

Sous la direction de
Stéphanie Hennette-Vauchez,
Marc Pichard et Diane Roman

LA LOI &
LE  ENRE

Études critiques
de droit français

CNRS EDITIONS

Présentation de l'éditeur



Concept mobilisé depuis de nombreuses années dans la plupart des sciences humaines et sociales, le genre n'a guère suscité l'intérêt des juristes français. Le contraste avec les pratiques étrangères étonne, d'autant plus qu'il est un outil fondamental pour l'étude du principe d'égalité qui innerve l'ensemble des branches du droit. L'objet de cet ouvrage est de passer des pans entiers du droit français au crible de l'analyse de genre afin d'identifier la place du droit dans la construction – ou la remise en question – des rapports sociaux de sexe.

Le pouvoir, et son arme principale qu'est le droit, saisit, classe et discipline les individus. Le choix de prêter une attention particulière à la différence des sexes, et ce dès la naissance, par l'inscription à l'état civil – alors que d'autres catégorisations sont considérées comme non pertinentes sinon taboues – révèle la dimension culturellement construite et socialement performative du genre. Penser avec le concept de genre, c'est penser les mécanismes de pouvoir et de domination – et, pour le juriste, mesurer comment ils sont entérinés ou, au contraire, déjoués et corrigés, par la norme de droit.

La persistance du plafond de verre et des inégalités salariales, l'appréciation du comportement de la victime d'un viol, de la responsabilité de la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de la légitime défense invocable par une victime de violences domestiques, illustrent l'acuité et la complexité des enjeux.

Cet ouvrage est issu du programme « Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe » (REGINE).

La loi et le genre

La loi et le genre

Études critiques de droit français

sous la direction de
Stéphanie Hennette-Vauchez,
Marc Pichard et Diane Roman

Coordinateurs scientifiques de REGINE

CNRS ÉDITIONS

15, rue Malebranche – 75005 Paris

Agence Nationale de la Recherche
ANR



© CNRS ÉDITIONS, Paris, 2014
ISBN : 978-2-271-08229-9

Sommaire

Avant-propos	9
Introduction générale	11
I. CORPS EN SOCIÉTÉ(S)	
Introduction.....	23
A. IDENTITÉ	25
Introduction.....	27
La mention du sexe à l'état civil.....	29
Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil).....	49
Nom de famille et nom d'usage : le système onomastique a-t-il un genre?.....	67
Les normes relatives au prénom : une perméabilité aux stéréotypes de genre?.....	85
B. CORPS REPRODUCTIFS	103
Introduction.....	105
Interruption volontaire de grossesse et contraception : quel accès à une liberté génésique?.....	107
Le droit de l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve du genre	127
Les mères vulnérables? Le suivi médico-social de la maternité.....	143
Les ambiguïtés du droit français à l'égard de l'allaitement	163
C. CORPS PRODUCTIFS	181
Introduction.....	183
« Travailleuse, travailleur » : une lecture du code du travail au prisme du genre... ..	185
Harcèlement sexuel au travail en France : entre rupture et continuité	201

D. VIOLENCES ET PRÉJUDICES.....	219
Introduction.....	221
La (dis-)qualification pénale des « violences sexuelles » commises par des hommes à l'encontre de femmes	223
Vingt ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel. Réflexions sur le corps et la liberté sexuelle des femmes saisis par le droit pénal.....	241
L'ambivalence du droit pénal à l'égard des « ex » violents. Étude de la circonstance aggravante des violences commises par les anciens conjoints ou concubins	261
Prostitution et racolage au prisme de l'égalité de genre	279
Corps féminins et responsabilité civile.....	297

II. RESSOURCES ET RICHESSES

Introduction.....	315
Les aides aux parents isolés : l'aide sociale au prisme d'une lecture féministe du droit.....	321
Genre et rapports patrimoniaux entre époux.....	339
Femmes commerçantes et femmes de commerçants. Une étude sur le genre en droit commercial.....	357
Analyse genrée du droit des successions. Étude de droit interne et de droit international privé.....	377
La transmission des biens par libéralités.....	393
L'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe confronté à la retraite des femmes	411
Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné.....	429
La fiscalité des particuliers au prisme du genre.....	447
Le budget de l'État : un budget sensible au genre ?	467
L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre.....	485

