



HAL
open science

Droit et Genre

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Droit et Genre. Sonia Leverd. Les nouveaux territoires du droit, L'Harmattan, pp.87-104, 2013. halshs-00925895

HAL Id: halshs-00925895

<https://shs.hal.science/halshs-00925895>

Submitted on 8 Jan 2014

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.

Droit et Genre

Eric Millard

Le genre, par opposition au sexe qui est une donnée biologique, est appréhendé comme une construction sociale. Reprenant le mot d'ordre de Simone de Beauvoir : « On ne naît pas femme : on le devient. Aucun destin biologique, psychique, économique ne définit la figure que revêt au sein de la société la femelle humaine ; c'est l'ensemble de la civilisation qui élabore ce produit intermédiaire entre le mâle et le castrat qu'on qualifie de féminin. Seule la médiation d'autrui peut constituer un individu comme un *Autre*. En tant qu'il existe pour soi, l'enfant ne saurait se saisir comme sexuellement différencié »¹, celles et ceux qui s'intéressent à la question du genre, quelles que soient les raisons pour lesquelles elles et ils s'y intéressent, et le champ disciplinaire ou la pratique concernés, mettent l'accent sur les conditions de construction de l'identité sexuée, et cherchent la mise au jour des relations de domination que ces constructions entraînent.

Le droit est également une construction sociale, ou mieux une pratique sociale. Il dénote un ensemble de normes, qui portent autant de valeurs, dans une forme particulière. Une des questions majeures qui se pose depuis les dernières décennies, dans la plupart des démocraties libérales notamment, est de savoir si et comment il est possible de penser les relations entre droit et genre, et au-delà, si on le souhaite, d'agir, au moyen du droit, sur la construction et la déconstruction des genres : penser comment le droit procède de présupposés sociaux de genre et comment il participe à la reproduction ou à la transformation des rapports de genre. Bref, comment les deux constructions sociales de droit et de genre interagissent.

Ainsi définie, la problématique du genre, et du rapport

1 Simone de Beauvoir, *Le Deuxième Sexe*, Paris, Gallimard, 1949.

entre droit et genre, est cependant extrêmement large. Elle est susceptible d'inclure tout ou partie, notamment, des questions suivantes : les relations femmes/hommes dans la sphère domestique (division du travail domestique, statut de la famille, violences domestiques, etc.), dans la sphère du travail (relations de travail, possibilités de carrière, harcèlement moral ou sexuel, etc.), ou dans la sphère publique (représentation politique, violences sexuelles, liberté d'expression et notamment artistique ou pornographique, protection en cas de conflits armés, etc.) ; les constructions des identités sexuées ou des préférences sexuelles ; le questionnement de la division binaire entre hommes et femmes (Trans-genre, Queer Theory, etc.). Elle ne présuppose pas non plus une homogénéité politique ou morale : la théorie du genre connaît aussi bien un versant conservateur que libéral de ce point de vue, qu'illustra notamment le débat entre Catharine A. McKinnon² ou Andrea Dworkin³ et Duncan Kennedy.⁴ Pour autant, cela ne signifie pas que la question du genre soit simplement une question transversale, transcendant différentes conceptions politiques ou morales. Sur chacune des questions qu'elle peut envisager, et à partir de la diversité des points de vue adoptés, elle traduit des approches politiques et concurrentes, ni plus ni moins que les postures qui, de leur côté, nient à l'interrogation sur le genre toute pertinence.

La juridicisation de la théorie du genre, ou si l'on préfère la réflexion sur la manière dont le droit genre ses objets, est devenue dans la plupart des pays anglo-saxons, puis occidentaux, une approche classique de l'analyse universitaire du droit⁵ et de l'usage militant des normes juridiques⁶. Pour autant, l'Université française semble être largement restée à

2 Catharine A. McKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989. Sur le féminisme de McKinnon, voir notamment Jean-François Gaudreault-Desbiens, *Le Sexe et le Droit*, Québec, Yvon Blais éditions, 2001.

