

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE
DROIT PRIVÉ

Par ÉLISE FARINE

DE L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME

Approche technique et philosophique de droit privé contemporain

Sous la direction de : Jean-Marc TRIGEAUD

Soutenue le 26 novembre 2014

Membres du jury :

M. PLAZY, Jean-Marie Professeur, Université de Bordeaux Président
M. RAFFRAY, Ronan Professeur Université d'Auvergne Rapporteur
M. RAPONE, Vincenzo Professeur Université Federico II de Naples Rapporteur

Titre : De L'identité juridique de la femme. Approche technique et philosophique de droit privé contemporain.

Résumé : La notion d'identité implique certains présupposés de droit privé dont la tendance est marquée par certains «généricismes». L'on peut entendre par là les conceptions qui limitent la définition du genre humain à des traits catégoriels et abstraits, sans suffisamment prendre en compte des particularités sexuellement différenciées. Pourtant, le sujet de droit lorsqu'il est féminin doit impliquer la prise en considération de singularités liées à son sexe, qui ne peuvent être les mêmes que celles d'un sujet de droit masculin.

Sous couvert de l'égalité des sexes, le droit engage alors la société à une uniformisation des intérêts cependant divergents et propres à chaque sexe. Il s'agit alors de montrer à la fois l'apport de ces conceptions, mais aussi leurs limites et donc la nécessité de s'ouvrir à l'exigence de conceptions plus «universalistes». En effet, il doit être démontré que seule une universalité peut garantir la reconnaissance des particularités et des différences féminines, telle qu'une identité juridique féminine l'admettrait. Si cette étude fera face à divers courants et auteurs de philosophie du droit, elle prendra pour point de départ le droit positif établi dans ses différentes disciplines, du droit pénal à certains aspects du droit du travail ou du droit des assurances.

L'intérêt de la question est de permettre une évaluation plus précise des qualifications autour de la femme comme sujet de droit singulier, et en intégrant les critiques contemporaines, qui ont pu montrer l'insuffisance d'une pensée simplement générique pour traiter de questions aussi graves que la différenciation sexuelle que ce soit en droit civil ou en droit social- critiques qui, néanmoins, n'ont guère assumé la voie épistémologique de la philosophie du droit dans sa spécificité.

Mots clés : Particularités sexuellement différenciées – Généricisme – Universalisme – Égalité des sexes – Philosophie du droit – Équité – Sexospécificité – Singularités féminines

Title : Legal identity of the woman. Technical and philosophic approach of contemporary right deprives.

Abstract : The notion of identity involves the presuppositions of private law with which the trend is marked by some «genericisms». That means conceptions who limit the human gender's definition in specific and abstract features and without considering the sexually differentiated peculiarities. Nevertheless, the subject of right when it's a feminine subject implies the considering of sexual characteristics, which cannot be the same that those of the male subject.

On the pretext of the gender equality, the right submits then the society to a standardization of the divergent interests and peculiar to every sex. It is then a question of showing at the same time the contribution of these conceptions, but also their limits and thus the necessity of opening to the requirement of more «universalist» conceptions. Indeed, it must be demonstrated that only a universality can guarantee the recognition of the peculiarities and the feminine differences, such as a feminine legal identity would admit it. If this study will face diverse currents and authors of philosophy of the right, it will take for starting point the substantive law established in its various disciplines, the criminal law with certain aspects of the labor law or the insurance law.

The interest of the question is to allow a more precise evaluation of the qualifications around the woman as the subject of singular right, and by integrating the contemporary criticisms, who were able to show the insufficiency of a simply generic thought to deal with questions so grave as the sexual differentiation in the civil or labor law- criticisms who, however, hardly accepted the epistemological way of the philosophy of the right in its specificity.

Keywords : Sexually differentiated peculiarities – Genericism – Universalism – Gender equality – Philosophy of law – Equity – Sexospecificity – Feminine characteristics

Unité de recherche

Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, EA 4601, 4 rue du Maréchal Joffre
CS 61752, 33075 BORDEAUX Cedex

Je remercie Monsieur le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD pour m'avoir aidée à sortir de la
caverne,

Qu'il veuille trouver ici l'expression de ma reconnaissance.

A mes parents et ma sœur qui m'ont emmenée jusqu'ici,
Que cette thèse soit le fruit de tout leur soutien et de toute leur patience.

«Est libre celui qui vit comme il veut, qu'on ne peut ni contraindre, ni empêcher, ni forcer, dont les volontés sont sans obstacles, dont les désirs atteignent leur but, dont les aversions ne rencontrent jamais l'objet de ses aversions»,

Épictète

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adm.	Administratif
AJ	Actualité Juridique
AJDA	Actualité Juridique du Droit Administratif
Aff.	Affaire
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin civil
C/	Contre
Cass. civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEDREF	Centre d'Enseignement, de Documentation et de Recherches pour les Études Féministes
Cf.	Confer
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPI	Cour Pénale Internationale
C. trav.	Code du travail
D.	Dalloz
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
Déc.	Décision

Defr.	Répertoire du notariat Defrénois
Ss. la dir.	Sous la direction de
Doc. fr.	Documentation française
Doctr.	Doctrine
DP	Dalloz périodique
Dr. famille	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
Éd.	Éditions
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
Eur.	Européen(ne)
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Au même endroit
In	Dans
IR	Informations Rapides
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP E	Semaine juridique édition entreprise
JCP G	Semaine juridique édition générale
JCP S	Semaine juridique édition sociale
JDI	Journal du Droit International
JO	Journal Officiel
Jur.	Jurisprudence
Obs.	Observations
Op. cit.	Ouvrage cité
P.	Page
Pan.	Panorama
Pp.	Pages
Préc.	Précité
Préf.	Préface
PUF	Presses Universitaires de France
Rec.	Recueil
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
Rev.	Revue
Rev. sc. crim.	Revue de sciences criminelles
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
S.	Suivant

Somm.

Trib. corr.

Trib. gr. inst.

TPIY

Sommaire

Tribunal correctionnel

Tribunal de grande instance

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1

L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME ET LES LIMITES D'UNE APPROCHE GÉNÉRICISTE

TITRE 1

L'identité juridique de la femme à l'épreuve de l'égalité des sexes

Chapitre 1

La société féminine face à l'égalité des sexes

Chapitre 2

La société féminine et l'égalité des sexes

TITRE 2

L'identité juridique de la femme empêchée par l'égalité des sexes

Chapitre 1

De l'égalité des sexes à l'égalitarisme

Chapitre 2

De l'égalitarisme génériciste à la non-reconnaissance d'une identité juridique de la femme

PARTIE 2

POUR UNE RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME

TITRE 1

Intégrer l'identité sexuelle dans le droit

Chapitre 1

Dépasser l'égal par le singulier

Chapitre 2

Dépasser l'égal par l'universel

TITRE 2

L'approche du droit par l'équité

Chapitre 1

Instiller l'équité

Chapitre 2

«Le sens du juste au féminin»

INTRODUCTION

1. Le féminin au prisme de l'universel singulier. Le thème du féminin a suscité de nombreux écrits qui convergent, pour la plupart, vers la systématisation de l'égalité des sexes. Rares sont ceux qui ont eu l'audace d'admettre que les femmes étaient différentes des hommes et, qu'en tant que telles, ne devaient pas être, par le droit, traitées de la même manière.

La défense des droits des femmes est tant vulgarisée qu'elle est rapidement taxée de féminisme, alors même que ce féminisme ne respecte pas, lors d'une promotion non nuancée de l'égalité des sexes, la femme dans sa singularité-même de femme, ontologiquement étouffée par le mimétisme masculin.

Si le droit, universel, s'appliquant à tous, doit ainsi impliquer les différences sexuelles, par le truchement du généricisme égalitaire, les droits des femmes sont cependant devenus les droits d'individus privés de leur sexe, représentation de leur identité. Il s'agit alors de s'emparer de la question de l'identité juridique de la femme, déchue par la confusion des sexes, pour s'affranchir de cette déssexualisation.

L'identité féminine, en ce qu'elle singularise la femme, est intrinsèquement liée à sa nature, ce qui fait d'elle une notion métaphysique, qui doit fuir les «schèmes généricistes»¹, aliénant ses spécificités. Cette dimension métaphysique doit être explicitement traduite par le droit, alors premier, qui est celui de l'égal dans la différence, à la fois universel et singulier, universellement ouvert aux différences sexuelles et respectueux des singularités féminines².

Le féminin au prisme de l'universel singulier est celui qui s'éloigne de l'égalité des sexes génériciste et négatrice des spécificités du sexe féminin. Il est celui qui voit les différences et par-delà les différences pour rendre à la femme ce qui lui appartient, son identité.

2. La guerre des sexes véhiculée par la négation des spécificités féminines. Si, pour Pythagore, «il y a un principe bon qui a créé l'ordre, la lumière et l'homme ; et un principe mauvais

1 J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, Bordeaux, Éd. Bière, 2001, pp. 174-175.

2 *Op. cit.*, pp. 19-20.

qui a créé le chaos, les ténèbres et la femme»³, cette citation, qui porte à l'insolence les différences sexuelles, révèle cependant ce qui peut être constitutif d'une guerre des sexes.

Pour certains, ceux qui défendent le mythe de l'infériorité de la femme, il s'agit d'une différence uniquement naturelle. La biologie déterminerait donc le destin de la femme. A l'inverse, pour les tenants de l'égalité, ainsi les théoriciens du genre et les existentialistes, comme Simone de Beauvoir, les différences sexuelles sont générées par la société. Les deux points de vue s'affrontent dès lors quant à la place socio-juridique devant être accordée au sexe féminin impliquant alors implicitement une guerre des sexes.

Une telle contradiction permet de relancer le débat sur la place de la femme dans la société juridique et sur l'égalité effective des sexes, débat qui semble être obsolète et dont les tenants sont neutralisés par la fausse affirmation de «l'égalité-déjà-là»⁴.

S'il n'existe pas, à proprement parler, d'identité masculine, il existe une condition féminine qui traduit une différence sociale a priori fondée sur le sexe⁵. Cette condition décrit la position des femmes dans la société.

Quelle est cette position ? La condition féminine possède une véritable histoire qui va dans le sens d'une reconnaissance effective des droits des femmes. Il ne s'agit pas seulement d'un temps révolu puisque, aujourd'hui encore, des femmes luttent, par le biais d'associations, pour faire reconnaître leurs droits. Cette histoire est marquée en France par une évolution vers une égalité des sexes- la rendant ainsi très proche du féminisme- retraçant de quelles manières la femme a pu se faire une place dans la société française auprès de son alter ego masculin. Ce mouvement fait basculer la femme de l'état d'objet à l'état de personne, de l'état de sexe faible à celui de deuxième sexe, selon l'expression de Simone de Beauvoir dans son œuvre engagée, *Le Deuxième Sexe*⁶.

En 1968, dans son livre *Sexual Politics*, Kate Millett, féministe du mouvement américain de libération des femmes, National Organization for Women, écrit que «le monde primitif comme le monde civilisé, est un monde mâle»⁷ et que les femmes ont toujours été opprimées.

3 P. SALOMON, *La femme solaire : la fin de la guerre des sexes*, Paris, Albin Michel, 1991, 340 p.

4 C. DELPHY, *Un universalisme si particulier : féminisme et exception française (1980-2010)*, Paris, Éd. Syllepses, 2010, 348 p.

5 Nous verrons plus loin que cette condition féminine n'est pas nécessairement relative au sexe, mais aux problématiques du choix et de la liberté.

6 S. de BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe : I. Les faits et les mythes*, Paris, Gallimard, 1986, 408 p.

7 K. MILLETT, *Sexual Politics*, Paris, Éd. des femmes, 2007, 521 p.

En effet, la condition de la femme s'est révélée être la condition d'une femme qui subit l'histoire, elle est le sexe faible, celui à qui l'homme ne veut pas accorder les mêmes droits dont lui-même jouit. Mais, l'histoire de la condition féminine n'est pas seulement l'histoire de l'état d'assujettissement des femmes, il s'agit aussi de l'histoire de leur combat pour voir leur place dans la société reconnue. Toute la difficulté de la reconnaissance de la place de la femme dans la société réside dans le fait que les femmes veulent être reconnues en tant que telles tout en étant les égales de l'homme, ce qui vient irrémédiablement poser la question de l'intérêt du droit pour les droits de la femme et, précisément, les droits de la femme à en être une.

3. Entre égalité des sexes et sujet de droit féminin. Le compromis est assez subtil et il s'agit, en somme, de parvenir à un équilibre entre cette recherche d'égalité, l'égalité de droits et la consécration de la femme à travers son histoire, en la considérant comme un véritable sujet féminin. Cette question doit être laissée à l'appréciation d'une instance capable d'entendre et couvrir la pluralité de tous les aspects de cette considération du sujet féminin. Elle doit donc être juste, permettant un équilibre nécessaire au bien-être commun et procédant ainsi de la justice, ferme volonté de donner toujours à chacun son droit⁸.

4. Sexe féminin et société juridico-politique. Selon Sergio Cotta, la considération du sujet femme implique, à la fois le respect d'une qualité intrinsèquement particulariste, et une conception erga omnes, ce que l'expression universel singulier comprend⁹. Outils au service de la bonne marche de cette justice utopique, le droit et le politique ont des vocations propres à servir l'intérêt et le respect des individus, citoyens ou non. Le but est de parvenir à une protection de la République.

Le droit, qui est un ensemble de règles légales, jurisprudentielles, réglementaires, coutumières, a pour office de définir la République dans sa composition en déterminant quels sont les biens privés et les biens publics, ainsi que les personnes, tout en respectant l'idée selon laquelle, dans la République, les sujets de droit doivent être traités de manière égale. A la suite de ce travail de définition et de délimitation de son champ d'application, le droit va s'attacher à formuler des critères d'égalité dans la distribution de ces biens. Le politique, lui, a pour objet de défendre la République dans sa forme, en protégeant également le droit. L'activité politique a pour but de guider la vie collective et de préserver le bien commun.

8 A. M. du CAURROY DE LA CROIX, *Les Institutes de Justinien, Livre Ier, Titre 1, De la justice et du droit*, Paris, Gustave Thorel, 1851, 580 p.

9 S. COTTA, *Le droit dans l'existence*, Bordeaux, Éd. Bière, 1996, 300 p.

5. Le vivre-ensemble. Afin que les intérêts de chacun soient préservés, il est primordial que le discours et l'activité politiques soient orientés vers le bien-être commun, ce que le point de vue aristotélicien défend, en considérant que la finalité de la cité est de vivre en commun. Il existerait donc une interdépendance du droit et du politique traduisant leur objet commun de préservation de la République, se traduisant par une exigence de respect à la fois de l'ordre public et de l'égalité au sein-même de la communauté. Pour Heinrich Ahrens, l'État est l'institution dont l'office est d'assurer le règne du droit¹⁰. La loi doit être distinguée du droit qui s'adresse à tous comme justiciables par le biais de la règle de droit, la loi étant prévue pour les citoyens¹¹, ce qui inclut la dimension de rapport à l'État donc au politique. La loi est une source du droit établie par l'État.

Aussi bien la loi que le droit doivent se soumettre à un leitmotiv commun, la défense de l'ordre public. L'ordre public représente une conception de la vie commune régie, d'un point de vue juridique, par des règles qui s'imposent pour des raisons de moralité et de sécurité.

Il appartient alors au droit de mettre en place, puis de faire respecter les dispositions fondamentales constituant le cadre de l'ordre public, le politique devant, lui, veiller à ce respect.

6. Introduction au généricisme. Le propre du droit est de définir d'une part les biens et d'autre part de déterminer les règles d'égalité de leur reconnaissance et de leur distribution. En apparence, ce schéma est respecté ; en réalité, il en est autrement. La vocation du politique n'est pas réellement orientée vers une protection de la République et notamment de ses membres dans le respect de leur identité. En effet, l'État ne considère pas les femmes comme des personnes individualisées, mais comme un ensemble sans particularisme. Il s'agit dès lors d'une conception génériciste des individus indépendamment de leurs différences et particulièrement de leur différence sexuelle. Le généricisme réduit ainsi l'individu à l'abstraction de ce qui le désigne. Le droit, à l'inverse, considère la personne en tant qu'individu et écarte la considération de la personne sociale et relationnelle, ce qui se traduit par une singularisation de la personne et permet d'admettre le primat de la personne per essentia sur la personne per obliquo. Le lien que la personne entretient avec elle-même, c'est-à-dire avec son essence est alors mis en évidence. Le droit regarde chaque individu au-delà de sa citoyenneté, de son appartenance à l'État. Il est donc universel en ce qu'il protège et tient compte de chaque individu.

Mais lorsqu'il suit trop assidûment le principe de l'égalité devant la loi, dicté par le législateur, non

10 H. AHRENS, *Cours de droit naturel*, Bruxelles, Méline, Cans et compagnie, Libraires-éditeurs, 1833, 576 p.

11 Elle peut également ne s'appliquer qu'à une catégorie de citoyens et elle est dit spéciale en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*.

seulement le droit cesse de respecter sa vocation «sing-universaliste»¹² en niant l'altérité, ne s'adressant désormais qu'à un ensemble homogène, génériciste, mais il accepte aussi une emprise du politique, réfutant par là même l'indépendance de la justice. Ces deux problèmes s'avèrent être de redoutables obstacles à l'établissement d'une identité juridique, l'uniformisation du tout, matérialisé par la société, confortant la négation des différences sexuelles.

7. L'emprise politicienne sur le droit. Le risque pour le politique est de nier la vocation universaliste du droit, de sorte que la femme ne sera plus considérée en tant que personne, mais en tant que personnage, c'est-à-dire dans le lien qu'elle entretient avec l'État et, ainsi, faire de la République une cité fondée sur les intérêts de tous dans l'indifférence des particularismes. Les généricismes encouragent les différences discriminantes entre les hommes et les femmes par le processus de l'égalité aveugle entre les sexes, s'éloignant des relations d'altérité et percevant l'autre féminin comme un ennemi.

Un tel politisme nie donc la fonction du droit en l'assujettissant à ses propres fins, qui sont celles d'identifier la chose publique, la res publica, à une chose politique. Pour Duguit, la loi est générale¹³. Et cela arrange bien l'État de droit de considérer que la loi s'applique aux individus dans leur ensemble sans préoccupation de leurs particularités, dans la mesure où l'État va profiter de ce généricisme pour affirmer son omnipotence sur les individus. Le droit a pour mission, au contraire, de défendre, à travers l'universalisme, les différences multiples et propres des individus, dont le sexe fait objectivement partie, et ce tout en respectant l'ordre public.

Les principes généraux du droit traduisent cette vocation universaliste du droit. Ils s'imposent par leur généralité et leur équité.

8. Promouvoir l'universalisable juridique. L'universalisme est donc fondé à la fois sur des ressemblances et des différences, mais dès lors que les différences sont fondées sur des critères arbitraires, il s'agit de discriminations et le droit ne peut les cautionner.

Le droit doit obéir à un impératif de justice et de respect de l'ordre public. C'est à ce titre qu'il est important d'établir un *distinguo* entre la loi, le droit, la règle de droit et entre le droit écrit et le droit

12 Néologisme issu de la contraction des termes «singularisme» et «universalisme», qui sera souvent repris dans des développements ultérieurs.

13 L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, 636 p.

non-écrit, les mœurs.

Le droit s'adresse aux individus par le biais de la règle de droit, la loi étant plus restrictive, puisqu'elle s'applique à ceux qui possèdent un lien de rattachement à l'État, les citoyens. Les mœurs qui représentent le droit légiféré sont également soumises à cette exigence de respect de l'ordre public. Les mœurs expriment la singularité existentielle de la personne, elles reflètent les personnes et ne doivent pas être violées.

Elles doivent, quant à elles, respecter l'ordre public, pour ne pas devenir des anti-mœurs, perdre leur raison d'être et ainsi être sanctionnées par le droit lui-même, cessant de traduire une singularité universalisable dans une société. Pourtant, les mœurs peuvent être plus équitables que le droit lui-même, toujours mû par un impératif égalitaire et non serviteur de l'identité féminine.

9. La distinction entre le droit positif et le droit non-écrit. Dans la tragédie de Sophocle, le combat d'Antigone¹⁴ illustre cette distinction entre le politique d'une part et le droit non-écrit d'autre part. L'héroïne défend l'universalisable à travers la lutte de la justice pour tous, contre la logique politique du pouvoir absolu de son oncle Créon. Pour faire valoir sa requête auprès de ce dernier, Antigone s'appuie sur le nécessaire respect des mœurs qui, en l'espèce, permet à tous de bénéficier du pouvoir de la justice et du pouvoir de se faire entendre.

Les mœurs n'ont alors pas à fléchir sous la coupe d'un État despote, l'État créonien. Hegel ne voit à travers Antigone qu'une «représentante de l'ordre familial archaïque, dépassé et remplacé par l'ordre politique nouveau de la Cité incarné par Créon»¹⁵. Ici la confrontation de la problématique des sources du droit à la réalité est révélée. Ne serait-il en somme pas plus juste et adapté aux situations de reconsidérer la valeur juridique de certaines sources, comme ici les mœurs, mais encore la jurisprudence et ainsi le pouvoir d'interprétation des juges ?

Un autre point soulevé ici est celui de l'étude des arguments dont Antigone use pour accréditer sa thèse. Le débat révèle sa maîtrise dans le registre de la parole publique¹⁶ et du débat contradictoire. C'est ainsi qu'au-delà de la lutte entre, d'une part la justice qui guide les mœurs de l'ordre familial¹⁷ défendues par Antigone, et, d'autre part du politique à travers la loi de Créon, un

14 J. ANOUILH, *Antigone*, Paris, La Table ronde, 2008, 128 p.

15 B. FRYDMAN, La rhétorique judiciaire dans l'Antigone de Sophocle, pp. 161-183, in. L. COULOUBARITSIS, *Antigone et la résistance civile*, Bruxelles, Ousia, 2003, 277 p.

16 MOLIÈRE, *L'école des femmes*, Paris, Pocket, 2005 128 p.

17 Il n'est aucunement question de limiter la perception de cet ordre aux seules relations que la femme entretient ou subit au sein du foyer.

problème, en apparence sous-jacent, mais d'égale importance se pose, celui de la prise de parole de la femme qui se veut symbole d'une justice oubliée, du «juste au féminin».

10. La femme traditionnellement écartée des choses de la justice et de la société. Pour autant, la présence de la femme a souvent été effacée en matière de justice et ce, alors même qu'elle en est le symbole, pourvue de la balance et de l'épée. Mais elle n'a jamais vraiment participé au fonctionnement de la justice dont elle semble, par habitude, tenue à l'écart.

En effet, la femme a souvent subi l'histoire par sa condition de «sexe faible». Le mythe du péché originel a plongé la femme dans un état d'infériorité.

Dans son ouvrage, *Histoire de la condition féminine : origines judéo chrétiennes, médicales et juridiques*, l'historien Bernard Orrye explique que le péché originel a été commis par la femme, ce qui a conduit à s'en méfier¹⁸.

La femme dans la mythologie est également pécheresse à travers le mythe de Pandore qui a répandu sur la Terre tous les maux en ouvrant la boîte, ce qui lui était pourtant défendu. Elle est aussi l'incarnation du mal. Parce qu'elle intrigue, elle incarne l'image du diable de deux manières. La première est celle dans laquelle la femme est à la tête du pouvoir, subordonnant l'homme à son autorité dans les systèmes de gynécocratie et de matriarcat. La seconde est celle dans laquelle, la femme refuse l'ordre établi, en particulier celui établi par la chrétienté, ce qui lui vaudrait la condition de sorcière devant être brûlée. C'est ainsi que la femme a bien souvent subi le sort de la domination masculine s'exerçant sur deux plans : celui de la sphère privée par le biais de l'autorité du pater familias et celui de la sphère publique par le biais notamment de la loi salique. Luttant pour la mise à néant de cette emprise masculine, les femmes n'ont cessé de proclamer leur égalité par rapport aux hommes, pour faire reconnaître leurs droits et leur place dans la société et pour qu'elles soient également entendues par la justice comme Antigone le souhaitait .

11. L'apparente égalité sexuelle pour l'institution du juste. Au-delà des modèles désignant une domination excessive tantôt de l'homme (pater familias, primogéniture, droit de

18 B. ORRYE, *Histoire de la condition féminine : origines judéo-chrétiennes, médicales et juridiques*, Paris, Royer, 1997, 213 p. Bernard Orrye explique que «la femme fut créée après Adam, dans un univers paradisiaque, où l'homme vivait seul et heureux. La curiosité et la convoitise pousseront la première femme à transgresser la Loi, en goûtant au fruit de l'arbre défendu. Ce péché originel imputé au seul sexe faible, entraînera la chute du genre humain, soumis à tous les maux».

cuissage, etc), tantôt de la femme (gynécocratie et matriarcat), l'exigence du juste, à partir de laquelle l'on peut espérer parvenir à un véritable équilibre, doit être accomplie. Il est possible de parvenir à cet équilibre par une individualisation de la femme, eu égard à son sexe, impliquant des différences qui peuvent être admises comme étant légitimes dans le droit et une remise en cause de certaines égalités. C'est ainsi que le droit doit prendre en compte la situation de la femme en tant que sujet de droit féminin et respecter alors la nature féminine dans le respect du juste, sans pour autant prêter à son attention une dimension exclusivement naturaliste.

Le droit doit alors se garder de devenir excessif, sous l'influence d'un politique corrupteur. Le concept d'État de droit ouvre la voie à un contrôle juridictionnel du pouvoir d'État. Le droit tend ainsi à prendre le pas sur le politique. Il prétend fixer les règles et les limites du champ d'application de l'État espérant réguler sa volonté de puissance et de domination.

12. Le juste universel. Dans le même temps, le droit prend également le pas sur la morale. Les règles juridiques investissent ainsi progressivement l'ensemble du champ pratique et s'imposent finalement comme le seul cadre normatif en vigueur. Pour le Professeur Peter Badura, le droit est un moyen de l'organisation de la société et de l'aménagement des conditions, des relations, et processus sociaux, en un mot, un instrument du contrôle social¹⁹.

Mais ce contrôle doit toujours se faire dans un esprit de justice universelle. Pour le philosophe Angel Sanchez de La Torre, la formulation des critères du juste est la question la plus débattue en droit, car le juste doit être capable à la fois de garantir l'égalité de tous et également satisfaire la dignité de chacun, ce que l'universalisme recherche²⁰.

L'équilibre des critères de justice se trouve au regard de la loi dans la force de la raison naturelle. C'est pourquoi il doit en être remis à la loi naturelle, la loi de la nature constituée par les règles qui gravitent autour de la nature de l'homme et en l'occurrence de la femme.

Cette perception oppose ainsi les existentialistes, pour lesquels l'existence précède l'essence, en ce sens que «l'homme n'est rien d'autre que ce qu'il fait et la valeur c'est le bien que l'homme fait en se choisissant. Il n'est rien d'autre que son projet et il n'existe que dans la mesure où il se réalise»²¹.

19 P. BADURA, *Recht, Theorie des Recht, Rechtsphilosophie*, dans le volume *Recht* du Fischer Lexikon, t.12, Francfort-sur-le-Main, Fischer Verlag, 1971, pp. 133-134.

20 A. SANCHEZ DE LA TORRE, *La tyrannie dans la Grèce antique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, 250 p.

21 A. BRIMO, *Réflexions sur la conception existentialiste de l'État*, *Archives de philosophie du droit*, Philosophes d'aujourd'hui en présence du droit, Paris, Sirey, 1965, p. 153.

Les concepts d'État et de société sont, pour l'existentialisme, un carrefour où la liberté métaphysique de l'homme prend conscience d'elle-même. Pour les essentialistes, au contraire, la nature humaine se retrouve identique chez tous les hommes, il résulte de cette universalité de la nature humaine que tout ce qui est humain a une essence antérieure à son existence historique.

13. Le devoir d'individualisation du droit. Le droit doit donc appréhender le sujet féminin à travers un aspect à la fois particulariste et universaliste. La reconnaissance de l'identité juridique féminine serait la clé de compréhension et de respect des réalités féminines. Pratiquement, le juge, qui a pour rôle d'appliquer le droit, doit juger en équité pour apprécier de manière qualitative chaque situation qui lui est soumise. Le droit pénal, par exemple, doit se plier à un devoir d'individualisation. Mais la réalité se veut différente.

Dans certains cas, le sens du juste s'est ainsi conformé à l'équité au sacrifice d'intérêts légaux. Instinctivement, l'on pensera à la célèbre affaire de Château Thierry, par laquelle le juge Magnaud, dans un jugement rendu le 4 mars 1898, avait refusé de condamner pour vol de pain une jeune mère. L'état de nécessité, alors retenu ici, ne l'est pourtant que de manière restrictive par la Cour de cassation et la plupart des juges du fond, faisant montre d'un défaut d'individualisation du droit.

Il a pu en être ainsi dans une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 2 décembre 2003 par laquelle les juges n'ont pas pris en considération la situation de la mère de famille qui venait de perdre l'enfant qu'elle portait dans un accident de la circulation. La Chambre criminelle n'a pas pris en compte le statut particulier de la future mère.

Ce qui pose ici non seulement un problème, mais aussi un paradoxe tient en cette volonté d'égalitarisme animant tout un courant emmené, principalement par les mouvements féministes, annihilant les différences entre les sexes, aussi bien d'un point de vue juridique que politique.

14. L'idéologie du neutre caractérise aujourd'hui nos sociétés postmodernes afin d'éviter l'idéologie de différence, alors perçue comme une source d'inégalité. Cependant, c'est justement cette différence qui doit être conservée pour mettre en place l'unité duale de la femme et de l'homme et, ainsi, empêcher que des inégalités injustes ne s'établissent et, le cas échéant, ne durent. La différence ne signifie pas la subordination d'une personne à une autre. C'est au contraire le refus de la différence des sexes qui est à l'origine des inégalités entre les hommes et les femmes.

Le droit du travail suit une telle exigence en particularisant le sujet et notamment le sujet féminin.

L'exemple le plus symbolique était lié à la question du travail de nuit qui établissait, jusqu'à la loi n°2001-397 du 9 mai 2001, un statut spécial pour les femmes, comprenant leur capacité physique à supporter un tel rythme de travail, sans pour autant les placer dans une position d'infériorité. La législation française relative à l'interdiction du travail de nuit des femmes considérée comme contraire au principe de l'égalité de traitement par la Cour de justice des communautés européennes a dû se soumettre à cette exigence, pourtant inadaptée, de l'égalité de traitement entre les sexes.

En effet, le Code du travail posait en son article L213-1 un principe général d'interdiction du travail de nuit des femmes. Ce texte prévoyait toutefois des dérogations pour les femmes occupant des postes de direction ou de caractère technique impliquant une responsabilité et pour celles travaillant dans les services d'hygiène et du bien-être et qui n'effectuaient pas normalement un travail manuel. Cette disposition apparaissait comme discriminante, car il n'existait aucune disposition interdisant le travail de nuit des hommes.

Cette position était discutable dans la mesure où le droit doit répondre à la fois à un impératif d'individualisation de la personne et d'égalité entre les sexes. Il n'en demeure pas moins que le droit du travail français a dû opter pour la seconde voie, plaçant dès lors la femme dans un statut d'égalité à l'homme et sans que sa situation personnelle ne soit prise en compte (capacité physique et morale à assumer un travail de nuit entre autres). Le gouvernement français, pour le maintien de cette disposition, invoquait la vulnérabilité particulière des femmes travaillant la nuit, leur santé, leur sécurité, les conséquences dommageables possibles sur leur vie familiale. Cette conception française a été condamnée par la CJCE dans un arrêt du 25 juillet 1991²². Pour la CJCE, les dérogations en faveur des femmes ne se justifient qu'au regard de leur protection biologique ou du principe d'égalité des chances. Le problème de l'altérité ressurgit alors avec cette question de la singularité irréductiblement essentielle de l'homme et de tels généricismes noient cette identité.

15. Nuancer l'égalité. Il ne s'agit pas de rejeter l'égalité des sexes, mais de la cadrer. L'égalité des sexes ne peut déterminer les hommes et les femmes sans la projection sur eux de l'image d'un individu factice et, par essence, inégalitaire. Les pouvoirs publics se chargent de faire respecter une telle égalité et, pour exemple significatif, la sphère familiale cesse d'être privée et est largement politisée pour satisfaire à cet impératif d'égalité entre les individus. Certaines égalités sont souhaitées, d'autres, au contraire, montrent que le politique a tendance à s'accaparer la sphère

22 CJCE, 25 juillet 1991, Stoeckel, C-345/89, *Rec. CJCE*, 1991, pp. I-4047.

privée au détriment de ce qui est à la base de son rôle originel, la défense de l'individu.

Certes, la vie en société doit être régulée, pour ne pas verser, selon la description hobbesienne, dans l'anarchie, mais le politique doit garder à l'esprit qu'il est garant de l'application du droit et non pas juge et arbitre de sa propre vision du monde.

C'est ainsi qu'à travers les discriminations positives²³, l'État intervient pour la mise en œuvre du principe d'égalité entre les sexes. Cette ingérence du politique est même présente au sein du mariage et Lévi-Strauss disait à ce propos que le mariage n'est pas, n'a jamais été et ne peut être une affaire privée²⁴.

Aussi, dans un registre similaire, la thématique de l'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle continue de préoccuper les pouvoirs publics et, à ce titre, la maternité fait l'objet d'une attention particulière du législateur qui soutient, à travers la loi du 21 janvier 2008, une politique en faveur de la non-discrimination en raison de la grossesse au sein des relations de travail.

En ce qui concerne la famille, l'État a vu son rôle s'accroître par la prise en charge de fonctions qui relevaient initialement de la seule responsabilité de la famille. Ainsi, la question se pose alors de savoir si l'immixtion de l'État dans la sphère privée est nécessaire et attendue pour une meilleure application du droit ou bien si cela ne présage pas un retour à l'État gendarme du XIX^e siècle au détriment de l'État Providence censé être actuel.

Hegel considère un tel interventionnisme comme évident. Pour lui, seul l'État a des buts à la fois conscients et universels et, au-dessus de tout, il a comme but la raison et la réalisation de la liberté. L'État doit être souverain. L'État selon Hegel «se présente aux sphères du droit privé, de la famille, même de la société du travail comme une nécessité extérieure, comme une puissance supérieure»²⁵. Il ajoute que la liberté ne peut être énoncée que de l'État. L'État moderne n'est pas une organisation qui enferme les citoyens, il est leur organisation. C'est seulement dans l'État, toujours selon le philosophe, que l'homme accède à la moralité la plus concrète et la plus haute. L'État, en effet, éduque l'individu, le plie à une discipline collective qui le libère des contingences

23 F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, *RFDA*, septembre-octobre 1997, p. 911 : Les discriminations positives sont définies comme la «différenciation juridique de traitement, créée de manière temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles».

24 C. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Paris, Pocket, 2003, 480 p.

25 E. WEIL, *Hegel et l'État*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2000, p. 52.

de sa nature animale. Loin de le diminuer, il lui permet d'achever sa personnalité en s'intégrant à un organisme moral supérieur qui le fait progresser dans le sens de l'universel. Le point d'ancrage du sens du juste et de l'universel auquel doit conduire l'État de droit est le respect de l'identité.

16. La reconnaissance de la féminité à travers la reconnaissance de la différence des sexes pose donc ce problème d'identité du sujet féminin. Discutée, défendue, combattue, l'identité du féminin n'est pas une question récente, mais récurrente dans l'Histoire. C'est ainsi que pour Platon dans *La République*, la cité doit être conçue comme une communauté impliquant l'égalité des sexes et la réciprocité du partage²⁶. Socrate résume cette position en ces termes : «Tout doit être égal et commun aux deux sexes». La différence des sexes n'est pas considérée par le philosophe comme étant une différence naturelle qui impliquerait de ce fait des fonctions et des rôles naturellement spécifiques. Le philosophe Pierre Carrique explique que le Même, dont Platon se réclame dans son rêve de cité idéale, existe et qu'il s'agit de la mort qui seule permettrait de faire des hommes et des femmes des êtres désimpliqués dans la différence, des êtres identiques.

Plus tard, un autre philosophe s'est réclamé de cette Mêmété, Ricœur, qui la considère comme une identité au sens d'identitarisme et non de singularité²⁷ ; et qu'il oppose à l'ipséité conçue ici comme le singularisme qui est présent au sein de l'universalisme. C'est en effet la question de l'identité qui est à la source de la notion d'universalisme. Il s'agit de considérer à la fois les individus comme tout et partie, ce que le droit doit s'évertuer de traduire, à travers son application, pour être en accord avec sa qualité intrinsèque, à savoir le juste. Pour cela, le droit et l'État, qui veille théoriquement à son respect, doivent considérer l'individu.

Pour certains, cet individu est la fin, la cause finale de toutes les institutions sociales et particulièrement la fin du droit et de l'État. Certaines doctrines, à l'inverse, nient cette conception de l'individu, ce qui conduit à un généricisme faisant de l'individu un moyen, n'existant que par et pour l'État. Il s'agit donc d'une véritable «divinisation de l'État» et l'individu est relégué au rang de son simple instrument²⁸.

17. Le droit privé auquel il s'agira de s'attacher ici n'est pas totalement indépendant de son collègue, le droit public, lorsqu'il est question de la considération de la femme au sein du droit,

26 PLATON, *La République*, Paris, Flammarion, 2001, 801 p.

27 P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1996, 424 p.

28 M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Préf. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Paris Éd. Dalloz, 2007, pp. 30 s.

c'est-à-dire de l'individualisme plus ou moins reconnu selon diverses doctrines ; l'étude du droit public est même incontournable en la matière pour bien saisir le sens de la consécration ou non de l'individu au sein du droit.

C'est ainsi qu' Esmein, dans ses *Éléments de droit constitutionnel*, a pu considérer que «la puissance publique et le gouvernement qui l'exerce, n'existent que dans l'intérêt de tous les membres qui composent la Nation»²⁹. Dans le même sens Vattel : «Un gouvernement n'est établi que pour la Nation, en vue de son salut et de son bonheur»³⁰.

Esmein insiste sur le nécessaire individualisme en considérant que le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir développer librement ses facultés propres pour promouvoir des droits individuels. La philosophie du droit s'inscrit dans le cadre d'une recherche des conditions d'une répartition équitable au service du droit en général et des droits de chacun en particulier, l'universel singulier.

18. Finalité de la thèse. La difficulté principale de cette étude a été de trouver, dans le droit, des contre exemples à l'égalité des sexes, autrement dit de trouver des égalités qui ne devraient pas en être. Il en est résulté que le fondement du droit, c'est-à-dire l'égalité-même des sexes était à reconsidérer. Bien entendu, il ne s'agissait pas de réfuter cette égalité, mais de comprendre qu'elle ne pouvait plus fonder le droit dans son intégralité sous peine de produire un amalgame entre les sexes et ainsi récuser toute idée d'identité féminine.

Il ne s'agissait pas non plus de dresser un inventaire des textes de lois qui contrevenaient à l'établissement d'une identité juridique féminine, l'exercice rendant la démonstration aussi fastidieuse que sans intérêt. Mais il s'agissait d'élever la discipline juridique à la science de l'être ce qui, non seulement, était plus propice à la problématique identitaire, mais aussi permettait d'envisager des solutions, jusqu'à présent, insuffisamment exploitées du fait du poids de l'égalité des sexes sur la société.

L'objectif de cette thèse est donc de démontrer que la reconnaissance d'une identité juridique de la femme est nécessaire au respect de son sexe non seulement par le droit, mais aussi par la société qui tantôt le suit, tantôt le guide, parfois à tort³¹, parfois à raison³².

29 A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Panthéon Assas, 2001, 1246 p.

30 E. de VATTEL, *Le droit des gens, ou, principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Nabu Press, 2014, 682 p.

31 Ainsi, la fin de ce que les féministes ont nommé les «discriminations» entre les sexes en matière d'assurance. Cf. S. GROSBON, La décision Test-achats c/ Belgique, CJUE 1er mars 2001, à l'aune de l'analyse féministe du droit : proposition de lectures d'un exemple concret, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 123-147.

32 L'on se rappelle ainsi les actions des suffragettes ayant massivement influencé l'adoption du droit de vote des

19. Précisions sur le champ de l'étude. L'étude est certes orientée vers le droit contemporain interne, mais, ne permettant pas à lui seul d'appréhender le champ du sujet, des éléments plus anciens et dépassant les frontières de la nation française³³, sont mis à profit pour saisir au mieux la problématique.

D'autres disciplines, comme la sociologie, sont également utiles à la compréhension de certains points. Les aspects les plus essentiels et représentatifs des sciences humaines permettent alors d'étayer l'hypothèse de travail autour de l'universalité et de la singularité pour faire valoir une identité juridique féminine surplombant le statut générique de la personnalité juridique.

L'implication de la discipline philosophique est la plus prégnante. En effet, l'identité révélant ce que l'être a de plus essentiel en lui, il semble cohérent d'impliquer dans cette étude un éclairage philosophique, qui, seul, peut permettre de comprendre les enjeux de la notion³⁴. L'héritage de la pensée métaphysique a, en effet, permis d'appréhender l'identité juridique de la femme sous une perspective non seulement plus aboutie, mais également plus pertinente. Et, en dépit de l'apparente abstraction de certaines notions, l'alliance des approches philosophiques et techniques trouve ici sa place et s'ancre véritablement dans une réalité ontologique qui vient cimenter la nécessité de l'identité de la femme dans le droit.

20. Méthode et plan. Afin de convaincre de la nécessité de faire établir une identité juridique féminine, il convient d'établir les obstacles à cet établissement pour en proposer par la suite des solutions. Pour ce faire, il s'agit, dans un premier temps, de déterminer les contours et enjeux de la problématique liée au généricisme juridique, lorsqu'il se fonde sur une égalité des sexes non nuancée, c'est-à-dire elle-même génériciste (Partie 1). Puis, de dégager ce qui peut insuffler une nouvelle perspective au droit dans l'optique de l'admission de cette identité féminine (Partie 2).

PARTIE 1 L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME ET LES LIMITES D'UNE APPROCHE GÉNÉRICISTE

PARTIE 2 POUR UNE RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME

femmes. Cf. Y. RIPA, *Les femmes, actrices de l'Histoire : France, de 1789 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2010, 224 p.

33 L'internationalisation des mots est, en effet, un prolongement nécessairement complémentaire à la compréhension du droit interne.

34 J.-M. TRIGEAUD, *Justice et hégémonie*, Bordeaux, Éd. Bière, 2006, p. 330 : «C'est bien [contre] le refus de la personne distinguée de la nature, [...], que la philosophie du droit nous paraît d'abord devoir être orientée».

PARTIE 1

L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME ET LES LIMITES D'UNE APPROCHE GÉNÉRICISTE

21. Il ne suffit pas de parler d'identité de la femme pour qu'elle soit admise, de même qu'il ne suffit pas de parler des différences entre les sexes pour qu'elles soient reconnues. Les hommes et les femmes sont différents c'est un fait, mais l'égalité des sexes demeure profondément ancrée dans le droit, de sorte que l'identité de la femme ne peut qu'en être rejetée.

Les vertus du principe d'égalité des sexes en faveur des droits des femmes et en particulier en faveur de leur émancipation de la tutelle patriarcale sont incontestables.

L'accession des filles à l'éducation et des femmes au travail n'aurait pas eu lieu sans des revendications égalitaires. Mais des inégalités persistent et le droit intervient à juste titre pour y remédier (Titre 1).

22. Seulement, le droit, en appliquant à la lettre le principe d'égalité des sexes, oublie sa vocation originelle qui est de protéger les individus et cette protection doit être juste et adaptée avant d'être égale. Non que des individus doivent être moins protégés que d'autres, mais que certains doivent l'être davantage dans certaines situations.

En mettant indistinctement en œuvre l'égalité des sexes, le droit devient créateur de généricisme, il englobe sans distinguer. Il dessert ainsi l'identité féminine juridique constitutive d'une différence qu'il occulte au profit d'une protection globale. Les femmes sont alors considérées juridiquement comme des hommes et les revendications féministes qui prônent l'égalité des sexes ne font qu'augmenter l'écart entre le droit et l'identité féminine.

Respecter les droits des femmes revient à respecter leur identité, c'est-à-dire ce qu'elles sont et l'égalité des sexes ne suffit plus au respect des droits des femmes. Elle a certes permis aux femmes d'accéder aux mêmes droits que les hommes, mais c'est ce mimétisme qui se place à l'encontre de l'identité des femmes. Il est temps pour elles que leur identité féminine juridique soit reconnue.

La rupture entre l'égalité des sexes non nuancée, consistant en un égalitarisme, et le droit doit se faire sans plus tarder et ce délitement doit passer par une reconnaissance juridique des différences entre les sexes (Titre 2).

TITRE 1

L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME À L'ÉPREUVE DE L'ÉGALITÉ DES SEXES

23. L'égalité des sexes revendique un traitement similaire des hommes et des femmes à l'image du principe de l'égalité de tous devant la loi.

Cette égalité met en place un processus au sein duquel la considération des sexes est indifférente. Ainsi, il n'existe selon l'égalité des sexes, ni hommes, ni femmes, ces deux genres sexuels étant soumis aux mêmes règles.

Le droit, en respectant ce principe, se rend alors complice de l'indifférence aux sexes empêchant la prise en compte des besoins spécifiques de la femme.

La question de l'identité féminine s'oppose fermement à une égalité stricte entre les sexes, en ce qu'elle représente un généricisme négateur des différences sexuelles. Les deux sexes doivent exister ensemble et leurs différences doivent être reconnues et non gommées (Chapitre 1).

Reconnaître l'identité féminine ne revient pas à stigmatiser toute l'égalité des sexes, ni à nier ses vertus. En effet, grâce à elle, la femme a pu obtenir des droits fondamentaux et s'exiler de la soumission patriarcale. L'égalité des sexes combat des inégalités injustes entre les sexes.

Toutefois, en raison de sa participation à une homogénéisation, qui n'est pas toujours salubre pour la femme, l'égalité sexuelle consiste en un rejet de la différence sexuelle réduisant les deux sexes au seul genre humain (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA SOCIÉTÉ FÉMININE FACE À L'ÉGALITÉ DES SEXES

24. C'est à travers une délimitation rigoureuse des contours de la République et des règles à ne pas enfreindre que le droit permet une protection des individus. Agissant comme un garant et un protecteur des libertés fondamentales de ses sujets, le droit leur permet de disposer du statut de sujet de droit. Dans l'intérêt de ses sujets et en vertu du principe républicain de l'égalité juridique, il octroie alors à tous et sans distinction ce même statut.

Cependant, il oublie souvent d'être un régulateur en ne répartissant pas toujours équitablement ce qui doit être nécessaire à chacun. Ainsi, si le droit protège toutes les personnes uniformément, c'est qu'il les considère comme identiques. Or, le genre humain connaît en son sein-même des dissemblances dont la plus marquante est celle liée au sexe. Le droit va ainsi prétendre, en promouvant théoriquement une égalité des genres, que la femme est l'égale de l'homme, sans chercher à reconnaître, ni défendre l'altérité fondamentale de la société et légitimant de façon insidieuse la position archaïque de sexe faible de la femme (Section 1).

L'égalité des sexes serait alors non seulement un obstacle à l'émancipation de la femme, puisqu'elle ne pourrait voir ses particularismes affirmés, noyés dans le bain de l'égalité largo sensu, mais aussi une mise à mal évidente de l'avènement d'une identité féminine (Section 2).

SECTION 1 L'ÉGALITÉ JURIDIQUE DES GENRES

25. L'office du droit est de protéger les individus par une réglementation de la vie en société, consistant en des droits et des devoirs constitutifs de limites à ne pas franchir pour la cohésion du groupe. Il doit ainsi disposer d'un champ d'application suffisamment large pour que son rayonnement s'étende à un maximum de situations.

Le droit ne particularise pas selon les situations, les règles édictées le sont principalement pour tous et non seulement un groupe de personnes. Les individus sont alors soumis à un traitement juridique similaire, comme le principe d'égalité juridique le prévoit.

Les individus ne sont pas différenciés et il est aisé de dire qu'ils ne font alors plus qu'un devant le droit, qui les considère tous comme des justiciables devant le respecter.

Les différences individuelles sont détrônées au profit d'une unité humaine qui, certes, représente l'Homme dans son acception la plus générique (§1), mais occulte toutes les spécificités et en particulier les spécificités féminines (§2).

§1 LE DROIT ET L'HOMME

26. La vocation du droit qui est de protéger les individus dans leurs droits et libertés et de leur faire respecter leurs devoirs, ne peut s'opérer que par un embrassement d'une multiplicité de situations, pour que tous les individus puissent bénéficier de manière égale de cette protection ; mais, par cette action de globalisation des situations, il oublie qu'elles ne sont pas toujours égales entre elles, puisqu'elles sont créées par des personnes elles-mêmes différentes et il crée ainsi du généricisme niant les différences sexuelles. Le droit, en protégeant l'Homme, oublie que ce qui n'est pas égal est différent et que ces différences font partie de son champ d'application (A).

Il traite ainsi les femmes non pas comme ses sujets, ce dont il découlerait une implication personnalisée de leur traitement en tant que femmes, permettant alors l'émergence de la considération de l'identité féminine ; mais, au contraire, comme des sujets devant nécessairement appartenir à un modèle type, celui-là même qui a servi de modèle à l'établissement d'une

personnalité juridique unisexe, le modèle masculin (B).

A- LE DROIT CRÉATEUR DE GÉNÉRICISME

27. Du principe d'égalité juridique des sexes découle la ressemblance des hommes et des femmes face au droit, le droit ne différenciant pas selon le sexe.

L'article 225-1 du Code pénal³⁵ qui définit les discriminations comme les actes consistant entre autres à distinguer les personnes physiques «en raison de leur sexe» contribue à asseoir cette volonté d'indifférenciation juridique.

Louable lorsqu'elle permet d'enrayer une inégalité injuste, par exemple dans le cas de l'égalité des rémunérations, cette indifférenciation, au contraire, peut s'avérer être, non seulement un vecteur de généricisme tendant alors à une homogénéisation des individus (1), mais aussi à une perception réductrice des personnes à leur appartenance au genre humain, s'érigant de facto comme un obstacle à la reconnaissance de l'identité féminine (2).

1- Le généricisme juridique

28. **Du genre.** Issu de l'anglais «gender», le genre est avant tout défini comme un terme grammatical, une catégorie de l'ordre du langage. Considéré comme un ensemble d'êtres ou de choses ayant des caractères communs, le genre procède par classification en établissant ainsi des clivages. Le genre humain est la catégorie la plus aisément comprise et se divise en genre féminin et

³⁵ Article 225-1 du Code pénal : «Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales».

genre masculin. Aucune subdivision n'existe à l'intérieur-même de ces catégories de sorte que les femmes et les hommes font indifféremment partie de leur genre respectif et a fortiori du genre humain qui les lie entre eux.

A supposer que les hommes et les femmes se ressemblent entre eux, cela ne pose pas de difficultés. Or, et le problème se situe bien là, les femmes et les hommes ne sont pas essentiellement similaires et ne répondent pas aux mêmes impératifs biologiques.

En effet, si pour le genre animal l'hippocampe mâle porte la grossesse, l'homme lui n'en souffre pas. Force est alors de constater que la définition-même du genre humain est imprécise, hommes et femmes ont des caractéristiques communes, mais biologiquement ils sont différents.

Néanmoins, la notion de genre classifie objectivement les êtres, les choses, sans vraiment tendre à provoquer un état d'infériorité, à l'inverse de son dérivé terminologique, le généricisme qui lui implique une négation volontaire des différences entre les sexes.

29. Au généricisme. Le généricisme accentue l'identification entre les hommes et les femmes en fusionnant les deux sexes. En promouvant des «critères aveugles et hypocrites d'égalité», il alimente les différences discriminantes entre les sexes. Le généricisme réfute toute relation d'altérité percevant la femme comme une copie de l'homme. Il cantonne ainsi les femmes et les hommes à leur sexe seulement, niant les particularismes, de sorte que les individus vont se trouver désimpliqués dans leur identité³⁶.

Le droit sert le généricisme en ce sens qu'il ne voit la femme que comme un individu déssexué, ce qui pose un réel problème d'identité et à travers cela d'établissement d'une identité féminine. L'identité sexuelle est un outil de détermination de la personne, à savoir si elle est du sexe féminin ou du sexe masculin³⁷ et sans cette identité, l'individu ne peut intimement se construire, car l'identité sexuelle relève de la nature et la nature est ce qui vient en premier chez l'individu³⁸. Elle répond à des réflexes, des intuitions qui sont chronologiquement antérieures à l'influence de la culture.

Le droit vient véritablement se positionner comme un obstacle à l'établissement de l'identité féminine en lui préférant le genre humain plus générique.

36 J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, Bordeaux, Éd. Bière, 2001, pp. 172 s.

37 Certaines personnes comme les transgenres ou les hermaphrodites ne peuvent déterminer leur appartenance à un genre sexuel, ce qui implique des crises identitaires sexuelles que notre étude développera plus tard.

38 J.-M. TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 172.

2- Le droit comme obstacle à une identité juridique féminine

30. La distinction entre sexe et genre. La publication en 1991 de l'ouvrage *Sexe et genre : De la hiérarchie entre les sexes*, sous la direction de Marie-Claude Hurtig, Michèle Kail et Hélène Rouch introduit le concept de genre dans le monde universitaire³⁹.

Le concept avait pourtant déjà été étudié au début du XX^e siècle, mais sous une autre terminologie. En 1930, l'anthropologue Margaret Mead, a été la première à parler de rôles sexuels. Dans son ouvrage *Mœurs et Sexualité en Océanie*, elle opère une distinction entre «tempérament» et sexe biologique en montrant que le premier ne découle pas directement du second, mais qu'il est construit culturellement⁴⁰.

Le distinguo sexe/genre est explicitement posé par la sociologue Ann Oakley dans *Sex, Gender and Society* publié en 1972⁴¹. Le terme «sexe» renvoie ainsi à la distinction biologique entre mâles et femelles, le genre quant à lui renvoie à la distinction culturelle entre les rôles sociaux⁴². Une telle conceptualisation se heurte à la prégnance de la différence entre nature et culture et notamment à la délicate question des bases sur lesquelles la notion-même de genre s'est construite. En effet, même si le genre est la «part sociale du sexe», il faudrait admettre un présupposé naturel et ainsi reconnaître que la culture se construit sur les bases d'une nature qui devrait elle-même être prête à s'y soumettre⁴³. La partition sexe/genre a donc été dans un premier temps ruinée par ce schéma aporétique.

Les travaux de l'historien Thomas Laqueur permettent de considérer le genre autrement et de sortir de cette remise en cause. Il rompt avec le «présupposé d'une base naturelle et biologique des sexes sur laquelle le genre ne pourrait que venir se surajouter». Le genre n'est ainsi pas déterminé par le sexe⁴⁴.

39 M.-C. HURTIG, M. KAIL et H. ROUCH, *Sexe et genre : De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Éd., 2002, 286 p.

40 M. MEAD, *Mœurs et Sexualité en Océanie*, Paris, Plon, 1969, 533 p.

41 A. OAKLEY, *Sex, Gender and Society*, London, Temple Smith, 1972, 225 p.

42 L. BERENI, A. JAUNAIT, S. CHAUVIN, A. REVILLARD, *Introduction aux Gender Studies : Manuel des études sur le genre*, Bruxelles, De Boeck Université, 2008, 358 p.

43 J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and The Subversion of Identity*, London, Taylor & Francis, 1999, 256 p.

44 T. LAQUEUR, *La fabrique du sexe*, Paris, Gallimard, 1992, 576 p.

31. Le détachement sexué du droit. Le droit ne s'implique pas dans l'appréhension du genre et du sexe essayant de rester neutre et ce qui lui paraît être le plus efficace possible. Il se réfugie alors paradoxalement dans un généricisme inquiétant pour la cause féminine.

C'est une fatalité pour le droit de ne voir que les genres dans leur globalité et non pas de faire de la casuistique, il est trop abstrait pour endosser ce rôle avant même application qui elle est à l'inverse concrète.

Ainsi, les hommes et les femmes ne sont pour le droit que des genres et non pas des identités sexuées à part entière.

Le droit ne singularise pas, contrairement à ce qu'une identité juridique entend, il aspire les particularismes à travers le généricisme de ses règles de droit. Il va calquer le sort juridique des femmes sur celui des hommes en neutralisant toutes spécificités liées au sexe féminin. En effet, la question de la maternité ne concerne pas toutes les femmes et ne concerne pas les hommes, donc le droit la passe sous silence la considérant comme ne concernant qu'une minorité de la population et ne l'impliquant qu'en cas de conflits juridiques. Elle ne constitue donc pas pour lui une source de reconnaissance d'identité juridique de la femme. Pourtant, et nous le verrons dans plusieurs développements, il protège la mère paradoxalement.

Il est à accueillir lorsqu'il s'agit d'accorder des droits personnalisés aux futures mères, mais à renier lorsque le sexe constitue un obstacle à l'octroi de certains droits perçus alors comme des prérogatives pour certains.

Les différences de salaires persistantes entre les hommes et les femmes sont une illustration de la décrédibilisation du travail des femmes⁴⁵, tandis que le faible intérêt porté au congé de paternité⁴⁶ vient amoindrir le rôle de l'homme-père au sein de sa propre famille.

45 Selon l'Observatoire des inégalités, «Le salaire mensuel net moyen des hommes est de 2 263 euros pour un équivalent temps plein, celui des femmes de 1 817 euros (données INSEE 2010). Les hommes perçoivent donc, en moyenne, un salaire supérieur de 24,5 % (en équivalent temps plein) à celui des femmes. Ou, ce qui revient au même, les femmes touchent un salaire équivalent à 80 % de celui des hommes, donc inférieur de 20 % (voir notre encadré méthodologique en fin d'article). L'écart mensuel moyen est de 446 euros, soit presque un demi SMIC».

46 Le congé paternité est régi par les articles L1225-35, L1225-36 et D1225-8 du Code du travail. Son principe est le suivant: lors de la naissance d'un enfant, le père peut bénéficier d'un congé indemnisé, dans les mois qui suivent l'accouchement.

La durée du congé de paternité est fixée à :

- 11 jours calendaires consécutifs en cas de naissance simple,
- 18 jours calendaires consécutifs en cas de naissances multiples.

Le congé de paternité peut succéder au congé de naissance de 3 jours ou être pris séparément. Le congé doit débuter dans les 4 mois qui suivent la naissance de l'enfant, mais il peut se poursuivre au-delà des 4 mois de l'enfant. Le père a la faculté de reporter le début du congé dans 2 cas :

- l'hospitalisation de l'enfant (le congé doit être pris dans les 4 mois qui suivent la fin de l'hospitalisation),
- le décès de la mère (le congé doit être pris dans les 4 mois qui suivent la fin du congé postnatal dont bénéficie le père

32. Paradoxalement, il peut sembler toutefois difficile de lui reprocher d'être à l'écoute des identités, lorsque des voix s'élèvent pour la défense de l'égalité, d'autres pour la liberté. Le droit serait en quelque sorte pris entre deux feux : d'un côté la nécessité d'une règle de droit embrassant une pluralité de situations et devant servir le maximum d'intérêts, d'un autre la reconnaissance d'identités indissociables d'une construction d'un droit équitable et ainsi casuiste.

En somme et indépendamment d'une vision critique du droit global, le généricisme s'avère toujours être un danger pour le sexe féminin et plus précisément pour l'établissement de son identité.

Ce n'est pas le genre masculin ou le genre féminin qui doit primer sur l'autre, c'est le genre humain particularisé qui doit asseoir sa supériorité en devenant le «véritable universel»⁴⁷ contre une loi de domination et c'est ce même universel qui permettra aux particularismes de se faire entendre.

La question de la personnalité juridique illustre à nouveau cette volonté de déssexualisation qui entoure le droit et notamment les droits de la femme, en gommant les différences en faveur d'une homogénéisation juridico-sociale. La personnalité juridique qui est, en effet sans sexe, ôte leur identité sexuelle aux femmes.

B- LE DROIT ET LES SUJETS FÉMININS

33. Instigateur de généricisme par l'annihilation des clivages sexués en faveur de la dénomination générique «Homme», le droit ne conçoit pas les femmes comme des personnes juridiques différentes.

La personnalité juridique, statut unisexe, participe de ce mouvement de désimplification du droit face à ses sujets de droit féminins et constitue alors la principale illustration du danger du généricisme égalitaire (1).

dans ce cas).

47 M. MARINI, Françoise Duroux, Antigone encore. Les femmes et la loi, Paris, *Les cahiers du CEDREF*, 1995.

Le refus de la reconnaissance d'un statut de l'enfant à naître est non seulement significatif du refus à reconnaître une identité féminine, mais il lui est intimement lié dans la mesure où les deux êtres sont biologiquement et intrinsèquement en relation. Ainsi, la nécessité de reconnaître une personnalité juridique à la femme, jusqu'alors occultée par le droit, permettrait de considérer que la personnalité est liée à la personne et de reconnaître que la personne féminine n'est pas une personne masculine.

Clairement, le fait de ne pas reconnaître un statut juridique de l'enfant à naître⁴⁸, empêche la mère de percevoir une quelconque indemnité en cas de décès de cet enfant par voie accidentelle. Cette privation d'indemnité sème alors un trouble quant à la considération juridique de la future-mère. S'agit-il de considérer que cet enfant à naître est une excroissance du corps de la femme, ce qui, lors de l'amputation accidentelle involontaire de cette protubérance lui permettrait de prétendre à des dommages et intérêts ou s'agit-il de considérer que l'enfant à naître détient une personnalité juridique et que sa mère peut prétendre à une indemnisation du fait du préjudice lié au décès de son enfant ?

La jurisprudence semble ici admettre un autre cas, celui de la non-reconnaissance d'un décès dont aucun préjudice ne saurait résulter. Elle ferme ainsi les yeux sur la souffrance subie par le corps féminin, privant dès lors la femme de tout droit à revendiquer une indemnisation de ce préjudice corporel et ainsi lui refusant ce droit qui devrait être attaché à sa personnalité juridique. Seulement, dans la mesure où la personnalité juridique est dés sexuée, rien n'est prévu dans ce cas de figure, ce qui est d'autant préjudiciable à la future-mère dont l'enfant est décédé. La nécessité d'une personnalité juridique sexuée ne fait alors aucun doute (2).

1- La personnalité juridique, un statut unisexe

34. La personnalité juridique. Héritée du romain «*persona*» désignant le masque de l'acteur, la personnalité juridique désignait la qualité de sujet de droits législativement attribuée à ceux «jugés dignes de jouer un rôle sur la scène juridique»⁴⁹.

La personne est donc celle à qui la loi accorde des droits constituant un patrimoine et ayant ou non une valeur pécuniaire. La personne et le patrimoine sont donc interdépendants. La personne est

48 Il s'agit ici de l'enfant à naître non vivant et viable.

49 X. LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu. Généralités, *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 50, 18 janvier 2006.

également identifiée selon son nom, son état civil, son domicile, son sexe.

Pour autant ces éléments ne déterminent la personnalité juridique et le sexe par exemple est en plus indifférent pour l'attribution de la personnalité juridique.

Elle est donc celle qui particularise le sujet de droit en lui octroyant des droits qu'un «non-sujet de droit»⁵⁰ ne peut disposer. Elle individualise donc le sujet par l'attribution de droits. Mais, elle demeure sans sexe ce qui encourage à nouveau le généricisme.

35. Un statut unisexe. Si les femmes peuvent aujourd'hui revendiquer certains droits déjà octroyés aux hommes, elles n'ont pas toujours pu prétendre être sujet de droits. Elles n'ont pas toujours pu être propriétaires, auteurs d'actes juridiques, ni responsables, soumises longtemps à la domination masculine⁵¹. Et le simple fait qu'elles peuvent à présent bénéficier du titre de sujet juridique laisse à penser que cette construction n'est ni plus, ni moins qu'un dérivé de l'appréhension première de l'homme comme sujet de droit.

De cette manière, l'attribution de la qualité de sujet de droit aux femmes serait seulement inscrite dans la continuité de l'attribution de cette même qualité aux hommes et ne serait donc pas une création personnalisée pour ces sujets. Il s'agirait dès lors d'un ersatz, d'un équivalent au statut masculin préexistant qui pose le problème de la confusion des genres. Le genre féminin se fond dès lors dans le genre masculin ce qui réfute ainsi tout moyen d'individualisation.

La femme est juridiquement aliénée car son statut est calqué sur celui de l'homme⁵² et le simple fait de la qualifier comme personne suscite des difficultés.

Le généricisme attaché à la notion de personnalité juridique en fait aujourd'hui un attribut indifférencié des individus. En effet, si tous les individus n'ont pas toujours bénéficié de cette personnalité juridique, ils s'en défendent désormais comme un point commun, un lien social.

Relevant des notions juridiques⁵³, c'est-à-dire des catégories construites par le système juridique, la

50 *Ibid.*: «L'expression de non sujet de droits qui a pu être employée par la doctrine contemporaine pour qualifier cet être dénué de personnalité est sûrement trompeuse car elle traduit une volonté de ne pas voir la réalité. Il n'existe pas de catégorie de «non sujet de droits» dans le Code civil. Mais il existe bien plusieurs catégories de choses. Même s'il peut sembler plus satisfaisant pour l'esprit de dire que «l'esclave est un non sujet de droits» plutôt que «l'esclave est une chose», nous préférons parler le langage de la réalité et rappeler que le statut de l'esclave est bien celui d'un être vivant objet de droit. C'est pourquoi il faut être très prudent dans le maniement des mots et des concepts».

51 P. BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998, 134 p.

52 Françoise THÉBAUD dans son article «Résistances et Libération », explique cette aliénation juridique de la femme: «La République conserve une législation répressive contre le contrôle des naissances et un Code civil inégalitaire qui fait de la femme mariée une mineure juridique exclue, pour longtemps encore, de la dynamique des droits individuels déclenchée par la Révolution française».

53 G. CORNU, Les définitions dans la loi, *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77.

personnalité juridique apparaît comme une notion intellectuelle et dépendant dans une large mesure du droit⁵⁴. Obéissant à un schéma juridique, cette notion se veut générique, indifférenciée, profitant aux individus «en général»⁵⁵.

La personnalité juridique est reconnue sans distinction à tout individu, masculin comme féminin. Il n'existe pas a priori de personnalité juridique plus féminine que masculine. La personnalité juridique peut donc être qualifiée de désésexualisée, même si elle n'a pas toujours été reconnue à la femme, longtemps mineure juridique. En effet, si la femme a dû se taire face au père ou à l'époux, elle a du également rester muette dans l'espace public. La loi salique est à ce titre une des expressions les plus flagrantes de l'éviction des femmes aux règles des successions⁵⁶.

Même si ce n'est qu'à partir du XIX^e siècle que la femme a pu, comme l'homme, se targuer de disposer de droits la déterminant à son tour comme une personne juridique, cette qualité ne lui est pas reconnue pleinement.

2- La notion de personne juridique féminine

36. Le statut de l'enfant à naître. La querelle qui s'est créée autour de la notion de personne existe toujours en doctrine⁵⁷. Elle rappelle celle qui opposa les matérialistes aux spiritualistes à propos de l'âme. L'école matérialiste voudrait accorder la personnalité à tout être vivant pour la seule raison qu'il est vivant. Il ne serait alors plus question de personne mais «d'être» ou de «personne humaine»⁵⁸.

Des adeptes de cette école qui lie l'âme au seul principe de vie accordent la personnalité juridique aux animaux⁵⁹, ce que la doctrine spiritualiste réfute⁶⁰.

54 F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Nabu press, 2009, 438 p.

55 Nous verrons plus tard que cette affirmation n'est pas tout à fait exacte. Cf. Nos développements sur le statut de l'embryon.

56 E. VIENNOT, *La France, les femmes et le pouvoir, T. 1, L'invention de la loi salique (V^e-XVI^e siècles)*, Perrin, 2006, 765 p.

57 A. de LIBERA, *La querelle des Universaux : de Platon à la fin du Moyen-Âge*, Paris, Seuil, 1996, 500 p.

58 P. MURAT, Réflexions sur la distinction être humain personne juridique, *Dr. famille*, sept. 1997, chron. 9.

59 C. DAIGUEPERSE, L'animal sujet de droits. Une réalité de demain, *Gaz. Pal.* 1981-1, doct. 160 ; J.-P. MARGUENAUD, La personnalité juridique des animaux, *Dalloz*, 1998, chron. p. 205.

60 A.-M., SOHM,-BOURGEOIS, La personnification de l'animal, une tentation à repousser, Paris, *Dalloz*, 1990, chron.

C'est essentiellement dans la doctrine pénale que l'influence de la conception matérialiste de la vie se fait sentir aujourd'hui. Certains auteurs voudraient protéger uniformément la vie humaine. On parlerait du «droit pénal de la vie humaine» sans entrer dans la discussion relative à la qualité de sujet de droit qui paraît inutile. L'être humain serait une «valeur pénalement protégée»⁶¹.

Cette école matérialiste observe que le Code pénal, au titre II du Livre II, traite des atteintes à la «personne humaine».

Est-il possible qu'il y ait en droit plusieurs définitions juridiques de la personne ? La problématique a été concrètement posée dans des affaires d'accidents : suite à un choc une femme enceinte se voit contrainte d'accoucher d'un enfant mort né. L'auteur des faits est-il coupable d'homicide par imprudence ?

Plusieurs auteurs ont répondu qu'il existe ici une atteinte à la vie humaine et donc à la personne humaine⁶².

Plusieurs juridictions du fond ont, à ce titre, retenu la qualification d'homicide par imprudence⁶³.

Aujourd'hui encore, certaines juridictions du fond persistent à parler d'homicide⁶⁴. D'autres ont une véritable conception de l'enfant à naître⁶⁵.

Pour combler ce vide juridique, une proposition d'un statut pénal contre les atteintes involontaires à la vie a même été présentée. Cette proposition vise donc à créer une incrimination autonome protégeant la vie de l'enfant à naître in utero⁶⁶. D'autres auteurs ont répondu négativement

n° 7, p. 33.

61 J.-F. SEUVIC, Variations sur l'humain comme valeur pénalement protégée, Paris, *Economica*, 1999, p. 339.

62 P. MALAURIE, *Cours de droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Éd. Cujas, 1989, 272 p. «Le médecin qui par sa faute a causé la mort d'un embryon doit être condamné pour homicide par imprudence».

63 Cour de Douai, 2 juin 1987, *JCP G* 1989, II, 21250, note crit. X. LABBÉE et Cour de Lyon, 13 mars 1997, *JCP G* 1997, II, 22955, note FAURÉ ; *D.* 1997, p. 557, note E. SERVERIN ; *JCP* 1997, II, 10231, note G. FAURE ; *defr.* 1997, art. 36578, note P. MALAURIE ; *Dr. pén.* 1997, chron. 22, C. PUIGELIER ; JACQUINOT, L'éthique du vivant, *Gaz. Pal.* 1997, II, doctrine, p. 1389 ; C. BYK ; L'embryon jurisprudentiel, *Gaz. Pal.* 1997, doctrine, p. 1391 ; P. MURAT, Réflexion sur la personne humaine/personne juridique, *Dr. famille* 1997, chron. n° 9.

64 Trib. gr. inst. de Vesoul, 18 mars 2004, n° 195/04, *Bull. civ.* 2004, n° 144.

65 *Bulletin d'information* n° 540 du 01/08/2001 : «Un arrêt de la chambre criminelle du 14 juin 1957 (14 juin 1957, *Gaz. Pal.*, 1957, 2, tables, p. 188 ; *D.* 1957, p. 512.) a rejeté le pourvoi d'un médecin qui ayant lors d'un accouchement causé, par maladresse, la mort de l'enfant, contestait sa condamnation pour homicide involontaire en soutenant que la victime n'avait pas vécu d'une vie extra-utérine. Pour écarter ce moyen de défense, la chambre criminelle avait relevé que les rapports médicaux établissaient que l'enfant dont le cœur battait à sa naissance avait respiré. S'appuyant manifestement sur ce précédent, la Cour de Metz retient a contrario qu'il ne peut y avoir d'homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré. L'arrêt attaqué s'inscrit donc dans un courant jurisprudentiel qui subordonne la qualification d'homicide involontaire à la naissance de l'enfant en vie, peu important que l'atteinte ait été portée avant qu'il ne soit séparé de sa mère».

66 Proposition de loi de M. Claude GAILLARD relative à la protection pénale de l'enfant à naître contre les atteintes involontaires à la vie (commission des lois). Cette proposition de loi est restée en l'état, le fœtus n'étant toujours pas reconnu pénalement comme ayant les mêmes droits qu'une personne. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt du 25 juin 2002, conforte cette position en rejetant l'incrimination d'homicide involontaire pour le décès

à la question posée⁶⁷. Ils ont été suivis par la chambre criminelle qui considère que le fœtus n'est pas un sujet de droit tant qu'il n'est pas né vivant et viable⁶⁸. Un enfant mort-né n'est pas et n'a jamais été une personne. Il ne peut donc être juridiquement victime et l'on ne peut se constituer partie civile pour lui. La qualification d'homicide ne peut dès lors être retenue relevant de l'infraction impossible.

37. La Cour Européenne des droits de l'Homme a confirmé ces décisions en estimant «qu'il n'est ni souhaitable ni possible de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 de la Convention»⁶⁹.

A l'inverse, la Cour de cassation valide l'analyse en indiquant que le décès d'un enfant survenu peu après sa naissance par la faute d'imprudence ou de négligence d'un médecin ayant tardé délibérément à effectuer la césarienne qu'imposaient les souffrances de l'enfant in utero, constitue un homicide involontaire au sens de l'article 221-6 du Code pénal. Il suffit donc de quelques heures pour que la qualification d'homicide soit retenue. C'est bien à la naissance de l'enfant que la qualité de personne est attribuée, avec toutes les conséquences qui en découlent sur le terrain du droit.

La définition pénale de la personne n'est pas différente de la définition civile. En effet, la personne en droit pénal, c'est l'être qui peut commettre une infraction ou qui au contraire peut en être victime. Un enfant conçu ne peut ni commettre une infraction, ni être victime. Toutes ces divergences doctrinales ont tantôt reconnu la personnalité juridique à tout individu, tantôt reconnu ce statut selon «critères».

38. L'incidence quant à la personne juridique féminine. Cette querelle oppose concrètement ceux qui accordent la personnalité juridique à l'embryon et au fœtus et ceux qui la

in utero d'un enfant. (n° 00-81359, Bull. crim., 2002 n° 144 p. 531 : «Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant. Méconnaît ce principe la cour d'appel qui retient l'incrimination d'homicide involontaire pour des fautes de négligence et d'imprudence, commises par une sage-femme et un médecin, ayant entraîné le décès d'un enfant in utero, aux motifs que l'enfant était à terme depuis plusieurs jours et que si les fautes n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de sa mère»).

67 E. SERVERIN, Vie et mort du fœtus au regard du droit pénal. De la vie protégée à la mort sanctionnée, *Rec. Dalloz*, n°41, 20 novembre 1997.

68 Cass. crim., 30 juin 1999, *Gaz. Pal.* 1999, 2, p. 16, note DOUCET ; Cass. crim., 22 juin 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 116 ; *Dr. famille* 2002, n° 25, note VIGNEAU ; Cass. crim., 4 mai 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 139 ; *D.* 2004, p. 3097, note J. PRADEL : La mort du fœtus, le délit d'homicide involontaire et les hésitations de la cour de cassation.

69 CEDH, 8 juill. 2004, affaire V0 /France requête n° 53924/00, *Revue de droit médical* n° 14, 2004, note A. MIRKOVIĆ. PRADEL, La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire: entre prudence et embarras, note ss CEDH, 8 juill. 2004 : *D.* 2004, p. 2456.

réfutent⁷⁰. Le lien s'établit rapidement avec la difficulté pour la femme de se faire reconnaître une personnalité juridique et ainsi un statut juridique, celui de mère. La personne qui porte l'embryon est une femme et si la personnalité juridique n'est pas reconnue à l'enfant à naître, la femme n'aura pas le statut de future-mère, donc elle sera de nouveau déséxuée par le droit.

Si l'enfant à naître peut être reconnu comme un sujet de droit, qu'en est-il de la future mère ? C'est-à-dire, un statut particulier lui est-il reconnu ? Des droits lui sont-ils reconnus en tant que future-mère ?

Les praticiens du droit s'accordent pour dire que la mère sera indemnisée au titre de son *pretium doloris*, mais en-soi le statut de future-mère n'est pas invoqué.

Est-ce à penser que la femme enceinte ne requiert aucune protection particulière en l'espèce ? Toujours est-il qu'aucun statut de femme en sa qualité de future-mère n'est admis ici.

Pour autant, des textes consacrent la protection à part entière de la femme enceinte la considérant ainsi comme une entité spécifique, un sujet de droit particulier, notamment en droit pénal ou les détenues enceintes voient leur peine adaptée à leur état de grossesse.

La protection juridique féminine doit s'étendre à tous les moments de la vie d'une femme et cela doit passer par l'établissement d'une personnalité juridique féminine qui doit se substituer à un naturalisme juridique oppresseur pour l'identité de la femme. En effet, et tel que Coline Cardi l'explique, «le féminin maternel fonctionne comme une catégorie normative, il contribue à produire des inégalités entre les femmes»⁷¹.

Mais une telle protection n'est pas la position ni du droit, qui généralise pour servir le maximum d'intérêts, ni du genre qui réfute le sexe biologique au profit du sexe social niant dès lors les spécificités féminines.

70 A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 472 p.

71 C. CARDI, Le féminin maternel ou la question du traitement pénal des femmes, *Rev. Pouvoirs*, 1/2009, n° 128, pp. 75-86.

§2 LE GENRE, RÉDUCTEUR DES SPÉCIFICITÉS FÉMININES

39. La considération de la femme comme sexe faible est une vision archaïque, mais toujours actuelle, qui puise ses origines avant même l'hominisation⁷² de l'espèce humaine. La différence des sexes qui n'est pas, en soi, hiérarchique, l'est devenue par la volonté des hommes de rendre la femme inférieurement différente (A).

Certes, des différences entre les deux sexes ne sont pas contestables, mais les spécificités naturelles féminines ne doivent pas être érigées en faiblesses naturelles, prétexte à la domination des femmes par les hommes. La femme doit non seulement faire face à son ancestrale soumission, mais aussi au débat entre son sexe et son genre qui la cantonne toujours à une condition humaine d'infériorité (B).

Les femmes sont différentes et, c'est à partir de ces différences, que la nécessité d'une identité adaptée doit être comprise.

A- DIFFÉRENCE DES SEXES ET HIÉRARCHIES

40. Représentation d'une forme d'«autorité sociale immobilisée dans une organisation traditionnelle»⁷³, la hiérarchie, en ce qu'elle concerne les sexes, est l'illustration de la domination masculine.

La tradition attachée à la soumission des femmes et, ainsi à leur infériorité, puise ses origines notamment, dans la Bible et la mythologie grecque, qui dépeignent la femme comme l'invocation du mal. Les images de pécheresse (1) et diablesse (2), auxquelles elle est liée, appuient sa dénomination de sexe faible et étayent encore aujourd'hui l'héritage de hiérarchie sexuelle.

72 E. LE ROY, *Les origines humaines et l'évolution de l'intelligence*, Paris, Société française d'imprimerie et de librairie, 1928, 375 p. Le terme hominisation a été utilisé ici pour la première fois. Il représente le processus évolutif qui a fait des primates des humains. L'asservissement de la femme aux primates semble demeurer le même dans une société de bipèdes, et ce malgré le processus d'hominisation.

73 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 413.

1- La femme pécheresse

41. La tradition biblique. Si le droit est revêché à reconnaître une identité juridique à la femme c'est qu'il est toujours inscrit dans une tradition patriarcale selon laquelle la femme est hiérarchiquement inférieure à l'homme.

En effet, la femme demeure dans les esprits le sexe faible. Originellement dans la tradition biblique, deux individus : Adam et Eve, dissociés l'un et l'autre par leur sexe.

Quelles que soient les origines de l'humanité, biblique ou mythologique, toutes s'accordent pour dire que la femme occupe une place particulière dans la société qui est celle d'avoir pervertie l'homme. Parce qu'elle a commis le péché originel, la femme intrigue et fait peur à la fois, c'est pourquoi elle a été soumise très tôt à l'homme.

Pour légitimer la soumission de la femme, des auteurs ont fait appel aux Saintes Écritures. La position de Knox, réformateur de l'Église écossaise, est très virulente à ce sujet, il s'oppose formellement au pouvoir féminin estimant que selon la Genèse, Eve n'incarne face à Adam que la plus faible image du divin. La subordination d'Eve à Adam au nom des lois naturelles ou divines ne serait dès lors que la logique de l'«image inférieure ou féminin» et tout pouvoir féminin perçu comme une rébellion de la volonté divine⁷⁴.

Le traditionalisme judéo-chrétien écarte les femmes du pouvoir en ne leur assignant pour mission que l'obéissance aux hommes. L'explication réside dans le fait que le pouvoir politique dérive de l'octroi par Dieu à Adam d'une autorité patriarcale absolue soumettant la femme à une position d'«aide» pour l'homme⁷⁵.

Un gouvernement des femmes serait alors «monstrueux»⁷⁶. La femme en commettant le péché originel se laissant séduire par le serpent poussée par sa curiosité et sa convoitise doit être

74 J. KNOX, *Premier coup de trompette contre le gouvernement monstrueux des femmes*, Paris, Honoré Champion, 2006, 256 p.

75 Genèse 2-8 : «L'Éternel Dieu dit: Il n'est pas bon que l'homme soit seul ; je lui ferai une aide semblable à lui». Genèse 2-21 : «Alors l'Éternel Dieu fit tomber un profond sommeil sur l'homme, qui s'endormit; il prit une de ses côtes, et referma la chair à sa place».

Genèse 2.22 : «L'Éternel Dieu forma une femme de la côte qu'il avait prise de l'homme, et il l'amena vers l'homme».

Genèse 2.23 : «Et l'homme dit: Voici cette fois celle qui est os de mes os et chair de ma chair! on l'appellera femme, parce qu'elle a été prise de l'homme».

76 J. KNOX, *op. cit.*

sanctionnée et sa repentance est sa soumission à l'homme⁷⁷.

42. La mythologie grecque. La tradition biblique de la femme pécheresse trouve écho dans la mythologie grecque. La première femme, Pandore, y incarne aussi le Mal, portant la responsabilité de la chute des hommes et de leur rejet de l'Olympe⁷⁸.

Hésiode, dans *La Théogonie*, conte l'époque où hommes et dieux vivaient en harmonie. Jusqu'au jour où Zeus décide de se venger des hommes pour qui Prométhée a volé le feu. Héphaïstos modèle avec de la terre glaise la première femme, Pandore. Nouvelle déesse, gracieuse et séduisante en apparence, Pandore est en réalité la «chiennerie de l'âme». C'est un cadeau empoisonné. Elle représente l'image de la femme qui s'apparente dès lors à «un terrible fléau installé au milieu des mortels»⁷⁹.

Hésiode raconte, dans *Les Travaux et les Jours*, que Zeus confia à Pandore une jarre dans laquelle tous les maux de la terre étaient enfermés. Poussée par une curiosité irrésistible, elle l'ouvre, et ces malheurs se répandent sur l'humanité.

La responsabilité de Pandore, de Lilith⁸⁰ et d'Eve dans le malheur des hommes s'expliquerait par la nature profonde de la femme à la désobéissance et la curiosité.

Au XIII^e siècle, les poètes de Lorrain et de Meung, dans *Le Roman de la Rose*, reconnaissent qu'il n'y a rien au monde de plus répugnant que l'examen détaillé du caractère de la femme⁸¹. Les femmes, toujours faibles et naïves, sont incapables de résister à leurs envies et cèdent à toutes les illusions.

Leur asservissement n'est qu'une résultante de la peur que les hommes en ont et ce à plus forte raison lorsqu'une relecture positive de la cosmogonie confère aux femmes toute capacité et compétence pour le pouvoir⁸².

77 Genèse 3-16 : Séduite par le serpent, la femme a mangé du «fruit de l'arbre qui est au milieu du jardin» pourtant interdit par Dieu. «[Dieu] dit à la femme : J'augmenterai la souffrance de tes grossesses, tu enfanteras avec douleur, et tes désirs se porteront vers ton mari, mais il dominera sur toi».

78 R. BURLEIGH, *Pandora*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2002, 32 p.

79 HESIODE, *La théogonie, Les travaux et les jours*, Paris, Le Livre de Poche, 1999, 350 p.

80 V. ROUSSEAU, «Lilith : une androgynie oubliée», *Archives de sciences sociales des religions*, 2003, p. 123, : «En partie oubliée par l'histoire et les textes d'exégèses issus de la chrétienté, Lilith, [première compagne d'Adam (avant Eve)] prit une place sporadique et trouble dans les différents systèmes de croyances judéo-chrétiens portés sur la Femme et sa sexualité. Cette dédemonne est au carrefour de plusieurs religions et demeure, semble-t-il, la figure féminine qui témoigne le plus universellement des craintes, préjugés et désirs portés sur la Femme et ses mystères supposés».

81 G. de LORRAIN, J. de MEUNG, *Le Roman de la Rose*, Paris, Folio, 1992, 1152 p.

82 J. J. BACHOFEN, *Das Mutterrecht*, Ulan Press, 2012, 470 p. «C'est le mépris des droits de la femme qui provoque sa résistance et arme sa main, d'abord pour sa défense, puis pour la vengeance».

2- La femme diablesse

43. Gynécocratie et matriarcat. Intrigante, la femme incarne l'image du diable de deux manières. La première est celle dans laquelle la femme est à la tête du pouvoir, subordonnant l'homme à son autorité dans les systèmes de gynécocratie et de matriarcat. La seconde est celle dans laquelle, la femme refuse l'ordre établi, en particulier celui établi par la chrétienté, ce qui lui vaudrait la condition de sorcière devant être brûlée⁸³.

La gynécocratie, système dans lequel le pouvoir politique est exercé par les femmes, est condamnée par des arguments conservateurs selon lesquels, si la femme a été subordonnée à l'homme par Dieu, elle ne doit par conséquent exercer aucune forme d'autorité sur l'homme.

Pour l'anthropologue Françoise Héritier, ce système n'est qu'un mythe expliquant et légitimant la faiblesse physique des femmes auxquelles le pouvoir avait été repris par la force.

Pourtant, il puise ses origines dans l'Antiquité et des exemples avèrent son existence, Lemniennes⁸⁴, Amazones⁸⁵, Reines d'Angleterre⁸⁶ illustrent la prise de pouvoir par les femmes. Capable de s'emparer du pouvoir et asservir l'homme jusqu'à sa mort, la subordination de la femme a été voulue dans le but de «refrèner son énergie», lui empêchant de «régner sur la vie de la cité»⁸⁷.

44. La chasse aux sorcières. Incarnation du diable et devant être éradiquées pour la sauvegarde de la phallocratie, les sorcières ont subi les ires masculines. Une brusque frénésie contre la sorcellerie atteint l'Europe chrétienne du XV^e au XVII^e siècle. Des dizaines de milliers de personnes, accusées à tort ou à raison de pratiques démoniaques, furent torturées avant de se retrouver dans les flammes des bûchers. Les victimes étaient pratiquement toutes des femmes. Dans son pamphlet *Le Sexocide des sorcières*, Françoise d'Eaubonne replace ces trois siècles de chasse aux sorcières dans le contexte général de la misogynie fondamentale du christianisme pour lequel toute femme incarne le mal⁸⁸.

83 J.-P. VERNANT, *Pandora, la première femme*, Montrouge, Bayard, 2006, 85 p.

84 G. DUMEZIL, *Le crime des Lemniennes*, Paris, Éd. Macula, 1998, 176 p. «Ce livre raconte un crime abominable, dont l'écho revient périodiquement dans la littérature de l'Antiquité : l'extermination de toute la population masculine de l'île de Lemnos par des femmes délaissées, outragées».

