



Les logiques du droit social confrontées aux évolutions des rapports de genre

Philippe Auvergnon

► To cite this version:

Philippe Auvergnon. Les logiques du droit social confrontées aux évolutions des rapports de genre. Genre et droit social, 2006, Bordeaux, France. p. 7-32. halshs-00181049

HAL Id: halshs-00181049

<https://shs.hal.science/halshs-00181049>

Submitted on 23 Oct 2007

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

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

Philippe AUVERGNON

Directeur de recherche au CNRS

Université Montesquieu - Bordeaux IV

LES LOGIQUES DU DROIT SOCIAL CONFRONTÉES AUX EVOLUTIONS DES RAPPORTS DE GENRE

Sans trop en discuter, on peut entendre par « droit social » les droits du Travail et de la Sécurité sociale, il n'en va pas de même du terme « genre ». Dans un processus patent de vassalisation, on traduit « *gender* » par « genre ». Mais le sens de ce terme ne va pas de soi en langue française. Certes, le Misanthrope de Molière n'était pas l'ami du genre humain, c'est-à-dire de l'ensemble des hommes considérés indépendamment de toute notion de sexe, de race, de pays, etc. Certes, l'idée de genre renvoie, notamment chez Aristote, à l'idée d'une classe d'êtres ou d'objets présentant des caractères communs. Il existe des peintures de genre et des genres en littérature qui font que certains apprécient plus les romans policiers ou érotiques que les manuels de Sécurité sociale. La grammaire et la linguistique nous parlent aussi de genre... il existe des langues sans genre (chinois), à deux ou trois genres (français, hindi / allemand, latin, grec) voire davantage (langues bantoues ou du Caucase),... on s'éloigne toutefois manifestement de notre problématique si l'on parle du « genre neutre », on s'en rapproche avec le « genre masculin » et le « genre féminin ». Car, *in fine*, si l'on passe sur le genre coquin, voyou, romanichel ou anglais, la notion de genre, même en français, peut renvoyer à la subdivision de l'espèce humaine en deux classes fonctionnelles et non exclusivement biologiques, censées remplacer la notion traditionnelle de sexe.

De fait le genre est un concept de sciences sociales qui, en l'état, ne correspond à aucune définition juridique. On renvoie ainsi généralement à la construction sociale des sexes qui prend des formes diverses, variables selon le contexte socio-économique, politique mais aussi culturel. Il s'agit donc de s'intéresser à la façon dont les sociétés fabriquent des représentations de la

place des hommes et des femmes, dans le cas précis au travail ou vis-à-vis du travail. D'évidence le concept de genre permet de déconstruire la naturalisation des affirmations de différences sociales fondées sur le sexe, naturalisation qu'enregistre et auquel participe parfois le droit, y compris le droit social.

Une approche de genre conduit à se référer à deux grandes catégories, celle des « hommes » et celle des « femmes », sans autre distinction. Ceci a au moins l'avantage de ne pas voir « les femmes » traitées comme une minorité parmi d'autres, alors même qu'elles sont la moitié et plus parfois de la société. Toutefois, particulièrement à propos de l'encadrement juridique du travail, on ne saurait oublier la diversité des situations. On doit se garder d'une vision « des femmes » comme d'un groupe homogène¹; en cela, il n'est pas inintéressant de proposer de combiner approches de genre et de classes sociales². La diversité des situations est, du reste, socio-économique mais aussi quasiment géopolitique, sans que l'on puisse ici s'en tenir à la seule distinction nord - sud³.

On sait tout ce que le concept de genre doit aux « *gender studies* » américaines⁴. Ces dernières ont été développées sur la lancée des mouvements sociaux et féministes des années 1960 ; ceux-ci ont existé en Europe comme aux États-Unis ; de façon certainement différente, de part et d'autre de l'Atlantique, les revendications relatives à la place des femmes dans la société et par rapport au travail, ont connu un écho certain au sein

¹ Bien que d'excellents travaux se réfèrent aux « Femmes » (Cf. not. M. Perrot, *Les Femmes ou les silences de l'Histoire*, Paris, Flammarion, 1998, 493 p.).

² Cf. Gh. Graba, *Genre et droit social en Algérie : quelques éléments d'analyse*, p. 207.

³ Voir notamment dans le présent ouvrage : A. Cissé Niang, *Genre et droit social : une réflexion à partir du droit sénégalais*, p. 223 ; J. Djuikouo, *Présence des femmes sur le marché du travail et responsabilités familiales : dits et non-dits du droit camerounais*, p. 233 ; P. Kurczyn-Villalobos, *Condition des femmes et droit social mexicain*, p. 289 ; M. Iwamura, *Le genre et le droit social au Japon*, p. 307 ; S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, *Au-delà de l'égalité formelle : confronter l'écart entre les sexes sur un marché du travail en mutation, l'exemple canadien*, p. 333.

⁴ Les *gender studies* apparaissent aux États-Unis dans les années 1970. Le mérite de cette nouvelle discipline est sans doute d'avoir posé un nouveau rapport entre l'homme et la femme, en postulant que la différence de sexe se construit sur des critères sociaux. L'idée se fait alors jour qu'il n'existe pas une réelle coïncidence entre le genre et le sexe (Cf. not. A. Oakley, *Sex, Gender and Society*, Templesmith, 1972).

des sciences sociales⁵, y compris dans le milieu juridique, même si ce fut souvent de façon marginale⁶. On a pu ainsi souligner combien le contenu et l'écriture du Droit comme les décisions des tribunaux ne sont pas identiques en Europe et aux États-Unis⁷ ; on se doit ici de « faire attention à la façon dont la loi conçoit les rapports sociaux de sexe »⁸. Le risque de mimétisme n'est pas en effet encouru qu'en Afrique ; l'histoire, le contexte socio-économique, sont différents entre États-Unis et Union Européenne, tout comme avec le Japon, etc. Même si des « pollénisations » interviennent, il existe une grande diversité des déterminants culturels et de traditions juridiques.

Malgré les inquiétudes qui peuvent naître de l'embrasement de situations nationales et de droits sociaux fort divers, l'approche comparative permet de mettre en lumière l'ambiguïté des relations entre logiques propres du droit social et évolutions des rapports de genre, cela dès lors que l'on constate une inégalité impossible à cacher (I) et des réponses du droit des plus ambivalentes (II).

I - UNE INÉGALITÉ IMPOSSIBLE À CACHER

Malgré les pesanteurs sociales et culturelles, on observe des progrès quantitatifs de la participation des femmes au marché du travail⁹. Il n'en demeure pas moins que leur situation est, de façon générale, défavorable par rapport à celle des hommes. Les statistiques de l'emploi restent extrêmement contrastées entre régions du monde, entre pays d'une même région ainsi

⁵ Cf. not. J. Laufer, C. Marry et M. Maruani (dir.), *Le Travail de genre. Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe*, La Découverte, Paris 2003 ; M. Maruani (dir.), *Femmes, genre et sociétés. L'état des savoirs*, La Découverte Paris 2005.

⁶ Cf. not. M. Th. Lanquetin, Un autre droit pour les femmes ?, in J. Laufer, C. Marry et M. Maruani (dir.), *Le Travail de genre*, op. cit.

⁷ Y. Kravaritou, *Genre et droit du travail, une approche à partir du cas hellénique*, p. 187.

⁸ Y. Kravaritou, op. cit. ; pour un exemple d'approche toujours un peu « différente » en Europe : H. Masse Dessen, op. cit.