3 Andrea Dworkin, *Intercourse*, New York, New York Free Press, 1987.

4 Duncan Kennedy, *Sexy Dressing, Violences Sexuelles et Erotisation de la Domination* (1993), Paris, Flammarion, 2008.

l'écart de cette généralisation : si les questions du genre ne sont pas absentes, c'est essentiellement sous l'aspect de la discrimination appliquée à la question du genre⁷, même si ponctuellement des études plus directement liées à la problématique du genre sont publiées, individuellement ou collectivement⁸. Les raisons de cette relative marginalisation sont diverses et nombreuses, mais il n'est pas de mon propos d'en traiter ici.

Pour présenter le rapport entre droit et genre, il me faudra en préalable apporter plusieurs précisions sur la conception du droit que j'adopte en tant que théoricien du droit. L'introduction, la compréhension d'un questionnement sur le genre, n'est jamais neutre et sa cohérence dépend largement de présupposés théoriques qui ne sont pas toujours explicités (1) ; pourtant de là dépend la possibilité, ou non, de dépasser les difficultés conceptuelles que la question du genre pose à nos conceptions juridico-politiques, et aux principes que nous admettons en démocratie, particulièrement le principe de l'universalisme (2). Une fois ces points éclaircis, il sera possible d'analyser quelques exemples des rapports entre droit et genre à partir de la question de la parité en politique (3), de celle du mariage entre personnes de même sexe (4) et de celle de la loi

5 Voir par exemple, Beverley Baines and Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

6 Voir Liora Israël, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, qui introduit à l'analyse de ces pratiques.

7 Voir par exemple Miyoko Tsujimura et Danièle Lochak (dir.), *Egalité des Sexes, La Discrimination Positive en Question*, Paris, Société de Législation Comparée, 2006.

8 Par exemple Guillaume Delmas, Sarah-Marie Maffesoli et Sébastien Robbe, *Le Traitement Juridique du Sexe*, Paris, L'Harmattan, Collection Presses Universitaires de Sceaux, 2010 ; *Jurisprudence, Revue Critique*, n° 2 (Le genre, une question de droit ?), Paris, 2011. Voir également le programme de recherche REGINE (Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités en Europe) à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense : <http://regine.u-paris10.fr/>.

interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (5). Je terminerai en introduisant une variation nécessaire dans l'analyse du genre à partir des problématiques de l'intersectionnalité (6).

Cadre théorique

L'analyse des questions de genre dans l'étude du droit que je propose s'appuie sur une conception théorique de la démarche juridique critique. Cette conception est fondée sur une approche positiviste, empirique, qui veut être explicative-descriptive : je m'intéresse au droit tel qu'il est, et non pas à un droit tel qu'il devrait-être ; même si ce droit tel qu'il est peut ne pas me plaire, et je n'entends pas substituer à cette description du droit tel qu'il est des propositions de ce que serait le vrai droit, comme le font de nombreux philosophes, et aussi quelques juristes. Cette conception me permet de proposer une analyse politique de ce que le droit dit, à partir d'une analyse du langage et d'une déconstruction du langage : je recherche dans l'analyse du discours juridique les fonctions politiques qu'il remplit, pour mettre au jour la manière dont il fonctionne réellement.

J'ai bien sûr conscience de ce qu'une telle mobilisation théorique peut ne pas répondre aux sollicitations qui sont souvent faites aux juristes ou à ceux qui prétendent à une certaine connaissance du droit, dans le débat politique par exemple : un discours d'expert qui pourrait guider des choix politiques et moraux que doivent faire les citoyens, les représentants ou les juges. En tant que citoyen, je ne peux évidemment pas échapper à ces choix, et je prétends avoir quelques convictions fortes sur les questions de genre (et sur d'autres aussi). Mais je considère que la fonction d'une théorie du droit, sur le genre comme sur d'autres questions, consiste à établir, d'une part, dans quel contexte juridique ces choix sont faits, d'autre part, quelles seraient les conditions de cohérence

de ces choix. La première partie de cette fonction suppose une analyse empirique des faits du droit pour l'identifier et le décrire, la seconde une démarche analytique de clarification des concepts employés (dont celui de genre).