85 C. VOISSET-VEYSSEYRE, *Les Amazones font la guerre*, Paris, L'Harmattan, 2010.

86 A la mort d'Édouard VI n'ayant laissé aucun successeur masculin. Contrairement à la France, l'Angleterre ne connaissait ni la loi salique, ni le droit d'aînesse, la succession au trône était décidée par le Parlement. Elizabeth I^{ère} accéda donc au trône.

87 J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Genova, Studio editoriale di culture, 1990, 298 p.

88 F. d'EAUBONNE, *Le Sexocide des sorcières*, Paris, Esprit frappeur, 1999, 153 p.

En effet, vers le milieu du XV^e siècle en Occident, des hommes, mais surtout des femmes sont brûlés⁸⁹. Les sorcières sont perçues comme les fiancées du Diable allant au sabbat, jetant des sorts, semant la maladie et la mort⁹⁰. Pendant deux siècles des milliers de sorcières sont traquées, dénoncées, avant d'être livrées aux flammes. C'est la chasse aux sorcières. Il faudra attendre la fin du XVII^e siècle pour que des voix se fassent entendre et que peu à peu la chasse cesse⁹¹.

La représentation de la femme au XVI^e siècle offre deux images opposées. L'une positive, de mère féconde, de femme bonne ; l'autre négative de subversive pour l'homme et la société. Malgré les images positives, la femme doit être soumise pour être bonne, d'ailleurs elle n'est bonne que si elle est soumise. Elle inspire de la méfiance et c'est pour cela que l'homme préfère la dominer que la craindre⁹².

«Tour à tour vierges, mères, et épouses, les femmes fournissent leur contingent de martyrs. Femmes sacrifiées, femmes voilées, femmes violées, femmes punies, femmes battues, femmes souillées, femmes tentatrices, femmes pécheresses, femmes offertes en expiation»⁹³, les femmes inquiètent la gent masculine et leurs différences biologiques, qui font d'elles, l'Autre ne fait qu'accroître cette défiance.

Quelque soit la place que la femme occupe et a occupé dans la société, écartée ou détentrice du pouvoir, sa différence biologique ne fait qu'accroître de manière péjorative le clivage qui existe entre les deux sexes à condition que celle-ci soit reconnue.

89 A. L. BARSTOW, *Witchcraze : A New History of the European Witch Hunts*, Vénissieux, Pandora, 1994, 182 p. L'auteur estime à 200000 le nombre de procès et 100000 le nombre d'exécutions. Les persécutions ont touché les femmes à 80%.

90 J. BODIN, *De la démonomanie des sorciers*, Nabu Press, 2014, 478 p.

91 J.-M. SALLMANN, *Les Sorcières: Fiancées de Satan*, Paris, Gallimard, 1989, 192 p.

92 S. F. MATTHEWS GRIECO, *Ange ou diablesse. La représentation de la femme au XVI^e siècle*, Paris, Flammarion, 1991, 495 p.

93 M. COTTRET, B. COTTRET, V. ALEMANY-DESSAINT, *Saintes ou sorcières ? L'héroïsme chrétien au féminin*, Paris, Édition de Paris, 2006, 268 p.

B- LA FEMME TIRAILLÉE ENTRE SON SEXE ET SON GENRE

45. Désireuses d'être socialement et juridiquement considérées pour combattre l'image obsolète et fautive de sexe faible à laquelle elles sont attachées, les femmes se perdent dans le marasme contemporain de la thématique du genre.

D'un côté, elles ne peuvent qu'accepter, à juste titre, l'égalité des sexes promue par le droit pour que les inégalités entre les sexes cessent ; et de l'autre, elles doivent faire reconnaître leur identité sexuelle pour échapper au modèle masculin imposant une personnalité juridique opposable aussi bien aux hommes qu'à elles, ce qui ne peut que aller à l'encontre de leur considération en tant que femme.

Elles sont alors tiraillées entre le besoin de faire reconnaître leur sexe biologique, sans être affiliées uniquement à l'image de la procréatrice véhiculée par une conception naturaliste de la femme (1), et un discours genré, selon lequel elles ne seraient que la projection de ce que la société leur impose et choisit pour elles (2).

1- Sexe biologique

46. La nature humaine. L'implication du sexe biologique sur les comportements et les rôles ainsi assignés aux deux sexes ont semé le trouble dans la recherche et la considération de la place des femmes dans la société.

Certains, les tenants de la nature humaine, considèrent qu'il est vain de résister à la tradition de la domination masculine, d'autres, partisans de la lutte en faveur des droits des femmes veulent faire reconnaître un statut de la femme, existant en théorie, mais seulement conceptualisé en pratique. Tandis que d'autres discutent sur la notion même d'égalité en s'interrogeant sur les risques d'une assimilation au modèle masculin et ainsi la perte de la spécificité féminine.

L'idée de nature humaine est donc la source du conflit de pensées.

Admise comme étant l'essence de l'homme avant tout empirisme ou toute existence, la

nature humaine connaît avec le droit et la philosophie modernes une controverse quant à sa propre existence. Deux courants de pensée s'opposent alors : les détracteurs de la nature humaine et les tenants.

Pour les premiers, la nature humaine n'a aucune existence fondée ; pour les seconds, non seulement la nature humaine existe, mais elle est en plus irrémédiable.

L'existence de la nature humaine est omniprésente dans la philosophie essentialiste qui a irrigué les dispositions du code Napoléon relatives à la domination masculine.

Le terme-même «essentialisme» n'a pas véritablement un sens qui lui est propre car il se définit par opposition à l'existentialisme. Cependant, si l'essentialisme nie que l'existence précède l'essence, il doit bien admettre que l'existentialisme le précède. «Philosophie attribuant à l'essence une primauté et une valeur supérieure à l'existence»⁹⁴, l'essentialisme est érigé par Popper en «doctrine admettant que l'objet véritable de la connaissance est l'essence des choses»⁹⁵.

47. La nature féminine. Selon l'existentialisme qui réfute la nature féminine, les femmes ne jouent alors que le rôle attribué par la société, c'est elle qui les fait être ce qu'elles sont, c'est-à-dire un produit de la culture. Elles doivent dès lors être libres et déterminer leur propre existence, ce que les idéalistes défendent à travers l'auto-déterminisme⁹⁶.

Ainsi, l'état de soumission des femmes ne serait qu'un produit de la société et elles ne pourraient dès lors se prévaloir de quelque état de spécificité, n'étant pas essentiellement différentes des hommes. La philosophie sartrienne s'inscrit dans ce schéma de négation de la nature humaine. Pour Sartre, c'est la situation qui crée l'Homme⁹⁷. De Beauvoir ira même plus loin en niant le mythe de l'éternel féminin⁹⁸. Pour la philosophe, la nature féminine n'existe pas, les femmes ne sont pas naturellement différente des hommes, ce qui exclut la reconnaissance d'un statut pour les femmes.

94 J.-L. FIDEL, Essentialisme, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions Philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

95 K. R. POPPER, *Conjectures et réfutations*, Lausanne, Payot, 1985, 610 p.

96 D. BAQUE, J.-L. DUMAS, Humanisme, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, ss la dir. d'André Jacob, Avril 1998, 3344 p. : Le concept de «nature humaine» désignant «une essence stable pourvu d'attributs déterminés» est abandonné au profit de ceux de condition humaine, liberté, projet qui mettent davantage l'accent sur le devenir humain et sur sa capacité à l'auto-déterminer.

97 J.-P. SARTRE, Présentation, *Les Temps Modernes*, n° 1, Paris, Gallimard, 1945 : «L'homme n'est qu'une situation. Totalement conditionné par sa classe, son salaire, la nature de son travail, conditionné jusqu'à ses sentiments, jusqu'à ses pensées».

98 S. de BEAUVOIR, *Le deuxième sexe, I, Les faits et les mythes*, Paris, Gallimard, 1986, p. 285 : «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».

Reconnaître la nature féminine et ainsi permettre aux femmes d'invoquer une identité juridique particulière qui reviendrait pour les existentialistes à avoir une vision purement biologisante du sexe féminin et légitimer son état de subordination à l'homme par ses différences naturelles. Or, il n'est pas réfutable de dire que la femme est biologiquement différente de l'homme. Cela ne doit certes pas pour autant justifier des différences discriminantes entre les deux sexes, mais seulement un traitement opportun et pertinent de situations différentes.

Si de Beauvoir rejette la différence des sexes, c'est qu'elle ne lui apparaît pas comme étant naturelle. Pourtant il s'agit bien d'une différence naturelle. Selon elle, admettre le naturalisme d'une telle différence sert de prétexte à des traitements inégaux entre les hommes et les femmes pour légitimer notamment l'état d'infériorité dans lequel la femme est placée.

Or, la différence ne signifie pas la subordination de la femme à l'homme, elle ne signifie pas non plus l'infériorité des femmes, ni ne justifie un quelconque rapport de soumission. La négation de la différence entre les sexes est au contraire dangereuse en ce qu'elle efface toute altérité, pourtant nécessaire à la construction de l'individualité et à la liberté. En effet, la nature féminine ne contredit pas la liberté rationnelle des femmes à se faire entendre pour ce qu'elles sont, des femmes et non des hommes et non pas pour ce que l'égalité des sexes veulent qu'elles soient, des hommes. La reconnaissance des différences découlant de la nature féminine ne constitue pas un obstacle à la liberté recherchée des femmes⁹⁹.

Les mouvements des femmes recherchent la liberté et l'effacement des différences. Pourtant, l'égalité reviendrait à uniformiser les individus selon un modèle déterminé et ainsi nier les différences qui les font être ce qu'elles sont et non pas ce qu'elles devraient être.

48. D'un point de vue existentialiste ou essentialiste, l'admission de la nature féminine permet de reconnaître que les femmes ne ressemblent pas aux hommes et que leur altérité peut leur servir. C'est en tenant compte des différences entre les sexes que le droit a compris cette nécessité à travers l'application de la loi Strauss relative au congé maternité¹⁰⁰ apportant ainsi une protection

99 Très attaché à l'essence, le philosophe Feuerbach voit dans l'essence des individus l'ensemble des rapports sociaux, de sorte que ce ne sont pas les circonstances qui produisent l'individu, mais l'individu qui produit les circonstances, contrairement à une pensée sartrienne. La hiérarchie entre Esprit et nature est claire ici : si pour Hegel, l'Esprit s'aliène dans la nature méprisée par la théologie chrétienne, au contraire pour Feuerbach, la nature lui est supérieure et c'est sa compréhension et son acceptation qui permettent d'embrasser la réalité des choses. Sur la notion d'essence dans la pensée feuerbachienne, voir son ouvrage majeur *L'Essence du christianisme*, Paris, Gallimard, 1992, 527 p.

100 La loi Strauss du 30 juillet 1913 accordait les premières indemnités pour congé de maternité avec une majoration lorsque la mère allaitait.

particulière aux femmes en ce domaine.

La question du déterminisme biologique légitime de telles actions législatives en consacrant un statut spécifique pour les femmes dans le but de l'adaptation du droit à leur condition.

En effet, la détermination socio-culturelle attribuée au sexe biologique permettrait de reconnaître que les femmes subissent une situation qui leur a été imposée du fait de leur sexe, mais qui ne doit pas laisser penser que leur fatalité est d'être inférieures aux hommes. Le risque d'une telle approche essentialiste est de laisser les femmes sous la coupe masculine.

2- Genre ou sexe socio-culturel

49. Le déterminisme biologique. L'essentialisme met en évidence la naturalité de certains comportements sexuels ou de rôles sociaux liés au sexe¹⁰¹. Il s'agirait ici de sexualiser la place qu'une femme occupe dans la société.

Les sociobiologistes se sont emparés de cette question de prédétermination par le sexe, le déterminisme biologique. Inventée en 1975 par un Professeur de zoologie de Harvard, Edward Osborne Wilson, à la suite de la publication de son ouvrage *Sociobiology, the new synthesis*, la sociobiologie recherche les fondements biologiques de toutes les formes de sociétés animales et humaines. Elle s'intéresse plus clairement aux déterminismes biologiques des comportements sociaux. Depuis sa création, elle a toujours suscité des polémiques. Souvent considérée comme vecteur de positions racistes, sexistes et élitistes, elle a été perçue davantage comme une théorie réactionnaire que comme une nouvelle discipline scientifique. Elle a notamment été accusée de justifier les inégalités sociales en les fondant sur une origine biologique.

Pour les sciences humaines, les différences entre les sexes reposent sur des fondements biologiques et chaque sexe est prédisposé à des caractéristiques particulières. Dans leur ouvrage *The imperial animal*¹⁰², Lionel Tiger, sociologue et Robin Fox, anthropologue, brossent un portrait

101 C. GUIONNET, E. NEVEU, *Féminins/Masculins, Sociologie du genre*, Paris, Armand Colin, 2^e éd., 2009, 286 p.

102 L. TIGER, R. FOX, *The imperial animal*, London, Secker & Warburg, 1972, 308 p.

caricatural des deux sexes, ainsi l'homme est associé au combat, à l'agressivité, mais aussi à la solidarité, tandis que la femme est docile, maternelle et détachée des liens sociaux.

Ces associations sont certes stéréotypées, mais elles démontrent bien que les hommes et les femmes sont dissociables et que leurs différences sont irréductibles et indépendantes de leur biologisme, de leur nature.

Si le déterminisme biologique énonce des vérités partielles dérangeantes, il frôle également avec le patriarcat en impliquant la femme dans des devoirs : nourrir et élever les enfants, s'occuper de la famille et de son époux.

50. Ainsi, la croyance aux préceptes du déterminisme biologique n'est pas un moyen juste de faire reconnaître une identité à la femme, il est trop conservateur pour endosser cette responsabilité. Pour que la femme se voit reconnaître une identité de droit, l'idée de spécificités féminines doit certes être admise, mais il ne s'agit pas non plus pour la femme de ne pas pouvoir sortir d'un carcan biologisant la bridant dans sa volonté de liberté.

Le courant néo-malthusien¹⁰³ sonne le glas de la confusion femme-mère en annonçant un changement d'ère. Il dissocie la femme de la mère en préconisant le contrôle de la maternité par la contraception et encourage les femmes à devenir maîtresses de leur corps. Perçu comme dangereux par les mouvements féministes radicaux, car considéré davantage comme un moyen supplémentaire d'imposer une volonté patriarcale, le malthusianisme est alors, pour eux, et selon le Conseil national des femmes françaises, un obstacle à «cette vertu essentiellement féminine», la maternité. Pourtant, il a le mérite de hisser la voix de la femme qui veut être libre de disposer de son corps.

Mais l'idée reçue du destin maternel domine, légitimée par les théories naturalistes qui prennent le risque de toujours conforter la situation inférieure de la femme.

51. Le genre théorisé. La théorie du genre constitue le pôle de concentration du débat entre sexe biologique et sexe social. Initiée par les Gender studies, elle revient à stigmatiser les stéréotypes sexuels et à considérer que la majorité des différences sexuelles est la résultante de comportements sociaux limitant les femmes dans leurs possibilités de développement. Elle réfute

103 F. RONSIN, *La grève des ventres. Propagande néo-malthusienne et baisse de la natalité en France, 19^e-20^e siècles*, Paris, Aubier, 1992, 254 p. Le courant néo-malthusien inspiré de la doctrine de Thomas Malthus vise à prendre en considération les ressources limitées de la planète par le biais d'une politique anti-nataliste.

alors clairement les différences sexuelles qu'elle ne considère pas comme étant naturelles, mais sociales.

Pour elle, les traitements différenciés entre les sexes ne doivent pas être légitimés, car ils reviendraient à conforter le *pater familias*.

Récemment les médias, profanes, se sont emparés de la question et il en est ressorti que la théorie du genre n'existait pas, que le genre n'était pas théorisé dans le sens où il ne faisait pas l'objet d'un programme social ou culturel dans les manuels scolaires par exemple.

Pourtant la théorie du genre existe vraiment et les féministes, notamment le groupe REGINE, l'utilisent souvent pour montrer que la société est responsable des inégalités entre les sexes. Car les théoriciens du genre refusent ces inégalités, alors même que certaines comme celles produites par l'égalité des chances sont justes et offrent à la femme une réelle protection juridique.

La société peut effectivement associer des rôles à chaque sexe, ce qui peut être constitutif d'un héritage patriarcal à dénoncer, mais cela ne revient pas à empêcher aux femmes une protection juridique particulière.

L'identité de la femme ne doit pas être uniquement déterminée par son sexe biologique au risque de la considérer seulement d'un point de vue maternel. Mais elle lui demeure liée, car elle représente sa nature profonde et le droit doit prendre en considération cette nature qui n'est pas la même qu'un homme. Ainsi, la protection juridique de la femme nécessite l'établissement d'une personnalité juridique féminine.

En s'éloignant de cette protection personnalisée et en attribuant les mêmes droits aux femmes qu'aux hommes, le droit s'entend comme un créateur de généricismes néfastes pour l'identité féminine, mais respectueux de l'égalité des sexes indifférente aux différences sexuelles.

SECTION 2 L'ÉGALITÉ DES SEXES AU CŒUR DE L'ÉGALITÉ GÉNÉRICISTE

52. L'égalité est un principe qui traite des situations concrètes, pourtant elle est aussi une notion abstraite lorsqu'elle ne considère pas les individus comme des entités dont la situation est particulière. Elle est abstraite en ce qu'elle englobe les situations des femmes à l'intérieur des situations appliquées à tous les individus. Elle soumet donc les situations féminines à une seule situation qui est indifférente aux spécificités des femmes, ne leur permettant pas dans cette mesure de prétendre à un statut qui leur serait propre et qui découlerait de la prise en compte de leur situation singulièrement différente d'une situation dans laquelle les hommes pourraient être placés (§1).

Il faut comprendre que la prise de parole des femmes a permis certaines égalités attendues entre les sexes, mais ces égalités ne facilitent pas nécessairement la coexistence des deux sexes qui doit être avant tout respectueuse des différences propres à chaque sexe. Il s'agit alors de trouver un juste milieu entre les égalités souhaitables entre les hommes et les femmes et la nécessité d'admettre qu'il existe des singularités féminines, avec lesquels le principe d'égalité sexuelle doit impérativement composer, sous risque de nier les spécificités féminines (§ 2).

§1 L'ÉGALITÉ, UNE NOTION GÉNÉRIQUE DESSERVANT UNE IDENTITÉ FÉMININE

53. Par ses définitions et fondements variés, la notion d'égalité embrasse une multiplicité de situations permettant de ne pas évincer la femme de ses champs d'application, mais elle ne considère pas les situations féminines comme revêtant un caractère de nature à être traitées spécifiquement, c'est-à-dire différemment des situations dans lesquelles les hommes seraient placés. Si cette diversité attachée à la notion d'égalité concilie le droit avec une simple condition féminine, elle ne reconnaît pas pour autant une identité juridique à la femme (A).

En effet et au contraire, à travers ses formes diverses, l'égalité efface les différences des femmes niant ainsi toute leur altérité et confortant cette volonté de fusion des sexes en une seule et

même entité désexuée (B).

A- DES DÉFINITIONS ET ORIGINES DIVERSES ENVISAGEANT UNE SIMPLE CONSIDÉRATION FÉMININE

54. Multiples, les égalités suivent toutes la même vocation, celle qui réside dans l'application des mêmes règles indifféremment à tous les individus.

Si la multiplicité des cas d'égalité peut laisser penser qu'il existe également une pluralité de situations au sein desquelles elles s'appliquent (1), l'égalité, au contraire, ne permet pas d'envisager différents cas d'espèce, n'ayant que vocation à promouvoir une cohésion indifférente aux particularismes situationnels.

Les fondements de l'égalité illustrent cette nécessité d'unité niant l'altérité. En effet, cette homogénéité issue des Lumières conforte certes la fin des privilèges, mais aussi l'identité des droits, excluant immanquablement le différent au profit de l'égalité. L'égalité oblige alors à des droits et des lois identiques pour tous, alors même que les personnes de ce «tous» ne sont pas elles-mêmes identiques (2).

1- Les égalités

55. L'égalité comme principe. Héritée du Siècle des Lumières, la devise «Liberté, Égalité, Fraternité» est invoquée pour la première fois lors de La Révolution Française¹⁰⁴. Mais cette notion n'est pas propre à la Révolution. Déjà sous l'Antiquité, elle était considérée par Aristote comme un principe de justice en distinguant l'égalité arithmétique, celle qui règle les suffrages et les tirages au

104 La Déclaration des Droits de l'Homme de 1793 définit la liberté comme «le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui ; elle a pour principe la nature ; pour règle la justice ; pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait». Selon la Déclaration des Droits de l'Homme de 1795, «l'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs». La fraternité est définie comme suit : «Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fit ; faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir».

sort de la politique (égalité objective, mais considérée comme une égalité mauvaise, car reflétant les inégalités) et l'égalité proportionnelle qui est la justice distributive (égalité subjective, car attribuant aux uns et aux autres la part qui leur revient)¹⁰⁵.

Considérée par certains comme étant une hypocrisie morale dont la consécration constitutionnelle n'était qu'une «solennelle sottise prudhommesque»¹⁰⁶ et pour d'autres, particulièrement les féministes, un idéal à sans cesse conquérir, la notion d'égalité a été érigée en valeur suprême de la Démocratie. Alors que la période révolutionnaire amorce la propagation de l'égalité comme principe, la liste du champ d'application de l'égalité s'étiole et les femmes sont à nouveau déconsidérées et écartées de la scène juridico-politique. Ce n'est que plus tardivement que les femmes auront enfin le droit de vote en 1944, cent cinquante ans après la rédaction de la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* d'Olympe de Gouges. Oubliées par les révolutionnaires pourtant désireux de promouvoir l'égalité, les femmes la réclament, écartant de ce fait tout traitement différencié, pourtant opportun et plus équitable lorsqu'il respecte les droits des femmes.

56. Une égalité collective. La difficulté de cerner la notion d'égalité et d'en tirer une définition universelle qui permettrait aux femmes la garantie de ne pas être évincées de son champ d'application et à la fois de profiter d'une adaptation à leur situation, la maternité en est une illustration significative, tient au lien relationnel qu'entretiennent ses sujets, «chacun a[yant] tendance à considérer que son activité, sa pensée, sa conviction l'emporte nécessairement sur celle des autres»¹⁰⁷.

A priori, constitutive d'un idéal de justice, l'égalité au nom de l'intérêt collectif doit permettre une répartition dans la fraternité, une considération de l'autre quel que soit son niveau social, mais aujourd'hui cette vision du «cercle des égaux»¹⁰⁸ fait figure d'utopie.

L'égalité suppose non seulement le vivre-ensemble des individus, mais également leur adaptation à une égalité unique pour différentes situations avec l'égalité juridique, ce qui ne peut

105 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, Livre V*, Paris, Vrin, 1994, 540 p.

106 A. de LAROCHE, M. Henri Fouquier, *Le Sagittaire*, n°15, septembre 1901.

107 Dans une conférence donnée le 8 novembre 2006 à l'Université Victor Segalen Bordeaux II, Eric de MONTGOLFIER donnait son point de vue sur la devise de la République française.

108 J. RANCIERE, Égalité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié sous la direction d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

réellement être ni admis, ni même compréhensible. En effet, guidés par leur «insociable sociabilité»¹⁰⁹, les individus en plus de se heurter à la conciliation du besoin de vivre ensemble et du désir d'affirmer leur singularité, doivent faire face en réalité à un concept complexe qui va considérer les individus comme un groupe indifférencié. A la proportionnalité platonicienne s'est substituée l'adaptabilité forcée des individus aux exigences de la société. Les politiques des quotas, des discriminations positives et de la parité en sont de bons exemples. Il est erroné de parler d'égalité devant la loi, il conviendrait davantage de parler d'égalité devant des lois et à chaque loi correspondrait une certaine conception de l'égalité. Par exemple, l'âge peut avantager ou priver de certains droits, comme pour l'accession au droit de vote, l'excuse atténuante de minorité en droit pénal. Un tel point de vue est discutable.

D'un côté, il peut être louable de considérer que les hommes et les femmes vont être traités juridiquement de la même manière sans distinction de quelque sorte ; de l'autre, l'application uniforme de la règle juridique empêche aux femmes non seulement d'affirmer leur individualité, perçues alors comme une altérité ennemie, mais aussi de bénéficier de droits plus appropriés à leurs besoins.

57. L'ébauche d'une égalité nuancée : la différence de traitement pour situations différentes. La question de l'égalité des sexes se positionne effectivement au cœur de ce débat et le Conseil Constitutionnel «ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit»¹¹⁰.

C'est ainsi que le principe d'égalité exige non seulement qu'une différence de traitement soit justifiée par une différence de situation et que cette différence de traitement soit directement liée à la différence de situation, mais aussi que la différence soit compatible avec les objectifs de la loi. Dans l'optique de l'égalité entre les sexes, une telle conception, si elle n'est pas soumise à un contrôle strict du juge, peut s'avérer aussi bien avantageuse que dangereuse et confortant la situation fragile des femmes au sein de la société. En ce sens qu'une différence de traitement l'infériorisant pourrait être légitimée de manière officieuse au regard d'une application extensive de ce principe.

109 E. KANT, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolite*, Paris, Bordas, 1993, 190 p.

110 Cons. Constit., 9 avril 1996, déc. n°1996-375, DC, *Rec.*, p. 60.

58. Traitements différenciés et discriminations, une limite à ne pas franchir. Des critiques peuvent cependant être adressées aux traitements différenciés les taxant de discriminations, la frontière étant mince entre les deux¹¹¹. Les traitements différenciés peuvent en effet être frappés d'anathème considérés davantage comme un traitement de faveur que comme un véritable correcteur d'inégalités. Il ne doit pas s'agir non plus d'accorder systématiquement la faveur à la femme parce qu'elle est femme, car cela nuirait d'autant plus à son développement identitaire la pointant comme une minorité affaiblie et risquerait d'atteindre l'homme en le lésant dans ses droits.

Les traitements différents de situations différentes ne doivent pas céder la place à des traitements différents de situations semblables. C'est ainsi que dans une décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) en date du 30 septembre 2004, il a été considéré que « toute priorité accordée de façon automatique, absolue ou inconditionnelle au sexe [féminin] est incompatible avec le principe de l'égalité de traitement».

Dans cette affaire, M. B., un veuf non remarié de 48 ans avec un enfant à charge, s'était vu refuser l'accès de plusieurs concours administratifs, parmi lesquels celui d'adjoints administratifs d'administration centrale. Sa candidature avait, en effet, chaque fois été rejetée au motif qu'il avait plus de 45 ans, ce qui constitue l'âge limite à partir duquel il n'est plus possible de se présenter aux concours externes¹¹². Ces limites d'âge n'étant toutefois «pas opposables aux femmes qui se trouvent dans l'obligation de travailler après la mort de leur mari»¹¹³. Le requérant faisait valoir que la législation française, en réservant aux seules «veuves non remariées» le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge aux concours administratifs, serait contraire aux objectifs de la directive CEE n° 76-207 du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail.

Ce texte, qui n'empêche pas les États d'appliquer des traitements différenciés pour remédier aux inégalités de fait dont les femmes sont victimes, notamment dans le domaine de l'emploi, ne les

111 E. FONGARO, Tests ADN : traitement différent de situations différentes ou discrimination ?, *Droit de la famille*, Janvier 2008 : L'article 13 de la loi du 20 novembre 2007 sur la maîtrise de l'immigration, l'intégration et l'asile et sur leur interprétation par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 novembre 2007 introduit des dispositions relatives aux empreintes génétiques. L'auteur critique l'introduction de ces dispositions qui instaurent pour lui un nouveau mode d'établissement de la filiation, qui n'est pas ouvert aux Français, mais bénéficiant à des étrangers dans le cas d'une demande de regroupement familial.

112 Cette règle de limite d'âge était appliquée conformément à l'art. 5, 1er al., du décret n° 90-713 du 1er août 1990, relatif aux dispositions statutaires communes applicables aux corps d'adjoints administratifs des administrations de l'État.

113 Art. 8, 1er al., L. n° 75-3, 3 janv. 1975, portant diverses améliorations et simplifications en matière de pensions ou allocations des conjoints survivants, des mères de famille et des personnes âgées.

autorise pas pour autant à leur accorder une précellence inconditionnelle. Cette décision enjoint le respect du principe de proportionnalité selon lequel les dérogations ne doivent pas dépasser les limites de ce qui est nécessaire pour parvenir au but recherché tout en se conciliant avec le principe d'égalité de traitement. Dans cette affaire, la législation française, en accordant une priorité inconditionnelle à une catégorie de femmes et en excluant les hommes dans la même situation, est contraire à l'art. 2, § 4, de la directive CEE n° 76-207¹¹⁴.

2- Les fondements de l'égalité

59. De 1789 au début du XX^e siècle. La compréhension exacte du principe d'égalité nécessite un retour sur son histoire couchée réellement sur des textes par la Révolution française et une mise en relation des concepts de différence et d'identité et du principe d'égalité et ce à travers une triple périodicité de la notion.

Dans un article intitulé Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité ¹¹⁵ Frédéric Edel explique qu'il existe trois fondements historiques du principe d'égalité¹¹⁶.

Ce découpage historique qui explique la perception de la différence par rapport à la notion d'égalité permet de mieux saisir l'exclusion de la catégorie «femmes» de la société.

L'histoire juridique de l'égalité s'ouvre avec la Déclaration de 1789 et sonne le glas des privilèges considérés comme étant contraires à l'égalité et aux droits des citoyens. Cette période qui s'étend jusqu'en 1848 exclut le différent au profit de l'égalité de traitement. L'égalité oblige alors à des droits et des lois identiques pour tous. L'article 1^{er} de la Déclaration («Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit») consacre de manière explicite cette nécessité d'identité des droits. L'unicité de la loi imposée par l'égalité est consacrée quant à elle par l'article 6 : «Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux».

114 C.J.C.E., 28 mars 2000, Badeck e.a., C-1 58/97, *Rec.*, 2000, p. 1-1875 (arrêts *Badeck* et *Abrahamsson*, préc.) ; C.J.C.E., 6 juillet 2000, Abrahamsson e.a., C-407/98, *D.* 2000. IR 243 ; *AJFP* 2001. 20, et les obs. ; *ibid.* 21, et la note.

115 F. EDEL, Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité, *Revue Droits*, 49, Paris, PUF, 2009.

116 Seules deux périodes seront retenues ici, les deux dernières considérées par Frédéric Edel s'enchevêtrant.

Dans ce modèle d'égalité absolutisée, aucune place n'est laissée à la différence, et les femmes sont ainsi écartées de l'application identique du droit et de la loi. Les individus sont perçus comme des mêmes, des clones qui doivent en conséquence être tous traités identiquement.

Seulement la question du genre n'est pas ici représentée et le débat sur la différence des sexes n'est pas apprécié, il est au contraire refoulé et relégué au domaine privé, de sorte que les femmes malgré les progrès de la Révolution doivent s'en tenir à leur rôle socialement préconçu de femme au foyer. Le courant néo-malthusien entend mettre un terme à la confusion femme-mère en annonçant un changement d'ère par la préconisation du contrôle de la maternité par la contraception et l'encouragement des femmes à devenir maîtresses de leur corps. En effet la période de 1850 à 1920 voit la considération de l'égalité restreinte dans la mesure où la perception de la différence évolue. La dissociation de la femme et de la mère est plus communément répandue. Les possibilités de différenciation sont alors admises au sein du droit et de l'appareil législatif.

60. Le début du XX^e siècle. Le tournant véritable de la conception du différent dans la perspective égalitaire voit le jour au début du XX^e siècle et se poursuit encore aujourd'hui selon le Docteur en droit public Frédéric Edel. Pour l'auteur, cette période marque la «maîtrise du différent par l'identique».

C'est à partir des années 1920 que la notion d'égalité évolue vers une plus grande tolérance de la différence. En effet, ce qui est différent n'est plus écarté de la relation d'égalité entre les individus. L'idée du traitement identique cède la place à la possibilité de traitement différent.

La Cour suprême des États-Unis confirme une telle position dans une décision en date de 1911 en affirmant que «la clause de l'égalité ne retire pas à l'État le pouvoir d'opérer des classifications»¹¹⁷. Le virage s'opère également en Europe et notamment en France à partir de l'arrêt Roubeau de 1913¹¹⁸.

C'est véritablement à partir du premier tiers du XX^e siècle que l'époque contemporaine de l'interprétation du principe d'égalité voit le jour et à partir de laquelle le concept d'égalité inclut la notion de différent. Dans sa décision Affaire linguistique belge, La Cour européenne des droits de l'homme indique que «désormais, la clause d'égalité n'interdit pas toute distinction de

117 Cour Suprême des États-Unis, *Lindsley vs. Natural Carbonic Gas Co.*, 220 US 61, 31 S. Ct. 337, (1911), T. DAINITH, *Finders Keepers ? : How the Law of Capture Shaped the World Oil Industry*, Earthscan, 2010, 500 p.

118 Conseil d'État, 9 mai 1913, *Roubeau*, RDP, 1913, p. 685.

traitement»¹¹⁹. La période du rejet du différent est alors révolue.

La question de la conciliation entre le principe d'égalité et la reconnaissance de la diversité se pose alors, comme Portalis se l'était déjà posé dans son Discours préliminaire du premier projet de Code civil¹²⁰. Dans son discours, l'auteur s'interroge : «Comment donner les mêmes lois à des hommes qui, quoique soumis au même gouvernement, ne vivaient pas sous le même climat et avaient des habitudes si différentes ? »¹²¹.

B- Un polymorphisme niant une identité féminine

61. Si la diversité définitionnelle de l'égalité, qui peut arithmétique ou proportionnelle, mais aussi effectuée au nom de l'intérêt collectif ou encore adaptable selon les différences de situations juridiquement reconnues, peut laisser pressentir qu'elle couvre et comprend la singularité des femmes, la réalité est, au contraire, celle d'une perte de repères au sein-même du droit, qui a pourtant la mission de protéger les personnes et leur personnalité ; le polymorphisme attaché à l'égalité montre d'autant plus que cette diversité nuit aux femmes. Il s'agit de fixer des limites à un vagabondage des égalités qui entretient le silence autour de la nécessité de reconnaître un statut juridique aux femmes qui leur permettrait alors de faire entendre leur identité.

L'égalité peut être qualifiée de morale ou de sociale, mais si l'égalité morale semble être la plus adéquate pour faire reconnaître l'identité féminine, le caractère aléatoire de la morale ne lui permet pas de servir la femme (1), pas plus que l'égalité sociale, significative d'une aliénation de l'altérité sexuelle par l'égalité génériciste (2).

119 Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968, série A, n° 6, p.34, Sudre et autres, Grands arrêts de la Cour EDH, 5^{ème} éd., n° 8.

120 J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, Bordeaux, Éd. Confluences, 2004, 78 p.

121 *Ibid.*

1- Égalité sociale versus égalité morale

62. L'égalité morale. La notion d'égalité est tout autant difficile à cerner qu'elle revêt des caractères et des définitions disparates suivant qu'elle est sociale ou morale.

L'égalité morale est celle qui représente l'égalité de dignité de tous les êtres humains. Elle a trait à la dignité, au respect, à la liberté et est placée au-dessus de toute forme d'égalité. Elle n'aliène pas la différenciation sexuelle, puisqu'elle permet la diversité des fonctions suivant les facultés distinctives de chaque sexe. Parce qu'elle les reconnaît en tant que doués d'humanité sans les conformer à un même modèle, l'égalité morale n'annihile pas la qualité intrinsèque des individus à être des humains. La vertu principale de l'égalité morale est de traiter les personnes par-delà les différences comme des êtres humains face au droit, face à la justice, ce qui est un point nodal de la considération de la femme à travers ses spécificités.

Dans ce schéma qui n'est pas créateur d'égalité superficielle, les hommes et les femmes sont avant tout des humains et l'acceptation de leurs différences ne fait pas obstacle à la prééminence de ce statut originel. Au contraire, l'égalité morale permet de définir la justice comme équité et les femmes ne s'en trouvent pas lésées. Les deux sexes sont égaux d'un point de vue moral devant la justice étant des personnes humaines. Pour autant, cette égalité ne nie pas leurs diversités.

Les caractéristiques communes, qui fondent l'égalité morale¹²², posent de nouveau le débat quant à l'existence d'une nature humaine et partant les clivages de genre.

L'importance discursive de la notion d'égalité morale comme norme se situe bien là, au seuil du distinguo entre l'inné et l'acquis. De ce fait, l'égalité morale voit sa légitimité remise en cause. Pourtant, grâce à une telle égalité la chronologie de l'histoire des droits des femmes a pu s'étoffer. C'est ainsi par exemple, que la loi du 22 juillet 1987 a instauré l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale, confirmée par la loi du 8 janvier 1993. C'est pareillement au nom de l'égalité morale que par un arrêt du 5 septembre 1990, la Cour de cassation a reconnu le viol entre époux. Les illustrations pléthoriques montrent la légitimité de l'égalité morale placée à tort au centre de débats ontologiques et qui use de moyens d'actions imprégnés de valeurs et de spécificités

122 L. MARCIL-LACOSTE, Les problèmes contemporains de l'égalité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p. : « âme, rationalité, responsabilité, dignité, intérêt, désir, passion, capacité de choix, capacité de ressentir des plaisirs et des peines, etc ».

humaines.

63. L'égalité sociale. A l'inverse, l'égalité sociale favorise le généricisme en utilisant comme moyens de son action des exigences tendant à des discriminations de masse. Elle cherche à égaliser les conditions d'existence sans tenir compte des particularismes niant ainsi le sujet de droit féminin. Elle peut rapidement être confondue avec l'excessif égalitarisme dès lors qu'elle ne contribue pas à corriger des inégalités injustes. A l'origine de la notion d'égalité, considérée davantage comme un idéal que comme une vérité absolue, l'idée d'une nature commune aux hommes et aux femmes leur permettant la revendication de droits identiques.

Définie par Aristote dans son œuvre *La Politique*, comme étant l'essence de la justice, l'égalité se heurte toutefois à une faille et en particulier dans sa perspective sociale. Elle revient finalement à considérer que l'égalité morale et donc l'égalité naturelle n'existeraient pas. Partant, elle mettrait en œuvre des moyens pour remédier à ces inégalités et ce de manière non seulement arbitraire, mais en plus artificielle. Ainsi, sous couvert de gommer les inégalités sociales, cette forme d'égalité se targuerait de créer de l'égalité là où il n'y en a pas. L'optique sociale de l'égalité qui reconnaît l'existence de déséquilibres socio-économiques constitués socialement, historiquement entre les individus a pour but de mettre en pratique des mesures pour en atténuer les conséquences et ce sans préserver les différences sexuelles. Il ne s'agit pas non plus de stigmatiser entièrement l'égalité sociale, ni même l'égalité, mais les moyens utilisés pour y parvenir peuvent être aussi déroutants pour les particularismes ainsi disparus, qu'injustes pour ceux ne bénéficiant pas de telles actions.

64. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait clairement apparaître le vœu d'égalité consacrée en son chapitre III. Un choix a été effectué quant aux cibles visées par cet impératif d'égalité. L'article 23 qui traite de l'égalité entre hommes et femmes est particulièrement explicite dans son alinéa 2 au sujet de la mise en place de mesures à la faveur du «sexe sous-représenté», le sexe faible.

C'est ainsi que ces dernières bénéficieraient de mesures particulières, de privilèges tendant à l'instauration d'égalités artificielles qui peuvent leur sembler discriminantes. La politique des quotas

en est une illustration efficace. En effet, en matière politique, les quotas sont mis en place pour favoriser la parité, cela étant les femmes ainsi intégrées sont-elles tout autant compétentes que les hommes placés dans la même situation ? Le cas inverse peut se poser également et ainsi la question des privilèges parfois injustement attribués sous couvert de bonne conscience collective.

Le polymorphisme attaché à la notion d'égalité est clairement défavorable à l'identité féminine. Alors que l'égalité sociale est clairement créatrice de généralismes pesants pour la femme, (les situations différentes étant jugées de manière identique), l'égalité morale qui semble pourtant être vectrice d'une juste justice, au sein de laquelle les particularismes ne seraient pas abolis, peut se heurter à une application aléatoire soumise à la libre appréciation du juge.

En somme, l'égalité morale lorsqu'elle est mal distribuée, c'est-à-dire lorsqu'elle crée par sa mauvaise application judiciaire des situations dissemblables, peut être tout autant dangereuse pour la femme niant ainsi son altérité.

2- Les implications sur l'identité féminine, la négation de l'altérité

65. L'identité de l'égalité. L'égalité étant une relation d'identité, elle exclut par sa simple définition toute spécificité¹²³. Paradoxalement, l'égalité peut aussi être considérée comme une relation des différences. Dans l'Encyclopédie des sciences philosophiques, Hegel schématise cette antinomie en définissant l'égalité comme n'étant qu' «une identité de choses qui ne sont pas les mêmes»¹²⁴. D'un point de vue dialectique, les deux définitions de l'égalité peuvent être admises, même si leur conciliation semble relever de l'aporie.

Héritage incontesté des Lumières, l'égalité dans son sens originel désigne une unité, une identité des personnes. Elle enjoint alors une pure identité de traitement. Juridiquement, cette isonomie place les hommes et les femmes à un même niveau. La norme égalitaire n'admettant aucune exception, elle oblige à un traitement uniforme de toutes les personnes.

123 G. FREGE, *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1994, 233 p.

124 G. W. F. HEGEL, *Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé*, Paris, Gallimard, 1990, 550 p.

Une telle vision absolutiste peut être critiquée en ce sens qu'elle ne tient pas compte des particularités, mais au contraire voit en l'Homme un être «décontextualisé»¹²⁵ et légitime le rejet de la différence admettant ainsi la «fantastique oppression de l'Autre par le Même»¹²⁶. Les limites et surtout les dangers de cet excessive égalité taxée à juste titre de «tyrannie homogénéisante» sont manifestes et l'assimilationnisme doit, au nom de la reconnaissance de droits de l'homme, céder la place au différentialisme.

En effet, l'assimilation qui est considérée en philosophie comme «la transformation allant du différent au semblable»¹²⁷ guide l'égalité des sexes dont la problématique par rapport à l'identité féminine tient à la comparaison qui est faite entre l'homme et la femme et plus exactement la comparaison de la femme par rapport à l'homme. Il s'agit pour l'égalité des sexes d'assimiler la femme à un homme, c'est-à-dire calquer ses droits sur ceux de l'homme dans la mesure où politiquement et juridiquement l'accession des hommes à des droits est antérieure à celle des femmes.

66. L'égalité dans la différence. Le différentialisme place au cœur de sa problématique la question de l'identité. Notion d'origine philosophique, le différentialisme accorde aux différences une importance toute particulière et notamment en ce qui concerne les femmes et leur considération sociale et ce en les reconnaissant non pas comme les égales des hommes, mais comme des sujets de droits.

Le propre d'une société démocratique est de respecter les individus, les individualités. La définition de la Démocratie par Périclès légitime cette considération de la personne. Pour l'homme politique, qui privilégie un système méritocratique, la Démocratie est «le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple».

En réalité, la Démocratie est tiraillée entre la volonté de cohésion sociale et les revendications d'individuation.

Les femmes sont évincées de ce débat, pourtant ce sont elles qui sont les premières visées par les exclusions de masse.

L'égalité dans la différence, chère aux néo-féministes, postule l'idée de différence de nature entre les

125 M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999, 330 p.

126 A. RENAUT, S. MESURE, *Alter Ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999, 304 p.

127 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, 1323 p.

deux sexes permettant ainsi de rompre avec une égalité hypocrite.

Il ne s'agit pas de radicaliser le traitement social, juridique, politique des femmes et des hommes en créant des distinctions sexuées, mais de prendre en compte leurs différences sexuelles. Cette souplesse d'interprétation et d'application du principe d'égalité se retrouve d'ailleurs dans deux décisions rendues les 16 et 30 mars 2006 par le Conseil constitutionnel.

Dans son considérant de principe, le juge constitutionnel estime «que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit»¹²⁸. L'intérêt général permet dès lors de déroger à l'égalité par des moyens d'adaptation et de considération de la différence.

Mais l'égalité ne doit ni être stigmatisée, ni pour autant être confondue avec une rigide assimilation des individus par la création d'un corpus indissociable niant l'évidente et nécessaire coexistence des deux sexes.

§2 LA COEXISTENCE DES DEUX SEXES

67. L'égalité des sexes renvoie à un généricisme aliénant l'autre féminin, dans la mesure où, lorsqu'elle n'est pas nuancée, l'égalité va effacer les différences sexuelles pour que les hommes et les femmes se voient appliquer indifféremment les mêmes textes. Pourtant, il existe deux sexes qui doivent coexister, ce qui présuppose le respect à la fois de leurs différences et d'une personnalité juridique qui doit leur être propre. Il s'agit de comprendre qu'il y a deux sexes et non des personnes dés sexuées par un principe pesant d'égalité. La féminologie d'Antoinette Fouque décrit cet état de fait et la nécessité de le reconnaître (A).

Il doit être pris conscience que la femme n'est pas sexuée comme l'homme. Des

128 Cons. const. 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, n° 2003-487 DC, *Rec.* p. 473, cons. n° 20 ; *AJDA* 2004, p. 216, note J.-E. Schoettl ; *D.* 2004, SC p. 1274, obs. A. Duffy ; Cons. const. 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC, *Rec.* p. 61, cons. n° 31 ; v. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 641 et s.

mobilisations engagées pour le respect des droits des femmes, dites féministes, auraient pu permettre de faire entendre et aboutir leurs revendications si toutes s'étaient accordées quant à la conception de la différence sexuelle et, en particulier, concernant les origines de la soumission des femmes. La recherche de l'égalité demeure tout de même le point nodal des féminismes, obstacle alors à la reconnaissance de l'identité juridique de la femme (B).

A- LA PRISE DE CONSCIENCE FÉMINOLOGISTE

68. Courant de pensée féministe, mais revendiquant la différence entre les sexes, la féminologie se détache d'un féminisme classique en ce qu'elle ne défend pas uniquement l'égalité des sexes.

Elle reconnaît les spécificités féminines en admettant qu'il existe deux sexes (1) et promeut une véritable considération du sujet féminin, prenant en compte ses particularismes qui sont indépendants du sujet masculin (2).

1- Les deux sexes

69. La féminologie rend compte de toute la problématique de l'égalité des sexes. En effet, La prise de conscience féminologiste implique qu'il faut, dans un premier temps, prendre réellement conscience qu'il y a deux sexes dans la société et qu'il doivent tous deux coexister étant tous les deux indispensables dans et pour la société et, dans un second temps, que cette coexistence n'est pas toujours sans difficultés notamment dès lors qu'il s'agit de refuser toute domination de l'un sur l'autre.

Néologisme créé par Antoinette Fouque pour décrire les études portant sur la condition féminine et la place de la femme dans la société, la féminologie tente de concilier la recherche d'égalité des sexes et la revendication de véritables spécificités de la femme¹²⁹.

129 A. FOUQUE, *Il y a deux sexes, Essais de féminologie*, Paris, Gallimard, 2004, 324 p. Pour la cofondatrice du Mouvement de Libération des Femmes (MLF), l'égalité recherchée par et pour les femmes est un moyen de nier la spécificité féminine en voulant les considérer comme des hommes. Elle considère que «égalité et différence ne sauraient aller l'une sans l'autre ou être sacrifiées l'une à l'autre. Si l'on sacrifie l'égalité à la différence, on revient aux positions

Concrètement, les femmes veulent accéder à un traitement égal de celui des hommes, sans que leurs spécificités soient reniées¹³⁰.

La société doit ainsi prendre conscience que deux sexes existent¹³¹ et que le traitement des femmes ne doit pas forcément s'aligner sur celui des hommes, leurs différences ne le permettant pas toujours et une spécificité de la femme aux côtés de l'homme doit être reconnue. Les femmes doivent s'accomplir dans leur singularité et non en prenant pour modèle d'égalité les hommes.

La prise de conscience féminologiste doit également passer par une prise de conscience de la place nécessaire des femmes dans la société, c'est-à-dire du rôle qu'elles y ont chacune joué et cela doit nécessairement passer par une représentation sans détours du rôle de la femme dans l'Histoire.

En effet, dans les manuels scolaires, les femmes passent de la condition de victime à celle d'héroïne, sans mettre à l'étude de manière suffisante l'engagement et la quête identitaire de la femme.

Les historiennes Anne-Marie Sohn et Françoise Thelamon ont démontré lors d'un colloque sur l'existence d'une Histoire dans les femmes que le problème qui se pose à l'Histoire comme discipline est de convaincre qu'en l'absence des femmes, l'Histoire se heurterait à des «impasses conceptuelles et méthodologiques»¹³². Il s'agirait ainsi d'intégrer l'apport de l'histoire des femmes dans les programmes et les manuels pour modifier le regard des élèves et des étudiants et ainsi briser le «plafond de verre» qui empêche encore aux femmes d'accéder à leur parfait affranchissement.

La considération de la femme en tant que sujet féminin doit donc découler d'une prise de conscience que son sexe existe indépendamment de celui de l'homme et doit également se traduire par le respect de ses spécificités à l'intérieur du genre humain.

réactionnaires des sociétés traditionnelles, et si l'on sacrifie la différence des sexes, avec la richesse de vie dont elle est porteuse, à l'égalité, on stérilise les femmes, on appauvrit l'humanité toute entière».

130 *Ibid.* Pour Antoinette Fouque, il s'agit d'être réaliste : «La réalité, c'est qu'il y a deux sexes dans l'espèce humaine. Plus que jamais, nous aurons donc, nous les femmes, à faire des gestes complexes, à mettre en travail la notion d'égalité, à nous construire des identités propres mais hétérogènes, à nous adapter sans nous renier».

131 Le philosophe italien Julius Evola, au-delà de son explication de la différence entre le sexe physique et le sexe intérieur, insiste sur l'importance devant être accordée aux deux sexes. Dans *Métaphysique du sexe*, Paris, L'Âge d'homme, 2006, pp. 48 s., il écrit : «On n'existe qu'en tant qu'homme ou qu'en tant que femme».

132 A.-M. SOHN, F. THELAMON, *L'histoire sans les femmes est-elle possible ?*, Paris, Perrin, 1998, 427 p.

2- La considération du sujet féminin : entre respect des particularismes et conception erga omnes

70. Respecter les spécificités féminines. L'histoire de la condition féminine n'est pas seulement l'histoire de l'état d'assujettissement des femmes, il s'agit aussi de l'histoire de leur combat pour voir leur place dans la société reconnue, ce qui ne doit plus faire défaut dans les programmes scolaires.

Toute la difficulté de la reconnaissance de la place de la femme dans la société réside dans le fait que les femmes veulent être reconnues en tant que telles tout en étant les égales de l'homme en ce qui concerne leur traitement. Le compromis est assez subtil et il s'agit en somme de parvenir à un équilibre entre cette recherche d'égalité, en ce sens l'égalité de droits et la consécration de la femme à travers son Histoire, en en faisant un véritable sujet féminin.

Cette question doit être laissée à l'appréciation d'une instance capable d'entendre et de couvrir la pluralité de tous les aspects de cette considération du sujet féminin, capacité dont le droit trop abstrait se trouve démuné. Cette considération doit donc être juste, permettant un équilibre nécessaire au bien-être commun et procédant ainsi de la justice, ferme volonté de donner toujours à chacun son droit¹³³.

Si pour le droit, la considération de l'individu doit rester objective et ainsi embrasser des situations génériques, pour les tenants d'un droit subjectif au contraire, il doit être concret et ne pas prétendre à trouver des similitudes là où il n'existe que des différences.

71. Considération juridique erga omnes. Selon le philosophe italien Sergio Cotta, elle implique à la fois le respect d'une qualité intrinsèquement particulariste et une conception erga omnes¹³⁴.

Il s'agit alors de considérer la personne en tant qu'individu et d'écarter la considération de la personne sociale et relationnelle, ce qui se traduit par une singularisation de la personne et permet d'admettre le primat de la personne per essentia sur la personne per obliquo¹³⁵.

133 A. M. du CAURROY DE LA CROIX, *Les Institutes de Justinien, Livre Ier, Titre 1, De la justice et du droit*, Paris, Gustave Thorel, 1851, 580 p. «La justice est la ferme volonté de donner toujours à chacun ce qui lui est dû».

134 S. COTTA, *Le droit dans l'existence*, Bordeaux, Éd. Bière, 1996, 187 p. Ce que l'expression Universel singulier comprend et que nous démontrerons.

135 La distinction entre le per essentia et le per obliquo relève du débat entre essentialisme et existentialisme consacré en Partie II. D'inspiration thomiste, le per essentia révèle l'essence de l'individu et l'importance de la métaphysique dans

La considération des spécificités féminines doit être opposée à tous y compris au principe d'égalité qui doit cesser de fermer les yeux sur le différent féminin et au droit qui doit protéger les différences.

En effet, la justice à travers son droit requiert l'égalité de la femme et de l'homme, mais cette conception n'est pas juste pour autant. En effet, au-delà des modèles désignant une domination excessive tantôt de l'homme¹³⁶, tantôt de la femme¹³⁷, il doit être recherché l'exigence du juste à partir de laquelle on peut espérer parvenir à un véritable équilibre. Cet équilibre peut être obtenu par une individualisation de la personne eu égard à son sexe, d'où des différences qui peuvent être admises comme étant légitimes dans le droit et ainsi une remise en cause de certaines égalités.

C'est ainsi que selon certaines circonstances, le droit doit prendre en compte la situation de la femme en tant que sujet de droit féminin et respecter alors la qualité de nature féminine dans le respect du juste.

Cette prise de conscience féminologiste n'a pas été accueillie favorablement par tous les mouvements en faveur des droits des femmes, ni leur dessein qui est de permettre aux femmes de revendiquer un statut¹³⁸.

B- UNE PRISE DE CONSCIENCE ENGAGÉE

72. Entendu comme un mouvement qui défend les droits des femmes, le féminisme regroupe plusieurs courants de pensées et de revendications. Les théories féministes connaissent plusieurs acceptions de la différence sexuelle et toutes ne s'accordent pas pour conclure à leur existence.

Pour que les deux sexes reconnus par la féminologie coexistent, la prise de conscience des inégalités injustes doit être engagée.

Certains féminismes imputent la différence sexuelle à la société et à ses dérives sexistes comme le

le distinguo essence/existence. Dans son œuvre *De ente et essentia*, Thomas d'Aquin enseigne qu'«il faut procéder de la signification de l'être à celle de l'essence». Cf. D.-J. LALLEMENT, *Commentaire du De ente et essentia de Saint Thomas d'Aquin*, Saint-Cénére, Éd. Pierre Téqui, 2001, 742 p.

136 Il s'agit ici de se référer par exemple au pater familias, à la primogéniture, au droit de cuissage.

137 La gynécocratie et le matriarcat en sont des illustrations.

138 A. FOUQUE, *op. cit.* : «Simone de Beauvoir disait que la femme est un homme comme un autre. Moi je dis non : il y a une différence des sexes. Il y a deux sexes. Nous sommes égaux mais différents. Il ne faut pas oublier que les femmes donnent la vie».

féminisme libéral, tandis que d'autres comme le féminisme marxiste accusent le capitalisme d'être à l'origine de la hiérarchie sexuelle (1).

La grande rupture amorcée par le néo-féminisme met enfin en lumière la question de l'identité féminine stigmatisant le patriarcat et le naturalisme qui ne considère la femme qu'à travers la procréation (2).

1- Féminisme libéral et féminisme marxiste

73. Le féminisme libéral égalitaire. Si le féminisme s'entend d'un mouvement de défense des droits des femmes, les revendications qui l'emmènent ne s'accordent pas toutes quant à la perception de la différence sexuelle.

Les théories féministes se distinguent donc par leur conception de la différence entre les sexes et adoptent des stratégies différentes pour faire cesser la subordination des femmes.

Pour mieux comprendre le féminisme et son rapport à l'identité féminine, il est nécessaire de dépasser le strict cadre français et ainsi étudier ses deux théories principales.

Le féminisme libéral égalitaire, également appelé réformiste, est le courant le plus modéré. Il réclame, comme d'autres mouvements féministes, l'égalité des droits des deux sexes dans l'accès à l'éducation et au travail, la rémunération, l'application des lois entre autres, mais se distingue par l'imputation des différences sexuelles à la société sexiste. Il s'est calqué sur l'égalité de droits réclamés lors de la Révolution. Pour enrayer les discriminations faites aux femmes, il s'agirait de repenser l'éducation et changer les mœurs et cela passerait par une refonte de la législation¹³⁹. Ce féminisme peut être taxé de naïf dans la mesure où les filles ont aujourd'hui un accès à l'éducation- du moins pour les pays occidentaux-, pour autant le spectre de la domination masculine rôde toujours.

En effet, malgré plusieurs interventions législatives en faveur de la mixité scolaire¹⁴⁰, l'égalité dans

139 L. DESMARAIS, Le droit à l'avortement, une lutte exemplaire, *A Bâbord !, Revue sociale et politique*, n°25, été 2008 : «Le féminisme libéral ou égalitaire disait : Les problèmes des femmes sont dus au fait qu'elles n'ont pas accès à l'éducation ni au marché du travail. Réglons ça et il n'y aura plus de problèmes pour les femmes».

140 Voir sur ce point nos développements consacrés à «l'égal accès dans la formation».

l'accès au travail est loin d'être acquise. La loi d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'école en date du 23 avril 2005 réaffirme avec netteté les principes de mixité et d'égalité entre les sexes comme fondateurs du système éducatif¹⁴¹.

De manière logique cette mixité devrait ensuite se poursuivre dans le monde du travail, pourtant lorsqu'il s'agit de traiter de l'histoire des femmes, une question récurrente se pose : «depuis quand les femmes travaillent-elles ? ». Sylvie Schweitzer parle à ce titre d' «amnésie collective» et fait remarquer que les femmes travaillent depuis toujours¹⁴².

Force est alors de constater que les préconisations du mouvement féministe libéral visant à repenser le système éducatif ne peuvent pas à elles seules permettre la suppression de toutes discriminations contre les femmes et encore moins leur octroyer un véritable statut.

De plus, ce courant qui dénonce les lois injustes en réclamant une égalité parfaite entre les sexes dès le stade éducatif aligne ainsi la condition de la femme sur celle de l'homme sans rechercher les particularités féminines, ni s'adapter à ses besoins spécifiques.

74. Le féminisme marxiste. Le féminisme de tradition marxiste se veut lui aussi égalitaire, mais il attribue les causes de la soumission de la femme au capitalisme. Il associe la lutte des classes à celle des sexes et même s'il dénonce l'oppression des femmes, il rejette la considération essentialiste de la femme, niant ainsi la nature humaine. Ce courant est critiquable dans la mesure où en niant l'essence féminine, il rejetterait alors absolument les textes de loi qui seraient adaptés à certaines situations pour lesquelles les femmes auraient besoin de ne pas être considérées comme des individus asexués. Concrètement, la législation relative au travail de nuit des femmes¹⁴³ peut sembler, pour les féministes marxistes, discriminatoire, les plaçant ainsi dans un état de fragilité et élargissant le clivage biologisant entre les sexes en la matière ; il est davantage question en réalité de protéger la femme, la promotion de l'égalité ne doit dès lors pas primer sur sa protection.

141 «La loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'École met en œuvre des priorités pour élever le niveau de formation des jeunes Français: faire réussir tous les élèves, redresser la situation de l'enseignement des langues, mieux garantir l'égalité des chances et favoriser l'insertion professionnelle des jeunes et l'emploi. La loi engage la modernisation de l'Éducation nationale selon trois axes : mieux faire respecter les valeurs de la République, mieux organiser les établissements et les enseignements, mieux gérer le système éducatif».

142 S. SCHWEITZER, *Femmes de pouvoir. Une histoire de l'égalité professionnelle en Europe (XIX-XXe siècles)*, Paris, Payot, 2010, 256 p.

143 Sur ce point voir nos développements consacrés à «L'héritage historique de l'égalité des sexes dans le cadre de l'accès au travail».

Il ne s'agit pas d'éloigner la femme de la sphère de l'emploi en la cantonnant à son rôle d'épouse et de mère par quelque présupposés essentialistes, mais de prendre tout simplement en compte ses limites et ses besoins, ce que le néo-féminisme semble avoir compris.

2- La grande rupture

75. Le néo-féminisme. Prendre en compte la femme dans la société et donc lui reconnaître un statut en l'occurrence juridique, c'est avant tout admettre qu'elle est différente de l'homme et ne pas, en toutes circonstances, calquer sa situation sur celle préexistante de l'homme. Cela ne revient pas bien entendu à stigmatiser les actions en faveur de l'égalité des sexes, simplement à démontrer qu'en réclamant une telle égalité, les spécificités de la femme sont négligées.

Parmi les groupes de pensées féministes, le néo-féminisme annonce une grande rupture en ce sens qu'il rejette massivement les idéaux défendus par le féminisme libéral et le féminisme marxiste. Pour ce mouvement, dit radical, la cause de la subordination des femmes est à rechercher dans le patriarcat érigé réellement comme une tradition et qui doit donc être renversé. Selon la place accordée au biologique ou au social dans l'explication de la soumission des femmes, il est qualifié de courant radical matérialiste ou de courant radical de la différence lequel servira seul le statut de la femme.

Ce courant se positionne du point de vue de la différence et les questions gravitent enfin autour de la question de l'identité féminine. Mais ce courant se contredit car il est aussi une critique de l'essentialisme pourtant lié à l'identité féminine. Il cherche à dénaturer la femme dans sa capacité à procréer ce qui affirme pourtant sa différence sexuelle¹⁴⁴.

144 C. DELPHY, *L'Ennemi principal 1 : L'Économie politique du patriarcat*, Paris, Éd. Syllepse, coll. «Nouvelles Questions Féministes», 1998, 276 p.

76. Le féminisme de la fémelléité¹⁴⁵ est moins revendicateur¹⁴⁶. Il réfléchit à l'existence de pouvoirs féminins visant l'acceptation de la différence au féminin. Il ne s'intéresse pas aux hommes et veut détruire le patriarcat, cause de la domination masculine. Pour ce courant, «il n'y a pas d'identité féminine»¹⁴⁷ qui ne soit pas balisée par une identité masculine.

Emmené entre autres par le Mouvement de Libération des Femmes (MLF), héritier de Mai 1968¹⁴⁸ et du Women's lib américain¹⁴⁹, ce courant lutte contre toutes les formes d'oppression et tend à faire admettre un statut à la femme contrairement aux autres courants de pensée féministes qui recherchaient davantage l'égalisation de ses droits.

77. Le féminisme radical. Dès lors la recherche d'une identité de la femme doit passer par un anéantissement du patriarcat oppresseur de la cause féminine et instrumentalisé par une application concrète du droit aux spécificités de ce sexe.

Le thème phare du féminisme radical est celui de la réappropriation de son propre corps. Il est également nommé courant radical «de la spécificité». Le mouvement pour combattre la violence envers les femmes, le mouvement de santé des femmes, les groupes de services mis sur pied à ces fins, les réflexions féministes sur les nouvelles technologies de la reproduction incarnent ce courant¹⁵⁰. Sous la pression des actions féministes, le législateur a donc dû se plier à de telles exigences et ainsi revoir sa copie en rendant le droit moins abstrait et donc plus proche des revendications statutaires néo-féministes.

C'est ainsi qu'en 1956, Marie-Andrée Weill-Hallé, médecin, et Evelyne Sullerot, sociologue, fondent la «Maternité Heureuse», qui devient, en 1960, le «Mouvement Français pour le Planning Familial» (MFPF). Ayant pour objectifs l'éducation sexuelle, la lutte pour la contraception, le droit à l'avortement et à la maternité choisie, le MFPF a entendu substituer la clandestinité des faiseuses

145 F. DESCARRIES-BELANGER, S. ROY, Le mouvement des femmes et ses courants de pensée : essai de typologie. Ottawa, Institut canadien de recherches sur les femmes, *Les Documents de l'ICREF*, no 19. 1988, p. 16-17 : «Nommé à partir du néologisme «fémelléité», le féminisme de la fémelléité prend son origine dans une réflexion plus métaphorique que matérialiste. Œuvre de philosophes, psychanalystes, psychologues et femmes de lettres, le courant de la fémelléité propose une réflexion relative à l'existence d'un territoire, d'un savoir, d'une éthique et d'un pouvoir féminins. A l'encontre des égalitaristes et des radicales, [elles] visent [...] la reconnaissance de la différence, de la féminité et du féminin comme territoire spécifique de l'expérience et du pouvoir-savoir des femmes ; un tel territoire devant être protégé contre l'emprise du pouvoir patriarcal et celui de l'assujettissement aux valeurs marchandes. Dès lors, elles revendiquent la réappropriation de la maternité, de l'acte de création/procréation, de la culture et de l'imaginaire féminins au niveau des idées et de l'Être».

146 L. IRIGARAY, *Spéculum de l'autre femme*, Paris, Éd. de Minuit, 1974, 462 p.

147 A. LECLERC, *Hommes et femmes*, Paris, Librairie générale française, 1986, 162 p.

148 *Le siècle des féminismes*, ss la dir. d'Éliane GUBIN, Paris, Éd. de L'Atelier, 2004, 463 p.

149 B. MANN, *Women's liberation and the Sublime : Feminism, Postmodernism, Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 195 p.

150 K. BARRY, *L'esclavage sexuel des femmes*. Paris, Stock, 1982, 424 p.

d'anges¹⁵¹ à la législation de l'avortement dans le but de la libre disposition du corps féminin¹⁵².

Le féminisme radical entend donc par ses mouvements ériger les différences féminines en outil de reconnaissance d'une identité féminine dont l'institution doit découler de l'abolition de la tradition patriarcale encore trop ancrée dans le droit.

Il se situe ainsi dans la même veine que la féminologie d'Antoinette Fouque qui voyait dans l'égalité des sexes une aliénation des spécificités féminines. Elle ne nie pas pour autant qu'il s'agit d'un principe louable chasseur des discriminations.

Mais sa ferme opposition à l'établissement de l'identité féminine en lui préférant l'uniformité ne manque pas de la trahir.

151 J. MIE d'AGHONNE, *Une faiseuse d'anges*, Paris, Hachette Livre BNF, 2013, 693 p.

152 MOUVEMENT FRANÇAIS POUR LE PLANNING FAMILIAL, *D'une révolte à une lutte : 25 ans d'histoire du planning familial*, 1982, 506 p.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

78. Alors que la femme a longtemps été considérée juridiquement et socialement comme un sexe faible du fait principalement de la domination du pater familias et des présupposés bibliques voyant en elle l'incarnation du Mal, elle doit aujourd'hui faire face à ce qui l'a pourtant élevée au rang de majeure juridique, l'égalité des sexes.

Si elle se heurte effectivement à cette égalité c'est qu'elle ne laisse aucune place à la reconnaissance de son identité juridique. Insistante du fait du soutien indéfectible du droit, l'égalité des sexes ne se contente pas de lutter contre les inégalités sexuelles, elle gomme également les différences sexuelles. L'égalité des sexes a pour dessein de rendre les hommes et les femmes similaires devant le droit et devant la société. Cette unification est manifestement nuisible pour l'identité féminine dans la mesure où elle consiste à oblitérer les différences naturelles entre les sexes. Elle pratique en somme une aliénation de l'altérité par l'enrayement des spécificités féminines.

Pour que la femme puisse se prévaloir d'une identité juridique, l'affirmation de ces différences et notamment la prise de conscience de la réalité selon laquelle il y a deux sexes sont impératives.

Les mouvements féministes favorables pour la majorité à l'égalité des sexes préfèrent éloigner de leurs revendications la question de la dualité sexuelle, convaincues qu'une société aux règles juridiquement indifférentes au sexe est une société aux droits égaux. Seulement, cette neutralité n'est pas un gage de protection juridique, car l'égalité des sexes substitue une homogénéité vectrice de rejet du différent sexuel à une hétérogénéité naturelle et dont le droit doit garantir le respect pour ne plus être ce fomenteur de généricisme aliénant l'identité féminine.

Le droit doit, dans un premier temps, accorder à la femme une personnalité juridique qui lui est propre et qui se distingue de l'actuelle générique personnalité juridique.

Dans un deuxième temps, il doit se positionner à côté de la femme et non plus à côté de l'Homme

générique et ce processus se matérialisera lorsque, socialement, le genre humain n'englobera plus le genre féminin, mais admettra que la femme est biologiquement différente de l'homme.

CHAPITRE 2

LA SOCIÉTÉ FÉMININE ET L'ÉGALITÉ DES SEXES

79. Appréhendée sous le prisme de l'identité féminine, l'égalité des sexes constitue un rempart à franchir pour que cette identité soit reconnue.

Mais force est de constater que les actions menées en faveur de cette égalité ont permis et permettent encore d'enrayer les inégalités injustes que les femmes subissent du fait de leur assimilation à un sexe faible (Section 1).

L'égalité sexuelle a un impact considérable quant à la place sociale de la femme dans la mesure où la femme a pu se voir reconnaître la qualité de sujet de droit longtemps niée par la tradition patriarcale.

Cependant, l'idéal d'identité féminine se heurte à une vision globalisante des individus par l'égalité sexuelle qui considère toujours la femme comme une altérité (Section 2).

SECTION 1 LES MOYENS D'ACTION EN FAVEUR DE L'ÉGALITÉ DES SEXES

80. Les moyens d'action en faveur de l'égalité des sexes consistent à encourager l'accession des femmes au même traitement que les hommes dans une perspective d'intégration sociale. Il ne s'agit pas de l'accession à une égalité qui doit être stigmatisée comme aliénant les spécificités féminines ; mais, au contraire, d'une égalité bénéfique pour les femmes afin que leurs droits soient reconnus et égaux à ceux des hommes placés dans les mêmes situations (§1).

En dépit des efforts fournis pour que la femme ne soit plus considérée comme inférieure à l'homme, des écarts de traitement entre les sexes perdurent ; mais le combat mené au sein de plans d'actions pour les droits des femmes illustre la volonté de ne plus réduire la femme à une image d'objet (§2).

§1 LA PROGRESSIVE ACCESSION À L'ÉGALITÉ

81. L'égalité des sexes, si elle ne permet pas de parvenir à faire reconnaître l'identité féminine, a le mérite de permettre aux femmes de s'inscrire comme les hommes dans la société, c'est-à-dire de pouvoir prétendre à la même considération sociale et juridique que les hommes dans la même situation (A).

Cette accession souhaitable à l'égalité des droits n'est pas acquise, il reste des domaines dans lesquels l'égalité n'est pas reconnue, ne permettant ainsi pas à la femme de jouir de droits similaires à ceux des hommes, et ce même si elle demeure fortement souhaitée pour le respect des droits des femmes (B).

A- INSCRIRE LES FEMMES DANS LA SOCIÉTÉ

82. Deux conditions de la femme sont significatives de la progressive émancipation de la tutelle masculine et permettent d'inscrire les femmes dans la société à travers l'accession au travail et les filles par le biais de l'accès à l'instruction. Cette émancipation qui n'est pas définitivement acquise permet toutefois de constater les progrès effectués pour pouvoir envisager ceux à venir¹⁵³.

Dans un premier temps, les filles sont scolarisées, ce qui leur donne un degré d'instruction égal à celui des garçons (1).

Dans un second temps, les femmes s'intègrent davantage dans la vie sociale par leur statut de travailleuses s'assurant pleinement, à l'image des hommes (2).

1- L'égal accès des sexes à la formation

83. De l'absence d'éducation féminine. Permettant une meilleure intégration et ascension sociale, l'école occupe encore une place essentielle dans le processus d'égalité des sexes et d'émancipation féminine.

C'est en majeure partie grâce à l'accès à l'éducation que les femmes ont pu voir évoluer leur situation socioprofessionnelle.

Jusqu'au XVI^e siècle, l'éducation des femmes était à peu près inexistante dans les couches populaires.

Dans les catégories plus aisées, elles recevaient une éducation ayant vocation à leur faire tenir leur futur rôle de maîtresse de maison soumises à l'autorité de leur époux.

Ce n'est que plus tard que le mouvement des Précieuses a été créé et au sein duquel des femmes issues de la bourgeoisie étaient attachées à l'éducation.

153 M. LUCI, La marche des femmes vers l'égalité, *Sciences humaines*, 03/1998, n° 081, p.12-17 : De nos jours en France, l'égalité entre hommes et femmes existe en droit. Mais elle est loin d'exister en fait, même si les progrès sont sensibles dans de nombreux domaines: travail, éducation, loisirs, vie quotidienne.

Les réactions étaient d'ailleurs largement défavorables à cet engouement. Molière dans les *Précieuses ridicules*¹⁵⁴ ou encore dans *Les Femmes savantes*¹⁵⁵ y reprend à ce titre les critiques de ses contemporains.

L'idéologie universaliste des Lumières, pourtant fondée sur l'abolition des différences, n'accorde que peu d'importance à l'éducation des femmes.

«Qui peut définir les femmes ? »¹⁵⁶ Trois contributions à l'article Femme de *L'Encyclopédie* montrent la réalité juridique, sociale et médicale des femmes de l'époque La première présente la femme comme la femelle de l'homme, la deuxième, comme la possession de l'époux, la troisième la définit par l'art de plaire ou d'aimer¹⁵⁷.

Les Révolutionnaires préoccupés par l'égalité des droits juridiques des hommes, en oublient l'égalité des sexes comme question sociale.

Ils renient tous droits politiques aux femmes. Seul Condorcet prend la défense des femmes¹⁵⁸ en réclamant une éducation similaire à celle des hommes, publique, laïque et gratuite.

84. A l'émergence de l'enseignement féminin. Il faut attendre la seconde moitié du XIX^e siècle pour voir émerger l'enseignement féminin¹⁵⁹.

En 1850, la loi Falloux fait obligation aux communes de plus de huit cent habitants d'ouvrir une

154 MOLIERE, *Les Précieuses ridicules*, Paris, J'ai lu, 2011, 70 p.

155 MOLIERE, *Les Femmes savantes*, Paris, Éd. 84, 2005, 92 p.

156 C. CUSSET, Qui peut définir les femmes ?, L'article Femme de *L'Encyclopédie*, ss la dir. de Denis Diderot et Jean le Rond d'Alembert, Tome VI, 1751, pp. 468-480.

157 J.-F.-E. de CORSEMBLEU Sieur de DESMAHIS, Art. préc.

158 N. de CONCORCET, De l'admission des femmes au droit de cité, *Œuvres de Condorcet*, Paris, Firmin Didot Frères, 1847, p. 4. Extraits : «L'habitude peut familiariser les hommes avec la violation de leurs droits naturels, au point que parmi ceux qui les ont perdus personne ne songe à les réclamer, ne croie avoir éprouvé une injustice. Il est même quelques-unes de ces violations qui ont échappé aux philosophes et aux législateurs, lorsqu'ils s'occupaient avec le plus de zèle d'établir les droits communs des individus de l'espèce humaine, et d'en faire le fondement unique des institutions politiques. Par exemple, tous n'ont-ils pas violé le principe de l'égalité des droits, en privant tranquillement la moitié du genre humain de celui de concourir à la formation des lois, en excluant les femmes du droit de cité ? Est-il une plus forte preuve du pouvoir de l'habitude même sur les hommes éclairés, que de voir invoquer le principe de l'égalité des droits en faveur de trois ou quatre cents hommes qu'un préjugé absurde en avait privés, et l'oublier à l'égard de douze millions de femmes ? Pour que cette exclusion ne fut pas un acte de tyrannie, il faudrait ou prouver que les droits naturels des femmes ne sont pas absolument les mêmes que ceux des hommes, ou montrer qu'elles ne sont pas capables de les exercer. Or, les droits des hommes résultent uniquement de ce qu'ils sont des êtres sensibles, susceptibles d'acquérir des idées morales, et de raisonner sur ces idées ; ainsi les femmes ayant ces mêmes qualités, ont nécessairement des droits égaux. Ou aucun individu de l'espèce humaine n'a de véritables droits, ou tous ont les mêmes ; et celui qui vote contre le droit d'un autre, quelque soit sa religion, sa couleur, son sexe, a dès lors abjuré les siens».

159 H. BOIRAUD, *La condition féminine et la scolarisation des filles en France au XIX^{ème} siècle de Guizot à Jules Ferry*, Thèse, Caen, 1978, 580 p.

école de filles. En 1867, Victor Duruy crée les cours secondaires publics pour jeunes filles.

Cette mesure est complétée en 1879 par la loi Camille Sée qui crée l'obligation d'instituer dans chaque département une école normale pour jeunes filles et en 1880 par la création d'externats féminins.

A partir de 1950, l'enseignement féminin se développe massivement. Les filles dominent depuis les garçons numériquement et qualitativement.

En quarante ans, la hausse du niveau de formation initiale des femmes est manifeste. En 2004, pour les générations âgées de 45 à 54 ans, nées au cours des années cinquante, la proportion de femmes ayant un diplôme supérieur à bac+2 était inférieure à celle des hommes. Pour les générations de 35 à 44 ans, l'écart s'annule et pour les plus jeunes, il s'inverse : en 2006, 25 % des jeunes femmes de 25 à 34 ans sont diplômées de l'enseignement supérieur (au-delà de 40 ans bac+2) contre 20 % des jeunes hommes de la même tranche d'âge. La mixité scolaire amorcée par la loi Goblet de 1886 pour les communes de moins de cinq cents habitants, puis rendue obligatoire par la loi «René Haby» en 1975 est plus efficiente qu'effective.

La loi d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'école du 23 avril 2005 réaffirme pour sa part avec netteté les principes de mixité et d'égalité entre les sexes comme fondateurs du système éducatif. Le rapport annexé qui demeure la référence pour sa mise en application par voie réglementaire affiche un objectif de promotion de l'égalité entre les filles et les garçons : «l'éducation des jeunes au respect de l'autre, et plus précisément au respect de l'autre sexe, font pleinement partie des missions du système éducatif»¹⁶⁰.

Donnée préalable visant à une liberté civile, à savoir l'égalité, la question de la formation s'insère dans une perspective plus générale d'égalité des chances.

A travers l'accès à l'éducation, il est permis plus aisément- ou moins difficilement peut-être, aux filles d'avoir la même chance que les garçons de se faire une place dans la société professionnelle.

Reste à voir si l'égalité dans le cadre de l'accès au travail s'inscrit dans cette même veine, cette même volonté de s'émanciper des clivages sexués ou au contraire si elle échoue dans cette tentative.

160 Trois directions sont par ailleurs ciblées :

- mieux prendre en compte dans l'orientation la question de la mixité en corrigeant les discriminations liées au sexe dans la représentation sociale des métiers ;
- faciliter l'accès des jeunes filles aux métiers scientifiques et techniques et encourager l'accès des garçons aux métiers où ils sont peu représentés ;
- veiller à ce que les manuels scolaires ne reproduisent pas les stéréotypes culturels relatifs aux rôles respectifs des hommes et des femmes dans la vie familiale et professionnelle.

2- L'héritage historique de l'égalité des sexes dans le cadre de l'accès au travail

85. La domesticité féminine. La question du travail des femmes a fait et fait encore l'objet de vives critiques, certains considérant que les femmes doivent être les égales des hommes sur le plan professionnel, d'autres estimant implicitement que les femmes ne peuvent subroger les hommes dans leurs tâches, les infériorisant ainsi¹⁶¹. Un autre point de vue, sans doute plus légitime et surtout moins discriminant, serait de penser la femme à travers un statut spécifique qui a certes pu lui être accordé dans des domaines précis (comme le travail de nuit), mais qui demeure encore trop rare, trop expérimental.

Tout le XX^e siècle est structuré par des lois qui précisent les droits des femmes au travail. L'intervention progressive des pouvoirs publics a évolué d'une conception protectrice à une conception plus égalitaire, affirmée et renforcée juridiquement, fondée sur une approche plus pragmatique pour tendre à la réalisation d'une égalité concrète entre les femmes et les hommes, objectif au demeurant toujours à atteindre.

Pour comprendre le statut de la femme dans la société, un rappel clair de sa situation vis-à-vis du travail est nécessaire.

La question récurrente qui se pose lorsqu'il s'agit de traiter de l'histoire des femmes est : «Depuis quand les femmes travaillent ? ».

86. Le Professeur d'histoire Sylvie Schweitzer, dans son livre *Les femmes ont toujours travaillé*, parle d'amnésie collective et fait remarquer que les femmes travaillent depuis toujours¹⁶².

Contrairement à ce que les manuels d'histoire laissent penser, les femmes ne travaillent pas seulement depuis les années 1970. Elles étaient présentes sur le marché du travail depuis bien plus longtemps.

161 D. MERLIE, La mobilité sociale diffère-t-elle selon le sexe ? , T. BLÖSS, *La dialectique des rapports hommes-femmes*, Paris, PUF, 2001, 285 p. «Les différences d'emploi entre les hommes et les femmes représentent un enjeu social important par de multiples aspects. Par l'indépendance économique qu'elle peut leur assurer, la présence des femmes sur le marché du travail affecte leur position dans la famille. Par la place qu'elle leur donne dans le système des professions, elle affecte leur position dans la société».

162 S. SCHWEITZER, *Les femmes ont toujours travaillé : Une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Odile Jacob, 2002, 329 p.

Le travail domestique des femmes à des fins marchandes est demeuré éloigné du recensement de la population active en France. En effet, dès 1851, pour mesurer le travail, des recensements ont été mis en place. Le but était d'estimer le nombre de personnes concernées par chaque activité professionnelle. Mais pour effectuer ces recensements, il a été nécessaire de créer des catégories. Les femmes étaient reconnues sous la catégorie du chef de famille, ce qui ne leur permettait pas de prétendre au statut de travailleuses. De la même manière, lorsque les femmes exerçaient la même activité que leur mari, elles étaient classées sous la profession de celui-ci.

En 1891, le recensement indique 11,6 millions d'actifs et 5,6 millions d'actives, alors que le décompte des femmes travaillant dans l'agriculture, les petites activités marchandes et l'artisanat conduit à une estimation de 8,1 millions d'actives. Cette sous-estimation montre une marginalisation des activités féminines dans le domaine privé et une volonté d'écarter les femmes du monde professionnel rendant insignifiant leur travail pourtant nécessaire¹⁶³.

87. L'histoire du travail des femmes est non seulement liée au rapport de domination qui existe entre les sexes, mais aussi à la place que le droit leur a attribuées dans la société.

En effet, le droit, parce qu'il agit en tant que régulateur de la société, détermine les rôles sociaux assignés aux individus et le code civil, à l'époque du code Napoléon, va classer les femmes en fonction de leur situation de famille : filles majeures, femmes célibataires, femmes mariées. Les plus autonomes sont les femmes non mariées et les veuves sans enfants, tandis que l'épouse est placée sous la totale subordination de son mari.

Aux termes de l'article 1124 (ancien) du Code civil, «Les personnes privées de droits sont les enfants mineurs, les femmes mariées, les criminels et les débiles mentaux». Les femmes mariées sont donc incapables d'exercer leurs droits individuels.

L'écrivain Alix de Lamartine compare cet état de soumission à celui de la nonne : «On fait vœu de pauvreté puisque l'on remet sa fortune entre les mains de son mari ; on fait vœu d'obéissance à son mari et vœu de chasteté, en ce qu'il n'est pas permis de chercher à plaire à un autre homme ; l'on se voue aussi à l'exercice de la charité vis-à-vis de son mari, de ses enfants et de ses domestiques, à l'obligation de les soigner, de les instruire autant que l'on peut»¹⁶⁴.

163 F. BATTAGLIOLA, *Histoire du travail des femmes*, Paris, La Découverte, 2004, 121 p.

164 Y. KNIBIEHLER, C. FOUQUET, *Histoire des mères du Moyen Age à nos jours*, Paris, Éd. des femmes, 1977, 359 p.

Les droits de la personne n'existent pas non plus pour l'épouse. Selon l'article 213 du code civil : «La femme doit tout obéissance à son mari». C'est le mari qui fixe la résidence et l'épouse doit vivre avec lui.

Les enfants sont également soumis à la puissance paternelle en ce qu'il s'agit de leur entretien, leurs études, leur travail. Si la femme souhaite divorcer, elle ne peut l'obtenir que lorsque son mari a entretenu une concubine au domicile conjugal. Pour elle, au contraire, le constat d'adultère peut être effectué n'importe où.

Cette assignation des femmes au travail domestique par la soumission masculine est un phénomène social et historique. Les tâches qui sont dévolues aux hommes sont valorisées par rapport à celles des femmes, cela crée un système de division qui se traduit lui-même par une hiérarchie des tâches. L'anthropologue Françoise Héritier parle de «valence différentielle des sexes»¹⁶⁵ qui «implique la place différente des deux sexes sur une table de valeur et la dominance du principe masculin sur le féminin»¹⁶⁶.

88. Le travail de nuit des femmes. Cette valence trouve un exemple dans l'interdiction du travail de nuit des femmes. La première loi interdisant l'accès à un type de travail aux femmes date de 1874 qui interdit aux femmes les travaux souterrains. La femme mariée doit assurer le service nocturne de la maison et le travail souterrain pourrait favoriser la débauche et détourner des bonnes mœurs.

Le 2 novembre 1892, le législateur, sous couvert de la protection des femmes, leur interdit le travail de nuit. Les motivations réelles étaient de leur faire conserver leur rôle d'épouse et de mère et de prendre en compte leur faiblesse physique par rapport aux hommes. Pourtant, le Docteur Louis-René Villermé rappelait, dans son *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, que «ce sont les femmes qui sont employées à décharger les betteraves la nuit dans les raffineries, parce qu'elles sont plus habiles et plus souples que les hommes et qu'elles résistent mieux à la boue et au froid»¹⁶⁷.

Pour l'Organisation Internationale du Travail (OIT), cette mesure, a priori discriminatoire, a été véritablement motivée par des exigences de protection des femmes. Le Préambule de la Constitution de l'OIT prévoit en effet «qu'il est urgent d'améliorer ces conditions ; par exemple en ce qui concerne la réglementation des heures de travail, [...] la protection des enfants, des

165 F. HERITIER, *Masculin-féminin. T. II : dissoudre la hiérarchie*, Paris, Odile Jacob, 2002, 443 p.

166 F. HERITIER, *Les deux sœurs et leur mère*, Paris, Odile Jacob, 1994, 376 p.

167 L.-R. VILLERME, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Lyon, EMCC, 2007, 191 p.

adolescents et des femmes».

Depuis sa création en 1919 par les États signataires du Traité de Versailles¹⁶⁸, l'OIT s'est particulièrement intéressé à l'épineuse question du travail de nuit des femmes devant à la fois concilier l'égalité des sexes dans l'accès au travail et la protection des travailleuses face aux effets nocifs de tels horaires.

A l'origine de l'interdiction du travail de nuit des femmes dans les établissements industriels, la Convention de Berne de 1906 légitimée comme mesure de santé publique pour prévenir la mortalité féminine et infantile et permettre aux femmes de mieux s'acquitter de leurs tâches ménagères¹⁶⁹.

La Conférence de Washington de 1919 et la convention n°4 de l'OIT sont intervenues pour renforcer cette protection. Selon la Commission du travail des femmes sur la question du travail de nuit, cette nouvelle convention «constituerait, en interdisant d'une manière plus complète et plus efficace le travail de nuit des femmes, dans l'industrie, un progrès marqué de la santé des ouvrières, et, par cela même, de la santé de leurs enfants et de celle de l'ensemble de la population de chaque pays»¹⁷⁰.

Par une recommandation adoptée en 1921, ce principe d'interdiction a été étendu aux femmes travaillant dans le domaine agricole. Plus souple que la convention de 1919, elle prévoit pour les femmes une période de repos d'au moins neuf heures par nuit¹⁷¹.

89. La protection des travailleuses critiquée par les égalitaires. Critiqué par des organisations de femmes, le principe même d'une protection particulière à l'égard des travailleuses, s'est heurté au principe de l'égalité entre les hommes et les femmes¹⁷².

Cependant pour certaines femmes partisans de mouvements des femmes, une législation protectrice des femmes était nécessaire.

168 F. BLANCHARD, P. SEGUIN, *L'Organisation Internationale du Travail : de la Guerre Froide à un nouvel ordre mondial*, Paris, Seuil, 2004, 400 p.