⁹ Au sein de l'Union européenne, le taux d'emploi des femmes connaissait sa douzième année consécutive de hausse et s'établissait à 53,3%, soit 2,7 points au dessus de son niveau de 2000, contre 0,1 points de hausse pour le taux d'emploi masculin. Toutefois, l'écart des taux d'emploi entre hommes et femmes était encore en 2005 de 15% (Cf. Commission européenne, Rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes 2007, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 2007, p. 9).

qu'au sein d'un même pays entre secteurs et types d'emploi¹⁰. On doit cependant garder en mémoire l'existence dominante, dans certains pays, d'un secteur informel grand « employeur » de femmes... A un constat de fait variable mais commun (A), on peut trouver des causes elles-mêmes diverses mais, en tous cas, sociétales (B).

A - Un constat variable mais commun

Parmi les constats de fait qui peuvent être rappelés, on mentionnera de forts indices de ségrégation professionnelle (1), d'accès prioritaire aux emplois précaires (2), des écarts de rémunérations systématiques (4), un « sur-risque » d'atteinte à la dignité de la personne au travail (4).

1 - Une ségrégation professionnelle

Au sein de l'Union européenne, le marché du travail reste « dans une large mesure cloisonné. L'évolution des indices de ségrégation professionnelle et sectorielle par sexe ne montre aucun signe de baisse significative » ; l'augmentation importante de l'emploi des femmes se fait « principalement dans des secteurs d'activité et des professions déjà majoritairement féminins. Près de quatre salariées sur dix travaillent dans l'administration publique, l'éducation ou la santé, et l'action sociale, tandis que la moitié des salariées sont employées administratives, vendeuses ou travailleuses peu ou non qualifiées ». Par ailleurs, « moins d'un tiers des cadres sont des femmes et les conseils d'administration des cinquante plus grandes entreprises européennes cotées ne comptaient qu'une femme pour dix hommes en 2005 »¹¹. Un constat très voisin est fait au Canada où l'on observe une « concentration des femmes dans le secteur des services et dans le secteur public »¹² et où l'on note que « même lorsque les femmes accèdent à des professions traditionnellement masculines, elles butent contre un « plafond de verre » et demeurent sur représentées parmi les échelons hiérarchiques inférieurs »¹³. On souligne au Japon que certaines modifications législatives ont été suscitées « par le constat du maintien, au

¹⁰ À titre d'exemple, on mentionnera l'écart des taux d'emploi des femmes entre le Portugal (61, 9%) et l'Algérie (14%).

¹¹ Cf. Commission européenne, Rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes 2007, op. cit., p. 10.

¹² Cf. S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

¹³ *Idem*.

sein des grandes entreprises, d'une gestion ségrégative des parcours professionnels des hommes et des femmes, ces dernières étant de façon générale orientées vers un parcours professionnel d'employées et détournées d'un parcours d'encadrement »¹⁴.

2 - Des emplois précaires

Dans de nombreux pays développés, on s'éloigne aujourd'hui du modèle de l'emploi salarié à durée indéterminée et à temps plein chez un seul employeur. Il y a, dans ces pays, hausse fulgurante du travail « atypique » ; cette dynamique s'impose alors même que les femmes sont présentes essentiellement dans les formes d'emploi « les plus précaires entraînant du coup un fossé entre les sexes »¹⁵ ; on ne saurait ici oublier que les femmes sont proportionnellement plus nombreuses à détenir un emploi à temps partiel, qu'il s'agit souvent de temps partiel temporaire, associé à d'importants déficits de protection sociale¹⁶.

De la même façon, la croissance du travail dit « autonome » ou « indépendant », catégorie fort hétérogène, contribue dans certains cas à des formes de précarité dont « bénéficieraient prioritairement les femmes, précarité découlant surtout de l'irrégularité des revenus et du déficit de protection et d'accès aux mesures de protection sociale »¹⁷. Au Portugal, par exemple, si la précarité est un phénomène généralisé, elle concerne de façon prédominante les femmes¹⁸. Au Japon, les travailleurs « irréguliers » sous contrat à durée déterminée ou à temps partiel sont le plus souvent des travailleuses¹⁹, ... les exemples pourraient être multipliés.

¹⁴ Cf. M. Iwamura, op. cit.

¹⁵ Cf. S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ A. Monteiro Fernandes, *Genre et droit social : quelques observations sur l'ordre juridique portugais*, dans le présent ouvrage p. 177.

¹⁹ M. Iwamura, op. cit.

3 - Des écarts systématiques de rémunérations

L'une des conséquences des différences et inégalités subies par les femmes sur le marché du travail « se mesure par la persistance de l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes »²⁰. De grandes diversités de situation sont bien évidemment observables²¹, mais pour la seule Union européenne, en moyenne, les femmes gagnent 15% de moins que les hommes pour chaque heure travaillée²². Dans d'autres régions du monde, « malgré la présence marquée des femmes sur le marché du travail au cours des dernières décennies, leurs revenus d'emploi demeurent nettement inférieurs à ceux des hommes »²³. On observera toutefois qu'au Canada, l'écart de rémunération varie en fonction de l'entreprise : si celle-ci est « syndiquée », c'est-à-dire si ses travailleurs bénéficient d'un contrat collectif, le salaire horaire moyen des femmes est égal à 93,6% de celui des hommes alors qu'il n'est que de 78,2% dans les entreprises « non syndiquées ».

De façon générale, les femmes sont sur représentées parmi les travailleurs faiblement rémunérés ; pour nombre d'entre elles, aujourd'hui, participation au marché du travail et pauvreté vont de pair²⁴. Le « *working poor* » est ainsi plus souvent une travailleuse qu'un travailleur²⁵. Les femmes seules et celles qui se retrouvent, majoritairement, à la tête des familles monoparentales sont particulièrement susceptibles de toucher un faible revenu²⁶. Par ailleurs il n'est pas nécessaire de rappeler que les femmes occupent bien plus que les hommes un emploi au salaire minimum, lorsque ce dernier existe, du fait de leurs qualifications et/ou des secteurs dans lesquelles elles sont présentes. Pareille situation connaît quelques exceptionnelles et étonnantes exceptions ;

²⁰ Cf. Commission européenne, Rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes 2007, op. cit., p. 10.

²¹ Cf. not. M. Th. Lanquetin, Chronique juridique des inégalités de salaires entre les hommes et les femmes, *Revue « Travail, Genre et Sociétés »*, A. Colin, Paris 2006, n° 15.

²² Ecart relatif de la rémunération horaire brute moyenne entre hommes et femmes.

²³ S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

²⁴ Cf. not. « Travail et pauvreté : la part des femmes », *Revue « Travail, Genre et Sociétés »*, L'Harmattan, Paris 1999, n° 1.

²⁵ Sur ce phénomène qui touche les États-Unis depuis des années et se développent de façon décalée aujourd'hui, notamment en France (Cf. not. J. Cotta, *7 millions de travailleurs pauvres, La face cachée des temps modernes*, Fayard, Paris 2006, 301 p.).

²⁶ Cf. not. Commission européenne, Rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes 2007, op. cit.

ainsi, en Algérie, si les femmes sont peu nombreuses à travailler, quand c'est le cas, leur travail est socialement valorisé ou accepté s'il est fortement qualifié²⁷.