Comme on peut le voir, cette démarche s'inscrit épistémologiquement dans la suite du positivisme logique. Elle repose sur plusieurs thèses, dont il n'est pas nécessaire de dresser ici la liste exhaustive, non plus que de les exposer longuement. La première est celle du non cognitivisme éthique, qui distingue entre une connaissance et une description des faits (susceptibles de falsification) et des jugements de valeurs, notamment sur les questions morales. La seconde est celle du réalisme juridique, qui réduit le droit à des faits, comme des faits d'énonciation normatives par des autorités politiques (constituant, législateur, etc.) et des faits d'argumentation juridique attribuant des significations prescriptives à ces énoncés, créant des prescriptions en dehors de ces énoncés, justifiant des interprétations ou des décisions : un ensemble d'entités linguistiques non susceptibles de vérité.

En matière de genre, cette approche théorique permet à son tour de soutenir d'autres thèses. La première identifie une conception binaire du genre dans le droit français, qui semble reposer sur une vérité biologique et/ou naturaliser une différence juridique : une catégorisation. L'exemple le plus parlant peut en être trouvé dans un dispositif à l'efficacité redoutable mais qui relève des régions les plus subalternes du droit : l'identification au moyen d'un numéro dit INSEE ou de sécurité sociale ; le pendant administratif si l'on veut de l'état-civil. Chaque individu recensé, donc existant juridiquement, se voit attribuer un numéro d'identification composé dans ses premiers chiffres par une série de données le concernant : son année et mois de naissance, son département de naissance, etc. Or le premier chiffre désigne le sexe biologique ; il construit le genre de l'individu, et cette construction ne peut être que masculine (1) ou féminine (2) : ni le zéro (sans genre déterminé) ni un autre chiffre (un autre genre) ne sont possibles. Pour autant, cette apparence

conformité du droit aux réalités biologiques, ce que l'on pourrait appeler une vérité biologique du droit, n'est pas toujours totale : le transsexualisme ou l'hermaphroditisme interrogent ici la possibilité d'écrire la vérité biologique dans le droit par un tel mécanisme. Et la vérité biologique n'a pas toujours été, et en partie n'est pas toujours, recherchée par d'autres dispositifs du droit : la présomption de paternité du mari durant longtemps, ou l'inscription sur l'acte d'état civil d'un enfant dans le cadre d'une adoption plénière des adoptants comme parents admettent que le droit ne suive pas la vérité biologique.

Il y a derrière les choix normatifs des jugements moraux des interprètes, sur le poids respectif à attribuer à la vérité biologique, et à d'autres considérations, de nombreuses et variables représentations culturelles, religieuses, politiques, pratiques, dont on ne saurait faire abstraction. Ce sont justement elles qu'une problématique du genre interroge dans la construction d'une dualité des rôles qu'une différence de catégorie suppose et reproduit, et dans la naturalisation de la domination. En même temps, dans les démocraties occidentales, dans les Etats de droit libéraux, ces choix normatifs sont contraints, et ils traduisent une tension entre des droits fondamentaux qui sont garantis à l'individu indépendamment de considérations de genre (comme d'ethnie, de préférences individuelles, de croyances, etc.) et les choix moraux et politiques majoritaires qu'une acception minimale de la démocratie enregistre et qui peuvent exprimer une conception des genres. Cette tension peut aboutir à des contradictions, qui juridiquement se posent notamment quand des choix sur le genre, à commencer par la catégorisation de genre, préalable à des statuts différenciés, heurtent les droits de certaines de ces catégories : le droit à l'égalité par exemple. Pour partie, une question comme celle du mariage entre personnes de même sexe peut se comprendre comme un choix moral sur la conception de la famille, mais pour partie aussi, elle doit se comprendre en droit comme une question d'égalité ou de discrimination entre individus dans l'accès à un droit, celui de se marier. L'égalité ne se réduit certes pas à une conception abstraite, et des justifications de différence peuvent être

avancées, qui justifieraient aussi des catégorisations de genre ; mais dans le cadre du droit des démocraties libérales, toute justification n'est pas admissible, et il faut que ces justifications ne contreviennent pas à des droits par ailleurs affirmés, comme le droit de ne pas être discriminé à raison de ses orientations sexuelles. En définitive alors, la question du genre doit être située par rapport à celle de l'universalisme.