169 G. ALFASSA, Le travail de nuit des femmes, Paris, *Revue de Paris*, 1903, 38 p.

170 CIT, 1ère session, 1919, *Compte rendu des travaux*, p. 243.

171 La Convention de 1919 prévoyait une durée de repos nocturne de onze heures consécutives.

172 Dans la même veine, des spécialistes de droit international ont considéré que les enfants et les adolescents devaient davantage être protégés.

Toujours dans un souci d'équilibre entre l'égalité des sexes et la protection utile des travailleuses, la Conférence a donc adopté la convention n°41 permettant une révision partielle de la convention n°4.

C'est ainsi, que selon l'article 2 paragraphe 2 «qu'en cas de circonstances exceptionnelles affectant les travailleurs employés dans une industrie ou dans une région déterminée, l'autorité compétente pourra, après consultation des organisations patronales et ouvrières intéressées, décider que, pour les femmes occupées dans cette industrie ou cette région, l'intervalle entre 11 heures du soir et 6 heures du matin pourra être substitué à l'intervalle entre 10 heures du soir et 5 heures du matin».

Aux termes de l'article 8, «La présente convention ne s'applique pas aux femmes qui occupent des postes de direction impliquant une responsabilité et qui n'effectuent pas normalement un travail manuel».

La convention n°89 de l'OIT a confirmé le principe des conventions n°4 et 41 en maintenant la durée de repos nocturne de 11 heures et la durée de l'interdiction de travail de 7 heures, mais offre plus de souplesse dans l'aménagement de la période d'interdiction.

Loin d'être pérenne, la convention n°89 a été soumise pour la première fois en 1971 à une proposition de révision par le Gouvernement suisse qui la considérait inadapté à la situation des femmes. Il soulignait non seulement que pour certains emplois les femmes sont douées d'aptitudes physiques que les hommes ne possèdent pas, mais aussi qu'une telle interdiction pouvait conduire à des discriminations pour les travailleuses.

Nourris d'arguments réfractaires à la révision des Conventions n°4 et 41 et d'arguments favorables à la suppression des interdictions considérées comme vecteur de progrès pour l'égalité des chances en matière d'emploi, les débats ont montré que la tendance était à la promotion de l'égalité au détriment de la protection des femmes.

Dans son article Être égales au milieu des égaux, Juliette Rennes explique que pour la bourgeoisie de la fin du XIX^e siècle, «une femme qui travaille se décline»¹⁷³.

Au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, la question de la protection de la femme a été

173 J. RENNES, Être égales au milieu des égaux, *Le Monde*, Paris, Éd. du 9 mars 2007.

modérée en faveur de l'égalité.

Mais si la tendance s'est voulue en faveur de la promotion de l'égalité entre les travailleurs et les travailleuses, en réalité des inégalités persistent encore et la femme est d'abord confrontée à des présupposés biologisants la cantonnant au sein de la sphère privée à son rôle de mère et d'épouse.

B- LES ÉGALITÉS SOUHAITÉES

90. Contre la persistance d'inégalités entre les sexes, le souhait d'égalités juste et attendues en droit et en politique doit se faire entendre.

Il s'agit principalement, d'une part, de poursuivre la démarche d'inscription des femmes dans le monde du travail en les traitant selon le même respect des droits des hommes (1).

D'autre part, l'entreprise relative à l'accès des femmes au monde politique demeure inachevée, les femmes n'étant pas des citoyennes comme les hommes sont des citoyens. Il convient donc d'offrir aux femmes les mêmes perspectives en la matière que pour les hommes et d'ôter à l'objectif paritaire son caractère superficiel et sa déclinaison inévitable en une contrainte pour les femmes à entrer en politique, plutôt que de les laisser choisir cette voie (2).

1- En droit

91. L'emploi et la rémunération. Les progrès quantitatifs de la participation des femmes au marché du travail ne permettent pas de masquer des inégalités. Leur situation est défavorable par rapport à celle des hommes et le chemin semble long pour faire appliquer les textes internes et communautaires dans les entreprises¹⁷⁴.

Parmi les constats permettant d'établir des différences injustifiées entre les hommes et les

174 E. JONZO, P. COURSIER, La promotion de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, Paris, *Les Petites Affiches*, 19 février 2009, n° 36.

femmes, il existe de forts indices de ségrégation professionnelle, d'accès prioritaires aux emplois précaires et bien sûr des écarts massifs de rémunération. Malgré des progrès significatifs, le marché du travail reste segmenté.

L'augmentation de l'emploi des femmes se fait principalement dans des secteurs d'activité et des professions déjà féminisés.

Selon un rapport sur l'égalité entre les hommes et les femmes effectué en 2007¹⁷⁵, mais non moins toujours d'actualité, 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.

Modèle autrefois de l'emploi salarié, le contrat à durée indéterminé cède peu à peu sa place aux contrats dits atypiques, dont les femmes sont la cible principale. Elles occupent essentiellement des emplois précaires. Elles sont également plus nombreuses à occuper un emploi à temps partiel.

L'une des conséquences les plus manifestes des différences et inégalités subies par les femmes se mesure par l'écart persistant de rémunérations entre les hommes et les femmes.

Les femmes sont sur représentées parmi les travailleurs faiblement rémunérés. C'est ainsi que le working poor est plus souvent une femme qu'un homme¹⁷⁶. L'asymétrie dans la rémunération entre les deux sexes vient participer de la difficulté pour les femmes de revendiquer un statut de droit, les plaçant plus aisément dans une situation de dépendance financière à leur mari.

92. Les atteintes à la dignité de la femme, harcèlements sexuel et moral. Cette précarité s'accompagne d'un risque plus élevé d'atteinte à la dignité que peuvent subir les femmes qui travaillent.

Le harcèlement qu'il soit aussi bien moral que sexuel en est une illustration emblématique¹⁷⁷.

175 Commission européenne, *Rapport sur l'égalité entre les hommes et les femmes 2007*, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 2007.

176 J. COTTA, *Sept millions de travailleurs pauvres. La face cachée des temps modernes*, Paris, Fayard, 2006, 300 p.

177 Harcèlement et violence : les maux du travail, *Revue Travail, Genre et Sociétés*, Paris, L'Harmattan, 2001, n°5.

Le plan triennal 2008-2010 de lutte contre les violences faites aux femmes prévoit l'engagement d'une enquête sur celles qu'elles peuvent subir en milieu de travail.

La délégation aux droits des Femmes et à l'égalité des chances entre hommes et femmes recommande des mesures préventives au sein de l'entreprise : sensibilisation de l'encadrement et implication des institutions représentatives du personnel et de la médecine du travail. Elle rappelle sur ce point l'avis rapporté par Michel Debout, Professeur de médecine et psychiatre, sur *Le harcèlement moral au travail* adopté par le Conseil économique et social le 11 avril 2001 qui préconisait également de reconnaître le harcèlement moral comme un risque professionnel.

Les employeurs méconnaissent largement leurs obligations en matière de harcèlement et la parole des victimes n'est pas suffisamment prise en compte. Le recours à la notion de harcèlement moral a souvent été utilisé pour masquer de fait la dimension de genre, c'est-à-dire les risques engendrés par une différence des sexes dédramatisée.

93. Travailleuse et mère, les efforts législatifs pour leur conciliation. Par la devise «Travail, Famille, Patrie», il doit être compris, le travail aux hommes, la famille aux femmes, la patrie, devoir de tous¹⁷⁸. Mais les femmes n'entendent pas demeurer mères au foyer et le début des années 1960 marque un tournant dans l'histoire des femmes. Le taux d'activité des femmes de 25 à 49 ans est passé de 59,9% en 1975 à 82,3% en 2006¹⁷⁹.

On parle d'un véritable processus de féminisation de l'activité professionnelle qui ne permet dès lors plus de les méconnaître sur la scène professionnelle. Les femmes ont certes toujours travaillé, mais à présent leur participation à l'activité du pays ne peut être nié.

D'indéniables progrès ont été effectués concernant la prise en charge pour la travailleuse de sa qualité de mère.

La volonté législative de protection de la mère qui occupe une activité professionnelle n'a pas failli. Déjà en 1913, la loi Strauss accordait les premières indemnités pour congé de maternité avec une majoration lorsque la mère allaitait.

Mais la deuxième moitié du XX^e siècle montre davantage une volonté d'aider la femme dans son intégration à la vie active.

178 Y. RIPA, *Les femmes*, Paris, Le cavalier bleu, 2002, 128 p.

179 M. MARUANI, E. REYNAUD, *Sociologie de l'emploi*, Paris, La Découverte, 2004, 128 p.

A partir des années 1970, la progression de l'activité professionnelle des mères a été favorisée par la création de services de garde pour enfants.

Toutefois, malgré une politique favorable à l'activité professionnelle des mères, le présupposé d'une responsabilité féminine quant à la charge des jeunes enfants demeure¹⁸⁰.

Les inégalités qui ont forcé la recherche d'une égalité entre les sexes sur le plan du travail ont plusieurs causes, même s'il ne s'agit pas ici de trouver des prétextes à de telles différences, ni de les justifier.

Les différences de genre sur le marché du travail trouvent en effet principalement leur source au sein même de la structure sociale dont la famille est une des fondations.

94. La prise en charge des responsabilités familiales est le plus souvent dévolue aux femmes. Certes, il n'est pas de textes juridiques qui peuvent interférer dans la vie familiale d'un couple, décrétant que telle tâche ménagère doit être effectuée par l'homme ou que l'aide au devoir des enfants ne doit pas toujours être maternelle, mais le constat est établi et il est une des causes de cette infériorisation de la femme.

Les tenants du naturalisme abondent en ce sens, considérant que la place de la femme est à la maison et expliquant ainsi la répartition sexuée des rôles dans la société. En 1793, le Procureur Chaumette se posait la question de savoir «Depuis quand est-il d'usage de voir les femmes abandonner les soins pieux de leur ménage, le berceau de leurs enfants, pour venir sur la place publique [...] remplir des devoirs que la nature a départis à l'homme seul ? ».

Cette interrogation perçue aujourd'hui comme une idée reçue a trouvé pourtant des applications dans l'Histoire, la femme ayant dû lutter contre l'assimilation de son statut de mère à son statut de femme.

95. La segmentation notoire du marché du travail demeure un frein pour la pleine intégration des femmes à la vie active. Hommes et femmes continuent de ne pas exercer les mêmes emplois et un système de hiérarchisation veut que les postes occupés par les femmes soient dévalorisés.

Pour les naturalistes, la prédétermination pour les femmes à certains métiers est innée et doit rester

180 L. BERENI, A. JAUNAIT, S. CHAUVIN, A. REVILLARD, *Introduction aux Gender Studies : Manuel des études sur le genre*, Bruxelles, De Boeck Université, 2008, 358 p.

compatible avec leur fonction première, celle de mère au foyer.

La Révolution française, qui proclamait pourtant l'égalité de tous, n'a fait qu'apporter de la légitimité à une telle position, expulsant les femmes de la rue et leur rappelant ainsi que leur place devait être à la maison.

Cette répartition sexuée des rôles de chacun et chacune s'est heurtée aux vellétés des anti-biologistes. En effet, l'anti-biologisme, en plus de réfuter la nature humaine considérant qu'il s'agit d'attribuer de manière arbitraire et innéiste certaines qualités aux hommes, condamne un système dans lequel l'homme n'est que ce qui lui est imposé.

En 1976, dans une interview donnée à Alice Schwartz, militante féministe allemande, et où il est question de la renaissance de l'éternel féminin, Simone de Beauvoir a répondu : «A priori une femme n'a pas de valeur spéciale parce qu'elle est une femme. Ce serait du biologisme le plus rétrograde, en contradiction totale avec tout ce que je pense. L'éternel féminin est un mensonge, car la nature joue un rôle infime dans le développement d'un être humain : nous sommes des êtres sociaux»¹⁸¹.

Pour les défenseurs des droits des femmes, le chemin à parcourir pour l'effacement complet des inégalités entre les sexes reste encore long ; pourtant certains s'apostrophent en demandant «que veulent-elles de plus ? ».

Certes, les femmes voient de plus en plus leur condition reconnue, mais pour que l'égalité soit parfaite, il faut qu'elles soient entendues.

La prise de parole des femmes demeure encore un point essentiel du cheminement vers une pleine reconnaissance de leur statut de femme dans la société. Et cela doit passer par leur intégration sur la scène politique qui jusqu'à présent se veut encore trop timide.

181 A. SCHWARTZER, *Simone de Beauvoir aujourd'hui. Six entretiens*, Paris, Mercure de France, 1984, 127 p.

2- En politique

96. De la citoyenneté féminine. Désignées comme «les tricoteuses de la Révolution», «les pétroleuses de la Commune», «la précieuse moitié de la République», les femmes sont exclues du politique par ceux qui ont pourtant fondé la Démocratie, les chargeant de «faire les mœurs»¹⁸², tandis que les hommes s'occupent de faire les lois.

La contradiction entre l'exclusion des femmes et les principes démocratiques est activement dénoncée. Les représentants les plus connus sont Condorcet¹⁸³ et Olympe de Gouges¹⁸⁴. Guillotinée le 2 novembre 1793, Olympe de Gouges lance : «Je suis certaine que nous triompherons un jour».

Ce n'est seulement qu'en 1944, que les femmes accèdent à la politique par l'obtention de leur droit de vote. Les femmes sont en partie citoyennes et lors des élections municipales de 1945, leur participation est écrasante et montre leur intérêt pour le politique.

Spécialité française, la question du rapport du genre et du politique, met en relief une situation aporétique : la femme longtemps exclue de la citoyenneté y accède enfin par le droit de vote, pour autant les progrès en la matière semble stagner. Les femmes veulent prendre part concrètement à la chose publique.

En effet, plusieurs décennies après l'obtention du suffrage par les femmes, la citoyenneté reste profondément marquée par le genre et la voie vers la parité est loin d'être acquise. Cette «citoyenneté partielle» ne pourra être complète qu'à condition que les femmes soient également représentées dans les instances politiques que les hommes.

182 *Ibid.*

183 N. de CONDORCET, De l'admission au droit de Cité, *Journal de la Société de 1789*, n° V, 3 juillet 1790. Il y aborde la question de «l'admission des femmes au droit de cité». Il affirme qu'«il faudrait prouver que les droits naturels des femmes ne sont pas absolument les mêmes que ceux des hommes ou montrer qu'elles ne sont pas capables de les exercer, ce qui est insoutenable».

184 O. de GOUGES, *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, 1791. Olympe de Gouges (1755-1793), femme de lettres et publiciste, réclama l'émancipation des femmes dans une Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne qui contient la formule célèbre : «La femme a le droit de monter à l'échafaud, elle doit avoir également celui de monter à la tribune».

97. A la parité. L'égalité des sexes dans l'exercice concret des droits politiques reste un objectif à atteindre. C'est la parité.

Proposé par le Conseil de l'Europe dès 1989, le concept de parité est apparu dans les années 90 et s'est imposé au monde politique, grâce au combat des féministes européennes. La supériorité numérique dans les lieux de décision pose des problèmes pour les défenseurs des droits de la femme.

C'est le 10 novembre 1993, que le grand public entend pour la première fois parler de la parité. Idée a priori nouvelle, le concept n'est pourtant pas récent. En 1885, dans son programme électoral des femmes, la militante féministe Hubertine Auclert écrivait déjà «Il faut que les assemblées soient composées d'autant de femmes que d'hommes»¹⁸⁵.

Insufflée par les mouvements féministes revendiquant l'égalité entre les sexes, la parité va plus loin en désignant un moyen par lequel la société lèverait les barrières du clivage sexué en accordant aux femmes des responsabilités politiques.

L'hostilité pour l'accès des femmes à la sphère politique est motivée par la crainte de voir l'affaiblissement des relations privées. Malgré l'octroi aux femmes du droit de vote et malgré les progrès dans la prise en considération de la femme au sein de la société, la frontière reste mince dans les esprits entre la vie privée et la vie publique.

98. Pierre angulaire des débats politiques relatifs au genre, la question de la parité est toujours remaniée de sorte qu'elle soit effectivement appliquée.

C'est ainsi que le 20 janvier 2010, la majorité a défendu une proposition de loi sur la parité dans les grandes entreprises.

Après la parité politique, la parité économique pourrait arriver en proposition de loi pour instaurer des quotas dans les conseils d'administration des grandes entreprises devait être examinée en janvier 2010.

Cette initiative s'appuie sur un «constat sans appel» : malgré l'investissement massif des femmes sur le marché du travail depuis les années 1970, elles ne représentent que 10,5 % des membres des conseils d'administration ou de surveillance des sociétés du CAC40. Dans les cinq cent plus grandes sociétés françaises, elles n'occupent que 13,5 % des postes exécutifs des comités de direction et des comités exécutifs, 42 % d'entre eux restant exclusivement composés d'hommes. «Une telle situation

185 H. AUCLERT, Le programme électoral des femmes, Paris, *La citoyenne*, 1885.

n'est pas satisfaisante, chacun doit en convenir», résume Marie-Jo Zimmermann, présidente de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale.

Dans le monde économique, les femmes se heurtent à un véritable «plafond de verre»¹⁸⁶. Malgré des parcours scolaires plus réussis que les hommes, -les filles redoublent moins souvent que les garçons, affichent un taux de réussite au baccalauréat plus élevé et sortent du système scolaire plus diplômées-, elles ne représentent que 17,2 % des dirigeants d'entreprise.

Le texte propose d'imposer un quota minimum de 40% de femmes dans les instances de direction des sociétés cotées et publiques, ainsi que dans celles des établissements publics de l'État

Le Parlement européen a soutenu ces initiatives en adoptant en 2008 une résolution appelant les États membres à «favoriser une présence équilibrée entre les femmes et les hommes dans les conseils d'administration»¹⁸⁷.

Reste à savoir si de telles préconisations seront concrètement appliquées.

99. L'Observatoire de la parité, institué par décret le 18 octobre 1995, a justement pour mission de prévenir les inégalités entre les sexes et promouvoir l'accès à la parité. Il ne se limite pas à une observation passive et critique des progrès de la parité, mais il se veut en plus dynamique et constructif en développant des actions de plaidoyer comme des appels urgents pour la parité ayant pour objectifs la promotion des nominations de femmes dans les institutions et l'insertion dans les lois particulières de dispositions mettant en œuvre la parité.

Malgré les réformes légitimant la parité et incitant à son application effective, cette question demeure très controversée en ce qui concerne sa réalité.

Le 8 juillet 1999, une révision constitutionnelle ajoute à l'article 3 de la Constitution de 1958 la disposition suivante «la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives» et prévoit que les partis doivent «contribuer à la mise en œuvre» de ce principe.

186 Désignant les barrières invisibles qui empêchent la mobilité verticale des femmes dans les organisations, cette expression a été utilisée pour la première fois en 1986 par deux journalistes du *Wall Street Journal*, Hymowitz et Schelhardt. Cette métaphore décrit le constat selon lequel les femmes sont sous représentées dans les niveaux hiérarchiques les plus élevés par rapport aux hommes.

187 A. CHEMIN, La majorité défend une proposition de loi sur la parité dans les grandes entreprises, *Le Monde*, 20 janvier 2010.

Le 6 juin 2000, la loi sur la parité en politique adapte l'aide publique aux partis politiques en fonction de leur respect de l'application de la parité pour la présentation des candidats aux élections. Il peut être ici constaté l'ébauche d'une discrimination positive en faveur des femmes.

En somme si des progrès demeurent à être établis en la matière, une toute autre question peut se poser quant à la place accordée à la différence des sexes dans la société.

En effet, imposer une égalité de droits entre les hommes et les femmes est certes louable et permet surtout aux femmes de ne plus subir la domination masculine, mais n'est-ce pas également nier les différences que de tenter de les résorber par des réformes égalitaires dépersonnalisées ?

§ 2 DES DIFFÉRENCES PERSISTANTES CONDAMNABLES

100. Les actions menées en faveur de l'égalité des sexes dans le respect des droits des femmes n'ont pas permis la suppression de toutes les inégalités injustes, en particulier en ce qui concerne la sphère privée féminine encore trop imprégnée par les effluves d'une hégémonie masculine (A).

Des plans d'actions œuvrent pour la résorption des inégalités et, inconsciemment, vont dans le sens d'une reconnaissance de l'identité juridique de la femme, sans pour autant être nécessairement tournés vers l'égalité des sexes.

Ce qui importe alors est la protection de la femme en tant que sexe différent de l'homme, donc la protection de son identité sexuelle (B).

A- AU SEIN DE LA SPHÈRE PRIVÉE

101. La femme est toujours considérée comme étant inférieure à l'homme dans sa propre sphère privée.

Des réminiscences du patriarcat affectent encore sa place au sein de la famille (1) et, malgré de nombreux textes nationaux et internationaux, elle ne demeure pas toujours maîtresse de son corps, ce qui est alors le premier symptôme de la perte de son identité (2).

1- La femme et sa famille

102. La non-ingérence nécessaire du public dans le privé. La subordination de la femme à l'homme est expliquée, selon l'historienne Claude Dulong, par une injustice initiale, celle de la condition faite à leur sexe du fait de la réalité de la tyrannie parentale et maritale dans toutes les classes sociales au temps de Louis XIV¹⁸⁸.

Ce n'est véritablement qu'à partir des années 1960 que les actions des femmes vont avoir un impact sur la reconnaissance de leurs droits.

Insuffisamment satisfaites de l'octroi de leurs droits politiques en 1944 seulement, les femmes partent dès lors à la conquête de leurs droits individuels, sociaux et économiques.

Au sein de la sphère publique comme de la sphère privée, les femmes veulent que leurs droits soient reconnus, droits perdus au profit de la domination masculine.

La domination de la femme au sein de l'espace privé découle de la domination au sein de l'espace public, ce qui est révélé par le slogan «le personnel est politique».

Ce slogan du mouvement des femmes en Europe et aux États-Unis existe depuis les années 1960. Les mouvements des femmes ont remis en cause la définition traditionnelle de la politique, considérée comme une activité exercée uniquement dans les sphères du pouvoir public, au sein du gouvernement et du parlement ou dans les conseils municipaux. Ces mouvements ont également soulevé le problème du gouffre existant entre les sphères publiques et privées qui a très souvent été

188 C. DULONG, *La vie quotidienne des femmes au Grand Siècle*, Paris, Hachette, 1984, 306 p.

considéré comme une division entre la vie des hommes et des femmes, et en même temps, entre le domaine politique et hors politique. Les mouvements des femmes ont mis en relief le fait que les notions traditionnelles de politique excluent souvent des questions qui sont au cœur des préoccupations des femmes et ont donc imposé au premier rang des débats politiques des questions concernant par exemple la sexualité et la reproduction. Un exemple significatif de politisation des questions «privées» est la question de l'adoption des lois légalisant le droit à l'avortement. Les institutions publiques se sont emparées de cette question qui revêt pourtant un caractère privé.

103. Il est pertinent de rappeler que les mouvements des femmes ont dû user de stratégies organisées fondées sur des manifestations de masse, des pétitions, des violations de la loi (notamment de celle interdisant la pratique de l'avortement), et plus particulièrement du lobbying auprès des instances politiques pour gagner la bataille de la légalisation de l'avortement.

Clairement, ce que l'on pense relever du domaine privé (sexualité, travail domestique...) est en réalité influencé par notre culture et notre système politique, de sorte que tout est organisé par la hiérarchie politique entre les sexes.

L'immixtion du public dans le privé est source d'entrave à la protection de l'individu et plus particulièrement de la femme au sein même de la famille. «L'ordre libéral moderne présente une faille qui passe au centre de la famille» affirme Timothy O'Hagan, Professeur à l'Université d'East Anglia en Angleterre. Pour lui, les féministes libérales reconnaissent que la seule voie contre l'oppression domestique est de trouver leur justification non en abandonnant la distinction entre public et privé, mais en corrigeant le déséquilibre de cette distinction telle que la vivent hommes et femmes¹⁸⁹.

Certes, la famille ne doit pas être une affaire d'État, en ce sens que l'État ne dispose pas d'un droit d'ingérence au sein de la famille, mais elle est doit être protégée par les pouvoirs publics.

La philosophe américaine Martha Nussbaum critique les libéraux qui considéraient que «la sphère publique est celle des droits individuels et des arrangements contractuels, la famille une sphère privée à laquelle l'État ne doit pas se mêler»¹⁹⁰. Elle montre qu'aujourd'hui, il existe presque partout une inégalité entre les hommes et les femmes : il est donc nécessaire, que la politique et

189 T. O'HAGAN, Public et privé, hommes et femmes, *Archives de Philosophie du droit*, T.41, 1997.

190 M. NUSSBAUM, The sleep of reason, *Times Higher Education Supplement*, 2 February 1996.

l'économie internationales soient conscientes de cette inégalité.

Ainsi, sans précaution, l'ingérence par des politiques en faveur des femmes peut se traduire par une destruction encore plus grande de leurs capacités¹⁹¹.

Du point de vue de la vie publique, la revendication des femmes d'y être pleinement intégrées n'a été satisfaite que formellement. Les femmes veulent leur émancipation de la sphère purement privée et que la distinction public-privé soit effective dans la vie des hommes et des femmes. Les femmes n'attendent pas simplement que leurs revendications soient reconnues, elles veulent aussi que leur admission soit effective, ce qui doit passer par une prise de conscience par les hommes de leur statut de personne.

104. La revendication d'une vie privée féminine. Du point de vue du privé, les femmes revendiquent une vie privée à la maison, ainsi que la disparition de la violence domestique et de l'inégalité dans la répartition des tâches.

Pour John Stuart Mill, la forme sociale la plus profondément enracinée est la famille, qui est dans l'idéal un lieu d'intimité, mais dans la réalité une niche du despotisme. Mill accuse cette réalité et y trouve des échos timides dans la législation¹⁹².

En effet, selon l'article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, «chacun a droit au respect de sa vie privée et de sa vie de famille, de sa maison et de sa correspondance». Cette avancée législative demeure prudente car les rédacteurs lient toujours vie privée et vie de famille.

Néanmoins, des jugements de la Cour indiquent qu'il n'est plus possible d'admettre de manière évidente le lien privé-domestique.

C'est ainsi que dans la décision *Airey v. Irlande*¹⁹³, la Cour a décidé que «la protection de la vie privée ou de la famille des individus peut parfois exiger qu'on les exonère du devoir de vivre ensemble»¹⁹⁴.

191 M. NUSSBAUM, *Femmes et développement humain, l'approche par les capacités*, trad. C. Chapelain, Paris, Éd. des Femmes, 2008, 444 p.

192 J. STUART MILL, *On Liberty* (1859), *The Subjection of Women* (1869), J. S. MILL, *Three Essays*, Éd. R. Wollheim, Oxford, Oxford University Press, 1975, 550 p.

193 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey v. Irlande*, n° 6289/73, GACEDH, n° 2.

194 A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 422 p.

A force de persévérance, les femmes sont parvenues à une meilleure «prise en considération» de leur place au sein de la famille, pour autant des points de déséquilibre persistent.

En effet, la question de l'égalité des sexes au sein de la sphère privée, qui se retrouve au sujet du partage du travail parental et plus précisément de l'implication, ou plus exactement de l'insuffisante participation des hommes dans la vie familiale, comparativement à celle des femmes, montre que la parentalité demeure bancale.

Selon une enquête de l'institut national des études démographiques (INED)¹⁹⁵, 80% des tâches domestiques sont toujours assumées par les femmes et l'arrivée d'un enfant renforce les inégalités au sein du couple. La prise de conscience des inégalités est d'autant plus liée à l'insatisfaction face à cette situation de non-partage des tâches domestiques : pratiquement 50% des mères de trois enfants disent mal supporter cette inégalité de prise en charge¹⁹⁶.

Les femmes souhaitent que la protection publique du droit aux individus se manifeste également à l'intérieur de la famille de sorte à sauvegarder un domaine intime égalitaire pour les hommes comme pour les femmes.

Ainsi le clivage entre public et privé doit être bien net, mais le public doit pouvoir intervenir dans un but de protection du privé et plus particulièrement de protection de la famille.

Si des progrès en matière législative ont pu voir le jour et être mis en œuvre en faveur de l'abandon de la subordination de la femme à son époux, des efforts doivent encore être faits en terme d'éducation et d'évolution des mœurs.

La place de la femme dans la famille demeure toujours assimilée au rôle de mère. Les femmes veulent être respectées en tant que femme et le changement qui doit être effectif non seulement sur le papier, mais aussi à travers les mentalités, doit intervenir également en harmonie avec la volonté des femmes de la libre disposition de leur corps.

195 A. RÉGNIER-LOILIER, L'arrivée d'un enfant modifie-t-elle la répartition des tâches domestiques au sein du couple ?, *Population et société*, n° 461, novembre 2009.

196 B. GRESY, Égalité professionnelle : la norme et l'image, *Droit social*, Février 2010.

2- La femme et son corps

105. La lutte contre les violences subies par les femmes. De matrices d'une société qui les domine et qui les asservit à leur rôle de femmes au foyer, les femmes veulent se réapproprier leurs corps en n'étant plus soumises à une exigence procréationnelle uniquement. Du statut de victime de son corps, la femme entend en devenir maîtresse. Longtemps considérée comme une prisonnière de son sexe, plus essentiellement au regard de son intégrité physique, elle veut aujourd'hui pouvoir le dominer¹⁹⁷.

Les associations et mouvements féministes- et notamment le Mouvement français pour le planning familial- ont joué un rôle essentiel dès le début des années 1970 dans la prise de conscience des diverses formes de violences subies par les femmes.

En 1993, ce combat a véritablement émergé sur la scène internationale, quand l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies a adopté la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes.

Cette déclaration situe la violence des hommes à l'égard des femmes dans la quête du pouvoir et fait le lien entre la violence et la domination des hommes d'une part et la subordination des femmes d'autre part. C'est ainsi que «la violence à l'égard des femmes traduit des rapports de force historiquement inégaux entre hommes et femmes, lesquels ont abouti à la domination et à la discrimination exercées par les premiers et freiné la promotion des secondes et elle compte parmi les principaux mécanismes sociaux auxquels est due la subordination des femmes aux hommes»¹⁹⁸.

La première enquête nationale sur les violences faites aux femmes a été réalisée en 2000 et a permis d'estimer qu'environ 50 000 femmes entre 20 et 59 ans étaient victimes de viol au cours d'une année, ces viols étant principalement commis par des proches et l'immense majorité n'étant pas déclarée à la police.

Plus d'une femme sur dix déclare avoir subi des agressions sexuelles au cours de sa vie. Parmi ces agressions, le viol conjugal occupe une place importante et méconnue : près de la moitié des

197 G.VIGARELLO, *Histoire du viol XVIe-XXe siècle*, Paris, Seuil, 2000, 364 p. L'auteur montre à quel point la femme n'est pas considérée comme un sujet à part entière avec le pouvoir de dire non à une sexualité imposée.

198 Nations unies, 1993.

femmes victimes de viol l'ont été de la part d'un conjoint¹⁹⁹.

Une nouvelle enquête, Cadre de vie et sécurité, réalisée en 2007 par l'INSEE, en partenariat avec l'Observatoire national de la délinquance, confirme et précise les données de la précédente enquête. D'autres formes de violences exercées contre les femmes sont également considérées comme une affaire d'État.

Le 8 février 2006, Amnesty international a rendu publique son étude intitulée «les violences faites aux femmes en France, une affaire d'État»²⁰⁰.

Cette étude s'inscrit dans sa campagne mondiale lancée en mars 2004 et destinée à lutter contre les violences faites aux femmes dans le monde.

Selon ce rapport, «les mutilations sexuelles féminines sont l'une des manifestations de violence faites aux femmes au sein de la famille. Ces pratiques s'exercent contre les femmes parce qu'elles sont femmes et s'inscrivent à ce titre dans le continuum des violences de genre».

Le harcèlement sexuel et moral est considéré également comme une forme de violence le plus souvent sur le lieu du travail.

106. L'aggravation pénale pour toute violence au sein du couple. Ainsi, la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple a créé une circonstance aggravante résultant de la qualité de conjoint, concubin ou partenaire d'un pacte civil de solidarité, de la victime²⁰¹. Cette circonstance aggravante est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. Le domaine d'application de cette circonstance aggravante est désormais étendu au meurtre²⁰², au viol²⁰³ et aux autres agressions sexuelles²⁰⁴.

199 Cass. Crim., 11 juin 1992, Bull., n° 232 : «La présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire».

200 *Les violences faites aux femmes en France. Une affaire d'État. Amnesty International, Rapport 2006*, Paris, Éd. Autrement.

201 Article 132-80 du Code pénal : «Dans les cas respectivement prévus par la loi ou le règlement, les peines encourues pour un crime, un délit ou une contravention sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. La circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. Les dispositions du présent alinéa sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime».

202 Article 221-4, 9° du Code pénal : «Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis [...] Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité».

203 Article 222-24, 11° du Code pénal : «Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle [...] Lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité».

204 Article 222-28, 7° du Code pénal : «L'infraction définie à l'article 222-27 («Les agressions sexuelles autres que le

Le législateur s'est également soucié de la réitération des violences en instaurant, d'une part, l'éviction pénale du conjoint violent du domicile du couple et, d'autre part, des peines minimales s'appliquant aux violences conjugales en cas de récidive. La loi du 4 avril 2006 a introduit la reconnaissance du vol entre époux.

Enfin, la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a prévu d'étendre le suivi socio-judiciaire aux auteurs de violences conjugales et l'injonction de soins en matière correctionnelle lorsque les violences présentent un caractère habituel.

107. La reconnaissance pénale du mariage forcé. Les violences au sein du couple et les mutilations sexuelles féminines ne sont pas les seules formes de violences faites aux femmes.

L'article 18 de la proposition de loi de l'Assemblée nationale du 27 novembre 2009 prévoit également l'introduction dans le Code pénal d'un délit de contrainte au mariage afin de donner aux juges un instrument spécifique de lutte contre les mariages forcés ayant lieu en France et étend la législation française aux cas de mariage ou d'union forcés commis à l'étranger sur des personnes résidant de manière habituelle en France²⁰⁵.

Le 20 février 2013, un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice a été déposé à l'Assemblée nationale. Il s'agissait de transposer dans le droit français des directives de l'Union européenne et des dispositions figurant dans des traités internationaux. Parmi ces traités, la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul, le 11 mai 2011.

Le droit français a très sérieusement pris en compte les dangers du mariage non consenti et a introduit par le biais de l'article 19 de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013²⁰⁶ un article 222-14-4 dans le Code pénal indiquant que : «Le fait, dans le but de contraindre une personne à contracter un

viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende») est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende [...] Lorsqu'elle est commise par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité».

205 Proposition de loi de l'Assemblée nationale du 27 novembre 2009. Article 18 Après la section I du chapitre IV du titre II du livre II du code pénal, il est inséré une section I bis ainsi rédigée : «Section I bis «De la contrainte au mariage
«Art. 224-5-3. – Le fait d'exercer sur autrui toute forme de contrainte ayant pour but de lui faire contracter un mariage ou conclure une union sans son consentement libre est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. «Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende lorsque la victime de l'infraction définie à l'alinéa précédent est un mineur de quinze ans. «Art. 224-5-4. – Dans le cas où le délit prévu par l'article précédent est commis à l'étranger sur une victime résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation aux dispositions de l'article 113-7. Les dispositions de la dernière phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables».

206 Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende».

La création d'un délit spécifique de mariage forcé permettrait en effet de poursuivre les auteurs d'un mariage forcé et de lutter contre l'impunité sans pour autant avoir recours à des infractions plus graves tels que le viol, les violences sexuelles, etc.

108. Les violences faites aux femmes, une affaire d'État. Le 24 février 2010, devant l'alerte des violences faites aux femmes, Amnesty International a publié un nouveau rapport pour souligner que non seulement ces violences ne diminuent pas, mais qu'elles doivent demeurer une affaire d'État²⁰⁷.

A travers un état des lieux des actions de l'État, ce document pointe les carences d'une législation dont l'efficacité doit dépendre de la rigueur et de la cohérence de son application sur tout le territoire.

Selon le rapport, «en 2010, les résultats en matière de lutte contre les violences faites aux femmes restent insatisfaisants. La France se doit de mettre en place une politique ambitieuse, soutenue par une meilleure coordination des moyens mis en œuvre et par un financement adéquat de la part de l'État », déclare Geneviève Garrigos, présidente d'Amnesty International France (AIF), alors même que l'Assemblée nationale va examiner le 25 février la proposition de loi « renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes».

L'ampleur et la gravité du phénomène des violences faites aux femmes, notamment celles commises dans la sphère familiale, ont suscité depuis plusieurs années une réponse plus soutenue des pouvoirs publics. La loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs a eu le mérite essentiel de définir précisément le crime de viol en le distinguant des autres agressions sexuelles²⁰⁸ (renvoyées pour leur part devant les tribunaux correctionnels). Le viol est désormais systématiquement jugé en Cour d'Assises et passible de quinze à vingt ans de réclusion.

Afin d'apporter des réponses appropriées aux problèmes posés par le harcèlement sexuel auquel les

207 AIF, *Rapport 2010*. «Lutte contre les violences faites aux femmes : la France doit mieux faire».

208 Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 parue au Journal Officiel du 24 décembre 1980.

femmes sont bien davantage exposées que les hommes, le législateur est intervenu dans un premier temps par deux lois en date des 22 juillet et 2 novembre 1992. La première institue le délit de harcèlement sexuel dans le nouveau Code pénal, la seconde complète ce dispositif par un volet social et instaure des dispositions qui sanctionnent les répercussions du harcèlement sexuel sur le plan professionnel, tant dans le Code du travail que dans le statut des trois fonctions publiques.

Concernant les mutilations sexuelles féminines, depuis 1979, il y a eu en France plus de vingt procès à l'encontre de parents dont les enfants sont morts sur le territoire français à la suite d'excisions, mais aussi incriminant les exciseuses. Ces pratiques ont été jugées en audience correctionnelle jusqu'en 1983 où la Cour de cassation a établi qu'il s'agissait d'une mutilation au sens du Code pénal²⁰⁹.

109. La prise en charge des victimes. Durant les quinze dernières années, la prise de conscience du phénomène des violences auxquelles peuvent être confrontées les jeunes filles et les femmes a incontestablement progressé et le dispositif, notamment législatif, mis en place pour y répondre couvre un large champ. Toutefois, la violence contre les femmes, quelle que soit sa manifestation, s'accompagne et se nourrit d'une forme d'emprise et de rapport complexe de domination fondée sur le contrôle et la peur. La plupart des femmes qui subissent des violences se trouvent ainsi prises au piège : conscientes de leur situation, elles ne peuvent ou ne savent souvent pas comment s'en sortir. Ainsi que le relève le rapport précité d'AIF, «l'emprise se nourrit du fait que ces violences sont souvent cachées et que la relation entre un auteur et une victime de violence est une relation de l'ordre de l'intime et cet aspect caché de la violence faite aux femmes renforce l'emprise et alimente la pérennité du phénomène».

La prise en charge des victimes de violences s'est améliorée, professionnalisée mais des progrès restent à faire pour généraliser les bonnes pratiques. loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002 dispose que «l'accueil, l'information et l'aide aux victimes sont pour les services de sécurité intérieure une priorité». Ce principe se décline notamment à travers l'application de la charte de l'accueil et de l'assistance aux victimes, l'instauration d'un réseau de

209 Les mutilations génitales sont donc désormais sanctionnées en tant qu'actions criminelles au titre soit :

- de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, infraction punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende (article 222-9 du Code pénal) et de quinze ans de réclusion criminelle lorsque ces violences sont commises à l'encontre de mineures (article 222-10 du Code pénal) ;

- ou de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, passibles de quinze ans de réclusion criminelle (article 222-7 du Code pénal) et de vingt ans de réclusion criminelle (article 222-8 du Code pénal) lorsqu'il s'agit de mineures.

correspondants et le développement de partenariats. Ainsi, depuis 2006, la prise en charge des femmes victimes de violences par l'ensemble des différents services s'est incontestablement améliorée et le deuxième plan global triennal (2008-2010) vise à développer une «prise en charge globale et dans la durée des femmes victimes de violences au sein du couple, tout en leur assurant une réponse personnalisée» .

110. Cependant, ces progrès dans la prise en charge des victimes doivent être généralisés à l'ensemble du territoire et concerner toutes les victimes, quelque soit le lieu où elles se rendent pour dénoncer les violences. Pour permettre une meilleure prise en compte de la spécificité des violences faites aux femmes, le gouvernement a décidé en juin 2009, de créer des brigades spécialisées au sein des commissariats de police (Brigade de protection de la famille) et des unités de gendarmerie (Brigade de protection des familles).

Depuis le 1er octobre 2009, et après quelques mois d'expérimentation, ces brigades doivent être déployées dans chaque département.

La circulaire SDFE/DPS n° 2008-159 du 14 mai 2008 relative à la mise en place de «référénts» pour les femmes victimes de violences au sein du couple a fixé les missions et les compétences attendues d'un «référént» pour les femmes victimes de violences au sein du couple, les modalités et le niveau pertinents de son intervention et les modalités de sélection²¹⁰.

Grâce aux évolutions législatives et des mentalités, les femmes devraient pouvoir passer d'un statut de victime à celui de maîtresse de leur corps, mais là encore, des progrès massifs restent à être effectués.

C'est ainsi que des freins très importants à la protection des femmes victimes de violences qui sont en situation irrégulière subsistent. Les femmes victimes de violences qui sont en situation irrégulière les difficultés sont multiples et la dénonciation des violences ne leur ouvre pas de droit au séjour²¹¹.

210 La circulaire indique que «le «référént» ne se substitue pas aux acteurs et services existants dans le processus d'aide mais [qu'] il veille à ce que tout soit mis en œuvre pour concourir au retour à l'autonomie des femmes victimes de violences. » En conséquence, «le concours de l'ensemble des structures concernées doit être recherché, afin de ne pas fragiliser des dispositifs locaux préexistants et qui s'appuient sur les compétences et les pratiques d'acteurs et de structures spécialisés, depuis de nombreuses années, dans la prise en charge des femmes victimes de violences». Le législateur a pris en compte la nécessité de prévenir les violences intra familiale en faisant du lien affectif entre l'auteur des violences et la victime une circonstance aggravante des faits de violence.

211 Ainsi que le rapport de la mission parlementaire le relève « les conditions de séjour des femmes en situation irrégulière qui sont victimes de violences constituent toujours un obstacle rédhibitoire au dépôt de plainte puisqu'elles risquent de devoir quitter le territoire français en cas de dénonciation des violences qu'elles subissent ».

AIF considère que la défense des droits humains des femmes ne doit pas être conditionnée à la régularité de leur situation administrative²¹².

La proposition de loi de l'Assemblée nationale du 27 novembre 2009 propose diverses mesures visant à améliorer le droit existant ou à créer des dispositifs innovants dont certains sont de nature législative. Parmi ces propositions, la création d'une ordonnance de protection des victimes et la création d'un délit de violences psychologiques sont envisagées. La proposition de loi du Sénat du 25 novembre 2009 prévoit de son côté la création d'un délit réprimant les violences habituelles, physiques ou psychologiques.

Face à toutes ces facettes de la violence, la question de la parole donnée aux femmes est primordiale dans la lutte contre leur oppression et leur subordination aux hommes.

Certes, l'identité féminine doit être reconnue, mais les inégalités persistantes entre les sexes qui participent à l'infériorisation de la femme et partant à un rejet absolu d'une identité de droit féminine ne sont pas admissibles. Les inégalités doivent être combattues et en ce sens des plans d'actions ont été élaborés.

B- LES PLANS D'ACTION DANS LA LUTTE CONTRE LES INÉGALITÉS

111. L'égalité des sexes ne contribue pas nécessairement à enrayer la reconnaissance d'un statut identitaire de droit pour la femme, mais les inégalités ne font toutefois qu'accentuer le clivage entre les sexes et l'archaïque dépendance des femmes aux hommes.

Les moyens de lutte contre les inégalités se sont multipliés et trouvent un point d'ancrage grâce à la HALDE, qui permet de lutter contre les discriminations, sources d'inégalités condamnables (1) et grâce à l'égalité des chances, inspirée par le principe éponyme développé par

212 Dans une déclaration du 23 novembre 2009, Madame Michèle Alliot-Marie, Ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la Justice et des Libertés a précisé que «les violences conjugales ne sont pas une fatalité, [...] il faut aller plus loin dans la mobilisation». La lutte contre les violences conjugales implique une adaptation de notre droit [...]. Un texte sera prêt dans une quinzaine de jours et je souhaite qu'il vienne devant le Parlement d'ici la fin de l'année. Ce texte prévoira que des mesures provisoires, comme l'éviction du domicile, une aide matérielle, des décisions sur l'autorité parentale, pourront être ordonnées dans le cadre d'une protection temporaire. Le juge des affaires familiales pourra être saisi par la victime ou le procureur [...]. Le rythme de la justice, la lenteur des procédures est souvent inadapté à la réalité des situations et aux attentes des victimes. Il est prévu d'étendre aux concubins et pacsés la possibilité d'être éloignés du domicile. [...] Autres objectifs : mettre en place un accompagnement des enfants lors des visites familiales, et faire prendre en compte les violences psychologiques».

John Rawls, offrant un soutien aux femmes encore poursuivie par le spectre de la domination masculine (2).

1- Le rôle de la HALDE

112. Le rôle de la HALDE. Créée par la loi du 30 décembre 2004, La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité a pour mission d'aider toute personne à identifier les pratiques discriminatoires, et à les combattre. Elle conseille pour les démarches juridiques, et contribue à établir la preuve de la discrimination. Elle peut se saisir elle-même de toute pratique discriminatoire dont elle a connaissance. Elle dispose de pouvoirs d'investigation pour instruire les dossiers. Elle peut exiger des documents et des preuves que la victime n'a pas pu obtenir, aller vérifier sur place et entendre les témoins.

Selon ses premiers rapports d'activité²¹³, l'emploi est le premier lieu de discriminations, liées le plus souvent au sexe. C'est ainsi que dans un arrêt du 5 mai 2010, la Cour de Paris a condamné la société BNP Paribas à verser à une de ses anciennes salariées discriminée en raison de son sexe, de sa grossesse et de sa situation de famille au sens des articles L1132-1²¹⁴ et L1142-1²¹⁵ du Code du travail. La mère de famille avait saisi la HALDE estimant avoir été victime de discrimination.

En effet, à son retour de congé parental d'éducation, elle n'avait pas retrouvé son poste et avait été

213 *Liais. Soc.*, n° 149/2007 du 14/06/2007.

214 Aux termes de l'article L1132-1 du Code du travail, «Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap».

215 Aux termes de l'article L1142-1 du Code du travail, «Sous réserve des dispositions du présent code, nul ne peut : 1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé ; 2° Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse ; 3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation».

affectée à un poste hiérarchiquement inférieur avec une rémunération moins importante. La HALDE, après vérification, avait constaté l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, la grossesse et la situation de famille et avait ainsi pu présenter ses observations devant la Cour d'Appel.

La Cour, pour condamner la société, avait ainsi pu constater «une situation générale d'inégalité de traitement entre les femmes et les hommes au sein de la société BNP Paribas»²¹⁶.

113. Les discriminations sexuelles. La HALDE est saisie dès qu'il existe une discrimination.

Les illustrations en matière de discriminations sexuelles sont pléthoriques. A l'annonce de sa grossesse, une salariée exposée aux poussières de plomb sur son lieu de travail avait été incitée à avorter par son employeur et exerçait sur elle des pressions psychologiques. Cette salariée a saisi la HALDE. Elle fait l'objet d'une interdiction médicale absolue à l'exposition au plomb et déclarée inapte pour la durée de sa grossesse.

Malgré l'intervention de la médecine du travail et une mise en demeure de l'employeur par le contrôleur du travail, il refusait de prendre les mesures nécessaires pour mettre en conformité des locaux. Un mois plus tard, l'employée était licenciée pour motif économique pendant la période de protection légale. Il ressortait de l'enquête qu'elle faisait l'objet d'un harcèlement moral discriminatoire, d'une discrimination en matière d'emploi et de conditions de travail, et d'un licenciement discriminatoire liés à sa grossesse et à son sexe.

Pour la HALDE, la discrimination dont a fait l'objet la requérante en matière de licenciement à raison de sa grossesse et de son sexe est établie²¹⁷.

La HALDE peut également se saisir elle-même pour dénoncer des situations qu'elle juge discriminatoires. Elle a ainsi consacré un «Mercredi de la HALDE» au problème de l'égalité hommes/femmes dans le calcul des droits à pension au moment de la retraite et s'est auto-saisie sur les inégalités en matière de retraite des femmes. Confrontée aux situations d'inégalités et de discriminations rencontrées par les femmes, elle a souhaité, à l'occasion du projet de loi sur la réforme des retraites, dénoncer les effets que cette réforme pourrait avoir sur la situation des femmes.

216 Cour de Paris, 5 mai 2010, n° 06-05388, *JCP S*, 25 Mai 2010, n° 21.

217 Délibération n° 2010-156 du 5 juillet 2010.

Cette auto-saisine était pertinente dans la mesure où le Conseil d'orientation des retraites (COR) a constaté dans son rapport publié en 2008, des écarts significatifs entre les femmes et les hommes en matière de retraite. En 2004 par exemple, les femmes retraitées de 60 ans et plus percevaient une retraite en moyenne équivalente à 62% de celle perçue par les hommes. Les femmes parties à la retraite ont validé en moyenne 20 trimestres de moins que les hommes malgré les majorations de durée pour enfant, seules 44% d'entre elles ont une carrière complète contre 86 % des hommes. Les femmes partent à la retraite en moyenne plus tardivement que les hommes. Ces fortes disparités résultent des inégalités professionnelles et des discriminations que les femmes subissent tout au long de leur carrière. La HALDE a alors sollicité l'attention des pouvoirs publics et des acteurs économiques et sociaux sur la nécessité de favoriser une plus grande égalité professionnelle entre les femmes et les hommes²¹⁸.

La HALDE a ainsi pris sa part dans le large débat sur la réforme des retraites, et le texte voté a pris en compte la situation particulière des femmes.

Les exemples de discriminations ne sont pas limités au droit du travail. La HALDE s'est ainsi auto-saisie du refus opposé aux jeunes filles, élèves en classes préparatoires aux grandes écoles, de bénéficier de certains internats. Les arguments avancés pour justifier cette restriction étaient liés à un contexte historique obsolète dans lequel les filles et les garçons n'avaient pas un accès égal à l'éducation supérieure. La HALDE relevait le lien entre l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur et aux formations initiales. L'accès égal aux grandes écoles est donc une condition de l'égalité professionnelle. Dans sa délibération n° 2010-197 du 11 octobre 2010, la HALDE concluait à l'existence d'une double discrimination et recommandait au ministre compétent de mettre un terme à l'existence des internats non mixtes. Depuis et en application de cette délibération, plusieurs internats ont été ouverts aux jeunes filles.

Cet exemple met en parallèle la question épineuse de l'égalité des chances et permet de comprendre que la reconnaissance d'un statut pour la femme n'exclut pas l'égalité des sexes.

218 Ainsi que la HALDE le prévoit dans son rapport annuel pour 2010, cette égalité doit découler d'«un meilleur accès des femmes aux postes de responsabilité, une égalité salariale réelle au sein des entreprises». Il s'agit également de permettre «aux personnes à temps partiel de cotiser sur la base d'un temps complet avec participation de l'employeur. Pour limiter les risques discriminatoires dans le projet de réforme des retraites, la HALDE recommande :

- de prendre en compte les 100 meilleurs trimestres et non les 25 meilleures années pour la détermination du montant de la pension, ce qui correspond à la même durée de cotisation,
- d'ouvrir le droit au versement de la pension de réversion au partenaire pacsé survivant,
- de maintenir à 65 ans l'âge de départ à la retraite à taux plein pour les personnes ayant pris un congé parental ou pour soins apportés à un enfant ou un parent malade,
- de favoriser et rééquilibrer l'accès au congé parental,
- d'intégrer les indemnités journalières versées pendant le congé maternité dans le calcul du montant de la pension, comme proposé par le projet de loi sur les retraites».

2- L'égalité des chances

114. Pour le droit qui ne conçoit l'individu que comme une composante du peuple, tous les hommes étant égaux en droit, ils disposent tous des mêmes chances de parvenir à un résultat donné. Mais, il apparaît que cette égalité juridique est formelle et qu'elle n'assure pas en réalité l'égalité des conditions²¹⁹.

La question de l'intervention de la loi dans la correction des inégalités de fait se pose alors et l'égalité par la différenciation va ainsi se substituer à l'égalité par la généralité dans un souci de justice. L'équilibre entre le principe trop général d'égalité et une égalité concrète est instrumentalisé par la notion d'égalité des chances selon laquelle les possibilités d'atteindre un résultat en fonction des mérites de chacun sont mises à égalité.

La question de l'égalité des chances a pour finalité de mettre un terme au débat et d'être la panacée d'inégalités désuètes.

Si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame l'égalité, ce principe n'a vu son application aux femmes que tardivement et est encore loin d'être totalement appliqué, ce qui est condamnable. L'égalité des chances s'inscrit dans cette construction juridique.

Élevée au rang de principe par John Rawls dans sa *Théorie de la Justice*²²⁰, l'égalité des chances n'a été consacrée que le 31 mars 2006 par la loi n°2006-396. Ce texte a pour vocation de présenter une réponse aux situations d'inégalités et de discrimination.

L'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame que «les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit». Pour autant, aucun principe général d'égalité entre les hommes et les femmes n'est posé.

Les femmes ne sont cependant pas écartées du principe d'égalité dont l'objectif premier reste de soutenir les «groupes» défavorisés, notamment via le principe d'égalité des chances²²¹. Certes, il est regrettable de considérer le sexe féminin comme un sexe défavorisé, dans la mesure où cela conforte l'idée du sexe faible, mais force est de constater que la condition des femmes s'est vue et se voit encore malmenée, la conscience collective montrant en pratique bien des écueils à leur égard.

219 COLLECTIF, *Femmes, Hommes, Construire l'égalité*, Paris, GREP, 2000, 110 p.

220 J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 609 p.

221 C. POLLMANN, Le principe d'égalité: tremplin ou impasse pour l'émancipation humaine, *Revue Aspects*, n°3, Éd. des Archives Contemporaines, 2009.

En droit positif français, l'égalité des sexes n'a pas été consacrée comme ayant valeur de principe général. Certains domaines précis comme en droit du travail consacrent cependant des arcanes de cette égalité, comme le principe d'égalité de traitement, le principe d'égalité des chances, le principe de non-discrimination, mais un principe général d'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas reconnu par le droit interne.

115. La chance s'en remettant par définition au hasard, ce modèle vient contredire les essentialistes en court-circuitant la nature des choses. Dès lors, rien ne serait figé et chacun pourrait également accéder au marché du travail. Seulement, il s'avère que a posteriori l'égalité des chances peut être considérée comme une façon de privilégier ce qui n'en ont pas forcément les compétences et ainsi confondre le juste de l'égalité avec la nécessité de répondre aux attentes des femmes, pointant du doigt leurs différences. Cette conception est symptomatique de la reconnaissance efficiente de l'infériorité des femmes, d'un équilibre artificiel et peut s'avérer être en réalité un danger quant à l'identité féminine.

De l'égalité entre les sexes découlent des enjeux qui peuvent être favorables à la situation des femmes leur octroyant la qualité de sujet de droit et leur être défavorable en ne leur reconnaissant pas l'identité dont elles se réclament.

SECTION 2 LES ENJEUX DE L'ÉGALITÉ SEXUELLE

116. L'égalité sexuelle a permis d'octroyer à la femme le statut de sujet de droit (§ 1).

Mais cette qualité demeure éloignée de la nécessité d'établissement d'une identité féminine qui se confronte sans cesse avec le généricisme de l'égalité des sexes (§ 2).

§ 1 LA FEMME RECONNUE COMME SUJET DE DROIT

117. Une étude du Professeur Christophe Grzegorzczak définit le sujet de droit de trois manières différentes, chaque définition étant liée à la possession, à l'acte de volonté ou à la responsabilité. Bénéficiant de la personnalité juridique, la femme est un sujet de droit et est donc incluse dans ces trois hypostases.

Pour l'auteur, s'il n'existe pas, a priori, de lien théorique entre les trois définitions, il peut être considéré, au contraire, que celles-ci peuvent se compléter, permettant enfin à la femme de pouvoir revendiquer un droit de propriété (A), un droit d'auteur d'actes (B) et un droit à être un sujet responsable (C).

A- UN SUJET-PROPRIÉTAIRE

118. **Patriarcat et loi salique.** Si la femme peut aujourd'hui posséder des biens, la tradition patriarcale relayée par la loi salique l'en ont longtemps empêché. La loi salique a été un obstacle pour les femmes à l'accession à la propriété. Elle évinçait des règles de la succession les femmes en ne leur transmettant aucune part de l'héritage qui passera au sexe viril²²². La loi salique datée de 1358 issue du *Pactus legis salicae*, a acquis au début du XVI^e siècle le statut de loi française publique faisant de la France un royaume dans lequel les femmes étaient exclues du pouvoir. Élaboré entre 1550 et 1650 le *Pacte des Lois Françaises* conforta l'exclusion des femmes au pouvoir en réservant aux hommes les droits politiques. Le droit de nature appuya ce modèle par le concept biologique développé par Aristote selon il existait une hiérarchie sexuée dans le processus de reproduction, l'homme y occupant un rôle supérieur et la femme, un rôle inférieur. Pour l'avocat Jean de Terrerouge, il ne faisait pas de doute que la dévolution successorale en lignée masculine était liée à la supériorité biologique de l'homme lequel détenait la semence mâle active, tandis que la femme ne contribuait à la reproduction qu'en lui prêtant sa «matière inerte»²²³.

222 Un texte carolingien de l'Ordonnance de la loi salique (*De apode*, titre LXII, art. 6) stipule, en ce qui concerne la terre salique, qu'aucune part de l'héritage ne sera transmise à une femme mais tout l'héritage de la terre passera au sexe viril (*De terra vero salica nulla portio hereditatis mulieri venat, sed ad virilem sexum tota terrae hereditas perveniat*).

223 S. HANLEY, La loi salique, *Encyclopédie politique et historique des femmes*, Paris, PUF, 1997, p. 21.

Les détracteurs de la loi salique la considéraient comme falsifiée et vecteur de diffamation des femmes. Christine de Pisan dans *Le Livre de la Cité des Dames*, dénonçait l'infériorisation perverse des femmes causée par la jalousie des hommes. Ainsi, elle expliquait que l'aversion d'Aristote pour les femmes était due à la difformité physique dont il souffrait²²⁴ et que les femmes étaient autant que les hommes aptes à gouverner²²⁵.

119. La propriété patriarcale, une conception déjà platonicienne. Mais la mise à l'écart des femmes quant à la propriété est plus ancienne.

Déjà Platon, dans *La République*, établissait un rapport visionnaire entre le sexe et la cité. Platon cherche à bâtir une cité qui serait la manifestation de la Justice et pour y parvenir il conviendrait de se dégager de la sexualité. Platon souhaite construire une cité idéale dans laquelle il n'y aurait pas d'injustice. Il s'agirait d'une cité libre et juste dont la protection serait l'office de gardiens possédant la qualité de distinguer le bien du mal.

Le problème réside dans ce que Platon appelle la mimêsis, à savoir l'imitation, qui est un des outils incontournables de l'éducation. La mimêsis peut être dangereuse dans la mesure où accomplie depuis l'enfance le risque est d'imiter ce qui ne doit pas l'être et ainsi ce qui peut détourner du droit chemin compromettant dès lors le rêve de la cité idéale. Ce qu'il ne faut précisément pas imiter pour être un bon gardien et parvenir ainsi à une cité juste est le féminin et notamment «le féminin victime de ses passions», le féminin comme «emblème de l'excès». La mimêsis platonicienne s'éloigne de son sens classique qui est celui d'imitation et qui suppose une distance entre celui qui imite et celui qui est imité. La mimêsis du point de vue platonicien est entendue davantage comme une fusion «ravageant les âmes» puisque impliquant une totale absorption de l'imitant par l'imité. La féminité qui est rejetée par Platon est celle qui est mise en scène par Aristophane et Sophocle, celle qui représente l'excès.

Platon veut rompre avec cette image de la femme. Au sein de la cité antique, la femme occupe une place importante dans les relations d'amour. Pour Platon le bouleversement de la tradition consiste avant tout en un bouleversement de la relation que le masculin entretient avec le féminin, la femme étant déjà gardienne avant même que l'homme ne le soit et c'est cette qualité inhérente à la femme qui pose problème pour Platon. En effet, la femme est gardienne de la mémoire et garante de la transmission, cela fait partie de son essence-même ce qui traduit un déséquilibre au sein de la cité

224 C. de PISAN, *Le Livre de la Cité des Dames*, Paris, Stock, 1986, 300 p.

225 S. HANLEY, *op. cit.*, p. 17 : «L'Histoire prouvait qu'il ne manquait pas de reines qui, telles Frédégonde, Clotilde, Jeanne, Blanche et la contemporaine Isabeau de Bavière avaient rendu d'admirables services au royaume de France en tant que femmes de rois, que souveraines ou que régentes».

pour le philosophe. Son rôle est donc de transmettre et cette transmission s'effectue sur trois plans : psychique, historique et biologique. Dans le cas de la transmission biologique une femme est dite juste si elle reproduit «des fils copies conformes au père». Pour que la cité puisse être idéale selon Platon, il faut rompre avec un tel héritage. La difficulté réside dans le lien mimétique qui existe entre l'enfant et sa mère. La première génération de gardiens naît de la femme actuelle et les fils fusionnent avec leur mère et c'est ainsi que la tradition est perpétrée.

La conception platonicienne patrilinéaire de la propriété n'est certes plus aujourd'hui d'actualité, la femme ayant comme les hommes accès à la propriété, mais il demeure des domaines qui font toujours débat.

120. La femme hors-commerce. La distinction entre le sujet et l'objet est celle de la conscience et de l'inertie, raison pour laquelle les personnes sont hors-commerce. L'exemple le plus significatif des choses hors commerce est celui des contrats portant sur les organes humains. En vertu du principe d'indisponibilité du corps humain, le corps humain et partant les organes qui le composent ne sont pas qualifiés de choses dans la mesure où ils se confondent avec la personne. La vente d'organes est en effet interdite en France depuis la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative au prélèvement d'organes²²⁶. La question des mères-porteuses a fait débat et c'est par une décision du 31 mai 1991 que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a statué clairement sur ce point édictant le principe suivant : «la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes»²²⁷.

Si les personnes sont hors commerce, qu'en est-il pour alors dans le cas de la prostitution ? Certes, la prostitution est légale en vertu du droit de disposer de son corps qui fait exception au principe de l'indisponibilité du corps humain, mais il n'en demeure pas moins que la prostitution rend disponible le corps humain pour qui le monnaie. Si la prostitution n'est pas considérée comme un délit c'est que le droit d'entretenir des relations sexuelles relève du droit au respect de la vie

226 Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal bioéthique ; Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

227 Cass., Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull.*, 1991, A.P, n° 4 p. 5; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991, II, 21752, concl. Dontenville, note F. Terré.

privée. La loi réprime néanmoins le proxénétisme, exploitation de la prostitution par un tiers²²⁸. Si les hommes sont touchés par la prostitution, les femmes le sont davantage et malgré la répression du proxénétisme, les femmes ne sont pas toujours propriétaires de leur corps.

De plus la répression de la prostitution par le racolage public par l'article 225-10-1 du Code pénal semble être plus sévère pour les prostituées que pour leurs clients. Le texte ne permet en effet pas de prendre en compte la volonté évidente du client d'entretenir des relations sexuelles laissant clairement supposer que l'incrimination est réservée aux seules femmes prostituées²²⁹.

La femme-proprétaire ne l'est donc que partiellement, est-elle mieux servie en ce qui concerne son rôle d'auteur d'actes juridiques ?

B- UN SUJET-AUTEUR

121. Les prémisses de l'émancipation de la femme. Longtemps soumise au joug patriarcal, la femme n'a accédé que depuis peu à la capacité juridique. Désignées comme «les tricoteuses de la Révolution», «les pétroleuses de la Commune», «la précieuse moitié de la République», les femmes sont exclues de la vie sociale par ceux qui ont pourtant fondé la Démocratie, les chargeant de «faire les mœurs»²³⁰, tandis que les hommes s'occupent de faire les lois.

Le 20 septembre 1792, l'Assemblée législative vote une loi autorisant le divorce, signant ainsi la première étape de la libéralisation de la femme. Mais la loi est critiquée, le lien du mariage étant devenu trop facilement dissoluble. Rattrapé par la tradition chrétienne du patriarcat, le Code civil napoléonien encadre alors plus rigoureusement le divorce et restreint les conditions relatives au divorce par consentement mutuel. Sous la Restauration, considéré comme un «poison révolutionnaire» incompatible avec le catholicisme proclamé religion d'État, le divorce est aboli par la loi Bonald du 8 mai 1816.

Les progrès en matière d'émancipation féminine régressent, le spectre d'Euripide semblant planer

228 Articles 225-5 et suivants du Code pénal.

229 Article 225-10-1 du Code pénal : Le racolage est considéré comme «le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération».

230 D. GODINEAU, *Citoyennes tricoteuses*, Paris, Alinéa, 1998, pp. 123 s.

comme une épée de Damoclès au-dessus des droits des femmes²³¹.

En 1884, la loi Naquet rétablit le divorce. Il s'agit d'un divorce sanction qui ne peut être prononcé que dans le cas de faute commise par le conjoint. Il n'est plus possible de divorcer par consentement mutuel, la faute est une condition sine qua non à la demande et au prononcé du divorce.

En dépit d'une opposition conservatrice désireuse de sacraliser le mariage, le divorce par consentement mutuel est rétabli par une loi du 11 juillet 1975 qui marque l'affranchissement de la femme en droit de la famille²³².

122. La femme, auteur d'actes juridiques. L'acquisition de la capacité juridique n'a pas permis seulement à la femme de s'affranchir de son seul rôle d'épouse et de mère, désormais elle peut également être l'auteur d'actes juridiques. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 225 du Code civil, «chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels». Alors qu'avant 1965, la femme étant déclarée juridiquement incapable par le Code civil, il revenait au mari d'administrer ses biens²³³, depuis la loi du 13 juillet 1965, qui a fait cesser cette inégalité, la femme est émancipée quant à la maîtrise de ses biens personnels.

En ce qui concerne la maîtrise des gains professionnels, en vertu de l'article 223 du Code civil, chaque époux perçoit librement ses gains et salaires après s'être acquitté des charges du mariage. La tardive autonomie professionnelle de la femme mariée va dès lors de pair avec cette liberté, l'épouse pouvant exercer librement une profession. En effet, même si les femmes ont toujours travaillé²³⁴, avant la loi du 13 juillet 1965, le mari disposait d'une faculté d'opposition à l'exercice par la femme d'une activité professionnelle.

En somme, la femme par son émancipation semble participer d'un regain de l'autonomie de la volonté perdue pour les philosophes²³⁵, et remise en cause par les juristes²³⁶. La volonté de la

231 EURIPIDE, *Médée*, Arles, Acte Sud, 1993, 42 p. Il était assez mal vu pour une femme de demander le divorce : Euripide fait ainsi dire à sa Médée : «le divorce ternit la réputation d'une femme, et elle ne peut pas, elle, répudier son conjoint». Le mariage ayant pour but de perpétuer la lignée masculine, les enfants restent sous la garde de leur père après le divorce.

232 La loi du 4 juin 1970 amorçait déjà les prémices de la libération de la femme en remplaçant la puissance paternelle par l'autorité parentale démontrant que l'autorité n'est plus l'apanage du père.

233 Malgré l'abolition de l'incapacité de la femme mariée en 1938, les époux n'ayant pas choisi le régime de séparation de biens, mais demeurant soumis au régime de la communauté, le mari conservait le pouvoir d'administrer les biens propres de son épouse.

234 S. SCHWEITZER, *Les femmes ont toujours travaillé : Une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Odile Jacob, 2002, 329 p.

235 E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Le livre de poche, 1993, p. 252 p. Pour le philosophe, l'autonomie de la volonté est l'aptitude à déterminer sa liberté, son «arbitre libre».

236 J. CEDRAS, «Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation», *Rapport annuel de la Cour*

femme- capable juridique-, réputée libre, autonome rend valide les actes juridiques et parce qu'elle est créatrice, elle en retire des responsabilités. Ces responsabilités ne lui sont pas nécessairement bénéfiques, puisqu'elles peuvent se situer non seulement sur le plan civil, mais parfois aussi sur le plan pénal.

C- UN SUJET-RESPONSABLE

123. La responsabilité comme compétence. La responsabilité des femmes en tant que sujet de droit peut être entendue de deux manières différentes : il peut s'agir soit de la responsabilité dont doit répondre la femme pour des faits qui lui seraient attribués, la responsabilité sera alors qualifiée de juridique, soit de la responsabilité en tant que compétence attribuée à la femme.

La qualité de sujet de droit permet à la femme de devenir un sujet responsable, mais cette responsabilité est-elle calquée sur celle de l'homme ou met-elle au contraire en relief une identité féminine ?

La responsabilité perçue comme une compétence fait l'objet de débats et notamment dans le domaine du travail. En effet, la naturalisation obsolète du rôle des individus dans la société se trouve compromise par la véritable segmentation du marché du travail montrant ainsi les limites du déterminisme biologique, entrave pour la femme. La notion de «métier féminin» est apparue réellement au XIX^e siècle pour désigner les métiers réputés peu accaparants et permettant à la femme de s'occuper en parallèle de son foyer.

124. Dans son livre, *Les femmes ou les silences de l'Histoire*, l'historienne Michelle Perrot explique que la notion de «métier de femmes» est une construction sociale liée au rapport des sexes, au genre. Elle insiste également sur le fait que le naturalisme «innocente» les différences-inégalités, considérant que la place de la femme est à la maison plus qu'au travail²³⁷.

Avant l'acquisition de sa capacité juridique, la femme qui travaille et qui ne dépend ainsi que d'elle-même ne doit plus être ce non-être dont la poète féministe Elizabeth Sheridan Carey parle, elle est «une citoyenne sans les droits à la citoyenneté. Elle a la volonté de servir le pays, mais s'en voit

de cassation 2003 : «l'autonomie de la volonté permettrait au renard de flâner dans le poulailler en toute liberté contractuelle».

237 M. PERROT, *Les femmes ou les silences de l'Histoire*, Paris, Flammarion, 2001, 494 p.

refuser le pouvoir»²³⁸.

Au XIX^e siècle, chaque nouvelle entrée d'une femme dans un métier dit masculin attire les craintes des hommes de voir paraître une sexualité féminine trop visible. «La voix douce et caressante» de l'avocate ne saurait être d'actualité, ni les gestes de la femme médecin en blouse blanche examinant les corps. La voix féminine est énoncée comme un des plus grands obstacles à la réussite de la carrière, car «elle renvoie trop au fluet, au fragile et à la séduction, ce qui est péché pour le monde institutionnel»²³⁹.

125. Même si la femme peut aujourd'hui prétendre occuper des responsabilités, sa condition de sujet de droit ne lui permet pas encore de bénéficier d'un statut de sujet de droit féminin. Le traitement juridique des conjointes collaboratrices illustre cette situation. Le conjoint collaborateur est le conjoint du commerçant, de l'artisan ou d'un membre d'une profession libérale qui participe à l'activité de ce dernier. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 a modifié son statut. Jusqu'à présent le choix d'un statut pour les conjoints collaborateurs était facultatif.

Désormais, tout conjoint qui exerce une activité régulière dans l'entreprise de son époux doit opter pour l'un des trois statuts suivants : conjoint collaborateur, conjoint salarié, conjoint associé. Si les statuts de conjoint collaborateur et de conjoint associé offre à la femme les mêmes prestations en cas de maternité, la conjointe salariée, en situation de grossesse ou de maternité, est, elle, affiliée au régime général des salariées et bénéficie seulement des prestations du régime général, alors que l'homme associé bénéficie d'une protection sociale maximum.

126. La responsabilité juridique. A l'inverse en terme de responsabilité juridique, la femme bénéficie d'un traitement spécifique et notamment dans le domaine du droit pénal. Espace non mixte, la prison valorise la «bicatégorisation» de l'ordre sexué.

Alors que les infractions sont dés sexuées et incriminent autant les hommes que les femmes, le traitement carcéral est différent et privilégie en particulier les détenues mères. L'exemple des

238 E. SHERIDAN CAREY, 18 mars 1848 : «Les changements sociaux appellent de nouvelles lois. Autrefois la femme dépendait de l'homme: faible, inéduquée, esclave, elle voyait son existence politique confondue avec celle de son père, de son frère, de son époux ou d'un parent. Désormais, libérée par la religion du Christ, révérée par l'homme comme mère, sœur, amie et conseillère, voyant sa position morale rehaussée, son caractère intellectuel affirmé, sa sphère d'action et d'influence élargie, la femme n'est plus comme auparavant un non-être (nullity). Ne dépendant souvent que d'elle-même, elle devient artisan, dirigeant, marchand, professeur, propriétaire foncier ou terrien, contribue au revenu, paye des impôts et des taxes. C'est une citoyenne sans les droits à la citoyenneté. Elle a la volonté de servir le pays, mais s'en voit refuser le pouvoir».

239 J. RENNES, *Le mérite et la nature. Une controverse républicaine : l'accès des femmes aux professions de prestige 1880-1940*, Paris, Fayard, L'espace du politique, 2007, 594 p.

nurseries ou quartiers mère-enfant en est significatif.

Mais, si le traitement pénitentiaire est plus favorable aux mères au nom de l'intérêt de l'enfant et non de leur intérêt propre²⁴⁰, la maternité représentant pour la justice une garantie de réinsertion, les détenues qui ne sont pas mères ne bénéficient pas de conditions de détention privilégiées.

Ainsi, la responsabilité pénale des femmes permet seulement une reconnaissance de leur identité au prisme de l'intérêt de leur enfant. L'identité des détenues qui ne sont pas mères n'est pas réellement prise en compte, si ce n'est que par la «bisexuation» de la prison, mais le traitement y est identique à celui des hommes incarcérés.

En somme, l'égalité des sexes permet, certes aux femmes de bénéficier comme les hommes de la qualité de sujet de droit, mais leur identité tend à s'effacer devant ce schéma réducteur.

§ 2 L'IDENTITÉ FÉMININE AU RISQUE DE L'ÉGALITÉ SEXUELLE

127. Le terme identité suggère deux acceptions possibles qui représentent des considérations contradictoires de la notion. Il existe donc, non pas une, mais des identités.

L'identité peut, en effet, être entendue comme étant la similarité, mais elle peut également être comprise comme étant la singularité, c'est-à-dire la spécificité (A).

Dans le cas de l'identité féminine, l'acception retenue est la seconde, dans la mesure où il s'agit de mettre en lumière les spécificités de la femme.

L'identité féminine doit, non seulement dépasser la pluralité, mais encore faire reconnaître à l'égalité des sexes qu'elle rejette le différent en considérant la femme comme un homme (B).

240 M. GOUACHE, La maternité incarcérée, mère courage et ses enfants, *Le passe murailles*, n° 23, Les vierges déchues, les mères et les putains. Pas de quartier pour les femmes!, mars/avril 2010.

A- LES IDENTITÉS

128. La notion d'identité est ambivalente dans le sens où elle peut se référer aussi bien à la similarité de ce qui n'est pas discernable, c'est-à-dire à la confusion des sexes, telle que l'égalité la prévoit (1), mais elle peut dans le même temps s'attacher à l'inédit de ce qui est singulier, telle que l'identité de la femme la conçoit et la défend (2).

1- L'identité-indiscernabilité

129. L'identité des indiscernables. Le terme «identité» peut répondre à deux acceptions différentes. L'identité peut être comprise comme la similarité et comme la singularité.

Entendue comme la similarité, l'identité manifeste une invariance selon les termes. C'est ainsi que l'identité juridique représente l'application des mêmes lois à tous les individus. Les sujets de droit qui se voient appliquer les mêmes textes sont considérés alors comme étant juridiquement indiscernables, le droit les percevant comme un tout. En ne distinguant pas les individus dans l'application de ses textes, le droit contraint l'identité à plier sous l'indiscernabilité.

Ainsi, les notions d'identité et d'indiscernabilité apparaissent comme étant en contradiction.

Pourtant, elles ont été rapprochées au sein d'un même principe, celui de l'identité des indiscernables.

Ce principe qui puise ses sources dans les pensées de Saint Thomas d'Aquin a été érigé par Leibniz comme principe à valeur métaphysique. Il admet que «deux êtres réels diffèrent toujours par des caractères intrinsèques»²⁴¹, ils possèdent alors chacun leur propre identité.

Deux entités ne sont indiscernables qu'à la condition qu'ils ne puissent être distingués par aucun caractère qui leur est intrinsèque. Les hommes et les femmes étant par nature et de surcroît biologiquement différents, ils ne peuvent être considérés comme étant indiscernables. L'égalité des

241 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, pp. 494-495 : Pour la philosophie de Leibniz «Quoiqu'il y ait plusieurs choses de même espèce, il est pourtant vrai qu'il n'y en jamais de parfaitement semblables; ainsi, quoique le temps et le lieu, c'est-à-dire le rapport au dehors nous servent à distinguer les choses que nous ne distinguons pas bien par elles-mêmes, les choses ne laissent pas d'être distinguables en soi». La singularité intrinsèque des êtres se résume par le monadisme leibnizien entendu comme un «système qui admet que l'univers est formé de monades, d'unités individuelles bien définies, ayant un principe d'unité intérieur, d'ordre spirituel». Cf. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 646. Par extension, il est possible d'envisager les hommes et les femmes comme ces monades disposant chacun de leur propre identité les rendant de facto différents les uns des autres.

sexes s'évertue donc de rendre indiscernables ceux qui ne peuvent l'être.

A raison Leibniz ne cherchait pas ici à démontrer que les individus étaient similaires, mais au contraire selon les termes du *De ipsa natura* qu'«il n'y a jamais nulle part de similitude parfaite»²⁴² révélant dès lors une identité propre.

130. L'identité comme indiscernabilité. En affirmant l'égalité juridique entre les sexes, le droit se détache du principe de l'identité des indiscernables. Certes, il vient dissoudre la hiérarchie entre les sexes, mais il se heurte à la question de l'identité féminine. En effet, si dans les textes, les femmes et les hommes sont considérés comme étant égaux en droit, ce qui poserait une égalité de propriétés, le principe leibnizien est abandonné et, partant, l'identité féminine.

Cependant, le schéma est tronqué dans la mesure où la similitude de propriétés ne peut se cantonner à la similitude de droits, de sorte que l'identité des femmes et des hommes n'est pas réductible à l'égalité a priori de leurs droits.

En somme, et parce que les deux sexes ne sont pas dans leurs entières propriétés identiques, ils ne peuvent être eux-mêmes identifiés ensemble comme une unicité.

Ces considérations recentrent le débat sur l'essence et l'individuation. La voie de l'individuation²⁴³ permet à un être de devenir réellement ce qu'il est au plus profond de lui-même : il s'agit de la réalisation du Soi. Pour Carl Gustav Jung le but de l'individuation est de libérer le Soi, «d'une part des fausses enveloppes de la persona, et d'autre part de la force suggestive des images inconscientes»²⁴⁴. Clairement, pour la théorie de l'individuation, l'individu est ce qu'il est en vertu de la totalité de toutes ses propriétés, de tous ses traits ce qui remet nécessairement en cause le principe de l'identité des indiscernables en ce que son application par le droit identifie l'homme et la femme.

La conscience de soi, c'est-à-dire la volonté de se réclamer unique et singulier, est opposée au masque imputée à la persona²⁴⁵ qui rend difficilement reconnaissable une personne. Ce n'est que

242 «Nullam uspiam dari perfectam similaritatem», GP IV, 514.

243 G. W. LEIBNIZ, Disputation métaphysique sur le principe d'individuation, *Les Études Philosophiques*, Paris, 1979, n°1, pp. 79-105 : l'individuation est «l'ensemble des qualités particulières qui constituent l'individu, par opposition à l'espèce».

244 C. G. JUNG, *Dialectique du Moi et de l'inconscient*, Paris, Folio, 1986, 288 p.

245 Issu du vocabulaire latin, où la persona évoquait le masque que portaient les acteurs sur la scène antique, le terme de personne n'a pas toujours revêtu le sens juridique précis qui est lui est donné. A Rome, la personne était définie par son statut qui lui permettait d'accéder à la vie juridique. Autrement dit la personnalité n'était pas reconnue à tout être humain; seul celui qui avait le statut d'homme libre était considéré juridiquement comme une personne, par opposition à l'esclave qui était une chose, tandis que les étrangers ou les citoyens placés sous l'autorité d'un paterfamilias ne disposaient que d'une personnalité réduite. Aux origines, la personne n'était donc qu'un personnage s'identifiant selon

plus tard, vers 300 avant J.-C., à l'époque stoïcienne²⁴⁶ que le masque tombe et laisse la place à l'individu-sujet, c'est-à-dire une personne individualisée. L'individu n'est désormais plus une persona, mais une personne appréhendée selon sa substance. Il faut parler d'essence, dans la mesure où l'individu est considéré comme n'étant plus caché derrière un rôle, une fonction, mais derrière sa propre personne, indépendamment d'extranéités qui pourraient fausser la perception que les autres se font de cet individu.

Dès lors, la femme ne sera plus seulement une mère, une épouse, mais elle sera avant tout une personne, un sujet et un sujet de droit. Seulement, en accordant les mêmes droits en principe aux hommes et aux femmes, le droit détourne l'identité des indiscernables au profit d'une identité-indiscernabilité, considérant que leur situation juridique étant identique, les deux sexes le sont.

Or, l'homme et la femme ne sont pas propriétaires des mêmes choses, ne serait-ce que biologiquement, le principe leibnizien ne peut dès lors pas s'appliquer au féminin/masculin.

131. L'égalité de traitement illustre pourtant l'identité-indiscernabilité préconisée par le droit. Consacré par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, le principe d'égalité de traitement était attendu et embrasse plus de situations que le principe «à travail égal, salaire égal»²⁴⁷. Si ce principe a le mérite de réserver le même traitement aux hommes comme aux femmes, notamment dans l'accès au parcours professionnel, il n'en demeure pas moins un principe génériciste qui en niant le différentialisme, devient un obstacle majeur à la construction d'une identité féminine. Non pas que la femme doit pâtir d'un traitement inégal pour se réclamer d'un statut propre à son sexe, mais d'un traitement différencié si sa situation le justifie.

L'égalité de traitement connaît ainsi des limites lorsque la salariée est enceinte. Le dispositif de protection confère à la salariée enceinte ou en couches une stabilité contractuelle dont ne bénéficient pas les autres salariés²⁴⁸. Ce protectorat de la grossesse et de la maternité vient mettre à

une apparence objective, un rôle, une fonction. De sorte que la personne n'est pas individualisée, mais au contraire considérée à travers son rôle social. C'est ainsi que la femme est cantonnée à un rôle de mère, d'épouse et l'homme à celui du patriarche. En effet, l'autorité du paterfamilias est présente, subordonnant la femme à la condition de mineure juridique. Dans sa psychologie analytique, Carl Gustav Jung reprend le mot «persona» pour désigner la part de la personnalité qui organise le rapport de l'individu à la société, la façon dont chacun doit s'identifier à un personnage socialement prédéfini afin de tenir son rôle social. Le moi peut facilement s'identifier à la persona, conduisant l'individu à se prendre pour celui qu'il est aux yeux des autres et à ne plus savoir qui il est réellement. En ce sens, la personne ne jouit pas d'une identité propre, mais vit au travers d'une médiation, celle du masque de l'acteur qui va créer de l'abstraction et de l'extériorité.

246 J.-M. TRIGEAUD, *La personne*, *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1989, p. 103 s.

247 Cass. Soc., 29 octobre 1996, Ponsolle, n° 92-43680, *Bull.*, 1996 V N° 359 p. 255 : La règle à travail égal, salaire égal est introduite par l'arrêt Ponsolle. Il y est décidé que «l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que l'un ou l'autre sexe soit placé dans une situation identique».

248 A. GARDIN, *Maternité et rupture du contrat de travail, Retour sur quelques évolutions marquantes*, *RJS*, 12/07.

mal le principe d'égalité de traitement et illustre bien la nécessité de contraindre l'identité-indiscernabilité à plier face à l'identité-singularité.

Si la recherche de l'identité peut conduire au rejet de la différence dans sa acception la plus réductrice, elle peut également être une source de prise en considération de la personne à travers une thématique plus ontologique, celle de l'identité-singularité.

2- L' identité-singularité

132. A l'inverse, l'identité comprise comme la singularité est un outil de la différenciation des sexes, un outil de l'existence d'un statut à travers l'identité sexuelle. L'identité-singularité se rattache à la notion d'ipséité qui fait qu'un être est lui-même et non un autre et ce en vertu de son authenticité personnelle²⁴⁹.

Il doit ainsi être protégé et non pas voir sa différence niée. La singularité dans une acception logique désigne «ce qui regarde la dimension strictement individuelle de l'existence»²⁵⁰, c'est-à-dire l'essence-même de la personne. L'identité appliquée à un être qui est un et le même est dite identité numérique. Lorsqu'il s'agit d'individus vivants, on parle d'identité personnelle ou juridique.

Voltaire, dans son *Dictionnaire philosophique*, inscrit sous le mot «identité» celui de «mêmeté» et signifie de la sorte la «quasi-invariance» qui exprime le fond conceptuel de ce terme.²⁵¹ La notion de mêmeté répond, pour Ricœur, à la question «que suis-je ? »²⁵² et vise ainsi la continuité de propriétés de la personne, ce que résume Ricœur avec la notion de «caractère», entendu comme «l'ensemble des dispositions durables à quoi on reconnaît une personne»²⁵³.

Pour Philippe Corcuff, Maître de conférences en science politique, il s'agit d'une notion fréquemment étudiée en sociologie notamment avec la notion d'habitus définie par Pierre Bourdieu

249 P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1996, 424 p.

250 VOLTAIRE, Singularité, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 2010, 634 p.

251 P.-J. LABARRIERE, Identité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

252 P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 147.

253 *Ibid.*, p. 146.

comme un «système de dispositions durables et transposables»²⁵⁴ incorporé par l'individu au cours des divers apprentissages de son existence²⁵⁵. Les personnes participant à un même groupe social ont des probabilités de faire une série d'expériences communes, il s'agit d'un habitus de classe qui doit être distingué de l'habitus individuel.

Pour le sociologue Pierre Bourdieu, «il est exclu que tous les membres de la même classe (ou même deux d'entre eux) aient fait les mêmes expériences et dans le même ordre»²⁵⁶ Chaque individu serait dès lors un ensemble individuel, singulier, unique, de dispositions collectives. En considérant les femmes et les hommes selon un même schème, le droit apporte du crédit à l'habitus s'éloignant davantage du déterminisme biologique. Le «on ne naît pas femme, on le devient» de Simone de Beauvoir trouve ici pleinement son sens : la femme serait une construction de la société qui nierait alors son identité personnelle.

Considérant les deux sexes comme une unité indissociable, le droit en oublie que la femme en tant que personne est différente et ainsi aliène sa propre différence, rejetant par là même l'altérité de l'autre.

B- L'ALTÉRITÉ REJETÉE

133. Si l'égalité des sexes a permis de nombreuses avancées sociales pour la femme, l'absence de distinction juridique entre les sexes, par le biais d'une globalisation des personnes juridiques, est significative à la fois d'un rejet de la différence sexuelle (1) et d'une exclusion de toute identité de la femme qui, pourtant, pourrait ne pas lui être incompatible, l'identité juridique féminine pouvant se concilier avec une égalité des sexes désireuse de faire respecter les droits des femmes, mais sous condition d'être suffisamment nuancée pour ne pas confondre sexe féminin et sexe masculin. L'altérité sexuelle rejetée par une égalité non nuancée doit fléchir sous la nécessité de reconnaître enfin un statut de droit à la femme (2).