4 - Un « sur-risque » d'atteinte à la dignité au travail

Sans oublier l'existence, de par le monde, de formes de travail relevant de la traite des êtres humains avec leur cortège de violences faites singulièrement aux femmes, il existe d'évidence dans des formes d'emploi traditionnelles comme moins classiques, un « sur-risque » d'atteinte à la dignité de la personne au travail pour les femmes. Pareil « sur-risque » varie en fonction des pays, des cultures, des entreprises, des qualifications de la personne. En tous cas, il témoigne d'une inégalité de traitement indéniable. Les juristes n'en débattent qu'au travers de l'existence ou non de dispositifs juridiques spécifiques relatifs au harcèlement moral, au harcèlement sexuel, à la violence au travail²⁸, voire indirectement au stress ou aux risques professionnels propres aux conditions de travail prévalant dans des emplois qui sont majoritairement occupés par des femmes²⁹. Certains « nouveaux risques professionnels » correspondent souvent à des actualisations, du fait des nouvelles technologies ou des exigences de rentabilité, de phénomènes anciens en cours de reconnaissance au titre du droit à la santé physique et mentale au travail. D'autres pratiques et comportements, eux-mêmes anciens, affectent directement la dignité de la personne en situation de travail, ainsi du harcèlement sexuel qui, quoiqu'on en dise, concerne majoritairement les femmes.

²⁷ ... elles font alors moins honte à leurs hommes !

²⁸ Cf. not. « Harcèlement et violence : les maux du travail », Revue « Travail, Genre et Sociétés », L'Harmattan Paris 2001 n° 5.

²⁹ Voir notamment dans le présent ouvrage : M. A. Ballester Pastor, *Questions de genre : développements et perspectives en droit du travail espagnol*, p. 163 ; A. Cissé Niang, *Genre et droit social : une réflexion à partir du droit sénégalais*, p. 223 ; S. Scarponi, *Genre et droit du travail en Italie*, p. 141 ; M. Schmidt, *Genre, droit de l'emploi et de la sécurité sociale : problèmes actuels en Allemagne*, p. 83 ; Gh. Graba, *Genre et droit social en Algérie : quelques éléments d'analyse*, p. 207 ; M. Iwamura, *Le genre et le droit social au Japon*, p. 307 ; P. Kurczyn-Villalobos, *Condition des femmes et droit social mexicain*, p. 289 ; A. Monteiro Fernandes, *Genre et droit social : quelques observations sur l'ordre juridique portugais*, p. 177.

B - Des causes diverses mais sociétales

Les divers écarts constatés entre femmes et hommes sur le marché de l'emploi ont en commun de trouver leur source dans le fonctionnement de la société et plus précisément dans ce qui la structure et l'anime. Il en va ainsi de la répartition des responsabilités familiales (1), du poids des représentations sociales et religieuses (2), de l'effet de la libéralisation économique (3) ou encore du rôle des acteurs sociaux et institutionnels (4).

1 - La prise en charge des responsabilités familiales

À des degrés certes très différents : qui peut nier que la femme a souvent encore la charge principale du ménage et de l'éducation des enfants ? En l'état actuel de la plupart des sociétés, ces fonctions incombent en fait, pour l'essentiel, à la femme. On a pu souligner combien, dans un pays comme le Canada, « les femmes demeurent les principales responsables du travail non rémunéré et allouent un nombre d'heures significativement plus élevé que les hommes au travail domestique et aux soins aux enfants et personnes âgées »³⁰. Ainsi l'étude des raisons pour lesquelles les hommes et les femmes « choisissent » différentes formes de travail atypique révèle effectivement, sans grande surprise, que les femmes le font davantage pour répondre à leurs obligations familiales que les hommes³¹. En Allemagne, le taux d'emploi des femmes relativement bas tient très clairement à la conception prévalant dans ce pays de partage des rôles sociaux entre hommes et femmes³². L'exemple d'autres pays montre qu'un taux d'emploi des femmes relativement élevé, lié à la faiblesse des rémunérations des « mâles » n'empêche pas le maintien pour les femmes du « travail domestique »³³. On pourrait ici aussi multiplier les témoignages à charge ...

2 - Le poids des représentations religieuses et sociales

Il paraît important de rappeler que l'état actuel de profonde inégalité est accompagné, justifié, dans de nombreux pays, par des discours s'appuyant sur la biologie (les femmes sont des femmes, les hommes sont des hommes), sur la religion (dieu a dit : dès lors que peut-on dire ?) ou sur la référence à

³⁰ Cf. S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

³¹ *Idem.*

³² Cf. M. Schmidt, op. cit.

³³ Cf. A. Monteiro Fernandes, op. cit.

un modèle patriarcal. L'analyse de la situation des femmes en Algérie conduit tout particulièrement à insister sur les interférences du religieux³⁴. Dans la plupart des pays arabo-musulmans, la religion est intégrée dans les institutions étatiques, sans que l'Islam soit nécessairement religion d'État ou qu'on soit en République islamique. C'est souvent autour de la question des droits des femmes, de l'éducation, de la reproduction, des contraintes vestimentaires, ... que le débat entre autorités religieuses et politiques s'est développé ; un compromis est de fait passé entre pouvoirs politiques et religieux ; les constructions idéologiques étant, *in fine*, traduites dans le droit, il n'est pas étonnant que le droit commun constitue un point prioritaire de contestation.

C'est également à ce type de compromis avec les autorités religieuses qu'on se réfère en rappelant la réforme du Code civil sénégalais. Le fait que la femme ne soit pas le chef de famille conduit mécaniquement à pénaliser fiscalement son travail. On peut paraître alors enfonce le clou en affirmant que « si l'on fait des réformes en droit social, surtout en droit du travail, sans toucher à la structure du droit de la famille de certains pays, rien ne bouge ... les femmes, du fait de leur statut « civil » ou « personnel », n'accéderont pas au marché du travail et, de fait, sont tout simplement marginalement concernées par le droit du travail³⁵. À propos des « interférences religieuses », il faut toutefois souligner les grandes disparités existant : ainsi le phénomène religieux n'aurait aucune influence au Japon, n'en aurait plus en Grèce ou bien participerait plus hier à un statut défavorable de la femme, comme en Hongrie.

De façon générale, les représentations sociales sont têtues. Elles peuvent y compris avoir résisté » à un système prônant un quasi travail obligatoire des femmes. On peut ainsi rappeler combien « sous le communisme », les femmes devaient être émancipées et devaient travailler³⁶. Il s'agissait alors plus d'émancipation de ces dernières que de recherche d'égalité entre hommes et femmes, ceci encore une fois dans le cadre d'un travail quasi obligatoire. Dans un tel contexte, beaucoup d'avantages étaient réservés ou spécifiques aux femmes ; toutes sortes de « privilèges paternalistes » visaient à faciliter leur « deuxième travail » de la journée : pas d'heures supplémentaires, pas de travail de nuit, des jours de congés supplémentaires,

³⁴ Cf. Gh. Graba, op. cit.

³⁵ Cf. A. Cissé Niang, op. cit.

³⁶ Cf. C. Kollonay, op. cit.

une quasi impossibilité d'être licenciée si l'on était « femme avec enfants ». La présence sur le marché du travail des femmes n'allait pas à l'encontre de la confirmation de leur travail familial. Plus fondamentalement, bien que cela permette de gagner un peu d'argent, le travail des femmes à l'extérieur continuait toutefois d'être regardé, dans la société, comme anormal³⁷.

3 - L'effet de la libéralisation économique

L'époque est aujourd'hui à peu près partout à des degrés divers à la libéralisation, la flexibilisation, l'abaissement des protections, ... C'est ainsi que dans un pays riche et développé comme le Canada, on souligne que « les employeurs comme les employés sont maintenant plus ouverts aux horaires de travail flexibles, les employeurs les considérant comme une mesure de réduction des coûts et les employés, comme une façon de concilier leur vie personnelle et professionnelle »³⁸. En revanche, dans un pays comme l'Algérie où la minorité de filles présentes sur le marché du travail accédait jusqu'alors « par le haut à des emplois surprotégés », les privatisations et la déstabilisation en cours du droit du travail, et plus généralement les mutations de l'économie, la raréfaction du travail formel changent la donne. Dès aujourd'hui les jeunes - et singulièrement parmi eux les filles - entrent sur le marché du travail en acceptant, de plus en plus, toutes sortes d'expédients et autres modalités d'insertion professionnelle... en développant des activités dans le secteur informel³⁹.

