criminel du violeur repose sur une sexualisation du corps de la femme qui se retrouve au centre même des débats et investigations, ainsi que sur une reconstitution de la vie sexuelle passée de la femme victime destinée à permettre d'évaluer la crédibilité de sa parole¹⁷. En d'autres termes, l'adoption d'un point de vue féministe critique sur le droit à l'intégrité physique a permis de mettre en évidence, et de dénoncer, la tendance du système juridique à requérir le plus souvent bien davantage (la violence par exemple) que la seule preuve de l'absence de consentement pour caractériser un viol. De sorte que le corps de la femme (ses frontières et ses péages) n'est pas construit exactement de la même manière que le corps de l'homme. On voit, à l'aide d'exemples comme celui-ci, que le droit participe bel et bien à la construction de l'inégalité de genres. Reste à savoir quelles déductions en forme de reconstruction on peut tirer de ce genre d'analyses.

Reconstruction

Du point de vue de la lutte contre les discriminations, la critique féministe du droit a été, et continue d'être, un terrain favorable au renouvellement des concepts comme des méthodes de raisonnement juridique. La critique féministe du droit a en effet apporté une contribution décisive à la critique pragmatique et théorique d'une approche traditionnelle formelle de l'égalité. Pragmatiquement, elle a démontré à maintes reprises que l'approche formelle de l'égalité avait parfois pour effet... d'aggraver les inégalités ! Ainsi, appliquer

pu valablement faire valoir que le fait pour la victime de porter un *jean* au moment de l'agression alléguée suffisait à disculper le requérant ! En 2008, la Cour de cassation a reconnu que « la crédibilité de la victime de viol ne peut être invalidée par le fait qu'elle portait une paire de *blue jeans* au moment du viol, dès lors que la peur des conséquences de son refus peut l'avoir déterminée à retirer son *jean* ».

16. Sue Lees, « Judicial rape », *Women's Studies International Forum*, Vol. 16, Issue 1, 1993, pp. 11-36.

17. Ceci n'est pas sans rappeler la procédure pour viol intentée contre D. Strauss-Kahn au cours de laquelle c'est le comportement de N. Diallo (sa cupidité ou son aptitude à mentir) qui a été scruté pour en retirer des éléments atténuant les faits d'agression attribués, eux, sans doute possible au mis en cause. Ce point a été largement débattu au cours de la conférence organisée à New York les 1 et 2 décembre 2011 par l'Université de Nanterre (REGINE), Cardozo Law School, NYU et l'EHESS : *The DSK scandal : transatlantic reflections on law, sexuality and politics*.

la même règle à des personnes ou des groupes de personnes placées dans des situations différentes peut aggraver les différences ; on a eu, en France, une illustration récente de l'importance de cet élément avec la délibération de la Halde émettant des réserves sur le projet gouvernemental de réforme des retraites qui ignorait les caractéristiques spécifiques du parcours professionnel des femmes (interruptions de carrière, exposition forte au temps partiel...) dans son exigence d'allongement uniforme de la durée de cotisation¹⁸. La critique féministe du droit a signalé la forte dépendance d'une approche formelle de l'égalité vis-à-vis de l'existence d'un comparateur¹⁹. Or, il y a bien des situations dans lesquelles celui-ci fait défaut, soit absolument (par exemple, toutes les questions liées à la grossesse, qui ne peuvent par définition concerner que les femmes), soit relativement (lorsqu'une situation à laquelle s'applique l'égalité formelle concerne *de facto* des femmes). Sur la base de cette critique traditionnelle de l'égalité, l'analyse féministe du droit cherche à construire ou promouvoir une approche plus substantielle, voire transformative²⁰.

S'intéressant non plus à l'égalité dans la norme mais à l'égalité quant aux effets sociaux de la norme, la critique repose en premier lieu sur le recours à des méthodes de raisonnement renouvelées. On songe notamment au recours aux statistiques ou à la traque des stéréotypes²¹. Sur ces derniers, et pour donner un exemple, on peut mentionner ici le très récent arrêt par lequel la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la Russie dans une affaire où un congé parental de trois années avait été refusé à un père en

18. Délibération relative à la question des inégalités de genre en matière de retraite, n° 2010-202 du 13 septembre 2010.

19. A. Byrnes, « Article 1 », in Marsha A. Freeman, Christine Chinkin & Beate Rudolf, eds., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, OUP, 2012, p. 53. Voir aussi les critiques formulées par Sandra Fredman, *Introduction to Discrimination Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 8-10, ainsi résumées par R. O'Connell : « the comparator in a formal equality model tends to take as the norm a male, white, able bodied, heterosexual Christian. In some cases (pregnancy or workforces with *de facto* sex segregation) there is simply no suitable comparator. Finally, the comparator approach tends merely to ask if there is a difference, without asking whether the difference in treatment is proportionate to the difference in situation » (« Cinderella Comes to the Ball: Art. 14 and the right to non-discrimination in ECHR », *Legal Studies*, 2009, vol. 29, n°2, p. 212, p. 217.

20. Alexandra Timmer, « Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights », HRLR 11 (2011) 707-738.

21. Pour une publication de référence : R. Cook & S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives* (2009) 18.

raison de son sexe ; la Cour indique, de manière innovante dans sa jurisprudence, que « [...] la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne peut servir à justifier l'exclusion des hommes, y compris ceux travaillant dans l'armée, du droit au congé parental. [...] les stéréotypes liés au sexe – telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent – ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle »²². On mesure le potentiel critique d'une telle démarche qui renvoie à la nécessité de s'attacher aussi à l'implicite dans la normativité juridique. Quant aux statistiques, on indiquera simplement combien leur prise en compte est cruciale dans la recherche d'une égalité réelle. On peut, en effet, s'interroger sur la question de savoir combien on peut prétendre ou entendre lutter contre des situations de discrimination sans les mesurer.

Par-delà ces nouveaux outils du raisonnement juridique, l'analyse féministe du droit s'attache aussi au renouvellement conceptuel du principe d'égalité. Un exemple : la discrimination indirecte. « Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés »²³. On comprend aisément combien l'existence même de ce concept de discrimination indirecte somme l'analyse juridique de prêter attention aux effets sociaux du droit. Et en quoi, dès lors, il y a là un programme intellectuel et pragmatique innovant et assez subversif pour contrer la longue emprise formaliste que le droit a connue. ■

22. CEDH, Gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, §143.

23. Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.