Théories du genre et doctrines de l'universalisme

Assez fréquemment, les approches en termes de genre se voient disqualifiées sur deux terrains, d'inégal intérêt théorique, mais de forte portée pratique. D'une part, ces approches sont suspectées d'être une remise en cause d'un ordre prétendument naturel ou traditionnel. Cela est sans doute vrai mais c'est là justement le but de ces théories de proposer une déconstruction des discours qui construisent comme naturels une conception traditionnelle, et le débat devrait se résumer à pouvoir faire des choix, étant entendu qu'aucun n'est vrai a priori, et qu'il s'agit de décider des normes qui régissent une société donnée. D'autre part, ces approches sont taxées de communautaristes, en ce qu'elles diviseraient la société en un ou plusieurs genres, remettant en cause un principe fondamental des démocraties issues du projet politique des Lumières (le libéralisme politique et l'humanisme) : le principe d'universalisme. Cette seconde posture mérite davantage d'attention théorique mais dans les deux critiques, on fait, je crois, peu de cas de deux points importants. Tout d'abord, une approche en terme de genre, et plus précisément une théorie du genre en droit, ne prétend pas qu'il faille introduire des divisions de genre (au sens de créer des catégories correspondant à des communautés de genre) : une théorie du genre n'est pas une doctrine, et il est parfaitement possible de la mobiliser en se satisfaisant par ailleurs de conceptions prétendument naturelles ou traditionnelles, en proposant éventuellement de redéfinir des catégories de genre ou en redistribuant des droits entre

catégories de genre, enfin en considérant que ces catégories de genre devraient être supprimées. Ensuite, une approche en terme de genre décrit des situations actuelles, qui pour partie sont issues de ces conceptions naturelles ou traditionnelles : ce n'est pas la théorie qui introduit des catégories de genre : elle fournit simplement une lecture à partir des catégories existantes du droit, qui se trouvent être aussi des catégories genrées.

Dès lors, les rapports entre universalisme et genre peuvent être repensés. Pris chacun en tant que doctrines, il y a évidemment une incompatibilité puisque la doctrine de l'universalisme exige qu'aucune catégorie ne viennent perturber une distribution égalitaire des droits entre individus indépendamment de toute considération liées à autre chose que sa nature d'individu, et une doctrine des genres réclame qu'une distinction soit faite entre eux selon des catégories variables de genre, distinction qui n'a d'intérêt juridique que si elle permet une attribution différenciée de droits selon ces catégories. Je ne nie pas qu'il existe des doctrines du genre qui visent à cela, comme certaines versions du féminisme différentialiste, mais ce n'est pas ces doctrines qui nous intéressent ici, mais bien des théories. D'un autre côté, si on confronte les théories du genre aux théories de l'universalisme, il devrait être assez facile de considérer que les théories de l'universalisme, donc des théories qui affirment dans une démarche descriptive-explicative que les systèmes de droit positif des démocraties libérales procèdent à une distribution égalitaire des droits entre individus indépendamment de toute considérations liées à autre chose que sa nature d'individu, sont contredites par les faits qu'elles entendent décrire : en droit français par exemple, comme on s'en est fait l'écho déjà, il existe bel et bien des catégories de genre. Le point critique, révélant la tension précédemment signalée, réside alors dans la confrontation entre la doctrine juridico-politique de l'universalisme (dont en France l'article 1 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 exprime le principe : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » malgré l'ambiguïté linguistique et la réserve de distinctions justifiées) et les

théories du genre, qui décrivent jusqu'à quel point les catégories de genre admises par ces systèmes juridiques réalisent ou contredisent cette doctrine.

Méthodologiquement, le genre des théories du genre constitue donc purement un outil d'analyse critique de l'universalisme, qui dit si et jusqu'à quel point ce principe peut se réaliser : qui pointe donc les difficultés qu'une configuration donnée du droit, issue de représentations sociales communes et de choix moraux implicites construit ; et qui éventuellement indique des points de correction pour la concrétisation du principe d'universalisme (interpréter par exemple « homme » comme « personne humaine » et non comme « individu de sexe masculin » ; désigner des situations d'inégalité juridique ou sociale, etc.). Pragmatiquement, il s'agit aussi d'un outil de correction fondé sur l'utilité commune, permettant des politiques d'action affirmative (également désignées comme discrimination positive) qui construit le genre comme une catégorie permettant une inversion juridique d'une domination sociale, ou d'une inégalité sociale : donc la concrétisation du principe d'universalisme. Ce que l'analyse des trois exemples qui suivent vise à montrer.