III. PARITÉ ET MIXITÉ

Introduction.....	503
La parité en politique. Le genre, un outil de pouvoir	507
Le droit à l'assaut des effets de genre, dans le champ de la représentation collective des salariés	525
La mixité dans la haute fonction publique.....	541
La représentativité des sexes dans les jurys de concours de la fonction publique.	561

L'équilibre des sexes au sein des conseils d'administration et de surveillance des grandes entreprises.....	583
---	-----

IV. DIGNITÉ(S)

Introduction.....	601
Honneurs et déshonneurs républicains. Une affaire de genre?.....	605
L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, révélateur d'un genre de l'honneur?.....	623
Médias : du droit comme garant du « bon genre » de la liberté d'expression	639
Analyse genrée des délits d'injures et diffamations publiques.....	659
Genre et nudité dans l'espace public.....	677

V. INTERSECTIONNALITÉ ET DISCRIMINATIONS MULTIPLES

Introduction.....	693
L'intersectionnalité dans le contentieux de la non-discrimination relatif au domaine de l'emploi en France.....	697
Genre et religion : le genre de la Nouvelle Laïcité.....	715
La Convention de Genève revisitée : vers une définition genrée de la persécution	733
Abréviations	753
Résumés / Abstracts et présentation des auteurs	757
Table des matières	787

Avant-propos

Cet ouvrage est issu du programme « Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe » (REGINE). Notre sincère reconnaissance va à l'Agence nationale de la Recherche (et notamment Mme Marie-Ange Moreau, responsable des programmes de droit au département SHS), ainsi qu'à la Mission recherche Droit et Justice (convention n° 211-11-18-10), qui ont contribué au financement de ce programme de recherche. Nous adressons aussi nos remerciements aux Universités partenaires de REGINE : l'Université Lille 2 et l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense et notamment le Centre de recherche Droit et perspectives du droit à Lille et le CREDOF – Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux – à Nanterre.

Nos remerciements vont encore aux collègues ayant accepté de participer à la discussion de ces résultats lors d'un colloque organisé en Sorbonne les 7 et 8 novembre 2013 : Mmes Florence Bellivier, professeure à l'Université Paris-Ouest Nanterre la Défense, Gilda Nicolau, professeure à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, et MM. Jacques Chevallier, professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon Assas et Xavier Dupré de Boulois, professeur à l'Université Grenoble Pierre Mendès-France. L'acuité de leurs remarques a contribué à enrichir substantiellement notre réflexion, ce dont nous leur sommes vivement reconnaissants. Lors de ce colloque, trois éminentes personnalités nous avaient en outre fait l'honneur d'ouvrir nos travaux : Mme Nicole Maestracci, ancienne première présidente de la Cour d'appel de Rouen, membre du Conseil constitutionnel ; Mme Christine Lazerges, professeure des universités, ancienne députée, présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme ; et Mme Nathalie Tournyol du Clos, cheffe du service du droit des femmes auprès de la ministre Mme Najat Vallaud Belkacem.

Enfin, nous souhaitons témoigner de notre amitié à tous les membres du programme REGINE qui ont fait preuve d'une énergie, d'une disponibilité et d'une générosité constantes au fil de cette recherche au long cours, et notamment à Mathias Möschel, le coordinateur du projet. Au-delà de l'aventure scientifique qui aura consisté à proposer la toute première lecture systématique de pans entiers du droit français au prisme du concept de genre, le programme REGINE est une aventure humaine où il est question d'encouragements, de partage, de découvertes, de concentration... et de joie.

Introduction générale

REGINE : quoique désormais bien connu des juristes français, le clin d'œil de l'acronyme recouvre un intitulé plus long sur lequel il faut prendre le temps d'un retour : « Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe ». Il désigne un programme pionnier : REGINE peut revendiquer la primauté de l'ancrage d'une analyse de genre dans la recherche juridique française.