En qui concerne plus précisément le passage à l'économie de marché de pays anciennement dits socialistes, on doit rappeler comment on a alors globalement estimé que « tout ce qui se faisait avant était mauvais et que tout ce que dénonçaient les communistes devait être bon et relevait de la liberté »⁴⁰. Dorénavant les femmes elles-mêmes étaient libres, elles n'étaient pas obligées de travailler, elles étaient libre de choisir de travailler à l'extérieur ou à l'intérieur. Cette conception de la liberté n'a jamais toutefois été avancée pour les hommes. On a de fait tenté, sous couvert d'accès à la

³⁷ *Idem.*

³⁸ S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

³⁹ Gh. Graba, op. cit.

⁴⁰ C. Kollonay, op. cit. ; en ce sens on peut rappeler à propos du processus de réunification de l'Allemagne qu'antérieurement à l'Est on avait fait appel aux femmes sur le marché du travail et qu'il existait notamment des structures de type « crèche » ; après la réunification, ces systèmes de garde des enfants ont été supprimés au motif qu'ils constituaient des lieux d'endoctrinement dès la petite enfance.

liberté de s'occuper de leurs enfants, d'exclure les femmes du marché du travail, sans se demander si la liberté ne résidait pas dans une articulation des deux types de travail pour les femmes comme pour les hommes. La « transition » a donc été singulièrement douloureuse pour les femmes. Dans un second temps, on a assisté à une sorte d'euphémisation, par opposition au premier temps d'américanisation et d'engouement pour le libre marché. Avec l'intégration européenne, on a pu à nouveau discuter de l'encadrement des relations de travail en s'appuyant sur le fait que cette intégration exigeait l'adoption de normes communautaires⁴¹.

En réalité, avec la libéralisation et le passage à l'économie de marché s'est développée, dans nombre de pays d'Europe centrale et orientale, une véritable culture de résistance aux normes de protection y compris au sein des plus hautes juridictions, marquées avant tout par le droit civil, la défense du droit de propriété et le contrat individuel. Dans le cas précis de la Hongrie, depuis lors, quelques évolutions du Tribunal constitutionnel peuvent être relevées mais ceci est allé tout au plus dans le sens d'une égalisation des droits (ex. âge de la retraite), l'idée de quotas ne pouvant en l'état être regardée que comme une pratique discriminatoire inacceptable. Cette égalisation des droits s'est alors souvent faite « à la baisse » et dans un contexte d'ineffectivité des contrôles et de réduction des droits d'agir en justice pour les syndicats⁴².

4 - Le rôle des acteurs sociaux et institutionnels

De nombreux gouvernements, de par le monde, se disent aujourd'hui soucieux d'une amélioration de l'égalité de traitement des hommes et des femmes. On note en ce qui concerne le Japon que c'est dans un contexte de vieillissement de la population et de forte baisse de la fécondité que la question de l'égalité de genre est posée depuis quelques années. Les autorités publiques ont témoigné de leur sensibilisation au problème à compter de 1977 en prenant l'habitude d'élaborer des plans pluriannuels d'action. En 1999, c'est une « loi pour une société fondée sur l'égalité de genre » qui a été adoptée⁴³. Le Bureau International du Travail a lui même observé que les États ont souvent entrepris « une action pour faciliter les services d'appui et de garde pour les dépendants (enfants en bas âge, mais

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ Cf. M. Iwamura, *Le genre et le droit social au Japon*, op. cit.

aussi personnes très âgées) et l'aménagement des horaires de travail⁴⁴. On peut estimer qu'il y a un enjeu de fond à ce que l'égalité des chances relève des États, voire des organisations supranationales, mais en aucun cas d'acteurs privés tels que les employeurs. Pourtant, les entreprises réalisent aujourd'hui, aux États-Unis ou en Italie notamment, tout l'intérêt qu'il y a à apporter un soutien à de telles politiques, afin de conserver à leur service le personnel féminin surtout le plus qualifié. De façon générale, il existe manifestement un intérêt des organisations d'employeurs et des grandes entreprises pour une interrogation en termes de genre des situations de travail et d'emploi. En dehors de prendre part au débat et d'éviter des orientations normatives trop rigides, l'attrait pour la promotion de l'égalité des chances au travail des hommes et des femmes, pourrait avoir d'autres ressorts. La question de genre pour les entreprises est loin d'être indifférente à celle d'une accentuation de la mise en concurrence des travailleurs, voire peut-être de « police sociale interne »... on peut également apercevoir quelques liens possibles entre question de genre et, par exemple, responsabilité sociale de l'entreprise (image de l'entreprise, action volontaire, ...)

Pour la Confédération Européenne des Syndicats (CES), le souci est centralement de permettre ou susciter une meilleure conciliation entre vies professionnelle et familiale, de renforcer l'égalité de chances et de traitement entre les hommes et les femmes, de promouvoir la participation des femmes dans « la vie active », d'éliminer les discriminations professionnelles⁴⁵. Le dernier « Cadre d'action pour l'égalité entre hommes et femmes » ne déroge pas à cette orientation ; si des rapports annuels et une évaluation au bout de cinq ans sont prévus, on note que les moyens retenus pour atteindre de tels objectifs, renvoient aux « actions des partenaires sociaux aux niveaux appropriés conformément aux pratiques nationales des relations professionnelles » ; on se situe donc très clairement dans une approche au mieux de type « *soft law* ». La CES suit par ailleurs l'évolution de négociations collectives au sein de l'Union européenne sur la question de genre en observant « des progrès irréguliers et hétérogènes » ; en réalité dans de nombreux pays européens, on est obligé de constater le peu d'intérêt des négociateurs sociaux pour la question⁴⁶.

⁴⁴ J.-M. Servais, *Les aménagements du temps de travail, facteur d'égalité des sexes*, p. 262.

⁴⁵ I. Shömann, *Genre et droit social : rôle et impact du dialogue social communautaire*, p. 33.

⁴⁶ Ainsi en Allemagne, en France, en Hongrie, ...

Une observation similaire est faite à propos du Sénégal, où l'on insiste sur le « mutisme » des acteurs des relations professionnelles que sont les syndicats et le patronat, le combat relevant « presque exclusivement de l'action des associations de défense des droits de l'homme et des organisations non gouvernementales qui œuvrent pour le développement et la démocratie »⁴⁷. Les syndicats se contenteraient de la revendication traditionnelle du respect de normes minimales de protection ; ils ne saisiraient aucunement les opportunités que pourrait donner la négociation collective. Les femmes seraient peu présentes au sein des syndicats du fait de leur précarisation, mais aussi de question de temps au regard de leurs obligations familiales ; elles se méfieraient de ces organisations très masculines parfois plus proches du patron que des travailleurs, aujourd'hui divisées et incapables de porter une revendication commune. Ici aussi les syndicats ne défendraient pas tous les travailleurs... et ne se montreraient « pas particulièrement soucieux d'égalité de droits entre hommes et femmes »⁴⁸. De leur côté, les employeurs sont avant tout attachés aux questions de rentabilité et de productivité. Quant au juge sénégalais, il serait « timide », encore « profondément attaché à sa mission d'application stricte de la loi, éprouvant une grande gêne devant des situations dans lesquelles une discrimination est invoquée. Il butterait très facilement sur la question d'apport de la preuve, refusant parfois de se référer à des normes internationales pourtant dûment ratifiées »⁴⁹.

Mais quelles sont les réponses que le droit social, tout particulièrement, fournit au juge et aux différents acteurs sociaux et institutionnels pour que progressent la non discrimination et l'égalité ?