La parité

Le système de la parité a été introduit en France par une réforme constitutionnelle du 28 juin 1999 et une loi du 6 juin 2000. La nécessité d'une réforme constitutionnelle préalable était due à l'interprétation par le Conseil constitutionnel du principe d'universalisme comme requérant que « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont exclus ni pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ni pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, sans que puisse être opérée aucune distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe »⁹ : la réforme constitutionnelle

se limite à donner un fondement constitutionnel à la loi¹⁰.

La notion de parité exprime l'exigence d'une présence paritaire d'hommes et de femmes sur les listes de candidature aux élections politiques, c'est-à-dire une présence numériquement à peu près égale (à peu près, car ces listes comportent toujours un nombre impair de candidats, et l'alternance entre candidats des deux sexes ne se fait pas toujours à chaque rang). Des listes qui ne seraient pas paritaires en ce sens ne pourraient pas concourir. Cette introduction pose différentes questions, techniques et théoriques.

Sur le plan technique, la principale difficulté tient à ce qu'un tel système n'est envisageable que lorsqu'il existe une liste de candidature. Or les élections en France pour les mandats politiques essentiels (Présidence de la République et Assemblée nationale) sont en l'état actuel des choses exclues de ce mécanisme dans la mesure où les candidatures sont individuelles. Il est bien possible (et une proposition a été faite en ce sens en 2012 pour des élections locales au mode de scrutin comparable) d'envisager un vote par ticket (en réduisant de moitié les circonscriptions, et en élisant dans chaque circonscription un homme et une femme), mais cette solution n'a pas été retenue, tant en raison de ses difficultés techniques que des interrogations sur sa signification réelle (la parité ne portant plus sur des candidatures mais sur des postes électoraux). Afin de pallier cette difficulté, il a été retenu que le non respect par les partis politiques de l'exigence de parité pour les élections des représentants au sein de la première chambre du pouvoir législatif serait sanctionné par une réduction de l'aide publique qui leur est accordée.

1999, reprenant l'argumentation de la décision du même Conseil constitutionnel n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, qui portait sur les quotas.

10 Elle introduit pour l'essentiel à l'article premier de la Constitution l'énoncé suivant : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

Sur le plan théorique, la parité est susceptible de diverses interprétations¹¹. Elle peut en effet être perçue comme une mesure d'action affirmative dans la mesure où il s'agit d'imposer la présence d'une moitié de candidats de sexe féminin (dans des positions d'éligibilité vérifiables) pour inverser une tendance certaine à la sous-représentation des femmes dans les positions politiques soumises à élection : elle serait en ce sens une déclinaison particulièrement forte de l'habituelle technique des quotas. Mais elle peut également être vue (et elle a pu aussi être défendue) comme une technique visant à enregistrer et à reproduire dans les organes politiques une division naturelle du corps électoral entre hommes et femmes. Si la première interprétation est compatible avec l'universalisme, la seconde en revanche traduit une autre vision politique du monde.

Il est difficile de trancher clairement entre ces deux lectures, qui utilisent pour l'une la division de genre pour mieux la combattre ou au contraire pour l'autre la renforce en l'institutionnalisant. Pour autant, il est impossible de ne pas constater que si la parité n'a pas résolu tous les problèmes de sous-représentation, elle a permis d'accroître considérablement la place des femmes dans les organes politiques, et partant le regard porté par le corps électoral sur cette place¹². Ce qui a conduit à réfléchir à une extension de ce principe de parité (ou de représentation équilibrée) par-delà la sphère du politique : au sein des conseils d'administration¹³ ou des organes

11 L'analyse théorique de la parité a moins retenu l'attention de la doctrine française que ses difficultés techniques. Voir cependant antérieurement aux réformes, Jacqueline Martin (dir.) *La Parité, enjeux et mise en œuvre*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 1998 et postérieurement : *Ius Gentium (Paritary Rights)*, Vol. 7, n°1, Baltimore, 2001 et *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 9, Universidad Complutense, Madrid, 2008.

12 On peut trouver les données relatives à ces questions sur le site de l'Observatoire de la Parité : <http://www.observatoire-parite.gouv.fr/>

13 Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils

universitaires par exemple.