Le concept de genre qui figure ainsi au cœur du programme de recherches, fait aujourd'hui polémique en France. D'aucuns dénoncent une « théorie » univoque du genre, qui prescrirait à coup sûr, tantôt l'abandon de la distinction entre les sexes, tantôt la reconnaissance de l'homoparenté – pour ne s'arrêter ici que sur deux des plus grands maux réputés charriés par « le genre ». D'autres y voient la bannière d'une idéologie, celle d'un individualisme forcené qui n'aurait que mépris pour les institutions, et notamment les institutions « humaines » telles que le mariage, la procréation et la famille. D'autres enfin contestent la seule terminologie, et voient dans le genre une traduction superflue et inutile du terme anglais « gender », dont la langue française pourrait ou devrait se passer. REGINE ne se situe pas sur ce terrain. Enquête scientifique qui a pensé et publié son propre positionnement épistémologique¹, le programme de recherche n'entend pas prescrire. Il ne se rallie nullement à une « théorie du genre » et, au contraire, défend l'idée que le genre est un concept d'analyse, et *non une théorie*². En particulier, REGINE postule l'intérêt du concept pour l'analyse juridique – et singulièrement, pour la reconceptualisation du principe d'égalité qui innerve l'ensemble des branches du droit.

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

Dans une première acception, le concept de genre permet en effet d'accéder à une compréhension large, riche, de l'égalité entre les sexes – une compréhension qui repose sur une redéfinition du « sexe », depuis une notion strictement biologique (mâle/

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

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

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

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

Dans une seconde acception, le concept de genre renvoie aux dispositifs par lesquels le pouvoir, et son arme principale qu'est le droit, saisit, classe et discipline les individus. Le genre se comprend ici à la fois comme assignation à un sexe biologique et comme assignation à un sexe social, c'est-à-dire comme dispositif d'identification. Certaines distinctions biologiques entre les individus ont été pensées et socialement construites comme des marqueurs lourds de signification. Le choix, consolidé par le droit, de prêter une attention particulière à la différence des sexes – et ce, dès la naissance, par l'inscription à l'état civil – alors que d'autres catégorisations sont considérées comme non pertinentes et même taboues (telles que la couleur de la

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

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

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

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

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

peau) – révèle la dimension culturellement construite et socialement performative du genre. En ce sens, comme l'écrit Christine Delphy⁹, le genre précède les sexes et participe à leur construction : la distinction entre les sexes apparaît ici comme une conséquence du genre – sa concrétisation fondamentale.

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

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

Inauguré en novembre 2011, le programme de recherche s'est d'abord donné pour objectif de faire connaître au monde académique juridique français le vaste *corpus* théorique, technique et empirique que forment, essentiellement dans le monde anglo-américain, l'analyse féministe puis l'analyse genrée du droit. Car cela fait désormais presque un demi-siècle qu'à l'étranger, la perspective de genre (*gender studies*) est ancrée dans le paysage académique. Sous l'influence de travaux bien connus¹¹, elle y a donné lieu à des analyses s'intéressant aussi bien à la question du corps, du *care*¹² ou de la théorie générale de l'État¹³. Ces travaux universitaires font désormais autorité, à telle enseigne que leur point de départ, celui de la dimension socialement construite (et non seulement biologique) de la distinction homme / femme, n'est plus perçu comme subversif ni même comme radical. La perspective anti-essentialiste, affirmée avec éclat par Simone de Beauvoir dans sa formule célèbre, « on ne naît pas femme : on le devient¹⁴ », a désormais fait l'objet de solides étayages académiques. Les « études de genre », visant à analyser la construction sociale de la distinction homme-femme ainsi que les rapports de pouvoir assignant les femmes à une fonction politique, sociale, culturelle et économique secondaire, sont désormais institutionnalisées.