254 P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, Éd. de Minuit, 1980.

255 P. CORCUFF, *Figures de l'individualité*, de Marx aux sociologies contemporaines, *EspacesTemps.net*, Textuel, 2005.

256 P. BOURDIEU, *op. cit.*

1- La différence sexuelle

134. L'acceptation de l'altérité par la différence. Si Simone de Beauvoir rejette la différence des sexes, c'est qu'elle ne lui apparaît pas comme étant naturelle, pour la philosophe cette différence est construite par la société, fondement du carcan de l'oppression masculine. Selon elle, admettre le naturalisme d'une telle différence sert de prétexte à des traitements inégaux entre les hommes et les femmes pour légitimer notamment l'état d'infériorité dans lequel la femme est placée. Pourtant il s'agit bien d'une différence naturelle.

Désignant toute relation d'altérité entre deux ou plusieurs termes, la différence ne signifie pas, dans sa simple définition, la subordination d'une personne à une autre. Le Professeur Maria Michela Marzano explique que la différence des sexes ne signifie pas l'infériorité des femmes, ni ne justifie un quelconque rapport de soumission entre les deux sexes²⁵⁷. Elle prend pour illustration une œuvre de la psychanalyste Marie Balmory, *Le sacrifice interdit*²⁵⁸, et pointe les dangers d'une négation de la différence entre les sexes, en ce qu'elle effacerait toute altérité, pourtant nécessaire. La domination masculine ne serait pas ainsi la conséquence de la différence, mais sa négation.

La pensée scolastique distingue la différence numérique lorsqu'il s'agit d'une multiplicité quantitative dans un même groupe d'objets et la différence spécifique, qui est celle intéressant l'étude, lorsque les termes diffèrent par leur essence. La différence sexuelle est une différence spécifique en ce que les hommes et les femmes diffèrent par leur essence même, leur biologisme. La définition adoptée par Aristote de la différenciation met en relief la différence sexuelle, «différence se dit des êtres qui sont autres en quelque chose ; pas seulement par le nombre, mais ou bien par l'idée, ou bien par le genre, ou bien par analogie»²⁵⁹. Le genre sexué est donc compris dans la différenciation. Les hommes et les femmes sont différents, c'est un fait et comme la féminologie le préconise, cette différence irréductible doit être acceptée et ce pour une reconnaissance de l'identité de ses composants.

257 M. M. MARZANO, Différence sexuelle et désir: l'unité duale de l'homme et de la femme, *Rev. de la B.P.C.*, I/2002. <http://www.philosophiedudroit.org/marzano,%20unite%20%20duale.htm>

258 M. BALMORY, *Le sacrifice interdit*, Paris, Grasset, 1986, 293 p.

259 ARISTOTE, *Catégories*, Paris, Belles Lettres, Éd. bilingue français-grec, traduction et présentation par R. Bodéüs, 2002, 622 p.

135. La confusion possible mais écartée entre différence et hiérarchie sexuelles.

Toutefois, le risque de l'admission de la différence sexuelle est de créer l'amalgame avec une hiérarchie entre les sexes. En effet, la différence se caractérise par la distinction entre des éléments appartenant à un même groupe- ici le genre humain- et peuvent être comparés et hiérarchisés. Le problème n'est pas la comparaison, puisqu'au contraire elle peut permettre d'adapter le traitement juridique pour qu'il soit le plus favorable possible à une femme placée dans une situation spécifique à son sexe-on peut penser ici au traitement pénal différencié et donc particularisé des détenues enceintes.

Mais la hiérarchie d'individus différents emportant une subordination kelsénienne de l'un à l'autre. La hiérarchie sexuelle induite par une interprétation erronée de la différence entre les sexes rejoint les représentations mentales stéréotypées du péjoratif clivage homme/femme. Ce qui est associé à la femme serait dangereux, équivoque et subjectivé par des émotions exacerbées ; tandis que l'homme est, dans les esprits réactionnaires, associé à la neutralité, la force, l'ordre dominant.

La pensée freudienne explique que la différence sexuelle est liée à l'histoire de l'enfant et comme telle ne peut s'affranchir d'une hiérarchie entre les sexes.

Pour certains la différence sexuelle est fondée sur des différences naturelles, pour d'autres sur des différences culturelles, les unes n'étant pas exclusives des autres, mais la compréhension de la place de la femme dans la société est divergente.

Pour Françoise Héritier, la différence sexuelle est culturelle, induisant nécessairement une hiérarchie entre les sexes condamnable. La hiérarchie, entendue comme une organisation de la société subordonnant ici la femme à l'homme, doit donc être dissoute. A travers ses règles neutres et non spécifiques, le droit persiste à classifier les individus selon un ordre trop souvent défavorable aux femmes.

La différence des sexes ne doit pas être perçue comme un moyen de hiérarchiser les sexes et notamment de soumettre la femme à une domination masculine. Le droit qui ne peut voir l'individu dans toute sa complexité, dans toutes ses spécificités, «se contentant de ses abstractions réductrices»²⁶⁰, annonce les prémisses de la reconnaissance d'une identité féminine en admettant le traitement différencié de situations différentes.

260 C. GRZEGORCZYK, Le sujet de droit: trois hypostases, *Archives de philosophie du droit*, T. 34, Paris, Sirey, 1989, pp. 9-24.

2- Reconnaître enfin un statut identitaire à la femme

136. La négation par l'égalité. En accordant à chacun les mêmes droits et obligations le droit promeut une idée de la justice qui est égalitaire. Ainsi, chaque individu du fait de sa personnalité juridique possède des droits et des obligations qui l'inscrivent dans un contexte d'égalité avec les autres. Cette égalité efface donc les différences entre les individus, remaniant donc l'organisation sociale par l'effacement de tout statut particulier.

Selon une étude de Linton²⁶¹, le statut est considéré comme la position qu'un individu occupe sur une des dimensions du système social. Le statut juridique se réfère donc à la position qu'un individu occupe au regard du droit, c'est-à-dire en tenant compte de son environnement juridique. Le statut définit donc l'identité de l'individu, or le fait de défendre l'égalité entre les individus peut permettre de nier un tel statut, les individus ainsi égaux ne pourraient revendiquer une condition différente.

A travers les gender studies, les théoriciennes du genre ont voulu montrer que les femmes ne disposaient pas de la même condition juridique que les hommes, les femmes ayant une place moindre sur la scène juridique. La quasi-absence du terme «femme» dans les règles édictées par le code civil est une illustration significative du manque de considération de la femme dans le droit et partant de la négation d'un statut pour elle.

Indépendamment de toute considération socio-féministe, les hommes et les femmes ont certes des droits de la personnalité, mais ces droits, du fait de la personne à laquelle ils sont rattachés sont différents les uns des autres. En ce sens que l'homme et la femme ne pourraient avoir les mêmes droits et ainsi pas le même statut dans l'ordre juridique. En s'appliquant de manière indifférenciée à toute situation, le principe d'égalité pose ici clairement ses limites.

137. L'adaptation situationnelle du principe d'égalité. Selon un considérant de principe devenu classique, le juge constitutionnel considère «que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit»²⁶². Si le principe abstrait d'égalité

261 R. LINTON, *Le fondement culturel de la personnalité*, Paris, Dunod, 1977, 138 p.

262 Cons. const. 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant*

n'oblige nullement à traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, il offre- depuis la règle énoncée par le Conseil Constitutionnel- au juge et au législateur la possibilité d'appliquer une politique de différenciation à la faveur des personnes lésées.

L'intérêt général qui permet de déroger à l'égalité stricto sensu ne résulte pas de différences de situations, mais se déduit plutôt d'une situation globale à laquelle il convient de remédier, comme la pauvreté, la minorité. En réalité, il semble bien que dans la plupart des cas, un tel intérêt n'existe que quand une différence de situation existe entre certaines catégories de populations, ainsi les hommes et les femmes. Il s'agit généralement de prendre en compte des différences de situations quelle que soit leur nature, géographique, sociale, résultant d'un lien de droit comme le mariage²⁶³, et quels que soient les intéressés²⁶⁴.

Le principe d'égalité n'est pas incompatible avec les politiques de différenciation, il s'agit seulement d'adapter le principe aux situations. L'application de traitement différencié pour les femmes comme correcteur d'inégalités demeure timide. Il permet pourtant aux femmes d'accéder à un traitement auquel elles n'auraient pu prétendre si elles avaient été homme et ce sans appuyer péjorativement leur différence, ni sans léser les hommes.

L'effectivité de telles politiques permettrait certes aux femmes de bénéficier d'un statut dans tous les domaines socio-juridiques et ce conformément aux exigences à la fois d'égalité des sexes et d'identité, mais le point nodal des traitements différenciés légitimes doit demeurer l'équilibre des besoins divers induits par des situations sexuées distinctes.

un revenu minimum d'activité, n° 2003-487 DC, *Rec.* p. 473, cons. N° 20 ; *AJDA* 2004, p. 216, note J.-E. Schoettl ; *D.* 2004, SC p. 1274, obs. A. Duffy; Cons. const. 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC, *Rec.* p. 61, cons. N° 31 ; v. L. Favoreu et L. Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2005, 13^e éd., p. 641 et s.

263 G. GONZALEZ, Le Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer, *RFDA*, 2002.

264 Sous réserve des distinctions à raison de l'origine, la race ou la religion qui sont interdites par l'article 1^{er} de la Constitution.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

138. Si le principe de l'égalité des sexes renforce la déconsidération de l'identité féminine comme entité distincte de l'homme, son rôle quant à l'insertion sociale de la femme n'est pas à occulter, ni à dénigrer. Elle lui est, en effet, redevable de son émancipation de la tutelle masculine, lui ayant permis d'accéder à l'instruction et au travail. Mais la condition de la femme épouse et mère au foyer non affranchie n'est pas ancienne et demeure trop souvent d'actualité.

Ensemble droit et politique luttent contre la perdurance d'inégalités injustes ramenant la femme à son image de sexe faible. Des efforts restent encore à fournir en particulier en ce qui concerne la considération des femmes travailleuses, car en dépit de leur accès au monde du travail, elles sont encore sujettes à la soumission masculine. La question des inégalités dans la rémunération en est le point nodal.

La sphère privée de la femme ne la protège guère des assauts inégalitaires. L'exemple de la répartition des tâches ménagères qui n'est juridiquement pas encadrée ne manque pas de rappeler le rôle du pater familias.

La subordination de la femme existe toujours et même en ce qui concerne son corps, elle ne dispose pas toujours de la liberté d'en disposer.

A ce titre, le droit semble se montrer impuissant, la non-ingérence dans le privé et précisément dans la famille le confrontant à ses limites. Mais s'il est un domaine dans lequel il peut intervenir, il s'agit bien de celui des discriminations. Instruments du droit, la HALDE se veut garante de la protection des femmes lorsqu'elles subissent une discrimination en raison de leur sexe, tandis que l'égalité des chances corrige les inégalités injustes permettant à la femme en raison de son sexe d'obtenir les mêmes moyens que les hommes pour parvenir à un objectif prédéterminé.

L'égalité des sexes a concouru à permettre à la femme de devenir un sujet partiellement propriétaire. En effet, elle peut posséder des biens, alors que la loi salique le lui défendait, mais elle n'est toujours pas propriétaire de son corps, la pénalisation du racolage public étant plus sévère pour les prostituées que pour leurs clients par exemple.

L'accession à la capacité juridique par la femme n'étant plus alors considérée comme une mineure juridique est une des grandes illustrations de l'influence socio-juridique de l'égalité des sexes. La femme peut désormais agir juridiquement sans que le consentement de son époux ne soit nécessaire. Responsable juridiquement la femme doit aussi bien répondre de ses actes, qu'en être l'auteur. Si la responsabilité en tant que compétence laisse planer un doute quant à la réelle considération du féminin, notamment en ce qui concerne le statut particulier de la conjointe associée ; la responsabilité en tant que devoir de répondre de ses actes et plus précisément du point de vue pénal montre que le traitement différencié de la délinquante accrédite l'identité féminine.

Indépendamment de tous les bienfaits de l'égalité des sexes envers la femme, elle dessert la reconnaissance de son identité la forçant à être similaire à l'homme alors qu'elle est singulière et rejetant ainsi l'altérité par la dénégation de la différence sexuelle.

La femme se trouve donc tiraillée entre la volonté de s'affranchir pleinement de son image de dominée et la nécessité d'affirmer sa singularité qui lui permettra d'accéder à son identité juridique.

CONCLUSION DU TITRE 1

139. Eu égard à la considération juridique de la femme dans la société, le principe de l'égalité des sexes ne peut être discrédité tant les efforts fournis ont permis d'accomplir des progrès émancipateurs.

Il ne s'agirait d'ailleurs que de la pure mauvaise foi de dénier admettre l'influence considérable qu'il a tenu en faveur de l'affranchissement de la femme.

Schématiquement, la femme était une pécheresse redoutée et ainsi soumise à l'homme et est devenue un sujet de droit responsable et actrice.

Toutefois, dans la perspective de reconnaissance de l'identité juridique féminine, l'égalité des sexes entrave la singularité de la femme en ne la percevant que comme une personne juridique à l'instar de l'homme. Le rejet de l'altérité sexuelle contribue en sus à caractériser l'égalité des sexes comme un processus visant à l'homogénéisation de la société dans l'indifférence la plus totale des particularismes féminins.

TITRE 2

L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME EMPÊCHÉE PAR L'ÉGALITÉ DES SEXES

140. La justice suit le mouvement lancé par l'égalité des sexes dont l'objectif principal est de réduire les inégalités entre les hommes et les femmes. Elle applique alors dans les textes l'indifférence du sexe des justiciables. Toujours dans le souci de combattre les inégalités iniques, cette promotion d'une justice égalitaire s'avère respectueuse des droits des femmes (Chapitre 1).

Mais, sous la perspective de l'identité féminine, l'égalité des sexes connaît des limites. En effet, en rejetant l'altérité sexuelle au profit d'une homogénéisation des règles de droit, l'égalité des sexes se confond avec un égalitarisme génériciste nocif pour les droits des femmes (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

DE L'ÉGALITÉ DES SEXES À L'ÉGALITARISME

141. La protection des droits des femmes revendiquée par le principe de l'égalité des sexes est l'affaire de la justice qui se porte garante de la bonne application de ce principe.

Elle veille donc à ce que les droits des femmes soient respectés par le biais de ce principe (Section 1).

Toutefois, l'égalité des sexes lorsqu'elle outrepassé les limites socio-juridiques du vivre-ensemble et lorsqu'elle occulte de sa vocation la protection des droits des femmes dérive vers un égalitarisme néfaste pour les femmes et surtout pour une reconnaissance de leur respect en tant que femmes.

C'est ce vers quoi l'égalité des sexes tend quand elle ne se préoccupe pas des femmes du point de vue sexué. C'est en somme ce vers quoi l'égalité des sexes tend si elle ne se décide pas à intégrer dans ses préoccupations la reconnaissance de l'identité féminine (Section 2).

SECTION 1 L'ÉGALITÉ DES SEXES ET LES DROITS DES FEMMES

142. Il est de l'office de la justice de faire respecter les règles et notamment celles érigées en principe. Le principe d'égalité des sexes implique donc l'intervention de deux versants de la justice, le versant contentieux qui est mis en œuvre lors de la prise de décisions de justice et le versant gracieux qui permet de montrer les efforts d'exploitation des structures mis à sa disposition par le droit (§1).

Le rayonnement de la volonté d'application de l'égalité des sexes s'étend non seulement à la législation et la jurisprudence internes, mais encore à la législation et la jurisprudence internationales (§ 2).

§ 1 L'INTERVENTION D'UNE JUSTICE GRACIEUSE ET D'UNE JUSTICE CONTENTIEUSE

143. Le droit et l'égalité des sexes doivent s'allier pour que les inégalités injustes entre les sexes soient, à bon droit, éradiquées. Deux aspects de la justice sont dévoilés et employés pour tenter de parvenir à ce résultat : le gracieux et le contentieux. Il s'agit concrètement de deux stades au sein desquels la justice va intervenir pour enrayer les inégalités.

Le premier stade, celui de la justice gracieuse apparaît au moment de la prévention des inégalités (A), le second, celui de la justice contentieuse, naît au moment de la répression des inégalités (B).

A- LA JUSTICE GRACIEUSE

144. Au sein de la justice gracieuse, qui peut être considérée comme un stade pré-décisionnel, l'office du juge est de contrôler l'application du droit et notamment le respect du principe d'égalité (1).

Bien que l'égalité des sexes ne soit pas expressément prévue par le droit, des outils sont mis à disposition des femmes pour faire appliquer leurs droits. Idéalement, l'application des règles en présence pourrait suffire à prévenir contre les inégalités entre les sexes (2).

1- Le contrôle du droit par le juge

145. L'égalité entre les sexes non expressément prévue. Le principe d'égalité est, en France, un des principes les plus anciens du droit public. En effet, «La France assure devant la loi l'égalité de tous les citoyens», C'est selon cette expression que la Constitution du 4 octobre 1958 consacre en son article 2 le principe d'égalité, à travers la devise «Liberté, Égalité, Fraternité». Élevé au rang des principes généraux du droit déjà consacré par le Conseil d'État dans l'arrêt Aramu le 26 octobre 1945²⁶⁵, ce principe est reconnu tant dans la jurisprudence du Conseil d'État²⁶⁶, que dans celle du Conseil Constitutionnel²⁶⁷, et est lui-même élevé au rang de principe ayant valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel en 1973.

Seulement, si le principe d'égalité est consacré par la Constitution, celle-ci ne prévoit pas l'égalité entre les sexes. Dans son Préambule, la Constitution opère un renvoi exprès à trois autres textes fondamentaux dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, où il est proclamé que les «hommes naissent libres et égaux en droit», mais un principe général d'égalité entre les hommes et les femmes n'y est pas explicitement posé, «Les hommes et les femmes naissent libres et égaux en droit», devrions-nous lire. Le juge doit donc déduire du principe d'égalité, un principe d'égalité entre les hommes et les femmes et s'assurer non seulement que le principe est effectivement appliqué mais aussi que les droits des femmes sont respectés.

Il n'est pas nécessaire qu'une juridiction soit saisie d'un litige pour que l'application du principe de l'égalité des sexes soit contrôlée, tel est le cas lorsque le juge statue en matière gracieuse. En effet, aux termes de l'article 25 du Code de procédure civile : «le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de

265 Conseil d'État, Ass. 26 octobre 1945, Aramu, *Rec. Lebon*, p. 213.

266 Conseil d'État, 9 mai 1913, Sieurs Roubeau et autres, *Rec. Lebon*, p. 521. «Principe de l'égalité des citoyens devant les règlements administratifs».

267 Cons. Constit. n°73-51 DC, 27 décembre 1973, *Rec. des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 25. «Principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789».

l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle».

Il s'agit donc pour le juge d'exercer un contrôle sur la règle de droit, de sorte que son application soit réellement effective.

146. Les moyens du recours gracieux. Le recours gracieux permet alors aux justiciables soit de contester une décision administrative demandant qu'elle soit modifiée ou abrogée²⁶⁸, soit de réclamer l'application effective d'une décision ou d'un texte. Le recours pour l'application du droit au logement opposable²⁶⁹ en est une illustration. En effet, de ce droit découle la possibilité pour «toute personne sans domicile et résidant de façon régulière sur le territoire français, d'entamer un recours contre les pouvoirs publics dans le cas où les démarches entreprises en vue de l'obtention d'un logement social connaîtraient une stagnation anormale». Le texte instituant ce droit se montre particulièrement bienveillant à l'attention des femmes enceintes et des femmes seules avec un ou plusieurs enfants, dans la mesure où elles sont classées dans la catégorie des personnes devant en priorité bénéficier du droit au logement opposable.

Mais, il se révèle être discriminant au regard des hommes et des femmes seuls sans enfants, l'égalité des hommes et des femmes n'est alors pas respectée, ni celle entre les femmes. Une telle disposition aboutit à ne reconnaître des droits aux femmes et donc un statut juridique qu'à travers leur maternité. Ainsi si la justice gracieuse en matière de droit au logement opposable offre une garantie aux mères, une femme sans enfant se trouve à l'inverse lésée par le simple fait qu'elle ne soit que femme.

L'égalité des sexes devant la loi n'est donc pas la préoccupation première de la loi relative au droit au logement opposable.

La justice gracieuse ne doit pas pour autant être stigmatisée accordant à certaines des droits auxquels certains ne peuvent prétendre, l'objectif du recours gracieux demeure la volonté d'application des lois et ce même si certains textes ne s'appliquent qu'à une catégorie de la population.

268 Le recours est ainsi qualifié de recours administratif gracieux.

269 La loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale a instauré le droit au logement opposable (dite loi Dalo) reconnaît un droit au logement décent et indépendant aux personnes (résidant en France de façon stable et régulière) qui ne peuvent accéder par leurs propres moyens à un tel logement ou s'y maintenir.

C'est ainsi que, le 10 janvier 2011, trois associations, le Planning Familial, l'ANCIC²⁷⁰ et la CADAC²⁷¹, ont adressé un recours gracieux auprès du Premier Ministre pour que la loi du 4 juin 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et les droits des femmes soit respectée. Il est reproché un accès aux soins de plus en plus difficile et une information lacunaire en matière d'éducation sexuelle en milieu scolaire. Le Premier Ministre n'a, lors de son Gouvernement, pas apporté de réponse à ce recours. Dans la même veine, la libre disposition de leur corps par les femmes dans la maîtrise de la fécondité n'est pas réellement effective. Pour exemple, depuis juin 1999, seule la contraception d'urgence est accessible en pharmacie sans prescription médicale. Aussi, les carences en matière de remboursement, notamment, la quasi absence de prise en charge des pilules contraceptives microdosées, constituent un obstacle à une contraception et partant à une maternité pleinement choisie. Si l'enquête Cocon²⁷² montre que la contraception est largement plébiscitée, 80% des femmes interrogées dans la tranche 18-44 ans affirment utiliser une méthode de contraception, selon cette même enquête plus d'une femme sur trois aurait recours à une pilule non remboursée par la sécurité sociale²⁷³.

En somme, il n'est pas toujours nécessaire de réformer le droit, il suffit de l'appliquer de

270 <http://www.ancic.asso.fr/> : ANCIC est l'acronyme de Association Nationale des Centres d'Interruption de Grossesse et de Contraception. Fondée en 1979, cette association réunit «des professionnels travaillant dans les centres de Planification et d'Interruption de grossesse des secteurs Privés et Publics, soignants, psychologues, psychiatres, sages-femmes, médecins et toute personne participant à la défense des droits des femmes, à la réflexion et aux recherches théoriques et pratiques concernant la sexualité et la maîtrise de la procréation, l'éducation sanitaire particulièrement l'éducation sexuelle.

Elle se fixe pour buts :

- De défendre le droit à l'avortement et à la contraception.
- De protéger le travail des personnels des Centres de Planification et d'Interruption Volontaire de grossesse, par l'obtention d'un statut leur garantissant reconnaissance et stabilité professionnelle.
- D'assurer la bonne application de ces droits et l'obtention des moyens nécessaires pour les exercer, dans les meilleures conditions de sécurité, médicales et morales :
 - par le remboursement de l'interruption volontaire de grossesse et de la contraception .
 - par l'intégration des centres de Planification dans les Centres d'interruption de grossesse, l'élargissement de leur activité à la détection précoce des maladies sexuellement transmissibles, à l'accueil des victimes d'agression sexuelle, à la prise en charge des stérilisations volontaires féminines et masculines.
 - par le développement d'un secteur public largement accessible à toutes les femmes, promoteur de l'enseignement et de la recherche.
- De promouvoir les techniques ambulatoires d'avortement volontaire :
 - anesthésie locale.
 - dilatation médicamenteuse du col
 - techniques médicales d'avortement et leur utilisation hors hospitalisation».

271 <http://www.centre-hubertine-auclert.fr/organisme/cadac-coordination-des-associations-pour-le-droit-a-l-avortement-et-a-la-contraception> : CADAC est l'acronyme de Coordination des Associations de Défense de l'Avortement et de la Contraception. «La CADAC a été créée en 1990, à l'initiative du groupe femmes «Elles sont pour». Elle regroupe associations, syndicats et partis politiques sur le constat que, malgré la loi Veil (1975) conquise par la lutte des femmes, l'avortement reste menacé».

272 INED, Enquête Cocon, 2000.

273 Inspection générale des affaires sociales, La prévention des grossesses non désirées : contraception et contraception d'urgence. *Rapport RM2009-104A*. Octobre 2009.

sorte que les droits qui en découlent soient respectés.

Plusieurs structures ont été mises en œuvre à ce titre pour la promotion de l'égalité des sexes et des droits des femmes.

2- L'application effective des règles de droit

147. Le principe de non-discrimination. Si le droit ne consacre pas expressément un principe général d'égalité des sexes, il n'en demeure pas moins que plusieurs structures permettent la défense de ce droit et ce à travers des principes sous-jacents qui établissent également un lien avec la protection des droits des femmes. Il existe à ce titre pour ces mêmes notions un vocabulaire varié qui met en relief les domaines divers de leur application. Le principe de non-discrimination, l'égalité de traitement, la parité, la mixité permettent à la fois de faire valoir l'égalité des sexes et de faire entendre la voix des femmes.

Si le principe de non-discrimination constitue un instrument prégnant du principe d'égalité, le législateur français n'est intervenu que tardivement dans la prise en considération de la problématique des discriminations. En 1972, l'adoption de la loi Pleben relative à la lutte contre le racisme amorce le dispositif anti-discrimination.

A l'origine la lutte contre les discriminations était réservée au domaine pénal, mais le droit du travail a réellement pris en compte cette thématique.

L'article 1er de la loi n°82-689, dite loi Auroux, intègre dans le Code du travail l'article L122-45, qui interdit la sanction ou le licenciement d'un salarié en raison de «son origine, son appartenance à une ethnie, une nation ou une race».

Le principe de non-discrimination en droit du travail a vocation à s'appliquer à ce qui n'est pas pertinent au regard de l'aptitude professionnelle au moment de l'embauchage et trouve aujourd'hui son expression la plus complète dans l'article L1132-1. La prise en compte du sexe du travailleur est ainsi sanctionnée de nullité²⁷⁴.

274 Sous réserve des cas «où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle ou déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée» (art. L. 1142-2, al. 1).

148. L'égalité de traitement. La non-discrimination a pour corollaire l'égalité de traitement qui s'étend à tous les aspects de la relation de travail, donc au-delà du recrutement. Il s'agit de traiter pareillement les hommes et les femmes dans le cadre de leur travail, notamment en ce qui concerne leur rémunération.

La loi du 22 décembre 1972 a posé le principe de l'égalité de rémunération entre les sexes, complétée par la loi du 13 juillet 1983 dont l'alinéa premier énonce clairement : «Tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes»²⁷⁵. Pour que ce principe soit effectivement appliqué, les entreprises sont tenues de produire devant le comité d'entreprise ou les délégués du personnel un rapport annuel sur la situation comparée des hommes et des femmes.

Le droit semble donc se montrer vigilant quant à l'égalité des sexes. Pour renforcer ces dispositifs juridiques, l'État a relayé le droit par la mise en place d'une politique globale de lutte contre les discriminations en 1997 lors du Gouvernement Jospin. Il s'agissait de mettre en œuvre un programme d'actions en parallèle aux structures institutionnelles compétentes en ce qui concerne les discriminations.

149. La parité. Politiquement, l'exemple le plus significatif de la volonté d'égalité des sexes est la recherche de la parité. Mais malgré la mise en œuvre de la loi du 6 juin 2000 sur la parité hommes femmes en politique, le champ politique demeure majoritairement masculin. Dans l'esprit d'une majorité de citoyens, des représentations concernant les rôles de sexe sont toujours d'actualité malgré l'accès des femmes au vote. L'engagement politique serait masculin, tandis que la femme serait attaché aux tâches domestiques. Contrairement aux hommes, les femmes ont le sentiment d'être tenues à une obligation de reddition au sujet de leur vie privée, de sorte qu'une femme célibataire et, ou sans enfants est davantage soumise à des questions. C'est la notion imaginaire de «normalité» qui pose ici réellement problème.

Lors de l'émission «L'Heure de vérité» diffusée sur Antenne 2, Arlette Laguillier avait été interpellée par une question : «N'avez-vous pas l'impression d'avoir raté votre vie de femme ? ». L'attachement de la réussite féminine à la maternité est si ancré dans la société, que la réussite professionnelle d'une femme semble n'être qu'un épanouissement évanescent. L'identité féminine semble avant tout être l'identité de la mère.

275 C. trav., art. L3221-2.

150. La mixité. La mixité est le caractère de ce qui est mixte, de ce qui est composé de choses de natures différentes ou de personnes des deux sexes. Elle est plus précisément liée à la mixité sociale et désigne la présence simultanée ou la cohabitation, en un même lieu, de personnes appartenant à des catégories socioprofessionnelles, à des cultures, à des nationalités, à des tranches d'âge différentes.

La mixité professionnelle en est une illustration et touche particulièrement la question de l'identité féminine. Contrairement à la parité et aux politiques de quota elle ne se chiffre pas, mais doit témoigner d'un mélange à la manière du melting pot américain²⁷⁶. Elle pose le problème de l'assimilation à un groupe homogène écartant de facto tout établissement d'une identité.

Le 6 mars 2014 le Gouvernement a lancé une plate-forme d'actions pour la mixité des métiers²⁷⁷.

L'absurdité de la réforme quant à l'identité féminine est ici renouvelée et se situe dans la mouvance du principe d'égalité des sexes, il s'agit encore une fois de comparer les compétences des hommes et des femmes et de poursuivre l'hypocrisie engagée à savoir faire professionnellement des femmes des hommes.

Les efforts juridiques et législatifs en matière d'égalité des sexes ne feront pas mouche tant que les mentalités ne changeront pas. Un sondage de l'Institut Gallup en 1995 semblait pourtant annoncer les balbutiements de ce changement d'ère. La question suivante était posée à l'opinion

276 La remise en cause de la tradition du «Melting-pot pot» US et du mythe du cow-boy, *Libération*, 21 mars 1981, p. 22 : Il s'agit d'un «brassage et assimilation des divers courants d'immigration qui ont contribué au peuplement des États-Unis, au dix-neuvième siècle où s'est déroulé ce processus».

277 <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/une-nouvelle-etape-en-faveur-de-la-mixite-professionnelle>

« Avec cette plate forme, le Gouvernement et ses partenaires (entreprises, associations, fédérations professionnelles, entreprises, OPCA) s'engagent à :

- Rendre toutes les orientations professionnelles possibles, aux yeux de tous. Les recteurs seront chargés d'établir un plan d'actions pour leur académie. Les établissements d'enseignement supérieur (universités, grandes écoles,...) se fixeront des objectifs de mixité notamment pour les filières très peu mixtes.
- Mettre la question de la mixité au cœur du nouveau service public régional de l'orientation comme le prévoit la loi sur la formation professionnelle. Un catalogue de bonnes pratiques sera établi par les membres de la plate forme au niveau national et en région.
- Faire basculer dans la mixité dix secteurs d'activité clés. Parmi ceux-ci, l'accueil de la petite enfance, le grand âge, les services à la personne, la sécurité civile, l'énergie, les transports et le développement durable ont été choisis sur la base de deux critères : souvent non mixtes, ils sont porteurs d'emploi.
- Faire de la révision quinquennale des classifications de branche, renforcée dans le projet de loi sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, un levier de progrès pour la mixité.
- Agir sur les causes de la non-mixité, en particulier sur l'équilibre des temps de vie et les organisations de travail qui peuvent être dissuasives. Des actions seront engagées pour sensibiliser les professionnels de la petite enfance à l'implication des pères. Le site <http://www.ega-pro.fr> diffusera les bonnes pratiques en termes d'organisation du temps de travail et d'articulation des temps de vie.
- Mobiliser la commande publique comme levier de promotion de la mixité, notamment dans les grands chantiers.
- Développer de concert une communication positive et partagée. A cet effet, une grande campagne de communication sera bientôt lancée, ainsi qu'un logo utilisable par l'ensemble des partenaires».

publique de vingt-deux pays : «S'il y avait davantage de femmes en politique, le pays serait-il moins bien ou mieux gouverné ? ». En France, la réponse «mieux gouverné» recueillait une majorité absolue auprès de l'opinion, mais le délai entre la prise de conscience et son application effective ne semble pas encore suffisant. Si la justice gracieuse permet alors de veiller à la bonne mise en œuvre des égalités entre les sexes, celles-ci sont encore trop souvent fictives et à la justice contentieuse de prendre le relais pour que les discriminations ne soient plus.

B- LA JUSTICE CONTENTIEUSE

151. La justice contentieuse est dévoilée dès lors que le principe d'égalité des sexes a été bafoué, il s'agit du stade juridique qui succède l'apparition de discriminations ou d'inégalités. C'est un moment juridictionnel.

La mise en œuvre du principe d'égalité des sexes au sein-même des décisions de justice (1) et la pénalisation des discriminations liées au sexe féminin (2) sont deux moyens illustrant la répression de l'inapplication du principe d'égalité des sexes, significatifs du contentieux judiciaire.

1- La mise en œuvre du principe d'égalité des sexes dans les décisions de justice

152. L'accès aux emplois publics. Pléthores de décisions de justice manifestent la volonté d'application de l'égalité entre les sexes et ainsi l'éradication des discriminations entre ceux-ci. Pour le droit interne, aussi bien la jurisprudence de l'ordre judiciaire, que la jurisprudence de l'ordre administratif sont concernées. Les discriminations sont multiples et les domaines variés, mais il ressort des décisions qu'elles touchent en majeure partie le monde du travail.

En effet, le Conseil d'État s'est emparé de la question en reconnaissant en 1936, dans son arrêt Demoiselles Bobard²⁷⁸, que le principe d'égal accès aux emplois publics impliquait le droit des femmes d'accéder à la fonction publique. Dans cette décision, le Conseil d'État a entrepris

278 Conseil d'État, 3 juillet 1936, Bobard : *Rec. CE* 1936, p. 721 ; *DP* 1937, 3, p. 38, concl. Latournerie.

seulement l'intégration des femmes à la fonction publique, mais est demeuré frileux quant à l'admission effective d'une égalité des sexes dans l'accès aux emplois publics, estimant que l'administration, selon une appréciation discrétionnaire, pouvait refuser les candidatures féminines en raison de l'intérêt du service. La règle inscrite dans le Préambule de la Constitution de 1946 en vertu de laquelle, «la loi garantit à la femme dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme» emboîta le pas à ce changement d'ère.

La jurisprudence du Conseil d'État est ensuite allée plus loin en affirmant, dans un arrêt Syndical national autonome du cadre de l'administration générale des colonies, le principe de l'égalité des sexes dans l'accès aux emplois publics²⁷⁹.

Mais elle a admis dans l'arrêt Viauroux du 2 mai 1959 que des dérogations étaient possibles, dans le cas où la nature des fonctions et ses conditions d'exercice les exigeaient²⁸⁰.

La loi n°75-599 du 10 juillet 1975²⁸¹ a repris les dispositions de la jurisprudence pour leur donner une force législative. Mais en 1981, il existait encore cinq corps dont le recrutement était exclusivement réservé aux hommes, deux corps aux femmes et dix-huit corps pour lesquels les recrutements et conditions d'accès étaient différents selon le sexe des candidats²⁸². Considérées par la Commission des Communautés européennes comme étant contraires à la directive du Conseil n°76-07 du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, ces dispositions devaient être modifiées par le gouvernement français.

C'est ainsi que, dans un souci d'égalité des sexes, la loi n°82-380 du 7 mai 1982²⁸³ a posé des règles nouvelles excluant alors le recrutement exclusivement masculin ou féminin lui préférant un principe de mixité. Concrètement des recommandations ont été adressées par une circulaire du Ministre de la fonction publique en date du 24 janvier 1983 de sorte que le principe de mixité associé à celui d'égalité des sexes soit véritablement appliqué. Ainsi le libellé des emplois a été modifié, indiquant qu'ils sont accessibles aux femmes et aux hommes.

279 Conseil d'État, 6 janv. 1956, Syndicat national autonome du cadre de l'administration générale des colonies : *Rec. CE* 1956, p. 3 ; *Rev. adm.* 1956, p. 33, concl. Laurent.

280 Conseil d'État, 2 mai 1959, Viauroux : *Rec. CE* 1959, p. 280 : le Conseil d'État admettait une telle dérogation sous un contrôle du juge.

281 A. de LAUBADÈRE, *AJDA*, 1975, chron, p. 405.

282 B. THOMAS-TUAL, Égalité des sexes, *J.-Cl.*, Fasc. 181 : Recrutement, 18 février 2005.

283 SALON ET SAVIGNAC, Journal Officiel 8 Mai 1982 ; *AJDA* 1982, chron, p. 463.

Dans la même veine, le Conseil d'État dans une décision Madame Martel du 29 décembre 1993 a ouvert l'école de l'air aux agents de sexe féminin²⁸⁴, suivant l'ouverture du recrutement au sein de l'armée de terre aux femmes.

153. L'accès aux emplois privés. Le principe d'égalité des sexes dans l'accès aux emplois publics trouve son pendant dans l'accès aux emplois privés où là encore une importante jurisprudence incrimine les discriminations. Le Code du travail prohibe toutes discriminations, mais ne consacre aucun principe général de non-discrimination, ni de principe général d'égalité entre les salariés.

Ce n'est qu'en 1996 que la Chambre sociale de la Cour de cassation prend pleinement conscience du principe d'égalité des sexes mis pourtant en œuvre vingt ans plus tôt par la directive.

En effet, la Chambre sociale dans son arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996 proclame l'égalité salariale et en particulier l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, reprise plus tard par l'aphorisme «A travail égal, salaire égal». Suivant ce modèle la Cour de cassation a ensuite raffermi sa position en visant de manière explicite le principe de l'égalité de traitement dans une série d'arrêts rendus le 30 janvier 2008²⁸⁵, puis consacré dans un arrêt du 10 juin 2008, lequel embrasse davantage de situations que le principe «à travail égal».

En effet, le principe de l'égalité de traitement en fédérant un ensemble de règles diverses agit comme «une matrice commune»²⁸⁶ s'appliquant ainsi à l'égalité entre salariés à temps partiel et à temps complet et vise toutes les hypothèses de discriminations participant d'une nécessaire sécurité juridique.

La pénalisation des discriminations amorcée en 1972 conforte la volonté de stigmatiser les atteintes multiples au principe de l'égalité des sexes en étendant le champ d'application des discriminations prohibées et en durcissant les sanctions pénales.

284 Conseil d'État, 29 déc. 1993, *AJDA* 1994, p. 407, obs. S. Salon.

285 Cass. Soc. 30 janvier 2008, n° 06-46447, 06-46448, 06-46449, 06-46450, 06-46451, 06-46452, 06-46453, 06-46454, 06-46455, 06-46456, 06-46457, 06-46458, 06-46459, 06-46460, 06-46461, 06-46462, 06-46463, 06-46464, 06-46465, 06-46466, 06-46467, 06-46468, 06-46469, 06-46470, 06-46471, 06-46472, 06-46473, *Revue fiduciaire*, mensuel n°1055, Rupture du contrat de travail - activité partielle et situation économique - discipline dans l'entreprise, octobre 2014.

286 C. RADE, Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail, *Droit social*, n° 9/10, Septembre-octobre 2008, p. 981.

2- La pénalisation des discriminations

154. La prise de conscience législative de la multiplication des discriminations et leurs sanctions comme réaction concrète. La lutte contre les discriminations a débuté avec la criminalisation des discriminations racistes. C'est ainsi que la loi n° 72-545 dite loi Pléven relative à la lutte contre le racisme a été adoptée le 1er juillet 1972. Destinée à lutter contre le racisme, elle a également créé, en ses articles 6, 7 et 8, l'infraction pénale de discrimination raciale. Les dispositions de cette loi ont été influencées par le droit international des droits de l'homme et en particulier la première convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale entrée en vigueur en France le 28 juillet 1971. Les années 1990 marquent une prise de conscience politique des atteintes aux droits des personnes par la multiplication des discriminations et les mesures alors engagées dans cette lutte vont non seulement étendre les domaines de lutte, mais aussi les critères discriminants prohibés.

La loi n°75-624 du 11 juillet 1975 condamne ainsi les discriminations liées au sexe et la situation familiale. Le législateur à travers la loi n°85-772 du 25 juillet 1985 a pris en compte les discriminations fondées sur les mœurs et celles liées à l'état de santé ou au handicap à travers les lois n°89-18 du 13 janvier 1989 et n°90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap. Il faudra attendre la loi du 16 novembre 2001 pour qu'un véritable cadre général de lutte contre les discriminations soit instauré. Cette loi modifie le Code pénal en élargissant le champ des discriminations à l'accès au stage ou à une période de formation en entreprise et étend la liste des causes de discriminations (apparence physique, orientation sexuelle, âge, patronyme).

Les sanctions prévues par le Code pénal contre les discriminations fondées sur le sexe sont un emprisonnement de trois ans et 45000 € d'amende.²⁸⁷ Le Code du travail également sanctionne

287 C. pén., art. 225-2 : «La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

de telles discriminations²⁸⁸ d'un emprisonnement d'un an et une amende de 3750 € ou l'une des deux peines seulement. Si des mesures d'injonction sont prononcées, l'employeur a alors l'obligation d'adopter des mesures propres à rétablir l'égalité entre hommes et femmes²⁸⁹. La discrimination sexiste en matière de rémunération²⁹⁰ est punie des peines applicables aux contraventions de cinquième classe²⁹¹.

La discrimination à l'égard d'une femme enceinte est prohibée par l'article L. 1142-1 du Code du

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende».

288 C. trav., art. L. 1142-1 : «Sous réserve des dispositions particulières du présent code, nul ne peut :

1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé ;

2° Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse ;

3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation».

289 C. trav., art. L. 1146-2 : «Les dispositions des articles 132-58 à 132-62 du code pénal, relatives à l'ajournement du prononcé de la peine, sont applicables en cas de poursuites pour infraction aux dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, sous réserve des mesures particulières suivantes :

1° L'ajournement comporte injonction à l'employeur de définir, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, et dans un délai déterminé, les mesures propres à assurer dans l'entreprise en cause le rétablissement de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;

2° L'ajournement peut également comporter injonction à l'employeur d'exécuter dans le même délai les mesures définies.

La juridiction peut ordonner l'exécution provisoire de sa décision».

290 C. trav., art. R. 3222-1 : «Le fait de méconnaître les dispositions relatives à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes prévues aux articles L. 3221-2 à L. 3221-6, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe.

L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs rémunérés dans des conditions illégales.

La récidive est réprimée conformément aux articles 132-11 et 132-15 du code pénal».

291 C. pén., art. 131-13 : «Constituent des contraventions les infractions que la loi punit d'une amende n'excédant pas 3 000 euros.

Le montant de l'amende est le suivant :

1° 38 euros au plus pour les contraventions de la 1^{ère} classe ;

2° 150 euros au plus pour les contraventions de la 2^e classe ;

3° 450 euros au plus pour les contraventions de la 3^e classe ;

4° 750 euros au plus pour les contraventions de la 4^e classe ;

5° 1 500 euros au plus pour les contraventions de la 5^e classe, montant qui peut être porté à 3 000 euros en cas de récidive lorsque le règlement le prévoit, hors les cas où la loi prévoit que la récidive de la contravention constitue un

travail et sa sanction est d'un an d'emprisonnement et 3750 € d'amende²⁹², également par les articles L. 1225-1 à L. 1225-3 du Code du travail où elle n'est alors sanctionnée que d'une amende de cinquième classe²⁹³, à condition qu'elle ait informé l'employeur de sa grossesse comme prévu à l'article R. 1225-1 du même code.

155. L'élargissement des discriminations aux cas de harcèlement sexuel. Le Code pénal réprime également les faits de harcèlement sexuel dans la section réservée aux agressions sexuelles. Ici, la liberté sexuelle de la victime est la «valeur protégée»²⁹⁴. Le Code du travail, traite lui des harcèlements dans la première partie sur les relations individuelles de travail. La liberté et le bien-être du travailleur sont alors la «valeur protégée». Le harcèlement sexuel relève de la protection de la dignité de tout salarié et de sa liberté sexuelle. La suppression du lien hiérarchique comme condition d'existence de cette infraction est révélatrice d'une volonté d'élargir son champ d'application et de protéger ses victimes. En effet, avant 2002, pour que l'infraction de harcèlement soit qualifiée pénalement, l'auteur devait abuser de l'autorité que ses fonctions lui conféraient et en l'absence de lien hiérarchique, le harcèlement ne pouvait être sanctionné. La loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 supprime le lien hiérarchique, de sorte qu'un collègue ou un subalterne peut également être sanctionné pour harcèlement sexuel²⁹⁵. Désormais, l'auteur est défini de façon large, le harcèlement au travail peut alors être sanctionné même s'il est le fait d'un collègue de niveau égal ou

délit».

292 C. trav., art. L. 1146-1 : «Le fait de méconnaître les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, prévues par les articles L. 1142-1 et L. 1142-2, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 Euros.

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue».

293 C. trav., R. 1227-5 : «Est puni des amendes prévues pour les contraventions de la cinquième classe le fait de méconnaître les dispositions :

1° Des articles L. 1225-1 à L. 1225-28 ainsi que celles des articles R. 1225-1, R. 1225-3, R. 1225-4, R. 1225-11, relatives à la protection de la grossesse et de la maternité ;

2° Des articles L.1225-35 et L.1225-36, relatives au congé de paternité ;

3° Des articles L. 1225-37 à L. 1225-45, relatives au congé d'adoption ;

4° Des articles L. 1225-47 à L. 1225-52 et L. 1225-55, relatives au congé parental et au passage à temps partiel pour l'éducation d'un enfant ;

5° Des articles L.1225-66 et L.1225-67, relatives à la démission pour élever un enfant.

La récidive de la contravention prévue au présent article est réprimée conformément aux articles 132-11 et 132-15 du code pénal».

294 V. WESTER-OUISSSE, Harcèlements, *J.-Cl.*, Fasc. 60 : Travail. Infractions contre le salarié, 28 novembre 2008.

295 A. MAZEAUD, Harcèlement entre salariés, l'apport de la loi de modernisation, *Dr. soc.* 2002, p. 321.

inférieur, il est le fait de «toute personne»²⁹⁶, y compris d'une personne venue de l'extérieur²⁹⁷.

Les victimes du harcèlement sexuel sont visées à l'article 222-33 du Code pénal par un vague «autrui». Pourtant si cette infraction touche indifféremment les femmes et les hommes, les conséquences sur la vie de la victime en sont différentes. Non pas que les hommes sont moins affectés que les femmes victimes de harcèlement sexuel, mais elles souffrent de troubles spécifiques à leur sexe (dérèglements gynécologiques). L'enquête «Cadre de vie et sécurité» réalisée en 2008 par l'INSEE indique que pour 2,2% de femmes âgées de 18 à 59 ans victimes de viol, celui-ci a été commis dans 4,7% des cas sur le lieu de travail, ce qui correspond à 34 victimes par jour. Pour 40% des femmes qui ont souffert de caresses, baisers et autres gestes déplacés, ceux-ci ont été commis dans 25% des cas sur le lieu de travail, ce qui correspond à 722 victimes par jour.

Ainsi, si le lieu de travail semble être autant propice pour les agresseurs, que dangereux pour les femmes, les chiffres montrent de manière trop inquiétante le maintien des violences faites aux femmes et ce malgré les actions législatives engagées pour enrayer le phénomène.²⁹⁸ Le droit français peut toutefois compter sur le soutien du droit communautaire, dont il tire d'ailleurs ses influences.

296 C. trav., art. L. 1153-1 : «Aucun salarié ne doit subir des faits :

1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ;

2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers».

297 Cour de Rennes, 22 mai 2003, n° 02-07353, *JCPE*, n°21-22, étude 804, pp. 894-897 : il s'agissait ici d'une salariée d'une entreprise privée qui avait subi «un véritable harcèlement sexuel puis moral de la part d'un client».

298 La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations introduit dans le corpus juridique une notion élargie du harcèlement sexuel, considéré comme une discrimination devant le juge civil et le conseil de prud'hommes. Au niveau européen, un accord sur les violences au travail a été conclu le 27 avril 2007 entre les partenaires sociaux. Il fixe un cadre d'intervention dans les entreprises. Cet accord doit faire l'objet de négociations nationales. Au niveau international, de nombreux syndicats ont par ailleurs adopté des politiques actives qui ont été incluses dans les conventions collectives. Sur les lieux de travail, des campagnes ont été menées incitant à «briser le silence» conduisant à l'élaboration de procédures spéciales de plainte.

§ 2 PROMOUVOIR L'ÉGALITÉ DES SEXES, UNE VOLONTÉ SUPRANATIONALE DÉJÀ ANCIENNE

156. Si l'égalité des sexes est un sujet d'actualité établissant le constat d'inégalités injustes, sa promotion, elle, est ancienne.

Elle a fait l'œuvre de démarches législatives pour prévenir contre ces inégalités en droit international à travers les quatre conférences de Mexico, Copenhague, Nairobi et Beijing tenues sur une période vingt ans, entre les années 1975 et 1995 et qui ont permis de placer au centre des préoccupations internationales la problématique de l'égalité des sexes ; et en droit européen par le biais de l'intervention d'instances stigmatisant les discriminations sexuelles (A). L'égalité des sexes connaît de plus un essor jurisprudentiel en droit international et européen grâce à des Cours dont la spécificité est de lutter contre les inégalités effectives et les sanctionner (B).

A- UNE VOLONTÉ LÉGISLATIVE

157. La volonté législative de promotion d'égalité des sexes rayonne tant au niveau international notamment avec les quatre conférences des Nations Unies, dont l'objectif est d'intégrer la question des discriminations encore subies par les femmes aux préoccupations du droit international (1) ; qu'au niveau européen, à travers le Conseil de l'Europe et le Comité européen de l'égalité, qui ont pour mission de veiller à l'effectivité de l'égalité de traitement entre les sexes et de l'égalité des chances (2).

1- En droit international

158. Les femmes et l'après-guerre. Les cinquante années qui ont suivi la deuxième guerre mondiale sont marquées par le rôle important des organisations internationales dans la construction de l'égalité entre les sexes. Contrairement au droit national français, le droit international s'est préoccupé dès l'après-guerre des minorités féminines cherchant à leur octroyer des droits égaux à

ceux des hommes en se lançant dans une politique de lutte contre les discriminations.

Cette politique a été encadrée par divers textes mis en œuvre par divers acteurs, dont le plus actif reste l'Organisation des Nations Unies (ONU). C'est la Charte de fondation de l'organisation qui prévoit en premier lieu d'interdire toute discrimination fondée sur le sexe dans l'énoncé des droits fondamentaux. A l'heure où la tradition patriarcale est toujours très ancrée dans la société, ce texte connaît un retentissement de portée historique et ses dissidents se font rapidement entendre.

En effet, le modèle familial affaibli par les deux guerres mondiales doit retrouver son envergure institutionnelle et en 1945 les juristes admettent que le droit de veto de l'époux au travail de sa femme peut être considéré comme une «règle d'ordre public inspiré par l'intérêt de la famille en général»²⁹⁹. Déjà, avant la fin de la guerre, le régime de Vichy s'inquiétait de la place grandissante de la femme dans la famille, la loi du 23 juillet 1942 ayant pour préoccupation première de «restituer la famille dans toute sa force et sa stabilité»³⁰⁰. Plus tôt, le Maréchal Pétain célébrait dans un discours du 25 mai 1941, la famille comme «cellule initiale de la société»³⁰¹ et le foyer dont la mère était la maîtresse.

En se préoccupant du sort des femmes, les acteurs de droit international, qui ont pris conscience de leur rôle phare pendant la guerre ont alors manifesté la volonté de rendre à Cléopâtre ce qui lui appartenait. Comme si elles poursuivaient la déclaration radiophonique de Maurice

299 G. THUILLIER, *Les femmes dans l'administration depuis 1900*, Paris, PUF, 1988, pp. 77-78.

300 Loi du 23 juillet 1942 relative à l'abandon de famille.

301 Le 25 mai 1941, le Maréchal Pétain prononce un discours à l'occasion de la journée des mères :

«Mères de famille françaises,

La France célèbre aujourd'hui la famille. Elle se doit d'honorer d'abord les mères. Depuis six mois, je convie les Français à s'arracher aux mirages d'une civilisation matérialiste. Je leur ai montré les dangers de l'individualisme. Je les ai invités à prendre leur point d'appui sur les institutions naturelles et morales auxquelles est lié notre destin d'homme et de Français.

La famille, cellule initiale de la société, nous offre la meilleure garantie de relèvement. Un pays stérile est un pays mortellement atteint dans son existence. Pour que la France vive, il faut d'abord des foyers. Un foyer, c'est la maison où l'on se réunit. C'est le refuge où les affections se fortifient, c'est cette communauté spirituelle qui sauve l'homme de l'égoïsme et lui apprend à s'oublier pour se donner à ceux qui l'entourent.

Maîtresse du foyer, la mère, par son affection, par son tact, par sa patience, confère à la vie de chaque jour sa quiétude et sa douceur. Par la générosité de son cœur, elle fait rayonner autour d'elle l'amour qui permet d'accepter les plus rudes épreuves avec un courage inébranlable.

Mères de notre pays de France, votre tâche est la plus rude, elle est aussi la plus belle. Vous êtes, avant l'État, les dispensatrices de l'éducation ; vous seules savez donner à tous ce goût du travail, ce sens de la discipline, de la modestie, du respect qui fait les hommes sains et les peuples forts. Vous êtes les inspiratrices de notre civilisation chrétienne et voici qu'aujourd'hui dans nos deuils, dans nos misères, vous portez la plus lourde croix.

Mères de France, entendez ce long cri d'amour qui monte vers vous.

Mères de nos tués, mères de nos prisonniers, mères de nos cités qui donneriez votre vie pour arracher vos enfants à la faim, mères de nos campagnes qui, seules à la ferme, faites germer les moissons, mères glorieuses, mères angoissées, je vous exprime aujourd'hui toute la reconnaissance de la France».

Schumann du 16 décembre 1943, dans laquelle il indiquait : «Si, comme dans la dernière guerre, la femme a donné des centaines d'héroïnes à la liberté, pour la première fois, dans cette guerre, elle lui a donné des centaines de milliers de combattantes. La délivrance de la patrie entraînera l'émancipation de la Française»³⁰², les Nations Unies ont exercé des actions tendant à la reconnaissance des droits des femmes.

Ce n'est que tardivement que les quatre conférences mondiales relatives aux femmes organisées par les Nations Unies ont permis de placer au cœur de l'agenda international la problématique de l'égalité entre les sexes³⁰³.

159. La conférence de Mexico, 1975. Initiée par l'Assemblée générale des Nations Unies, la première conférence s'est réunie à Mexico en 1975. Pointant du doigt les discriminations toujours massives à l'égard des femmes, il s'agissait lors de cette conférence de réfléchir aux moyens d'action en faveur de la promotion des femmes. Trois objectifs devant permettre aux Nations Unies l'inflexion des discriminations ont été alors identifiés : une égalité complète entre les hommes et les femmes et l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe, l'intégration et la pleine participation des femmes au développement, une contribution des femmes au renforcement de la paix internationale³⁰⁴.

Pour la mise en œuvre de ces trois objectifs, la Conférence a ainsi adopté un Programme mondial d'action. Il s'agissait pour les femmes de passer de la condition de sujet passif de l'histoire à celle de véritable partenaire aux côtés de l'homme.

La création de l'Institut international de recherche et de formation des Nations Unies pour la promotion de la femme (INSTRAW)³⁰⁵ et du Fonds de développement des Nations Unies pour la

302 M. SCHUMANN, Émission «Honneur et Patrie», 16 décembre 1943, Les Voix de la liberté, *Documentation française*, 1975, T. IV, pp.131-132.

303 Département de l'information de l'ONU, DPI/2035/M – 00-39711, Avril 2000.

304 Meeting in Mexico : the story of the World Conference of the International Women's Year (Mexico City, 19 June-2 July 1975. United Nation, 1975.

305 <http://www.un.org/fr/globalissues/women/agencies.shtml> : L'INSTRAW «promeut un dialogue interactif entre la société civile, les gouvernements et les organisations internationales par le biais de la création de réseaux et la diffusion continue d'informations sexospécifiques. L'Institut a créé des groupes de travail et d'autres communautés de praticiens et de parties prenantes sur diverses questions, comme l'égalité des sexes, la lutte contre la violence envers les femmes ou la participation politique des femmes».

femme (UNIFEM)³⁰⁶ a permis d'encadrer de manière plus institutionnelle les activités de recherche dans le domaine des femmes et du développement. L'ONU-femme créée le 2 juillet 2010 par l'Assemblée générale des Nations Unies et opérationnelle le 1er janvier 2011 poursuit cette volonté d'accélérer les progrès dans la réalisation de l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes³⁰⁷.

160. La conférence de Copenhague, 1980. La Conférence qui suivit se tint à Copenhague en 1980 et visait à modifier le Programme mondial d'action. Cinq ans plus tôt, l'objectif majeur était, d'ici 1980, de permettre aux femmes de bénéficier des mêmes droits que les hommes, mais la deuxième Conférence constata des disparités dans l'accès aux droits des femmes. Les facteurs des divergences entre les droits en théorie garantis aux femmes et leur incapacité à les exercer pleinement étaient tous liés à un manque de reconnaissance de leur contribution à la société et l'insuffisance de la volonté politique d'aliéner enfin le patriarcat. Le Programme d'action de Copenhague demanda alors que des mesures nationales soient prises pour garantir aux femmes la propriété et l'amélioration de leurs droits en matière de succession et de garde parentale.

161. La conférence de Nairobi, 1985. Dix ans après l'année internationale de la femme, la troisième Conférence se tint à Nairobi. Il s'agissait d'établir un bilan des progrès relatifs aux femmes depuis 1975. Devant l'insuffisance des progrès jusqu'alors réalisés, il était convenu d'accentuer la question de la prise de parole dans les décisions sociales et politiques.

La Conférence de Nairobi a permis d'envisager la question de la femme de manière mondiale en admettant que l'égalité des sexes touchait tous les domaines de l'activité humaine. Le féminisme mondial était né.

162. La conférence de Beijing, 1995. La nécessité de faire prendre conscience que l'égalité des sexes était non seulement favorable aux femmes, mais aussi aux hommes pris toute son ampleur lors de la quatrième Conférence à Beijing en 1995 qui établit douze domaines représentant les entraves à la reconnaissance de la femme comme personne juridique et partant détentrice de droits

306 L'UNIFEM concentre ses activités sur quatre domaines stratégiques : réduire la pauvreté féminisée, mettre fin à la violence contre les femmes, limiter la propagation du VIH/sida parmi les femmes et les filles et appliquer l'égalité des sexes dans des régimes démocratiques en temps de paix comme en temps de guerre.

307 ONU-Femmes fusionne quatre organismes : le Fonds de développement des Nations Unies pour la femme (UNIFEM), la Division de la promotion de la femme (DAW), le Bureau de la Conseillère spéciale pour la problématique hommes-femmes (OSAGI) et l'Institut international de recherche et de formation pour la promotion de la femme (INSTRAW).

comme l'homme³⁰⁸.

Le programme d'action de Beijing s'attachait tout particulièrement à une dimension «sexospécifique»³⁰⁹ des décisions gouvernementales. Il s'agissait concrètement de faire correspondre les décisions prises avec les besoins spécifiques des individus et notamment des femmes. Ainsi, contrairement à la volonté originelle d'ouvrir de plus en plus l'accès des femmes à l'éducation, l'objectif était de structurer un système plus adapté à leurs besoins, ce dans le respect du processus identitaire.

Ces quatre Conférences ont permis d'intégrer la question de la femme dans une perspective internationale, que nulle autre organisation n'avait traité et n'a traité jusqu'à présent. La politique de l'ONU vis à vis des femmes s'est donc orientée vers une élimination des discriminations faisant suite aux vicissitudes des mouvements féminins et féministes. Parallèlement à la création de l'ONU et toujours dans la lignée des revendications en faveur des droits des femmes, la Commission de la condition de la femme consacrée à la promotion de l'égalité des sexes et de la femme a été créée en 1946. N'ayant pas de pouvoir contraignant sur les politiques nationales, son rôle se limite malheureusement à l'examen annuel des progrès réalisés en matière d'égalité sexuelle et à l'élaboration de recommandations pour le renforcement des droits des femmes dans les domaines politique, social, économique et éducatif³¹⁰.

Mais les rapports annuels de la Commission ont permis de mettre en évidence la nécessité de créer un instrument capable d'inclure tous les aspects des discriminations contre les femmes.

C'est ainsi que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes a été adoptée en 1979. Outil de synthèse des politiques des trente dernières années, elle considère la promotion de l'égalité au regard des «droits humains, civils, politiques, sociaux, économiques et de nationalité»³¹¹. Représentant une espèce de Charte mondiale des droits des

308 Département de l'information de l'ONU, DPI/2035/M – 00-39711, Avril 2000.

309 *La prise en compte des perspectives sexospécifiques. Aperçu*. Nations Unies, 2003, p. 13.

310 <http://dev.unwomen.org/fr/how-we-work/csw/> : Organe directeur mondial, la Commission de la condition de la femme (CSW) est une commission fonctionnelle du Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC), exclusivement consacrée à l'égalité des sexes et à la promotion des femmes. Chaque année, des représentant(e)s des États Membres se réunissent au Siège des Nations Unies à New York pour évaluer les progrès accomplis au niveau de l'égalité des sexes, identifier les défis, établir des normes mondiales et élaborer des politiques concrètes pour promouvoir l'égalité des sexes et la promotion des femmes à travers le monde.

311 Monsieur Ki-moon BAN, Secrétaire général de l'ONU depuis le 1er janvier 2007 et reconduit à son poste le 21 juin 2011, a prononcé ceci le 3 décembre 2009 : «La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes est au cœur de notre mission collective de paix, de développement et de droits humains. Les obligations légales contenues dans le traité découlent directement du mandat fondamental des Nations Unies pour

femmes, elle propose pour la première fois une définition de la discrimination envers les femmes : «toute distinction, exclusion ou limitation basée sur le sexe qui ait pour effet ou pour but de compromettre ou détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales attribuées aux femmes dans le champ politique, économique, social, culturel et civil ou dans n'importe quel secteur-indépendamment de leur condition de mariage et sur la base de l'égalité entre hommes et femmes»³¹². Les États ratifiant la Convention s'engagent alors à inscrire dans leur Constitution et dans leurs textes de loi le principe de l'égalité entre les sexes.

Considérée comme l'acte le plus important de la «Décennie pour la femme», la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes doit coexister avec les institutions européennes, qui certes ne traitent pas d'une manière aussi globale les droits des femmes, mais sont plus avancées en la matière.

2- En droit européen

163. Les institutions en charge de l'égalité des sexes, le Conseil de l'Europe et le Comité européen de l'égalité. L'égalité entre les hommes et les femmes constitue l'un des principes fondamentaux du droit communautaire. Les objectifs de l'Union européenne, en ce qui concerne l'égalité des sexes, consistent à lutter contre toute forme de discrimination fondée sur le sexe et assurer l'égalité de traitement entre les sexes et l'égalité des chances.

Quatre ans après la création de l'ONU, l'Europe s'est dotée elle aussi d'une organisation en charge de la protection des droits de l'Homme. Fondé en 1949 par neuf pays (France, Belgique, Grande-Bretagne, Norvège, Italie, Luxembourg, Hollande, Islande et Danemark), le Conseil de l'Europe avait pour objectif originel de resserrer les liens entre les pays européens³¹³.

Comme l'ONU, le Conseil s'est emparé de la question de l'égalité des sexes stigmatisant les discriminations sexuelles dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome par les États membres le 4 novembre 1950, traduisant ainsi les l'égalité des droits et la dignité de tous les êtres humains».

312 Art. 1er de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes.

313 <http://hub.coe.int/fr/> : «Le Conseil de l'Europe, dont le siège est à Strasbourg (France), regroupe aujourd'hui, avec ses 47 pays membres, la quasi-totalité du continent européen. Créé le 5 mai 1949 par 10 États fondateurs, le Conseil de l'Europe a pour objectif de favoriser en Europe un espace démocratique et juridique commun, organisé autour de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres textes de référence sur la protection de l'individu».

dispositions de la Déclaration universelle de l'ONU (DUDH)³¹⁴. L'article 14 de la Convention, qui dispose que «la jouissance des droits et libertés reconnus dans la [Convention] doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, etc.», ne mentionne toutefois pas de références au domaine social, se limitant aux droits civils et politiques et ainsi restreignant sa portée comparativement à l'ampleur de la DUDH.

Face aux lacunes dans le domaine social de l'article 14, le Comité européen de l'égalité a remis en 1994 une recommandation (1229) à l'Assemblée parlementaire du Comité des ministres qui prévoyait un protocole additionnel à la Convention reconnaissant l'égalité entre les sexes comme un droit fondamental de la personne. La Charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, constitue un palliatif à l'insuffisance des garanties offertes par la Convention contre les discriminations sexuelles dans les droits sociaux. Seulement, sa portée est pareillement limitée, puisqu'elle ne contient qu'une disposition : le droit des femmes à l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale. Ce n'est qu'en 1988 (Strasbourg, 5 mai 1988) qu'un protocole additionnel est adopté inscrivant dans la Charte sociale européenne des garanties d'égalité dans les droits sociaux. Ce protocole prévoit l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession et l'adoption de «mesures spécifiques visant à remédier à des inégalités de fait»³¹⁵. La Conférence de Nairobi a permis une réelle prise de conscience au niveau européen de la problématique égalité des sexes. C'est ainsi que trois conférences interministérielles européennes se sont tenues. La première à Strasbourg en 1986 dont l'objectif était l'augmentation de la présence des femmes en matière décisionnelle (assemblées électorales et gestion du pouvoir politique), la deuxième à Vienne en 1989 qui visait la promotion des programmes d'actions positives en faveur d'une égalité des sexes effective et non plus efficiente, enfin la troisième qui s'est tenue à Rome en 1993 défendait l'élimination de toute violence à l'égard des femmes.

164. Le traité de Maastricht, 1992. C'est grâce au Traité de Maastricht que l'Union européenne signe enfin son engagement de protection des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Si cela demeure un progrès qui semblait ne plus être attendu, les compétences communautaires restent très limitées et notamment au droit du travail.

314 Adoptée à Paris le 10 décembre 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme la nécessité de protéger les libertés fondamentales par un régime juridique en énonçant des droits politiques, sociaux et économiques.

315 Il s'agit ici d'intégrer les discriminations positives sur lesquelles nous reviendrons plus longuement.

Prolixe en matière d'emploi, le droit communautaire s'est véritablement positionné avec trois directives visant en particulier l'égalité de traitement et la protection de la maternité.

La première directive adoptée en 1975 (75/117) introduit le principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale, proscrivant ainsi les rémunérations arbitraires en fonction du sexe.

Cette avancée significative se heurte toutefois aux contours incertains de la notion de «travail à valeur égale» et à l'absence de définition de critères d'évaluation professionnelle qui ne seraient pas discriminatoires³¹⁶.

En 1976, la deuxième directive (76/207) interdit toute discrimination directe ou indirecte dans l'accès et dans les conditions de travail, excepté en ce qui concerne la maternité et les activités pour lesquelles le sexe est une condition déterminante (contrat intuitu personæ). Mais cette directive ne propose toujours pas de définition des discriminations indirectes. Il faut attendre un jugement de la Cour de justice des communautés européennes en 1986 pour obtenir une définition³¹⁷. ainsi, la discrimination indirecte représente toute pratique qui a pour effet de désavantager un nombre disproportionné de travailleurs d'un sexe. Le cadre de l'interdiction des discriminations est étendu aux régimes professionnels de sécurité sociale par une directive de 1986 (86/378).

De par ces directives, le principe d'égalité ne fait pas obstacle «aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité»³¹⁸. Il s'agit en fait de permettre l'adoption de dispositions dérogeant à l'égalité de traitement afin de tenir compte de la condition physiologique particulière de la femme (la maternité).

En somme, à l'approche globale de l'ONU s'oppose les limites de la CEE qui n'intervient qu'en droit du travail. Mais si la législation internationale traite de manière plus vaste la question de l'égalité des sexes que la législation communautaire, leur jurisprudence respective inverse la tendance.

316 Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

317 Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

318 Directive 76/207/CEE, art.2, § 7.

B- UNE VOLONTÉ JURISPRUDENTIELLE

165. La promotion de l'égalité des sexes n'est pas seulement inscrite dans les textes. Les jurisprudences internationales (1) et les jurisprudences européennes (2), portées par des juridictions spécialisées dans la lutte contre les discriminations, occupent également un rôle primordial quant à l'abolition des inégalités plaçant la femme dans un état d'infériorité du fait de son sexe.

La Cour pénal internationale (CPI) et la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), notamment, s'emploient à sanctionner sévèrement toute transgression au principe.

1- En droit international

166. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. La jurisprudence internationale se situe dans la dynamique de défense des droits des femmes amorcée par la législation et les organisations internationales. Plusieurs organismes se sont mobilisés pour faire valoir le droit des femmes d'accéder à la justice. Ainsi le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et la Cour pénale internationale (CPI).

Le viol et la violence sexiste ont été des vecteurs pour la création du TPIY. Créé par l'ONU en 1993 pour juger des personnes présumées responsables des crimes de guerre perpétrés dans les Balkans dans les années 1990, le Tribunal a levé les immunités, de sorte que les personnes occupant des hautes fonctions devaient répondre de leurs actes. La création du TPIY a permis une réelle prise en compte de la parole des victimes qui peuvent alors témoigner contre des hauts dignitaires. Les dirigeants soupçonnés d'avoir commis ou commandité des crimes contre l'humanité doivent être dès lors traduits en justice.

Le Tribunal applique le principe de la transparence, les crimes ne devant être impunis sous prétexte d'avoir été diligentés par des dirigeants. Dans l'affaire Kvočka et consorts, les juges ont considéré que le viol avait été utilisé pour semer la terreur par les membres des forces armées des Serbes de Bosnie et que les camps d'Omarska, de Keratem et de Trnopolje avaient été le «théâtre d'une orgie

persécutoire infernale»³¹⁹. Dans l'affaire Furundzija, la Chambre de première instance II définit le viol de manière non restrictive, comme étant la «pénétration sexuelle, fût-elle légère du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis ou tout autre objet utilisé par le violeur ou de la bouche de la victime par le pénis du violeur»³²⁰. Les juges dans l'affaire Kvocka ont défini l'élément psychologique du viol qui réside alors dans l'intention de l'auteur de l'acte sexuel de pénétrer la victime tout en sachant que la victime n'y consent pas³²¹.

167. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda. Le 8 novembre 1994, la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies a créé le TPIR pour juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide et d'autres actes de violation grave du droit international commis sur le territoire rwandais et également les citoyens rwandais présumés responsables d'avoir commis de tels actes, ce entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994.

Le Tribunal se montre particulièrement vigilant au sujet des violences sexuelles et sexistes exercées contre les femmes. L'article 3 du Code du TPIR considère le viol comme un crime contre l'humanité. C'est ainsi qu'en 1998, le Tribunal a condamné Jean-Paul Akayesu pour viol et crime contre l'humanité pour avoir incité à la violence contre les femmes pendant le génocide rwandais³²².

168. La Cour pénale internationale. La Cour pénale internationale est née de la volonté pour les membres de la communauté internationale de créer une cour internationale permanente. Fondée en vertu du Statut de Rome, entré en vigueur le 1er juillet 2002, la CPI est saisie en dernier recours pour juger les personnes accusées des crimes les plus graves qui touchent la communauté

319 TPIY, Chambre de première instance I, Jugement 2 novembre 2001, Le Procureur c. Miroslav Kvocka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic et Dragoljub Prac, Affaire IT-98-30/1, *Actualité et droit international*, 2^e semestre 2001, observation Céline Renau.

320 TPIY, Chambre de Première Instance II, Jugement 10 décembre 1998, Le Procureur c. Anto Furundzija, Affaire IT-95-17/1-T, *Actualité et droit international*, 2^e semestre 2001, observation Céline Renau.

321 TPIY, Chambre de première instance II, Jugement 22 février 2001, Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic, IT-96-23 et IT-96-23/1, § 460, *Actualité et droit international*, 2^e semestre 2001, observation Céline Renau : «Le viol avait déjà été défini dans les affaires *Akayesu* et *Furundzija*, mais la Chambre reprend la définition - plus large -, adoptée par la Chambre de première instance II dans l'affaire *Kunarac*. En effet, si la Chambre de première instance II a suivi la jurisprudence *Furundzija* en ce qui concerne l'activité sexuelle susceptible d'être incriminée – à savoir la pénétration sexuelle, fût-elle légère du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis ou tout autre objet utilisé par le violeur ou de la bouche de la victime par le pénis du violeur – elle s'en est éloignée s'agissant des circonstances entourant cette activité. Tandis que le jugement rendu dans l'affaire *Furundzija* décrivait ces circonstances comme «l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne», la Chambre de première instance II a considéré que le viol était constitué lorsque l'un des actes sexuels décrits ci-dessus a lieu sans le consentement de la victime».

322 TPIY, Chambre de première instance I, Jugement 2 septembre 1998, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, Affaire ICTR-96-4-T, § 688, La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi et l'établissement d'une juridiction pénale internationale 31-12-2000 Article, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 840, de Julio Jorge Urbina.

internationale. Le Statut de Rome fait de la question de la protection et de la dignité des femmes son cheval de bataille³²³ en incluant explicitement le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution contrainte, la grossesse forcée, la stérilisation forcée et la violence sexuelle comme crimes contre l'humanité.

L'organisation Women's Initiatives for Gender Justice (Initiatives féminines pour la justice de genre) milite pour la justice entre les genres à travers la CPI et travaille avec les femmes les plus touchées par les situations de conflit faisant l'objet d'une enquête par la CPI.

Cette organisation intervient en Ouganda, République démocratique du Congo, Soudan, République centrafricaine, Kenya, Libye et Kirghizistan.

La CPI a intégré dans le droit pénal international les crimes contre les femmes comme des crimes de guerre³²⁴.

2- En droit européen

169. La décision de la Cour européenne de justice du 8 avril 1976. Se situant dans l'esprit de la philosophie libérale qui voulait éviter que la main d'œuvre féminine n'entrave le fonctionnement de la libre concurrence, l'article 119 du traité de Rome prévoit l'égalité de rémunération pour le même travail³²⁵. Seulement si le traité fondateur date de 1950, cet article n'a pas été appliqué par les États membres dès son adoption.

Il a fallu attendre un jugement de la Cour européenne de justice rendu le 8 avril 1976. Dans ce jugement, la Cour reconnaît à l'article 119 la capacité de créer un effet direct sur les gouvernements des États membres. Dans cette décision, la requérante invoquait devant les juridictions belges l'article 119, estimant que son employeur procédait à des discriminations de rémunération au détriment du personnel féminin. Saisie en appel, la Cour du travail de Bruxelles avait sursis à statuer et posé une question préjudicielle à la Cour de justice européenne. Celle-ci avait alors décidé que les juridictions nationales des États membres devaient désormais assurer aux justiciables la protection que les dispositions de l'article 119 leur confère, les justiciables pouvant dès lors

323 L. PIEDAD CAICEDO, *La CPI et la protection des droits des femmes*, Bukavu, Février 2006.

324 R. COPELON, Gender crimes as war crimes : integrating crimes against women into international criminal law, Montreal, *McGill Law Journal*, November, 2000, p. 219.

325 L'article 119 du Traité de Rome est devenu, depuis le Traité de Maastricht, l'article 141.

invoquer directement l'article 119 en cas de non respect du principe d'égalité de rémunération³²⁶.

170. La décision de la Cour européenne de justice du 15 juin 1978. Si la Convention européenne des droits de l'homme s'est montrée frileuse à étendre son domaine d'application en matière d'égalité des sexes et à définir de manière explicite les contours de la notion de discrimination, cette jurisprudence se veut ici pionnière.

Ce n'est que deux ans plus tard que la Cour de justice est allée plus loin en reconnaissant, dans un jugement rendu le 15 juin 1978, le droit à la non-discrimination sexuelle comme un droit humain fondamental³²⁷. Cette interprétation extensive de l'article 119 par la Cour a agi comme un catalyseur dans le processus législatif d'égalité des sexes, permettant une protection accrue des femmes jusqu'alors trop faiblement prises en compte dans les dispositions communautaires.

La Cour de justice adopte une lecture de l'égalité des sexes qui peut être qualifiée de systématique, dans la mesure où elle va chercher à rétablir une égalité balayée par des discriminations, de sorte qu'aucun des deux sexes ne soit privilégié au détriment de l'autre. Ainsi, dans l'arrêt Griesmar³²⁸, la Cour de justice n'a pas hésité à décider que le bénéfice de bonification par enfant n'avait pas à prendre en considération le sexe du parent la réclamant et ce en vertu du principe d'égalité de traitement. L'application de l'égalité de traitement se fait dès lors sans concession, la progression des femmes vers l'égalité étant ici privilégiée.

171. La Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de justice des communautés européennes n'est pas la seule à s'être investie dans la défense des droits des femmes, la Cour européenne des droits de l'homme s'est également attachée à lutter contre les discriminations fondées sur le sexe et notamment à l'encontre des femmes. Contrairement à la CJCE, la Cour européenne ne se veut pas mécanique dans l'application du principe d'égalité de traitement, elle adopte en effet une position plus souple quant à la mise en œuvre du principe. Elle affirme cependant solennellement le principe d'égalité entre les hommes et les femmes en condamnant les

326 CJCE, 8 avril 1976, Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena), affaire 43/75, *Rec. CJCE*, 1976-9, p. 455.

327 CJCE, 15 juin 1978, Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena), affaire 149/77, Defrenne III, Belgique, *Rec. CJCE*, 1978-6, p. 1365.

328 J. BOUGRAB, L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des Cours suprêmes européennes et nationales, *AJDA*, 2003, Chroniques, p. 1640 : Dans son arrêt Griesmar (CJCE 29 novembre 2001, aff. C-366/99, *Rec. p. 9383*) «la Cour de Justice des Communautés européennes saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'État a affirmé «que le principe de l'égalité de rémunération est méconnu par une disposition telle que celle de l'article L. 12-b du code, en ce qu'elle exclut du bénéfice de la bonification qu'elle instaure, pour le calcul des pensions de retraite, des fonctionnaires masculins qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants».

discriminations fondées sur le sexe.

C'est ainsi que dans la décision *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, la Cour européenne constate que les requérantes avaient effectivement subi des discriminations du fait de leur sexe³²⁹. En l'espèce, les requérantes étrangères légalement installées au Royaume-Uni étaient mariées à des étrangers à qui il avait été refusé le droit de les rejoindre. La législation britannique autorisait pourtant aux femmes de rejoindre leur mari dans le cas inverse. La Cour européenne avait donc considéré que cette législation était contraire aux articles 14 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En dépit de son attachement à l'égalité des sexes, la Cour européenne a bien compris que l'égalité totale ne pouvait être accomplie et ce pour diverses raisons : physiologique, économique, sociologique, etc. elle n'interdit pas à ce titre toute distinction fondée sur le sexe, mais pour éviter les dérives, elle encadre très clairement les critères permettant de décider si une distinction est contraire ou non à l'article 14 CEDH. C'est dans la décision *Affaire linguistique belge* que la Cour européenne a posé le cadre permettant de déroger à l'article 14. La Cour considérait en effet que lors d'une requête pour discrimination, il s'agissait d'établir si la différence de traitement dénoncée n'était pas justifiée par un motif «objectif et raisonnable»³³⁰.

Cependant, si la Cour européenne ne voit pas dans l'attribution d'une allocation pour congé parental aux seules mères, une entrave au principe d'égalité des sexes et partant au principe de non-discrimination pour les pères, son raisonnement peut être considéré comme laissant la porte ouverte aux stéréotypes pourtant combattus. L'attribution de cette allocation seulement aux mères peut être perçue comme confortant le cliché de la place de la mère à la maison, ce qui est particulièrement regrettable dans la mesure où les législations et jurisprudences nationales et supra-nationales stigmatisent une telle vision de la femme.

L'appréciation de la Cour de Strasbourg de la différence de traitement est dès lors discutable et le délitement avec l'égalité des sexes manifeste. La frontière est mince entre d'une part l'admission des différences de traitement en fonction de critères raisonnables et objectifs laissés à

329 CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, *Bull. spécial Grands arrêts*, vol. 94, série A.

330 CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, *Annuaire français de droit international*, Vol. 14, 1968, note R. Pelloux, pp. 201-216.

l'appréciation des juges de la Cour européenne et d'autre part les discriminations fondées sur le sexe. Et le fait que cette distinction soit tenue huile les rouages d'un mécanisme qui peut se révéler dangereux pour l'un ou l'autre sexe. En effet, dans le cas de la différence de traitement liée à l'état de maternité de la femme, celle-ci peut voir sa condition simplement liée à sa maternité ou sa grossesse, ce qui créerait un déséquilibre avec les femmes qui ne sont pas mères ; dans le cas de l'égalité des sexes, les hommes et les femmes se placeraient dans une situation indifférencié, ce qui pourrait s'avérer être un vecteur de généricisme et ainsi un facteur d'injustice au regard des intérêts de chacun.

Il s'agit alors de composer avec le sens du juste, de l'équitable pour ne verser ni dans la différence discriminante, ni dans l'égalité injuste et injustifiée. Cela étant si la première peut être aisément corrigée par le rétablissement d'un équilibre, la seconde est plus délicate à assouplir. En effet, étant donné que la question des différences de traitement n'est pas érigée en principe, l'égalité des sexes qui, elle, est un principe de droit, supplante la différenciation et ainsi il est plus difficile de revenir sur une égalité des sexes qui s'avérerait inique au regard des situations différentes, que de gommer une différence de traitement qui serait discriminante. Concrètement, une égalité des sexes tendant à un généricisme est plus dangereuse qu'une différence de traitement créant une discrimination dans la mesure où la première a force de principe.

SECTION 2 L'ÉGALITARISME

172. Si l'égalité des sexes a permis aux femmes de s'intégrer dans la société et de déjouer le joug patriarcal, l'égalitarisme, consistant en la mise en œuvre de l'aspect non nuancé de l'égalité des sexes, exprime à l'inverse son versant négatif allant jusqu'à nier la place sociale de la femme.

L'égalitarisme représente une dérive de l'égalité en ce qu'elle ne distingue pas les besoins liés au sexe féminin (§ 1) qui, par ses excès, aliène alors la femme dans sa singularité, lui refusant l'octroi d'une identité de droit (§ 2).

§ 1 L'ÉGALITÉ ET SES DÉRIVES

173. L'égalité des sexes combat la tradition patriarcale de hiérarchie entre les sexes au profit de l'homme. La notion de hiérarchie classique exprime, en effet, l'assise d'une tutelle masculine combattue par l'égalité des sexes, pourtant confortée par l'égalitarisme moderne véhiculé par une égalité des sexes non nuancée (A).

Si les objectifs d'enrayement des discriminations subies par les femmes et poursuivis par l'égalité des sexes la maintiennent, à raison, sur le chemin de sa vocation à faire respecter les droits des femmes, elle se détourne de sa mission, lorsqu'elle conçoit la société contemporaine sous l'angle de l'égalitarisme génériciste, niant de facto l'identité féminine (B).

A- HIÉRARCHIE CLASSIQUE ET ÉGALITARISME MODERNE

174. L'égalité des sexes, si elle condamne à juste titre la hiérarchie sexuelle qui ordonne la soumission de la femme à la puissance masculine (1), s'éloigne de son combat contre les discriminations à l'encontre des femmes par sa promiscuité à un instrument encore plus dévalorisant et malfaisant pour la femme, l'égalitarisme moderne (2).

1- Égalité et hiérarchie

175. L'opposition a priori entre égalité et hiérarchie. Parce qu'elle implique la subordination d'un premier terme à un second, la hiérarchie ne peut que s'opposer à l'égalité qui ne voit ni premier, ni second terme, mais un ensemble de termes selon une perception horizontale de la société. La verticalité dont se réclame la hiérarchie est clairement illustrée à travers une vision dichotomique de la société et puise ses origines dans la religion. Le premier sens de cette notion est en effet à rechercher du côté du sacré.

Pour Pseudo-Denys l'Aréopagite «l'ordre hiérarchique consiste en ce que les uns sont purifiés,

illuminés et perfectionnés, tandis que les autres purifient, illuminent et perfectionnent»³³¹. Il existerait donc sous l'égide du sacré, un principe directeur qui serait légitime et un principe second qui lui serait soumis. Les hiérarchies sociales telles qu'elles sont contestées par l'égalité seraient dès lors issues d'une perception binaire de la société, les gouvernants d'un côté, les gouvernés de l'autre. Il s'agit ici davantage d'une conception manichéenne de la notion à laquelle s'oppose fermement la volonté égalitaire. Telle qu'elle est pensée dans la cité grecque, l'égalité est celle de la proportionnalité dénonçant une hiérarchie des valeurs et partant des individus. Le mythe du sophiste Protagoras montre en effet que la politique grecque est liée à une vision égalitaire de la cité et que c'est sur cette isonomie que la Démocratie doit se fonder pour s'accomplir pleinement.

L'égalité défendue préconisée par les philosophes de la Grèce Antique est instrumentalisée à travers deux types de justice distinctes : la justice distributive et la justice commutative.

Même si la femme est représentée dans l'Antiquité, son rôle se limite à celui de mère et les textes, comme le Code d'Hammurabi³³², la soumettent à l'autorité patriarcale.

Les civilisations mésopotamiennes mettent en valeur les qualités viriles de l'homme et la maternité. Cette déconsidération de la femme en tant que personne trouve une explication dans le fondement même de la société mésopotamienne à savoir la maison. En effet, à la tête de la maison se situe le père de famille et son autorité règne sur tous les autres membres de la famille et en particulier sur les femmes qui doivent conserver leur symbole de pureté. D'ailleurs, les lois assyriennes³³³ obligeaient les femmes mariées à porter le voile.

Dans la seconde moitié du II^e millénaire avant Jésus Christ, le voile est devenu en Assyrie un signe distinctif des femmes mariées et de manière plus générale des femmes honorables. Le paragraphe 40 des lois détermine les femmes autorisées à porter le voile et celles qui en ont l'interdiction. Le port du voile pour les femmes mariées est érigé comme un devoir, tandis qu'il est banni pour les femmes de petite vertu. Si aucune sanction n'est prévue pour les femmes qui sortent sans le voile, celles qui le mettent à tort sont au contraire punies de peines corporelles (bastonnade, essorillement) et humiliantes (effusion de poix sur la tête de la prostituée)³³⁴. Le port du voile

331 PSEUDO-DENYS L'ARÉOPAGITE, *La hiérarchie céleste*, Paris, Éd. du Cerf, 1958, 416 p.

332 J. AMALRIC, *La condition de la femme dans le Code d'Hammourabi et le Code de Moïse*, Whitefish, Kessinger Publishing, 2010, 76 p.

333 G. CARDASCIA, *Les lois assyriennes. Introduction, traduction, commentaire*, Paris, Éd. du Cerf, 1969, 359 p.

334 S. DEMARE-LAFONT, Droit comparé dans les sociétés du Proche Orient ancien, *Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences historiques et philologiques*, 139, 2008.

demeure ainsi l'expression d'une discrimination pour celles qui ne peuvent le porter, comme pour celles qui le doivent, puisqu'il apparaît comme un signe de ségrégation.

Les femmes sont donc classées en deux catégories et leur considération au sein de la société en dépend. Elles sont soit épouses et mères, soit prostituées. Et lorsqu'elles sont mères, elles sont seulement représentées à travers cette qualité et ne sont ainsi pas libres. Quant à leurs activités, elles sont limitées à la bonne tenue du foyer et à la procréation. Les États de Proche Orient ancien sont gérés par les hommes et même si un Royaume est gouverné par la Reine de Saba³³⁵, peu de femmes ont régné en leur nom propre. Le système alors mis en place légitime la hiérarchie et y trouve même son fondement.