II - DES RÉPONSES DU DROIT AMBIVALENTES

Les réponses du droit social à la situation des femmes sur le marché du travail obéissent à des logiques différentes (A). Si la part qu'il prend dans la construction des représentations des rapports sociaux de sexe est indéniable, il apparaît peu évident qu'il puisse, en son état et seul, participer à une modification desdits rapports sociaux. Face à la question de genre, le droit social montre ses limites (B).

⁴⁷ A. Cissé Niang, op. cit.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

A - Les logiques du droit social

Si logiques de protection (1) et d'égalité cohabitent au sein de la plupart des droits sociaux aujourd'hui, il n'est pas toujours sûr que le temps de l'égalisation des droits (2) soit porteur de progrès social ; on peut, dans certains cas, trouver cher le prix à payer pour une égalité simplement formelle. On peut alors espérer qu'il ne s'agisse que d'une étape vers l'objectif d'égalité substantielle affirmé par une approche de genre (3).

1 - La protection d'une catégorie ou de situations particulières

Les premières lois sociales fondatrices du futur droit du travail et esquissant ce qui allait devenir celui de la sécurité sociale, ont été très largement consacrées à la limitation du temps de travail et à la protection des conditions de travail des femmes, au fond au titre de la spécificité de la maternité. Sans en nier l'importance, on doit souligner combien il y eut une attention intéressée d'un système qui entendait veiller à la reproduction et à l'entretien de la force de travail.

En même temps, le droit a alors apporté sa contribution à la construction ou à l'affirmation d'une différenciation des places des hommes et des femmes au travail et vis-à-vis du travail, distinction pas toujours objectivement fondée sur une différence biologique ! Cette logique de protection s'est poursuivie et se poursuit aujourd'hui. Certaines législations semblent continuer de se situer dans une logique de protection d'une catégorie particulière de travailleurs « faibles » ou « fragiles », alors que d'autres entendent aller au-delà du seul encadrement de situations liées à la maternité, passer d'une « protection de la femme » à une « protection des fonctions familiales »⁵⁰, voire permettre aux femmes comme aux hommes une meilleure conciliation des vies professionnelle et familiales.

Au titre des législations protégeant la mère ou la future mère on peut citer l'exemple du Mexique. On retrouve ici un ensemble impressionnant qui semble toutefois connaître, de façon variable mais importante, une réelle ineffectivité. La loi fédérale du travail relative à la maternité prévoit l'interdiction des travaux dangereux ou nocifs, un droit à un travail tenant compte de l'état de la femme, un congé de six semaines avant et de six

⁵⁰ Cf. not. S. Scarponi, op. cit.

semaines après l'accouchement rémunéré à 100% et regardé comme du travail effectif, avec une possibilité d'extension de la durée de suspension du contrat avec droit à réintégration sur son poste de travail, un droit à des pauses pour allaitement, des services de garde, ... À ce dispositif conséquent, il manquerait toutefois une interdiction expresse d'exigences patronales de « certificat de non grossesse », d'engagement de la femme à ne pas avoir d'enfants ou à ne pas se marier pour accéder ou être maintenue à un poste de travail; ces pratiques ou le non respect de tels engagements peuvent certes donner lieu à un « licenciement injustifié » au tort de l'employeur mais une telle sanction paraît peu dissuasive⁵¹. Par ailleurs, en cas de discrimination pour grossesse ou maternité dans le silence de la loi mexicaine, ce sont les normes internationales dûment ratifiées qui s'appliquent... mais elles ne comportent pas de sanctions directement applicables.

Un autre exemple peut être pris avec l'Espagne dont la législation prévoit également un ensemble de droits classiques de protection de la maternité⁵². On soulignera toutefois les aménagements possibles du congé maternité qui peut être pris à temps partiel et parallèlement être allongé ; les mois d'autorisation d'absence pour allaitement s'inscrivent eux-mêmes dans la logique de protection traditionnelle de la mère et de l'enfant ; mais le congé parental avec droit à réintégration sur son poste de travail ouvert aux deux parents et partageable paraît relever d'une approche de genre, le droit favorisant une modification des comportements sociaux. En qui concerne l'Espagne, on peut également faire référence à l'intervention d'une loi accordant, en cas de violence conjugale, aux femmes victimes des droits particuliers en matière de travail ou de protection sociale. Mais, s'agit-il là d'une actualisation (certes positive !) de la vieille logique de protection ou d'une loi de genre ? Les hommes n'en sont pas bénéficiaires à la différence de la loi italienne équivalente. Certes on sait que ce type de violences touche essentiellement des femmes mais les hommes hétérosexuels ou homosexuels ne sont-ils jamais victimes dans l'Espagne moderne, de la part de leurs conjoints, de violences pouvant avoir des conséquences professionnelles ?

⁵¹ Ces pratiques apparaissent directement liées à l'obligation de 32 semaines de cotisation pour pouvoir bénéficier de la part de la Sécurité sociale du maintien du niveau de salaire pendant le congé de maternité. Si ce temps de cotisation n'est pas atteint, c'est en effet l'employeur qui a à sa seule charge l'indemnisation du congé maternité.

⁵² M. A. Ballester, op. cit.

Plus fondamentalement, le questionnement en cours d'un certain nombre d'instruments de l'OIT éclaire d'une autre façon le débat autour de la protection par le droit social des femmes. Un groupe d'instruments de l'OIT concerne des garanties supplémentaires accordées à toutes les travailleuses ; elles traitent de l'interdiction ou des limitations de l'emploi des femmes à certains travaux ainsi que du temps de travail et des facilités à leur accorder (sièges, salles de repos). Ces normes portent également sur les garanties accordées à la travailleuse en tant que mère ou future mère (protection de la maternité ; conditions spéciales de travail pour la travailleuse enceinte ou qui allaite, interdiction ou restrictions pour certains travaux). Ces dispositions ont suscité un large débat autour de la question de savoir s'il faut privilégier la protection ou l'égalité de traitement avec les hommes. Plus récemment, la controverse a sans aucun doute été influencée par un autre débat portant, lui, sur la plus ou moins grande flexibilité à donner aux normes de travail. La protection spécifique de la femme au travail se situe ainsi « au centre d'une réflexion plus générale sur l'utilité et les limites d'un droit à la différence dans un monde du travail qui n'est pas asexué »⁵³.

2 - Le temps de l'égalisation du droit

Pour certains, le dernier tiers du XX^e siècle a été le temps de l'égalisation, celui de la disparition progressive dans les textes des normes inégalitaires, et de la disparition ou tout au moins de l'atténuation des « protections particulières » pour les femmes, à l'exception de la maternité. C'est ainsi qu'en France plus particulièrement, cette période a correspondu à une « chasse aux règles directement discriminatoires », accompagnée de l'adoption de règles impératives de non discrimination assorties de sanctions pénales⁵⁴. Pour autant, des normes indirectement inégalitaires, comme des inégalités de faits profondes ont perduré. Ceci a conduit à une interrogation sur l'effectivité des droits, sur les modalités d'avancée vers une « égalité réelle » et non plus sur une égalité par trop formelle. Le débat s'est, en particulier, focalisé sur l'égalité de rémunération et les moyens d'y parvenir. Mais, on assiste surtout aujourd'hui au développement d'un débat sur la

⁵³ J. M. Servais, op. cit.

⁵⁴ H. Masse Dessen, op. cit. ; voir également à propos du fait de savoir si l'égalité professionnelle peut passer par des quotas, la *Revue de Droit du Travail* (n°2, août 2006) et les contributions de : A. Junter, Les mesures proactives : une méthode au service de l'égalité, p. 72 et M. Th. Lanquetin, Les quotas, une étape dans la réalisation d'une égalité effective, p. 74.