Le mariage entre personnes de même sexe

La question du mariage est sans doute une des questions les plus controversées, et les plus ouvertement marquées par des représentations de genre. C'est vrai du mariage entre personnes de sexes différents, s'agissant des rôles masculin et féminin ; c'est vrai du mariage entre personnes de même sexe, s'agissant de la construction du statut juridique porté sur l'homosexualité. Si le droit a, à cet égard, énormément évolué (égalité de statut des conjoints, lutte contre l'homophobie), l'admission du mariage entre personnes de même sexe rencontre ici la prégnance de représentations culturelles de genre, fortement ancrées, et souvent (bien que non exclusivement) liées à des considérations d'origine religieuses, morales ou prétendument psychanalytiques. Dans les représentations communes, le mariage est paré de significations qui vont largement au-delà d'une technique juridique complexe constituant un statut de droit : la question de la famille et de la filiation, la question de la lisibilité sociale (et de la reconnaissance sociale) y sont spontanément rattachées notamment, tant du côté de celles et ceux qui réclament qu'il soit ouvert à tous indépendamment de considérations de différence de sexe, que du côté de celles et ceux qui s'y opposent.

La loi du 17 mai 2013 a ouvert en France le droit de se marier aux couples de personnes de même sexe, et en conséquence permet aux couples homosexuels de bénéficier de tous les droits liés au statut de couples mariées, dont le droit d'adopter conjointement. Seule la question de la procréation médicalement assistée reste dissociée, le gouvernement n'ayant pas voulu inscrire cette question dans la loi, et le Conseil constitutionnel semblant considérer par anticipation qu'elle était pour les couples homosexuels détachable de la question du mariage : « les couples formés d'un homme et d'une femme

d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières »¹⁴.

Le droit français était à vrai dire peu disert sur ce point dans ses énoncés normatifs antérieurs. Tout d'abord, il ne traitait pas (à la différence d'autres systèmes de droit), et ne traite toujours pas, de la question de la famille, et n'envisage que séparément la filiation et la conjugalité¹⁵. Ensuite, il ne précisait pas explicitement l'exigence d'une différence de sexe, mentionnant simplement en général les époux (ce qui ne traduisait aucune notion relative au sexe de ceux-ci) et en particulier que l'homme et la femme pouvaient se marier au même âge (ce qui n'est que l'établissement d'une égalité d'accès au droit de se marier en fonction de l'âge, sans préciser avec qui ce mariage peut être contracté – art.144 du Code civil) et que le maire vérifiait que les époux, lors de la cérémonie civile, voulaient se prendre pour « mari et femme » (art.75 du même code, qui autorise évidemment une lecture naturaliste : un mari étant naturellement de sexe masculin et une femme de sexe féminin ; ou une lecture de genre, renvoyant à la libre construction des rôles de mari et de femme). A l'occasion de l'examen de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a explicitement refusé toute lecture naturaliste, que les opposants à la loi invoquaient, en indiquant : « doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait « naturellement » l'union d'un

14 Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

15 Sur ce point, voir Eric Millard, *Famille et Droit Public*, Paris, LGDJ, 1995.

homme et d'une femme »¹⁶.

L'exclusion du mariage entre personnes de même sexe en droit français ne résultait alors que de l'interprétation que la Cour de cassation donnait de ces articles, qui avait été confirmée par le Conseil constitutionnel¹⁷. Une interprétation qui évidemment ne pouvait être littérale et traduisait des présupposés culturels et moraux sur ce que devait être un mariage, même si habilement les juges ici affirmaient qu'une autre lecture supposerait une intervention du législateur. C'est ce que fit la loi du 13 mai 2013, et le Conseil constitutionnel en a tiré les conséquences en indiquant : « en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation »¹⁸.

Dans les pays dans lesquels ce mariage est déjà admis, cette réforme par rapport aux conceptions traditionnelles du droit a pu résulter de deux mouvements. Parfois, comme en France, une volonté législative s'est manifestée pour donner directement un statut explicite au mariage entre personnes de même sexe. Mais parfois aussi, l'origine tient à des décisions de justice qui, mobilisant les outils que les théories du genre notamment offrent, ont affirmé la tension existant dans les démocraties libérales entre les droits individuels fondamentaux qu'une constitution garantie et les effets pratiques que la

16 Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

17 Décision QPC 2010-92 du 28 janvier 2011.

18 Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

limitation du mariage aux personnes de sexes différents produit : rupture d'égalité dans l'accès à un droit ou discrimination lorsque certaines conséquences juridiques (fiscales, accès à l'adoption, à la procréation médicalement assistée, etc.) sont réservées aux couples mariés (par définition ici composés de personnes de sexes différents).