Si les hiérarchies sociales sont combattues par l'égalité qui n'y voit qu'une stratification en ordres, en castes, elles défendent, selon une acception moins connue, une vision naturaliste qui encourage à la reconnaissance d'une identité féminine. Cette appréhension des hiérarchies sociales présente en effet la société comme une structure au sein de laquelle les individus sont différenciés et par essence inégaux. Ce qui est dérangeant et tout à fait condamnable selon cette perception est la verticalité et à travers elle la subordination d'un individu à un autre par ses différences.

Mais dans le schéma inverse, celui de l'égalité, un individu est considéré comme étant l'égal de l'autre alors que ce ne peut être le cas, ne serait-ce que biologiquement. Pour rompre cette opposition et parvenir à une entente de la hiérarchie et de l'égalité, ce qui semble absolument aporétique, il s'agirait de hisser les différences naturelles des individus que les hiérarchies sociales utilisent pour former ses strates en faire valoir au sein d'une égalité plus modérée qui deviendrait alors plus équitable.

176. Le point commun entre hiérarchie et égalité : la relation à l'autre. La pensée aristotélicienne trouve également ses aspirations dans le lien entre hiérarchie et égalité. Pour le philosophe, l'un et l'autre sont indissolubles, la cité formant une communauté d'Hommes libres et égaux qui sont alternativement gouvernants et gouvernés. Si la politique d'Aristote ne reconnaît pas d'incompatibilité entre hiérarchie et égalité, il est toutefois nécessaire de rappeler que les différences intrinsèques entre les individus, telle que la différence de sexe accentue au contraire un délitement inéluctable. En effet, la hiérarchie présuppose un dominant et un dominé et la femme semble être la

335 M. HALTER, *La reine de Saba*, Paris, Robert Laffont, 2008, 333 p.

mieux disposée, compte tenu de l'histoire de sa condition, pour endosser le second rôle. La jonction du hiérarchique et de l'égalitarisme est néanmoins manifeste, dans la mesure où le second terme tend par définition à l'exclusion d'un groupe pour accentuer la supériorité d'un autre, ce qui est également le cas avec la disqualification de la femme en tant que personne dans la société.

En somme, le lien est effectivement tenu entre les deux notions : l'égalité des sexes excluant le différent ne revendiquant que le même et la hiérarchie, elle, soumettant le différent.

Les deux notions sont donc intrinsèquement liées par leur relation à l'altérité.

La tradition classique de la hiérarchie semble être poursuivie par l'égalité des sexes non nuancée.

2- Égalité et modernité

177. La modernité a remplacé le holisme, propre aux sociétés traditionnelles, par l'individualisme qui privilégie l'individu au groupe. L'expérience moderne de l'égalité commence avec l'émancipation de l'individu, à travers notamment sa place dans la société économique. Les sociétés modernes donnent la primauté à l'égalité, ce qui n'empêche pourtant pas qu'elles soient traversées par des inégalités (richesse, pouvoir, influence, etc). Ce système apparaît comme étant favorable aux femmes qui peuvent ainsi se voir gratifier d'une liberté demeurée seulement à l'état de revendication.

Cette émancipation de l'individu se situe au cœur des demandes des femmes et plus particulièrement ce qui constitue le fer de lance des mouvements féministes. Pratiquement, elles souffrent au contraire d'un individualisme massif emmené par une dépossession du sujet confronté à une «lente éclipse de la nature»³³⁶ et ce au profit d'un relationnel artificiel. L'individualisme des sociétés modernes va de pair avec une économie politique libérale qui subordonne les individus à une hiérarchie allant jusqu'à leur faire oublier la trace de leurs intentions originelles. A l'homo sapiens et sa recherche du bien-être naturel se sont substitués les calculs stratégiques de l'homo oeconomicus. L'opposition entre sociétés traditionnelles et sociétés modernes peut se résumer à celle selon Tönnies entre communauté et société.

336 P. RAYNAUD, *Égalité*, *Dictionnaire de philosophie politique*, ss la dir. de P. RAYNAUD et S. RIALS, Paris, PUF, 1996.

178. A priori, le passage de la tradition à la modernité est favorable aux individus dans la mesure où il annihile la conception de hiérarchie et ainsi supprime la position de dominant/dominé accordant à la femme une position dans la société égale à celle de l'homme. En pratique, il en est différemment, puisque la modernité substitue à la hiérarchisation du rapport féminin/masculin celle d'une égalité aveugle, d'un égalitarisme qui nie le particulier au profit de la masse.

C'est dans un domaine spécifique que la Cour européenne de Justice (CEJ) a fermement affirmé sa volonté de promouvoir l'égalité des sexes considérant en droit des assurances que les hommes et les femmes devaient être traités pareillement.

Dès lors qu'elle s'inscrit une démarche de lutte contre les discriminations liées au sexe, cette démarche est tout à fait louable. Seulement, il ne s'agissait pas ici pour la Cour de supprimer une discrimination faite contre les femmes, mais de considérer que les femmes considérées par les compagnies d'assurance comme meilleures conductrices que les hommes obtenaient de ce fait le bénéfice d'une prime. Le 1er mars 2011 la CEJ a décidé que les assureurs ne pourront plus calculer les primes et prestations en fonction du sexe de leurs assurés. Le fait que les conductrices ont moins d'accidents que les conducteurs justifiaient pour les assureurs un calcul différent de leur prime et ainsi une réduction de celle-ci, comme une sorte de récompense. Seulement pour la CEJ au contraire, «la prise en compte du sexe de l'assuré en tant que facteur de risques dans les contrats d'assurance constitue une discrimination»³³⁷. Ainsi, hommes et femmes paieront leur assurance au même tarif à compter du 21 décembre 2012 et c'est là que la discrimination naît puisqu'une telle mesure s'éloigne de la prise en considération des différences, des particularismes au profit de diktats paritaires égalitaristes plutôt qu'égalitaires.

Ces revendications sont relayées par les théories du genre qui emboîtent le pas aux politiques se réclamant de l'anti-discrimination et qui font de la différence des sexes une différence sociale, alors qu'elle est en premier lieu biologique et partant ne peut être niée comme telle. Faudrait-il aller plus loin en considérant que la différence de durée entre congé maternité et congé paternité est une discrimination fondée sur le sexe et considérer alors que la mère est avantagée juste parce qu'elle est une femme ? A trop vouloir gommer les différences entre les sexes, on finit par supprimer le peu d'avantages que les femmes connaissent et à accroître d'autant plus les égalitarismes pour faire de l'homme et de la femme une seule et même personne.

337 CEJ, 1er mars 2011, Aff. C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e. a. contre Conseil des Ministres, *Rec. CEJ*, 2011, I-00773.

B- LES ÉGALITARISMES

179. Il existe deux degrés dans l'égalitarisme : il peut être minimal et absolu. S'ils réfutent tous les deux l'idée de singularité de la femme, l'égalitarisme minimal se veut, lui, plus modéré que l'égalitarisme absolu.

Le premier refuse toutes différences entre les sexes, tandis que le second va jusqu'à nier qu'il existe de telles différences. Si l'écart entre les deux égalitarismes semble être infime, il est pourtant significatif d'une gradation dans l'absence de toute considération identitaire du sexe féminin. Tantôt les différences sexuelles sont admises, mais rejetées ; tantôt, elles ne sont pas du tout reconnues(1).

Néanmoins, qu'il soit minimal ou absolu, l'égalitarisme, agit comme un mécanisme d'homogénéisation des individus ne cédant aucune place aux particularismes féminins et laissant manifestement penser à des réminiscences d'un totalitarisme conformiste (2).

1- Minimal et absolu

180. De l'égalité à l'égalitarisme. L'égalité dans son sens le plus neutre, c'est-à-dire le moins connoté de jugements critiques, concède aux hommes une valeur propre, différente de celle des choses et des droits. Pour que cette affirmation ne soit pas contredite, il faut admettre que malgré leurs différences, si les individus peuvent bénéficier de droits c'est qu'ils appartiennent tous au moins au même genre, le genre humain. Il s'agit dès lors de leur trouver des ressemblances, lesquelles permettront de dire que les traitements ne sont égaux que pour les semblables. C'est alors que la critique commence et que l'égalité pourtant a priori bienveillante envers les individus cède le pas à son faux frère, l'égalitarisme.

En effet, alors que l'égalité, à la faveur des individus, impliquait jusqu'alors un simple jugement de droit, l'égalitarisme implique un jugement de fait contraignant pour les sujets de droit dans la mesure où la reconnaissance aux hommes de droits égaux passe ici par la reconnaissance d'une identité de nature. L'identité de nature postule ici la similitude dans la nature et non la singularité qui permettrait de connaître une nature propre à chaque être. L'égalitarisme réfuterait ainsi toute idée de nature humaine et partant, de nature féminine, ne s'accommodant pas de distinctions individuelles.

Dans son livre, *Les hommes contre l'humain*, Gabriel Marcel s'est attaché à définir l'égalitarisme³³⁸. Pour lui, l'égalité conduit à l'égalitarisme lorsqu'elle conduit à la résorption de la qualité, sous-entendu ici les spécificités féminines, au profit de la quantité. L'auteur montre, à juste titre, que l'autre devient l'assujetti du fait de sa différence quand l'abstraction régente les relations humaines, contrairement à l'universalisme et au singularisme qui, eux, sont une concrétisation des différences.

181. L'égalitarisme minimal. L'égalitarisme minimal répond à ce schéma d'homogénéité. Il se limite à l'égalité des droits, l'égalité des chances. Dans son ouvrage *La société ouverte et ses ennemis*, le philosophe Karl Popper définit l'égalitarisme comme un rapport entre les individus et les institutions et non comme un rapport entre individus. «L'égalitarisme veut que tous les citoyens soient traités impartialement, sans qu'il soit tenu compte de leur naissance, de leurs relations ou de leur fortune»³³⁹. Ici le philosophe ne reconnaît en fait aucun privilège naturel. Il considère que les différences naturelles, biologiques n'ont pas à influencer le traitement de l'individu de la société. Cela peut être perçu comme louable dans une certaine mesure.

En effet, que la question de la situation sociale de l'individu ne soit pas retenue pour lui s'avère être juste et pourra même être rectifiée par les discriminations positives. Par contre, que les différences biologiques soient rejetées par l'égalitarisme minimal sous prétexte d'égalité entre les individus se révèle être moins juste et moins justifié. Un traitement similaire ne peut être acceptable dans certains domaines du droit, compte tenu des différences naturelles qui existent entre chaque personne. Ainsi une salariée enceinte ne peut être traitée de la même façon qu'un salarié.

En somme, l'égalitarisme minimal concède une égalité des droits et ce quels que soient la race, la religion, le sexe, le mode de vie, les orientations sexuelles. Il ne nie certes pas le droit à la différence, mais il réfute toute différence dans les droits. Les différences ne sont pas accueillies favorablement lorsqu'elles sont illégitimes et entraînent des inégalités injustes, mais elles doivent au contraire être prises en considération chaque fois qu'elles sont à l'origine d'un traitement différencié juste.

Ainsi, tandis que l'égalitarisme minimal devrait s'appliquer à la question des rémunérations sans tenir compte de la différence des sexes et à l'inverse devrait retenir cette différence en ce qui concerne certains domaines du droit du travail, comme la réintégration à son poste d'une salariée à

338 G. MARCEL, *Les hommes contre l'humain*, Paris, La Colombe, 1951, 207 p.

339 K. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis, T. 1, L'ascendant de Platon*, Paris, Seuil, 1979, 262 p.

son retour de congé maternité, il en est autrement et l'égalitarisme minimal montre ses limites rapidement. Le raisonnement sur lequel se fonde cet égalitarisme pourrait être opportun si l'égalité des droits n'était pas appliquée à tous les droits, mais seulement ceux pour lesquels la différence de sexe serait un obstacle, comme la représentation dans les organes décisionnels qu'il s'agisse d'emploi ou de politique.

182. L'égalitarisme absolu. Cette non-reconnaissance de la différence sexuelle dans le traitement juridique des femmes est davantage prégnante à travers l'égalitarisme absolu qui va jusqu'à nier le droit à la différence. La vision de l'égalitarisme absolu tend à s'éloigner du droit en considérant que tous les hommes jouissent des mêmes droits, ce qui non seulement est faux, mais en plus n'est pas toujours attendu. En reconnaissant hypocritement que les droits sont les mêmes pour tous, l'égalitarisme absolu refuse l'altérité et devient une atteinte à la liberté en empêchant l'individu de s'épanouir pleinement dans ses aspirations naturelles.

Carcan dans lequel la différence des sexes n'a pas sa place, cet égalitarisme se positionne dans le sens des Gender Studies qui nient toute différence biologique au profit du genre comme différence sociale. En imposant une égalité des droits, il se veut créateur de discriminations n'admettant pas non seulement qu'une situation soit différente d'une autre et soit en plus génératrice d'un traitement juridique différencié. Il trouve une illustration significative en droit du travail et notamment lors de discriminations faites aux salariées à leur retour de congé maternité. S'il s'agit un moment qui mêle à la fois la vie privée et la vie professionnelle et pendant lequel les femmes sont particulièrement vulnérables, il est propice à ce que leur différence soit sujette à discriminations. La pratique montre que le retour des femmes de leur congé maternité est souvent douloureux dans la mesure où pendant leur absence, elles ont été remplacées à leur poste et celui-ci n'est alors plus disponible lorsqu'elles reprennent leur travail. Pourtant le législateur semblait être protecteur en prévoyant à l'article L.1225-4 du Code du travail qu'«aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes». Ainsi et a priori, la salariée de retour de congé maternité serait protégée par ce texte, seulement une question légitime peut tarauder les esprits : qu'en est-il des ruptures après les quatre semaines de protection, préparées pourtant durant cette période ?

Par un arrêt du 15 septembre 2010, la Cour de cassation est venue préciser la portée de l'article L.1225-4 en considérant qu'«il est interdit non seulement de notifier une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d'un enfant pendant la période de protection visée à l'article L. 1225-4 du Code du travail, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision, telles que le remplacement définitif de l'employée concernée avant l'échéance de cette période»³⁴⁰.

Il reste à démontrer pour une salariée qui se verrait victime de discriminations que le licenciement est en lien avec son état de grossesse ou la naissance de son enfant et que celui-ci a été fomenté pendant la période légale de protection. De la même manière, si lors d'un entretien d'embauche, le recruteur n'a pas à prendre en considération l'état de grossesse de la candidate, s'il décide de ne pas embaucher cette personne parce qu'elle est enceinte, la candidate se heurtera à discrimination du fait de sa grossesse. Par le biais des textes protégeant a priori les femmes enceintes et les jeunes mères dans le domaine de l'emploi, le législateur semble plus s'offrir une bonne conscience, qu'une réelle protection pour ces femmes, pactisant dès lors avec l'égalitarisme.

Cet égalitarisme qui considère tous les individus naturellement égaux nie la revendication par les femmes de leurs différences biologiques. Les lois naturelles cèdent, dans ce schéma, leur place aux lois normatives, celles qui portent un commandement et entravent ainsi la liberté des femmes de revendiquer leur sexe les conduisant au totalitarisme. Ici le relativisme culturel³⁴¹ supplante le relativisme individuel de Protagoras³⁴². L'homme ni la femme n'est plus la mesure de toute chose, mais c'est la culture, c'est-à-dire la société qui dicte ses actes à la femme et qui la prive de son libre arbitre et partant de son essence. Le relativisme est contraire à l'identité de la femme en ce qu'il relève du conformisme social, c'est-à-dire que seul ce que le groupe décide est soutenu, ne laissant aucune place à la liberté.

340 Cass. Soc. 15 septembre 2010, n° 08-43299, *Bull.*, 2010, V, n° 182.

341 Le relativisme culturel indique que chaque société connaît une culture qui lui est propre, qui lui est relative. Ce qui vient contredire la recherche d'une identité pour la femme est le fait de noyer dans la masse des qualités inhérentes à chacun des deux sexes. L'homme et la femme ne peuvent indistinctement composer une société homogène et partant il ne peut être revendiquer sans nuance un relativisme culturel. Sur ce point: C. DENIS, D. DESCENT, J. FOURNIER, G. MILLETTE, *Individu et société*, Montréal, McGraw-Hill, 1991.

342 B. WISNIEWSKI, Protagoras et Héraclite, *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1953, Vol. 31, pp. 490-499 : Ici l'auteur reprend la fameuse citation de Protagoras «l'homme est la mesure de toutes choses, de celles qui sont, qu'elles sont, de celles qui ne sont pas, qu'elles ne sont pas». (Sext. Emp., *Adv. math.*, VII, 60.) Le philosophe reconnaissant la matière fluente ne peut nier la différence entre les individus. Pour lui: «Infinie est la différence de l'un à l'autre, par le fait même qu'à l'un ceci est et apparaît, à l'autre cela».

2- Inspiration totalitaire et uniformisation des traitements.

183. L'uniformisation des traitements par le rejet de l'altruisme. Si l'égalitarisme puise ses origines dans le totalitarisme par ses actions contraires à l'altruisme, il semble agir comme un cercle vicieux, puisque selon certains auteurs il y mène aussi nécessairement.

En ce qu'il place les individus sur un même pied d'égalité, l'égalitarisme qu'il soit minimal ou absolu, érige la notion d'altruisme comme une vision archaïque, dépassé par le collectivisme. En effet, si le collectivisme a pour dessein de placer le groupe avant l'individu, cela a des répercussions non négligeables sur la conception d'un individu les uns par rapport aux autres et ce alors même que la modernité postule a priori davantage l'idée d'individualisme que de holisme³⁴³.

L'altruisme est considéré tantôt comme une inclination naturelle de l'être humain à la compassion, tantôt comme un devoir religieux, pour l'Église catholique à travers la charité ou un devoir moral devant découler d'un choix rationnel de chacun³⁴⁴. La paternité du terme revient à Auguste Comte qui l'emploie pour la première fois dans son livre, *Catéchisme positiviste*. Fondement du principe de sociabilité, l'altruisme apparaît dans un contexte de laïcisation dû au déclin de la religion et à la montée des principes universalistes. Il est perçu comme la capacité intrinsèque à la nature humaine de «suspendre la considération exclusive de son bien-être à la vue de la souffrance d'autrui»³⁴⁵. Si la société traditionnelle part du général pour le particulariser, la société moderne à l'inverse part du particulier pour le généraliser, ce qui entraîne inéluctablement un généricisme aliénant les intérêts de chacun. L'égalitarisme conduit inéluctablement pour Hayek au totalitarisme dans la mesure où il rompt tout lien social en n'incitant pas les individus à voir au-delà de leurs considérations personnelles³⁴⁶.

184. Le totalit-égalitarisme. Parce qu'il ne respecte pas les différences naturelles propres à chaque individu, l'égalitarisme conduit clairement à un régime dictatorial. Il place tous les individus sur un pied d'égalité absolue et pour ce faire doit être créateur de valeurs permettant une

343 L. DUMONT, *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, 272 p.

344 E. KANT, *Critique de la raison pratique*, Paris, Flammarion, 2003, 473 p.

345 A. COMTE, *Catéchisme positiviste*, Paris, Éd. du Sandre, 2009, 410 p.

346 F. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994, 530 p.

classification. Si l'égalitarisme est si dangereux c'est qu'il insiste sur les différences pour mieux les gommer ce qui conduit inévitablement à des situations non seulement de déséquilibre, mais aussi de déconsidération de la personne différente du groupe, menant à un rejet de l'altérité.

Ainsi, le supplice du lit de Procuste³⁴⁷ illustre bien cette volonté génériciste d'uniformisation. En installant sur son lit de torture des individus qu'il jugeait non-conforme au modèle qu'il imposait, Procuste refusait toute différence et voulait que chacun entre dans un moule qu'il se figurait être le meilleur. S'il ne s'agit que d'un mythe, il suffit à caractériser la rigidité et l'arbitraire d'une réglementation égalitariste incapable de s'adapter aux situations particulières, celles qui nécessitent une prise en compte spécifique.

A vouloir s'attacher sans commune mesure à l'égalité des sexes, le risque est celui d'une propension à l'égalitarisme, inclinaison qui éliminerait toutes différences spécifiques aux femmes. Le milieu scolaire offre une illustration de ce que les filles subissent lors des cours de sport particulièrement. L'apprentissage de sports similaires pour les filles et les garçons n'est pas adapté à leurs différences biologiques et physiologiques. Si la pratique du rugby pour la classe entière existe dans certains établissements de type collège, il est rare que les garçons soient obligés de pratiquer la danse ou la gymnastique. Pourtant, une équipe de rugby mixte n'est absolument pas bienfaisante pour la santé des filles dont le corps commence à subir les transformations de la puberté et il est aisé d'imaginer qu'un coup dans la poitrine est aussi douloureux que dangereux.

L'égalitarisme est ici doublement pernicieux, puisqu'il consiste à gommer les différences biologiques des filles seulement et il préserve les garçons de tout exercice d'assouplissement les associant toujours aux sports d'équipe et de contact.

Outil d'une justice distributive arbitraire, l'égalitarisme tend naturellement vers le totalitarisme en niant la nature humaine³⁴⁸. Ce qui fait de lui à la fois une cause et un continuum d'un généricisme totalitaire est sa négation de la sociobiologie par l'uniformisation des traitements anti-altruiste plutôt qu'une adaptation au différentialisme.

347 PAUSANIAS, *Description de la Grèce*, Paris, Les Belles lettres, 1992, 435 p.

348 H. SENNHOLZ, *Age of inflation*, Belmont, Western Islands, 1979, 270 p. «Imposer de force l'égalité, c'est nier la nature humaine et léser absolument tout le monde, y compris ceux auxquels l'égalité était supposée bénéficier».

§ 2 L'ENTRAVE A L'ÉTABLISSEMENT D'UNE IDENTITÉ FÉMININE PAR L'ÉGALITÉ EXCESSIVE

185. L'égalitarisme, lorsqu'il découle d'une égalité des sexes imposée et niant les différences biologiques entre les sexes, s'érige en un véritable obstacle à la reconnaissance d'une identité féminine lui préférant une uniformisation des individus qu'il régente (A).

Il conduit alors à des excès qui s'éloignent des préoccupations originelles de l'égalité des sexes qui visent à faire respecter les droits des femmes tels que ceux des hommes le sont. Ces manifestations excessives s'illustrent à travers le solipsisme égotique des sociétés contemporaines qui ne voit en l'autre qu'un ennemi, mais contre lequel des moyens s'opposent, permettant de comprendre la singularité féminine. La sociobiologie et l'empowerment sont ces moyens qui se placent ainsi au service de cette reconnaissance de l'identité de la femme (B).

A- L'ÉGALITÉ EXCESSIVE

186. Le gender mainstreaming, qui se situe dans la continuité de la tradition égalitaire, s'il se montre frileux à reconnaître l'identité féminine, place la question des droits des femmes au cœur des débats politiques. Ce positionnement peut, certes être perçu comme bienveillant dans la mesure où, les enjeux relatifs à la question des droits des femmes, ne sont plus écartés des décisions politiques, mais l'implication du politique semble empiéter sur l'office dédié au droit. Il s'agit pour le politique de s'emparer d'une question qui doit être prise en charge et résolue par le seul droit (1).

Les excès de l'égalitarisme peuvent être résumés en une notion, celle de solipsisme qui traduit toute la négation de la différence sexuelle et, partant, le rejet de l'altérité féminine, qui ne fait qu'imiter le modèle masculin préexistant. Contre cette logique d'infériorisation de la femme, l'intersubjectivité s'érige, en considérant la femme en tant qu'être différent de l'homme (2).

1- Le gender mainstreaming

187. Un outil de lutte contre les «mauvaises» inégalités sexuelles. Pour lutter contre les inégalités condamnables entre les sexes, un nouveau concept est apparu, celui de gender mainstreaming. Il s'est développé dès 1985 lors de la troisième Conférence mondiale des Nations-Unies sur les femmes à Nairobi, mais a été entériné en 1995 lors de la quatrième Conférence mondiale des Nations-Unies sur les femmes à Pékin. La définition qui a été proposée en 1995 implique une perspective politique de l'égalité des sexes : «Les gouvernements et les autres acteurs doivent favoriser une politique active et visible en vue d'intégrer une démarche soucieuse de l'égalité entre les sexes dans toutes les politiques et dans tous les programmes en analysant, le cas échéant, les conséquences qui en résultent avant toute prise de décision». Le Conseil de l'Europe a également défini le concept de manière explicite en 1998 et c'est sa définition qui reste la plus couramment employée.

Alors que la définition proposée en 1995 bridait le domaine d'intervention et d'application du gender mainstreaming à la seule sphère politique, la définition de 1998 élargit les domaines dans lesquels il doit être appliqué, tout en conservant le rôle majeur des instruments politiques dans sa mise en œuvre effective. C'est ainsi qu'il s'agit de «la réorganisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques».

188. Un outil intégré dans les décisions politiques. Le gender mainstreaming appelé également «approche intégrée de l'égalité entre hommes et femmes» propose que la question de l'égalité entre les sexes ne soit plus traitée comme une question indépendante des décisions politiques, mais comme une question faisant partie des prises de décisions. Il s'agit de faire de cette notion un point nodal et non plus excentré des débats politiques. Le but d'une telle démarche est d'intégrer la notion de genre dans la sphère politique en amont et non plus devoir la rattacher à un problème déjà existant.

L'implication du genre dans la politique répond à des revendications égalitaristes qui veulent que le problème des droits des femmes soit traité de la même manière que d'autres, comme l'écologie, l'habitat, l'immigration. Il se situe pourtant à rebours des attentes des théories du genre qui réclament une désimplication du politique et partant du social sur le genre.

En effet, la question va se poser de savoir si le politique est suffisamment apte à considérer les femmes dans leur singularité ou bien s'il ne va les réduire qu'à l'abstraction de ce qui les désigne, c'est-à-dire le genre féminin, sans en concevoir quelques particularismes et en noyant les femmes dans une masse imposée.

189. Un encadrement politique en contradiction avec l'identité féminine. Le gender mainstreaming est au contraire encadré par le politique qui va alors lui servir non seulement de guide, mais également d'ordonnateur considérant ce qui est le plus bénéfique en faveur de l'égalité entre les sexes. Ainsi, les théories du genre se retrouvent dans une situation d'arroseur arrosé, puisque, ce qu'elles dénonçaient comme étant une ingérence du social dans la vie des femmes, a pourtant été engendré par leurs actions et a été accepté à travers le tutorat du politique sur le rôle des femmes. Le politique souffre d'une vocation génériciste qui ne peut être qu'en inadéquation avec la recherche de l'identité féminine. L'État ne considère effectivement pas les femmes comme des personnes singulières, mais par le biais des volontés égalitaires, comme un ensemble féminin sans particularismes.

Cette conception génériciste des femmes, qui les prive de leur droit à revendiquer une singularité. Clairement, le danger pour «l'Homme générique, l'Homme du collectif est de s'identifier à la cité elle-même»³⁴⁹ et ainsi de voir son individualité aliénée, de sorte que ses particularités soient fondues dans le général. Le gouvernement du gender mainstreaming par le politique ne fait qu'accroître le fossé entre les sexes et s'il peut paraître justifié au regard de l'identité féminine, il ne l'est plus lorsqu'il s'agit de réifier la femme au détriment de son subjectivisme.

S'il est vrai que l'objectif premier de l'approche intégrée pour l'égalité, qui est la lutte contre les discriminations faites aux femmes, est tout à fait honorable, il est à regretter qu'elle soit perçue comme une structure³⁵⁰ contrôlée par les organes politiques et qu'elle vienne remplacer les politiques spécifiques faites aux femmes. Désireux de flatter la masse dans ses aspirations

349 J.-M. TRIGEAUD, *Éléments d'une philosophie politique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1993, p. 82.

350 P. BOUCHARD, L'approche intégrée de l'égalité, <http://sisyphe.org/spip.php?article946>, 2004 : «L'Intersyndicale des femmes s'alarme que la Ministre envisage une structure qui mettrait un terme à la défense exclusive des droits des femmes à l'instar de ce qui se pratique dans les pays européens. Elle précise que le recours à l'approche intégrée de l'égalité doit être strictement balisée par un cadre législatif et réglementaire qui précise qu'une telle démarche vise l'élimination des discriminations subies par les femmes. Elle rappelle aussi que, dans certains pays, l'approche intégrée a pris une tournure strictement bureaucratique, essentiellement tournée vers l'examen très procédurier des impacts de l'activité gouvernementale sur les femmes et les hommes. Cet avis se termine par des recommandations de maintenir le CSF dans son intégrité, qu'il dispose des ressources et budgets nécessaires à son mandat et qu'il relève d'une Ministre déléguée à la condition féminine».

immédiates³⁵¹, le politique pourrait dès lors devenir démagogue et adapter ses discours en ce sens, niant ainsi ce qu'il cherche à masquer, la «vérité du tout», à savoir la protection et le respect des femmes en tant que telles.

Le fait pour le gender mainstreaming d'être encadré par le politique et de substituer aux politiques spécifiques faites aux femmes une politique globale d'égalité des sexes est une illustration des dérives égalitaristes de la recherche d'égalité et ainsi du généricisme. Les différences discriminantes condamnables entre les sexes sont ici soulignées et cette approche de l'égalité promeut alors des «critères aveugles et hypocrites, s'enfermant dans un sentiment d'ipséité monolithique» s'éloignant des relations d'altérité et percevant la femme seulement à travers les problèmes qu'elle pose parce qu'elle est femme. Il s'agirait plutôt de considérer que c'est la volonté de rendre la femme l'égale de l'homme qui est génératrice de tensions. La critique principale adressée au gender mainstreaming est clairement d'intégrer la dimension de genre dans les politiques publiques pour lutter contre les inégalités entre les sexes, plutôt que de dénoncer le genre comme facteur d'inégalités sociales.

Pour les partisans du gender mainstreaming, le fait que la dimension de genre soit systématiquement intégrée à l'ensemble des domaines politiques implique que les acteurs du gender mainstreaming participent aux prises de décision, ce qui inclut une très large part de subjectivisme et ainsi de parti pris. Pour les théoriciens du genre, le problème des discriminations entre les sexes est l'affaire de tous³⁵², ce qui ne peut vraisemblablement être nié, mais ne paraît pas pour eux être l'affaire de tout, puisque la préoccupation majeure du gender mainstreaming est la lutte contre les inégalités professionnelles et économiques.

Ainsi, alors que pour ces défenseurs, l'approche intégrée de l'égalité apparaît comme le salut contre les discriminations sexuelles marqué par un décloisonnement des politiques inégalitaires, il apparaît en réalité sectoriel en ne trouvant d'application que dans le domaine de l'emploi, les discriminations faisant leur œuvre dans de multiples autres domaines.

351 J.-M. TRIGEAUD, Introduction, A. ROSMINI, *Philosophie de la politique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, p. 23.

352 S. JACQUOT, La fin d'une politique d'exception. L'émergence du gender mainstreaming et la normalisation de la politique communautaire d'égalité entre les femmes et les hommes, *Revue française de science politique*, 2009/2, Volume 59, pp. 247-277.

2- Le solipsisme contre l'intersubjectivité

190. Le solipsisme. L'égalité des sexes telle qu'elle est perçue et réclamée par les théories du genre et par les égalitaristes se montre excessive en considérant les femmes comme appartenant à un ensemble de personnes indépendamment de leurs spécificités. Elle répond ainsi à une logique solipsiste qui veut que seule sa propre personne est reconnue, niant dès lors l'existence d'un autre soi, l'altérité de l'autre n'est, en ce sens, pas reconnue³⁵³. Les tenants de l'égalité de masse ne reconnaissent pas l'individu comme un autre sujet pensant, mais comme appartenant à un tout dans lequel il serait destitué de ses particularismes.

Le solipsiste se refuse à admettre l'existence des autres consciences que la sienne. Égotique, il ne perçoit pas l'autre ni ses besoins. «Le solipsiste, en se prenant pour l'être unique, pêche par excès ; il se croit capable de remplir à lui seul tous les espaces. Sa personnalité se trouve débordée par cette dispersion dans la totalité du monde»³⁵⁴.

Les égalitaristes sont des solipsistes en ce qu'ils refusent de voir que l'égalité des sexes n'est pas nécessairement la panacée contre les inégalités et de facto refusent de considérer que les femmes connaissent des besoins, lesquels s'ils étaient pris en considération, permettraient d'envisager d'autres solutions alors adaptées à leur personnalité et leur identité de femme.

La revendication de l'égalité des sexes participe de ce schéma solipsiste, puisqu'il s'agit de déssexualiser la femme pour la faire devenir un homme et un homme comme les autres³⁵⁵.

191. L'intersubjectivité au contraire va prendre en considération les différences et adapter le traitement en fonction de ces spécificités. La définition-même du terme intersubjectivité, cher à Husserl, l'oppose à l'indifférence du sujet autre que soi, en le qualifiant de «dépendance constitutive

353 J.-M. TRIGEAUD, Éduquer au respect du principe de réalité ou l'apprentissage de la philosophie du droit, *Conférence Segundo Coloquio internacional Multidisciplinario del Centro Universitario de Ixtlahuaca (UNAM Mexico)*, dir. prof. Hernandez Alvarez, «Educacion, Democracia, Derecho y Comunicacion», 29-31 oct. 2007, publ. In *Actes en cours*.

354 M.-A. LAHBABI, *De l'être à la personne*, Paris, PUF, 1954, 364 p.

355 R. BREEUR, *Singularité et sujet : une lecture phénoménologique de Proust*, Grenoble, Éd. J. Millon, 2000, p. 11 : «L'opposition entre solipsisme et rapports sociaux n'est pas toujours évidente à cerner. En effet, chez Proust, l'isolement du monde et d'autrui procédant du solipsisme doit être interprété comme une recherche de l'identité, alors perçue comme singularité. Dans la pensée proustienne, tout mouvement de transcendance empêche la consécration de la singularité. Cette vision du solipsisme comme révélateur de l'individualité ne saurait être celle retenue ici, puisqu'il réfute toute relation avec l'autre, ce qui ne conduit qu'à une négation des rapports sociaux et par conséquence de sa propre capacité à vivre en société. Le solipsisme proustien est assimilable davantage à un ascétisme profanateur de la relation d'altérité qui se retrouve dans des troubles affectant l'interaction sociale, comme le Syndrome d'Asperger».

à l'égard d'une pluralité de sujets»³⁵⁶.

Le droit lorsqu'il adapte une règle de droit au sexe de la personne concernée par son application suit une logique d'intersubjectivité et est alors plus à même de faire correspondre un traitement à une situation particulière que s'il se montrait aveugle en appliquant un solipsisme égalitaire. Chaque fois qu'elle le peut, l'application d'une règle de droit doit se faire en fonction d'éléments spécifiques et non génériques pour être le plus proche non seulement de la réalité qui lui est soumise, mais aussi du sens du juste.

Les dispositions des articles 47³⁵⁷ et 52³⁵⁸ du titre préliminaire de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009³⁵⁹ sont une illustration de cette intersubjectivité du droit. En effet, le législateur dans ces dispositions affiche clairement la volonté d'adapter la règle de droit au sexe des détenus. Les femmes détenues sont ainsi traitées différemment des hommes parce qu'elles sont femmes, il ne s'agit pas d'y voir un traitement de faveur, mais un traitement adapté à la différence sexuelle. Concrètement, les femmes détenues bénéficient d'une prise en charge adaptée à leurs besoins et en particulier lorsqu'elles sont enceintes.

Clairement, ce qui fait la différence entre le solipsisme et l'intersubjectivité est la conception du monde avec ou sans l'altérité. En effet, le solipsisme ne fait accéder l'individu à aucune réalité que lui-même³⁶⁰, ce qui caractérise l'égalité et notamment son dérivé l'égalitarisme en ne considérant les individus que comme un seul individu ; tandis que l'intersubjectivité démontre en partant de l'étude de l'ego que l'autre soi (alter ego) existe et peut être pensé comme tel.

De la même manière, si pour Hegel, la perspective selon laquelle l'un et l'autre ne peuvent exister que si leurs différences ne sont pas niées, l'homme et la femme ne peuvent chacun exister qu'à la condition que leur différence de sexe serve à la reconnaissance de leur singularité.

Si le droit n'appliquait qu'un solipsisme égalitaire remettant en cause par définition les relations d'altérité, tel que le réclame les mouvements égalitaristes, les femmes et les hommes seraient confondus et assimilés à une seule et même entité.

356 B. BOUCKAERT, *L'idée de l'autre. La question de l'idéalité et de l'altérité chez Husserl*, Amsterdam, Kluwer Academic Publisher, 2003, p. 9

357 Article 47 de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 : «Une prise en charge sanitaire adaptée à leurs besoins doit être assurée aux femmes détenues, qu'elles soient accueillies dans un quartier pour femmes détenues ou dans un établissement dédié».

358 Article 52 de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 : «Tout accouchement ou examen gynécologique doit se dérouler sans entraves et hors la présence du personnel pénitentiaire, afin de garantir le respect au droit de la dignité des femmes détenues».

359 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 parue au JO n° 273 du 25 novembre 2009.

360 E. HUSSERL, *Méditations cartésiennes*, Paris, Vrin, 2000, 256 p.

B- DÉFENDRE L'EXPRESSION DE LA SINGULARITÉ FÉMININE

192. Face aux excès et dérives de l'égalité des sexes, versant dans un égalitarisme bourreau des spécificités féminines, la sociobiologie et l'empowerment demeurent des expressions performantes pour, non seulement combattre les inégalités entre les hommes et les femmes, mais aussi faire admettre l'identité féminine.

Chacun de ces procédés possède ses propres atouts, la sociobiologie reconnaissant les différences biologiques entre les sexes (1) et l'empowerment participant d'une intégration des femmes en tant que telles (2), et il s'accordent tous les deux pour faire reconnaître les spécificités féminines, alors outils de l'admission d'une identité juridique de la femme.

1- La sociobiologie³⁶¹

193. L'adaptation des comportements sociaux aux comportements biologiques. «Nulle raison ne pourrait justifier le mensonge»³⁶², pas même celle qui voudrait vaincre le généricisme à coups de volonté identitaire. «La théorie du genre a raison»³⁶³, la détermination de certaines personnes se fait sous la pression de leur environnement, qu'il s'agisse de la famille ou plus largement du milieu éducatif qui veut tel avenir pour l'enfant.

Mais, et ce que les théoriciens du genre dénoncent, ce n'est pas pour autant ce qui doit être raisonnablement admis, car une telle démarche appartient aux présupposés liberticides d'un environnement castrateur. En pointant du doigt les comportements sociaux comme responsables de l'infériorisation des femmes, les défenseurs du genre, les généricistes mettent en péril la liberté de la femme. Ils oublient qu'elle ne se définit pas uniquement, ni se construit d'ailleurs, en fonction de son milieu, mais que ses actes obéissent également à ce qui fait qu'elle est purement et ainsi biologiquement une femme. Ils oublient dès lors la sociobiologie.

361 C. P. HOCKETT, Biophysics, Linguistics and the Unity of Science, *American Scientist* 36, 558-572, 1948 : Le terme a été introduit en 1948 par Hockett dans le but d'unifier les sciences quant à la terminologie de celle-ci.

362 A. TCHEKHOV, *Lettre du 2 janvier 1900*.

363 J.-M. TRIGEAUD, La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres, *Revue générale de droit médical*, n°46, Mars 2013.

La sociobiologie³⁶⁴ a pour objectif d'expliquer que les comportements sociaux sont directement liés à la biologie et offre ainsi la primeur au déterminisme qui concrétise l'essence et à travers elle, le singulier. Dans une perspective sexiste et surtout démodée, la femme est facilement une victime des dérives de la sociobiologie justifiant son instinct maternel et sa fragilité, et excusant le comportement volage de l'homme³⁶⁵. Pour autant de telles explications ne sont pas à retenir, car elles desservent à la fois le combat égalitaire des féministes et celui particulariste des universalistes. La définition de la sociobiologie qui est retenue par les singularistes est celle qui enjoint une adaptation des comportements sociaux aux comportements biologiques.

Ainsi, ce phénomène qui consiste à ne considérer la femme que relativement à son essence biologique est à rapprocher fortement de l'individuation qui s'inscrit dans un schéma de recherche de la singularité. La personne n'est pas singulière dès lors qu'elle appartient au groupe sans distinction. En dépit des points communs qu'elle peut présenter avec certains membres du groupe, la personne est singulière ne serait ce que biologiquement et c'est cette spécificité génétique qui empêche de lui attribuer un traitement similaire aux autres membres, traitement qui ne pourrait être adapté à ses besoins. Clairement, tant que l'égalité des sexes existera, la biologie ne pourra qu'être réduite à néant. Et non inversement puisque les tenants de l'égalité des sexes refusent de voir appliquer un traitement particulier pour une situation particulière et tiennent leurs revendications à travers leurs gender studies pour une vérité et la sociobiologie pour un obstacle archaïque à l'émancipation des femmes. Cela étant, si les volontés égalitaires étaient réellement honorées, les femmes comme les hommes bénéficieraient d'un congé égal lors d'une naissance.

L'égalité des sexes parce qu'elle déssexualise les individus, se rend indifférente aux hommes et aux femmes s'éloignant ainsi du concept d'ecceité défendu par Duns Scot pour signifier la singularité des personnes³⁶⁶.

194. Individuation, ecceité et singularité, pour une identité de la femme. Le phénomène d'individuation revient à considérer la personne relativement à son essence biologique, c'est-à-dire à sa génétique, et partant démembrer l'égalité des sexes se retrouve à travers la notion d'ecceité chère à Jean Duns Scot. Il y est mis en relief le processus de singularité par lequel une personne se

364 C. LUMSDEN, E. O. WILSON, *Genes, Mind and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, 496 p. C'est à Wilson que revient la définition officielle de la sociobiologie comme étant «l'étude systématique de la base biologique de tous les comportements sociaux».

365 E. O. WILSON, *Sociobiology. The new synthesis*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, 720 p.

366 J. DUNS SCOT, *Le principe d'individuation*, Paris, Vrin, 2005, 256 p.

distingue d'une autre permettant ainsi de détraquer l'égalité des sexes. En effet, les prétentions égalitaires ne sont qu'une utopie et ne peuvent se targuer de supplanter la biologie. Si les hommes et les femmes ne peuvent être considérés comme étant égaux, c'est que d'un point de vue purement scientifique ils sont inégaux. Pour les partisans de la hiérarchie, cette inégalité est fondée sur les explications biologiques.

Mais une telle perception de la différence des sexes peut également être dangereuse, car elle pervertit la sociobiologie en considérant qu'il existe une classification hiérarchique entre les sexes, ce qui viendrait légitimer l'appréhension du sexe féminin comme étant le sexe faible.

Pareillement, cette hiérarchisation fait rechercher dans les données scientifiques une différence naturelle servant dès lors de prétexte à une infériorisation des individus et en particulier des femmes. Une telle position conduit alors à une vision élitiste de la société faisant dépendre les inégalités dites naturelles de la science. Rappelons juste pour montrer la délicatesse avec laquelle il faut manier une telle position- quitte à friser avec le point Goodwin- que l'Histoire regorge d'exemples à travers lesquels la science a déduit une infériorité naturelle de signes physiques, comme la couleur de peau, la circonvolution du crâne, le nez aquilin et en ce qui concerne l'étude, le sexe féminin.

Il s'agit donc de ne pas regarder ce point de vue comme étant péremptoire, mais plutôt de filtrer les informations qui ne sont pas excessives.

En somme, il convient de retenir ici que les différences sont naturelles et que porter atteinte à ce naturalisme remettrait en cause la singularité-même des femmes.

2- L'empowerment ou l'autonomisation des femmes

195. Malgré la mise en place de l'approche intégrée pour l'égalité, les femmes sont considérées comme étant une minorité au sein des institutions décisionnelles, elles perdent dès lors du crédit pour faire entendre leurs revendications. Si l'approche intégrée peut connaître des critiques du fait de l'implication massive du politique dans la question de la différence des sexes, l'intégration des femmes dans la société comme des personnes singulières ne doit pas être rejetée et au contraire

doit même être soutenue.

L'empowerment participe d'une telle dynamique d'intégration et surtout de reconnaissance des femmes par les femmes au sein de la société. Cette notion, à l'origine économique, qui permet l'implication des individus dans les processus de décision offre ainsi la parole à celles qui ne sont pas entendues ou du moins pas écoutées. Ce concept a connu des définitions plurielles, mais son analyse par les Professeurs Marguerite Lavallée et Yann Le Bossée en 1993 a permis de dégager des constantes applicables aux différentes définitions. Les notions de caractéristiques individuelles, telles que «le sentiment de compétence personnelle», «la prise de conscience», et celles de caractéristiques collectives, la prise de parti à l'action sociale, sont communément liées à l'empowerment et trouvent une application opportune à la question des femmes, minorités décisionnelles, bien que jouant un rôle dans la collectivité et ayant une singularité propre à leur sexe. Allant à l'encontre des préceptes naturalistes, l'empowerment permet une autonomisation des femmes, en ce sens qu'elles prennent en charge leur destinée familiale, sociale culturelle, économique, professionnelle, sans pour autant nier leurs spécificités féminines.

Sur un plan institutionnel, c'est après la conférence de Pékin que ce concept a été adopté. Le paragraphe 13 de la Déclaration de Pékin définit l'empowerment des femmes comme une stratégie de leur développement, «l'empowerment des femmes et leur pleine participation dans des conditions d'égalité dans toutes les sphères de la société, incluant la participation aux processus de décision et l'accès au pouvoir, sont fondamentaux pour l'obtention de l'égalité, du développement et de la paix».

Certes, la question de l'égalité est le leitmotiv évident de l'empowerment, mais d'un point de vue individuel, il permet une prise de conscience de la femme à travers la reconnaissance de son identité. L'empowerment est perçu comme un processus de recherche identitaire, ce qui l'inscrit clairement dans le sens d'une volonté d'offrir un statut à la femme.

La vision manichéenne selon laquelle l'égalité des sexes est soit bonne, soit mauvaise doit être dépassée par une perception plus autonome et libre de l'individu et en particulier de la femme. Il s'agit d'une conception selon laquelle la morale et le droit positif doivent considérer la femme à travers son sexe, sans pour autant l'assujettir à une condition de sexe faible. C'est l'universalisme.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

196. Le lien intime qui unit le principe d'égalité des sexes et le droit permet d'établir le constat selon lequel le droit s'emploie à le faire respecter. Il revient donc au droit par le biais de la mise en place du principe de faire reconnaître les droits des femmes.

Pour autant, il ne suffit pas qu'un principe soit érigé pour être respecté. Justice gracieuse et contentieuse œuvrent alors en ce sens.

La première se place en amont des inégalités dans le but de les prévenir, ce qui permet au juge de contrôler la conformité des textes au principe. Dans ce processus, le droit dispose de moyens encourageant l'égalité sexuelle. Le principe de non-discrimination, l'égalité de traitement, la parité et la mixité ont tous pour point commun la prévention des inégalités entre les sexes.

Mais, tandis que les trois premiers revêtent incontestablement le caractère d'instrument de l'égalité des sexes, la mixité, elle, considère la personne féminine comme personne distincte de l'homme. Elle tend vers une reconnaissance de l'identité féminine en ce qu'elle n'impose aucun chiffre, ni quota et n'essaie pas de comparer la situation des femmes à celle des hommes pour les rendre similaires.

De plus, l'évanescence de ces moyens ne permet pas d'apporter une solution concrète à l'enrayement des inégalités. En somme, la justice gracieuse, en plus de n'être pas suffisamment efficace pour empêcher l'ancrage social des inégalités sexuelles, contrevient au respect de l'identité féminine en utilisant des moyens trop génériques pour comprendre les situations auxquelles les femmes se trouvent confrontées.

La considération de l'identité ne s'avère pas non plus pas être du ressort de la justice contentieuse qui applique à la lettre le principe de l'égalité des sexes. C'est ainsi que des textes sont censurés par des décisions de justice qui estiment que des discriminations ont lieu par exemple dans l'accès au travail alors qu'il s'agit seulement d'adapter l'emploi à l'employé.

La pénalisation des discriminations dont les femmes sont victimes fait figure d'exception puisqu'elle prend véritablement en compte la situation des femmes notamment lorsqu'il s'agit de sanctionner les harcèlements.

D'inspiration supra-nationale, l'égalité des sexes présente toutefois une nécessité pour combattre les inégalités injustes entre les sexes et précisément lorsque la femme est placée dans une condition telle que son sexe représente pour elle un fardeau. Il s'agit alors aussi bien en matière jurisprudentielle que législative et aux niveaux international et européen de rappeler que les droits des femmes exigent qu'elles soient respectées en tant que femme ce qui permet alors d'envisager une protection particulière pouvant conduire à l'admission de leur identité.

Mais l'égalité des sexes n'est pas toujours un gage de respect des droits des femmes. Elle peut mener à l'égalitarisme lorsqu'elle pratique de manière non nuancée et systématiquement l'indifférence au sexe.

La protection spécifique dont les femmes ont besoin est significative de leurs spécificités obliérées quand l'égalité des sexes regarde la femme génériquement et non selon son sexe.

L'égalité des sexes place en effet la femme dans un ensemble qui certes rompt avec la hiérarchie sexuelle, mais s'oppose à l'identification juridique de la femme comme personne singulièrement différente.

La sociobiologie et l'empowerment qui défendent la spécificité féminine en tenant compte de sa différence naturelle s'érigent alors contre l'égalitarisme.

CHAPITRE 2

DE L'ÉGALITARISME GÉNÉRICISTE À LA NON-RECONNAISSANCE D'UNE IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME

197. L'égalitarisme est par définition génériciste puisqu'il gomme les différences au profit du tout, de la masse destituée de ses particularismes. Il en est de même du généricisme égalitaire qui répond à la même définition dans la mesure où il prive également la femme de ses spécificités pour n'en faire qu'un individu appartenant au groupe (Section 1).

L'égalitarisme génériciste et le généricisme égalitaire sont deux expressions similaires ayant pour but la négation de l'identité féminine. Ces deux notions réservent le même sort à la femme qui se voit privée d'une identité propre, ne détenant qu'un statut par défaut, l'originel étant celui de l'homme. Leur seule différence tient à leur source, puisque pour l'égalitarisme génériciste, c'est l'égalité de masse, c'est-à-dire sans prise en compte de spécificités qui va créer un genre unique, réfutant une identité féminine ; tandis que pour le généricisme égalitaire c'est l'institution d'un genre unique qui crée une société dans laquelle l'égalité prime sur les particularités (Section 2).

SECTION 1 LA MISE EN ŒUVRE DU GÉNÉRICISME ÉGALITAIRE

198. Le généricisme égalitaire connaît deux principaux moyens d'application, l'un touche particulièrement un domaine, le monde du travail, c'est l'égalité de traitement, l'autre a vocation à embrasser davantage de situations, il s'agit des mesures relatives aux discriminations. L'égalité de traitement est le moyen qui apparaît le plus révélateur d'une volonté d'effacer l'identité féminine car elle protège la mère avant de protéger la femme (§ 1).

Les mesures liées aux discriminations sont plus discutables sur ce point, car si leur définition instinctive est anti-identitaire rendant la femme copie conforme au groupe, elles peuvent a priori agir, lorsqu'elles sont positives, dans le sens de l'identité féminine (§ 2).

§ 1 L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

199. L'égalité de traitement qui représente une des ramifications de l'égalité des sexes, est pourtant marquée par un vide juridique, n'étant pas expressément définie par le droit du travail au sein duquel elle officie. Elle est, en effet, associée à l'égalité de rémunération entre les sexes et se décline différemment selon les stades de la relation de travail, si bien qu'il n'existe pas une, mais des égalités de traitement (A).

Sa mise en œuvre est donc principalement liée à la question de la place de la femme dans le monde du travail et elle montre à nouveau les limites de l'égalité des sexes face à la nécessaire protection des femmes travailleuses qui ne sont, effectivement, pas toujours considérées comme elles devraient l'être, par le droit, et notamment dans les situations de harcèlement (B).

A- ORIGINES

200. Contrairement à l'égalité des sexes dont elle est issue, l'égalité de traitement n'est pas ancrée dans les textes, elle semble être, à tort, attachée principalement à l'égalité dans ma rémunération selon la maxime «à travail égal, salaire égal». Son ambition est toutefois claire, il s'agit pour elle de poursuivre la volonté d'égaliser les conditions de travail des hommes et des femmes, ce qui concerne leur rémunération, mais pas uniquement (1).

Elle se décline selon différents stades spécifiques au moment de la relation de travail. Ainsi, l'égalité de traitement se trouve dans l'accès à l'emploi, dans l'exécution du contrat de travail, lors du licenciement et dans la rémunération (2).

1- Histoire et sources

201. L'égalité de traitement, un principe pourtant soumis à un vide juridique. Si le droit français se définit par sa généralité et ainsi sa capacité à embrasser un maximum de situation, c'est qu'il est irrigué par un principe tout autant généraliste, celui d'égalité.

L'égalité en droit du travail est un principe complexe. Il est à la fois indispensable à la régulation d'un marché, les partenaires aux échanges devant se trouver dans une position d'équilibre. Il est en contrepartie paradoxal dans sa définition d'une part, puisque le marché du travail se fonde sur un rapport de subordination, l'égalité ne semble être que d'apparence lorsqu'elle met en lien le salarié et l'employeur et dans ses moyens d'autre part car ses déclinaisons ne répondent pas toujours à ses impératifs.

La relation individuelle de travail, se caractérise par une double inégalité des parties au contrat, juridique, dans la mesure où l'une est subordonnée à l'autre et de fait en raison de la position économique dominante de l'employeur. Le droit du travail institue au plan collectif une égalité qui est irréalisable au plan individuel³⁶⁷.

367 A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, 2^e éd., 2002, pp. 111 s.

Le principe d'égalité trouve une application possible et recherchée, par les syndicalistes notamment³⁶⁸, dans le rapport que les salariés entretiennent entre eux. Il prohibe par définition toute différenciation en matière de rémunération et de déroulement de carrière. En effet, l'égalité des travailleurs vise le salaire et les conditions de travail.

Le principe d'égalité de rémunération répond à la maxime «à travail égal, salaire égal», inscrite à l'article 119 du Traité de Rome et consacré en droit interne par la loi du 22 décembre 1972. Ce principe impose à l'employeur d'assurer «pour un même travail ou pour un travail de valeur égale»³⁶⁹, l'égalité de rémunération³⁷⁰ entre salariés de sexe différent.

L'égalité dans les conditions de travail est érigée à hauteur de principe par la directive communautaire du 9 février 1976, qui a elle-même transposé la loi du 13 juillet 1983, dite Roudy.

Ce qui peut interpellier à propos de l'égalité de traitement et plus exactement sa définition-même, c'est qu'elle n'existe pas dans les textes français. Force est de constater le vide juridique et particulièrement législatif qui pèse sur la notion. Cela peut poser des difficultés lorsque la femme est dans une situation telle qu'elle est discriminée, cependant l'idée-même d'une codification de l'égalité de traitement est à rebours de l'exigence d'identité féminine, dans la mesure où une codification viendrait génériciser une volonté à tout prix de ne plus l'être.

En somme, inscrire dans le Code du travail une définition de l'égalité de traitement est contraire à l'identité de la femme dans le sens où elle globaliserait des situations qui ne peuvent et ne doivent l'être au nom de la femme. Le risque de poser une définition de l'égalité de traitement est de ne pas dissocier des situations qui devraient l'être et de ne retenir qu'une définition égalitaire, voire égalitariste contraignant la femme à devenir cet homme qu'elle n'est pas. L'atout majeur de l'égalité de traitement est sa prise en charge par la jurisprudence, seule à pouvoir comprendre les différences, contrairement à une loi trop massive pour les cerner.

En Allemagne, une loi sur l'égalité de traitement a été adoptée le 14 août 2006 dite loi générale, car elle englobe plusieurs cas de figure. Le champ d'application de cette loi, qui a vocation à transposer quatre directives (2000/43, 2000/48, 2002/73, 2004/113), demeure plus large qu'elles,

368 A. E. WOODWARD, *Vers l'équilibre entre les femmes et les hommes*, Éd. du Conseil de l'Europe, 2002, p. 57.

369 C. trav., art. L. 3221-2

370 Le terme rémunération doit être entendu au sens large, ne s'agissant pas seulement des salaires, mais aussi des avantages et accessoires.

ce qui est révélateur d'un obstacle à la prise en compte des spécificités. En effet, la loi ne traite pas spécifiquement de l'égalité des rémunérations ce qui valait surtout pour les hommes et les femmes, mais s'applique à toutes les discriminations, ce qui fond dans la masse une des discriminations majeures pourtant subies par les femmes.

Si l'on compare donc le droit allemand et le droit français en terme d'égalité de traitement, il est à espérer que notre droit demeure prétorien sur ce point et ne rompe sous la pression d'une généralisation de ses textes pour ne faire des femmes que des participantes à un texte aussi abstrait que générique.

202. Un principe a priori tolérant. Le principe-même d'une interdiction de différenciation est gênant, car il reviendrait à penser que tous les travailleurs sont identiques.

Mais si l'exigence d'égalité exclut toute différence entre les individus, l'égalité de traitement à l'inverse n'exclut pas les différences. L'exigence d'égalité de traitement se montre plus tolérante à l'égard des différences, elle les accepte dans une juste mesure sans les condamner. C'est la question des critères qui trace la ligne de démarcation entre une égalité stricto sensu, partant génériciste, qui va stigmatiser les différences et une égalité de traitement plus souple qui comprend que parce que les individus ne sont pas identiques, des règles homogènes ne peuvent leur être appliquées.

Si dans la décision Edf contre Chaize et autres du 27 octobre 1999, la Chambre sociale de la Cour de cassation estimait qu' «une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination illicite au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail»³⁷¹, elle n'a pas laissé pour autant la possibilité pour les employeurs de traiter différemment et selon leurs convenances leurs salariés. L'égalité de traitement exige en effet que dans un groupe tous soient traités selon des critères identiques et constants, Clairement, «elle condamne l'arbitraire en exigeant que les décisions reposent sur des raisons objectives»³⁷² et «pertinentes»³⁷³. Il est ainsi admis que des salariés soient différemment traités à la condition qu'ils le soient en fonction de «raisons objectives matériellement vérifiables»³⁷⁴.

Il s'agit dès lors d'empêcher l'arbitraire de l'employeur, tout en comprenant que des situations différentes ne soient pas tenues pour comparables et comme telles fassent l'objet d'un traitement

371 Soc. 27 octobre 1999, *Bull.*, V, n° 422.

372 Soc. 29 octobre 1996, Soc. 27 octobre 1999, Soc. 10 décembre 2002 : Non-discrimination. Égalité de traitement, *GATRAV*, n° 71-73.

373 Soc. 20 février 2008, *RJS* 5/08.512, *RDT* 2008, 215.

374 Soc. 15 mai 2007, *D.* 2007, Pan. 3034, obs. A. Jeammaud

différencié.

A travers ses décisions, la jurisprudence a toutefois érigé en principe l'égalité de traitement, mais il ne dessert pas les aspirations à une identité féminine, puisqu'il se décompose lui-même en plusieurs égalités de traitement répondant chacune à un cas particulier.

2- Les égalités de traitement

203. L'égalité dans l'accès à l'emploi. Le Code civil et le Code du travail ne posent certes pas clairement une définition de l'égalité de traitement, ce qui est profitable aux situations particulières dans lesquelles certaines femmes peuvent se trouver, mais celle-ci a toutefois valeur de principe en droit communautaire et comme telle doit être respectée par le droit national.

L'article 2 de la Directive 76/207CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail donne une sorte de définition du principe qui en délimite les contours sans pour autant arrêter strictement l'application du principe à des cas exhaustivement prédéfinis.

Le principe de l'égalité de traitement se décline selon plusieurs types d'égalité à différents stades de la relation de travail.

L'égalité de traitement doit donc se trouver dans l'accès à l'emploi, dans l'exécution du contrat de travail, à l'occasion d'un licenciement, dans les conditions d'un départ à la retraite, dans la rémunération³⁷⁵.

Qu'elle soit directe ou indirecte, la discrimination fondée sur le sexe est prohibée. Le caractère direct de la discrimination est défini par la directive 2006/54 CE. Ainsi, il faut entendre par discrimination directe, «la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation

375 Observatoire du droit européen, Service des Études et de la Documentation de la Cour de cassation, *Le droit communautaire et européen & la prohibition des discriminations en matière d'emploi et de travail*, février 2009.

comparable»³⁷⁶. La discrimination indirecte est définie par la directive 2002/73 CE. Il s'agit de «la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires»³⁷⁷.

La question de la discrimination dans l'accès à l'emploi met le plus souvent en cause l'état de grossesse des femmes se présentant à un poste. La jurisprudence se veut très rigoureuse dans l'application du principe d'égalité de traitement et ne peut à ce titre voir sa position être taxée d'égalitariste, les hommes ne pouvant se trouver dans une situation comparable.

La Cour de Justice des Communautés européennes réaffirme la protection des salariées enceintes en décidant que «l'article 2 de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 s'oppose au refus d'engager une femme enceinte pour un emploi à durée indéterminée au motif qu'une interdiction légale de travail attachée à cet état fait obstacle, pour la durée de sa grossesse, à ce qu'elle occupe, dès le départ, ledit emploi»³⁷⁸.

204. L'égalité dans l'exécution du contrat de travail. L'égalité de traitement entre les sexes dans l'exécution du contrat de travail est à nouveau illustrée en majeure partie par le cas de la protection de la femme enceinte. Une telle protection ne peut être remise en cause. Seulement, ce qui peut et doit être remis en cause est le fait de transformer ce qui devait être au départ une égalité des sexes pour protéger davantage un sexe plus qu'un autre et ce à travers un état, en l'occurrence celui de femme enceinte.

La Cour se retranche alors derrière une simili protection de la femme qui en réalité ne protège guère son identité de femme, mais seulement celle de mère. A l'inverse, lorsqu'elle applique l'égalité des sexes à tout prix, elle gomme l'identité féminine en la traitant comme un homme placé dans la même situation ce qui ne rend pas service à la recherche d'un identité féminine.

C'est ainsi que dans la décision Alfred Stöckel du 25 juillet 1991, la Cour de Justice considérait que puisqu'il n'existait aucune interdiction de travail de nuit des hommes et puisque les raisons originelles d'une telle interdiction pour les femmes n'apparaissaient plus fondées, l'interdiction du travail de nuit des femmes n'avait par conséquent plus lieu d'être³⁷⁹. La décision de la Cour semble certes juridiquement justifiée, mais en ce qui concerne la place de la femme, elle ne peut être

³⁷⁶ Directive 2006/54/CE.

³⁷⁷ Directive 2002/73/CE.

³⁷⁸ CJCE Mahlburg, 3 février 2000, C-207/98, *Rec.*, 2000, I, p. 549 ; *Chron. D.S.*, 2000, p. 270, obs. J. Jacquain. 102.

³⁷⁹ CJCE Stöckel, 25 juillet 1991, C-345/89, *Rec. CJCE*, 1991, p. I-4047.

légitime, la femme étant ici considérée comme un homme, son identité est alors de nouveau exilée.

205. L'égalité en matière de licenciement. L'égalité de traitement entre homme et femme en matière de licenciement est orientée considérablement vers la protection des salariées enceintes, ce qui s'oppose clairement à l'identité de la femme, puisque seul le statut de mère est pris en compte.

La protection de la femme enceinte à l'occasion d'un licenciement sur laquelle se fonde la Cour est inscrite à l'article 10 de la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992. Il y est prévu une interdiction de licenciement pendant la période allant du début de grossesse jusqu'au terme du congé maternité. Pratiquement, le licenciement d'une salariée en raison de son état de grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe³⁸⁰. Qu'en est-il des femmes qui ne sont pas enceintes et qui elles aussi souhaiteraient une protection particulière ? La protection des femmes enceintes montre il est vrai qu'à statut particulier correspond une solution particulière, ici la protection.

Mais le statut de femme enceinte ne préexiste pas à la femme et pourtant la femme ne jouit d'aucun statut lorsqu'elle n'est ni mère, ni ne s'apprête à l'être. Il ne s'agit pas de contrer la protection de la femme enceinte, mais de comprendre que la femme enceinte est femme avant d'être enceinte et que ce «simple» état mérite de se voir octroyer le droit d'être identifié en tant que tel.

206. L'égalité dans la rémunération. Pour la Cour, le sexe est également un facteur de discrimination en ce qui concerne la rémunération. Si une inégalité de rémunération peut être justifiée par une différence dans les parcours professionnels³⁸¹ et par une différence objective dans la valeur du travail accompli³⁸², elle est en théorie bannie par la maxime «à travail égal, salaire égal», clairement consacrée par les arrêts du 30 janvier 2008³⁸³ qui ont suivi l'arrêt Ponsolle. Cette décision affirme pleinement que l'égalité de rémunération représente la clé de voûte de l'égalité de traitement et doit demeurer intransigeante avec les discriminations. Seulement si la jurisprudence Ponsolle à travers son application rigoureuse de l'égalité de traitement préconise l'élimination des

380 CJCE Paquay, 11 octobre 2007, C-460/06, *Rec. CJCE*, 2007, I, p. 8511.

381 Cass. Soc., 3 mai 2006, Cramif c/ Lefebvre, pourvoi n° 03-42920, *La Semaine juridique Social*, 20 juin 2006, n°25.

382 Cass. Soc., 12 février 1997, n° 95-41694, 95-41695, *Droit soc.*, 1997, note M.-T. Lanquetin, p. 526.

383 Cass. Soc., 30 janvier 2008, n° 06-46447, 06-46448, 06-46449, 06-46450, 06-46451, 06-46452, 06-46453, 06-46454, 06-46455, 06-46456, 06-46457, 06-46458, 06-46459, 06-46460, 06-46461, 06-46462, 06-46463, 06-46464, 06-46465, 06-46466, 06-46467, 06-46468, 06-46469, 06-46470, 06-46471, 06-46472, 06-46473, *Revue fiduciaire*, mensuel n°1055, Rupture du contrat de travail - activité partielle et situation économique - discipline dans l'entreprise, octobre 2014.

discriminations, elle tend dès lors à éliminer toutes les différences. Or, les différences ne sont pas toutes discriminantes, c'est-à-dire injustifiées et irraisonnées plaçant derechef les femmes dans une situation de faiblesse.

C'est ainsi que dans sa décision du 12 février 1997 la Chambre sociale de la Cour de cassation a admis des inégalités dans les rémunérations alors que le moyen du pourvoi criait à la discrimination³⁸⁴. Certes, il s'agissait de différences de rémunération entre salariées, des discriminations fondées sur le sexe ne pouvaient donc être ici invoquées, mais cette décision a démontré que l'égalité de traitement ne pouvait pas toujours être appliquée. Dans cette affaire c'est l'application-même du principe de l'égalité de traitement qui aurait été discriminante, l'égalité de traitement provoquant alors une situation injuste pour les salariées devant percevoir plus que leurs collègues.

Si cette jurisprudence permet une meilleure acceptation des différences, balayant les a priori au sujet de leur nature discriminante, le généricisme attaché à l'égalité de traitement s'étend avec la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 qui pose les bases d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement et partant empêche l'identité féminine d'exister.

B- LES MOYENS D'APPLICATION DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

207. Si l'égalité de traitement permet notamment à la femme de bénéficier, entre autre et, à juste titre, d'une égalité de rémunération, elle demeure toutefois liée à nouveau à une application générique de l'égalité des sexes, résultant de la création d'un cadre général en faveur du principe d'égalité. Il s'agit de lutter contre la discrimination fondée sur le sexe dans d'autres domaines que celui de l'emploi. Cette considération d'un champ d'application si vague est trop générale pour prétendre à une véritable protection des femmes contre les discriminations qui leur seraient faites en raison de leur sexe.

La facilitation de la preuve des discriminations subies par les femmes en raison de leur sexe vient illustrer la nécessité de particulariser les mesures de protection des droits des femmes (1).

La généralisation du principe d'égalité de traitement est relayée par la superficialité des

384 Cass. Soc., 12 février 1997, n° 95-41694, 95-41695, *Droit soc.*, 1997, note M.-T. Lanquetin, p. 526.

sanctions de ses inapplicables montrant dès lors les limites d'un principe jugé inefficace et insuffisant pour enrayer les inégalités injustes entre les sexes (2).

1- Le cadre général en faveur de l'égalité de traitement et la charge de la preuve

208. La charge de la preuve. En principe, si l'article 1315 du Code civil et la maxime latine «semper necessitas probandi incumbit ei qui agit», attribuent la charge de la preuve à «celui qui réclame l'exécution d'une obligation», la charge de la preuve est renversée lorsqu'il s'agit de démontrer qu'une discrimination a eu lieu et plus particulièrement en matière salariale.

La question de la charge de la preuve doit ici être clairement comprise. Il faut distinguer selon que le traitement différencié des femmes est ou non considéré comme discriminant. L'action en justice des victimes de discriminations est facilitée par plusieurs dispositions, mais il faut retenir que tout salarié, plus exactement toute salariée qui allègue une discrimination directe ou indirecte doit «présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination»³⁸⁵.

Au niveau national, il s'agit de soumettre certaines décisions patronales à un contrôle préalable. La loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 a permis aux candidats à un stage et ceux suivant une formation de bénéficier de l'aménagement lié à la charge de la preuve.

Au niveau communautaire, dès lors que la salariée avance des faits laissant présumer une situation la plaçant dans un état de discrimination en raison de son sexe, il appartient à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement³⁸⁶.

La preuve est facilitée dans le cas de discrimination indirecte³⁸⁷. Il incombera alors à l'employeur de prouver que cette disposition, ce critère ou cette pratique sont appropriés et nécessaires et peuvent être justifiés par des facteurs objectifs indépendants du sexe des salariées³⁸⁸. Ainsi et en matière de rémunération l'article 119 du Traité impose à l'employeur de justifier toute différence de

385 Art. L,1134-1 Code trav. modifié par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008.

386 Dir. eur. 97/80/CE du 15 décembre 1997, art. 4§ 1.

387 M.-T. LANQUETIN : De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins, *Mélanges. H. Sinay*, 1994, p. 415 : il s'agit de parler de discrimination indirecte «lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe».

388 Cass. soc. 23 novembre 1999, *Dr. Soc.* 2000, 592.

rémunération par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Cette règle ressort de l'affaire *Jämställhetsombudsmannen* de la Cour de Justice des Communautés européennes en date du 30 mars 2000³⁸⁹.

Concrètement, dans l'hypothèse où une femme s'estime victime de discriminations liées à son sexe, elle devra prouver que la mesure qu'elle dénonce produit un effet différent pour les femmes, sous-entendu les lésant comparativement aux hommes, si une telle mesure leur était également appliquée. A l'employeur de démontrer ensuite que la ou les mesures remises en cause ne portent pas atteinte au principe de l'égalité de traitement étant justifiées et proportionnées³⁹⁰.

Ces deux jurisprudences de la Cour de Justice des Communautés européennes ont été reprises et érigées comme principe par l'article 19 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 : «[...] il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement»³⁹¹.

Que la charge de la preuve soit désormais facilitée pour les salariés victimes de discriminations, et en l'occurrence les femmes salariées, amène certes plus de justesse lorsque la femme est effectivement victime de discrimination fondée sur son sexe, une telle preuve étant pour elle extrêmement difficile à apporter. Mais il peut servir également de prétexte à la victimisation de la femme parce qu'elle est une femme ce qui accentuera d'autant plus le fait qu'elle ne peut être l'égal de l'homme et inversement.

209. L'encadrement général du principe. Cette volonté d'application ténue du principe d'égalité de traitement est soutenue par la création d'un cadre général en faveur de ce principe. C'est la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 qui pose un cadre général en faveur du principe d'égalité de traitement. L'objectif principal de cette directive est clairement énoncé par l'article 1 de la proposition de directive du 2 juillet 2008 de la Commission fondée sur l'article 13 du Traité de l'Union européenne : «lutter contre la discrimination fondée sur le sexe [...] dans d'autres domaines que l'emploi». La directive du 27 novembre 2000 pose donc un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en ce qu'elle étend son domaine d'application. Avec cette directive, l'égalité de

389 CJCE, 30 mars 2000, *Jämställhetsombudsmannen*, C-236/98, *Rec. CJCE*, 2000, I, p. 2189.

390 CJCE, 3 octobre 2006, *Cadman*, C-17/05, *Revue de Droit du travail*, décembre 2006, p. 395, obs. T. Aubert-Maupeyssen.

391 Extrait de l'article 19 de la directive 2006/57/CE du Parlement européen et du Conseil 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.

traitement couvre dorénavant les domaines de la protection sociale, des avantages sociaux, de l'éducation, de l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public.

La directive reste générale même en ce qui concerne les sanctions des discriminations puisqu'en son article 17 elle prévoit seulement que les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations du principe de l'égalité de traitement.

Si l'objectif visé par cette directive est de contraindre les États membres à éliminer tout type de discriminations en particulier ici celles visant les femmes en raison de leur sexe, est louable, il est regrettable à l'inverse de les contraindre à appliquer et respecter le principe d'égalité de traitement selon un cadre général affiché. En effet, la généralité qui supporte la directive tend fortement vers un généricisme étouffant le libre arbitre des États et ce par le biais d'une déssexualisation dangereuse de la femme. Généraliser l'égalité des sexes comme la directive de 2000 s'est employée à le faire revient clairement à unifier les sexes, ce qui va à contre courant d'une identité féminine. L'égalité des sexes circonstanciée est à défendre, mais elle ne doit pas être la seule solution contre les discriminations.

2- Les sanctions de la non-application du principe de l'égalité de traitement

210. La nécessité de sanctions réelles. La superficialité des sanctions de la non-application de l'égalité de traitement et leur ineffectivité montrent les limites d'un tel mécanisme. La prohibition des discriminations existe de facto, seulement les sanctions devant être attachées à cette prohibition sont dérisoires face au préjudice subi ou si peu dissuasives que les discriminations sont davantage tolérées que traquées.

Les limites de la théorie du genre face à l'identité féminine sont nettes. Ce qui apparaît comme étant tout à fait critiquable dans la négation d'un statut de la femme est l'extrême aisance avec laquelle le généricisme se sert du biologisme pour semer l'égalité des sexes. En effet, le biologisme s'oppose au généricisme, pourtant le second utilise le premier pour parvenir à sa fin, faire considérer les femmes comme des hommes par le vœu d'égalité. Concrètement, la femme ne peut prétendre à un statut seulement à la condition d'être mère, ce qui est dommageable pour la femme qui ne l'est pas, alors traitée comme l'égal de l'homme. Ainsi, le genre instrumentalise le sexe biologique pour ériger un

statut à la mère, mais il le rejette dès lors qu'il s'agit de consacrer l'identité féminine. Le paradoxe est évident.

La directive 2006/54/CE insiste en son article premier sur la nécessité d'adjoindre au principe d'égalité de traitement une effectivité procédurale qui reviendrait à appliquer des sanctions réelles dès lors que les femmes subissent des discriminations malgré ce principe.

Puisque le principe de l'égalité implique qu'aucune discrimination fondée sur le sexe ne doit avoir lieu, il voit son inapplication prohibée

211. La problématique du harcèlement sexuel. La question du harcèlement sexuel illustre bien la difficulté de mettre en place de réelles sanctions pour un réel préjudice. En effet, par une décision du Conseil constitutionnel en date du 4 mai 2012³⁹², ce délit a été abrogé. Le Conseil considérait que le texte visant à sanctionner le délit de harcèlement sexuel était insuffisamment précis et surtout que son champ d'application trop général était contraire à la Constitution. Une loi du 17 janvier 2002 avait même supprimé les précisions relatives à la qualité de l'auteur et sur les comportements incriminés, de sorte que nul ne pouvait plus dire ce qui était interdit et ce qui ne l'était pas. Si cette abrogation a toutefois laissé un grand vide juridique auquel le gouvernement Ayrault essaie aujourd'hui de remédier³⁹³, cette décision a eu le mérite de réprimer ce qui révélait un généricisme inquiétant, mettant un terme à une situation juridique floue. Le projet de loi présenté le 12 juin 2012 qui propose deux définitions du délit ne convainc pas l'Association européenne de violences faites aux femmes qui le juge trop laxiste et difficile à démontrer par les victimes.

Le texte ne prévoit pas de régime de protection particulier pour les femmes victimes ce qui peut déplaire aux associations féministes pourtant et paradoxalement désireuses de faire appliquer uniformément l'égalité des sexes.

En effet, le fait de ne pas appliquer les mêmes droits à l'homme et à la femme dénote pour les mouvements féministes d'une volonté de minimiser l'importance du rôle de la femme dans la société de travail. Il montre surtout pour les détracteurs du généricisme et donc du féminisme égalitaire que l'égalité de traitement n'est pas toujours souhaitable, même si paradoxalement l'égalité

392 Cons. Constit., 4 mai 2012, décision n°2012-240 QPC, *Journal officiel*, 5 mai 2012, p. 8015, *Recueil*, p. 233.

393 <http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/harcèlement-sexuel-24384.html> : «La loi sur le harcèlement sexuel a été publiée au journal officiel du 7 août 2012. Elle avait été adoptée à l'unanimité le 31 juillet, au Sénat comme à l'Assemblée nationale. Cette loi rétablit le délit de harcèlement sexuel qui avait été abrogé par la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai dernier, en clarifie la définition, aggrave et harmonise les sanctions pénales, en enfin renforce la prévention du harcèlement dans le monde du travail».

des droits entre les sexes est attendue.

Clairement, l'égalité de traitement, qu'elle soit ou non respectée, affiche ses limites par rapport à l'identité féminine, dans la mesure où elle dissout l'identité des femmes en les traitant selon des catégories qui sont dématérialisées par des quotas et non selon leurs besoins et leurs qualités. Ce ne sont donc pas tant ses moyens de mise en œuvre que son principe-même qui posent ici difficulté.

§ 2 LES DISCRIMINATIONS

212. Une mesure est considérée comme une discrimination dès lors qu'elle défavorise une personne en fonction de ses caractéristiques personnelles. Cette définition pourtant simple de la discrimination n'est pas universelle, puisqu'elle se heurte au rejet du différentialisme quand il s'agit de la définir comme l'action de distinguer. Cela revient, d'ores et déjà, à impliquer un jugement dans une définition a priori neutre, dans la mesure où la discrimination est perçue comme ce qui distingue. La différence serait ainsi, selon cette perspective, une discrimination.

Les discriminations existent au sein des différences, seulement si celles-ci sont arbitraires et injustifiées. Pour corriger les inégalités entre les sexes, des moyens accompagnent le principe de l'égalité de traitement, ce sont des mesures anti-discriminations qui sont ancrées dans l'ordre juridique à travers la législation et la jurisprudence. Il s'agit plus précisément des discriminations indirectes, qui visent les hypothèses dans lesquelles un critère en apparence basique fait naître une situation désavantageuse pour certaines personnes, et du principe de non-discrimination dénonçant ce qui est constitutif d'une discrimination (A).

Une autre sorte de discrimination a créé la polémique quant à son bien-fondé, il s'agit des discriminations positives qui, là encore, exacerbent les tensions entre les différentialistes et les égalitaristes, dans la mesure où elles peuvent être considérées tantôt comme un combustible aux inégalités injustes entre les sexes, tantôt comme un remède efficace à la non-considération des femmes (B).

A- LES MESURES ANTI-DISCRIMINATIONS

213. Le généricisme égalitaire poursuit son extension avec l'interdiction des discriminations qui peuvent, certes faire l'objet d'abus, amplifiant le processus d'inégalités injustes entre les sexes, mais qui, parce qu'elles découlent des différences, se voient immédiatement censurées, ce qui censure automatiquement ces mêmes différences, alors niées.

Les discriminations indirectes (1) et le principe de non-discrimination (2) suivent le mouvement du principe d'égalité des sexes et illustrent l'incohérence de ses rouages en reconnaissant alors une place au biologisme. En effet, alors que l'égalité des sexes, fomentée par des revendications féministes niant une quelconque identité du féminin, réfutent les différences biologiques entre les sexes, s'en sert pourtant pour lutter contre les inégalités qu'elle estime être injustes. L'égalité des sexes a donc recours dans son combat à ce qu'elle rejette massivement, les différences naturelles entre les sexes.

1- La consécration jurisprudentielle des discriminations indirectes

214. La discrimination, une différence de traitement. Les discriminations directes consistent à traiter une personne «de manière moins favorable qu'une autre pour des motifs interdits», tandis que les discriminations indirectes visent les situations dans lesquelles un critère apparemment neutre engendre un désavantage particulier pour certaines personnes.

Le thème discrimination a connu une impulsion à la fin du XX^e siècle à tel point que le terme-même a été galvaudé de sorte à en faire une notion aux contenus disparates et aux contours incertains. Contrairement à l'usage erroné du terme qui conduit à l'appliquer à des idéologies (racisme, sexisme), à des répulsions (homophobie), la discrimination est en réalité une différence de traitement. Sa définition-même fait d'elle, au regard du principe d'égalité, une notion illégale.

La Constitution du 27 octobre 1946 et son préambule ont été pionniers pour établir une

«typologie des différenciations interdites»³⁹⁴.

A l'opposé d'une recherche identitaire de la femme, l'article 1 de la Constitution de 1958 va jusqu'à interdire toute distinction des citoyens face à la loi³⁹⁵, de sorte qu'une femme ne pourra prétendre à un statut particulier étant, à travers ce texte, l'égal de l'homme face à la législation.

Or, le simple fait de considérer que la femme doit avoir des droits égaux à ceux des hommes opère une discrimination sexuelle dans la mesure où l'alignement des droits de l'une sur l'autre apparaît comme un processus seulement chronologique rendant la femme l'égal de l'homme. Il apparaît par cette expression que l'homme dispose de droits et que la femme doit disposer des mêmes quant bien même ne seraient-ils ni justes, ni nécessaires.

Danièle Lochak, Professeur de droit public, résume la position du droit face à l'égalité : c'est «la différenciation elle-même qui est mise hors la loi»³⁹⁶.

Même si les discriminations concernent l'ensemble des relations humaines, force est de constater qu'elles sont particulièrement considérées dans les relations contractuelles de travail du fait du caractère majeur de la subordination.

215. La prédétermination des relations de travail à la discrimination du fait du critère de subordination. Dans un premier temps, seule la discrimination syndicale a fait l'objet d'une rédaction à l'article 3 de l'accord de Matignon du 7 juin 1936. La législation a été moins prolixe en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les sexes, puisque malgré la proclamation du Préambule de la Constitution qui garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme, il a fallu attendre la loi du 22 décembre 1972 pour que les jalons de l'égalité des droits entre les sexes en matière professionnelle soient posés.

L'adoption de la première loi Auroux et la création de l'article L.122-45 du Code du travail ont inséré l'exigence du respect d'égalité dans les rapports entre les individus et plus seulement les rapports entre les citoyens et l'État. Le texte ne concerne cependant qu'un nombre limité de discriminations³⁹⁷, mais il va connaître un renouveau avec deux lois en 1992³⁹⁸ et 2001³⁹⁹.

394 Y. ATTAL GALLY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p. 87.

395 F. LUCHAIRE, Un Janus constitutionnel : l'égalité, *RDP*, 1986, p. 1234.

396 D. LOCHAK, Réflexions sur la notion de discrimination, *Dr. social*, 1987, p. 779.

397 L'origine, le sexe, la situation de famille, l'appartenance à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales et les convictions religieuses.

398 Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992.

399 Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001.

L'interdiction des discriminations est alors ouverte à toutes les étapes de la relation de travail et non plus seulement cantonnée à la procédure de recrutement⁴⁰⁰.

L'impact européen s'est également fait ressentir à propos de la nature-même des discriminations interdites, puisque le texte de l'article L.122-45 du Code du travail lutte désormais contre les discriminations indirectes⁴⁰¹. L'article 1er de la loi du 27 mai 2008 définit les comportements sanctionnés⁴⁰². Que la discrimination soit directe ou indirecte, trois critères sont nécessaires pour qu'une discrimination soit caractérisée : les personnes dont le traitement est comparé doivent être dans une situation comparable, elles doivent subir un traitement moins favorable que les autres et enfin ce traitement doit être fondé sur un motif défini comme illicite.

Dans une décision en date du 9 janvier 2007, la Cour de cassation reconnaît pour la première fois l'existence d'une discrimination indirecte⁴⁰³. Cette décision apparaît dès lors comme une véritable consécration de la notion qui jusqu'alors n'était que théorique⁴⁰⁴. La Cour avait retenu une discrimination indirecte du fait de l'état de santé d'une salariée.

Le Code pénal consacre aux discriminations les articles 225-1 à 225-4 relayés par le principe de non-discrimination, ici gardien du principe d'égalité entre les sexes.

2- Le principe de non-discrimination

216. Le principe de non-discrimination et le principe d'égalité de traitement, deux principes différents dans leur domaine d'application. Si le principe d'égalité de traitement et celui de non-discrimination peuvent tous les deux être rapprochés en ce qu'ils sont tous deux des

400 A partir de 2001, l'interdiction des discriminations concerne, selon l'article L.122-45 ancien du Code du travail : «l'accès à un stage ou à une période de formation» ainsi que toute mesure «notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat».

401 Dir. 2000/78/CE du 27 novembre 2000, art. 2.2 a.

402 Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

403 Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43.962, *RDT* 2007, chron. p. 245 : «Attendu cependant qu'il résulte des dispositions combinées des articles visés qu'un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent retenir, afin de régulariser la rémunération, indépendante des heures réellement effectuées chaque mois, du salarié en fin d'année, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation, comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité, une telle modalité de calcul constituant, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié».

404 Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 modifiant l'article L.122-45 du Code du travail.

instruments de protection des droits fondamentaux⁴⁰⁵, ils ne doivent toutefois pas être confondus dans leur définition et leurs enjeux.

En effet, le premier a vocation à s'appliquer d'une manière plus générale que le second et il est considéré comme étant actif. La généralité liée dans les esprits au principe d'égalité se trouve confortée par une jurisprudence du Conseil d'État en date du 26 juin 2003 qui estime que seul le principe de non-discrimination est une liberté fondamentale selon les termes de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative et que «si certaines discriminations peuvent eu égard aux motifs qui les inspirent, constituer des atteintes à une liberté fondamentale, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une telle atteinte»⁴⁰⁶.

La distinction entre les deux principes en ce qui concerne leur champ d'application s'explique également par le fait que le principe d'égalité ne protège pas uniquement certains critères discriminatoires tandis que le principe de non-discrimination cible davantage ce qui doit être signifié comme étant discriminant. Il a vocation à s'appliquer à tout critère qui ne serait pas pertinent vis à vis de l'aptitude professionnelle.

217. Des différences ambivalentes au regard de l'égalité des sexes. La nuance entre les deux principes est très mince et la question de la protection des femmes en droit du travail illustre cette délicate frontière : lors d'un contentieux opposant une salariée à son employeur, il s'agit non seulement de vérifier que la salariée n'a pas subi de discrimination liée à son sexe, mais aussi de s'assurer que le principe d'égalité a correctement été appliqué. Clairement, l'évolution du droit de la preuve et plus précisément le fait qu'il appartient désormais à l'employeur de démontrer l'absence d'inégalité pour sa salariée a participé à gommer la frontière entre deux principes à l'origine bien distincts.

Cette distinction effacée tient, pourtant, au champ d'application des principes. En effet, tandis que le principe de non-discrimination connaît une application restreinte en se définissant par rapport aux critères précis de l'article L.1132-1 du Code du travail, celui d'égalité de traitement est plus générique répondant à la maxime de l'égalité des salaires.

L'implication de l'un par rapport à l'autre dénote encore la différence de leur champ d'action. Si le

405 Au sujet du principe de non-discrimination : Cass. Soc., 10 décembre 2002, *Bull. civ. V*, n°373, J.-E. T., « Portage de presse : conditions de requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 14 janvier 2003, n°115 ; ; au sujet du principe d'égalité de traitement : Cass. soc., 13 janvier 2004, *Bull. civ. V*, n°1.