« discrimination positive », difficilement « assumable » par la pensée juridique française, celle-ci ayant des difficultés à concevoir qu'on puisse donner des droits différents pour assurer l'égalité⁵⁵.

Pour ne pas faire de la France (plus qu'elle ne l'est déjà !) un rocher isolé, on peut peut-être la rapprocher ici de la situation mexicaine : la Constitution affirme un principe général de non discrimination, repris et précisé légalement, notamment pour raison de sexe, ainsi qu'un principe d'égalité devant la loi des femmes et des hommes mais dans laquelle il n'existe (peut-être de ce fait), aucune prévision d'« actions positives »⁵⁶.

Le débat sur ces modalités particulières de lutte contre les inégalités oblige à rappeler comment, à compter des années 1960, de multiples initiatives ont cherché à éradiquer la disparité salariale et les autres formes de discrimination dans l'emploi dont les femmes, notamment, étaient victimes. Au Canada comme aux États-Unis, les lois prohibant la discrimination, notamment dans le domaine de l'emploi, sont regardées dès les années 1960 comme l'instrument privilégié permettant d'améliorer la situation des femmes dans le domaine du travail⁵⁷. Même si ces lois ont eu des résultats indéniablement positifs sur la situation des femmes, elles n'ont cependant pas réussi à éradiquer les problèmes de sous-évaluation de la valeur du travail féminin et de la ségrégation professionnelle des femmes sur le marché du travail⁵⁸.

En Europe, le temps d'égalisation des droits a le plus souvent correspondu à l'influence du droit communautaire et donc au moment d'intégration européenne des divers pays. Il en est allé ainsi pour l'Allemagne où, en matière de discrimination de sexe, les évolutions du droit allemand ont été liées à celles du droit communautaire⁵⁹. Celui-ci a eu une influence déterminante dès lors qu'il existait une pratique de signature par les syndicats d'accords collectifs franchement discriminatoires. La transposition de la directive de 1976 sur l'égalité d'accès à l'emploi n'a été effectuée qu'en 1980 et de façon quelque peu « résistante » ; c'est ainsi que longtemps, aucune véritable sanction n'a été prévue en matière de

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ P. Kurczyn, op. cit.

⁵⁷ Cf. S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Cf. M. Schmidt, op. cit.

discrimination sexuelle et qu'il a fallu attendre pour cela un rappel à l'ordre de la CJCE. De même, on a souligné l'impact de directives communautaires de 2000 transposées en 2006, conduisant à la création d'un « bureau des discriminations » et organisant une coordination des corps intermédiaires participant à la lutte contre les discriminations. Il en est allé de même pour le droit italien qui « a évolué notamment en faveur des femmes lorsqu'il s'est agi de revenir sur des lois leur interdisant l'accès à certains emplois (police, armée, ...). On a, y compris, eu recours à des actions positives dans une telle perspective⁶⁰.

Pour certains pays, ce processus a parfois constitué une harmonisation par le bas ou une égalisation à la baisse, ainsi en matière de travail de nuit et d'âge de la retraite en Italie. D'autres estiment que souvent l'intégration de l'Union européenne et la transposition de normes communautaire ont amené un peu d'égalité, ainsi de la Grèce⁶¹. Dans ce dernier pays le taux d'emploi officiel des femmes reste bas parce qu'elles se retrouvent aujourd'hui principalement dans l'économie souterraine ; en tous cas, le travail traditionnel des femmes dans la famille s'est réduit. De façon peu politiquement correcte, certaines peuvent en venir à se demander s'il y a là une bonne chose : ceci n'a-t-il pas induit une sorte de vide ou de déficit affectif porteur de moindre cohésion sociale ?⁶²

Le mouvement d'égalisation a touché brutalement l'Espagne après la mort du Général Franco. On a alors affirmé contre l'inégalité prévalant sous la dictature, l'égalité et le principe de non discrimination. En revanche, une fois éliminées les inégalités présentes formellement au sein du droit, le législateur s'est arrêté. Le mouvement a repris avec l'intégration de l'Espagne en 1986 au sein de l'Union européenne. L'égalité formelle permettait de s'estimer en conformité notamment avec la directive de 1976. C'est en fait la jurisprudence du Tribunal constitutionnel qui a permis d'intégrer certains apports européens, tels notamment que la notion d'action positive en 1987 ou du concept de discrimination indirecte en 1991⁶³.

⁶⁰ S. Scarponi, op. cit.

⁶¹ Ainsi d'allocations bénéficiant jusqu'alors aux garçons jusqu'à 18 ans et aux filles jusqu'à ce qu'elles soient mariées (Cf. Y. Kravaritou, op. cit.).

⁶² Cf. Y. Kravaritou, op. cit.

⁶³ Cf. M. A. Ballester, op. cit.

C'est à cette époque qu'un certain nombre de pays, anciennement dits socialistes, ont eux-mêmes connu, à marche forcée, une phase d'harmonisation ou de mise en conformité de leurs droits sociaux. Mais cette dernière s'est avérée très formelle, passant par la traduction des textes européens et leur adoption en droit interne, sans véritablement d'impact dans les faits. Certes, des programmes notamment de formation mis en place par l'Union européenne ont été déterminants en particulier dans la sensibilisation des juges mais les plaintes ne sont pas arrivées, les femmes subissant des discriminations n'ayant pas forcément conscience d'être victimes d'injustice réprimées par la loi⁶⁴.

Malgré les évolutions, au moins formelles, des droits nationaux sous l'effet du droit communautaire, certains soulignent l'influence limitée de ce dernier. Le principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou un travail de valeur égale dans le Traité de la Communauté européenne de 1957 a, 50 ans plus tard, un impact très relatif. Ceci tiendrait à « l'influence restreinte du droit sur la pratique sociale et des rapports de force en général. De plus, les compétences de la Communauté européenne sont relativement restreintes. Mais les limitations du droit communautaire du travail sont également à relier au champ d'application restreint de la législation communautaire, à son interprétation par la Cour de justice de la Communauté européenne et à la mise en œuvre des normes juridiques »⁶⁵.

Pourtant, l'acquis communautaire reste incontournable⁶⁶. Il a largement participé au moins à l'étape d'égalsation des droits qu'ont connu les droits sociaux des pays membres de l'Union européenne⁶⁷, ceci qu'il s'agisse de rémunération, d'accès à l'emploi, de promotion, de formation, de conditions de travail, de sécurité sociale, sans oublier la charge de la preuve en cas de

⁶⁴ Cf. C. Kollonay, op. cit.

⁶⁵ Cf. S. Burri, op. cit. ;

⁶⁶ Une directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail emporte abrogation, avec effet au 15 août 2009, des directives n° 75/117/CE, n° 76/207/CE, n° 86/378/CE et n° 97/80/CE. Des éléments issus de la jurisprudence de la CJCE y sont intégrés. Il y est rappelé que l'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental du droit communautaire (directive n° 2006/54/CE, 5 juillet 2006, *JOUE* n° L 204, 26 juillet 2006, p. 23).

⁶⁷ Sur la santé des femmes au travail : cf. not. L. Vogel, *The gender workplace health gap in Europe*, TUTB Brussels 2003, 340 p.

discrimination, ainsi que « la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail »⁶⁸, ou encore le congé parental⁶⁹. Le droit communautaire - et bien avant les directives, la CJCE ! - a surtout fait œuvre de définition de concepts singulièrement en ce qui concerne la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement en général et sexuel en particulier. On n'oubliera pas toutefois une mise en garde : « Il faut veiller à être attentif à ne pas importer des représentations venues d'ailleurs. La CJCE ne joue-t-elle pas un rôle d'importation de conceptions venues d'ailleurs ? »⁷⁰.