Ce second mouvement doit retenir l'attention, même et surtout si le Conseil constitutionnel français a refusé de l'initier. Il aurait pourtant eu quelques raisons de le faire puisque dans une autre décision ¹⁹ un peu antérieure il avait considéré que la disposition du code civil prévoyant que l'adoption simple n'entraîne un partage de l'autorité parentale entre l'adoptant et le parent de l'adopté que lorsqu'ils sont mariés ne posait pas de problème de constitutionnalité. La conjugaison des deux décisions crée évidemment une situation de discrimination, en attribuant des droits différents selon que le couple est ou non marié, et en réservant le mariage aux couples hétérosexuels. Le Conseil privilégie une lecture abstraite, fondée sur l'idée que la discrimination est justifiée par une différence objective de situation. D'autres cours constitutionnelles, s'appuyant sur la théorie du genre, ont interrogé le caractère objectif de cette différence de situation selon le genre, et préféré considérer que la différence était le fruit d'une construction sociale interrogeable. Ce faisant, elles peuvent respecter la liberté de choix du législateur, car il est parfaitement possible au législateur de répondre de manière satisfaisante de plusieurs manières : par exemple en ouvrant le mariage à tous pour éviter les discriminations (c'est le choix qui fut fait en France) ; mais aussi, si l'on considère que des obstacles culturels s'y opposent, en maintenant le mariage pour les seules personnes de sexes différents à condition de ne faire produire aucun effet au mariage qui accorderaient aux individus mariés des droits desquels les individus non mariés sont exclus ; ou même, car il serait possible alors de tenir malgré tout que le mariage constitue une reconnaissance symbolique discriminatoire en tant que tel, en renvoyant le mariage à la sphère religieuse et en

19 Décision QPC 2010-39 du 6 octobre 2010

en supprimant la reconnaissance par le droit : une thèse qui est soutenue notamment par celles et ceux qui voient dans le mariage en tant que tel (donc même ouvert aux personnes de même sexe) une institution qui en elle-même enregistre une différence de rôle construisant des genres (mari et femme).

La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public

Il peut paraître surprenant d'envisager la loi d'octobre 2010 qui interdit la dissimulation du visage dans l'espace public à propos d'une présentation des liens entre droit et genre. Cette loi, communément appelée « anti-burqa », a comme objectif affiché (sinon explicité dans sa rédaction) de lutter contre le port dans l'espace public par des femmes d'un vêtement (en réalité un niqab) que l'on dit associé à une pratique intégriste d'une religion ; vêtement qui occulte l'intégralité du corps féminin à l'exception des yeux. Cette loi ne paraît pas directement concerner la question du genre mais plutôt la liberté des pratiques religieuses ; or précisément, les théories du genre permettent une lecture en termes de genre de dispositifs qui ne paraissent pas directement ou immédiatement s'y rapporter.

Cette loi soulève une multitude de problèmes juridiques et politiques ²⁰ et je me limiterai ici aux questions de genre. Un des arguments forts à l'appui de cette loi procédait d'une réaction féministe : d'une part, en tant que tel, le port de ce vêtement constitue une négation de la dignité des femmes qu'il infériorise de manière générale et que l'on ne saurait admettre ; d'autre part, les femmes qui portent ce vêtement y sont souvent, sinon toujours, contraintes par la domination masculine domestique ou communautaire, ce que l'on ne saurait non plus

20 Voir la table ronde organisée par le Centre de Théorie et Analyse du Droit de Nanterre : Olivier Cayla, « Dissimulation du visage dans l'espace public: l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Recueil Dalloz*, Paris, 5 mai 2011, n° 17, p.1166-1170.

admettre dans le cas concret. Ces affirmations sont évidemment tout à fait fondées par elles-mêmes si l'on adopte une conception féministe universaliste, ce qui est mon cas. Mais ils occultent curieusement un troisième argument, qui n'est pas lié à un présupposé philosophique, mais à de simples considérations de fait (cet effet pratique des normes juridiques que les théories du genre prétendent dévoiler).