406 Conseil d'État, 26 juin 2003, n°257938, Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle, P.-O. PARGUEL, *Le Président du Tribunal administratif*, Paris, Éd. Publibook, 2008, p. 315.

principe de non-discrimination nécessite pour être respecté que celui de l'égalité de traitement le soit, à l'inverse l'égalité de traitement n'implique pas la non-discrimination dans sa concrétisation.

Ainsi une mesure est forcément discriminatoire si elle ne respecte pas l'égalité des sexes, mais une mesure qui entraîne une inégalité des sexes n'est pas nécessairement issue d'une discrimination, il peut s'agir au contraire d'une différence justifiée par un objectif légitime⁴⁰⁷. Concrètement les interdictions prévues à l'article L1142-1 de se référer à l'un ou l'autre sexe dans une offre d'emploi par exemple sont levées lorsque l'emploi à pourvoir justifie l'appartenance à l'un ou l'autre sexe.

218. Une protection accrue de la travailleuse. Le Code du travail admet des tempéraments au principe de l'égalité de traitement qui sont en quelque sorte le reflet du principe de non-discrimination lequel dans sa propre définition inclut en quelque sorte ces mêmes tempéraments. Le Code encadre ainsi certaines professions présentant des risques pour les femmes, il s'agit de protection pour les femmes enceintes, leur sexe étant alors considéré comme un critère pertinent de différence de traitement au regard de l'aptitude professionnelle. Ainsi, les métiers provoquant des nuisances sonores pouvant altérer la bonne audition du fœtus sont considérés comme présentant des risques pour la femme enceinte. L'article L.1225-29 du Code du travail est plus audacieux en interdisant d'employer une salariée «pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement». En son alinéa deux, il précise qu'«il est interdit d'employer la salariée dans les six semaines qui suivent son accouchement»⁴⁰⁸.

Cet encadrement peut connaître une interprétation positive et une négative. L'aspect positif est la prise de conscience d'une protection nécessaire de la femme enceinte ou la jeune mère. Cette considération implique la reconnaissance du biologisme face au recul de la théorie du genre qui s'acharne à le réfuter. En effet, ici la biologie est enfin prise en compte, l'égalité des sexes n'a plus sa place, ce qui est salutaire ; l'aspect négatif réside dans le cantonnement de la femme à un rôle de reproductrice et l'érection d'un statut de femme-mère et non de femme.

Cela revient clairement à confirmer l'usage intéressé du biologisme par le généricisme. D'un côté, la femme ne peut pas prétendre comme un homme à pourvoir certains emplois parce qu'elle est susceptible d'être mère et ainsi la pénibilité du travail demandé peut avoir des répercussions sur sa grossesse. Le droit consacre ainsi un semblant de statut à la mère ; d'un autre côté, si le droit se refuse de faire subir la pénibilité d'un emploi à une femme ce n'est pas parce qu'elle est femme,

407 C. trav., art. L.1142-2.

408 C. trav., art. L.1225-29.

mais parce qu'elle peut être mère. Ainsi, sous prétexte de protéger la femme, le droit en réalité protège la mère et ne reconnaît toujours pas de statut identitaire à la femme. Le droit ne comprend ainsi toujours pas que la femme sans être mère n'est pas forcément capable de pourvoir tous les emplois comme le ferait un homme. Avant d'être mère, la femme est femme c'est cette identité première qui doit être consacrée.

Le revers de l'égalité de traitement est donc cette difficulté d'appréhender à la fois ses applications et ses tempéraments. Son champ trop large lui vaut finalement de se contredire et ce n'est pas pour autant que l'identité féminine est consacrée. Le principe de non-discrimination, au contraire, étant plus précis, possède un pouvoir de sanction compatible avec la création d'un statut de la femme, puisqu'il condamne les critères discriminatoires à l'égard des femmes.

Les deux principes tendent toutefois à se confondre et la volonté communautaire d'éliminer les discriminations engage à gommer leurs différences. Malgré une telle confusion, le principe de non-discrimination semble être un allié potentiel de l'identité de la femme, dans la mesure où non seulement son champ d'application est limité aux discriminations injustes⁴⁰⁹, mais est à l'écoute également des différences autorisées.

C'est en raison de son extension à la fois trop imposante et trop décousue que le principe d'égalité de traitement risque de partir à vau-l'eau. Perçu comme une «forme perfectionnée et sans doute plus réaliste du principe d'égalité»⁴¹⁰, le principe de non-discrimination serait plus efficace ne serait-ce dans son organisation puisqu'il sanctionne clairement deux types de discriminations, dites directes et indirectes et qu'il n'exclut pas les discriminations dites positives.

409 CJCE, 8 novembre 1990, *D.* 1992, 288 : Pour la Cour de Justice des Communautés Européennes le refus pour un employeur d'embaucher une femme enceinte est considéré comme étant discriminatoire ne justifiant pas le préjudice financier subi.

410 R. PELLOUX, Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français, *RD publ.*, 1982, p. 914.

B- LES DISCRIMINATIONS POSITIVES

219. L'émergence de discriminations autorisées, dites positives, vient atténuer le généricisme du principe d'égalité qui troque alors sa rigueur contre une nuance souhaitable pour la protection des droits des femmes et rétablissant un équilibre compensant des inégalités de fait (1).

Mais, certaines d'entre elles confortent le but poursuivi par le principe en gommant les différences féminines. Il s'agit alors pour ces discriminations positives de comprendre qu'il existe effectivement des différences sexuelles, mais de les effacer, pour que les femmes ne puissent plus les revendiquer comme étant constitutives de leur singularité, mais comme étant ce qui a été un obstacle à l'établissement d'un traitement égal à ceux des hommes (2).

1- Origines et définitions

220. Une différenciation juridique de traitement. A l'inverse, des discriminations interdites, il existe des discriminations autorisées, dites positives. Elles sont nées aux États-Unis sous le terme anglais «affirmative action» dans le but de trouver une solution aux phénomènes de ségrégation raciale. Il s'agissait au départ de mettre en place des programmes accordant une préférence à des minorités dans l'embauche, la promotion et dans l'admission à l'Université. Dans une décision *Brown vs Board of Education* de 1954, la Cour suprême a admis la constitutionnalité de tels procédés en admettant l'inconstitutionnalité de la ségrégation raciale dans l'enseignement public⁴¹¹.

Les discriminations positives sont définies par le droit français comme «la différenciation juridique de traitement, créée de manière temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles»⁴¹².

Pour parvenir au mieux au processus d'égalisation, le droit international et les droits nationaux ont

411 U.S. Supreme Court, *Brown vs Board of Education*, 347 U.S. 483, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel), juin 2007, E. Zoller ; *Grands arrêts*, p. 601.

412 F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, *RFDA*, septembre-octobre 1977, p. 911.

suivi cette démarche.

221. Une différenciation juridique de traitement légale et permettant de compenser des inégalités de fait. C'est ainsi qu'afin d'assurer pleinement l'application du principe d'égalité entre les sexes, la directive du Conseil du 9 février 1976 a permis aux États membres d'introduire dans leurs textes de lois des discriminations positives.

Les États membres peuvent ainsi prendre des «mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle»⁴¹³.

Dans son affaire *Marckx*, la Cour européenne des droits de l'homme pose clairement le triptyque égalité de traitement, non-discrimination et discriminations positives en admettant que l'application effective de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacrant le principe de non-discrimination, suppose nécessairement une action positive («affirmative action») de la part des États. Le 24 octobre 1988, la Cour a eu à interpréter pour la première fois la notion de discriminations positives et a, à cette occasion, estimé qu'elles avaient «pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon les apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale»⁴¹⁴. De telles mesures étaient et sont encore aujourd'hui destinées à «compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes dans la vie active, résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la société»⁴¹⁵. Dans la même veine, une recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 a incité explicitement les États membres à la mise en place de politiques de discriminations positives pour compenser en droit les inégalités de fait. Certes les discriminations positives viennent corriger une inégalité de fait, mais elles doivent continuer de relever de l'exception et dans cette mesure la Cour interprète strictement la directive de sorte à ne pas accorder systématiquement des droits qui ne devraient l'être⁴¹⁶.

413 Art. 2, § 4 Dir. préc.

414 CJCE, 24 oct. 1988, *Commission c/ France*, aff. 312-86, *Rec. CJCE*, p. 6315, point 15. Cette interprétation a été confirmée dans une décision du 17 octobre 1995: CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C-4507/93, *ibid.*, I, p. 1051, *AJDA* 1996. 376, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 1996. Jur. 221, note J.-L. Clergerie ; *RTD eur.* 1996. 281, étude L. Charpentier.

415 Recommandation CEE n° 84-635 du Conseil du 13 déc. 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

416 CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222-84, *Rec. CJCE*, p. 1651, point 36.

Cette interprétation clairement subjective est critiquable dans la mesure où le sort d'une femme lésée par rapport à un homme placé dans la même situation est liée au bon vouloir des autorités françaises et sûrement à la politique taiseuse des quotas.

Paradoxalement il a été décidé que l'octroi systématique, à qualification égale entre candidats de sexe différent, d'avantages aux candidates était contraire au principe-même de l'égalité de traitement. Concrètement, il est proposé aux femmes considérées comme le sexe sous-représenté⁴¹⁷ des avantages de sorte que le principe d'égalité entre les sexes soit respecté, mais auxquelles elles ne peuvent pas nécessairement prétendre sous prétexte que ces «coups de pouce», ces actions positives seraient eux-mêmes contraires au principe d'égalité de traitement⁴¹⁸. L'aporie est ici significative.

222. Les risques d'un conformisme. Pour les tenants des actions positives, au contraire, le but recherché n'est pas de parvenir à une égalité, mais il s'agit de créer un groupe social de rattachement. Mais cela conduit davantage à une fragmentation sociale puisque les différences sont alors stigmatisées comme étant celles à effacer, alors qu'il s'agirait pour échapper à un grégarisme ou conformisme de les respecter en ne les niant pas.

En effet, l'incitation juridique et politique à l'égalité des sexes consiste à soumettre les individus à des règles préétablies qui sont celles relatives au principe d'égalité. Cette attitude encourage derechef les personnes soumises à une passivité leur faisant perdre leur identité puisqu'elles se conforment alors au groupe qui est celui des égalitaires, voire des égalitaristes. Cette conformité est plus que néfaste pour l'identité juridique, puisqu'elle prive les personnes ainsi soumises de leurs droits à l'identité et en particulier les femmes dans la mesure où le groupe des égalitaires fonde en premier lieu ses revendications sur un mimétisme des droits des femmes sur les droits des hommes.

Ainsi alors que les politiques de discriminations positives ont été à l'origine emmenées par une volonté anti-ségrégationniste, il apparaît que ce qui consiste à vouloir effacer les différences d'un groupe social dit sous-représenté, ici féminin, engendre en réalité des quartiers traités de manière préférentielle par rapport aux groupes non ciblés. Si les discriminations positives ont permis l'accélération de la mobilité sociale ascendante⁴¹⁹ pour certains bénéficiaires (handicapés, individus issus de milieux sociaux défavorisés), elles peuvent également être sources d'injustice pour ceux qui n'appartiennent pas aux groupes aidés.

417 Le fait pour les égalitaristes de considérer les femmes comme le sexe sous-représenté conduit à les affaiblir et à les positionner en victime contrairement aux buts que ceux-là même revendiquent.

418 CJCE, 30 septembre 2004, Briheche, aff. C319/03, *Rec. Dalloz*, 2005, p. 437.

419 D. SCHNAPPER, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Gallimard, 2000, 320 p.

2- Identification des discriminations positives

223. Un remède à la sous-représentation des femmes. Si le critère issu de la localisation géographique⁴²⁰ constitue une caractéristique propre aux discriminations positives françaises, de nombreuses discriminations positives ont également pour but d'établir l'égalité entre les sexes, malgré ce qu'en disent les défenseurs des actions positives. En effet, aux termes de l'article L. 123-3 ancien du Code du travail issu de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983, «le principe d'égalité ne fait pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes».

La discrimination positive en droit du travail doit être justifiée par le fait que l'un des deux sexes est sous-représenté ou souffre d'un handicap certain pour la continuité de son parcours professionnel. La Cour de cassation a admis qu'un accord collectif conclu avec la Régie Renault prévoit l'octroi d'une prime aux salariées attendant un enfant et exclue de cet avantage les hommes futurs pères. La Cour fonde sa solution sur une décision préalable de la Cour de justice des Communautés européennes et précise que cette dernière «a décidé que le principe d'égalité des rémunérations consacré à l'article 119 du traité CE ne s'oppose pas au versement d'une allocation forfaitaire aux seules salariées qui partent en congé de maternité, dès lors que cette allocation est destinée à compenser les désavantages professionnels qui résultent pour celles-ci de leur éloignement au travail»⁴²¹.

Dans cette veine, la Cour de justice des Communautés européennes a retenu que les femmes bénéficiaient de moins de promotions que leurs collègues masculins et a, à ce titre, accepté un «plan de promotion des femmes» établi pour la fonction publique d'un Land allemand⁴²².

420 P. LE GUERINEL, *Une société d'exclusion ?*, Paris, PUF, 2000., 424 p. Ce critère a été utilisé pour réduire les écarts entre les régions et pour faciliter le fonctionnement des services publics. L'article 26 de la loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991 portant création des zones urbaines sensibles a ainsi prévu que «les communes peuvent, dans des parties de leur territoire caractérisés par la présence de grands ensembles ou de quartiers d'habitat dégradé et par un déséquilibre accentué entre l'habitat et l'emploi, délimiter des périmètres à l'intérieur desquels sont exonérés de la taxe professionnelle les créations ou extensions d'établissements».

421 Cass. soc. 11 octobre 2000, n° 98-46433, Non publié au bulletin.

422 CJCE, 28 mars 2000, Badeck e.a, aff. C-158/97, *AJDA* 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues; *D.* 2000. IR 120.

224. Égalité de moyens / égalité de résultats. Les discriminations positives sont critiquables lorsque le but recherché est l'égalité de résultat. Il faut donc distinguer selon que les actions positives vont dans le sens d'une égalité de moyens ou d'une égalité de résultat. L'égalité des moyens se rapproche de la notion d'égalité des chances en ce qu'elle garantit une égalité dans l'accès à un bien. Elle ne garantit pas la possession effective de ce bien, mais assure à ceux qu'elle protège toutes les possibilités d'y parvenir. «L'égalité des chances favorise donc ex ante, mais ne garantit pas ex post l'obtention d'une richesse»⁴²³.

L'égalité des chances comprise comme une égalité de moyens n'est pas contraire à la différenciation puisqu'elle s'en sert justement pour déceler les particularités et ainsi permettre aux personnes différentes d'utiliser les mêmes moyens pour parvenir au même but. Clairement, l'égalité des chances est représentée par le traitement différent des personnes qui se trouvent dans des situations différentes. Dès lors, il ne s'agit pas à proprement parler de discrimination positive puisqu'elle ne rompt pas avec le processus égalitaire.

L'égalité de résultat est différente de l'égalité de moyens en ce qu'elle ne se produit pas au même moment, c'est une égalité imposée à l'arrivée et non plus au départ. Elle présuppose une réussite avant même d'avoir parcouru le chemin pour y arriver. Elle est donc purement artificielle et insiste davantage sur les points faibles des individus concernés pouvant les placer dans la situation délicate et non moins critiquable de parvenus. Cette démarche consiste à traiter les individus en position de minorités uniquement comme des chiffres à additionner pour respecter la politique des quotas, ce qui les assujettit à une discipline égalitariste dangereuse. Même si l'étude porte sur l'identité féminine, l'exemple des personnes handicapées est particulièrement significative ici. En effet, en matière d'emploi, l'égalité des chances pour des personnes souffrant d'un handicap se traduit par la mise en place d'accès facilités au lieu de travail. L'égalité de résultat, à l'inverse, impose seulement qu'un certain nombre de personnes handicapées soit recruté de sorte à satisfaire la politique des quotas peu importe que l'accès à leur poste leur soit facilité par des rampes par exemple.

Les discriminations positives doivent être entendues comme des mesures imposant des égalités de résultat et non des égalités de chance qui leur seraient pourtant préférables. Certes

423 E. DUBOUT, Principe d'égalité et droit de la non-discrimination, *J.-Cl. Libertés*, Fasc. 500, Cote 03-2009.

l'égalité de résultat regarde, comme l'égalité des chances, les différences, mais la recherche d'un résultat forcé conduit inévitablement à les nier et à réduire à néant toute capacité d'auto-satisfaction pourtant nécessaire⁴²⁴.

SECTION 2 L'ABSENCE DE VÉRITABLE IDENTITÉ JURIDIQUE POUR LA FEMME

225. L'égalitarisme génériciste conduit inévitablement à la non-reconnaissance de l'identité féminine en forçant l'application des règles de droit de manière uniforme et ainsi indépendamment du sexe.

Pour que l'identité juridique de la femme soit enfin reconnue, il s'agit, au contraire, de revendiquer un traitement pour la femme différent de celui de l'homme et qui permettra non seulement d'assimiler les différences sexuelles, mais aussi de comprendre que les différences de traitement, lorsqu'elles sont justifiées par l'impératif de protection des femmes, ne sont pas un moyen de cantonner la femme au seul rôle d'individu soumis, mais sont plutôt un moyen de veiller en amont au respect de sa singularité et de ses besoins (§1).

Les règles de droit doivent ainsi être adaptées à la femme suivant la méthode de l'empowerment, pour que les situations différentes, dans lesquelles les femmes et les hommes se trouvent naturellement, ne soient plus paradoxalement soumises à l'égalité de traitement (§2).

424 T. B. VEBLEN, *Théorie de la classe de loisirs*, Paris, Gallimard, 1979, 322 p. En 1899, l'économiste américain Thorstein Bunde Veblen expliquait déjà les difficultés des sociétés à appliquer le principe d'égalité. Pour lui, ceux qui ne se plaçaient pas dans ce schéma égalitaire affirmaient à la fois leurs différences et leur liberté. Il écrivait : «En mettant sa richesse bien en vue, non seulement on fait sentir son importance aux autres, mais encore, chose à peine moins utile, on affermit et préserve toutes raisons d'être d'être satisfait de soi».

L'égalité de résultat vient à l'inverse pervertir cette nécessité de satisfaction personnelle à acquérir un bien par son travail et par la force de ses différences et non à l'obtenir par la facilité des politiques de quota.

§ 1 LA FEMME, UN HOMME PAS COMME LES AUTRES

226. La femme n'est pas un homme comme les autres, mais est un Homme en ce qu'elle appartient au genre humain. Ce sont ses spécificités qui la rendent différente des hommes. La recherche de son identité s'affirme comme une nécessité au regard des dangers de la déssexualisation que l'égalité des sexes défend en identifiant la femme à un homme par ces textes génériques (A).

Cet impératif trouve un soutien dans la mise en œuvre de divers moyens encourageant la considération des spécificités féminines. L'autonomisation des femmes et la concrétisation d'une justice sociale différentialiste doivent permettre ensemble de parvenir à une conscientisation des besoins liés à la singularité de la femme (B).

A- LA RECHERCHE DE L'IDENTITÉ FÉMININE

227. La recherche de l'identité féminine représente non seulement la recherche d'une identité-unité de la femme qui permettrait de reconnaître ses particularités et de rompre avec l'ambivalence de la notion comprise comme la similarité (1), mais encore le rejet de l'identification à l'homme par l'uniformisation des textes législatifs indifférent au sexe des sujets de droit (2).

1- L'identité unité

228. L'identité aux prises de la métaphysique. Tirillée dans sa double dimension, l'identité a fait l'objet d'une querelle métaphysique entre Héraclite et Parménide qui ne s'accordaient pas quant à sa signification. Pour le premier, le changement cosmique et l'unité de l'être prévalent. Il s'agit de reconnaître que l'individu demeure singulier dans un monde en perpétuel mouvement⁴²⁵. Cette conception se rapproche de celle des essentialistes et contrarie ainsi le beauvoirien «on ne naît pas femme, on le devient». En effet, pour les différentialistes, l'identité à rechercher est celle de la

425 On ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve : ici le «on» reste, mais c'est l'environnement qui change.

singularité, celle qui va tenir compte de l'essence de la personne, de ses différences.

Pour Parménide à l'inverse l'identité est celle de la similarité : la diversité et le changement sont réfutés pour que l'individu ne perde pas son identité personnelle. L'admission du changement entraînerait inéluctablement la perte de l'identité. Cette conception est étroitement liée à celle des existentialistes qui condamnent l'influence des rapports sociaux sur la femme alors dépourvue de son libre-arbitre.

Pour exercer son action la plus juste envers les femmes, le droit et la justice se doivent de particulariser chaque situation leur étant soumise. Il ne convient pas de génériciser les femmes à l'intérieur d'un ensemble d'individus composés d'hommes principalement, mais au contraire d'identifier la femme comme un être unique et dont les besoins sont différents de ceux des hommes. Là encore le droit du travail regorge d'illustrations significatives qui en dépit de protéger surtout la salariée-mère impose une distance sensée et censée entre les deux sexes. L'injustice dont souffre le plus la femme est celle qui ne voit pas son identité⁴²⁶.

229. Une notion ambivalente. L'identité connaît donc un double sens. Elle peut être entendue comme similarité, se référant à la mêmeté de Ricœur et comme singularité.

Si pour le philosophe Gottlob Frege, la notion d'identité est indéfinissable, «puisque toute définition est une identité, l'identité elle-même ne saurait être définie»⁴²⁷, ses caractéristiques peuvent au moins être classifiées selon qu'elle est similarité ou singularité. L'identité a ainsi un double sens. Elle peut être entendue comme similarité, se référant à la mêmeté de Ricœur et comme singularité. La complexité de la notion tient également au fait que considérée comme singularité, l'identité peut être même dans le rapport de l'individu à soi. En effet, la personne existe à tel moment et est foncièrement la même à un autre. Cela revient clairement à consacrer l'essentialisme et partant l'auto-déterminisme inévitable de la personne, en l'occurrence de la femme. La question du transsexualisme remet cependant et à juste titre en cause cette affirmation.

Si les deux sens de l'identité ont autant de légitimité, il faut également reconnaître que chaque signification est liée à une école de pensée et que chacune détient sa vérité sur la question de l'identité féminine. L'identité similarité est défendue par les égalitaires taxés d'égalitaristes par les

426 J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Genova, Studio editoriale di culture, 1990, 298 p.

427 G. FREGE, 1894.

tenants de l'identité singularité. Il faut comprendre que la place de la femme est située entre ces deux acceptions et que le seul moyen pour elle de se fendre d'un statut est de se ranger du côté des différentialistes qui ne rompent pas avec la diversité.

Cette bipolarité qui peut d'ailleurs être confondue avec un manichéisme tend à faire choisir à la femme son sort : souhaiter une égalité entière qui fera d'elle un objet de consommation diluée dans une masse indifférenciée ou souhaiter imposer sa différence dans un environnement pourtant hostile à toute démarcation.

2- Contre l'identification à l'homme

230. «Les femmes seraient-elles en passe de devenir des hommes comme les autres ? ». La réponse est non, du moins ce que laisse à penser le livre recueil de Janine Mossuz-Lavau et Anne de Kervasdoué⁴²⁸.

C'est à travers des témoignages d'hommes et de femmes que les deux auteurs mettent en évidence ce qui doit effectivement être érigé comme une vérité universelle : les femmes ne sont pas des hommes comme les autres. Cette affirmation mérite quelques explications mettant à l'honneur la nécessité d'un statut de la femme.

La diversité combat l'égalité pour que l'identité féminine soit reconnue, toutefois et comme il existait une bipolarité au sujet de la notion d'identité, la notion de différence connaît elle aussi un double sens. Elle peut être connotée négativement et positivement. Simplement, il est des bonnes et des mauvaises différences, «des différences subies et des différences revendiquées»⁴²⁹.

Les différences subies et qui doivent être condamnées sont celles qui le sont en raison du sexe des femmes. Elles se réfèrent à tout traitement discriminant et injuste. Il s'agit par exemple des différences illégitimes dans la rémunération, plus légèrement dans le partage des tâches domestiques, plus gravement dans la sexualité. Les inégalités injustes doivent dès lors être enrayerées. A l'inverse et puisque toutes les inégalités ne sont pas discriminantes, les femmes revendiquent certaines différences au nom de leur identité qui les rendent irrémédiablement différentes des

428 J. MOSSUZ-LAVAU, A. de KERVASDOUE, *Les femmes ne sont pas des hommes comme les autres*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1997, p. 9.

429 *Ibid.*, p. 262.

hommes.

La différence biologique est la première des différences assumées. La capacité de donner la vie est bénie par les femmes et leur pouvoir unique est assimilé à un «nouveau projet social». Faire naître n'a pourtant pas été toujours plébiscité, entre les féministes égalitaires qui considèrent la procréation comme une «véritable malédiction»⁴³⁰ et la jalousie masculine qui tentait de la «minimiser ou de l'annuler»⁴³¹ expliquant ainsi la mise sous tutelle des femmes pour mieux les contrôler.

Une autre différence consacrée par les femmes est leur placidité. Si les hommes éprouvent des difficultés à faire face à des situations délicates, les femmes au contraire sont flegmatiques et endossent davantage de responsabilités, ce qui les conduit à affronter la réalité plus sereinement.

«La parole de l'intime»⁴³² est également une caractéristique féminine. L'amalgame est rapidement fait avec les bavardages et la médisance, pourtant cette faculté de parler de tout ce qui est personnel est un atout plus qu'un handicap. La parole est le ciment de la société, car la communication est bénéfique aux relations sociales contrairement au mutisme et à la pudeur qui entraînent des conflits larvés⁴³³.

La véritable égalité est celle qui reconnaît les différences de chaque sexe, mais la volonté égalitariste vient réduire à néant la diversité.

B- LES ESSAIS EN FAVEUR DE L'IDENTITÉ FÉMININE

231. La rupture avec le processus égalitaire d'identification à l'homme pour qu'une identité féminine soit reconnue est inéluctable et des tentatives de protection du sexe féminin viennent déstabiliser l'engouement socio-juridique pour l'égalité des sexes.

430 *Ibid.*, p. 264 : Réponse de Françoise Eymery et Cendra Vernay au texte d'Alain Laurent, et publié dans *Féminin-Masculin : le nouvel équilibre*, Paris, Seuil, 1975, 189 p.

431 *Ibid.*

432 *Ibid.*, p. 268.

433 C. LEVI-STRAUSS, *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1956, 500 p. Dans son œuvre, Claude Lévi-Strauss établit un distinguo entre la parole et l'écriture. Pour lui la parole serait du côté de la Démocratie, tandis que l'écriture constituerait un outil d'asservissement.

Le plan d'action pour l'égalité des femmes va de facto encourager l'autonomisation du sexe féminin, utile à discréditer une égalité des sexes réfutant l'altérité féminine et la rendant dès lors incapable d'assumer elle-même des responsabilités (1). Cette démarche s'inscrit dans un souci de justice sociale attentive au féminin et respectueuse des différences (2).

1- L'autonomisation des femmes

232. Le programme des Nations Unies pour l'égalité des sexes. Les Nations Unies ont mis en place un Plan d'action pour l'égalité des sexes suivant un programme précis : la protection des femmes face aux discriminations qu'elles subissent à différents moments et stades de leur vie. Le texte du programme annonce que «favoriser l'égalité des sexes, les droits et l'autonomisation des femmes est une question de responsabilité, d'engagement et de connaissance»⁴³⁴.

La confusion est lancée : l'égalité des sexes est ici liée à l'autonomisation des femmes, or l'égalité revient à placer hommes et femmes sur un seul même plan, obstacle flagrant à un quelconque libre arbitre, à une quelconque autonomisation donc.

Considérant les discriminations massives dont les femmes sont victimes dans les villes, le texte promeut l'égalité des sexes dans les zones urbanisées. Il met en avant l'importance de la protection des femmes dans le processus d'urbanisation en engageant un «renforcement des capacités des organisations de femmes»⁴³⁵. Il s'agit en fait d'intégrer les femmes lors des prises de décisions. Certes, le fait de solliciter de manière paritaire des hommes et des femmes pour des décisions concernant les deux sexes est légitime, mais cette planification n'est pas nouvelle et le plan d'action qui est prévu pour la période allant de 2008 à 2013 semble utiliser des outils qui ont déjà été utilisés et qui ne sont pas parvenus à l'égalité des sexes qu'il réclame.

434 Taking Action : Achieving Gender Equality and Empowering Women, United Nations Development Group Task Force on Education and Gender Equality, 2005 : «La notion d'autonomisation entretient des rapports avec l'égalité des sexes mais s'en distingue. Au cœur de l'autonomisation il y a l'aptitude de la femme à planifier et maîtriser sa destinée. Ce qui suppose que pour être autonomes les femmes doivent non seulement bénéficier des mêmes possibilités (en matière d'éducation et de santé) mais aussi avoir également accès aux ressources et possibilités offertes (en matière de biens fonciers et d'emplois) ; il faut aussi qu'elles aient les moyens d'utiliser ces droits, aptitudes, ressources et possibilités pour procéder à des choix et prendre des décisions stratégiques (comme le leur permettent l'exercice d'un leadership et la participation à des institutions politiques). Pour user de ces moyens les femmes doivent pouvoir vivre sans craindre la contrainte ni la violence».

435 Plan d'Action sur l'égalité des sexes et l'émancipation des femmes dans le cadre de la coopération au développement pour la période 2010-2015.

Malgré le temps, les constats restent les mêmes : interrogée au sujet des moyens d'action du plan, Nyaradzai Gumbonzvanda, Secrétaire générale de la YWCA mondiale, rappelle que les femmes sont les plus touchées par l'insécurité⁴³⁶ et que leur opposition aux évictions les condamne aux violences, viols et même meurtres⁴³⁷. Même s'il est vrai que cette situation est davantage présente dans les pays sous-développés qu'en France, celle-ci existe également pour les Françaises mais dans une moindre mesure. Toutefois, les dangers d'une société asservissant les femmes sont connus et si en France toutes les femmes ne sont pas maltraitées, certaines le sont encore aujourd'hui.

233. La nécessité de déliter l'autonomisation et l'égalité des sexes. Le texte du programme du plan d'action des Nations unies procède à une confusion selon laquelle l'égalité des sexes est liée à l'autonomisation des femmes, or l'égalité revient à placer hommes et femmes sur un seul même plan, obstacle flagrant à un quelconque libre arbitre, à une quelconque autonomisation donc.

Pour remédier aux injustices subies par les femmes, il s'agirait de prendre en compte leur condition dans les programmes de développement et de désincarcérer la notion d'égalité qui non seulement est trop ancrée dans les politiques d'autonomisation des femmes mais encore qui n'a plus sa place dans un environnement où les besoins des femmes ne sont clairement pas les mêmes que ceux des hommes.

2- La justice sociale

234. Tantôt une justice égalitaire. Si l'expression «justice sociale» est associée à l'ouvrage *A Theory of Justice* de Rawls⁴³⁸, elle puise ses origines dans la cité antique. Platon, dans *La République*, rappelle l'objectivité de la justice qui doit exclure ainsi les statuts et les fonctions. Alors que le droit pourrait être l'outil par excellence d'une prise en considération des situations différenciées, il doit être neutre. C'est l'image de la justice aux yeux bandés⁴³⁹ qui prévaut sur une

436 UN-Habitat, *Global Report on Human Settlements Development : Enhancing urban Safety and security*, 2007.

437 R. WARAH, *Ticking time bomb : low income Settlements*, *State of the World Cities Report*, 2004.

438 J. RAWLS, *A Theory of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 609 p.

439 R. JACOB, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen-Âge à l'époque classique*, Paris, Éd. Le Léopard d'or, 1994, pp. 229-237.

justice pourtant proportionnée et en adéquation avec les réalités sociales⁴⁴⁰.

Ce qui est juste sous l'Antiquité est ce qui se conforme aux lois et à l'égalité, à l'inverse ce qui est injuste est ce qui se réfère à l'illégalité et à l'injustice. Cette conception, qui devrait être poussièreuse, est au contraire très proche de celle de l'époque contemporaine, ce qui a pour incidence d'associer l'égalité des sexes au sens du juste et de stigmatiser comme étant injustes toutes les inégalités de sexe⁴⁴¹.

Plus tard pour Tocqueville⁴⁴², la justice sociale est synonyme d'égalisation des conditions reprise en leitmotiv par les Révolutionnaires. L'abolition des privilèges ira d'ailleurs dans ce sens, mais les préoccupations égalitaires des cahiers de doléance en 1789 avaient néanmoins oublié les sœurs de Marianne⁴⁴³.

235. Tantôt une justice différentialiste. La justice sociale selon Rawls se réconcilie avec une image de la justice attentive aux différences. Il présente deux principes de justice : «1. Chaque personne a un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égale pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres. 2. Les inégalités sociales et économiques sont autorisées à condition: a) qu'elles soient au plus grand avantage du plus mal loti. b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous, dans des conditions d'égalité équitable des chances»⁴⁴⁴.

«Comment est-il possible [se demande Rawls] qu'existe et se perpétue une société juste et stable, constituée de citoyens libres et égaux, mais profondément divisés entre eux en raison de leurs doctrines compréhensives, morales, philosophiques et religieuses, incompatibles entre elles bien que raisonnables ? »⁴⁴⁵. En d'autres termes une société peut-elle être ordonnée et équitable si ses citoyens sont essentiellement et existentiellement différents ?

440 M. PIOT, *Mes yeux s'en sont allés. Variations sur le thème des perdant la vue*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 93 : L'auteur se demande ici «pourquoi la Justice est-elle représentée les yeux bandés, tenant une balance à deux plateaux ? Faut-il, lorsqu'on rend la Justice, ne voir qu'avec le regard intérieur ? Les yeux cachés, les yeux aveugles, ont-ils pour fonction d'éliminer toute trace de séduction et ainsi rester équitable ? ».

441 Voir sur ce point J.-M. TRIGEAUD, *Personne, Droit & existence*, Bordeaux, Éd. Bière, 2009, 271 p. En particulier, Chapitre 17 La justice de l'acte personnel.

442 M. GAUCHET, Tocqueville, l'Amérique et nous; sur la genèse des sociétés démocratiques, *Libre. Politique-anthropologie- philosophie*, Payot, n°2, deuxième semestre 1977.

443 O. BLANC, *Marie-Olympe de Gouges, une humaniste à la fin du XVIII^e siècle*, Belaye, Éd. René Viénet, 2003, 272 p.

444 J. RAWLS, *op. cit.*, pp. 47-102.

445 J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2006, p. 25.

Pour l'auteur, la clé d'une société plurielle juste est l'association de doctrines compréhensives. Il s'agit d'une doctrine qui comprend que des différences personnelles peuvent exister entre les personnes, sans chercher à les nier, ni les effacer. Il convient également d'appliquer le principe d'égalité et le principe de différence «en relation l'un à l'autre» pour que d'une part les égalités ne touchent pas toutes les situations sans être un minimum équitables et que d'autre part l'acceptation des différences ne tende pas vers des inégalités à l'infini⁴⁴⁶.

En dépit de ses détracteurs, une telle société qui donnerait ainsi toute sa place à l'identité féminine pourrait exister et ainsi rendre profitable les différences jusqu'alors refusée au nom du seul principe d'égalité.

Premier pavé dans la marre de l'égalitarisme, la justice sociale vue par Rawls ébauche les prémisses d'une identité de la femme offrant plus de souplesse à l'égalité des sexes et rompant dès lors avec la paradoxale égalité de traitement pour différence de situation.

§ 2 LE PARADOXE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT POUR DIFFÉRENCE DE SITUATION

236. L'application du principe d'égalité de traitement, si elle est reconnue comme étant juste, notamment dans le cas de la rémunération, s'avère toutefois en contradiction avec le cas selon lequel les hommes et les femmes sont placés dans des situations différentes.

En effet, la rémunération d'un homme et d'une femme ne saurait être égale si l'un dispose de compétences moindres que l'autre. Ce principe trouve donc ses limites lorsqu'il est confronté à des situations différentes. Il doit donc être réévalué et surtout adapté aux circonstances de l'espère (A).

Pour éviter que l'égalité ne crée elle-même des inégalités injustes, il s'agit de rompre avec ce principe et d'insuffler une dynamique positive aux différences et non une considération de ces différences comme des freins à l'établissement d'une égalité de droits (B).

446 A. KASANDA LUMEMBU, *John Rawls : Les bases philosophiques du libéralisme politique*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 152.

A- LES LIMITES DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

237. Les limites du principe d'égalité de traitement se manifestent principalement dans le cas des différences de situations, dans la mesure où l'égalité ne saurait légitimement s'appliquer à des hommes et des femmes placés dans des situations non comparables, en somme des situations différentes. Cela reviendrait à créer un déséquilibre générant lui-même des inégalités condamnables (1).

Le principe se heurte en outre à l'intérêt général et légitime qui, lorsqu'il n'est pas respecté, dévoile alors ses limites. En effet, si une mesure résultant d'une distinction ne poursuit pas un but légitime ou ne respecte pas l'intérêt général, elle sera considérée comme étant une discrimination (2).

1- Les différences de situations

238. Le possible traitement différent pour situations différentes. Le principe d'égalité trouve une de ses limites lorsqu'il est confronté à des situations dissemblables. En effet, alors qu'il veut à tout prix s'appliquer à tous types de situations, il se heurte au paradoxe de l'égalité de traitement pour des situations différentes. Les situations dans lesquelles il cherche son application impliquent nécessairement des personnes et ces personnes ne sont pas les mêmes, une situation différente le sera dès lors que ses acteurs seront différents. Ce schéma est tout à fait paradoxal en ce qu'un principe traite de la même manière des cas qui ne sont pas identiques, créant ainsi non seulement un amalgame de situations pourtant dissemblables, mais encore une inadéquation entre la réponse donnée et une réalité sociale particulière. Le principe d'égalité devant la loi ne peut raisonnablement pas s'appliquer en droit du travail entre un salarié et une salariée enceinte qui justifie clairement de protections particulières.

Si le principe d'égalité implique qu'à des situations semblables des règles semblables soient appliquées, il devrait logiquement être appliqué des règles particulières à des situations dissemblables. L'arrêt Ponsolle annonçait les prémisses d'un tempérament au principe d'égalité avec cette formule : «pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique», ce

qui présupposait que les salariés placés dans une situation différente soient traités différemment. C'est dans ce sens que le Conseil constitutionnel s'est déjà positionné. Il permet en effet qu'à des situations objectivement différentes, des règles différentes soient appliquées.

Cette règle qui vient contredire littéralement le principe d'égalité est toutefois conditionnée : «la différence de traitement doit être en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit»⁴⁴⁷. Le problème qui se pose alors est celui de la qualification de la nature des dites situations. Dans la mesure où il n'existe pas de critères objectifs déterminant dans quelle catégorie appartient une situation donnée permettant de dire qu'elle est différente d'une autre, il appartient au juge et au législateur d'opérer la distinction. Cela étant et puisque les situations confrontent des hommes et des femmes et que ceux-ci sont différents, les situations sont, par syllogisme, différentes.

Dès lors, la limite du principe d'égalité réside ici dans son propre champ d'application, puisque si à situations égales, traitement égal, il faut bien comprendre qu'il ne peut exister de situations égales dans la mesure où chaque personne qui en est l'acteur est différente d'une autre. Le principe d'égalité se heurte donc bien plus à une limite, il est en effet confronté à un obstacle qui remet en cause sa propre application. Face à deux situations a priori similaires, l'une impliquant un homme, l'autre impliquant une femme, le principe d'égalité ne peut certainement pas s'appliquer, les protagonistes étant eux-mêmes différents. Il peut, par contre, être fait application d'autres règles qui elles trouveront tout leur intérêt à traiter des situations différentes pour les rendre égales, comme les discriminations positives qui ont clairement compris les différences entre les deux sexes et dans un souci de justice rétablissent un équilibre qui n'avait jamais existé.

239. Une nuance à l'égalité trop encadrée. La règle du traitement différent pour situation différente est possible à condition que les différences soient justifiées. Bruno Genevois, ancien Président de la section du contentieux du Conseil d'État, relève justement les méfaits d'une égalité de traitement trop rigoureuse, qui tendrait aisément vers un généricisme néfaste en particulier pour les femmes sujettes en priorité aux mesures égalitaires : «l'Administration peut toujours traiter différemment des situations elles-mêmes différentes. On passe alors insensiblement d'une égalité de traitement abstraite atteinte par la généralité de la règle de droit, à l'application de mesures

447 J. ROBERT, Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°3, 1997.

différentes à des situations de base elles-mêmes différentes»⁴⁴⁸.

Cette règle mériterait d'être, à l'instar du principe d'égalité, érigée en principe. En effet, il s'agit là d'une illustration de traitement différencié officieux, accordé à titre gracieux, alors même que des intérêts humains sont en cause et nécessite une protection officielle et non cachée derrière le principe non seulement abstrait, mais aussi inadapté de l'égalité des sexes.

La jurisprudence Ponsolle tout comme celle du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel engageant au respect de l'égalité, mais ne sont pas un carcan pour l'employeur qui peut, s'il le justifie, traiter ces employés de manière différente sans pour autant être discriminante.

2- L'intérêt général ou légitime

240. Le principe d'égalité connaît une autre limite qui réside dans l'intérêt général ou l'existence d'intérêts objectifs.

L'égalité peut être légitimement rompue dans un de ces deux cas de figure. Si une mesure qui procède à une distinction ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, elle sera une discrimination⁴⁴⁹.

Tandis que la notion d'intérêt général est vague⁴⁵⁰, l'élément objectif est lui fondé sur les statistiques. C'est ainsi que certaines compagnies d'assurances octroient aux femmes des tarifs plus attractifs que pour les hommes car, statistiquement, elles provoquent moins d'accidents qu'eux.

Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État admettent tous les deux des tempéraments au principe d'égalité. Le premier se réfère au lien existant entre la différence de traitement et l'objet du texte qui l'établit. Le second juge de l'intérêt général.

448 B. GENEVOIS, V° Principes généraux du droit, n° 129, *Rép. Dalloz Contentieux administratif*.

449 CE, Arrêt Delmée, n° 8728 du 6 juillet 1961, P. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck Université, 2002, p. 55.

450 C. PERELMAN, Égalité et intérêt général, *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, L'Égalité, Vol. VIII*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 623 : «La notion d'intérêt général est vague, confuse et son application dans des situations concrètes varie dans le temps et dans l'espace et même, dans une société donnée, selon l'idéologie dominante».

Ainsi, si l'exigence d'égalité a été affirmée dès 1789, puis confirmée plusieurs fois en droit interne notamment dans le Préambule de 1946 et la Constitution de 1958, il existe néanmoins des différences de traitement qui ne sont pas interdites par la Constitution. Dans sa décision *Taxe carbone* du 29 décembre 2009, le Conseil Constitutionnel avait eu à sanctionner une mesure distinctive ne présentant pas un lien direct avec le but poursuivi⁴⁵¹.

Concernant la parité dans les mandats électoraux, le Conseil Constitutionnel a jugé dans une décision du 18 novembre 1982 qu'une distinction opérée par la loi entre candidats en raison de leur sexe était contraire à la Constitution⁴⁵².

C'est dans sa décision *Denoyez et Chorques* du 10 mai 1974 que le Conseil d'État a admis également l'existence conditionnée de différences de traitement. Les différences tarifaires entre les usagers d'un même service public étaient alors possibles sous réserve de répondre à une nécessité d'intérêt général⁴⁵³.

Les différences de traitement qui sont ainsi justifiées sont dites «autorisées». Cela étant, le Conseil d'État à travers sa jurisprudence montre une nette tendance à l'égalisation des sexes. L'arrêt *Demoiselle Bobard* a ouvert la voie à la reconnaissance de l'emploi public des femmes⁴⁵⁴.

Cette consécration a été confirmée plus tard par la féminisation de certaines filières, notamment les Administrations, propice à l'égalité des sexes et oubliant ainsi l'importance pour les femmes de la construction de leur identité. Si l'égal accès des femmes aux fonctions publiques amorcé par la jurisprudence *Bobard* est une égalité saluée, les moyens employés pour y parvenir sont critiquables. Emmenée et ponctuée par la politique des quotas et des discriminations positives, l'égalité des sexes dans les emplois publics est tout autant artificielle que la volonté de ceux la défendant de protéger les femmes.

Ainsi et alors que le respect de l'intérêt général constitue une des limites du principe d'égalité, il apparaît contradictoirement que l'égalité est représentative de la volonté générale et que comme telle elle supplantera toujours ses ajustements. Le paradoxe de l'égalité de traitement pour

451 Cons. Constit., *Taxe carbone*, 29 décembre 2009, Déc. n° 2009-599 DC, *J.O.* 31 décembre 2009, p. 22295, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 28.

452 Cons. Constit., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Rec.*, p. 66.

453 Conseil d'État, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032, *Rec.* p. 274.

454 Conseil d'État, 3 juill. 1936, *Bobard*, *Rec. CE* 1936, p. 721 ; *DP* 1937, 3, p. 38, concl. Latournerie.

différence de situation se maintient donc. Le principe de proportionnalité et les politiques de différenciation semblent être de meilleures cartes pour la construction d'une identité féminine

B- LA RUPTURE D'ÉGALITÉ

241. L'égalité chère à la République française semble, certes adopter une attitude nuancée grâce à la prise de conscience des droits féminins, mais connaît toujours autant d'attractivité.

Deux mesures dérogent pourtant à la règle : le principe de proportionnalité qui se veut adaptable aux circonstances qui lui sont soumises (1) et les politiques de différenciation qui participent à la reconnaissance des différences entre les sexes (2). Toutes deux sont en adéquation avec la considération du sexe féminin à travers la reconnaissance des différences.

1- Le principe de proportionnalité

242. Le principe d'égalité exige la sanction des mesures distinguant selon le sexe, mais des ajustements à une égalité rigoureuse existent au profit de l'intérêt des femmes le plus souvent⁴⁵⁵. Ces dérogations sont un réel bénéfice pour façonner une identité à la femme, mais leur application étant soumise à des conditions trop strictes, l'égalité efface encore la femme.

Le principe de proportionnalité agissant comme une «variante du principe du raisonnable»⁴⁵⁶ apparaît profitable à un statut identitaire féminin. Le principe du raisonnable considère en effet la voie de la raison plus que celle de l'intérêt général et est ainsi au plus près des besoins de la femme. Ce principe est considéré comme méconnu par le juge lorsqu'une mesure distinctive entre les sexes est disproportionnée vis à vis de ce qui l'a motivée. Ces deux principes guident la bonne administration de la justice contre son pouvoir discrétionnaire⁴⁵⁷. Le Conseil d'État a clairement

455 L'arrêt Griesmar est un des rares cas dans lesquels le juge a considéré que la mesure distinctive au profit des femmes était une discrimination lésant les hommes placés dans la même situation. Conseil d'État, 29 juillet 2002, Griesmar, n° 141112, *Rec. CE*, p. 284.

456 P. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, Éd. De Boeck Université, 2002, p. 50.

457 J. CONRADT, Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'État, *A.P.T.*, 1999/4, p.

intégré le respect du principe de proportionnalité dans sa jurisprudence⁴⁵⁸, suivant la position de la Cour européenne des droits de l'Homme qui avait jugé qu' «[une mesure était] discriminatoire si elle ne poursui[vait] pas un but légitime ou s'il n'y a[vait] pas de raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé»⁴⁵⁹.

La Cour de cassation a également mis en œuvre ces principes dans sa jurisprudence, en décidant qu'une «différence de traitement entre hommes et femmes ne peut être admise qu'en présence d'une justification objective et raisonnable»⁴⁶⁰.

Les moyens utilisés pour procéder à une différence de traitement doivent donc être proportionnés au but recherché. Ainsi les moyens seront proportionnés si plutôt que de réserver des postes aux femmes, ce qui les placeraient davantage dans une situation de minorités, les réglementations créent pour elles de meilleures conditions d'accès à ces postes, concourant ainsi à la promotion de l'égalité des chances. Ainsi, la Cour de Justice des Communautés européennes a jugé «conforme à la directive une règle visant à réserver aux femmes la moitié des places d'une formation visant à accéder à des postes qualifiés dans la fonction publique où elles sont sous-représentées». Une «action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire»⁴⁶¹.

Toutefois, des différenciations de sexe systématiques désavouent le principe de proportionnalité et surtout le principe du raisonnable en ce qu'elles ne cherchent pas à favoriser les femmes qui ne le sont pas à l'origine.

Les politiques de différenciation serviraient ainsi de régulateur à des discriminations a première vue autorisées trop pressantes.

262.

458 Conseil d'État, 10 janvier 2005, Hardy et Le Cornec, *Rec. CE* 2005, p. 9.

459 CEDH, 28 mai 1995, n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni, série A, n° 94, *JDI*, 1986, p. 1084, obs. P. Rolland.

460 Cass. Civ. 2^e, 21 décembre 2006, n°04-30586, *Bull.* 2006, II, n° 364, p. 335.

461 CJCE, 28 mars 2000, Badeck e. a, aff. C-158/97, point 23, *AJDA* 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *D.* 2000. IR 120.

2- Les politiques de différenciation

243. La différenciation, vecteur de l'identité féminine. «Le danger pour l'homme générique, l'homme du collectif est de s'identifier à la cité elle-même» et ainsi de voir son individualité aliénée. Cette conception est à rebours des aspirations à une identité féminine, de sorte que les particularités féminines sont fondues dans le général.

Les politiques de différenciation ne peuvent exister tant que le poids de l'égalité sera si pressant sur la société. Elles seraient pourtant un allié de force pour l'identité féminine, mais l'envergure du politique devrait ne pas s'en tenir à l'intérêt général pour protéger un statut de la femme.

Originellement liées aux opérations de marketing et plus généralement de stratégie économique, elles rappellent la nécessité de différencier un produit pour le rendre unique aux yeux du consommateur et peuvent ainsi se fonder sur les caractéristiques intrinsèques du produit apportant une différence réelle⁴⁶². Les femmes ne sont certes pas un produit au sens économique, mais il est envisageable de mettre à profit une telle politique pour utiliser l'outil de la différenciation.

Le philosophe Herbert Spencer encourageait également la différenciation dans la cité. Il légitimait le libéralisme par une «croyance à l'identité naturelle des intérêts individuels»⁴⁶³ laissant la primauté au droit naturel et partant à l'essence individuelle⁴⁶⁴.

En somme, pour que les politiques de différenciation puissent être un atout majeur dans la réalisation sereine d'un statut identitaire de la femme, il conviendrait que le généricisme du politique et du droit s'essouffle au profit des besoins des femmes.

Les généricismes qui alimentent les différences discriminantes entre les individus «promeuvent des critères aveugles et hypocrites d'égalité, s'enfermant en réalité de peur de désintégration de soi, dans un sentiment d'ipséité monolithique» s'éloignant des relations d'altérité et percevant l'autre comme un ennemi⁴⁶⁵.

Les différences entre les sexes souffrent clairement de tels généricismes.

462 U. MAYRHOFER, *Management stratégique*, Paris, Bréal, 2007, p. 86.

463 H. SPENCER, *Le droit d'ignorer l'État*, Paris, Les Belles Lettres, 1993, 209 p.

464 Il concevait toutefois que si la société pouvait être anarchique, l'économie devait, elle, être structurée.

465 J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, Bordeaux, Éd. Bière, 2001, p. 3 s.

244. Le risque de l'emprise du politique. Pour le Conseil d'État, les dérogations au principe d'égalité consistant dans la sauvegarde de l'intérêt général ont l'inconvénient d'être dictées par le politique⁴⁶⁶. Le problème du politique ici réside dans la part d'arbitraire qui lui est faite s'il jouit d'un pouvoir de décision en matière juridique. En effet, alors que le droit est a priori gouverné par le sens du juste, le politique est sans conteste un séducteur de l'opinion publique. Théoriquement l'activité politique a pour but de guider la vie collective et de «préserver le bien commun»⁴⁶⁷.

Pour certains philosophes, comme Hegel et Hobbes, il existerait un véritable pouvoir de l'État qui le rendrait ainsi souverain. Hegel parle d'étatisme et c'est en ce sens que la théorie de l'État se dirige. Selon lui, «l'État est fondé sur la liberté et il agit en vue de la liberté»⁴⁶⁸. Il est vrai parce qu'«il est le tout, le seul à permettre d'atteindre la fin et le bonheur individuels»⁴⁶⁹.

Le philosophe Eric Weil, dans son ouvrage *Hegel et l'État*, soutient en quelque sorte, le point de vue hégélien en considérant que l'État serait en principe à même de satisfaire l'intérêt général, dans la mesure où l'État se situe au carrefour du droit privé, de la famille, de la société du travail, comme s'il s'agissait pour l'État d'une «nécessité extérieure, d'une puissance extérieure»⁴⁷⁰.

Que l'État soit à même de satisfaire l'intérêt général est préjudiciable à la question de l'identité féminine, puisqu'il s'agirait davantage qu'il soit capable comme le droit de cerner l'individualité de chaque situation. Cela étant il est capable d'embrasser un maximum de cas et a le pouvoir de s'y immiscer en vue de leur résolution. La frontière reste cependant mince avec le risque d'arbitraire.

Le pouvoir politique doit alors se demander quel est le meilleur gouvernement possible, celui respectant l'intérêt général ou celui respectant l'intérêt des personnes et en particulier des femmes. Pour que le statut de la femme existe, l'intérêt général ne doit pas supplanter celui des individus. En effet, afin que les intérêts de chacun soient préservés, il est primordial que le discours et l'activité politiques soient orientés vers la nécessité peut-être naïve, mais essentielle, de bien être commun. L'homme politique est celui qui témoigne le mieux possible de la pensée de tous et lorsque son arbitraire est soupçonné, il peut répondre qu'il ne peut mener à bien ses actions sans respecter le

466 Conseil d'État, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité : EDCE n° 48*, Paris, Doc. fr., 1997.

467 J. FREUND, Politique, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les notions philosophiques*, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, avril 1998, 3344 p.

468 E. WEIL, *Hegel et l'État*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2000, 116 p.

469 Y. BELAVAL, *La révolution kantienne. Histoire de la philosophie*, Paris, Gallimard, 1978, 309 p.

470 E. WEIL, *op. cit.*

droit, car «il ne peut exister de politique sans regard tourné vers le droit».

La nécessité de mettre en place des politiques de différenciation répondrait à la volonté de construire une identité de la femme. Seulement le fait d'assimiler la différenciation à la politique est tout autant paradoxal qu'irréalisable.

Le politique en tant qu'entité est caractéristique de ce qui est combattu par les essentialistes : le généricisme. Il servirait la cause des femmes s'il acceptait de prendre en considération les personnes plutôt que l'intérêt général niant ainsi tout particularisme.

Le généricisme qui réduit la femme à l'abstraction de ce qui la désigne, c'est-à-dire un individu indifférencié, est créé par les tenants de l'égalitarisme et par le politique qui va «chercher à faire de la République une sorte de République privée»⁴⁷¹ et c'est ainsi que le genre va se construire. Le politique crée du genre en ce sens qu'il crée un État consistant en une administration publique qui obéit à un processus d'élaboration localisé, générique, appartenant à un groupe social donné⁴⁷².

La théorie de l'État de Kelsen complète cette conception de l'étatisme en développant sa thèse de l'identité de l'État et du droit. Selon la conception traditionnelle du rapport société-État, l'État est perçu comme une réalité sociale, mais dont on se demande si elle est soumise au droit et limitée par lui ou si c'est elle au contraire qui crée le droit.

«Kelsen rompt radicalement avec ce dualisme : l'État, en tant que groupe humain, n'est pas une réalité naturelle ou sociale, mais l'ordre normatif même qui règle la conduite des individus qui le composent»⁴⁷³.

471 J.-M. TRIGEAUD, *Justice et Hégémonie*, Bordeaux, Éd. Bière, 2006, p. 84.

472 *Ibid.*, p. 87.

473 M. TROPER, Kelsen, *Dictionnaire des Philosophes*, sous la direction de Denis HUISMAN, Paris, PUF, Septembre 2009, 1984 p.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

245. L'égalité des sexes cède sa place à un égalitarisme défenseur du généricisme lorsqu'elle n'est pas nuancée, c'est-à-dire lorsqu'elle s'applique indistinctement aux situations dans lesquelles la femme est placée qu'elle subisse ou non une discrimination.

Déclinée sous la forme de l'égalité de rémunération, l'égalité de traitement ne peut être décriée, il semble effectivement logique et juste qu'à compétences et responsabilités égales, les hommes et les femmes perçoivent un salaire égal.

Cependant, le droit du travail se montre particulièrement protecteur avec la mère, bien plus qu'il ne l'est avec la femme ce qui, du point de vue, de l'identité féminine est injuste pour la femme qui est femme avant d'être mère.

Aussi, concernant la charge de la preuve dans le cas d'une discrimination en raison du sexe, elle est facilitée pour les victimes qui comptent majoritairement des femmes, ce qui est par là-même discriminant à l'égard de l'homme. En effet, les femmes nécessitent une protection particulière, mais la question de la preuve ne justifie que des mesures soient prises pour faciliter la procédure aux femmes, alors même que les hommes placés dans une même situation d'inconfort ne bénéficient pas d'autant d'égards.

Les sanctions lacunaires de l'inapplication du principe démontrent les limites de ce même principe. Il semblerait que le principe de l'égalité de traitement ne réponde qu'à des impératifs superficiels d'égalité entre les sexes en étant faussement impliqué dans le respect des droits des femmes.

En somme, ce qui choque dans l'égalité de traitement est l'assistanat procuré aux femmes alors qu'elles méritent une protection. Ainsi, leur incapacité juridique leur est rappelée.

La surprotection de la mère en est l'illustration la plus flagrante, car même si l'homme ne porte pas l'enfant, il doit pareillement faire face à des responsabilités eu égard à son rôle de père et il n'est pas, lui, autant protégé.

Le principe de non-discrimination conforte le rejet de la spécificité féminine par l'égalité de

traitement. Schématiquement, le simple fait d'être une femme est une discrimination, ce qui conduit par le biais de ce principe à nier le sexe féminin.

En outre, la protection de la mère tend à ne la considérer que selon sa maternité, ce qui pourtant contrevient à l'essence-même du principe d'égalité des sexes. La confusion du généricisme et du biologisme ne manque pas de rappeler à la femme qu'elle est perçue comme une procréatrice avant d'être entendue et comprise comme une femme ayant des besoins de femme.

Le principe de non-discrimination poursuit donc l'effacement des différences sexuelles, comme le fait l'égalité des sexes.

L'identité féminine se voit cependant encouragée grâce aux discriminations positives dans une certaine mesure. Lorsqu'elles permettent de corriger les inégalités de fait, elles se veulent effectivement protectrices à juste titre de la femme.

Mais il s'agit d'un procédé visant au conformisme à un groupe de rattachement, celui des hommes, néfaste dans la défense de l'identité féminine. Les discriminations positives bien qu'a priori bienveillantes pour les femmes et leur identité, insistent en réalité sur la sous-représentation des femmes et pointent du doigt leur faiblesse agissant à la manière d'un vecteur d'égalité sexuelle superficielle, ce qui est contraire à leur intérêt de se voir reconnaître une singularité.

L'égalité des sexes s'emploie à faire de la femme un homme en pratiquant un mimétisme de ses droits. La femme n'est pas un homme et le droit en s'obstinant de le penser en soutenant l'égalité sexuelle est en passe de construire une société désexuée indifférente à la singularité féminine.

L'identité juridique féminine doit être admise en dépit de l'influence sociale massive de l'égalitarisme. Les tentatives de sa reconnaissance par l'autonomisation de la femme et la mise en place d'une justice sociale adaptée aux spécificités féminines n'ont, certes, pas permis d'enrayer les inégalités injustement subies par les femmes, mais ont permis d'établir le constat de l'impérative protection particulière des femmes et la nécessité d'intégrer juridiquement les différences.

Les limites du principe d'égalité sont claires, il ne voit qu'à travers le générique et ne peut prétendre à se glorifier de protéger les femmes, lorsqu'il ne comprend pas leurs besoins et nie leurs spécificités. Leur exposition est instituée par la paradoxale égalité de traitement pour différence de situation. En effet, les hommes et les femmes étant différents, il ne peut qu'en être autrement de leur

situation juridique, l'égalité des sexes étant alors inappropriée. Il s'agit alors de mettre en œuvre des mesures proportionnelles aux situations soumises au droit dans le respect du principe de différence des sexes.

CONCLUSION DU TITRE 2

246. Si les limites de l'identité juridique féminine résident dans la consécration juridique de l'égalité des sexes, les limites de l'égalité des sexes résident, elles, dans la nécessité de consacrer une identité juridique à la femme.

Est-ce à dire pour autant que les deux ne sont pas conciliables ? Non, à la condition que l'égalité des sexes ne devienne pas un égalitarisme génériciste.

L'égalité des sexes a permis à la femme l'acquisition de nombreux droits et elle lui doit son affranchissement de la tutelle masculine.

Pour autant, sa tendance à l'homogénéisation des individus dans l'indifférence de leur sexe lui vaut d'être perçue comme un égalitarisme génériciste contraignant pour le sexe féminin, car négateur des différences sexuelles.

Lorsque l'égalité des sexes remplit son rôle de protectrice de la femme, ainsi que les conventions internationales l'ont fait, elle ne déshonore pas l'identité féminine. En effet, elle ne met pas en place un moyen de calquer les droits des femmes sur ceux des hommes, mais s'évertue de protéger la femme parce qu'elle est une femme.

Par contre, lorsqu'elle cherche à faire juridiquement de la femme un homme, elle nie et détruit ses spécificités, ce qui est préjudiciable à la reconnaissance de son identité.

Le droit se trouve alors en porte à faux entre la volonté collective de l'égalité des sexes et la considération de situations différentes qui ne peuvent pas être traitées de manière similaire. Les efforts fournis doivent persévérer pour qu'un statut identitaire de la femme soit enfin reconnu.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

247. L'identité juridique féminine est tributaire de la conception que le droit a de la protection de la femme. Elle n'est pas inconciliable avec l'égalité des sexes si elle respecte le sexe et le singularisme féminin. Elle les respecte quand elle lutte contre les inégalités injustes entre les sexes et quand elle donne à la femme les mêmes moyens qu'à l'homme. Elle promet sans le savoir l'identité féminine quand elle est une égalité de moyens et non de fins, car elle n'essaie pas alors de nier les spécificités féminines, mais les met à profit pour que le sexe de la femme ne soit plus considéré comme un sexe socialement discriminé, mais un sexe naturellement différent.

Mais l'égalité des sexes se veut rarement nuancée, ce qui la conduit inévitablement vers un généricisme synonyme de rejet de l'altérité. Il appartient alors au droit d'établir lui-même ces nuances et de s'adapter aux besoins féminins.

Cette adaptation doit nécessairement passer par une intégration de l'identité sexuelle féminine, et ainsi par une réelle prise de conscience de la différence biologique entre l'homme et la femme.

PARTIE 2

POUR UNE RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME

248. L'égalité des sexes n'est pas à bannir du droit pour que l'identité féminine soit reconnue, car les deux ne sont incompatibles si la première n'exclut pas la seconde par le refus systématique de l'altérité sexuelle pratiqué par une égalité des sexes excessive.

Il s'agit d'intégrer l'identité sexuelle elle-même dans le droit.

La prise en compte des spécificités féminines dans un ensemble de règle socio-juridiques résume les moyens de cette intégration et répond à l'objectif poursuivi.

Le droit doit en même temps considérer le singulier de la femme en s'adaptant aux réalités sociales qui représentent ses besoins socio-juridiques et considérer son inscription au sein d'une justice sociale qui permettra de penser le différent à travers l'universel.

Le sing-universalisme juridique est incontestablement l'outil de reconnaissance de l'identité féminine (Titre 1).

L'équité applique cette solution en considérant les situations au cas par cas. Même si cette mise en pratique n'est pas propre aux femmes elle peut néanmoins suffire à faire admettre l'identité de la femme sous couvert d'une délimitation des pouvoirs du juge qui ne doit pas être corrompu par le potentiel arbitraire.

La justice féminine revêt tous les critères permettant à l'identité de la femme de connaître un destin répondant non seulement au singulier, à l'universel, à l'individuel et au collectif, mais aussi et surtout à l'émancipation de la femme de sa simple condition (Titre 2).

TITRE 1

INTÉGRER L'IDENTITÉ SEXUELLE DANS LE DROIT

249. Pour que l'identité féminine soit enfin reconnue et les différences sexuelles admises, il est nécessaire de rompre avec une égalité des sexes non nuancée qui se dirige vers un égalitarisme génériciste.

Si l'intégration de l'égalité sexuelle dans le droit se pérennise, elle peut et doit être remise en cause pour une autre intégration, celle de l'identité sexuelle.

En effet, intégrer l'identité sexuelle et partant l'identité féminine dans les textes encouragerait la reconnaissance des besoins spécifiquement féminins. Il conviendrait d'admettre le singularisme féminin en dépassant l'égal par le singulier.

Ce procédé permettrait alors de mieux comprendre la question de l'essence féminine et de démystifier l'individualisme perçu à tort comme un fléau égoïste de la société contemporaine.

La considération de la femme permettrait en outre d'adapter le droit aux réalités naturelles sans pour autant soumettre la femme à un pur rôle de procréatrice (Chapitre 1).

L'intégration de l'identité sexuelle dans le droit ne nécessite pas seulement la reconnaissance du singularisme féminin, elle doit également impliquer l'universalisme.

Il ne s'agit pas uniquement d'admettre l'existence de spécificités féminines ce qui pourrait conduire à un identitarisme, mais il faut également accepter qu'il existe deux sexes.

Intégrant les différences sexuelles l'universalisme allié au singularisme générera l'admission de l'identité féminine (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

DÉPASSER L'ÉGAL PAR LE SINGULIER

250. L'égalité des sexes n'est pas contestable lorsqu'elle corrige des inégalités injustes entre les sexes et offre ainsi une protection aux femmes.

Mais elle est contestable chaque fois que cette protection emboîte le pas à celle déjà acquise pour les hommes niant alors l'évidence d'une protection spécifiquement féminine.

Dès lors qu'elle devient génériciste, elle revient à gommer les différences entre les sexes, différences qui pourtant sont intrinsèquement liées aux individus. Ce rejet de l'altérité est d'autant plus condamnable qu'il substitue à une prise en compte des besoins féminins une volonté aveugle de traiter les femmes comme des hommes.

Les femmes ne sont pas des hommes et s'il est admis dans des situations comparables que les deux sexes doivent être traités indifféremment de leur sexe, les spécificités du sexe féminin rendent inique et en inadéquation avec la protection des femmes l'égalité non nuancée.

Il ne s'agit pas de dénoncer les mesures favorables à l'égalité des sexes, mais de reconnaître que leurs excès dans l'homogénéisation sociale conduisent inévitablement à un désaveu des particularités de la femme.

Il convient dès lors de voir au-delà de l'égalité des sexes pour considérer ce qui a été occulté par la globalisation, le singulier.

Le droit doit désormais reprendre les rennes de sa vocation de protection des individus et ce processus doit entendre le singularisme comme un moyen de parvenir à l'identité féminine (Section 1).

La jouissance pour la femme d'une identité propre lui affirmant sa singularité et la protégeant juridiquement dépend de l'application véritable du droit aux réalités naturelles (Section 2).

SECTION 1 DROIT ET SINGULARISME

251. La volonté de recherche identitaire ne doit pas oublier que, si la femme est une personne singulièrement différente de l'homme, en raison de ses différences biologiques, elle doit conserver leur lien social, pour que ce vivre-ensemble se concilie avec la reconnaissance du singularisme féminin. Cette reconnaissance de spécificités féminines n'est pas un moyen d'empêcher la cohésion sociale entre les sexes ; au contraire, c'est l'admission des différences sexuelles qui encourage ce lien, tandis que la négation des différences aura pour effet inverse de le distendre et de créer un rejet de ce qui a été amené de force dans la sphère de l'égalité (§ 1).

Dans cette optique, le débat opposant l'essence à l'existence est plus que jamais actuel et il permet de comprendre que l'identité féminine est représentée par le primat de la personne per essentia. En effet, sans verser dans un naturalisme condamnable, le singularisme est lié à l'essence de la femme et non à des empirismes qui ôteraient à la femme son autonomisation, en ne la considérant pas comme capable d'effectuer des choix lui appartenant à elle seule (§ 2).

§ 1 LA FEMME, UN INDIVIDU SOCIAL

252. Reconnaître le singularisme féminin ne revient pas à admettre que la femme peut se suffire à elle-même, mais revient à considérer que la femme pour évoluer dans son environnement social, ne doit pas abandonner, ni laisser taire ses spécificités. L'étude des rapports qu'elle entretient avec elle-même et avec les hommes est primordiale pour convaincre de ses particularités. Le lien individuel et le lien social qu'elle peut tisser sont autant de moyens lui permettant de développer son identité (A).

Le débat ancien entre essence et existence est alors placé au cœur de la problématique de l'identité féminine, celle-ci pouvant être considérée comme le reflet de l'essentialisme, tandis que la condition de la femme serait le prolongement d'un existentialisme (B).

A- LE DOUBLE RAPPORT JURIDIQUE INTRINSÈQUE À LA PERSONNE

253. L'uniformisation du traitement juridique fait aux individus, résultant de l'égalité des sexes, procède à une double rupture, celle du lien individuel et celle du lien social, pourtant tous deux nécessaires à l'affirmation de l'identité féminine. Le lien individuel permet à la femme de faire reconnaître ses spécificités qui sont différentes de celles du groupe au sein duquel elle est contrainte de se fondre par le vœu égalitaire (1).

Le lien social lui est complémentaire, puisqu'il permet à la femme de faire reconnaître ses mêmes spécificités à côté des différences masculines (2).

Ces deux liens doivent rester indissociables, car ils mettent tous les deux en lumière les différences sexuelles niées par cette confusion égalitariste des sexes.

1- Lien individuel

254. La négation de l'identité féminine par l'affirmation du groupe. L'individu est social, il ne peut vivre seul, «aucune vie humaine, fût-ce la vie de l'ermite au désert, n'est possible sans un monde qui, directement ou indirectement témoigne de la présence d'autres êtres humains»⁴⁷⁴.

Parce qu'ils évoluent dans une société régulée par des codes et règles juridiquement prescrits, les individus doivent se respecter mutuellement, sans pour autant s'oublier et se perdre dans la masse. Complexe dans sa nature, l'individu est, pour Aristote, un «zoôn politikon», un animal politique⁴⁷⁵ qui doit vivre en communauté sans que son individualité soit rejetée par l'appartenance au groupe.

L'égalité des sexes répond à cet impératif de groupe, mais nie le zoôn de la femme qui fait d'elle une personne différente de l'homme, le zoôn étant intrinsèquement lié à la nature humaine. L'animal qui

474 H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket Agora, 2009, p. 33.

475 En grec, l'adjectif «politique» peut être rattaché aux trois genres. Au masculin, il s'agit d'un nom qui désigne l'homme politique. Au féminin, il représente l'activité de l'homme politique. Au neutre, il vise le corps politique. L'appréhension la plus courante et celle retenue ici est celle du politique au neutre. Cette acception permet ainsi de dévoiler le politique au fond englobant toute désignation de groupements, notamment l'État, d'hommes ou d'agissements politiques. Sur ce point, voir Jean BAECHLER, Politique, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 1 : L'univers philosophique*, PUF, publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 2032 p.

est en chaque individu reflète ses désirs, ses besoins, ses pulsions, son essence, en somme son identité et dès lors que le politique entendu comme un ensemble, comme un généricisme l'opprime et l'écrase, il perd de son panache et l'individu n'est plus qu'un parmi d'autres semblables. L'égalité des sexes procède de cette manière en arrachant à la femme son animalité vierge de toute emprise du politique sur son identité.

La personne qui est nécessairement sociale s'inscrit dans un rapport relationnel avec l'autre, rapport qui sera juridique, car d'une obligation de l'un découlera une obligation de l'autre. Elle est en lien social et en lien avec elle-même et doit ainsi composer avec sa propre nature et avec celle des autres, acceptant l'«insociable sociabilité» kantienne. Il s'agit de trouver un équilibre entre le holisme, tel qu'il est perçu dans les sociétés contemporaines par l'anthropologue Louis Dumont⁴⁷⁶, et l'individualisme des «sociétés des individus», décrite par Norbert Elias⁴⁷⁷, qui, certes promeut l'autonomie et l'identité, mais peut dériver vers l'anéantissement des devoirs au profit des droits. Cette dichotomie est représentée par les notions de personne per essentia, qui fait primer le lien que la personne entretient avec elle-même et de personne in obliquo qui conceptualise le lien que la personne entretient avec l'autre.

255. L'identité comme équilibre de l'insociable sociabilité. Ces deux formes de lien social sont interdépendantes dans la mesure où l'individu s'intègre dans un ensemble juridico-politique qui fait naître des rapports avec autrui et ses décisions lui sont propres, inhérentes, le déterminant spécifiquement. C'est à cette dualité que Kant faisait référence en parlant d'«insociable sociabilité»⁴⁷⁸. Cet oxymore signifie que l'individu recherche d'une part la compagnie de ses alter ego, puisqu'il a besoin de communiquer, d'échanger, d'évoluer dans des relations humaines, il s'agit là de sa sociabilité et d'autre part il recherche son intérêt personnel au détriment de l'intérêt général, reflet de son insociabilité.

L'individu a besoin des autres, mais il a besoin d'être reconnu dans sa singularité, ce que le prêtre et philosophe Joseph de Finance explique dans *Personne et valeur*. Pour lui, «l'homme n'est rien sans sa nature»⁴⁷⁹.

Il s'agit de considérer que la nature permet d'accéder au respect des personnes entre elles dans la

476 L. DUMONT, *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, 272 p.

477 N. ELIAS, *La civilisation des mœurs*, Paris, Pocket, 2003, 510 p.

478 E. KANT, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Bordas, 1993, 190 p.

479 J. de FINANCE, *Personne et valeur*, Rome, Gregorian and Biblical Press, 1992, 256 p.

mesure où elle représente une véritable «réciprocité des consciences».

La question de la différence des sexes est ancrée dans ce paradoxe qui n'est pas pour autant aporétique. Pour schématiser, selon les égalitaristes, la sociabilité serait représentée par l'égalité des sexes à travers le généricisme et l'acceptation que les hommes et les femmes sont égaux dans leurs droits et leurs devoirs ; tandis que l'insociabilité serait, elle, illustrée par le singularisme et la volonté identitaire dans le sens où les femmes, dont l'identité sexuelle serait reconnue, seraient dès lors en dehors du groupe et partant rejetteraient l'intérêt général.

Il faut comprendre au contraire que l'identité féminine n'est pas incompatible avec l'intérêt général, ni même avec l'égalité des sexes, car celle-ci n'anéantit pas celle-là. Concrètement, évincer le lien personnel que la femme entretient avec elle conduit à l'exclure de tout lien social pourtant nécessaire à la réalisation des relations humaines.

C'est en faisant de l'identité le centre de ses préoccupations que le singularisme force le primat de la personne per essentia sur la personne in obliquo sans pour autant éradiquer l'importance que le lien social revêt.

Dans cette perspective, l'essence précède l'existence et la femme va se construire seule sans diktats environnementaux. Et à l'inverse du beauvoirien «on ne naît pas femme, on le devient», la femme est, tout simplement.

Désignant ce qui regarde la dimension strictement individuelle de l'existence, le singularisme permet une prise en compte de la femme dans son individualité tout en conservant le rôle à jouer du lien social.

2- Lien social

256. La compatibilité entre identité féminine et lien social. Malgré la volonté de recherche identitaire et comme Hannah Arendt l'a souligné⁴⁸⁰, il semble impossible de vivre en

480 La question du lien social puise ses origines dans la philosophie aristotélicienne selon laquelle les individus ne peuvent vivre isolément, mais liés les uns aux autres. L'homme tend, par nature, à vivre en cité. Cf. ARISTOTE, *La politique*, Paris, Vrin, 1995, 595 p.

autarcie et d'être coupé des relations humaines.

Notion sociologique désignant le vivre ensemble selon des règles préétablies, le lien social rappelle que l'individu est en relation permanente avec le groupe sans pour autant mettre en péril son identité⁴⁸¹. Il s'agit donc de trouver un équilibre entre la relation que l'individu entretient avec lui-même et celle qu'il entretient avec les autres. L'autre apparaît ainsi comme ce qui n'est pas soi.

L'acceptation du lien social révèle l'acceptation de faire partie d'un ensemble, cela n'exclut pas pour autant les particularités individuelles. Ainsi, dans une entreprise le lien social existe et il est constitué des règles inhérentes au lieu de travail. Il existe entre les salariés d'une part, entre les salariés et leur hiérarchie d'autre part et la cohésion de l'entreprise est tributaire de son respect. Les mêmes règles sont alors édictées pour tous, mais pour que ce lien social ne rende pas le groupe homogène, des adaptations aux situations ont lieu. Tel est le cas des aménagements d'horaires pour les femmes enceintes. La circulaire n° 96-152 du 29 février 1996 relative au congé de maternité ou d'adoption et aux autorisations d'absences liées à la naissance pour les fonctionnaires, les agents stagiaires et les agents contractuels de la fonction publique hospitalière prévoit à ce titre une heure de travail en moins par jour de travail à partir du troisième mois de grossesse. De même l'article L1225-16 du Code du travail autorise une salariée enceinte à se rendre aux examens médicaux obligatoires de surveillance de la grossesse et des suites de l'accouchement. Ces absences étant assimilées à du temps de travail effectif, elles n'entraînent pas de baisse de la rémunération.

Le lien social ne fait donc pas état d'une homogénéité, mais au contraire d'une relation d'altérité qui, continuellement entretenue, est nécessaire pour le maintien de l'identité personnelle. En effet, la femme n'étant par définition pas un homme, cette différence sexuelle est la preuve d'une identité commune à chaque sexe. Et au sein-même de chaque catégorie sexuelle, des différences inhérentes à chaque femme et à chaque homme existent les rendant unique d'un point de vue identitaire.

L'identité féminine est davantage prononcée, notamment lorsque la femme est mère, et ainsi ne peut être niée dans cette relation d'altérité. L'autre étant autre et partant n'étant pas moi, je suis différente de lui d'un point de vue ontologique, je possède ma propre identité.

Si le lien social est ce qui rassemble la société, il n'en demeure pas moins que chacun peut

481 P.-Y. CUSSET, *Le lien social*, Paris, Armand Colin, 2007, 125 p.

conserver son identité. Indépendamment de toute connotation religieuse, l'identité féminine ne doit pas être plus le «religere» que le «religare», elle doit pouvoir au contraire permettre de lier les hommes et les femmes entre eux tout en acceptant le recueillement individuel à travers l'admission d'une nature féminine.

257. La compatibilité entre égalité des sexes et lien social. L'égalité juridique des sexes participe au renforcement du lien social dans le sens où l'idée de hiérarchie n'existe pas. Ainsi, si les hommes et les femmes sont égaux d'un point de vue juridique, cette volonté de cohésion et d'ensemble n'est pas désintégrée par une quelconque domination.

Si l'égalité des sexes peut dériver vers un égalitarisme génériciste dangereux pour l'identité féminine, l'intérêt du lien social renforcée justement par cette égalité des sexes doit être entendu, à la condition qu'elle ne soit pas compromise par le généricisme.

Fragilisé par la lutte des classes du XIX^e siècle, le lien social est démantelé par la lutte des genres qui se veut en recherche d'égalité des sexes et paradoxalement⁴⁸² en recherche d'émancipation féminine. En effet, si le lien social se réclame de l'homogénéité, la recherche de l'émancipation féminine et partant de l'identité de la femme la place dans une situation de crise dans la mesure où selon la représentation macro-sociologique de la société induite par le lien social⁴⁸³, il ne saurait y avoir de place pour l'individualisme.

L'aporie de l'insociable sociabilité est illustrée : la femme pour exister juridiquement doit faire valoir son identité, mais pour que son identité soit reconnue, elle doit être confrontée à une identité autre, celle de son alter ego masculin. La femme est ainsi tiraillée entre son alter et son ego, entre son sexe biologique qui répond à des besoins essentiels et son genre qui répond à des impératifs sociaux -le vivre ensemble à travers l'égalité juridique juste des sexes.

482 Le paradoxe entre ces deux types de recherche est manifeste, dans la mesure où les tenants de l'égalité des sexes ne peuvent à la fois congédier l'identité de la femme en l'assujettissant à une égalité de masse arbitraire et calquée sur des présupposés masculins et vouloir émanciper la femme en lui accordant une liberté déjà perdue dans l'égalitarisme.

483 La représentation macro-sociologique du lien social est celle d'une vue globale de la société excluant tout particularisme et ne laissant par conséquent aucun rôle à jouer à l'identité en tant que singularité.

B- ENTRE ESSENCE ET EXISTENCE

258. L'opposition entre essence et existence revient à discuter de la réalité de particularités typiquement féminines, dans la mesure où l'essence représente ici la nature humaine et, partant, la nature féminine (1) et l'existence, la condition humaine subie, imposée à la femme par la société (2).

1- L'essence et la nature féminines

259. Éléments définitionnels. La nature féminine doit être reconnue, admise pour que les différences ne soient plus considérées comme inacceptables. La stigmatisation de la différence et la peur de l'autre sont liées à la négation de la nature humaine et plus particulièrement ici la nature féminine. Reconnaître à la femme une identité reviendrait pour les partisans de l'égalitarisme à admettre que l'autre n'est pas celui qui doit être craint. Les différences, avant d'être accentuées par une conjoncture genrée, sont naturelles.

Dans l'analyse de la nature humaine de référence, les discours d'Aristote selon lequel «la nature ne fait rien en vain» doivent être retenus. La nature est ainsi porteuse de sens, celui qui montre qu'aucun individu n'est semblable à l'autre et qu'à plus forte raison la femme est naturellement différente de l'homme.

Certaines conceptions de la nature féminine peuvent desservir l'identité féminine en ce qu'elles vont considérer la nature féminine comme un fardeau que la femme doit subir et dont l'homme doit se glorifier. La position de Kant est claire. Non seulement il existe une nature féminine⁴⁸⁴, mais la femme est également inférieure à l'homme⁴⁸⁵.

La reconnaissance d'une essence féminine vaut reconnaissance de la nature humaine, d'une véritable «personnalité» féminine, traduisant «l'irréductibilité singulière» de la femme⁴⁸⁶. Ontologiquement, se savoir homme, c'est reconnaître l'existence d'un autre être, la femme, qui est différent, mais en même temps complémentaire. La philosophie doit donc tenir compte de la différence sexuelle, ce qu'elle fait à travers deux courants de pensée majeurs : l'essentialisme et le réalisme.

484 E. KANT, *Sur la différence des sexes et autres essais*, Paris, Rivages Poche, 2006, 122 p.

485 E. KANT, *Métaphysique des mœurs, T. 2, Doctrine du droit*, Paris, Flammarion, 1999, 411 p.

486 J.-M. TRIGEAUD, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux, Éd. Bière, 1995, 460 p.

260. L'identité féminine comme continuité de l'essentialisme. Si pour Sartre, l'existence d'autrui est sa chute originelle, au contraire pour Feuerbach, l'existence d'autrui est indispensable à la connaissance. Le véritable principe de l'être est l'union du Je et du Tu.

L'existence de la nature humaine et partant féminine est omniprésente dans l'essentialisme qui prend l'essence pour référent. Le terme essentialisme n'a pas véritablement un sens qui lui est propre, puisqu'il ne s'entend que par opposition à celui d'existentialisme. Cependant, si l'essentialisme nie que l'existence précède l'essence, il doit bien admettre que l'existentialisme le précède.

«Philosophie attribuant à l'essence une primauté et une valeur supérieure à l'existence»⁴⁸⁷, l'essentialisme est érigé par Popper en «doctrine admettant que l'objet véritable de la connaissance est l'essence des choses»⁴⁸⁸.

A travers sa consécration de l'essence, l'essentialisme place donc au cœur de sa réflexion la nature. Si Simone de Beauvoir rejette la différence des sexes c'est qu'elle ne lui apparaît pas comme étant naturelle, il s'agit pourtant d'une différence naturelle. Pour la philosophe, admettre le naturalisme d'une telle différence servirait de prétexte à des traitements inégaux entre les sexes pour légitimer notamment l'état d'infériorité dans lequel la femme est placée.

Or, la différence des sexes ne signifie pas la subordination de la femme à l'homme. La différence des sexes ne traduit pas l'infériorité des femmes, ni ne justifie un quelconque rapport de soumission entre les deux sexes.

Marie Balmary, dans *Le sacrifice interdit*, montre les dangers d'une négation de la différence entre les sexes, en ce qu'elle effacerait toute altérité pourtant nécessaire à l'identité féminine⁴⁸⁹. Le refus de la différence des sexes contribue à accentuer les inégalités injustes, la domination masculine ne serait ainsi pas la conséquence de la différence, mais, à l'inverse, de sa négation.

261. L'identité féminine guidée par le réalisme. L'essentialisme n'est pas le seul courant philosophique à reconnaître la nature humaine. Le réalisme est également une philosophie naturaliste. En effet, «dans le réalisme, l'homme est en principe intégré à la nature et il présente une

487 J.-L. FIDEL, Essentialisme, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André Jacob, Avril 1998, 3344 p.

488 K. POPPER, *Conjectures et Réfutations*, Lausanne, Payot, 1983, 610 p.

489 M. BALMARY, *Le sacrifice interdit*, Paris, Grasset, 1986, 293 p.

union harmonieuse de toutes les facultés»⁴⁹⁰.

Feuerbach, dans son œuvre *Contribution à la critique de la philosophie hégélienne*, revendique également le primat de l'essence. Pour lui, «seul un être sensible est un être vrai et l'essence de l'homme n'est pas pour soi»⁴⁹¹. Il refuse l'idée qu'un individu puisse effectuer à lui seul, de façon absolue, le genre, l'espèce. Engels retient de lui l'affirmation qu'«en dehors de la nature et des hommes, il n'y a rien, que les êtres supérieurs ne sont que le reflet fantastique de notre être propre»⁴⁹².

Reprochant à Hegel de rejeter les causes secondaires, Feuerbach développe l'idée selon laquelle l'être humain est un être universel, cosmopolite en tant qu'il a l'univers, le cosmos pour objet. Il soutient également que la nature ne contredit pas la liberté rationnelle. Au contraire même, la reconnaissance des différences découlant de la nature humaine renforce les libertés individuelles.

Si le droit sous couvert de défendre l'unité et d'embrasser une multitude de situations, rejette les inégalités, cela conduit malheureusement à gommer les différences et faire de l'identité féminine davantage une utopie qu'un objectif à atteindre. L'égalité en droit n'est pas souhaitable en tout point de vue, car elle reviendrait à uniformiser les situations dans lesquelles hommes et femmes sont confrontés, selon un modèle prédéterminé niant que les femmes sont des universels singuliers.

Un premier pas vers l'identité féminine serait l'admission de la nature féminine qui permettrait d'ores et déjà de reconnaître que les femmes et les hommes sont dissemblables et que leur altérité serait plus un atout qu'un obstacle dans le processus identitaire.

2- L'existence féminine et les conditions de la femme

262. La négation de l'identité féminine à travers la condition sociale de la femme. D'un point de vue général, la condition représente la situation dans laquelle une personne se trouve ; selon le point de vue de la différence des sexes, la condition féminine représente la place que la

490 J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux, Éd. Bière, 1985, p. 45.

491 L. FEUERBACH, *Contribution à la critique de la philosophie hégélienne*, *Les Annales de Halle*, Halle, 1839.

492 S. MERCIER-JOSA, Feuerbach, *Dictionnaire des philosophes*, ss la dir. de Denis Huisman, Paris, PUF, Septembre 2009, 1984 p.

femme occupe dans la société et plus précisément sa position de sexe inférieur à celui de l'homme. Si pour Simone de Beauvoir, «il ne saurait y avoir d'éternel féminin, seulement une condition féminine»⁴⁹³, force est de constater, indépendamment de toute interprétation féministe, génériciste ou à l'inverse singulariste, que la condition de la femme est une condition subie. Généricisme et singularisme ne s'accordent plus quant aux causes de ce conditionnement, ni quant aux solutions permettant de l'endiguer.