De façon plus internationale, vu de l'OIT, on peut estimer qu'un « groupe d'instruments tend à réaliser une égalité effective des travailleuses avec leurs collègues masculins »⁷¹. Ces normes viennent compléter celles générales de la convention et de la recommandation n° 111, toutes deux de 1958, concernant la discrimination (emploi et profession). On peut citer la convention n° 100 et la recommandation n° 90 de 1951 sur l'égalité de rémunération. Des progrès significatifs auraient été réalisés, « au cours des cinquante dernières années, vers plus d'égalité entre les femmes et les hommes au travail, même s'ils n'ont pas concerné également tous les États. Les méthodes traditionnelles de promotion de l'égalité de chances et de traitement avec leurs collègues masculins semblent toutefois avoir, à bien des égards, atteint, dans les pays industrialisés, une limite d'efficacité »⁷². Il faut donc prendre le chemin de l'égalité de résultat...

3 - Le chemin de l'égalité de résultat

Dans certains pays comme le Canada, on relève l'intervention d'une deuxième génération de lois dites « proactives » parce qu'imposant aux employeurs de prendre des mesures pour réaliser l'équité en matière d'emploi ou de salaire. L'équité en matière d'emploi vise à corriger les désavantages historiques vécus par certains groupes ciblés, dont les femmes, sur le marché du travail, en évaluant et en améliorant leur accès à des

⁶⁸ Pour un « point d'étape » voir notamment : U. Behning et A. Serrano Pascual, *L'approche intégrée du genre dans la stratégie européenne pour l'emploi*, L'Harmattan, Questions contemporaines, Paris 2002, 438 p.

⁶⁹ Même si celui-ci, limité dans la durée et non rémunéré, n'est pas particulièrement attractif pour les pères !

⁷⁰ Cf. Y. Kravaritou, op. cit.

⁷¹ Cf. J.-M. Servais, op. cit.

⁷² *Idem.*

catégories d'emplois dans lesquelles ils sont absents ou sous-représentés. L'équité salariale vise, pour sa part, à corriger les écarts salariaux entre les hommes et les femmes. Sa mise en œuvre peut impliquer un dédommagement rétroactif important pour compenser et rectifier ces disparités de rémunération »⁷³. Une logique de résultat a ainsi commencé à s'imposer. Elle s'exprime y compris dans des évolutions jurisprudentielles, ainsi la Cour de cassation française donne-t-elle une illustration de l'obligation de « sécurité de résultat » en droit français, en affirmant que « dès lors que les faits de harcèlement moral sont avérés, la responsabilité de l'employeur est engagée même en l'absence de faute de sa part »⁷⁴.

Mais la France n'est certainement pas le pays le plus avancé dans cette voie ; on se doit ici de rappeler la modification de la loi italienne portant désormais « Actions positives pour la réalisation de l'égalité homme - femme au travail ». La définition de la discrimination y est ici plus large que celle de la directive européenne 73/2002. Elle vise en effet aussi bien la discrimination directe qu'indirecte mais prévoit un troisième type de discrimination interdite dit de « discrimination à caractère collectif ». Celui-ci n'est pas véritablement défini par la loi mais a été interprété comme une discrimination concernant l'ensemble d'un groupe. On peut voir ici une influence du modèle américain. Pour développer la lutte contre ce type de discrimination, de nouveaux intervenants publics ont été institués au niveau national, régional et local : les « Conseillers d'égalité »⁷⁵.

Toutefois, quelles que soient les applications ou innovations des pays membres de l'Union européenne, certains estiment que l'impact du droit communautaire du travail ne pourra être significatif - en termes d'égalité réelle ! - qu'en adoptant une approche véritablement de genre⁷⁶. Est-ce possible ? Quelques indices en ce sens peuvent être relevés dans ce qu'on appelle en anglais « *mainstreaming* » et qui se traduit en français par concept d'intégration. On entend par là la promotion de l'égalité des chances dans l'ensemble des actions et des politiques communautaires et la mobilisation de l'ensemble des actions et des politiques générales en vue de réaliser cette

⁷³ S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

⁷⁴ Cour de cassation, Chambre sociale, 21 juin 2006, n° 05-43.919, S.S.L. 3 juillet 2006, n° 1268, p. 10.

⁷⁵ Cf. S. Scarponi, op. cit.

⁷⁶ Cf. S. Burri, op. cit.

égalité entre les femmes et les hommes »⁷⁷. Mais une telle démarche peut-elle se réduire à utiliser les seuls outils du droit social ? Peut-on en matière d'égalité de genre et en matière d'emploi et de travail, ne compter que sur le droit social ? Certains le croient en soulignant que le droit de l'égalité se rattache au droit économique et qu'il n'intègre pas assez une logique de protection et de progrès social. Pourtant, n'aperçoit-on pas certaines limites du droit social ?

B - Les limites du droit social

Devant la multiplication des « témoignages nationaux » affirmant l'existence de lois et autres dispositifs juridiques visant globalement toutes sortes de discrimination ou spécifiquement celles fondées sur le sexe mais n'ayant que très peu « d'effet utile », certains tiennent à rappeler que « les normes juridiques ont un rôle ne serait-ce qu'au travers de l'affichage d'un dessein, en affirmant un jugement éthico-social qui se traduit par des actions positives ou des interventions contraignantes visant le changement souhaité »⁷⁸. Cependant, ce n'est pas la fonction du droit en général qui est ici en discussion mais la pertinence en termes d'efficacité du droit social qui est en question.

L'interrogation sur les rapports entre genre et droit social fonctionne en réalité comme un révélateur des limites du droit social. Elle met à nu les incapacités du droit du travail (1) ainsi que les déficiences du droit de la sécurité sociale (2) dans la prise en charge de relations de travail dites atypiques alors que ces dernières connaissent un développement sans précédent et concernent très souvent des femmes. Par ailleurs, d'autres droits que le droit social interfèrent dans le maintien ou la modification des rapports sociaux de sexe instaurés (3).

1 – Les incapacités du droit du travail

Les lois du travail ont été conçues à l'origine pour apporter un minimum de protection sociale aux salariés dits « traditionnels », c'est-à-dire aux salariés travaillant à durée indéterminée et à temps plein pour un employeur clairement identifiable sur les lieux mêmes de l'entreprise. Ainsi a-t-on fait

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Cf. A. Monteiro Fernandes, op. cit.

remarquer que « l'incapacité du droit du travail à protéger les personnes qui occupent de plus en plus des emplois ou des situations de travail atypiques n'a pas un effet neutre : il ajoute aux problèmes de ségrégation professionnelle et de sous-évaluation du travail féminin que tentent de corriger les lois en matière de discrimination. D'autres ont relevé pour les femmes une « inadéquation du marché du travail traditionnel, fondé sur le modèle de l'homme pourvoyeur, à leur situation »⁷⁹. Elles opteraient ou seraient obligées d'opter pour des formes d'emploi atypiques afin de mieux équilibrer leurs responsabilités familiales et professionnelles mais seraient par là même exclues du bénéfice d'un certain nombre de droits sociaux.

Dans le même sens, on peut affirmer que « de nombreuses femmes ne bénéficient pas de l'égalité d'accès aux droits sociaux parce que certains droits sont fondés sur le modèle dépassé du soutien de famille masculin ou ne tiennent pas compte du fait que les femmes supportent une part prédominante de la charge que représente la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle »⁸⁰. Cela apparaît à l'évidence dans de nombreux systèmes de protection sociale, ce qui explique également en partie la féminisation de la pauvreté dans l'Union européenne (interruptions de carrière, travail à temps partiel, manque d'instruction et de formation). Dans cette perspective, il faudrait « repenser l'organisation du travail et de la protection sociale dans un sens large. Pour le droit du travail, ceci implique entre autres un nouveau concept du salarié, ayant pour base la personne ayant des responsabilités en dehors du travail rémunéré. Une telle approche remet en question les normes qui dominent le droit du travail. Celles-ci reflètent encore un standard masculin de travail à temps complet, aux heures de travail fixes, sans interruptions de carrière. Il est temps de remettre ces normes en question et indéniablement, le droit communautaire y a déjà contribué dans une certaine mesure, mais il reste encore beaucoup à faire »⁸¹.