En effet, si l'on admet qu'il existe une part de contrainte dans le port par ces femmes du niqab dans l'espace public d'un côté, et que d'autre part interdiction leur est faite de sortir dans l'espace public avec ce niqab, on n'aura en rien résolu la question de la contrainte subie par ces femmes. Il est vraisemblable que dans la plupart des cas, l'interdiction ne se traduira pas par une diminution de la contrainte qu'elle subisse de la part de ceux qui les contraignent aux fins d'accéder à l'espace public sans le niqab, ou par une prise de conscience soudaine de ces femmes, grâce à la loi, du caractère inacceptable de la contrainte, les incitant à sortir sans le voile contre ceux qui les y contraignaient. Il est plus vraisemblable soit que ces femmes continueront à accéder à l'espace public avec le niqab, la contrainte les instrumentalisant dans un combat idéologique ; ou qu'elles n'accéderont plus à l'espace public, demeurant cantonnées dans le lieu où la contrainte peut s'exercer (les lieux domestiques). Dans les deux cas, la loi ne permet pas de lutter contre les violences de genre réellement subies par certaines femmes, et au contraire elle risque de les renforcer. D'un autre côté, nous serons en paix avec nos principes puisque l'image dégradante pour toutes les femmes que nous renvoie le port du niqab sera soit cachée à nos yeux quand elle demeure dans l'espace privé, soit sanctionnée quand elle s'installe dans l'espace public. Ici apparaît sans doute une limite théorique et pratique des théories du genre, que la réflexion actuelle tend à dépasser

Dépasser la question du genre

Les théories du genre paraissent d'une certaine manière transversales et ont des vertus théoriques et pratiques fructueuses. Finalement, quelle que soit la déclinaison du genre que l'on adopte, il semble possible à travers lui de pouvoir saisir toutes les situations que rencontrent tous les êtres humains, et donc de voir dans ces théories un élément explicatif global. Mais les choses sont plus compliquées sans doute, comme l'exemple de la loi dite anti-burqa le montre. Les rôles sociaux, et la domination, ne s'épuisent pas dans le genre. Et les personnes appartenant à un même genre ne sont pas non plus dans des situations qui excluent que se produisent entre elles une domination.

Les théories de l'intersectionnalité essayent de mettre au jour ces différences au-delà de la théorie du genre²¹. Ces théories sont nées de la prise en compte, notamment par la juriste Kimberle W. Creenshaw, du fait que certaines personnes subissent les effets combinés de plusieurs discriminations : des discriminations de genre, mais aussi des discriminations sociales ou économiques, des discriminations culturelles ou ethniques, etc. Si certaines personnes peuvent subir des discriminations conjuguées, d'autres peuvent être tour à tour (c'est-à-dire en fonction de la catégorie sur laquelle l'accent est mis) dominées ou dominantes. La domination de genre n'a pas la même signification, sans pour autant cesser d'être une domination, selon qu'elle s'exerce par et/ou sur des personnes par ailleurs plus ou moins dominantes (socialement, économiquement, culturellement, etc.) ou par ailleurs plus ou moins dominées.

Sans nier les dominations de genre, ces théories de l'intersectionnalité procèdent à une lecture plus fine des situations, en refusant de considérer que toutes les femmes, par exemple, qui subissent en tant que femme la domination

21 Pour une introduction à ces théories, voir Alexandre Jaunait et Sébastien Chauvin, « Représenter l'intersection, Les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *Revue française de sciences politiques*, Vol. 62, n°1, février 2012, p.5-20.

masculine socialement construite, se trouvent dans une situation identique ; et que tous les hommes de leur côté sont aussi dans une situation identique. Il ne s'agit pas de pointer une banalité : que certaines femmes, de manière contingente, peuvent être dominantes, et que certains hommes peuvent être féministes, ce qui est sans doute vrai mais qui n'invalide pas la problématique du genre en tant qu'elle saisit la structure d'une domination sociale. Il s'agit plutôt de mobiliser en même temps que le genre d'autres catégories de la domination, avec lesquelles les catégories de genre s'articulent, pour mieux mettre au jour les complexités sociales et les structures des dominations. Le genre alors n'épuise pas l'analyse de la discrimination en droit : il en est une composante importante, mais qui peut être précisée et redessinée par la prise en compte d'autres catégories tout aussi socialement construites.