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

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

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

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

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

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

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

La particularité du contexte dans lequel le projet REGINE a été conçu tient à l'extrême rareté des travaux portant sur la théorie féministe du droit en France – et, conséquemment, sur les rapports entre « genre » et droit. En effet, malgré une forte tradition politique féministe en France, ce n'est que récemment que la question a pénétré le champ académique. Si l'histoire¹⁸, la sociologie¹⁹, la science politique²⁰, l'anthropologie²¹ ou la théorie politique²² font désormais une place respectable aux études sur les

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

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

17. V. encore, CATTO Marie-Xavière *et al.*, « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Paris : Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2013, p. 3. V. aussi GIRARD Charlotte, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Théorie du droit, Théories du genre », *Savoir agir*, 2012, n° 20, p. 53.

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

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

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

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

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

femmes et le genre²³, il n'en va pas de même des études juridiques qui demeurent singulièrement indifférentes – sinon hostiles – à de tels objets. Le constat était opéré en termes clairs par la revue *Nouvelles Questions Féministes* en 2009 : remarquant la rareté des études juridiques francophones sur le genre, les auteures relevaient qu'en France, « le féminisme a [...] été plus théorisé contre le droit que dans le droit²⁴ ». En fait, on pourrait renvoyer ici au constat opéré dans le champ de la théorie critique de manière générale : le cantonnement des travaux, sinon d'un Michel Foucault, du moins d'auteurs comme Gilles Deleuze, Jean Baudrillard ou Félix Guattari dans une certaine marginalité au sein des sciences sociales en France contraste fortement avec l'engouement qu'ils suscitent outre-Atlantique, où la *French Theory* est, depuis de nombreuses années déjà, une référence de premier ordre. Ce décalage avait, il y a quelques années, fait l'objet d'une analyse sur les modalités de la « traduction » de théories relevant du champ des sciences sociales depuis le monde académique francophone vers celui anglo-américain²⁵. C'est, dans une certaine mesure, une démarche comparable qui constitue le point de départ du programme REGINE : il y a bien une tension paradoxale entre l'importance des références politiques et philosophiques françaises au sein de la théorie féministe du droit anglo-américaine (Simone de Beauvoir, bien sûr, mais aussi, par exemple, Monique Wittig ou Christine Delphy), et le très faible écho que reçoit cette dernière dans l'hexagone, à de notables exceptions près²⁶. Ce sont de telles prémisses qui ont conduit REGINE à publier, en 2013, un ouvrage constituant une collection de réflexions sur l'épistémologie et les méthodes propres à l'analyse genrée du droit, et rassemblant des traductions de textes importants d'auteur-e-s étranger-e-s sur la famille, le travail, la démocratie, l'identité et la religion²⁷.

Reste que si REGINE fait le pari de l'intérêt scientifique qu'il y a à acculturer au sein de la pensée juridique française certaines des options théoriques qui sous-tendent la théorie féministe du droit et présenter les expressions qu'elles ont pu connaître dans le cadre d'organisations internationales, il ne s'agit pas pour autant de procéder à une importation aveugle et a-critique de concepts et de travaux essentiellement nord-américains. Même si le projet prend appui sur ces travaux, il ne méconnaît pas les critiques dont ils ont pu faire l'objet, au premier rang desquelles une dimension volontiers théorisée à l'extrême d'élaborations rarement ou insuffisamment vérifiées dans la

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

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

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

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

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

réalité empirique des normes juridiques. C'est pourquoi un deuxième temps du projet a entendu répondre à l'objection selon laquelle il convient de porter une égale attention aux concepts juridiques et aux normes, en produisant des analyses novatrices prenant pour objet le droit français, jusque-là laissé quasi-vierge de toute analyse genrée²⁸.

* *
* *

C'est dans ce contexte que s'inscrit la publication du présent ouvrage. Son objectif est de passer des pans du droit français au crible de l'analyse de genre. La recherche vise à identifier non seulement les normes juridiques qui opèrent explicitement une distinction entre les sexes mais aussi celles qui, apparemment (car sémantiquement) neutres, participent, en raison des modalités de leur application, à la catégorisation des individus et à la perpétuation de représentations sociales différenciant femmes et hommes, féminin et masculin. Elle entend également évaluer la part du droit dans la remise en cause de ces catégories et représentations.