2 - Les déficiences du droit de la sécurité sociale

Le droit de la sécurité sociale est lui-même mis en accusation, parfois accusé d'être coupable depuis sa naissance. Ainsi, il aurait été construit sur l'idée d'une faible ou inexistante activité professionnelle rémunérée des

⁷⁹ S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

⁸⁰ S. Burri, op. cit.

⁸¹ *Idem*.

femmes⁸² ; cette construction a eu des effets « auto reproducteur » : un moindre revenu appelant un moindre intérêt à travailler, les droits dérivés de ceux du conjoint rendant inutile l'acquisition de droits propres ; les facilités accordées aux seules femmes pour s'occuper des enfants conduisent pour leur part à qu'elles le fassent... et ne progressent pas sur le marché du travail; tout cela s'est inscrit dans une logique de « protection-infériorisation » de la femme, de « protection-consolidation » du statut social des pères et des époux, « approche » traduite dans l'existence d'autorisation du mari pour travailler, dans l'absence de libre disposition de ses salaires par la femme mariée, etc. toutes dispositions dont on retrouve encore aujourd'hui plus que de simples traces dans certains droits⁸³.

Pour d'autres, c'est la trop grande dépendance de la protection sociale au travail et à un modèle d'activité ininterrompue à temps plein, qui a pour conséquence une moindre protection de travailleurs précaires et donc de femmes. Au Canada, comme dans de nombreux pays, on relève que « les travailleuses qui occupent un emploi à temps partiel, un emploi non permanent ou qui gagnent un faible revenu sont parmi les plus susceptibles de ne pas recevoir de prestations »⁸⁴. En ce qui concerne le Japon, on insiste sur les interférences très concrètes existant entre assurances sociales et question d'égalité de genre, sur les difficultés voire impossibilités d'accès au bénéfice de l'assurance maladie ou de l'assurance vieillesse rencontrés notamment par les travailleurs à temps partiel, qui sont très majoritairement des travailleuses⁸⁵.

Cependant, la Sécurité sociale apparaît comme un poste d'observation ne serait-ce que parce qu'elle est l'outil par excellence de redistribution des revenus mais aussi du temps (maladie, chômage, retraite). Elle est en soi révélatrice des choix faits ou non de « couvrir » la prise en charge de responsabilités familiales, d'attacher directement ou indirectement le bénéfice de droits à la qualité de travailleur ou à la qualité de parents. Ainsi la Sécurité sociale enregistre et prend part à la construction de représentations des rôles des hommes (qui travaillent) et des femmes (qui peuvent certes un peu travailler mais...). Elle peut aussi être un instrument dans la

⁸² Cf. H. Masse Dessen, op. cit.

⁸³ Cf. not. J. Djuikouo, *Présence des femmes sur le marché du travail et responsabilités familiales : dits et non-dits du droit camerounais*, op. cit.

⁸⁴ S. Bernstein, M.-J. Dupuis, G. Vallée, op. cit.

⁸⁵ M. Iwamura, op. cit.

modification des rôles et rapports sociaux de sexe. Pour favoriser par exemple l'engagement professionnel des femmes et l'engagement familial des hommes il suffit, par exemple, d'indemniser ce « risque » sur un mode classique de Sécurité sociale. Ainsi en Suède, une branche regroupant notamment dépendance et congé parental, finance pendant un an la garde de l'enfant par la mère ou le père, sachant qu'après un an la société permet l'accès à une crèche. Au fond, tout cela renvoie à une délibération, un choix de société sur ce qui doit être prioritairement pris en charge par la Sécurité sociale, à une redéfinition des risques pris en charge ...

De façon générale, il arrive que l'on estime que « la redéfinition des rapports sociaux de sexe est aujourd'hui opérée par le droit social communautaire... dans le sens ou par référence à une norme qui peut être qualifiée de « masculine »⁸⁶. Une interrogation ouvre alors sur l'existence de « valeurs féminines » qui ne seraient pas prise en compte... Faut-il rechercher un droit pour les femmes, un droit séparé ? Il s'agit d'un point de vue provocateur mais il permet d'indiquer des vécus différents - des hommes et des femmes - du travail et des responsabilités familiales. Est-ce que l'égalité homme / femme, ce serait « faire tout comme les hommes » ? Suivre les mêmes formations, les mêmes carrières ? Une « masculinisation » généralisée n'ignore-t-elle pas d'autres besoins de la société ?

3 - Les interférences d'autres droits

Au travers singulièrement de la question de la conciliation entre obligations professionnelles et vie familiale, on aperçoit combien d'autres instruments ou branches du droit que le seul droit social doivent être mobilisés pour viser à l'efficacité ; ainsi, à titre d'exemple, on peut souligner que parfois ce sont plus les politiques familiales et publiques que les dispositions de droit du travail qui peuvent participer au renversement du modèle traditionnel de répartition des rôles sociaux, et à la sortie des femmes du foyer ! Ainsi peut-on se demander, en songeant à la situation allemande, si l'essentiel ne tient pas à la mise en place de véritables structures de garde d'enfants. De même, dès lors qu'un couple marié peut diviser, comme en Allemagne, le revenu global par deux, ce n'est pas le droit du travail mais une modification du droit fiscal qui peut permettre de revenir sur le fait qu'il

⁸⁶ Cf. Y. Kravaritou, op. cit.

est objectivement plus avantageux fiscalement que la femme reste à la maison et ne travaille pas !

Si certains droits civils ou coutumiers ne sont pas facteurs d'améliorations de la situation des femmes sur le marché du travail, le droit social n'est ainsi pas le seul outil de réduction des écarts d'égalité de chances entre hommes et femmes en matière d'emploi et de protection sociale, ainsi du droit fiscal, du droit des marchés publics, des systèmes d'aides publiques conditionnées, ...

En guise de conclusion

Le paradigme de l'« homme pourvoyeur » de revenu et de garantie n'est pas mort de même que beaucoup de stéréotypes sociaux que l'on pensait bousculés, notamment par les évolutions du droit social. Celui-ci peut être un vecteur d'égalité mais peut aussi servir à perpétuer l'inégalité entre les hommes et les femmes singulièrement sur le marché du travail. On doit dans les réponses juridiques tenir compte des causes de cette inégalité. Dans « La République », Platon affirmait que « les aptitudes naturelles ont été semblablement distribuées dans les vivants des deux sexes ; la femme doit avoir naturellement part aux mêmes activités que l'homme » ... il insisterait aujourd'hui certainement sur les variables culturelles, les représentations sociales des rôles de l'homme et de la femme au travail et vis-à-vis du travail qui nuisent manifestement, quelque peu, à l'épanouissement de l'égalité naturelle qui lui était chère. Le droit (y compris le droit social) n'est pas seul à devoir être mobilisé pour changer les choses ; la question de l'égalité de droits et de traitement des hommes et des femmes au travail, et vis-à-vis du travail, appelle des prises de consciences collectives, des choix de société traduits juridiquement mais surtout dans les faits. Toutefois, si l'on doit veiller à dépasser le dilemme égalité ou protection, on doit aussi rechercher une égalité qui permette de continuer à prendre en compte la différence !