Les essentialistes et les existentialistes s'opposent nécessairement sur le point de savoir qui de l'essence ou de l'existence précède l'autre. Compte tenu de cette distinction, la condition féminine donne, malgré elle, raison à l'existentialisme, puisqu'elle représente un résultat social et culturel. La condition féminine induit la notion de confinement à une identité-similarité : un carcan dans lequel la femme voit sa liberté déçue au profit de la conformité à l'autre et des attentes sociales. «La castration de la femme»⁴⁹⁴, dont la psychanalyste et philosophe féministe Luce Irigaray parle, trouve sa cause dans l'image que la société lui renvoie, celle d'une similarité attendue par la société. Dans son ouvrage *La condition humaine*⁴⁹⁵, André Malraux décrit très justement à la fois le lien tenace entre les actes d'un homme et son conditionnement dans la société et son irrépressible désir d'être un autre et plus un semblable. L'égalité des sexes qui traduit la similitude des genres peut mener les femmes à un étouffement et une envie d'affranchissement de l'analogie entre les sexes.

Dans la perspective de la condition féminine, l'autre (masculin) n'est dès lors plus considéré comme un ennemi, ni comme une autre conscience que soi (Hegel), mais comme un semblable, auquel il faut se conformer. L'identité féminine ne pourra exister tant que la conformité à l'autre, voulue par l'égalité des sexes, ignorera la femme et ses besoins spécifiques.

Pareillement, Luce Irigaray montre que la femme est la version a contrario de l'homme, c'est-à-dire qu'elle est ce que l'homme n'est pas. Le simple titre de l'ouvrage de Janine Mossuz-Lavau, Directrice de recherche au Centre national de la recherche scientifique (CNRS), et de Anne de Kervasdoué, gynécologue, *Les femmes ne sont pas des hommes comme les autres*, suffit à conforter cette affirmation. Ces auteurs pensent revendiquer une identité féminine, mais en affirmant que la femme est assujettie à l'homme en raison de son sexe, elles stigmatisent le sexe de la femme et ainsi préconisent l'égalité des sexes, outil pourtant de déchéance de l'identité. Il s'agit ici de nier la nature

493 I. GALSTER, *Le Deuxième sexe de Simone de Beauvoir*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2004, pp. 178-180.

494 L. IRIGARAY, *Speculum de l'autre femme*, Paris, Éd. de Minuit, 1974, p. 55.

495 A. MALRAUX, *La condition humaine*, Paris, Gallimard, 1972, 337 p.

féminine pour légitimer la théorie du genre, alors même que c'est cette théorie qui participe du mouvement de négation de l'identité féminine.

263. La négation de l'identité féminine à travers la condition juridique de la femme. Si la condition de la femme représente sa position dans la société, sa condition juridique est plus précise et représente la place qu'elle occupe dans la société juridique, plus clairement à travers les textes juridiques. L'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 pose les bases des liens socio-juridiques : «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune».

Dans les textes, la condition juridique de la femme est d'être l'égale de l'homme, mais une égalité juridique des sexes ne peut qu'être défavorable à l'identité féminine si elle ne respecte pas son biologisme.

Ainsi, que la femme soit considérée comme étant l'égale de l'homme ou qu'elle lui soit soumise, sa condition est avant tout un état de passivité, alors que sa nature est d'être une femme, différente de l'homme.

Pour les égalitaristes, cet état de passivité est celui dans lequel la société a plongé la femme, ils accusent les hommes d'assujettir les femmes en raison de leur sexe, les disant d'ailleurs bien malgré eux le sexe faible.

Ainsi si le choix est fait de nier l'essence féminine et par là une nature humaine sexuellement spécifique au profit d'une existence féminine, cela revient à reconnaître un primat de la condition féminine. Or, privilégier la condition féminine plus que sa nature est placer la femme en position d'infériorité vis à vis de son sexe. Il faut, certes reconnaître qu'il existe véritablement une condition de la femme qui est le résultat d'un conditionnement néfaste par l'homme et plus génériquement par la société, mais il s'agit également de comprendre que cette mauvaise place dans laquelle la femme est enlisée n'est pas liée à son sexe, mais à ce qu'il a été fait croire pendant des siècles, c'est-à-dire l'image que son sexe était inférieur. Lier la condition féminine à la seule image d'infériorité de son sexe revient clairement à penser que la nature féminine est la cause de ses maux, alors même que la simple appréhension de la différence des sexes suffirait à dresser une ébauche d'identité féminine. Il y a deux sexes.

§ 2 LE PRIMAT DE LA PERSONNE PER ESSENTIA

264. Si le modèle existentialiste, qui fait dépendre le sort des femmes de la construction sociale, semble primer sur le modèle essentialiste, enclin à la reconnaissance de traits inhérents au féminin, la société contemporaine attache, paradoxalement, davantage d'importance à l'individu qu'au groupe ; alors que cette société, suivant l'existentialisme, devrait être orientée vers le collectif et non vers l'importance de la personne au sein de la société (A).

L'individualisme qui place au centre de ses préoccupations l'individu et donc ses besoins en tant que composant à part entière du groupe social, est donc promu et c'est grâce à lui que l'identité féminine pourra être reconnue malgré les craintes qu'il suscite, notamment au regard de sa confusion avec un égocentrisme rejetant, à son tour, les particularismes qui ne seraient pas siens (B).

A- L'INDIVIDUALISME DE LA SOCIÉTÉ CONTEMPORAINE

265. L'individualisme est l'affaire de la société contemporaine qui, par un retour aux origines de la personne et donc en considérant la personne dans sa singularité, rejette le holisme de la société traditionnelle focalisée sur le tout, comme l'égalité actuelle des sexes l'encourage.

Les sociétés holistes, dont l'esprit va de pair avec le principe d'égalité qui privilégie le groupe sans se soucier des différences au sein-même de ce groupe (1) doivent céder leur place à une société contemporaine désireuse d'entendre les besoins spécifiques et ainsi attentive aux différences (2).

1- Des sociétés holistes

266. Bien avant d'être gouvernée par l'individualisme, la société était dominée par un mouvement communautaire faisant la promotion du groupe au détriment du sujet. C'est le

philosophe allemand Ferdinand Tönnies qui, pour la première fois, a distingué deux structures sociales radicalement opposées : la communauté propre au Moyen-Âge, c'est-à-dire aux sociétés dites traditionnelles, et la société moderne. Ces sociétés font dès lors primer le groupe sur l'individu. A l'inverse de ce modèle traditionnel, les sociétés modernes seraient tournées vers des relations superficielles centrées uniquement sur les désirs individuels. Si les sociétés traditionnelles se fondent sur l'unicité, les sociétés modernes sont construites sur des divisions au sein des fonctions sociales par exemple.

L'économiste Joseph Schumpeter reprend ce schéma de raisonnement en nommant différemment les deux éléments de cette distinction⁴⁹⁶. Pour lui, il y aurait deux sortes de sociétés : «la civilisation objective» et «la civilisation subjective». Au sein de la civilisation objective, l'individu doit obéir aux règles édictées par la société et peu importe ses besoins ; au sein de la civilisation subjective, ce sont les besoins et les attentes des individus qui sont pris en considération. Le premier modèle nuit à l'individu en ne tenant pas compte de son singularisme, le second modèle, certes respecte les particularismes de chacun, mais ne peut être viable à défaut d'un ordre social préétabli.

Louis Dumont qualifie les sociétés faisant primer le groupe des sociétés holistes en référence à l'étymologie grecque «holon» qui signifie «le tout».

Aujourd'hui et si, il est vrai, l'individu est plus fort que le groupe, des réminiscences du holisme s'évertuent de donner un sens à leur persistance. L'égalité des sexes est l'illustration phare de ce regret de la tradition communautaire, qui n'est pourtant plus en accord avec les préoccupations des sociétés contemporaines.

2- Aux sociétés des individus

267. L'individualisme des sociétés contemporaines. La promotion de l'individu bat le tempo des sociétés contemporaines érigeant la personne comme une entité unique dont les besoins doivent être entendus parmi ceux de ses faux semblables.

496 J. SCHUMPETER, *Théorie de l'évolution économique*, Paris, Dalloz, 1999, 371 p.

Le paradoxe attaché aux sociétés contemporaines est le fait qu'elles promeuvent une vision de l'individu centré sur lui-même et elles recherchent en même temps l'égalité des individus, obstacle à l'identité de la femme. Il ne s'agit pas de rayer l'égalité de la devise française, mais de mettre au défi l'égalité des sexes en la confrontant à la véritable attente des femmes : leur écoute.

L'égalité peut conduire à l'abandon de soi comme sujet et conduire à une objectivation de la femme qui perdrait dès lors son identité.

Si la question de l'objectivation est liée davantage à la théorie du droit et plus particulièrement aux droits des obligations en matière de cause du contrat, le parallèle peut être aisément fait avec la personne. En effet, à l'heure où le droit des contrats privilégie de plus en plus la cause subjective⁴⁹⁷ recherchant la cause propre aux cocontractants et non celle commune pour tous les engagements contractuels, le sujet de droit est à l'inverse délesté de sa propre cause en tant qu'essence. L'égalité contribue au paradoxe du sujet objet et plus loin l'égalité des sexes contribue au paradoxe de la femme objet en niant son identité sexuelle. L'égalité des sexes représentative de la société des individus, se trouve confrontée, sans le savoir, à un dilemme qui n'est pourtant pas une aporie : celui de concilier les droits des individus en ne privant pas la femme des droits que l'homme détient déjà et celui de considérer qu'il n'existe pas des individus, mais des hommes et des femmes biologiquement différents.

268. Une société contrainte à l'égalitarisme. La société des individus ne peut, malgré son désir de faire primer les aspirations de chacun sur la société, se soustraire à la réalité de la modernité : l'égalité toujours.

Si bienveillante qu'elle peut l'être pour les femmes, cette société est contrainte par l'égalité des sexes et son objectif est dès lors réduit à néant. Seule la recherche de l'autonomie par une exclusion volontaire du monde peut conduire à la libération et ainsi à la reconnaissance de l'identité. Il s'agit de se détacher du statut de personne sociale pour parvenir à sa propre identité.

Le processus d'individualisme puise ses racines dans le rejet du holisme et de la soumission des individus aux puissances mondaines. L'individualisme à l'origine réservé aux renonçants se plaçant en marge de la société s'est étendu à tous : «La vie dans le monde sera conçue comme pouvant être entièrement conforme à la valeur suprême, l'individu hors-du-monde sera devenu le moderne

497 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations, Précis*, Paris, Dalloz, 2009, 1556 p.

individu-dans-le-monde»⁴⁹⁸.

La personnalisation des droits participe de ce mouvement, la prise en compte du sexe féminin par le Code du travail dans certaines situations en est une illustration significative.

Seulement, le risque attaché à la considération de droit personnalisé est de penser que les droits vont dès lors primer sur les devoirs et ainsi accorder une place particulière aux femmes qui ne s'inscrira plus dans l'acceptation des différences sexuelles, mais dans une stigmatisation de l'égoïsme féminin.

B- LA PROMOTION NÉCESSAIRE DE L'INDIVIDUALISME

269. La prise en compte des besoins féminins et de la protection féminine doit impliquer la considération de l'individu au détriment du groupe, mais non du lien social nécessaire à l'acceptation d'autrui. L'individualisme qui est attaché aux sociétés actuelles suscite des réticences infondées dans la mesure où il est, à tort, compris de manière négative comme représentant une tendance à l'égoïsme (1).

En réalité, il s'agit d'un vecteur utile à l'affirmation de l'identité féminine qui va, raisonnablement, placer l'individu et les particularismes qui en découlent, au-dessus d'un groupe homogène, détracteur des différences (2).

1- Un individualisme craint

270. L'amalgame entre individualisme et égoïsme. Une appréciation erronée de l'individualisme peut conduire à un amalgame avec l'égoïsme dans son sens le plus péjoratif.

En effet, l'individualisme en ce qu'il représente la recherche de l'identité est souvent confondu avec l'égoïsme ou égoïsme, qui est la «tendance à s'affranchir de toute obligation de solidarité ou à ne songer qu'à soi»⁴⁹⁹.

498 L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, p. 46.

499 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, 1323 p.

Il s'agit de cristalliser l'égoïsme, puisqu'il ne permet pas de trouver une identité à la femme alors oubliée dans le marasme générique de l'égalité des sexes. La confusion entre l'égoïsme et l'individualisme avait été pointée du doigt par Tocqueville dans *La Démocratie en Amérique*. Pour l'auteur : «L'individualisme est une expression récente qu'une idée nouvelle a fait naître. Nos pères ne connaissaient que l'égoïsme. L'égoïsme est un amour passionné et exagéré de soi-même qui porte l'homme à ne rien rapporter qu'à lui seul et à se préférer à tout. L'individualisme est un sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables et à se retirer à l'écart avec sa famille et ses amis ; de telle sorte que, après s'être ainsi créé une petite société à son usage, il abandonne volontiers la grande société à elle-même. L'égoïsme naît d'un instinct aveugle ; l'individualisme procède d'un jugement erroné plutôt que d'un sentiment dépravé. Il prend sa source dans les défauts, dans l'esprit autant que dans les vices du cœur»⁵⁰⁰.

La recherche de l'identité ne doit donc pas être confondue avec un individualisme égoïste.

L'individu en tant qu'être sexué et ainsi porteur d'une identité fonde chaque société et ainsi ne doit pas être nié dans la masse sous couvert de l'égalité des droits, il ne doit pas non plus pour autant se placer en marge de la société sous risque d'anéantir le lien social nécessaire non seulement pour la vie en collectivité, mais aussi pour le respect des règles de droit.

L'individualisme, qui rompt avec l'égalitarisme et par conséquent encourage l'identité féminine, n'est pas à craindre comme étant un facteur de crises⁵⁰¹ des sociétés contemporaines, bien au contraire. C'est un «sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables»⁵⁰².

En effet, si l'identité féminine doit être recherchée et enfin reconnue en droit, elle peut permettre un équilibre plus juste de son application. La recherche de l'identité de la femme passe par un repli réfléchi, raisonné et raisonnable sur soi, une prise de conscience que l'autre n'est pas soi et que la femme doit cesser d'être considérée comme l'égale de l'homme. L'identité ne rejette pas pour autant les liens sociaux, il s'agit davantage pour la femme de les choisir et d'être maîtresse de leur construction. La femme qui voit son identité sexuelle reconnue juridiquement est désormais libre de déterminer son accomplissement et cette auto-détermination n'est pas contraire à son biologisme, elle la complète : l'auto-détermination concernant les liens entretenus avec l'autre, c'est-à-dire est en

500 A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2010, p. 125.

501 La crise ici doit être entendue comme un point de rupture. Pour Hannah Arendt, il y a crise quand les réponses que l'on apportait traditionnellement à certaines questions ne sont plus valables et nous remettent face à nos questions. H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, 1989, 384 p.

502 A. de TOCQUEVILLE, *op. cit.*

relation avec la personne in obliquo, le biologisme concernant davantage les liens avec soi, c'est-à-dire avec la personne per essentia. Cette auto-détermination tourne le dos aux revendications des théoriciens du genre qui condamnent la société à percevoir la femme comme soumise à son sexe. Au contraire, il s'agit de reconnaître que la femme est maîtresse de son sexe à travers le primat du biologisme et de l'auto-détermination pour qu'elle ne soit plus soumise.

Ainsi, tandis que l'égoïsme nie les relations d'altérité en considérant sa personne comme le centre du monde, l'individualisme permet au contraire d'affirmer son identité dans les relations d'altérité. Il ne nie pas les relations avec autrui, mais en tire un bénéfice pour faire valoir la singularité de chaque personne⁵⁰³. L'autre est autre et n'est pas soi, la femme est autre que l'homme, donc n'est pas homme. L'absence d'ingérence dans les relations d'autrui permet de consacrer sa propre identité. Il s'agit de distinguer soi et l'autre. Deux notions permettent d'illustrer ce distinguo, l'empathie et la sympathie.

271. Sympathie et empathie, entre consécration et négation des différences. Tandis que la sympathie consacre la relation d'altérité, l'empathie permet une fusion de soi et de l'autre agissant à la manière d'un égoïsme négatif dans le sens où la personne est confondue avec l'autre comme dans le cas du généricisme de l'égalité des sexes. C'est en effet par la revendication de l'égalité des sexes que le droit rend les relations humaines empathiques en calquant les droits de la femme sur ceux de l'homme, alors qu'il devrait à l'inverse se fonder sur la sympathie propice à l'échange d'expériences et à la consécration de la liberté et de la volonté individuelle.

L'empathie participe clairement du généricisme en ce qu'elle répond en la substitution de l'autre dans ses émotions et à l'instinct d'imitation néfaste à l'identité féminine. En effet, elle permet une fusion de l'autre en soi, ici de l'homme en la femme, de sorte qu'elle fond la femme dans l'homme annihilant dès lors toute tentative de construction de sa propre identité. La projection de la femme dans la situation de l'homme nuit à la recherche de son individualisme.

La sympathie au contraire ne procède pas à un transfert de l'autre sur soi, mais permet d'établir une distinction entre soi et l'autre, contribuant dès lors à la différenciation utile dans l'établissement de l'identité de la femme. Alors que la sympathie n'engage qu'une participation, l'empathie engage

503 J.-J. ROUSSEAU, *Les Confessions*, Second Préambule, Paris, Gallimard, 1959, 858 p. «Je sens mon cœur et je connais les hommes, je suis différent de ceux que j'ai vus, si je ne suis pas mieux, au moins je suis autre».

l'imitation qui est certes propre aux comportements individuels, mais décourageante pour l'émancipation identitaire.

272. Les dangers du mimétisme masculin emmené par l'empathie génériciste. Des philosophes pensent à l'inverse que l'imitation ne peut conduire qu'à une bonne justice. C'est ainsi que, dans son œuvre *La République*, Platon souhaite construire une cité idéale dans laquelle il n'y aurait pas d'injustice. Il s'agirait d'une cité libre et juste dont la protection serait l'office de gardiens possédant la qualité de distinguer le bien du mal. Dans *Le sexe et la cité dans la République de Platon*, Pierre Carrique insiste sur la difficulté à mettre en place une telle cité. Le problème réside dans ce que Platon appelle la mimêsis, à savoir l'imitation, qui est un des outils incontournables de l'éducation. La mimêsis peut être dangereuse dans la mesure où accomplie depuis l'enfance le risque est d'imiter ce qui ne doit pas l'être et ainsi ce qui peut détourner du droit chemin compromettant dès lors le rêve de la cité idéale.

Ce qu'il ne faut précisément pas imiter pour être un bon gardien et parvenir ainsi à une cité juste est le féminin et notamment «le féminin victime de ses passions», le féminin comme «emblème de l'excès».

La mimêsis platonicienne s'éloigne de son sens classique qui est celui d'imitation et qui suppose une distance entre celui qui imite et celui qui est imité. La mimêsis du point de vue platonicien est entendue davantage comme une fusion «ravageant les âmes» puisque impliquant une totale absorption de l'imitant par l'imité. La féminité qui est rejetée par Platon est celle qui est mise en scène par Aristophane et Sophocle, celle qui représente l'excès. Platon veut rompre avec cette image de la femme.

Au sein de la cité antique, la femme occupe une place importante dans les relations d'amour. Pour Platon le bouleversement de la tradition consiste avant tout en un bouleversement de la relation que le masculin entretient avec le féminin, la femme étant déjà gardienne avant même que l'homme ne le soit et c'est cette qualité inhérente à la femme qui pose problème pour Platon. En effet, la femme est gardienne de la mémoire et garante de la transmission, cela fait partie de son essence-même ce qui traduit un déséquilibre au sein de la cité pour le philosophe. Son rôle est donc de transmettre et cette transmission s'effectue sur trois plans : psychique, historique et biologique. Dans le cas de la transmission biologique une femme est dite juste si elle reproduit «des fils copies conformes au père».

273. Pour que la cité puisse être idéale selon Platon, il faut rompre avec un tel héritage. La difficulté réside dans le lien mimétique qui existe entre l'enfant et sa mère. La première génération de gardiens naît de la femme actuelle et les fils fusionnent avec leur mère et c'est ainsi que la tradition est perpétrée. Un vieux mensonge phénicien avait pour objet de distendre ce lien. Il s'agissait de convaincre la première génération de gardiens que «l'éducation et l'instruction qu'ils avaient reçues étaient en réalité un rêve et qu'ils avaient été formés et élevés dans le sein de la terre, leur mère». Mais ce mensonge n'a pas été convaincant. Le rêve de cette cité idéale a également été maltraité. Ainsi, Kant considérait qu'il ne pouvait s'agir que du rêve d'un «penseur oisif». Mais le philosophe d'ajouter, «il vaudrait mieux s'attacher davantage à cette pensée que de la rejeter comme inutile sous le prétexte qu'elle est impraticable».

Il s'agit en réalité plus d'une hérésie que d'un idéal dans la mesure où une telle cité ne peut que contraindre les femmes à abandonner la quête de leur identité, non seulement d'un point de vue psychologique, mais aussi d'un point de vue physiologique.

Si le droit des contrats a choisi de délaissé à tort l'autonomie de la volonté, l'individualisme participe au contraire clairement à la renaissance utile de l'autonomie personnelle corrélative à une juste recherche de l'identité féminine.

La théorie de l'imitation de Gabriel Tarde montre que le fondement du fait social est l'imitation des individus par les autres⁵⁰⁴.

2- Encourageant pourtant l'identité féminine

274. Homogénéité et conformité, détracteurs de l'identité féminine. Le principe d'individuation traduit plus clairement l'identité-singularité de chaque personne et offre une pierre à l'édifice de la quête de l'identité des femmes. Il «est ce qui fait qu'un être possède non seulement un type spécifique, mais une existence singulière, concrète, déterminée dans le temps et dans l'espace»⁵⁰⁵.

Aristote et Auguste Comte considèrent à l'inverse que la société ne se compose pas d'individus,

504 G. TARDE, *L'Opinion et la Foule*, Paris, PUF, 1989, 184 p.

505 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 505.

parce que la partie doit être homogène⁵⁰⁶ au tout. Cette homogénéité est préjudiciable à l'identité des femmes, signe d'un grégarisme néfaste pour la reconnaissance de leurs spécificités. Le Code civil par exemple est un tout qui ne distingue pas selon le sexe, contrairement à la jurisprudence⁵⁰⁷ qui s'adapte à l'hétérogénéité des situations et considère implicitement l'identité féminine en acceptant la différenciation.

La conformité participe de l'homogénéité sexuelle en ce qu'elle illustre l'imitation imposée à la femme de l'homme. Aliénation des singularités individuelles, la conformité identifie la femme à un homme dans un contexte de neutralité des normes juridiques n'offrant aucune place à la particularisation et à la disparité. Elle exclut donc toute possibilité pour la femme d'affirmer son identité en la rendant similaire à ce à quoi elle est naturellement différente.

La référence de la conformité à la soumission dans le roman de l'écrivain Blaise Cendrars ne manque pas de créditer la déviance de l'identité envers elle. Il donne l'exemple de «l'instruction obligatoire [qui] aboutit au plus bel élagage de la personnalité. On enseigne la conformité aux enfants. On leur inculque le respect du formalisme»⁵⁰⁸. Même si la comparaison est décourageante pour la place de l'enseignement dans la société, il n'en demeure pas moins que la personnalité, ici comprise comme l'identité des écoliers, est la victime de la conformité au modèle scolaire imposé. L'environnement social non choisi, mais imposé aliène manifestement l'identité. Le droit en encadrant la société par ses règles participe à ce modèle imposé privant la femme de son essentiel, son identité.

275. Pour un droit individualiste. Le droit pour consacrer pleinement l'identité des femmes doit être individualiste en ce qu'il leur offre une autonomie par rapport à l'homme dévaluant nécessairement le narcissisme masculin qui fonde en réalité l'égalité des sexes. Cette égalité est narcissique en ce qu'elle conforme les droits des femmes à ceux des hommes préalablement établis ne voyant ainsi pas les besoins des femmes, mais optant pour un grégarisme obligeant à la dépendance et contraire à la notion-même d'identité.

506 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 418 : Est homogène «Ce dont toutes les parties sont identiques entre elles en nature et sans aucune différence qualitative». Les hommes et les femmes étant naturellement distincts puisque biologiquement différents, ils ne sauraient constituer la masse d'un ensemble homogène.

507 Sur laquelle nous reviendrons.

508 B. CENDRARS, *Moravagine*, Les Cahiers rouges, Paris, Grasset, 2002, p. 302.

L'individualisme lorsqu'il s'oppose au conformisme fait naître une indépendance d'esprit des individus refusant ainsi de se conformer à l'ordre établi. En droit, l'ordre établi est représenté par les textes codifiés et ce n'est pas fomenter une rébellion que de ne pas accepter que la situation des uns s'applique à celles des autres, que la situation des hommes s'applique à celle des femmes.

Il s'agit simplement de refuser un droit génériciste au profit d'un droit individualiste et identitaire, de favoriser le développement de la personne, en tant qu'elle est «une énergie de volonté et d'activité débordante qui se pose devant autrui avec une indépendance fière, avec un esprit de lutte et de combativité refusant toujours de céder et prétendant toujours vaincre»⁵⁰⁹.

SECTION 2 Droit et identité sexuelle, pour un droit adapté aux réalités naturelles

276. Il est du ressort du droit de participer à l'admission d'une identité féminine en reconnaissant que l'égalité des sexes n'est pas toujours la panacée contre les inégalités. Il lui faut alors s'adapter aux réalités naturelles, qui résultent des différences biologiques entre les sexes, pour comprendre que les besoins des femmes sont différents de ceux des hommes et, qu'à ce titre, leur protection juridique doit en être différente.

Mais le droit doit, avant tout, faire face et composer avec la crise de l'identité sexuelle qui touche certaines minorités de la société qui, elles, ne s'identifient ni au sexe masculin, ni au sexe féminin (§ 1).

A la compréhension de la crise de l'identité sexuelle, il s'ensuit que le droit doit impérativement s'adapter aux réalités naturelles qui permettent de démontrer qu'une attention particulière doit être portée aux femmes et légitimant une protection spécifique (§ 2).

509 A. FOUILLÉE, *Esquisse psychologique des peuples européens*, Paris, Félix Alcan, 1903, p. 190.

§ 1 LA CRISE DE L'IDENTITÉ SEXUELLE

277. Si le terme crise est dans l'air du temps économique, il existe depuis longtemps au sein des relations humaines et en particulier dans les relations entretenues avec soi-même.

La crise traduit un malaise intimiste lorsqu'elle est celle de l'identité, car il s'agit d'affirmer sa propre personnalité à travers ses différences. En effet, la crise identitaire est celle d'un individu alors en contradiction avec lui-même. La crise de l'identité sexuelle est plus précisément celle qui affecte les relations entretenues avec son propre sexe qui est ainsi en contradiction avec l'image sociale qui est renvoyée. Certains comportements sociaux et familiaux sont considérés comme étant en marge de la norme sociale et enveniment cette crise identitaire (A).

La crise de l'identité sexuelle féminine se situe dans le prolongement des crises identitaires, notamment en ce qui concerne le rapport à la maternité. Le galvaudage scientiste de considérations liées à la famille ne fait qu'amplifier la perte de repères pourtant cruciale à l'affirmation de l'identité féminine (B).

A- L'IDENTITÉ SEXUELLE EN CRISE

278. La perturbation de certains comportements sociaux qui rejettent l'appartenance à un sexe biologique ou genré (1) et familiaux qui refusent le schéma traditionnel de la famille (2) révèle les symptômes d'une crise de l'identité sexuelle.

1- Les comportements sociaux (Queer, négation de l'altérité sexuelle)

279. **A l'origine de la crise identitaire, la recherche de son complément.** Dans le mythe de l'androgynie, Aristophane raconte qu'au commencement de l'humanité les hommes n'étaient pas hommes et les femmes n'étaient pas femmes. Il n'existait donc pas deux espèces, mais trois : le

mâle, la femelle et l'androgynie. Ils étaient fondus tous les trois dans une sphère avec quatre mains, quatre jambes, deux visages opposés sur une tête unique. Menaçant les dieux de leur force, Zeus les punit en les coupant en deux. L'histoire raconte que depuis leur séparation les hommes et les femmes cherchent leur moitié pour accéder à la «plénitude perdue»⁵¹⁰. Mis en parallèle avec les phénomènes sociaux, ce mythe montre à quel point la question de l'identité sexuelle demeure problématique.

Et même s'il ne s'agit que d'un mythe, l'identité sexuelle demeure malmenée. Lorsqu'il part à la recherche de l'autre «le petit d'homme», tend à retrouver le partenaire qui lui est complémentaire, celui avec lequel il fusionnera les qualités masculines et féminines créant ainsi un être androgyne, un être complet posant la bisexualité originelle de tout être humain.

L'écrivain George Bataille démontre que la recherche de l'autre visant à anéantir l'incomplétude de l'être est un fantasme permettant de «dissoudre les frontières, abolir la solitude constitutive d'où surgit l'angoisse»⁵¹¹ pour rétablir une continuité des corps telle qu'elle existait avant que la séparation des sexes ait lieu. Cette nostalgie de la continuité témoigne manifestement d'une crise de l'identité sexuelle, l'un ne peut apprendre à se connaître et se reconnaître qu'à travers l'autre.

280. L'identité comme fondement de la société. La notion d'identité est la pierre angulaire des comportements sociaux, sans ce point nodal qui est la connaissance du je les relations d'altérité ne peuvent aboutir. La construction de l'identité se fait par rapport à différents stades d'individualisation de la personne et elle est enrichie par différents intervenants sociaux, comme les parents à travers l'éducation qu'ils donnent à leur enfant.

Ainsi avant de pouvoir accéder aux relations d'altérité, il faut advenir à soi-même, répondre de soi-même. C'est l'injonction de Socrate «connais toi toi-même» qui est ici démontrée.

La confusion entre sexe et genre est non seulement au cœur du débat, mais et en plus un sujet d'actualité. La théorie Queer revendique en effet un effacement des frontières entre l'identité sexuelle et l'identité de genre, réfutant toute idée de normativité. Le discours du mouvement queer est axé sur l'anti-assimilationnisme et est non identitaire, il récuse en fait le conformisme à une identité sexuelle qui leur serait imposée et la normalité d'une société hiérarchisée et codifiée⁵¹².

510 F. FARAGO, La distinction des sexes: enjeu philosophique et anthropologique, *L'identité sexuelle. Contumace et défaut criminel*, Paris, Dalloz 2008, p. 30.

511 G. BATAILLE, *L'érotisme*, Paris, 10/18, 1972, p. 22.

512 L. PALAZZANI, *Gender, Philosophy and Law*, Berlin, Springer, 2012, 130 p.

«Les gynandres, andromorphes, gender-fuckers, mu-tantes»⁵¹³ appartiennent à ce mouvement et revendiquent la suppression des balises normatives divisant les individus en deux catégories distinctes, les hommes et les femmes. Le bloc identitaire est rejeté par la queerness qui n'y voit qu'un moyen de marginaliser ce qui n'est pas dans la norme⁵¹⁴. Cette déconstruction postmoderne des identités est l'indice d'une crise des identités alors même que la relation à l'autre s'établit par la relation à soi-même et donc par une identification non confuse des personnes.

La cohésion identitaire est lynchée par la queerness lui préférant une décodification des normes sociales qui leur permettrait de ne plus apparaître aux yeux des «normaux» comme des créatures.

281. Le mouvement queer est à craindre en ce qu'il caractérise, ce que Paul Valéry considérait comme un danger de l'humanité, le désordre⁵¹⁵. Perdant ainsi de sa cohérence et de ses repères, une société démantelée par ces revendications serait chaotique et partirait à vau-l'eau, vers des tendances pulsionnelles, aveugles et seulement dictées par un «imaginaire sauvage»⁵¹⁶.

En réponse aux attentes des Queer, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a proposé d'introduire la notion de genre dans le droit français. Concrètement, le 27 juin 2013, la CNCDH a remis un avis recommandant au gouvernement français d'introduire dans le droit français la notion «d'identité de genre» et l'adjonction d'une série de propositions rendant plus aisé le changement d'état civil des personnes transsexuelles. Cette proposition si elle est adoptée sera une avancée majeure pour les droits des trans mais une régression pour les défenseurs de l'identité.

Si l'identité sexuelle a été retenue comme critère de discrimination par le Parlement en juillet 2012, elle demeure cependant insuffisante pour les trans qui ne se sentent pas en accord avec leur sexe biologique. Ainsi, il s'agirait pour eux d'établir un nouveau critère de discrimination qui ne refléterait pas le sexe visible, mais celui avec lequel ils sont en accord, l'identité de genre serait ainsi pour eux un bon compromis entre ce qu'ils ressentent et ce qu'ils sont biologiquement.

La CNCDH justifie cette mesure par une compréhension des personnes trans-identitaires. Elle préconise également un assouplissement des conditions de modification d'état civil en stigmatisant deux jurisprudences du 13 février 2013 à son sens humiliantes pour les trans. Selon ces

513 F. FARAGO, *op. cit.*, p. 36.

514 *Ibid.* p. 35.

515 *Ibid.* p. 36.

516 *Ibid.*

jurisprudences, le changement de sexe sur l'état civil ne serait possible qu'aux conditions que la personne voulant modifier son état civil apporte la preuve qu'elle souffre d'un syndrome transsexuel et donner l'assurance du caractère irréversible de sa transformation physique (le remplacement des organes génitaux n'étant pas exigé).

2- Les comportements familiaux (mariage pour tous, nom de famille)

282. La traditionnelle physis, entre respect de l'essence féminine et pater familias. Les relations sociales largo sensu ne sont pas les seules à pâtir d'une crise identitaire. Au sein-même de ces relations sociales, les comportements familiaux s'en trouvent également modifiés.

La question du mariage pour tous est symptomatique de l'évolution des rapports sociaux⁵¹⁷. Si elle a fait couler beaucoup d'encre, il demeure cependant nécessaire de reprendre les grandes lignes de ce débat qui a animé les classes politiques et provoqué des remous dans l'opinion publique.

Cheval de bataille des pourfendeurs du mariage pour tous, l'identité sexuelle serait ainsi dévaluée par l'union des homosexuels et la famille serait démantelée par cette même union⁵¹⁸.

Selon une approche opposée, le mariage pour tous peut être considéré comme amenant une perspective nouvelle à l'identité sexuelle dans la logique de la modernisation de la famille.

La conception traditionnelle de la famille est celle dans laquelle le pater familias et la procréation sont la règle. La Genèse et la mythologie grecque racontent toutes deux que le foyer (l'hestia) est composé de deux êtres, un homme et une femme qui vont s'unir dans le but de procréer. La naissance de l'enfant symbolise la fertilité de la femme et de la nature. La femme et la nature en ce qu'elles ont un rôle de procréatrice sont indissociables selon cette conception de l'origine de

517 L'accession du mariage à tous les couples s'éloigne de la conception traditionnelle du mariage telle que celle prévue par le totémisme par exemple. En effet, la règle de l'endogamie prévalait et il s'avérait exceptionnel qu'un homme épouse une femme d'un totem différent. Cf. E. DURKHEIM, Sur le totémisme, *Journal sociologique*, Paris, PUF, 1969, pp. 315-352.

518 J.-M. TRIGEAUD, La fourchette anthropophage. Sur les relations entre culture, religion et droit, *Revista Internacional d'Humanitats* 28 mai-ago 2013, Univ. Autònoma de Barcelona. Pour le philosophe du droit, le mariage pour tous est un instrument de déssexualisation des dignités humaines en ce qu'il promeut une indifférence à la double différenciation sexuelle alors présente dans les mariages hétérosexuels. Il agit alors comme une fourchette anthropophage destituant les hommes et les femmes de leur dignité. L'égalité alors prévue aussi bien pour les couples hétérosexuels que pour les couples homosexuels se nourrirait de la dignité de chacun et abuserait du contrat de mariage en le rendant non seulement flexible, mais en l'instituant aussi comme un contrat de marchandisage de l'homme.

l'humanité. La femme qui accouche représente «la génitrice de l'humanité» et la nature est une «mère qui enfante le temps et les choses»⁵¹⁹.

La tradition grecque veut que la procréation constitue le stade ultime de l'épanouissement du foyer. La mémoire et la religion jouant un rôle primordial pour les Hellènes, les enfants assureront la perpétuation de l'héritage culturel et surtout la conservation du culte des divinités. Les enfants perpétuent la mémoire de leurs parents décédés en procédant à la libation funéraire⁵²⁰.

L'argument majeur des opposants au mariage pour tous est lié à l'établissement de la filiation. Le père étant censé être le mari de la mère selon la tradition patriarcale de la famille, le mariage pour tous serait dès lors un obstacle pour établir la filiation de l'enfant et ainsi un obstacle pour définir son identité. Cependant et, dans la mesure où l'identité ne puise pas ses origines dans la culture, contrairement au genre des théoriciens du genre, le fait pour un enfant de grandir au sein d'une famille homo-parentale ne préjudicie en rien l'établissement de son identité.

283. La culture moderne, entre émancipation de la femme et dérives scientifiques. La rupture postmoderne atteste de la volonté de l'homme de ne plus se plier à la physis, mais de s'affranchir des limites conventionnelles qu'il n'a longtemps pu dépasser. L'homme postmoderne est une sorte de Prométhée qui défie les lois de la nature pour que le monde s'adapte à ses aspirations et son pouvoir. La métaphysique et l'ontologie ont cédé leur place à la science.

Sous l'impulsion de l'égalitarisme des philosophes des Lumières l'Homme moderne a adapté la nature à son mode de vie brouillant les fonctions traditionnellement spécifiques à chaque sexe et menant à l'«interchangeabilité des rôles masculins et féminins»⁵²¹. La nature a donc été reléguée au second plan, ce qui d'un point de vue biologique ne peut être considéré que comme un leurre dans la mesure où l'homme ne pourra jamais porter l'enfant.

519 S. TZITZIS, *L'identité sexuelle. Contumace et défaut criminel*, La place du sexe dans la construction de la famille : du foyer grec à l'union libre, Paris, Dalloz 2008, p. 41.

520 F. de COULANGE, *La Cité Antique*, Paris, Champs-Flammarion, 1984, p. 39 : «Le repas était l'acte religieux par excellence. Le dieu y présidait. C'était lui qui avait cuit le pain et préparé les aliments; aussi lui devait-on une prière au commencement et à la fin du repas. Avant de manger, on déposait sur l'autel les prémices de la nourriture ; avant de boire, on répandait la libation de vin. C'était la part du dieu. Nul ne doutait qu'il ne fût présent, qu'il ne mangeât et ne bût; et, de fait, ne voyait-on pas la flamme grandir, comme si elle se fût nourrie des mets offerts ? Ainsi le repas était partagé entre l'homme et le dieu : c'était une cérémonie sainte, par laquelle ils entraient en communion ensemble. Vieilles croyances, qui à la longue disparurent des esprits, mais qui laissèrent longtemps après elles des usages, des rites, des formes de langage, dont l'incrédule même ne pouvait pas s'affranchir».

521 S. TZITZIS, art. préc., p. 46.

Les risques de débordements sont doubles : d'une part, le bouleversement de la famille traditionnelle a fait naître des protestations des mouvements conservateurs, d'autre part, si la culture a de plus en plus tendance à vouloir supplanter la nature, cela ne doit pas se faire sans considération des limites de la science.

B- L'IDENTITÉ SEXUELLE FÉMININE EN CRISE

284. La considération de la femme en terme uniquement de procréation participe d'une perception naturaliste du rôle qui doit être dévolu à la femme et l'empêche ainsi de développer sa propre identité, indépendamment de son horloge biologique (1).

Pourtant, la caractérisation biologique ne doit pas être évincée au profit de l'égalité des rôles sexués. Le biologique ne doit pas l'emporter dans son entièreté sur l'égalité entre les sexes, mais force est de constater qu'il doit être entendu comme étant plus profitable à la reconnaissance de l'identité féminine que l'égalité des rôles sexués ne l'est, dans la mesure où la protection juridique des droits des femmes doit avant tout passer par une prise de conscience de ces mêmes différences biologiques. Le juste milieu entre ces deux considérations se trouve dans l'intervention de la sexospécificité, pourtant mise à mal par le principe égalitaire aveugle aux différences sexuelles, mais seule à même de voir au-delà du biologisant (2).

1- La maternité en crise

285. Des causes multiples. Si l'identité sexuelle féminine est traditionnellement liée à la procréation en ce que seule la femme peut enfanter, certains facteurs peuvent bouleverser ce schéma créant alors une véritable crise de la maternité.

La crise de la maternité dont témoigne l'absence de prise en considération juridique du statut de mère va de pair avec la crise de la natalité dont témoigne la société contemporaine.

En effet, la fonction de reproduction traditionnellement remplie par la famille a été ébranlée par le

libéralisme croissant des mœurs. La famille patriarcale a été remplacée par une famille élargie et complexe. De plus, en raison de la diminution de la place accordée à la religion dans la société moderne, la procréation n'est plus considérée comme un acte sacré représentant la finalité naturelle de la famille.

Tous ces éléments placent la maternité dans une situation de crise. L'égalitarisme tient un rôle essentiel dans la régression de la maternité. L'épanouissement personnel de la femme ne passe plus par la maternité, mais par la réussite professionnelle de la femme pour les tenants de l'égalité des sexes. Selon le dernier recensement de l'Institut national d'études démographiques la fécondité se maintient à deux enfants par femme en 2012 passant ainsi sous le seuil du renouvellement. L'absence du troisième enfant constitue en effet un frein à l'activité professionnelle de la mère.

286. Le néo-malthusianisme, entrave à la liberté des femmes de disposer de leur corps.

Les mouvements engageant à une limitation de la natalité contribuent à cette crise et viennent ainsi faire obstacle de ce point de vue à l'identité féminine.

Le néo-malthusianisme, doctrine revendiquant une limitation de la natalité constitue un danger pour le droit des femmes à disposer de leur corps. Ce mouvement est le corollaire d'une course à la production sur la reproduction. La théorie du «Dinks»⁵²² prend de plus en plus ses marques dans cette société consumériste. Il s'agit dorénavant de produire avant de reproduire, remettant ainsi en cause la finalité originelle du couple.

Les spécificités biologiques propres à chaque partenaire sont également bouleversées par ces évolutions scientifiques et les risques de débordements sont pléthores.

2- L'ingérence de la science dans la famille

287. La notion de sexospécificité, redoutée par les tenants de l'égalité des sexes peut être mise à mal par les avancées biologiques et morales relatives à la famille. Le clivage entre les rôles attribués traditionnellement à chaque sexe tend à disparaître au profit d'une désérotisation des

⁵²² J.-M. LEHU, *L'encyclopédie du marketing : Commentée et illustrée*, Paris, Eyrolles, 2004, p. 245. La théorie dite du «Dinks», «Double income, no kids», encourage les ménages dont les deux membres du couple assurant un emploi rémunéré privilégient leur situation économique, plutôt que leur situation familiale se privant ainsi d'enfants.

relations entre les sexes. Cela va clairement dans le sens d'une égalité des sexes, mais remet nécessairement en question les caractéristiques biologiques inhérentes à chaque sexe.

D'autres facteurs viennent perturber l'identité de la femme à travers sa maternité liés à l'implication croissante de la science dans les relations de famille. Bien plus que des familles reconstituées, les familles ayant recours à la science sont des familles véritablement composées. En effet, les progrès de la biologie et de la bioéthique interviennent massivement dans les relations de couple dès lors qu'ils ne peuvent avoir d'enfants par la voie naturelle. Ils posent dès lors le problème de l'identité de la mère et notamment dans les cas de recours à la fécondation in vitro. La question se pose alors de savoir jusqu'où peut aller la science et son ascendance fulgurante sur la nature dans le processus de reproduction et au-delà dans le processus identitaire de la femme.

La gestation pour autrui est un des phénomènes majeurs de l'évolution éthique postmoderne qui remet en cause non seulement l'identité de la mère biologique, mais aussi à travers elle l'identité-même de l'enfant.

Devant les progrès de la science, la procréation cède le pas à une fabrication de l'enfant. Les moyens employés sont nombreux, fécondation in vitro, mère porteuse en sont des illustrations significatives. La femme qui porte l'enfant dont elle sera la mère n'est plus l'unique modèle familial. Cela réjouit les couples qui ne peuvent pas avoir d'enfant de manière naturelle, mais entache clairement la question de l'identité. Qui est la mère ? Est-ce la mère biologique ou celle qui élève l'enfant. Le débat sur l'identité aussi bien de la mère que de l'enfant soulève des questions aux enjeux plus concrets concernant la filiation de l'enfant. Ainsi, quelle filiation peut-il revendiquer ?

La manipulation de l'embryon à des fins thérapeutiques sème le trouble dans les limites à ne pas franchir par la science, frisant avec le clonage thérapeutique pourtant considéré en France comme «un crime contre l'humanité»⁵²³, car il participe de l'eugénisme, de la sélection humaine. S'il est à juste titre taxé de négateur de l'altérité pourquoi le droit pénal s'en tient à un simple rôle de modérateur dans les rapports que la technosphère entretient avec l'identité et ne fait nullement référence à elle lorsqu'il censure le clonage ?

523 S. TZITZIS, art. préc., p. 47: «Le clonage et notamment le clonage reproductif constituent en France, un crime contre l'humanité d'après la révision (8 juin 2004) par le Parlement français de la loi sur la bioéthique (1994). Le clonage reproductif est puni de trente ans de réclusion et de 7,5 millions d'euros d'amende, et le clonage thérapeutique de 7 ans de prison et d'1 million d'euros d'amende».

Frileux à reconnaître l'identité féminine, le droit se voit contraint de s'adapter aux réalités sociales induites par la réalité naturelle de la différence des sexes.

§ 2 RÉALITÉS SOCIALES ET NATURELLES

288. Le droit ne peut plus taire les réalités naturelles au profit d'une égalité des sexes aveugle et inadaptée aux particularités féminines. Il doit voir que ces réalités illustrent sans détour l'existence de différences sexuelles encourageant une protection juridique adaptée par l'admission d'une identité féminine et non l'infériorisation de la femme. Au cœur de ces réalités naturelles écartelées par des théories scientifiques contradictoires, le débat opposant l'inné et l'acquis est réinterprété comme un débat associant deux notions pouvant être complémentaires (A).

Le droit doit faire l'effort de ne plus se soustraire au constat selon lequel la reconnaissance de différences sexuelles n'est pas préjudiciable à la femme, mais lui est au contraire profitable pour qu'elle revendique son identité. L'adaptation des solutions juridiques aux réalités sociales qui découlent des réalités naturelles s'avère alors plus que nécessaire (B).

A- LES RÉALITÉS NATURELLES

289. Les réalités naturelles auxquelles le droit doit s'adapter sont représentées par le débat opposant l'inné et l'acquis. Il ne s'agit pas pour le droit d'effectuer un choix entre les deux, mais d'admettre que l'inné n'est pas un mythe détenu par les hommes pour soumettre les femmes, mais que, au contraire, il se montre respectueux de la nécessité de protéger les femmes (1).

Les théories scientifiques viennent conforter la position différentialiste favorable à l'identité féminine en considérant que les différences entre les sexes sont issues de différences biologiques qui ne pourraient être niées (2).

1- L'inné et l'acquis

290. Gènes ou environnement ? Professeur d'histoire, neurobiologiste, psychologue⁵²⁴ se sont attelés à démontrer tantôt que l'homme et la femme étaient d'un point de vue biologique dissemblables, tantôt qu'ils étaient similaires. La question se pose alors naturellement de savoir s'il existe vraiment une essence féminine ou s'il ne s'agit que d'un mythe.

La pierre angulaire de cette notion aux contours aussi incertains que sa réalité se situe près des définitions de l'inné et de l'acquis.

L'inné et l'acquis sont respectivement proches des notions d'essence et d'existence et leur étude permet de comprendre si l'individu est le produit de ses gènes ou s'il est le produit de son environnement.

Ces deux notions sont fondamentalement opposées, pour autant est-il totalement hérétique de considérer qu'elles peuvent coexister formant ainsi une personne à la fois unique et universelle. Non seulement, il n'existe pas de réponse universelle, mais en plus elle diffère selon les époques.

C'est en 1909 que le terme «gène» a été découvert par le botaniste et généticien danois Wilhelm Johannsen. Dans un article intitulé Inné ou acquis, le Professeur Ernst Peter Fischer⁵²⁵ explique que Johannsen voulut connaître l'impact des gènes sur la forme des organismes. Il étudia alors le haricot se concentrant sur des données simples comme la hauteur de la plante et la taille des fruits, et en déduisit que «la valeur moyenne était déterminée par les gènes tandis que les anomalies étaient le fait de l'environnement». Les qualités étaient ainsi génétiques et les défauts environnementaux. Transposée aux êtres humains cette analyse s'avère réductrice. En effet, si ce sont bien les gènes qui apportent l'humanité aux êtres, ils ne sont pas suffisants pour déterminer la personnalité des individus.

Ce qui est inné le reste, mais ce qui est acquis doit l'être par le biais de la culture, de

524 D. KIMURA, *Sex and cognition*, Cambridge, MIT Press, 2000, 217 p. Dans son livre la psychologue Doreen Kimura défend l'argument selon lequel il existe une différence entre le cerveau des hommes et des femmes, elle défend ainsi le déterminisme biologique (p. 11 : «there are two sexes in the world and that division is preordained from conception».)

Des études scientifiques opérées sur des souris ont démontré que lorsqu'un embryon de souris femelle reçoit le gène Sry (de l'anglais Sex-determining of region of Y chromosome), la transplantation peut transformer le sexe féminin de la souris en un sexe masculin dont les testicules sécrèteraient des hormones mâles.

525 <http://www.arte.tv/fr/inne-ou-acquis/1473488,CmC=1473500.html>

l'environnement dans lequel les êtres évoluent. La perception de ce qui entoure les individus est subjective et comme telle peut façonner un caractère, un comportement. Il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que l'inné prévaut sur l'acquis, que la nature supplante la culture, que l'essence précède l'existence, ces notions ne doivent pas être comprises comme étant antithétiques, mais comme étant complémentaires. Le patrimoine génétique et l'environnement concourent ensemble pour admettre les spécificités, les particularités d'un individu qui deviendra alors une personne unique et universelle. L'homme et la femme sont à la fois des produits de leur environnement et des héritiers de leurs gènes.

291. Nature or nurture ? A l'origine de l'opposition entre nature et culture, celle des termes anglo-saxons «Nature» et «Nurture» imaginée par le scientifique britannique Sir Francis Galton en 1869 dans son œuvre *Hereditary Genius*⁵²⁶, Pour les défenseurs du premier terme, les nativistes, il s'agit de considérer que les différences individuelles des êtres humains sont génétiquement programmées. A l'inverse, les empiristes considèrent qu'à leur naissance les individus sont une tabula rasa qui s'écrit progressivement avec les expériences⁵²⁷. Pour les empiristes, les caractéristiques physiologiques et comportementales d'un enfant s'acquièrent par l'apprentissage. Ainsi pour les fillettes, leur éducation serait à l'origine de leurs capacités psychologiques. Mais une telle conception annihilerait dès lors tout libre arbitre. La théorie du genre en expliquant que la place des femmes dans la société et le regard porté sur elles est le résultat de leur environnement contribue à nier l'existence d'une identité personnelle de la femme vierge de tout impact social.

Si aujourd'hui, l'expression «nature or nurture» a été remplacée par «nature via nurture», il n'en a pas toujours été ainsi. Des courants contradictoires ont marqué le XX^e siècle. L'après-guerre n'a pas épargné les théories généticiennes. Désireux de ne pas être liés à l'eugénisme hitlérien, nombre de chercheurs ont réfuté l'idée selon laquelle «l'intelligence, l'aptitude à apprendre des langues, le talent musical étaient dus à des facteurs biologiques»⁵²⁸.

Les théories innéistes laissèrent leur place à l'acquis, l'homme étant dès lors le produit de son environnement. Dans son livre *Science and Human Behavior*⁵²⁹, le psychologue Burrhus Frederic Skinner affirma que grâce à un programme comportemental n'importe quel individu pouvait devenir

526 F. GALTON, *Hereditary Genius*, London, Macmillan and Co, 1892, 390 p.

527 Illustration de la Nurture Theorie, le behaviorisme «désigne la doctrine qui limite la psychologie à l'étude du comportement ou des réactions». A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 110, 1323 p.

528 S. McLEOD, Nature, Nurture in Psychology, 2007, <http://www.simplypsychology.org/naturevsnurture.html>

529 B. F. SKINNER, *Science and Human Behaviour*, London, Free Press, 1965, 480 p.

médecin ou musicien indépendamment de tous présupposés génétiques⁵³⁰. La théorie environnementale fut mise à l'épreuve vers le milieu des années 1960, lorsqu'un article, paru dans la *Revue Nature*, établit qu'il existait un lien entre certains chromosomes et un comportement asocial⁵³¹.

Le primat de la recherche génétique permet aujourd'hui de démontrer que «l'environnement détermine nos actes et non les gènes», autrement dit les gènes demeurent malgré quelque influence environnementale⁵³². Pour autant, la thèse génétique n'est pas la clé pour déterminer une identité. En effet, une identité innéiste est une identité fallacieuse dans la mesure où elle n'est pas propre à la personne, mais elle est le fruit de ses gènes, elle est un héritage.

L'identité acquise n'est pas non plus une identité transparente, pleine, qui est souhaitable dans son intégralité, puisqu'elle est le fruit de l'entourage de la personne qui peut la corrompre dans ses choix.

L'identité féminine doit être une identité qui respecte les choix de la femme, qui respecte ses différences biologiques avec l'homme et partant ses besoins, une identité qui la rendrait unique, singulière, mais aussi universelle.

Cependant, l'identité innéiste est celle qui se reproche le plus de ce qui peut correspondre au différentialisme sexuel, dans la mesure où elle échappe à tout empirisme, elle est vierge de toutes

530 A. DANDONNEAU, Science de l'homme ou science du pigeon en cage ? , *Critère Revue*, n° 9, juin 1973 : «Dans *Science and Human Behavior* [Science et comportement humain], il étend par extrapolation les données issues de l'observation d'animaux à tous les aspects du comportement humain. Les 450 pages et 29 chapitres du cours se répartissent en six grandes sections :

1. La possibilité d'une science du comportement humain.
2. L'analyse du comportement.
3. L'individu dans sa totalité (avec des chapitres sur le contrôle de soi, la réflexion et le moi).
4. Le comportement de groupe.
5. Les institutions de contrôle (avec des chapitres sur l'État et la loi, la religion, la psychothérapie, le contrôle économique et l'éducation).
6. Le contrôle du comportement humain (avec des chapitres sur la culture et le contrôle, la conception d'une culture et le problème du contrôle)».

531 *Ibid.* : «Normalement, les êtres humains disposent de deux chromosomes sexuels appelés X et Y. Chez la femme, on trouve deux chromosomes X et chez l'homme un X et un Y. Mais comme les anomalies sont le propre de la nature, beaucoup d'hommes vivent avec trois chromosomes: un X et deux Y. Or, on annonça en 1965 que ces individus avaient facilement tendance à devenir violents. propension à la vulgarisation trop rapide des résultats favorisèrent l'émergence d'une légende, celle du «chromosome tueur». Il fallut attendre le milieu des années 1970 pour démasquer cette ineptie qui n'a pourtant jamais complètement disparu des esprits. Les gènes à eux seuls peuvent être responsables du destin des criminels, c'est une croyance encore assez répandue. Dans les années 1960, on commença à affirmer que l'intelligence, mesurée en termes de coefficient (le «QI»), était déterminée par l'hérédité et ne pouvait aucunement être influencée par l'éducation scolaire. C'est ce que divulguèrent des chercheurs blancs désireux de s'en servir comme argument politique pour expliquer la différence des hommes à la peau noire. On peut faire fi des motivations racistes de ces thèses toujours en cours, il n'en reste pas moins que l'intelligence est en partie génétiquement fondée. Ce qui ne veut pas dire qu'il existe des gènes de l'intelligence ou des gènes responsables d'une autre des qualités fondamentales de l'humain. Cela signifie simplement que l'intelligence s'est avérée être un facteur utile au cours de l'évolution et qu'il doit forcément y avoir une possibilité qu'elle se transmette d'une génération à l'autre (même si ce n'est pas toujours le cas)».

532 <http://www.cns.fr/spip/Le-projet-Genome-humain.html?artsuite=0>. Résumé en la formule «Environment, not genes, key to our acts », le projet Génome humain a permis de décrypter le patrimoine génétique humain

constructions sociales. Elle est dans un a priori révélateur d'un libre-arbitre, elle est intuitive⁵³³.

Comme l'inné, l'acquis joue donc un rôle dans la révélation de l'identité féminine, il n'en demeure pas moins que chaque sexe répond à des caractéristiques qui leur sont propres.

2- Les théories scientifiques

292. La théorie des deux cerveaux, une théorie aliénant l'identité féminine. Séduits par l'idée que le cortex pouvait conditionner les comportements féminins et masculins, théoriciens et praticiens ont tenté de démontrer l'interdépendance entre le cerveau, l'homme et la femme. A l'inverse, il a également été démontré que le cerveau n'avait aucune influence sur les comportements sexués et pas plus que le patrimoine génétique, le cortex ne pouvait indiquer qu'il existe bien une essence féminine.

Deux doctrines s'opposent donc sur le point de savoir si le cerveau possède un sexe. La neurobiologiste Catherine Vidal et le psychologue Serge Ginger ont tous les deux démontré ces deux points de vue contradictoires. Dans son livre *Cerveau, sexe et pouvoir*, écrit en collaboration avec Dorothee Benoit-Browaays, généticienne, Catherine Vidal démonte les arguments défendus par la théorie des deux cerveaux.

La théorie des deux cerveaux est celle selon laquelle le cerveau serait latéralisé et les

533 Les questions de l'empirisme et du générisme impliquent les notions d'induction et de déduction. En effet, elles ont pour point commun de trouver leur définition et leur sens dans l'expérience et sont clairement liées au genre. Selon le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* d'André LALANDE, l'induction est un «processus de pensée par lequel, partie en raisonnant, partie en devinant, on remonte de certains indices à des faits qu'ils rendent plus ou moins probables». Dans la langue philosophique, il s'agit d'une «opération mentale qui consiste à remonter d'un certain nombre de propositions données, généralement singulières ou spéciales, [...], à une proposition ou à un petit nombre de propositions plus générales, [...], telles qu'elles impliquent toutes les propositions inductrices». La déduction quant à elle est une «opération par laquelle on conclut rigoureusement, d'une ou de plusieurs propositions prises pour prémisses, à une proposition qui en est la conséquence nécessaire, en vertu des règles logiques».

Clairement, avec le système de l'induction, l'on part d'une pluralité pour en induire un genre. Avec celui de la déduction, l'on peut déduire d'un genre plusieurs spécifications.

Le générisme dénoncé ici revient à appliquer le principe de l'induction considérant que les femmes et les hommes sont des personnes et que comme telles ils doivent être traités également.

Le singularisme défendu ici revient à appliquer le principe de la déduction considérant que les hommes et les femmes sont égaux en droit, mais l'homme n'est pas une femme et la femme n'est pas un homme, ils ne peuvent donc être égaux. L'induction, générisant des situations particulières, ne saurait être une alliée de l'identité féminine. La déduction s'en approche davantage dans la mesure où elle part d'un cas général pour l'appliquer à un cas particulier et ce à partir d'hypothèses vérifiées empiriquement, ce système permet de transposer logiquement un discours général à des hypothèses admises et posées.

hémisphères définiraient les personnalités. La question de la sexualisation du cerveau est concomitante à cette théorie et des questions sous-jacentes comme le ratio taille du cerveau et sexe ont posé débat, mais ont parfois débordé vers des thèses sexistes, dont celles en particulier du Professeur Paul Broca, chirurgien et anthropologue. En 1861, Broca a indiqué dans son ouvrage controversé *Sur le volume et sur la forme du cerveau suivant les individus et suivant les races* que la taille du cerveau et l'intelligence étaient intimement liées et que le cerveau d'un homme était plus lourd que celui d'une femme⁵³⁴. Le Professeur Broca considérait donc clairement la femme intellectuellement inférieure à l'homme et de tels présupposés qui ont transformé le déterminisme biologique en préconçus sexistes ont perduré jusqu'à leur inhibition par des études relatives aux différences structurales entre le cerveau masculin et le cerveau féminin. Les études qui ont suivi ont montré que le cerveau est certes asymétrique, mais qu'il n'est pas entièrement sexué.

Aussi sexiste que cette théorie peut paraître, elle ne connaît pas uniquement des opposants et certaines de ses facettes peuvent être légitimement défendues.

293. L'admission du clivage hémisphérique, un encouragement à l'identité féminine. En effet, le neurobiologiste Serge Ginger a démontré que si l'éducation et le milieu environnemental influencent l'identité sexuée, ce sont les différences biologiques qui la déterminent.

Lors de plusieurs conférences⁵³⁵, Serge Ginger énumère les différences biologiques entre les

534 P. BROCA, *Sur le volume et sur la forme du cerveau suivant les individus et suivant les races*, *Bull. Soc. Anthropologie*, Paris, 1861, p. 2. Il expliquait ainsi cette différence biologique : «la femme étant plus petite que l'homme, et le poids du cerveau variant avec la taille, on s'est demandé si la petitesse du cerveau de la femme ne dépendait pas exclusivement de la petitesse de son corps. Pourtant il ne faut pas perdre de vue que la femme est en moyenne un peu moins intelligente que l'homme, différence qu'on a pu exagérer, mais qui n'en est pas moins réelle. Il est donc permis de supposer que la petitesse relative du cerveau de la femme dépend à la fois de son infériorité physique et de son infériorité intellectuelle».

535 Conférence donnée à Moscou lors du 10^e Congrès de l'Association Européenne de Psychothérapie en août 2001 et à Vienne, au 3^e Congrès mondial de Psychothérapie, en juillet 2002.

Pour Serge Ginger, «globalement, la femme est beaucoup plus sensible :

- son ouïe est plus développée (d'où l'importance des mots doux, du timbre de la voix, de la musique) ;
- son sens du toucher: les femmes possèdent jusqu'à 10 fois plus de récepteurs cutanés pour le contact; l'ocytocine et la prolactine (hormones de l'attachement et des câlins) multiplient leur besoin de toucher et d'être touchées ;
- son olfaction est plus fine : jusqu'à 100 fois, à certaines périodes du cycle ;
- son OVN (organe voméro-nasal, véritable sixième sens chimique et relationnel) perçoit les phéromones - qui traduisent plusieurs formes d'émotions : désir sexuel, colère, crainte, tristesse... Il serait aussi plus sensible chez les femmes (serait-ce là ce qu'on appelle «l'intuition») ;
- quant à la vue, elle est davantage développée - et érotisée - chez l'homme (d'où son intérêt et son excitation par les vêtements, le maquillage, les bijoux, l'érotisation du nu, son attirance pour les revues pornos...). Cependant, la femme dispose d'une meilleure mémoire visuelle (reconnaissance des visages et rangement des objets). Les chercheurs expliquent ces nombreuses différences biologiques fondamentales entre hommes et femmes par la sélection naturelle tout au long de plus d'un million d'années de l'évolution de l'espèce humaine. Cette évolution adaptative aurait modelé nos cerveaux et nos organes des sens, à travers l'action conjuguée des

hommes et les femmes⁵³⁶.

Une telle considération du clivage sexué peut être considérée comme étant caricaturale. En effet, en appuyant la thèse du déterminisme biologique, elle semble s'opposer fermement à la thèse environnementaliste étudiée par les Gender studies. Serge Ginger n'a pourtant pas été le seul chercheur à défendre cette thèse controversée, des études scientifiques ont pu prouver que son raisonnement était juste. Si l'expérience de la poupée Bobo⁵³⁷ a démontré que les enfants reproduisaient le schéma comportemental des adultes placés dans une même situation, une expérience mise en place dans les kibboutz en Israël et étudiée par l'anthropologue Melford Spiro a prouvé que sans orienter les enfants, les garçons se dirigeaient machinalement vers les camions et les filles vers les poupées⁵³⁸. Dans son livre *Gender and Culture*, Spiro s'attache aux données pré-culturelles et considère comme vains les efforts de socialisation sans tenir compte de ces données. Il explique qu'au kibboutz la division sexuelle des tâches ne nuit pas à une égalité dans la différence et ainsi ne remettrait pas en cause la construction d'une identité. Il estime à l'inverse néfaste pour les femmes de les contraindre à étouffer leur particularité biologique.

Lorsqu'au XIX^e siècle, l'historien Jules Michelet affirmait que «si [l']on donne à la petite fille le choix entre les jouets, elle choisira certainement des miniatures d'ustensiles de cuisine et de ménage», il était loin d'imaginer que cette phrase, si elle a pu être taxée de sexiste, a été confortée

hormones et des neurotransmetteurs :

- L'homme s'est adapté à la chasse sur de grands espaces (ainsi qu'à la guerre entre clans et tribus) impliquant une poursuite muette du gibier pendant plusieurs jours, puis le retour vers la grotte (sens de l'orientation) ;
- Peu d'échanges verbaux: on a calculé, qu'au cours de toute sa vie, un homme préhistorique n'avait rencontré que 150 personnes environ ;
- Le cerveau de la femme, pendant ce temps, s'est adapté à l'élevage de sa progéniture et au partage verbal, dans le cadre restreint de la grotte ;
- Ainsi, sur le plan biologique, les hommes sont programmés pour la compétition, les femmes pour la coopération.

On voit que l'accompagnement psychothérapeutique de personnes en difficulté est une tâche biologiquement féminine. Ces orientations seraient donc liées à la biologie (hormones et neurotransmetteurs). Elles se constituent dès les premières semaines de la vie intra-utérine et sont relativement peu conditionnées par l'éducation ou la culture».

536 Il y affirme que «tous les chercheurs en neurosciences sont d'accord aujourd'hui pour considérer que :

- le cerveau gauche est plus développé chez les femmes,
- le cerveau droit est plus développé chez les hommes.

L'hémisphère gauche est considéré comme étant scientifique. Il touche ce qui attire à l'analytique, le rationnel, le verbal et le temporel. L'hémisphère droit quant à lui est dit artistique car il relève du synthétique, de l'émotionnel, de l'oral et du spatial. Ces caractéristiques sont en sus influencées par les hormones sexuelles comme la testostérone et les œstrogènes».

537 J. EVANS, *La philo, c'est la vie !*, Paris, Marabout, 2013, 320 p.

538 M. E. SPIRO, *Gender and Culture : Kibbutz women revisited*, New Jersey, Transaction Publishers, 2^e édition, 1995, 124 p.

par des études scientifiques qui ont démontré la sexualisation du cerveau. En effet dès le stade embryonnaire, le cerveau reçoit des hormones sexuelles qui en ont dès lors un organe sexué. La différence chromosomique entre les femmes (XX) et les hommes (XY) est à l'origine de la formation des organes sexuels qui produisent alors des hormones mâles ou femelles. Une fois sécrétées dans le sang, ces hormones parviennent au cerveau du fœtus et ont une action sur sa formation. En somme, les hormones sexuelles participant à la formation du cerveau, il ne fait nul doute que le cerveau est ainsi sexué.

294. La nécessaire sexualisation du droit. Si l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit que «La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents», il n'en demeure pas moins que certains pans du droit sont soumis à la sexospécificité favorable à l'identité féminine. Certains groupes féministes, comme le groupe REGINE, y voient au contraire une attaque faite à la femme considérant que le droit ne doit pas être genré.

Pourtant la sexualisation du droit permet dans certaines disciplines de protéger la femme en lui reconnaissant une particularité dont elle n'a pas à rougir. Ainsi, le droit des assurances et le droit pénal doivent, entre autres disciplines, conserver leur sexospécificité pour mieux servir les besoins des femmes.

Le problème de la prise en compte d'une identité de la femme indépendamment de sa qualité de mère est relatif au fait que d'un point de vue biologique, le sexe féminin est intrinsèquement lié à la procréation. Le biologisme est intéressant ici dans la mesure où il permet de démontrer que la femme ne peut essentiellement être considérée comme un homme, mais il place la question de l'identité féminine dans une impasse si la perception de la femme se réduit à sa potentialité d'être mère. Dès lors, le biologisme doit ouvrir le regard sur la différence des sexes, mais il ne doit pas toujours guider le droit dans une vision stéréotypée de la femme, la potentialité n'étant pas nécessairement une vérité.

B- L'ADAPTATION NÉCESSAIRE DU DROIT AUX RÉALITÉS SOCIALES

295. La différence sexuelle sociale découle de la différence sexuelle biologique. En effet, si la femme est socialement différente de l'homme, c'est en raison de leurs différences biologiques et ces différences ne doivent pas être occultées par le droit, mais, au contraire, être considérées comme un moyen de protection des femmes.

Le droit des assurances nie désormais cette réalité en refusant d'admettre que le comportement social de la femme, généré par sa différence biologique, est naturellement différent de celui de l'homme (1).

Le droit pénal comprend, à l'inverse, que des traitements juridiques s'imposent pour une protection plus efficace des femmes (2).

1- Un droit désimpliqué, l'exemple du droit des assurances

296. La neutralité du droit des assurances. Si la question de la différence de traitement des hommes et des femmes en droit des assurances n'a jamais fait couler beaucoup d'encre, l'année 2001 marque un tournant dans cette considération.

En effet, dans une décision en date du 1er mars 2001 Association belge des Consommateurs Test-Achats (ASLB), la Cour de Justice de l'Union européenne⁵³⁹ est intervenue quant au sort de deux dispositions, l'article 5§1 et l'article 5§2 de la directive 2004/113/CE.

Cette directive avait pour but de mettre en œuvre le principe d'égalité des sexes dans l'accès à la fourniture de biens et de services⁵⁴⁰.

L'ASLB avait saisi la Cour constitutionnelle belge d'un recours en annulation de la loi belge

539 CEJ, 1^{er} mars 2011, Affaire C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e. a. contre Conseil des Ministres, *Rec. CEJ*, 2011, I-00773.

540 Directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

transposant cette directive. Ce qui posait problème était l'antithétisme des paragraphes 1⁵⁴¹ et 2⁵⁴² de l'article 5 de ladite directive. Le paragraphe 1 n'autorise pas de différences de traitement. Pour la CJUE, il institue une «règle générale des primes et des prestations unisexes». Le paragraphe 2 prend le contre-pied de cette disposition en autorisant des différences «lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques».

Dans un article issu de l'ouvrage collectif, *Ce que le genre fait au droit*, Sophie Grosbon analyse la décision Test-Achats⁵⁴³. Pour l'auteur, les deux paragraphes ne sont pas incompatibles, si le paragraphe 1 est considéré comme interdisant des distinctions fondées sur le sexe biologique et le paragraphe 2 comme autorisant des distinctions fondées sur le sexe social, le genre.

L'auteur explique que les traitements différenciés fondés sur le sexe en matière d'emploi sont inacceptables, ceux en droit des assurances le sont de pareille manière⁵⁴⁴. Elle reprend à ce titre la proposition de directive du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services⁵⁴⁵.

La Commission européenne rappelait ainsi qu'il arrivait que des employeurs soient «réticents à employer des femmes en âge de procréer en raison du risque qu'elles soient absentes au travail pendant leur congés de maternité, ce qui exposait les employeurs à des risques accrus et aux coûts résultant de telles absences». La Commission jugeait dès lors de ces usages moralement inacceptables comme justifiant à tort une différence de traitement entre les sexes en matière d'emploi.

541 §1 Directive 2004/113/CE : «Conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne, l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres, et elle respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire».

542 §2 Directive 2004/113/CE : «Le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et à la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la déclaration universelle des droits de l'homme, par la convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, par la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, par les pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signés par tous les États membres».

543 S. GROSBOON, La décision Test-achats c/ Belgique, CJUE 1er mars 2001, à l'aune de l'analyse féministe du droit : proposition de lectures d'un exemple concret, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 123-147.

544 Commission européenne, Proposition de Directive du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services, COM (2003) 657 final, 5 nov. 2003, p. 8.

545 Commission européenne, Proposition de Directive du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services, COM (2003) 657 final, 5 nov. 2003, p. 25, article 4 § 1 : «Les États membres veillent à ce que l'utilisation du sexe comme d'un facteur dans le calcul des primes et des prestations à des fins d'assurance et d'autres services financiers soit interdite dans tous les nouveaux contrats [...]».

297. Si la différence de traitement peut en effet sembler rustre comme insistant sur la difficulté pour les femmes de mener de front une carrière professionnelle et une vie familiale, elle vient ici elle-même souligner le clivage sexué de la vie professionnelle. En effet, le point de vue de la Commission peut être interprété comme étant lui-même discriminatoire puisque, clairement, les femmes et les hommes ne peuvent être au moment de l'embauche que traités de manière différente. Concrètement, la Commission en affirmant que les employeurs ne doivent pas prendre en compte le sexe du candidat au moment de l'embauche pratique la langue de bois. Plus précisément, pour l'employeur, le salarié doit être rentable et les mères seront naturellement plus absentes que les pères ce qui occasionnera un coût supplémentaire pour l'employeur qui se verra alors dans l'obligation de remplacer la salariée. Il ne s'agit pas ici de défendre le stéréotype archaïque de la mère au foyer (quoique cette situation n'est en rien un déshonneur), mais il ne s'agit pas non plus de ménager la chèvre et le chou en condamnant sévèrement l'employeur dans le choix de son employé sous couvert de l'interdiction de la différence de traitement fondée sur le sexe et principalement sous le prétexte de l'égalité des sexes.

Clairement, remplacer le poste d'une femme en congé maternité occasionne des soucis logistiques et financiers à l'employeur. Le droit du travail doit donc ici s'adapter à la réalité sociale. Le paragraphe 2 de l'article 5 est interprété comme autorisant cette fois-ci les différences liées au sexe social, donc au genre.

Pour l'auteur, «l'écart de sinistralité s'explique par des comportements, des modes de vie ou de consommation [...] indépendamment de toute différence biologique entre les deux sexes».

Gwénaële Calvès, Professeur de droit public, relaie cette affirmation : «C'est leur genre et non leur sexe qui explique que les hommes soient plus dangereux au volant que les femmes, boivent et fument plus, travaillent plus et consultent moins les médecins»⁵⁴⁶. Cette position crée elle-même une discrimination. Rappelons que le sexe social, le genre est généré par des appréhensions de la société sur l'un ou l'autre sexe, par des clichés qui font que les qualités de la femme sont plus centrées autour de l'enfance, de la douceur, de la tendresse, de l'écoute, et que les qualités de l'homme se rapprochent plus de de la compétitivité, du pouvoir, de l'argent, de la protection.

546 G. CALVES, La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation, *Revue du droit sanitaire et social*, 2011, p. 657, citant F. THEBAUT, *Écrire l'histoire des femmes*, Lyon, ENS Fontenay-Saint-Cloud, 1998, p. 114.

298. Une neutralité impliquant à tort une situation comparable entre les sexes. En reconnaissant que face aux différences liées au sexe social, hommes et femmes ne peuvent être considérés comme étant dans une situation comparable, la directive 2004/113 inclut un traitement différencié discriminatoire octroyant un crédit supplémentaire aux généralismes issus des a priori sociaux. L'interprétation de la lecture de l'article 5 § 1 produit l'effet inverse que celui escompté en limitant l'application de traitements différenciés à des situations créées elles-mêmes par la société.

A contrario, la directive a clairement décidé que les différences biologiques ne pouvaient justifier des traitements différents entre les hommes et les femmes les considérant comme étant placés dans une situation comparable. La directive en estimant qu'un pénis est comparable à un vagin se positionne sur une pente glissante, celle de l'interprétation tarabiscotée des théoriciens du genre. Il eût été plus simple de penser que les deux paragraphes se contredisaient, plutôt que d'y voir à nouveau une conspiration favorable au biologisme et contraignante pour le genre.

L'effet contraignant de cette interprétation est de créer autant de situations qu'il existe d'individus. Ne plus prendre en compte la différence des sexes dans l'attribution des primes et prestations d'assurances revient à considérer que non seulement les hommes et les femmes ne sont pas distinguables biologiquement, mais aussi cela remet derechef en cause le principe constitutionnel de traitement différencié pour des situations différentes. La Commission adopte ainsi une position différentialiste reconnaissant alors que les hommes et les femmes ne sont et ne peuvent être biologiquement dans une situation comparable dont doit découler un traitement sexospécifique par le droit.

Dès lors, l'assignation d'un même contrat d'assurance pour une femme enceinte et un homme relève de l'absurde.

La sexospécificité, qui, dans cet article est mise à mal, comme étant génératrice de préjugés, rend au contraire compte des différences indéniables entre les hommes et les femmes. La négation de ce qui ne peut l'être accentue clairement les stéréotypes sociaux à travers l'image que l'un ou l'autre sexe lui renvoie.

299. Si pour la CJUE, l'article 5 § 2 désolidarise les hommes et les femmes en autorisant des distinctions en matière de produits d'assurance, la Commission n'a pas modifié cette disposition,

acceptant ainsi des traitements différents légitimes entre les deux sexes et écartant de ce fait le débat peu fluide sur la distinction entre sexe biologique et sexe social.

La Commission adopte dès lors une position juste et équitable : «Une discrimination directe ne se produit que lorsque, pour des raisons liées au sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne dans une situation comparable». Dès lors, par exemple, des différences entre les hommes et les femmes en matière de fourniture de services de santé qui résultent des différences physiques entre hommes et femmes, ne se rapportent pas à des situations comparables et ne constituent donc pas une discrimination»⁵⁴⁷.

La Commission illustre ses lignes directrices par l'exemple de la maladie qui peut affecter différemment les hommes et les femmes justifiant ainsi les calculs des primes et notamment le coût des surprimes⁵⁴⁸.

Cette position peut paraître injuste pour les assurés ayant des antécédents familiaux de maladie par exemple, mais a le mérite de leur proposer des solutions adaptées à leur environnement sanitaire.

L'arrêt Test-Achats vient clairement nier l'identité féminine.

Dans un éditorial intitulé «Très chère égalité», Audrey Somnard, journaliste, dénonce dans *Le Quotidien* du 2 mars 2011 «l'effet pervers de cette volonté d'égalité à tout prix», qui va se manifester selon elle dans une «harmonisation des prix d'assurance à la hausse». Elle écrit «les femmes ont statistiquement moins d'accidents de la route et vivent plus longtemps que les hommes». «Pour les assureurs, ces chiffres sont implacables» et se répercutaient ainsi sur les prix pratiqués⁵⁴⁹.

Si cette nouveauté marque une avancée pour l'égalité des sexes elle affiche manifestement une déconsidération de la femme et partant un recul considérable pour l'identité féminine.

Le droit pénal semble se positionner dans une démarche plus respectueuse de la différence des sexes et des besoins féminins.

547 §12 Directive 2004/113/CE.

548 G. PARLEANI, Commentaire des lignes directrices de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt Test-Achats, *Revue Générale du droit des assurances*, 2012, p. 572.

549 A. SOMMARD, Très chère égalité, *Le Quotidien*, Paris, 2 mars 2011.

2- Entre avancées sociales et reconnaissance identitaire, l'exemple du droit pénal

300. En droit pénal comme en droit des assurances, lorsque les femmes ont un parcours et une situation similaires à ceux des hommes et qu'elles sont traitées différemment, ce différentielisme suscite des débats chez les théoriciens du genre.

En effet, pour certains auteurs, une telle différence ne devrait pas avoir lieu, alors même qu'elle revient à apporter un privilège aux femmes. Ce qui dérange dans ces débats est le fait que les femmes soient privilégiées en raison de leur sexe. Un tel bénéfice et une telle considération devraient pourtant être favorablement accueillis par les auteurs et non assaillis au profit de la revendication ici stérile de l'égalité des sexes.

Dès lors, toute différence de traitement en raison du sexe, fusse-t-elle pour octroyer un bénéfice aux femmes, entraîne pour ces auteurs une exploitation du genre condamnable.

Ce raisonnement suit certes une logique de dénonciation du genre, mais il montre également les limites de l'intolérance de l'égalitarisme, les femmes perdant ainsi des droits qui leur sont pourtant octroyés.

Certains groupe féministes, dont notamment le programme REGINE, s'étonnent de la sexuation des conditions d'incarcération. En effet, ce programme, à travers un article de Juliette Gaté, Maître de conférences en droit public, intitulé Genre et droit pénal : illustrations choisies⁵⁵⁰, met l'accent sur la séparation des hommes et des femmes lors de la détention et y attribue une nouvelle manifestation du genre. Il semble pourtant évident que les détenus hommes et les femmes ne peuvent partager les mêmes locaux ne serait-ce que pour des questions de sécurité.

Martine Herzog Evans, Professeur de droit de l'exécution des peines et de criminologie, établit quant à elle, dans son article Les Gender studies⁵⁵¹, le constat selon lequel les femmes détenues le sont dans des lieux inadaptés à leur situation et insiste sur le fait qu'elles sont corporellement fouillées. Mais considérer que les femmes détenues, ayant subi des sévices sexuels, ne doivent plus continuer à recevoir des fouilles in corpore relève clairement du stéréotype, car cela revient à penser qu'ayant été victimes de tels actes, elles ne sont pas dangereuses et ne pourraient ainsi dissimuler dans le corps quelque objet. La victimisation de l'agresseur est ici manifeste.

550 J. GATE, Genre et droit pénal: illustrations choisies, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 70-73.

551 M. HERZOG EVANS, Les Gender Studies, *AJ Pénal*, janvier 2010, p. 20.

301. Dans son article, Juliette Gaté introduit une distinction de genre là où seule une différence de traitement selon la situation de la personne détenue existe.

Elle remarque que les aménagements relatifs à la détention sont plus favorables à la femme qu'à l'homme détenu père sans s'interroger pour autant sur le traitement des détenues sans enfant.

L'article prend le prétexte de la comparaison de deux situations qu'il estime, à tort comparables, alors qu'elles ne le sont de toute évidence pas.

En effet, si les enfants nés en prison restent près de leur mère jusqu'à leurs dix-huit mois, il ne s'agit là que d'une question de sevrage et non une quelconque défaveur aux pères certes privés de leur enfant durant cette période, à supposer que la mère dudit enfant soit elle-même détenue, mais il semble tourmentant pour l'enfant de le séparer de sa mère d'autant plus s'il est nourri.

Il ne s'agit pas de considérer que l'éloignement du père et de son enfant est légitime, mais de reconnaître que d'un simple point de vue biologique, l'enfant a besoin de sa mère pour se construire.

Le débat doit s'élever au nom de l'identité de la mère et de l'enfant et ne pas stagner ainsi sous couvert de l'égalité ici impossible des sexes.

302. La prise en charge timide des détenues-mères lors de la réinsertion. En ce qui concerne la prise en charge de la réinsertion des femmes, l'auteur insiste de nouveau sur son orientation vers la maternité, de sorte qu'il s'agirait d'apprendre aux détenues à être une mère accentuant les clivages de genre. Les métiers appris aux hommes pour préparer leur réinsertion sont également des métiers imprégnés du genre, ce qui ne justifie cependant en rien cette volonté de désincarner la femme pour n'en faire qu'une mère. L'accent est ici mis sur l'oubli de l'égalité des sexes, mais il est regrettable qu'il ne soit pas porté sur le genre féminin en lui-même. En effet, s'il peut être légitimement reproché l'apprentissage aux détenues-mères de métiers maternisants, il n'est symétriquement pas reproché l'apprentissage de tels métiers à des détenues non mères.

Le problème ici est la négation de l'identité de la détenue-mère en tant que femme ce que Juliette Gaté souligne à très juste titre, mais il eût été intéressant de démontrer que les détenues qui ne sont pas mères sont prises en charge pour leur réinsertion de la même manière que les mères, ce qui pose clairement le débat du généricisme interne au sexe féminin. Le point nodal du débat quant au traitement des détenues est relatif à leur réinsertion.

La réinsertion à la sortie de prison est un processus qui a pour but la reconstruction. Les femmes détenues qui ne représentent que 3 à 5% de la population carcérale sont noyées dans cet univers, elles sont dites «oubliées»⁵⁵². Du fait de ce faible pourcentage, le système judiciaire ne leur est pas adapté, les dispositifs ne sont pas dissociés selon le sexe, tous les détenus, peu importe leur sexe sont soumis aux mêmes règlements et aux mêmes encadrements. Le service d'insertion et de probation (SPIP) créé par le décret n° 99-276 du 13 avril 1999 modifiant le code de procédure est le garant de la cohérence, de la prise en charge et du suivi des personnes placées sous main de justice. La pierre angulaire de sa mission est la prévention de la récidive par un accompagnement social.

A ce titre, il développe des moyens sociaux, sanitaires et de formation pour permettre aux détenus d'avoir les outils nécessaires pour leur réinsertion. Mais les mesures employées pour favoriser la vie hors des murs de la prison sont universelles, de sorte qu'il n'existe pas de mesures spécifiques aux femmes. Leur prise en charge se fait au nom d'une logique globale⁵⁵³.

Le rôle de la famille dans le processus de réinsertion est une étape majeure. Les femmes détenues sont souvent mères et du fait de ce rôle, elles conservent un lien très fort avec l'extérieur. Pourtant, pour la plupart des détenues, lors de la réintégration sociale des doutes surgissent quant à leur identité de mère, de femme. Pour celles qui se sont vues retirer la garde de leur enfant, leur première préoccupation à la sortie est de la récupérer. Leurs premières tâches consisteront donc à tout mettre en œuvre pour effectuer les démarches auprès des services.

303. La sexualisation de la peine, les risques de l'influence génériciste de la maternité au détriment de l'identité de la femme non mère. La question de la prise en compte du sexe du délinquant lors de sa condamnation peut également révéler une problématique de genre, mais trouve ses limites lorsque le facteur maternité intervient. Il a été démontré que pour des infractions de type similaire les juges étaient plus cléments envers les femmes que les hommes, leur attribuant des circonstances atténuantes liées à leur sexe, ce qui objectivement est encore ici une manifestation du généricisme, mais cette fois externe⁵⁵⁴.

Lorsque les magistrats instrumentalisent le rôle de la mère délinquante pour rendre leur décision, ils pratiquent un stéréotype de genre consistant à considérer que la femme parce qu'elle est

552 Référence titre de colloque ENAP, décembre 2004 : «Femmes détenues, femmes oubliées».

553 D. COLAS-BUCCO, contribution à Ouvrage collectif «MIP Project», SURT Association, *Women, integration and prison : An Analysis of the Processes of Sociolabour Integration of Women Prisoners in Europe*, London, Dictus Publishing, 2011, 124 p.

554 F.-L. MARY, Les femmes et le contrôle pénal en France, *Déviance et société*, 1998, Vol.2, n°3, pp. 289-318.

mère ne doit pas subir des peines aussi lourdes que celles des hommes placés dans la même situation infractionnelle. Ainsi, la Cour d'Assises de Saintes a décidé en octobre 2008 de relaxer une mère de famille accusée de non-dénonciation d'inceste sur ses enfants par son époux au motif qu'elle avait un enfant en bas âge et qu'elle devait continuer de l'élever⁵⁵⁵.

Cette décision est symptomatique de la négation de l'identité de la femme qui n'est alors jugée qu'à travers le prisme de la maternité. L'influence du généricisme quant à l'incarcération des mères est indubitablement nuisible à la construction de leur identité et empêche l'affirmation de l'universel en protégeant seulement les mères et non les femmes.

⁵⁵⁵ *Revue de presse et réalisation de l'association Pluriel face à incestes et abus sexuels*, 29 octobre 2008.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

304. Si l'égalité des sexes et l'identité juridique de la femme ne sont pas incompatibles, l'égalité des sexes ne poursuit pas pour autant l'objectif de faire reconnaître l'identité féminine.

L'homme et la femme ne sont pas naturellement égaux et la mise en œuvre de leur égalité est non seulement artificielle, mais elle fait en plus en sorte de gommer les différences entre eux, ce qui dans ce cas est inconcevable avec la question de l'identité féminine.