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

Il s'agit, d'abord, de recenser les hypothèses dans lesquelles la règle de droit saisit les personnes en tant que personnes sexuées (hommes ou femmes – on a alors affaire à une règle sexo-spécifique) ou, à l'inverse, en toute indifférence à leur sexe (règle dite *genderblind*). Il importe en effet de distinguer, comme l'explique Danièle Lochak, entre les « contextes dans lesquels le droit prend (ou ne prend pas) en compte la dimension du sexe et du genre, attache des conséquences juridiques à la distinction homme/femme, autrement dit érige les “hommes” et les “femmes” en catégories juridiques, ainsi qu'aux raisons qui peuvent expliquer que, selon les cas, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue ou non une donnée juridiquement pertinente²⁹ ». Ainsi par exemple, les études consacrées au droit civil s'attachent à la reconstitution de l'histoire

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

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

des catégories de l'état civil, et de la mesure dans laquelle l'intersexualité, l'hermaphrodisme ou la transidentité les interrogent. L'analyse est donc dans un premier temps sémantique, porte sur l'énoncé lui-même : est-il sexospécifique, à l'instar des dispositions du Code de la santé publique relatives aux femmes enceintes, ou aveugle au genre (neutre ou « *genderblind* »), à l'instar des dispositions visant « toute personne », « chacun » ou encore « les époux » (expression authentiquement *genderblind* depuis la loi du 17 mai 2013 relative au mariage entre personnes de même sexe) ?

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

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

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

en compte, comme le fait l'article 271 du Code civil pour l'évaluation de la prestation compensatoire, « les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne », est-ce entériner la répartition genrée des rôles au sein du foyer, lors de la séparation de M. Gagne-Pain (*breadwinner*) et Mme Au-Foyer (*caregiver*)? Sur cette voie, doit être interrogée la porosité de certains outils du droit – au premier rang desquels les standards d'interprétation ou les présomptions – aux représentations sociales dominantes. Du fait du recours aux standards tels que le « bon père de famille » ou le fait de la victime, la norme ne se révèle-t-elle pas particulièrement propice à l'accueil de stéréotypes de genre? Les comportements des femmes, dans des situations juridiques qui les concernent principalement, sont-ils juridiquement interprétés à l'aune de tels stéréotypes? L'appréciation du comportement de la victime d'un viol, de la responsabilité de la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de la légitime défense invocable par une victime de violences domestiques illustre l'acuité – et la complexité – des enjeux. Enfin, l'identification des stéréotypes de genre dans la règle de droit pose une dernière série de difficultés pour l'exégèse juridique : la motivation de la norme n'est, en effet, pas toujours évidente. Elle est parfois laconique ; c'est le cas, bien souvent, des décisions de justice françaises, peu motivées au regard des standards juridictionnels internationaux. Elle peut encore être complexe à identifier : les intentions du législateur peuvent être ambiguës, et refléter un accord politique conjoncturel dissimulant à peine des logiques différentes. On sait, par exemple, que les lois Strauss des 17 juin et 30 juillet 1913 instaurant un congé maternité obligatoire indemnisé ont été le fruit d'un consensus de façade entre parlementaires soucieux de la dépopulation, familialistes catholiques et mouvements féministes³². Identifier les stéréotypes de genre tapis dans les plis de la norme suppose une œuvre de dévoilement des logiques du droit parfois complexe.

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

32. COVA Anne, *Maternité et droits des femmes en France, XIX^e-XX^e siècle*, Paris : Anthropos, 1997.

L'équilibre des sexes au sein des conseils d'administration et de surveillance des grandes entreprises

<i>Jean-Christophe Duhamel</i>	583
I. Les enjeux de l'équilibre des sexes dans les conseils : de l'égalité réelle à la performance économique.....	586
A. <i>L'égalité réelle, ou la démocratie en action</i>	586
B. <i>L'utilité économique, ou la performance en question</i>	588
II. Les moyens juridiques de l'équilibre des sexes dans les conseils : de la norme contraignante à l'autorégulation.....	591
A. <i>L'adoption d'une réglementation contraignante</i>	591
B. <i>De l'alternative « incitation-réputation » en matière d'autorégulation</i>	594
III. La portée de l'équilibre des sexes dans les conseils : quel pourcentage pour quelles entreprises ?.....	596

IV. DIGNITÉ(S)

Introduction	601
---------------------------	-----

Honneurs et déshonneurs républicains. Une affaire de genre ?

<i>Stéphanie Hennette-Vauchez</i>	605
I. L'honneur positif : médailles, titres, décorations.....	609
II. L'honneur négatif : les manquements à l'honneur dans la fonction publique..	615

L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, révélateur d'un genre de l'honneur ?

<i>Johan Dechepy</i>	623
I. La hiérarchisation des fonctions sociales révélée par la peine privative des droits civils, civiques et de famille.....	626
A. <i>Des biens sociaux initialement masculins</i>	626
B. <i>Des biens sociaux devenus neutres</i>	628
II. Le sexe : un critère du prononcé de la peine privative des droits civils, civiques et de famille ?.....	630
A. <i>La méthode utilisée</i>	632
B. <i>Les résultats obtenus</i>	634

Médias : du droit comme garant du « bon genre » de la liberté d'expression

<i>Juliette Gaté</i>	639
I. Dignité et diversité, aunes du « bon genre » de l'expression médiatique.....	641
A. <i>La dignité comme limite à la liberté d'expression et de communication</i>	642
1. Quelle dignité ?.....	642
2. Quel genre ?.....	644
3. Le « bon genre », pourquoi, pour qui ?.....	646
B. <i>La diversité et le pluralisme comme objectifs de la liberté d'expression</i>	647
1. Lutter contre les discriminations.....	647
2. Agir pour la diversité.....	648
3. Invoquer le pluralisme.....	650

II. La dissuasion, principale défense du « bon genre » de l'expression médiatique	651
A. <i>Un arsenal juridique d'ampleur, mobilisable pour la défense du « bon genre »</i>	651
1. Auto-régulation	652
2. Régulation	652
3. Autorisation, interdiction, sanction	653
B. <i>Un arsenal inusité : le pari de la force dissuasive du droit</i>	655
1. Une retenue unanime	655
2. La dignité évitée	657
3. Inefficacité ou ineffectivité des normes	657
Analyse genrée des délits d'injures et diffamations publiques	
<i>Johan Dechepy</i>	659
I. La percée du genre au sein des incriminations d'injures et diffamations publiques	662
A. <i>De l'indifférence à l'attention du droit envers le genre</i>	662
B. <i>De la manière du droit d'être attentif au genre</i>	665
II. L'utilité du droit en matière d'injures et diffamations publiques commises à raison du sexe	668
A. <i>L'inefficacité du droit comme outil de répression des injures et diffamations sexistes</i>	668
1. L'évaluation du potentiel répressif de l'introduction du mobile sexiste dans la norme	668
2. Les obstacles jurisprudentiels à la sanction des injures et diffamations sexistes	671
B. <i>L'efficacité du droit comme outil de reconnaissance et de prévention des injures et diffamations sexistes</i>	674
Genre et nudité dans l'espace public	
<i>Juliette Gaté</i>	677
I. Nudité et indécence	679
A. <i>Décence et images de corps nus dans l'espace public</i>	679
B. <i>Décence et corps nus dans l'espace public</i>	684
II. Nudité et obscénité	686
A. <i>Le nu-masculin outrageant</i>	687
B. <i>Le nu-féminin érotisant</i>	689
V. INTERSECTIONNALITÉ ET DISCRIMINATIONS MULTIPLES	
Introduction	693
L'intersectionnalité dans le contentieux de la non-discrimination relatif au domaine de l'emploi en France	
<i>Mathias Möschel</i>	697
I. Le succès de l'intersectionnalité à l'étranger	698
A. <i>L'intersectionnalité aux États-Unis</i>	698
1. L'intersectionnalité juridique	698
2. L'intersectionnalité politique	700