Il s'agit alors de regarder au-delà de l'égalité pour concevoir que ce qui est différent n'est pas nécessairement une source d'injustice.

Cette négation de l'altérité sexuelle est partagée par le droit lorsqu'il s'applique à faire prévaloir la règle de l'égal sur celle du différent.

Pourtant, la femme est singulièrement différente de l'homme, ses besoins ne sont pas identiques et sa nature permet de le comprendre.

La prise en considération du singularisme par le droit est la première étape dans le processus de reconnaissance de l'identité féminine. Cette conception suppose de comprendre que le singularisme est inhérent à la personne et qu'il ne peut lui être substitué une appréhension générique des individus.

La compréhension de l'identité féminine doit passer par une acceptation de l'identité sexuelle, mise à mal par les revendications égalitaires qui font perdre tout repère à l'individu par la déssexualisation de la société.

L'adaptation du droit aux réalités que la société engage et à la nature féminine permet de protéger la femme selon une prise de conscience de son sexe.

CHAPITRE 2

DÉPASSER L'ÉGAL PAR L'UNIVERSEL

305. Reconnaître l'identité de la femme n'est pas réduire la notion au singularisme. Il s'agit également d'appréhender la notion sous une perspective universelle.

L'universalisme a de commun avec l'égalité son rapport au tout, mais contrairement à l'égalité qui n'y voit qu'un ensemble homogène, l'universalisme y perçoit le multiple et partant le différent.

A la manière de l'égalité, l'universalisme couvre plusieurs situations, mais admet leur diversité.

Au regard de l'objectif d'identité féminine, l'universalisme dépasse l'égal en distinguant les cas. Il englobe certes, mais comprend que la femme n'est pas un homme et que son traitement doit s'adapter à son sexe (Section 1).

Notion trop abstraite pour s'appliquer d'elle-même, l'universalisme doit se matérialiser. Le droit est en le réceptacle le plus efficace du fait de son rayonnement erga omnes et sa vocation de justice juste (Section 2).

SECTION 1 UNIVERSALISME ET DIFFÉRENCES SEXUELLES

306. Le dépassement de l'égal par l'universel est cohérent dans le processus d'affirmation de l'existence d'une identité féminine, puisqu'il permet de ne pas stigmatiser toutes les égalités, certaines ayant permis à la femme de disposer des mêmes droits que l'homme, mais aussi de faire comprendre que la reconnaissance de l'identité féminine doit s'élever à la reconnaissance des différences sexuelles par un droit qui doit être universaliste.

En effet, l'universalisme, notion originellement philosophique, donc attentive à l'être et qui se veut à l'écoute des différences sexuelles, devient un vecteur de l'identité de la femme, permettant la conception du différent au sein du tout (§ 1).

Il est mis en œuvre par des moyens, dont et, principalement, le principe de différence, qui montrent que l'égalité des sexes, lorsqu'elle est imposée et non nuancée, réfute le singularisme féminin (§ 2).

§ 1 L'UNIVERSALISME, VECTEUR DE L'IDENTITÉ FÉMININE

307. L'universalisme, avant d'être un vecteur de l'identité féminine, est une notion philosophique controversée tant dans sa définition qu'en ce qui concerne les enjeux de ses origines. A tort assimilé à ce qui relève du général, l'universalisme implique en réalité une dimension métaphysique intimement liée à l'être dans ce qu'il a de plus essentiel. Il est donc primordial dans le processus de compréhension de l'identité de la femme (A).

Malgré les incertitudes quant à sa terminologie, il demeure fidèlement au service de l'identité féminine, en accordant un intérêt attendu à l'altérité sexuelle (B).

A- UNE NOTION PHILOSOPHIQUE CONTROVERSÉE

308. L'universalisme est une notion philosophique qui est familièrement liée au général. Il fait en vrai appel à des présupposés philosophiques relatifs à l'être en tant qu'être et non en tant que simple sujet d'un tout, tel que l'égalité des sexes le préconise (1).

Si ses origines sont rattachées à la vive et ancienne Querelle des Universaux, son diachronisme le place au cœur de la problématique féminine contemporaine (2).

1- Un champ disciplinaire varié

309. Domaines sociologique, religieux et politique. Familièrement l'universalisme s'entend de ce qui est commun à tous impliquant dès lors pour les profanes le général et s'opposant par là même au particulier. Le terme couvre des disciplines différentes⁵⁵⁶ qui s'accordent pour lui prêter un caractère de généralité, d'ensemble.

En sociologie, l'universalisme «implique[rait] le choix de critères généraux applicables à tout un ensemble d'objets (physiques et sociaux)»⁵⁵⁷, de sorte qu'il serait envisagé comme une classe, un genre.

D'un point de vue ontologique et en rappelant qu'il est issu du terme «univers», «ensemble de tout ce qui existe dans le temps et dans l'espace»⁵⁵⁸, l'universalisme doit être considéré de manière plus diffuse et non restreinte à des limites fictives et populairement erronées. En reprenant son étymologie, il apparaît ainsi clairement que l'universalisme se rapproche de l'essence-même du droit, à savoir la considération des uns par le prisme du tout et partant, l'observation de l'identité par l'examen des différences.

556 Pour l'anthropologue Stéphane VIBERT, l'universalisme n'est qu'un moyen d'unifier le genre humain via la création d'une altérité. Cf. L'universel concret : L'unité de l'homme et sa nature culturelle, *Monde commun*, 1, 2, automne 2009 : «Dans ses versions contemporaines, cet universalisme cosmopolite et bienveillant, qui s'arroge le devoir éthique de combattre tous les replis ethniques et les ethnocentrismes communautaires (qu'ils soient de dimension locale, nationale ou civilisationnelle), s'exprime de facto sous les traits d'une prétention à la supériorité morale (comme lieu d'incarnation des droits de l'homme et de la démocratie)».

557 G. ROCHER, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, Paris, PUF, 1972, n° 29, 238 p.

558 J. M. DEGBE, Connaissance de l'univers: à propos des trous noirs, *La nouvelle Tribune, Monde*, 2 août 2012.

A l'inverse, sa définition religieuse l'enferme dans un schéma d'exclusion de l'altérité. «Doctrine ou croyance suivant laquelle tous les hommes sont destinés finalement au Salut», l'universalisme traiterait les hommes comme des semblables, honorant la mêmeté de Ricoeur, mais délaissant l'individuation de Jung.

L'universalisme en politique affirme que tous les groupes humains ont une nature commune. Il s'agit du principe de l'universalisme républicain qui signifie que le peuple «un et indivisible»⁵⁵⁹ est composé d'individus indifférenciés. Il ne voit pas les différences biologiques ni culturelles, mais conçoit les individus selon l'unité du genre humain. L'universalisme républicain, qui est une doctrine d'origine française, présente la République comme un idéal universel. Ses valeurs qui sont liberté, égalité et fraternité, ont vocation à être adoptées par tous les individus et à s'appliquer uniformément.

C'est en son nom que toutes les discriminations sont rejetées.

310. En philosophie. La signification philosophique ouvre des perspectives flatteuses pour l'identité. En effet, elle refuse une conception des hommes isolés, indépendants les uns des autres tout en retenant qu'ils sont la partie d'un tout. Elle souligne ainsi la défragmentation de l'Univers au profit des particularismes, s'opposant à la discontinuité de l'atomisme héraclitéen⁵⁶⁰.

Lorsque la définition de l'universalisme inclut la notion de commun, cela vient à l'encontre du principe-même de l'identité en ce qu'il caractérise une personne dans son unicité, sa singularité. La citation de Pascal au sujet de l'Être universel semble être la plus juste quant à la considération de l'identité de la personne, «Il est un en tous lieux et tout entier en chaque endroit»⁵⁶¹. La complexité de la personne dans son essence et son existence est ici clairement représentée et définit parfaitement la notion d'universalisme comme intégrant en son sein ce qui fait l'unicité de la personne, sa singularité⁵⁶².

Dans son œuvre, *Pour une philosophie du sens et de la valeur*, le philosophe Sorin-Titus

559 M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23 (Dossier : La citoyenneté) - février 2008.

560 J.-P. LUMINET, *Les poètes et l'Univers*, Paris, Le Cherche Midi, 2012, 427 p.

561 B. PASCAL, *Pensées*, Paris, Flammarion, 1993, 376 p.

562 Sur ce point, voir l'opposition entre le point de vue de Jean-Marc TRIGEAUD et celui de Sergio COTTA pour lequel il n'existe pas de singulier dans l'universel, mais une «ressemblance absolue de chacun avec tous». Cf. J.-M. TRIGEAUD, art. publ. *Mélanges offerts à la mémoire du professeur Sergio Cotta, Persona y Derecho*, 2007, *Persona y Derecho* (dir. Pr A. Ollero), Madrid-Pamplona.

Vassilie-Lemeny oppose clairement le général et l'universel en montrant implicitement l'attachement du second à l'identité. Le général se réfère à la partie, car il fait «abstraction de la totalité des propriétés particulières à chaque individu» ; tandis que l'universel se réfère au tout⁵⁶³.

311. L'égalité des sexes, un contre-universalisme. L'égalité des sexes peut être liée au général en ce qu'elle opère l'abstraction des membres qu'elle implique à travers précisément la négation de leur sexe. L'égalité des sexes est générale parce qu'elle ne considère pas l'espèce humaine de manière intégrale, mais selon des genres auxquels elle soustrait paradoxalement leurs qualités essentielles, biologiques.

Si l'universalisme fait appel dans son acception originelle à des présupposés philosophiques tenant à la substance-même de l'individu, il permet également de comprendre la vocation première du droit qui est d'assurer la protection des personnes largo sensu. Le droit est innervé par une dimension métaphysique qui ne saurait prendre en compte les particularismes de ceux dont il est le garant des libertés et des devoirs. C'est justement parce qu'il protège les individus dans leur entièreté qu'il ne peut être autrement que de le concevoir métaphysiquement et que cette ontologie ne peut lui échapper comme s'il s'agissait de sa conscience dont elle dépendrait inéluctablement.

L'universalisme juridique participe de la reconnaissance de l'identité féminine en ce qu'il ne nie pas les différences, mais au contraire appréhende l'Univers comme un tout composé de parties constitutives d'êtres uniques et dissemblables les uns des autres.

2- La Querelle des Universaux

312. Genèse. En se querellant sur la problématique des Universaux, Platon et Aristote étaient loin de s'imaginer que leur débat traverserait le temps en affectant la question de l'identité.

Pour comprendre l'universalisme et mieux appréhender son implication au sujet de la notion d'identité juridique, il convient de revenir quelque peu sur ses enjeux et notamment sur ce qui l'a placé au cœur d'un débat philosophique pendant la période du Moyen-Âge.

Opposant originellement⁵⁶⁴ le platonisme et l'aristotélisme, la querelle des Universaux pose le

563 S.-T. VASSILIE-LEMENY, *Pour une philosophie du sens et de la valeur*, Bordeaux, Éd. Bière, 1990, 219 p.

564 L'origine de la querelle remonte à Platon et en particulier à la dualité âme-corps. Pour Platon, le corps est ému par les sensations tandis que l'âme rend un jugement sur les choses. Cf. M. DIXSAUT, *Platon*, Paris, Vrin, 2003, 272 p.

problème du statut ontologique des Universaux⁵⁶⁵. Pour Platon, les Universaux sont des Idées qui permettent d'accéder à la réalité. Il montre dans l'allégorie de la caverne⁵⁶⁶ que les hommes enchaînés peuvent accéder à la connaissance par la représentation qu'ils se font du réel par le biais des ombres qu'ils voient sur le mur de la grotte. A cet idéalisme s'oppose fermement la conception aristotélicienne du monde humain.

En effet, pour Aristote, le sensible n'est pas séparé de l'intelligible⁵⁶⁷, il s'agit au contraire de considérer le monde de façon concrète et de le comprendre comme un ensemble «mixte de matière, de forme, de sensibilité et d'intelligibilité»⁵⁶⁸. La position défendue par Aristote consiste à reconnaître que le monde est composé d'entités singulières, uniques, ayant leur identité propre. Il reconnaît ainsi qu'il peut exister plusieurs prédicats à un même sujet, contrairement à Platon qui ne conçoit pas l'universel en ce qu'il ne peut y avoir dans une même chose deux réalités différentes.

La pensée aristotélicienne tient également à une dualité, celle des substances premières et des substances secondes qu'il exprime dans son œuvre *Les Catégories*⁵⁶⁹. Dans la philosophie platonicienne, les universaux existent indépendamment des substances. A l'inverse, dans la philosophie aristotélicienne, l'existence des universaux dépend des substances premières, c'est-à-dire des individus en tant qu'entités singulières. En somme, pour Platon, les Idées sont les substances, les êtres, tandis que chez Aristote ce sont les individus qui le sont.

313. Une Querelle en lien direct avec l'identité féminine. Bien qu'étant une notion de philosophie pure, la querelle des universaux n'est donc pas éloignée des préoccupations identitaires opérant un renvoi explicite au concept de différence et permettant dès lors de mieux cerner en quoi

565 Les cinq universaux de Porphyre sont l'accident, la différence, l'espèce, le genre, le propre. Cf. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, 1323 p.

Cf. p. 13 : «[Dans son sens technique, le plus usuel, l'accident est] ce qui peut avoir lieu ou disparaître, sans destruction du sujet. »

Cf. p. 233 : «[La différence est la r]elation d'altérité entre des choses qui sont identiques à un autre égard».

Cf. p. 299 : «[En biologie,] une espèce est un groupe d'individus présentant un type commun, héréditaire, bien défini et généralement tel, dans l'état actuel des choses, qu'on ne peut mélanger par croisement, d'une façon durable, avec le type d'une autre espèce».

566 PLATON, *La République*, Paris, Flammarion, 2001, 801 p.

567 L. NOEL, L'intelligible, *Revue néo-scholastique de philosophie*, 1930, vol. 2, n°28, pp. 396-402.

568 P. KERSZBERG, Un univers excessivement mathématique: Platon et la cosmologie moderne, *Études platoniciennes*, 9 | 2012, 63-81.

569 ARISTOTE, *Catégories*, Paris, Belles Lettres, 2002, édition bilingue français-grec, traduction et présentation par R. Bodéüs, 622 p. «La substance, au sens le plus fondamental, premier et principal du terme, c'est ce qui n'est ni affirmé d'un sujet, ni dans un sujet: par exemple, l'homme individuel ou le cheval individuel. Mais on appelle substances secondes les espèces dans lesquelles les substances prises au sens premier sont contenues, et aux espèces il faut ajouter les gènes de ces espèces : par exemple, l'homme individuel rentre dans une espèce, qui est l'homme, et le gène de cette espèce est l'animal. On désigne donc du nom de secondes ces dernières substance, savoir l'homme et l'animal».

la théorie des genres, aveuglée par les Idées, dessert l'identité féminine. C'est en cela que la philosophie et le droit sont intrinsèquement liés, car éduquer le droit à la philosophie c'est voir au-delà des simples apparences et analyser métaphysiquement les situations pour révéler à la lumière ce dont l'on ne pouvait imaginer seulement des formes. Et c'est surtout en cela que lorsque les théoriciens du genre pensent élever la femme à un rang égal à celui de l'homme, ils ont tort en vrai, car ils ne voient la femme que comme une enveloppe sans rechercher au-delà en son sein-même, en son ontologie, en ce qui fait qu'elle n'est et ne sera jamais un homme.

La théorie du genre, si elle peut établir des constats utiles de la dangerosité de la construction sociale de l'identité sexuée, n'en demeure pas moins corrompue par l'idée qu'elle pense détenir de la réalité. En se bornant à accéder à la réalité par des apparences physiques, la théorie du genre et, à travers elle, l'égalité des sexes sacrifie sur l'autel de l'identité ce que la femme est elle-même, un être sexuellement féminin, différent de l'homme.

B- UNE NOTION AU SERVICE DE L'IDENTITÉ

314. En dépit de son caractère originellement philosophique, l'universalisme attire sans ses considérations par ses contours non clairement délimités et qui permettent en effet de ne pas s'enfermer dans une grotte pleines de fausses idées.

Ses amalgames avec le général en font une notion galvaudée, utilisée à mauvais escient (1), qui pourtant s'évertue à servir la cause de l'identité féminine, comme une cause à la fois complexe du fait des particularismes féminins et louable du fait de la nécessité de sortir la femme de l'aveugle égalité des sexes pour mieux la protéger (2).

1-Une notion galvaudée, la confusion fréquente et erronée avec le général

315. Le principal défaut de la notion d'universalisme est qu'il est souvent, non seulement mal défini, mais aussi utilisé à mauvais escient. Il n'est pas rare en effet qu'il soit confondu avec une

autre notion, celle de la généralité lorsqu'il est défini comme englobant des situations. Certes, l'universalisme est dit de ce qui s'applique à tous, mais il n'en demeure pas moins qu'il ne traite pas tous les individus comme des semblables.

Au contraire et il s'agit même de son dogme. Si la généralité, le généricisme, c'est-à-dire le mélange homogène des genres, privilégie la mêmété et le refus de l'altérité à l'identité, l'universalisme préfère substituer le singulier au genre. La théorie du genre en ce qu'elle stigmatise l'influence de l'environnement sur l'enfant et sur son comportement véhicule une image partiellement erronée de cet environnement en le considérant comme composé de personnes semblables qui, toutes, généreraient des dispositifs sexistes. Mais la théorie du genre a tort, la société n'est pas faite de mêmes, mais de singuliers, elle est obtuse puisqu'elle ne reconnaît pas les différences, elle confine à refuser l'altérité au profit d'une déssexualisation des femmes.

Dans son article *La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres*, Jean-Marc Trigeaud, Professeur de droit privé et philosophe du droit, explique que la théorie du genre est hermétique à l'autre et qu'elle procède à une négation de l'identité, identité précisément féminine⁵⁷⁰.

Refuser de considérer le différent, et partant l'identité féminine, revient à créer un genre sans sexe qui, ainsi, non seulement biologiquement, mais aussi ontologiquement n'aurait d'existence que celle qui lui serait imposé par les ukases aveuglément égalitaristes. En somme, ce que la théorie du genre dénonce, elle l'opère elle-même par cette création d'un nouveau genre regroupant les genres différenciés sexuellement. La théorie du genre se substitue dès lors au milieu environnemental qu'elle pointe du doigt comme étant l'instigateur d'un clivage sexué. Pourtant ce clivage, s'il en est un, ne doit nullement être redouté car les différences font la force de l'universalisme salvateur d'une société en crise identitaire. En effet, c'est grâce à l'universalisme comme reconnaissance des particularités que la femme pourra enfin retrouver son identité perdue dans les méandres de l'égalité non nuancée des sexes.

Si l'universalisme ne doit pas souffrir d'un amalgame avec le généricisme, il peut être

570 J.-M. TRIGEAUD, *La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres*, *Revue générale de droit médical*, n°46, Mars 2013. «La tyrannie du genre indifférencié relève d'une discrimination ontologique qui éradique l'altérité de l'être pour pencher vers une autre conception, mais, non vers la conception de la contingence de cet être, comme elle semblerait y incliner : vers la conception plutôt d'un être générique et uniforme où tout se confond, vers l'être d'une aliénation dont pourtant délivre toute métaphysique, comme le démontre encore Platon dans le Parménide, si la métaphysique combat l'esprit d'ostracisme et signifie l'universel et ses différences au-delà des genres».

rapproché du cosmopolitisme, lui aussi, au service de l'identité féminine.

2- Une notion au service de l'identité féminine

316. Universalisme et particularismes féminins. La confusion trop souvent tenue du généricisme et de l'universalisme en fait une notion vague aux enjeux et contours incertains. Pourtant, si l'universalisme connaît plusieurs définitions, toutes s'accordent pour dire qu'il représente aussi bien la communauté que les membres de cette communauté, ce qui en fait une notion complète. Métaphoriquement, l'universalisme fonctionne comme un tube de Crookes dans lequel des électrons seraient libres et à la fois lié au noyau d'un atome par une force attractive, celle de la loi de Coulomb.

En clair, l'universalisme représente une société idéale dans laquelle les individus coexisteraient selon des règles de droit commun, pourraient se rapprocher de groupes en fonction d'affinités, de ressemblances, mais conserveraient leurs particularités et leur liberté lorsqu'ils ne voudraient pas être contraints d'appartenir à un groupe.

Ainsi, quand la théorie du genre fustige le milieu environnemental comme vecteur d'un comportement social sexiste, elle aliène la volonté des individus à ne pas vouloir nécessairement se conformer à ces comportements. Non seulement la théorie du genre ne voit pas qu'au-delà du déterminisme social, il existe un déterminisme biologique, mais aussi un déterminisme ontologique créateur du libre arbitre.

317. Le cosmopolitisme identitaire. Le fait de pouvoir revendiquer son identité féminine sans être exclue de la société rappelle la notion de cosmopolitisme chère à Kant, Goethe⁵⁷¹ et Habermas. La femme cosmopolite est celle qui se réclame citoyenne du monde, sans pour autant renier sa singularité.

L'approche du cosmopolitisme donnée par Habermas dans son œuvre *Après l'État-nation, une nouvelle constellation politique* va au-delà de la définition ici envisagée de l'universalisme. Pour le

571 E. DECULTOT, Le cosmopolitisme en question Goethe face aux saisies françaises d'œuvres d'art sous la Révolution et sous l'Empire, in. Goethe, cosmopolite, *Revue germanique internationale*, 12/1999, pp. 161-175 : L'auteur qualifie Goethe de «cosmopolite déclaré et ami zélé des arts».

philosophe, il s'agit de défendre l'idée d'une société imprégnée de solidarité cosmopolitique au niveau planétaire qui permettrait d'accorder le multiculturalisme, l'individualisme et l'intégration des différences⁵⁷². Dans son projet de société cosmopolitique, Habermas accorde une place toute particulière au droit qu'il veut émanciper de toutes contraintes étatiques. Il préconise les jugements prenant en compte la réelle valeur des individus plutôt qu'une globalisation rawlsienne qui laisserait aux institutions le pouvoir décisionnel quant à l'avenir de «l'échelle des peuples»⁵⁷³.

Habermas encourage à la création d'un espace public planétaire régi par une Constitution qui se préoccuperait des problématiques individuelles et soustrairait l'État-Nation à un État-social plus fort qui défendrait les droits des Hommes par la loi⁵⁷⁴. Chez le philosophe la reconnaissance de l'identité parvient à son aboutissement lorsqu'il explique qu'à travers le principe de réciprocité «la communauté des cosmopolites apprend à négocier avec les raisons et les arguments des autres»⁵⁷⁵. Il prend donc conscience de l'altérité et entend confier les relations inter-sociales à des institutions supra étatiques, des organisations non gouvernementales qui, contrairement au politique, n'y verraient pas un moyen géostratégique de protéger leurs propres intérêts.

318. L'encadrement juridique de la souveraineté étatique, voire l'abdication partielle de cette souveraineté par les États est la clé de voûte du processus de cosmopolitisation du droit et partant de la supra-société telle que Habermas l'entend et permettant la représentation juridique d'un statut des individus libres⁵⁷⁶. Concrètement ce dispositif entend clairement lutter contre une globalisation de la société par l'État, comme le fait symétriquement l'égalité des sexes en généralisant des universels-singuliers.

Certes, Habermas n'envisage pas dans son dispositif la problématique de l'identité féminine, mais en arguant de la volonté de créer un droit cosmopolite en faveur des préoccupations individuelles il accentue le rôle majeur de l'intersubjectivité⁵⁷⁷ rejoignant alors la philosophie kantienne⁵⁷⁸.

572 J. HABERMAS, *Après l'État-nation, une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 149 p.

573 B. MELKEVIC, *Rawls ou Habermas : une question de philosophie du droit*, Québec, Presses Université Laval, pp. 25 s. : «Rawls récuse toute préoccupation concernant l'égalité des peuples», il établit une hiérarchie entre eux selon des critères à dominante économique.

574 C. JAFFRELOT, Habermas (Jürgen). Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique, *Critique internationale*. Vol. 7. 2000. pp. 74-75.

575 B. MELKEVIC, *op. cit.*, p. 23.

576 B. MELKEVIC, *op. cit.*, p. 26 : «Le droit cosmopolitique permet à la fédération des peuples de devenir juridique en ne représentant pas uniquement l'engagement et l'obligation des États, mais aussi et plus important encore le statut des individus libres et égaux sur la scène mondiale. Le droit cosmopolitique symbolise sur ce plan la soumission ou l'obligatorité des États à l'égard des droits de l'Homme».

577 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, 480 p. Dans son ouvrage Habermas valorise la communication comme étant seule capable de produire une société démocratique.

578 Il est à noter que le point de discordance entre la pensée habermasienne et la pensée kantienne est l'implication ou non de la souveraineté étatique. Dans ses écrits, Kant offre une place majeure au pouvoir de l'État, tandis que pour

En effet, Kant dans son œuvre *Critique de la faculté de juger*⁵⁷⁹ revendique la nécessité de la réciprocité des échanges pour permettre au droit cosmopolitique d'exister pleinement. Il fonde donc cette nouvelle société sur un «modèle communicationnel du droit». Pour que le droit cosmopolitique s'affirme, il doit être mu par la volonté de reconnaissance d'autrui découlant de l'intersubjectivité, c'est-à-dire la conscience qu'il existe un autre que soi. La recherche de l'égalité des sexes à tout prix se positionne à contre courant de l'intersubjectivité en ce qu'elle refuse la différence et partant rejette l'idée-même d'une identité féminine.

§2 LA MISE EN OEUVRE DE L'UNIVERSALISME-SINGULARISME

319. L'universalisme se révèle être un complément indispensable au singularisme dans la recherche de l'identité féminine. Il encourage admettant l'application du principe de différence permettant d'affirmer que l'égalité des sexes est un frein à la protection juridique de celles qui portent les différences et qui du fait de cette volonté de tout rendre égal les subissent comme un lourd fardeau, plutôt que comme une distinction devant être prise en compte par le droit (A).

Cette recherche légitime de l'identité féminine doit toutefois se méfier de ses propres limites et ne pas dériver vers un identitarisme qui serait uniquement singulariste et négateur de l'universalisme ; et qui ruinerait ce pourquoi elle lutte, la reconnaissance des différences sexuelles, en les pointant du doigt comme un moteur de sectarisme (B).

Habermas, c'est l'État qui doit se soumettre aux institutions supra-nationales, comme les organisations non gouvernementales. Pour Habermas, «il faut que le droit cosmopolitique soit institutionnalisé de telle manière qu'il engage les différents gouvernements. La communauté des peuples doit à tout le moins être capable d'amener ses membres, sous peine de sanctions, à respecter le droit. Ce n'est que de cette manière que le système instable et fondé sur des menaces réciproques des États souverains qui s'affirment eux-mêmes de transformer en une fédération dotée d'institutions communes laquelle, tout à la fois, assume des fonctions étatiques, régule juridiquement les rapports existant entre ses membres, et contrôle le respect de ces règles». Cf J. HABERMAS, *La Paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, trad. Rochlitz, Paris, Éd. du Cerf, 1996, p. 52.

579 E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, Paris, Flammarion, 2000, 540 p.

A- LE PRINCIPE DE DIFFÉRENCE

320. Le principe de différence contribue à la compréhension de la féminologie en ce qu'il reconnaît qu'il existe, d'une part, effectivement deux sexes, accordant dès lors un crédit non dénué d'intérêt aux différences biologiques (1), et, d'autre part, un équilibre possible entre l'un et l'autre sexe leur permettant de dépasser les différences après les avoir acceptées. Il se place ainsi au-delà de l'égalité homogénéisante de la société (2).

1- L'un et l'autre sexe

321. La négation de l'un et l'autre par l'égalité ou l'obstacle à la protection juridique. Si le contrat est un acte synallagmatique qui oblige les parties à s'engager mutuellement l'une envers l'autre, la réciprocité de leur capacité à conclure un tel acte n'est pas systématique.

Dès lors, en droit des obligations, il existe des règles spécifiques pour protéger la partie la plus faible. L'illustration la plus significative est celle de l'obligation d'information. Dans son rapport annuel de 2010 relatif au droit de savoir, la Cour de cassation dresse un état du droit en la matière.

Elle rappelle à ce titre les conditions d'existence d'une telle obligation et indique qu'elles tiennent non seulement à la qualité des parties, mais aussi à l'existence d'une inégalité d'information entre elles. «L'obligation d'information [qui trouve sa source dans les articles 1134 alinéa 3 du code civil et 1135 du même code] pèse en principe sur le vendeur, qu'il soit professionnel ou profane, même si la qualité de professionnel est de nature à renforcer l'intensité de l'obligation, tandis que la qualité de profane de l'acquéreur peut influencer sur l'ampleur de la sanction. Mais elle peut aussi peser sur l'acquéreur, surtout lorsqu'il s'agit d'un professionnel qui traite avec un vendeur profane»⁵⁸⁰.

Pourtant la décision rendue dans l'arrêt Baldus du 3 mai 2000 met à mal la recherche d'un équilibre entre les parties en intensifiant leurs inégalités⁵⁸¹.

580 Civ. 3^e, 26 février 1997, pourvoi n° 94-16. 014, Non publié au bulletin.
https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3873/obligation_information_3874/obligation_information_contrat_19399.html#_ftn37

581 Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *D.* 2002. Somm. 928, obs. Tournafond ; *D.* 2007, p. 1051, note D. Mazeaud : «Dans l'arrêt de

La Cour s'explique ainsi «Le formalisme informatif instauré par les lois spéciales tend toutefois, dans certains cas, à accentuer le déséquilibre entre le vendeur et l'acquéreur en renforçant l'obligation du premier, indépendamment de sa qualité de professionnel ou de profane. Les obligations spéciales d'information pèsent en effet exclusivement sur le vendeur et ne tiennent généralement pas compte des compétences de celui-ci». L'arrêt du 17 janvier 2007⁵⁸² qui confirme la jurisprudence Baldus «accentue ce déséquilibre en jugeant que l'acquéreur, fût-il professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis. La formulation restrictive de l'arrêt qui ne vise que l'information sur la valeur du bien acquis laisse toutefois entendre que l'acquéreur n'échappe pas nécessairement à toute obligation d'information et peut avoir à répondre de ses silences qui portent non sur la valeur, mais sur des qualités substantielles du bien vendu».

En ne protégeant pas ici la partie la plus faible, la Cour de cassation, suivie par les jurisprudences postérieures⁵⁸³, non seulement porte un coup à l'exigence de loyauté qui doit présider à la conclusion d'un contrat, mais aussi nie la relation d'altérité qui existe entre un profane et un professionnel. Partant, la jurisprudence Baldus ne reconnaît pas que ces deux acteurs ont une identité qui leur est propre.

En ne garantissant pas à la partie la plus faible une protection juridique, le droit incarné par la jurisprudence, autorise un déséquilibre inique des contractants et désavoue sa vocation universaliste en réfutant qu'il existe des différences entre les parties au contrat.

Certes, la jurisprudence ici a appliqué un principe d'égalité, mais la disparité des moyens entre les cocontractants exigeait une inégalité correctrice qui se serait concrétisée par la prise en compte par le droit de la situation la plus désavantagée, tel qu'il le fait en matière de travail lorsqu'il applique aux femmes enceintes un régime de protection spécifique. Le droit doit ainsi continuer ses efforts

la première Chambre civile, une vente de photographies avait été conclue entre un vendeur profane et un acquéreur, amateur éclairé, qui connaissait la notoriété de leur auteur et qui n'avait pas informé son cocontractant de la valeur réelle de ces photographies qu'il avait acquises à un prix dérisoire. Alors que les juges du fond avaient considéré que l'acquéreur avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi et s'était rendu coupable d'une réticence dolosive en exploitant l'erreur sur la valeur commise par le vendeur, la Cour de cassation avait, sous le visa de l'article 1116 du code civil, censuré cette décision au motif qu'«en statuant ainsi, alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur, la cour d'appel (avait) violé le texte susvisé».

582 Civ. 3^e, 17 janvier 2007, pourvoi n° 06-10.442, *Bull.* 2007, III, n°5 ; *D.* 2007, p. 1051, note D. Mazeaud : «Manifestement, la troisième Chambre civile a décidé avec cet arrêt de réduire sensiblement la portée du devoir de loyauté au stade de la conclusion du contrat et, sans doute pour bien marquer le coup, elle l'a fait dans une espèce d'école où ce devoir semblait intuitivement s'imposer. Dont acte ! Mais on nous permettra de penser que l'impératif de sécurité juridique, souvent brandi pour cantonner la portée du devoir de loyauté, ne sortira pas grandi de cet arrêt qui consacre une injustice contractuelle au profit d'un professionnel peu scrupuleux et au détriment d'un profane en difficulté».

583 *Ibid.*

d'universalisation considérant les cas particuliers et ne plus se trahir par des décisions généricistes, comme dans la jurisprudence Baldus.

322. Le juste milieu entre égalité et identité, le principe de différence. Pour parvenir à un équilibre il s'agirait pour le droit de se rapprocher d'une notion philosophique, celle du principe de différence.

Dans son œuvre *A Theory of Justice*, John Rawls a développé sa vision d'une société juste qui doit respecter alors deux principes de justice : le principe de liberté et le principe de différence.

Selon le premier, «chaque personne doit avoir un droit égal à un ensemble adéquat de libertés fondamentales compatibles avec celles des autres»⁵⁸⁴.

Le principe de différence détermine quant à lui une mesure équitable et juste de répartition des biens élémentaires entre les individus⁵⁸⁵.

Ce principe n'exclut pas l'existence de certaines inégalités qui seraient alors un moyen de reconnaître les différences entre les membres de la société. L'existence de ces inégalités doit être conditionnée au fait qu'elles doivent profiter aux personnes les plus désavantagées par une situation. L'octroi d'avantages correspond par exemple à des mesures comme les minimas salariaux, les pensions de vieillesse, le calcul des régimes d'assurance.

Ainsi, le fait d'avoir modifié les régimes d'assurance notamment en ce qui concerne la circulation, et qui jusqu'alors étaient profitables aux assurés femmes, vient se positionner à l'encontre de ce principe de différence. En effet, l'application aveugle du principe d'égalité des sexes en la matière désavantage clairement les femmes moins sujettes que les hommes à des accidents de la circulation. Le principe de différence aurait du continuer de prévaloir dans ce cas.

En somme, le principe de différence est une parfaite illustration de l'universalisme en ce qu'il permet de corriger des situations iniques en accordant un privilège auquel les individus ne peuvent prétendre s'ils sont généricisés au sein d'une sphère opaque et homogène.

584 M. METAYER, *La philosophie éthique. Enjeux et débats actuels*, Saint-Laurent, Éd. du Renouveau Pédagogique, 2014, chapitre 6, pp. 132-138.

585 *Ibid.* : «Les biens premiers sont les biens fondamentaux nécessaires à tout être humain pour concrétiser un projet de vie, quel qu'il soit. Ils comprennent les revenus et la richesse, les pouvoirs, les opportunités et les bases sociales du respect de soi. Ce sont les conditions de base qui font que les individus disposent d'une liberté réelle et non seulement formelle, au sens où nous avons employé ces termes précédemment».

Si le droit dispose d'une vocation universaliste, il est à regretter qu'en pratique il la nie au profit d'égalités de complaisance et au détriment de l'identité de ses sujets et en particulier les femmes qui ne peuvent que constater que leur différence biologique semble loin d'être acceptée.

2- L'acceptation des différences par le rejet de l'égalité et de la théorie du genre

323. Accepter le principe de différence revient à accepter qu'il peut exister un autre que soi. Joseph de Finance a justement insisté sur la nécessité de la reconnaissance de l'autre. Il considérait ainsi que «si l'homme a besoin des autres, c'est que précisément ces êtres sont autres et peuvent ainsi lui apporter ce qu'il n'a pas»⁵⁸⁶.

Appliqué à la différence biologique existant entre les hommes et les femmes, le principe de différence fait écho à la reconnaissance de l'identité féminine.

Indéniablement le droit lorsqu'il refuse de se soumettre à une égalité des sexes non justifiée pour les femmes rappelle cette identité, comme tel est le cas en droit pénal où les détenues mères reçoivent un traitement adapté à leur maternité ou en droit du travail où les salariées enceintes bénéficient d'un congé auquel les futurs pères ne peuvent naturellement pas prétendre ne portant, par définition, pas la grossesse.

La théorie du genre en générisant les sexes, en rendant les êtres mêmes, semblables, pense rendre service à la femme en affirmant comme injustes les inégalités entre les sexes découlant de leur environnement, mais en réalité elle nie l'essence-même de la femme, ce qui la rend biologiquement et ontologiquement différente de l'homme. La théorie du genre plutôt que de dénoncer les méfaits environnementaux sur la construction de l'identité devrait comprendre que l'identité préexiste à toute forme de société et que l'individu se construit avant même sa naissance lorsque son cerveau est capable d'assimiler la particularité biologique de son hôte. C'est en considérant que les inégalités entre les sexes sont entièrement dues aux facteurs sociaux entourant les individus et en essayant de corriger de telles inégalités en appliquant minutieusement le principe d'égalité que la théorie du genre se débarrasse de ce qu'elle craint, de ce qu'elle ne peut et ne pourra jamais contrôler, l'altérité.

⁵⁸⁶ R. CLAIX, Joseph de Finance, L'affrontement de l'autre. Essai sur l'altérité, *Revue philosophique de Louvain*, 1976, Vol. 74, n° 21, p. 161.

Dans son texte *La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres*⁵⁸⁷, Jean-Marc Trigeaud dénonce une théorie du genre «tyranni[qu]e» qui place «l'identité [au sens de mêmeté] avant l'altérité, c'est-à-dire, [...] place le même avant le différent, car le différent l'insupporte, et qui, de façon génériciste, substitue le genre à l'universel, lequel comprend tous les genres différents à la fois». En ce qu'elle déconsidère la femme en tant qu'individu sexuellement différent de l'homme, la théorie du genre se rend aveugle, indifférente à l'identité féminine ce qui «relève d'une discrimination ontologique qui éradique l'altérité de l'être pour pencher vers une autre conception, mais, non vers la conception de la contingence de cet être, comme elle semblerait y incliner : vers la conception plutôt d'un être générique et uniforme où tout se confond». Elle aliène la femme de manière non contestable en la privant de son identité dans un esprit d'ostracisme manifeste désireuse de rejeter du groupe toute revendication individuelle. Elle ignore alors l'universalisme qui permettrait pourtant à la femme de se libérer des contraintes environnementales effectives qui pèsent sur elle et qui la placeraient métaphysiquement au-delà d'une construction sociale genrée dont elle peut être réellement victime.

La théorie du genre n'a pas entièrement tort lorsqu'elle établit le constat d'une influence de masse par des schémas sociaux stéréotypés sur la considération de la femme dans la société, mais elle n'a pas raison de ne pas chercher d'autres solutions que l'égalité des sexes pour lutter contre le cliché de la femme soumise. La théorie du genre doit comprendre qu'il est nécessaire de faire accepter les différences et que ce n'est pas desservir la femme que de lui reconnaître enfin une identité.

B- LA RECHERCHE DE L'IDENTITÉ À GÉOMÉTRIE VARIABLE

324. La recherche de l'identité peut constituer un processus aux enjeux variables et pouvant s'avérer aussi bien, bénéfique que dangereux, pour la considération des différences sexuelles. Elle régule en effet, les inégalités sexuelles lorsqu'elle est emmenée par des mesures sexospécifiques, s'adaptant donc aux spécificités féminines (1) ; mais elle peut aussi se fondre dans un identitarisme qui serait non seulement véhiculé, mais aussi exacerbé par un généricisme féministe désireux de

587 J.-M. TRIGEAUD, *La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres*, *Revue générale de droit médical*, n°46, Mars 2013.

recréer la hiérarchie sexuelle au profit de la femme (2).

1- La sexospécificité⁵⁸⁸

325. L'inscription dans la lutte contre les inégalités. Les théoriciens du genre et ceux qui se réclament de l'égalité des sexes commettent dans leurs propres revendications une erreur quant à l'usage-même du terme sexe qu'ils veulent être considéré comme un genre.

En réclamant l'égalité des sexes, ces groupes reconnaissent par là-même une différence entre le sexe biologique et le genre. Ils amalgament deux éléments distincts et ainsi discréditent par l'usage inexact du terme «sexe» leur propre combat.

En réalité, ils auraient tout intérêt à revendiquer une égalité de genre et non de sexe, pour que leur souhait soit entendu d'une considération de la femme par la société égale à celle de l'homme.

Si les théoriciens du genre et les égalitaristes dénoncent les méfaits de l'influence sociale sur les femmes, ils refusent paradoxalement qu'en raison de leur sexe, les femmes aient accès à des privilèges auxquels les hommes ne pourraient prétendre, ce qui a effectivement conduit les compagnies d'assurance à diminuer les avantages faits aux femmes, notamment en matière de calcul de prime.

A cette volonté sourde des besoins réels des femmes représentée par les normes gender blind s'oppose un ensemble de concepts, ceux qui relèvent de la sexospécificité critiqués par des mouvements féministes⁵⁸⁹.

588 <http://www.spc.int/fr/nos-activites/education-formation-et-developpement-humain/departement-developpement-humain/definitions/214-gender-definitions.html> :

«Les sexospécificités désignent l'ensemble des concepts socio-culturels associés au fait d'être homme ou femme, en d'autres termes les rôles qu'ils sont censés jouer, leurs relations, leurs comportements, leurs valeurs, leurs rapports de pouvoir et leur influence ou place relative dans la société. Contrairement à la notion de sexe, les sexospécificités ne sont pas définies par la biologie ou par la nature. Il s'agit de concepts acquis qui varient suivant les cultures et les sociétés, et qui peuvent également évoluer dans le temps».

589 S. FAURE, *Le droit a-t-il un sexe ?*, *Libération*, 14 février 2014 : «Laure Camaji (Paris-Sud), Jérôme Porta (Bordeaux IV) et Isabel Odoul Asorey (Paris Ouest) se sont livrés à son analyse genrée: ils ont relevé les énoncés sexués qui s'y trouvent («femme», «mère», «fille», «allaitement», «grossesse», «homme», «garçon»...) et les ont classés: «Toute l'histoire du code du travail est liée à la société industrielle et à la volonté de protéger le travailleur. Notamment la femme». Restent donc quelques vestiges de cette femme «vulnérable» qu'il faut protéger (le code prévoit une limitation spécifique de port de charges lourdes pour les femmes) ou lors de sa grossesse et de sa maternité». Rappelons que si le Code du travail protège les femmes enceintes c'est qu'elles ne peuvent travailler de la même manière que les femmes qui ne le sont pas et s'il ne protège pas la grossesse des hommes, c'est qu'ils ne peuvent biologiquement la porter. L'auteur de cet article voit le genre où il ne l'est pas et l'applique à mauvais escient».

Les normes dites gender blind sont celles qui sont neutres, c'est-à-dire qui ne voient pas le sexe du justiciable et appliquent ainsi à la lettre le principe d'égalité des sexes. L'élaboration de ces normes prend pour référence l'homme alors que la société est composée également de femmes qui font face à des réalités et problématiques différentes et surtout qui n'ont pas les mêmes besoins.

En droit pénal et plus particulièrement en ce qui concerne les condamnations les règles font preuve de neutralité de sorte que les délinquantes et les délinquants sont en théorie soumis aux mêmes quantum de peine. Le droit pénal ne distingue alors pas selon que l'infraction a été commise par un homme ou par une femme. En pratique, le juge, usant d'équité, pourra se montrer plus clément lorsque la situation de la délinquante l'encouragera⁵⁹⁰.

Les normes gender blind à l'inverse du but poursuivi peuvent conduire à un «modèle aveugle aux inégalités (inequalities-blind)»⁵⁹¹ irrespectueux des besoins féminins.

326. Le respect des besoins féminins. Les mesures sexospécifiques ne sont pas des mesures destinées à enrayer les rôles socialement dévolus aux hommes et aux femmes dans la mesure où elles vont s'appuyer sur ces rôles pour décrypter les besoins des deux sexes. Elles vont permettre de corriger les inégalités entre les sexes en identifiant les hommes et les femmes comme appartenant à deux genres distincts.

Les sexospécificités si elles ne parviennent pas toujours à instaurer l'égalité entre les sexes mettent tout en œuvre pour lutter contre les discriminations⁵⁹² sexuelles, ce qui demeure leur objectif principal.

Les sexospécificités sont attentives aux besoins aussi bien des hommes que des femmes et composent avec leurs préoccupations dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques (théorie)

590 Un tel traitement différencié sera autant attendu lorsque le délinquant sera dans une situation telle que la clémence des juges sera justifiée. Sur ce point en droit international, se référer à la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud *President of the Republic of South Africa and another c/ Hugo*, 1997 (1) SACR 567 (CC). En Afrique du Sud au début de son mandat, le Président Mandela avait accordé une amnistie aux seules femmes détenues étant mères de jeunes enfants. Un détenu père avait saisi la Cour s'estimant victime de discrimination, mais sa requête avait été rejetée. Cette décision marque une absence de neutralité qui est contestable dans le sens où la mesure suivie favorablement aux femmes paraît disproportionnée, mais la motivation de la Cour n'est pas insensée dans la mesure où elle justifiait sa décision par le fait que les mères avaient la charge principale des enfants. Certes, la mesure de libération peut sembler excessive et faire l'objet d'une discrimination au regard des pères placés dans la même situation, mais elle illustre la sexospécificité et la casuistique juridique.

591 L. PARINI, Le concept de genre : constitution d'un champ d'analyse, controverses épistémologiques, linguistiques et politiques, *Socio-logos. Revue de l'association française de sociologie*, 2010.

592 A. JUNTER, C. RESSOT, La discrimination existe : les regards du droit, *Revue de l'OFCE*, 114, juillet 2010, p. 77 : «La discrimination en droit commence quand est infligé un traitement défavorable considéré comme illégitime parce qu'il est exercé envers des personnes définies par leur appartenance à un groupe protégé en raison d'une caractéristique particulière (sexe, âge, handicap, ethnie, orientation sexuelle...)».

et des actions (pratique). Elles ne sont pas attachées à un domaine en particulier, mais sont conscientes que les domaines politiques, économiques, sociaux et culturels sont affectés par les discriminations sexuelles, ce qui les rend clairement universelles. Elles permettent la mise en place de mesures adaptées aux deux sexes, raison pour laquelle elles sont attachées à la conservation des identités. Les théoriciens du genre ont donc tout intérêt à travailler de concert avec les sexospécificités qui elles aussi entendent éradiquer les inégalités entre les sexes, la différence essentielle est qu'elles placent au centre de leurs objectifs la compréhension des différences, contrairement au théoriciens du genre qui ne veulent pas les reconnaître, mais seulement les détruire, alors même que ce ne sont pas les différences qui sont génératrices d'inégalités, mais la façon de les intégrer dans les relations sociales, juridiques et techniques.

327. A l'inverse et contrairement à ce qu'elles prétendent⁵⁹³, les normes gender blind ne prennent pas en considération les différences entre les hommes et les femmes, elles sont assez ambiguës quant à leur définition, puisqu'elles peuvent être utilisées comme argument autant par les tenants de l'égalité des sexes que par les tenants de l'identité féminine, mais ces deux mouvements s'opposent quant à la place devant être faites à ces différences sexuelles.

Ainsi, en matière de santé, les diagnostics orientés en fonction du sexe du patient ont été critiqués, alors même que les femmes ne sont pas soumises aux mêmes lois naturelles que les hommes. Il est par exemple à noter selon une étude du département de l'optométrie de Barcelone que «les femmes ont une prévalence plus élevée de la déficience visuelle et de cécité»⁵⁹⁴, leur sexe et non leur environnement social influe donc sur leurs troubles, ce qui nécessitera une prise en charge spécifique pour les femmes. Cette spécificité féminine devra ainsi se répercuter sur une protection adaptée, pourtant empêchée par les tenants de la neutralité des normes.

Associées le plus souvent au gender mainstreaming, les normes gender blind mettent l'accent sur l'indifférence sexuelle des politiques sociales, culturelles, économiques et notamment quant à la place de la femme dans la société. Ces normes dénoncent l'absence de considération sociale faite à la femme.

593 *Actes du cycle de séminaires*. Le gender mainstreaming , un nouveau défi pour le gouvernement fédéral et ses administrations, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2008 : «Le gender mainstreaming est une stratégie qui tient compte des réalités différentes des hommes et des femmes. Cette stratégie intègre les différences sociales, culturelles, économiques qui existent entre les hommes et les femmes. Elle tient compte des particularités des hommes et des femmes lors de l'élaboration, de l'exécution et de l'évaluation des politiques».

594 A.R. ULLDEMOLINS, V.C. LANSINGH, L.G. VALENCIA, M.J. CARTER, K.A. ECKERT, Les inégalités sociales de la cécité et des déficiences visuelles: un examen des déterminants sociaux, *Indian J Ophthalmol*, Sept.-Oct. 2012.

2- Les déviations du généricisme, l'identitarisme féministe

328. L'universalisme n'exclut pas l'égalité des sexes, il peut même y conduire grâce à des mesures sexospécifiques, comme permettre à une salariée de retour d'un congé maternité de reprendre l'emploi qu'elle avait laissé. Si cela lui offre un point commun avec le généricisme, les deux notions s'opposent fermement quant à la place qu'elles font aux différences. En effet, tandis que l'universalisme considéré comme étant une doctrine qui revendique un droit commun, demeure ouvert aux différences et protège les minorités, le généricisme nie les différences pour ne reconnaître qu'un genre indépendamment de toute vérité biologique.

Dans son processus de protection des individus l'universalisme permet aux différences de s'affirmer, par le biais d'identités.

Si le généricisme s'avère être néfaste pour ces identités qu'il rejette farouchement, la protection et la recherche-même de ces identités peut également être dangereuse si leur affirmation équivaut à un marginalisme exclusif de toute autre identité et recréant une sorte de hiérarchie gynécocratique.

En effet, certes l'égalité des sexes au sens d'égalitarisme non nuancé peut conduire à l'abandon de soi comme sujet et conduire à une objectivation de la femme qui perdrait dès lors toute possibilité de revendiquer son identité, mais la recherche de l'identité peut aussi connaître des dérives lorsqu'elle devient un identitarisme.

329. L'identitarisme apparaît alors comme un repli sur soi, un isolationnisme destructeur pour la femme et pour l'homme. En effet, faire valoir son identité sans vouloir reconnaître celle des autres peut finalement conduire à ce que le généricisme engage, c'est-à-dire le rejet des différences, c'est la raison pour laquelle cette affirmation identitaire doit être encadrée par l'universalisme qui admet les identités dans un processus de globalisation.

Les groupes identitaires sont des mouvements qui sont majoritairement affiliés à l'extrême droite donc non respectueux en ce qui concerne les femmes de leur identité, puisque l'extrême droite revendique une idéologie profondément patriarcale. Les mouvements identitaires dont les groupes Belle et rebelle ou encore les Antigones revendiquent la spécificité féminine, c'est-à-dire l'idée qu'il existerait une «nature féminine», donc une essence liée la maternité, mais leur conception de

l'essence féminine est très éloignée d'une conception universaliste non dangereuse pour la femme, non contraire à l'égalité des sexes, ni à l'identité des hommes et des femmes.

En effet, leur conception n'est qu'un continuum d'un archaïsme patriarcal qui véhiculerait l'idée selon laquelle la place de la femme serait à la maison. Ces groupes qui pourtant prétendent que leurs membres sont des femmes modernes sont en réalité motivés par un impératif conservateur de la société et sont hermétiques à toutes différences, ce qui les conduit inévitablement à un rejet de l'altérité. Il est une chose de ne pas nier les différences biologiques entre les hommes et les femmes, il en est une autre de se servir de ces différences pour légitimer la soumission de la femme comme seule mère.

Le groupe des Antigones quant à lui défend l'idée de la complémentarité des sexes, plutôt que l'égalité, ce qui une fois encore nie l'identité de la femme qui peut seule s'accomplir sans l'homme.

L'identitarisme féministe peut également mener à des comportements misandres appelant à une haine des hommes⁵⁹⁵. Clairement, les mouvements identitaires n'appellent pas à une reconnaissance de l'identité, mais à un fort rejet de l'altérité. Il s'agit donc de trouver un juste milieu entre les identitaristes et les généricistes, ce que le droit peut permettre grâce à sa vocation universaliste qui respecte le tout et la partie.

SECTION 2 DROIT UNIVERSALISTE ET DIFFÉRENCES SEXUELLES

330. L'universalisme juridique est celui qui reconnaît les différences sexuelles, contredisant dès lors l'égalité des sexes qui les aliène pour créer un corps homogène avec les individus

Pour faire valoir l'identité féminine, il est indispensable de se munir de moyens s'approchant au plus près des besoins des femmes, permettant de faire reconnaître leurs différences, sans pour autant les désolidariser des autres en les isolant du fait leurs différences. La justice sociale répond à cette volonté de considération des spécificités tout en conservant une cohésion sociale (§ 1).

595 R. H. BLOCH, F. FERGUSON, *Misogyny, Misandry, and Misanthropy*, Berkeley, University of California Press, 1989.

Le droit doit ainsi redéfinir ses priorités, qui sont pour l'instant orientées vers le respect du principe d'égalité, en accordant aux besoins féminins toute leur légitimité et en ne cédant pas à un politique envahissant et vecteur de généricisme lorsqu'il impose au droit l'application de ce principe destructeur des différences (§ 2).

§ 1 JUSTICE SOCIALE ET IDENTITÉ FÉMININE

331. La justice sociale contribue à la désagrégation du généricisme de l'égalité sexuelle en ce qu'elle respecte le sens du juste à travers une adaptation des mesures juridiques au sexe féminin. Non seulement, elle tient en effet compte de la situation personnelle des individus et, ici, des besoins personnels féminins (A), mais elle suit aussi une politique différentialiste qui comprend bien qu'il y a deux sexes dans la société et que le droit doit s'adapter à cette situation de faits (B).

A- L'impératif d'une justice juste

332. Contrairement à ce qu'elle semble signifier, la justice ne représente pas nécessairement la mise en œuvre de ce qui paraît le plus juste ; le cas de traitement égal de situations différentes en est une illustration significative. En effet, des situations qui ne seraient pas identiques ne sauraient justement être considérées comme similaires et traitées comme telles par le droit. La justice sociale est celle qui vient freiner les injustices en disant au droit que, du fait des différences sexuelles, la situation personnelle des femmes n'est pas toujours la même que les hommes (1).

Pour être juste, la justice doit rétablir un équilibre entre l'application universelle du droit et les spécificités féminines qui doit générer une protection juridique particulière, ce vers quoi une justice qui se veut distributive tend (2).

1- La justice sociale

333. Dans les esprits, la justice sociale se réfère à un idéal de vie économique au sein duquel les richesses seraient partagées de manière équitable. S'il est vrai que la justice sociale a trait à des questions de distribution des ressources, son champ d'intérêts est beaucoup plus vaste, puisqu'il y est également question de droits, de dignité, de libertés.

Elle est fondée sur l'égalité des droits et sur la possibilité pour tous les individus sans discrimination de profiter des opportunités⁵⁹⁶ économiques et sociales.

Elle permet de corriger les inégalités considérées comme étant injustes, comme les inégalités de salaire entre les sexes.

Concept apparu au milieu du XIX^e siècle afin de parvenir à une répartition équitable des biens sociaux et d'offrir aux différentes classes sociales des opportunités de développement, le terme de justice sociale exacerbe tant de problématiques subjectives qu'il ne confine pas seulement au domaine des sciences économiques. Tous les individus prennent le parti de défendre une justice sociale, mais ses critères d'appréciation divergent selon les besoins de chacun. En effet, en ce qui concerne les revenus, la question se pose alors de savoir quel principe de justice doit primer et qui doit la mettre en œuvre.

La justice sociale peut s'appliquer selon le principe d'égalité des droits dont la garantie est le même traitement pour tous. Pour exemple, il s'agirait de garantir un accès égal aux soins pour tous les individus⁵⁹⁷.

334. Le principe d'équité des situations cherche à tenir compte de la situation personnelle des individus. Pour illustration, il s'agirait de tenir compte de la différence biologique entre les

596 Dans son approche de la justice distributive, Sen établit une différence entre ce qui relève du choix de l'individu ou ce qui lui est imposé. Cf. D. MAGUAIN, Les théories de la justice distributive post-rawlsiennes. Une revue de la littérature, *Revue économique*, 2002, vol. 53, n° 2, pp. 176-177 : «Les défenseurs de l'approche en termes d'opportunités considèrent que la frontière pertinente en matière de responsabilité individuelle doit séparer ce dont les individus sont responsables de ce qui est en dehors de leur contrôle.[...]. Chez Sen implicitement, le champ de responsabilité des individus se limite aux choix qu'ils font de leur vecteur de fonctionnements et aux plans de vie qu'ils développent, alors que leurs opportunités, mesurées par leur ensemble de capacités, sortent du domaine de leur responsabilité».

597 *Revue d'Épidémiologie et de Santé Publique*, Volume 61, Supplément 3, Août 2013 : «L'accès aux soins est inégalitaire en France et plusieurs facteurs aggravants se conjuguent. D'après l'Institut de recherche et de documentation en économie de la santé (IRDES), 7% des français sont sans couverture complémentaire».

hommes et les femmes dans la pratique de certains soins. En effet, il s'avère selon le rapport du Conseil Économique, Social et Environnemental «La santé des femmes en France» du 27 septembre 2010 que : «La dimension du genre dans le domaine de la santé est une préoccupation récente des pouvoirs publics. La France prend tout juste conscience des risques induits par cette méconnaissance»⁵⁹⁸.

Il s'agit donc de «réfléchir à une surveillance et à des traitements plus spécifiques chez les femmes en formant les médecins à affiner leur diagnostic en fonction du genre»⁵⁹⁹.

Dans le même sens, pour les patients soignés par la pose de petites valves dans les veines, il s'agirait pour les chirurgiens opérant des femmes d'adapter leurs pratiques au fait que les femmes ont des veines plus fines et plus tortueuses que celles des hommes.

Le rapport dénonce le fait que peu d'essais cliniques incluent des femmes et que la recherche médicale, mue par un impératif d'égalité dans l'accès aux soins et leurs pratiques, ne prend pas en compte les différences biologiques lors de la prise en charge et du traitement des patients.

Ainsi que le rapport le souligne, «la recherche en santé n'a pas échappé à une vision du monde orientée par le masculin, c'est-à-dire que des biais involontaires ou non se sont glissés dans la définition des priorités scientifiques». Pourtant il est incontestable que les différences biologiques entre hommes et femmes présentent un impact sur l'action des médicaments dans l'organisme. Les traitements «prédosés» sont toujours prévus pour un homme, alors même l'usage d'anticoagulants provoque souvent chez les femmes des saignements dus à un dosage des médicaments conçu pour des hommes.

La justice sociale n'est dès lors clairement pas appliquée, alors même que des mesures sexospécifiques s'imposent tenant compte des différences biologiques entre les sexes et permettant par le biais d'une reconnaissance totale de l'identité féminine de lui garantir des soins aussi performants que ceux des hommes. Ici, une prise en charge équitable et juste des femmes en matière de santé est tributaire de la reconnaissance de son identité à travers la considération de la différence des sexes permise par une justice sociale fondée sur l'équité et non sur une égalité à tout prix.

598 *Avis et rapports du Conseil Économique, Social et Environnemental* «La santé des femmes en France» du 27 septembre 2010, Communication présentée par Mme Dominique Hénon, p. 55 : «Les femmes victimes d'un infarctus en meurent deux fois plus que les hommes. C'est le résultat d'une étude menée en Franche-Comté en 2006 et 2007 auprès de 3 000 hommes et femmes hospitalisés à la suite d'une crise cardiaque et qui a montré que les symptômes de cette pathologie peuvent être différents en fonction du genre : les femmes éprouvent moins souvent une douleur thoracique typique et au contraire, elles ont plus souvent des nausées et des douleurs dans les mâchoires».

599 *Ibid.*

2- Le cas concret de la justice distributive

335. Contrairement à ce que son nom semble l'indiquer la justice sociale est mise en œuvre par des mesures politiques et non par le droit. Pour qu'elle soit effective, il est nécessaire que l'État veuille compenser certaines inégalités qui peuvent apparaître dans le fonctionnement de la société et pour ce faire il doit agir de telle sorte que tous les individus puissent se développer économiquement et culturellement.

Pour parvenir à un tel résultat, la question se pose de savoir comment l'État doit agir. Quel chemin doit-il emprunter pour corriger les inégalités injustes auxquels les individus sont confrontés ?

Pour que la justice sociale soit acquise, c'est-à-dire pour que les inégalités soient corrigées ou compensées, elle doit identifier les différences, sans pour autant les réfuter, dans le but de permettre aux individus de bénéficier des mêmes droits.

La réalisation des objectifs fixés par la justice sociale doit respecter un principe de répartition prédéfini. Il existe à ce titre deux principes de justice qui, chacun, traite les problèmes qui lui sont soumis selon des règles bien distinctes.

C'est Aristote qui, le premier, a défini ces principes en attribuant une nette préférence pour l'un d'eux selon sa conception de la justice. Pour le philosophe, la justice est «une vertu et, comme telle, relève du champ d'étude de l'éthique»⁶⁰⁰. Puisqu'elle concerne les relations entre les individus, elle doit se rendre selon un modèle de répartition distributive ou commutative.

La justice distributive est celle qui relève d'un calcul proportionnel consistant dans la «répartition des biens selon le mérite des personnes»⁶⁰¹. Il s'agit d'une justice qui se fonde sur une égalité géométrique consistant à donner à chacun ce qui lui revient en tenant compte des différences qui existent entre les individus.

A l'inverse, la justice commutative est fondée sur une égalité arithmétique dépendant de la réciprocité des échanges, de telle sorte qu'une personne doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle a donné.

600 J. BENOIST, Aristote. *Éthique à Nicomaque*, livre V, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. d'O. CAYLA et J.-L. HALPERIN, Paris, Dalloz, 2008, p. 2.

601 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 153.

Concrètement, pour que la justice sociale compense les inégalités injustes entre les sexes tout en reconnaissant la singularité féminine doit-elle être distributive, c'est-à-dire faire intervenir l'autorité étatique ou doit-elle être commutative, c'est-à-dire se concrétiser selon les apports de chacun, ce qui permettrait certes de récompenser les efforts effectués, mais risquerait de léser celles qui n'ont pas encore les moyens de participer aux échanges ?

De ces deux visions de la justice fondamentalement opposées se dégage la conviction inébranlable selon laquelle, la justice commutative ne peut pas servir l'identité féminine, car en ne tenant pas compte des moyens mis à la disposition des individus au sein de leurs échanges, elle ne voit pas les différences.

Bien qu'Aristote n'ait pas toujours été juste dans ses raisonnements⁶⁰², il résume son point de vue ainsi : «Il n'y a rien de plus injuste que de traiter également des choses inégales»⁶⁰³.

Ici les choses inégales sont les situations différentes des hommes et des femmes et si la justice sociale continue de ne pas voir que les inégalités injustes entre les sexes ne seront diminuées que grâce à la considération de la femme en tant qu'être différent de l'homme, elle demeurera commutative.

B- L'IMPÉRATIF D'UNE JUSTICE DIFFÉRENTIALISTE

336. La justice sociale, dans son rapport aux hommes et aux femmes, est une justice qui, pour être juste, doit être différentialiste, préférant la consécration des différences à une égalité sexuelle aveugle. Pour autant, elle n'exclut pas l'égalité sexuelle, lui accordant la possibilité d'être modérée pour une conciliation avec les différences (1).

L'exemple de l'égalité des chances est significatif de cette volonté d'équilibre. Il s'agit de ne pas écarter les différences, mais de les englober dans un processus égalitaire qui leur est respectueux (2).

602 Aristote a théorisé et justifié l'esclavage dans le livre V des *Politiques*.

603 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, livre V*, Paris, Vrin, 1994, 540 p.

1- L'égalité dans la différence

337. La conciliation de l'égalité et des différences. Les notions d'égalité et de différences ne sont pas incompatibles dès lors qu'elles sont considérées a priori, c'est-à-dire indépendamment de l'expérience. En effet, il est possible de parvenir à une égalité des sexes tout en respectant les différences sexuelles, elles deviendraient donc en quelque sorte un moyen de l'égalité. L'égalité encadrée par les identités sexuelles n'en sera donc que plus juste.

A l'inverse, vouloir l'égalité pour gommer les différences est contraire à la reconnaissance de l'identité féminine, puisqu'il s'agirait de nier que les femmes ne sont pas des hommes et que les mesures dont elles ont besoin sont, de fait, les mêmes que celles dont les hommes bénéficient déjà.

Reconnaître qu'il existe une identité féminine n'est pas identifier irréductiblement une soumission de la femme à l'homme⁶⁰⁴.

La reconnaissance de la différence des sexes ne vise pas nécessairement la promotion d'un essentialisme, mais elle permet de reconnaître que la similarité n'est pas naturelle et que seule l'égalitarisme est une construction sociale néfaste aux identités.

«Une approche strictement égalitaire des sexes gomme toute différence entre hommes et femmes»⁶⁰⁵, ce qui remet en cause la notion d'identité.

Si les questions de la mixité et de la parité peuvent apparaître de manière sous-jacente à la problématique de l'égalité des sexes, elles demeurent pourtant la clé de voûte d'une justice différentialiste au service de l'universalisme et donc des identités.

Le mouvement paritaire est fondé sur l'affirmation de la dualité sexuelle telle que Antoinette Fouque l'a décrit dans son livre *Il y a deux sexes* et contrairement au mouvement égalitariste, qui préconise l'extinction de toute référence à la différence sexuelle.

Il a, dès lors, permis de faire accepter le concept de discrimination positive au bénéfice des femmes et de remettre en cause les orientations de la politique relative aux femmes. Les origines du

604 Telle est ici la vision du populisme qui défend les intérêts du peuple. A l'excès «le populisme au féminin consiste à proclamer et revendiquer positivement une identité qui s'est construite sous l'égide de la domination masculine». Ici, le populisme au féminin considère que l'identité féminine n'est autre qu'une identité de femme soumise légitimée par le pater familias. Cf. EPHESIA, *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, Paris, La découverte, 1996, 740 p.

605 EPHESIA, *op. cit.*, p. 23.

mouvement paritaire font écho au constat de l'inefficacité mesures d'égalité des sexes en matière d'intégration des femmes en politique. Il va permettre non seulement un égal accès des hommes et des femmes dans le monde politique, mais en plus repenser l'héritage universaliste des Lumières.

Pour la femme de lettres et féministe Maria Deraismes, les hommes et les femmes, bien que «pétris du même limon»⁶⁰⁶, appartiennent au genre humain et à une identité sexuée. C'est cette double appartenance qui permet de revendiquer une spécificité sans trahir l'attachement à la volonté de l'égalité des sexes.

338. La réciprocité, concept originellement juridique, jouant un «rôle fondamental pour assurer l'exécution des obligations»⁶⁰⁷, permet au sein d'une même relation la pratique d'un échange entre l'un et l'autre. Elle implique donc une relation d'altérité qui ne suppose pas nécessairement une relation d'égal à égal, bien que «le comprenant et le compris sont quelquefois égaux [...]»⁶⁰⁸ dans leur lien et leur prestation, mais enveloppe la question du mutuel qui entend les différences de ses acteurs.

Les contrats synallagmatiques sont l'illustration la plus représentative de la réciprocité, la cause de l'engagement d'une partie reposant sur l'obligation de l'autre et réciproquement. Ces contrats respectent l'identité des deux termes qui en ont formé les termes. La relation d'altérité est ici consacrée et la mutualité particulièrement attachée au synallagmatisme n'est pas synonyme d'égalité, mais d'échange incluant l'autre dans son projet.

Fichte, dans ses *Fondements du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* explique que la relation juridique soutient «la définition du concept d'individu entendu comme concept réciproque»⁶⁰⁹.

Mais pour que la relation juridique puisse se fonder sur la réciprocité, elle doit impliquer que la liberté des deux termes soit reconnue et que leur attitude respective et mutuelle soit cohérente, ce qui ne pourra fonctionner sans une auto-limitation. Le droit admet donc que la réciprocité soit liée aux relations entretenues entre les justiciables, ce qui préfigure une acceptation des différences dans le domaine du synallagmatisme.

606 F. ROCHEFORT, «La problématique féministe de la différence des sexes au tournant du siècle», EPHESIA, *op. cit.*, pp. 337-341.

607 P.-M. EISEMAN, La réciprocité en droit international, *Politique étrangère*, 1980, vol. 45, n°2, pp. 536-537.

608 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, oct. 2010, p. 895 : «Le comprenant et le compris sont quelquefois égaux, comme il arrive dans les propositions réciproques». G. W. LEIBNIZ, *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, IV, ch. XVII, § 8, Paris, Hachette, 1898, p. 279.

609 I. AUBERT, Sujet et intersubjectivité, *Trajectoires*, 2008.

Malgré la marche vers le respect des différences inclus dans de telles relations, celui-ci renvoie cependant aux seuls domaines de réciprocité, ce qui est insuffisant à la reconnaissance de l'identité féminine et non propre à la cause.

La consécration des différences sexuelles par l'égalité des chances satisfait davantage le but poursuivi.

2- Le cas concret de l'égalité des chances

339. Une égalité de moyens dans le respect des différences. L'égalité des chances en tant qu'instrument mis à la disposition des femmes pour corriger les inégalités injustes et leur reconnaître une identité propre est une illustration concrète de la justice distributive.

Admettre la différence sexuelle est alors un moyen de parvenir à l'égalité dans le cas de l'égalité des chances. A supposé qu'il existe des égalités naturelles, c'est-à-dire qui ne seraient pas mises en œuvre par la main de l'homme, l'égalité des chances n'en est pas une, il ne s'agit au contraire d'une égalité forcée. Pour autant, elle ne dessert pas l'identité féminine puisqu'au contraire elle l'utilise pour démontrer que des différences sexuelles existent entre les hommes et les femmes et qu'il s'agit de voir au-delà de ces différences pour établir un équilibre universel de justice et d'acceptation de l'autre.

L'égalité des chances n'est pas propre à la question de la différence sexuelle. «Elle implique de prendre en compte certaines caractéristiques individuelles jugées arbitraires d'un point de vue moral telles que le milieu social, les capacités innées, afin de compenser les individus pour de telles différences»⁶¹⁰.

L'égalité des chances est clairement associée au principe de différence qui, contrairement à la théorie du genre et aux égalitaristes, écoute l'autre sans le vouloir nécessairement même. Elle

610 D. MAGUAIN, Les théories de la justice distributive post-rawlsiennes. Une revue de la littérature, *Revue économique*, 2002, vol. 53, n° 2, p. 167.

permet de compenser les facteurs exogènes⁶¹¹ pour offrir toutes les chances d'obtenir le résultat souhaité.

Rawls et l'économiste Amartya Sen ont été les pionniers pour défendre cette conception de la justice distributive. Leurs idées ont par la suite été reprises et précisées.

340. L'égalité des opportunités. Le philosophe américain Richard Arneson opère une distinction nette entre ce qui relève ou non des choix et des capacités à choisir des individus. Il ne parle pas d'égalité des chances mais d'égalité des opportunités⁶¹². La différence entre la chance et l'opportunité est que face à une opportunité, l'individu peut choisir ou non de la saisir, elle implique un jugement de valeur. L'égalité des chances est en quelque sorte imposée, de la même manière qu'un quota introduit pour respecter la parité sexuelle l'est. Il illustre sa théorie par un arbre de décisions dont la racine serait l'instant présent et les branches, les potentielles situations à venir d'un individu.

Pour le philosophe, les arbres de décision des individus sont toujours différents, même si les situations sont équivalentes, car le choix de suivre telle branche plutôt qu'une autre diffère selon des éléments intrinsèques à la personne, comme sa capacité réactionnelle devant une situation donnée. Pour que les arbres de décision soient considérés comme équivalents, il ne suffit pas que les situations soient équivalentes, mais il faut également permettre aux individus de bénéficier des mêmes capacités à réagir. La conception de l'égalité des chances par Richard Arneson présuppose que les individus s'ils veulent bénéficier de cette compensation doivent contrôler les facteurs qui les mèneront à choisir un sentier.

En terme d'identité féminine, cette vision revient à rejeter massivement la théorie du genre et à faire valoir enfin la liberté de choix des femmes, alors contraintes par leur environnement social.

341. Alors que les contours de l'égalité des chances perçue par la théorie rawlsienne étaient vagues, Richard Arneson vient ici les délimiter avec la notion de choix, permettant de comprendre que si l'environnement social peut influencer les choix individuels, il n'aliène pas pour autant les individus dans un environnement cloisonné et imposé, mais offre le choix de la liberté et de la

611 Le sexe est ici considéré comme étant un facteur exogène, puisqu'il ne dépend pas de la volonté, ni de la responsabilité de l'homme et de la femme.

612 R. J. ARNESON, Equality and equal opportunity for welfare, *Philosophical Studies*, vol. 56, 1989, pp. 77-93.

revendication de l'identité à travers ce qui sera choisi.

Le problème que cette théorie soulève est celui du moment de l'opportunité. Une proposition opportune à l'instant N, le sera-t-elle à N+1 ?

En effet, pour que la théorie de Richard Arneson se vérifie, «l'individu doit être tenu responsable toute sa vie de ses choix antérieurs (il doit par exemple supporter intégralement les conséquences d'un changement dans ses préférences, [c'est-à-dire dans ses choix])»⁶¹³. Il est donc responsable de ses actes passés. Il serait alors selon cette théorie envisageable de refuser à une mère une mesure sexospécifique tenant à aménager son temps de travail en fonction de la scolarité de ses enfants sous prétexte qu'elle a fait le choix à un moment opportun de sa vie de devenir mère. Cette vision se révèle être préjudiciable pour l'identité de la femme qui a pu se développer selon ses choix de vie.

C'est cette problématique du temps qui voue cette théorie à l'échec. Elle ne peut donc être retenue en tant qu'égalité des chances efficace et bénéfique servant l'identité de la femme.

342. L'égalité d'accès. La théorie développée par le philosophe politique Gerald Cohen ne prend pas en compte le facteur temps en remplaçant le terme «opportunité» par celui d'«accès» permettant à un plus grand nombre de personnes affaiblies par leur(s) différence(s) de prétendre à accéder à l'équité de la justice distributive⁶¹⁴.

Seulement, ici encore cette théorie ne peut être retenue, car elle manifeste clairement la volonté d'enrôler le politique dans la mise en œuvre de l'égalité des chances, ce qui vient conforter le welfarisme⁶¹⁵ génériciste et minimiser la place de la justice dans la protection des droits et libertés fondamentaux de ses sujets.

En somme si l'égalité des chances demeure un moyen fiable de l'égalité dans la différence et

613 P. GENIER, Deux contributions sur dépendance et équité. Quel est l'apport des nouvelles théories de l'équité pour la définition des politiques publiques ? Le cas de la dépendance des personnes âgées. Équité sur cycle de vie et équité en présence d'externalités: une illustration à travers la politique publique de la dépendance. Institut national de la statistique et des études économiques, *Série des documents de travail de la Direction des Etudes et Synthèses Économiques*, mars 1997. Pascale Génier se demande ainsi (p. 25) : «[...] , peut-on décemment refuser de prendre en charge les soins d'une personne qui aurait eu un grave accident suite à une conduite imprudente ?»

614 D. MAGUAIN, art. préc., p. 192 : «L'idée de Cohen est que toute politique égalitariste devrait être animée par le souci d'annuler l'effet de désavantages ne mettant pas en jeu la responsabilité des agents, où l'idée même de la responsabilité est vue au travers des choix que les agents ont faits, font ou peuvent faire».

615 J.-B. JEANGENE VILMER, *L'éthique animale*, Paris, PUF, 2011, 128 p.

partant un vecteur de la reconnaissance de l'identité féminine, son bémol réside dans sa formalisation par les institutions publiques de l'État (Ministère pour l'égalité des femmes).

§ 2 IDENTITÉ JURIDIQUE CONTRE ALIÉNATION POLITIQUE : RETOUR AUX FONDEMENTS DU DROIT

343. L'identité féminine soutenue par un droit universaliste ne peut que s'opposer à un politique aliénant les différences sexuelles du fait de sa vocation naturelle au généricisme lorsqu'il s'immisce dans les affaires du droit et qu'il force à l'application de la règle de l'égalité qu'il a lui-même édictée.

Pourtant, le droit et le politique servent en apparence la République et donc les membres qui la composent (A).

En réalité, seul le droit est capable de protéger les individus et de les protéger dans leurs différences et leur singularité, car le politique participe au généricisme égalitaire en continuant d'édicter des normes non seulement indifférentes aux spécificités féminines, mais aussi désireuses de les effacer (B).

A- EN APPARENCE, DROIT ET POLITIQUE AU SERVICE DE LA RÉPUBLIQUE

344. Dans son œuvre *La République*⁶¹⁶, Platon imagine une cité dans laquelle les intérêts de chacun sont respectés et ce grâce à un système d'ordres répondant à un impératif de tripartition organique, au sein-même de la cité, la rendant ainsi idéale.

A cette exigence de respect d'autrui, mise en œuvre par des moyens difficilement réalisables actuellement, a succédé une volonté toujours évidente de préservation des intérêts de chacun, mais dont la charge est dévolue à des outils en apparence plus pertinents et performants : le droit et le politique.

616 PLATON, *La République*, Paris, Flammarion, 2001, 801 p.

En théorie, le droit et le politique sont chargés de veiller au bon fonctionnement de la République quant au respect des droits des individus et chacun dispose d'un domaine d'intervention (1).

C'est ainsi que le droit est responsable de la définition de la République, tandis que le politique a en charge de la défendre (2).

1- Définir et défendre la République

345. L'office du droit. Le droit définit la République dans sa composition en déterminant quels sont les biens privés et les biens publics, ainsi que les personnes, tout en respectant l'idée selon laquelle les individus sont égaux devant la loi. Le droit est conçu comme un moyen de protection de la personne.

Une telle protection semble ainsi être garantie par le droit, mais il doit avant tout délimiter le domaine d'application des lois. Angel Sanchez de La Torre dans son livre *La tyrannie dans la Grèce antique* se demande d'ailleurs si «la force du droit ne serait pas l'élément nécessaire pour supprimer les obstacles et permettre l'exécution des lois»⁶¹⁷.

Le droit garantit une protection de la personne et lui offre des droits qui doivent être auto-régulés par des devoirs permettant un juste équilibre des droits de chacun. La maxime kantienne rappelle cette réciprocité des droits et des devoirs : «Agis toujours de telle sorte que la maxime de ton action puisse être érigée en règle universelle».

Si le droit a pour office de déterminer le contenu de la République, le politique, lui, défend la République dans sa forme en protégeant également le droit.

346. L'office du politique. L'activité politique a pour but de «guider la vie collective et de préserver le bien commun»⁶¹⁸. Pour certains philosophes comme Hegel et Hobbes, il existerait un

617 A. SANCHEZ DE LA TORRE, *La tyrannie dans la Grèce antique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, 250 p.

618 L. MARCIL-LACOSTE, Problèmes contemporains de l'égalité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 1, L'univers philosophique*, Paris, PUF, ss. la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 2032 p.

véritable pouvoir de l'État qui le rendrait ainsi souverain. Hegel parle d'étatisme et c'est en ce sens que sa théorie de l'État se dirige. En effet, pour Hegel, «l'État est fondé sur la liberté et il agit en vue de la liberté»⁶¹⁹, «l'État est vrai parce qu'il est le tout. Il est le seul à permettre d'atteindre la fin et le bonheur individuels»⁶²⁰.

Hegel revendique donc une omnipotence du politique.

Eric Weil dans son ouvrage *Hegel et l'État*, soutient le point de vue hégélien en considérant que l'État serait en principe à même de satisfaire l'intérêt général, dans la mesure où il se situe au carrefour du droit privé, de la famille, de la société, du travail, comme s'il s'agissait pour l'État d'une nécessité extérieure, d'une puissance supérieure»⁶²¹.

Le pouvoir politique se trouve alors confronté à la question de savoir quel est le meilleur gouvernement possible, c'est-à-dire quel gouvernement respecterait le mieux l'objet premier du politique, à savoir la garantie de l'intérêt général et l'objet premier du droit, la protection des intérêts particuliers.

Afin que les intérêts de tous soient préservés, il est primordial que le discours et l'activité politiques soient orientés vers cette nécessité de bien-être commun. Le politique doit répondre au mieux cette volonté d'intérêt général et il ne peut mener à bien ses actions sans respecter le droit, car il ne peut exister de politique sans regard tourné vers le droit.

Cette interdépendance du droit et du politique semble traduire leur objet commun, la préservation de la République et qui se traduit par une exigence de respect à la fois de l'ordre public et de l'égalité au sein-même de la communauté.

Droit et politique sont chacun investis de responsabilités, mais il semble que leurs deux finalités sont communes. La première est liée au respect de l'ordre public, la seconde à l'égalité entre les individus.

619 E. WEIL, *Hegel et l'État*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2000, 116 p.

620 I. BELAVAL, *La révolution kantienne. Histoire de la philosophie*, Paris, Gallimard, 1978, 309 p.

621 E. WEIL, *op. cit.*

2- Respecter l'ordre public et promouvoir l'égalité

347. «Suivre ce qui est commun». Si le droit et le politique divergent quant à leurs modes d'action, leur finalité est identique «suivre ce qui est commun»⁶²².

Pour Aristote, la finalité de l'homme est le bonheur, celle de la cité est de vivre en communauté. Cette communauté de vie ne peut être réellement effective qu'à la condition que l'ordre public ne soit pas troublé. L'ordre public représente une conception de la vie commune régie, d'un point de vue juridique, par des règles qui s'imposent pour des raisons de moralité et de sécurité, les individus ayant besoin d'une société ordonnée. Il appartient au droit de mettre en place, puis de faire respecter les dispositions fondamentales qui constituent le cadre de l'ordre public nécessaire à toute société.

Le droit et le politique œuvrent donc en ce sens en exigeant un respect de l'ordre public pour la sécurité et le bien-être de tous. Le droit implique par nécessité le refus du désordre, «véhiculant par nature une exigence d'ordre. Instrument de la discipline sociale»⁶²³, le droit a pour fin l'ordre.

Il en est de même pour le politique dont les fins sont conjointement «la sécurité, la liberté et la prospérité»⁶²⁴. dès lors, et comme Duguit le soutient dans son œuvre *Traité de droit constitutionnel*, l'État serait au service de la République dont la finalité principale est dans le respect des droits des individus.⁶²⁵

Que l'État soit omnipotent ou qu'il soit observateur, que les préceptes de la nature régissent la vie en communauté ou que la société soit soumise à des règles juridiques, l'exigence d'un ordre public effectif demeure la clé de voûte de ces nombreux cheminements de pensée⁶²⁶.

622 HERACLITE, *Fragments*, Paris, Flammarion, 2002, 374 p.

623 R. SEVE, Droit, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les notions philosophiques*, Paris, PUF, ss. la dir. d'André Jacob, avril 1998, 3344 p.

624 J. BAECHLER, Politique, *Encyclopédie philosophique universelle, T.1 : L'univers philosophique*, Paris, PUF, ss. la dir. d'André Jacob, avril 1998, 2032 p.

625 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Gale, Making of Modern Law, 2013, 346 p.

626 Si le politique et le droit semblent jouer un rôle prépondérant dans le maintien de l'ordre public aujourd'hui, il n'en a pas toujours été ainsi, mais l'objectif d'ordre public n'en était pas moins recherché. En effet, certains auteurs et philosophes ont décrit des systèmes dans lesquels l'ordre public était recherché sans que le politique et le droit n'interviennent ni l'un ni l'autre, ou seulement l'un des deux. C'est ainsi que Rousseau dans *Discours sur les sciences et les arts* préconise un état de nature au sein duquel les individus ne sont soumis qu'à leurs propres règles et selon un

Toutefois, cet ordre public, à l'image du Léviathan de Hobbes, vu par Nietzsche, peut être soumis au bon vouloir d'un seul et ainsi corrompre une société qui lui accordait sa confiance. L'ordre public doit donc respecter à son tour une exigence, qui est celle de l'égalité entre les individus, de sorte que les inégalités injustes ne soient plus légitimées.

«Dans la société civile, les individus sont tournés vers la satisfaction de leurs besoins particuliers par le travail et les échanges, dans l'interdépendance économique et juridique générale»⁶²⁷.

348. Dans le respect des différences. Cette nécessité de satisfaction de ses propres intérêts n'est réalisable que par le biais d'une relation avec autrui. Mais cette relation n'est pas toujours évidente. L'homme se trouve en porte-à-faux entre le besoin de vivre parmi ses semblables et son désir d'affirmer sa singularité.

Pour les égalitaristes, les différences entre les individus, au sein des relations d'altérité, peuvent aggraver les situations. C'est ainsi que pour Simone de Beauvoir, l'homme et la femme sont d'abord des êtres humains et elle refuse que la femme soit considérée comme étant différente de l'homme. L'idéal serait alors de soumettre à l'égalité les relations entre les individus pour que l'ordre public soit effectif. Le droit et le politique ont ainsi pour mission de faire appliquer l'égalité à travers les règles qu'ils imposent et de faire admettre que les différences ne doivent pas conduire au rejet de l'autre.

Eschyle dans sa pièce *Les Perses*⁶²⁸, montre que les Barbares ne sont pas les ennemis que l'on hait et partant que l'autre n'est pas forcément négatif. L'autre est, au contraire, nécessaire et

respect mutuel. C'est à partir du «mythe de l'âge d'or» que Rousseau imagine un état antérieur à toute forme de vie en société et dans lequel les hommes auraient vécu en harmonie avec les lois de la nature. Pour l'auteur c'est la société qui corrompt l'homme.

Cette exigence de vie en communauté ordonnée et respectueuse se retrouve chez Hobbes, mais la démarche est différente. Hobbes considère, à l'inverse de Rousseau, que l'état de nature est un état chaotique dans lequel l'ordre public n'existe pas. Pour lui, l'état de nature est un état de guerre et les individus vont alors décider de confier une partie de leurs prérogatives à l'autorité d'un tiers : le Léviathan. Les hommes passent un pacte avec le Léviathan qui devra leur garantir la sécurité et qui sera le seul détenteur du monopole de la violence légitime. Ce monopole est développé chez Weber dans son œuvre *Le savant et le politique*, en considérant que «ce qui est en effet le propre de notre époque, c'est qu'elle n'accorde à tous les autres groupements, ou aux individus, le droit de faire appel à la violence que dans la mesure où l'État le tolère : celui-ci passe donc pour l'unique source du droit à la violence». Pour Nietzsche, ce monopole peut conduire à des dérives de la part de celui qui le détient. Pour lui, l'État est manifestement malfaisant, il est dans *Ainsi parlait Zarathoustra*, «le plus froid de tous les monstres froids. Il ment froidement et voici le mensonge qui rampe de sa bouche: moi, l'État, je suis le peuple». Paris, Le Livre de Poche, 1972, 410 p.

627 R. GERVAIS, Société civile, *Encyclopédie philosophique universelle*, T. 2 : *Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

628 ESCHYLE, *Les Perses*, Paris, Les Belles lettres, 2002, 106 p.

droit et politique par le biais de l'égalité vont permettre cette acceptation de l'autre. En effet, «le droit existe pour remédier à l'injustice et à l'intolérance qui atteignent la personne directement, dans son être propre, ou indirectement, à travers ses biens ou ses avoirs»⁶²⁹.

Une telle égalité est-elle réellement effective ou n'est-elle qu'efficace ?

Concrètement en ce qui concerne l'égalité des sexes, celle-ci n'est que théorique, mais est-elle nécessaire lorsque la reconnaissance de la différence féminine ne la déprécie pas ?

Le droit doit s'employer à corriger les inégalités injustes, mais il ne doit pas chercher à tout prix une égalité des sexes, lorsque celle-ci encourage à gommer les différences des sexes et à contraindre irrévocablement la femme à aliéner son identité.

B- EN RÉALITÉ, LE DROIT DÉFIÉ PAR LE POLITIQUE

349. Appartenant à tous la République doit être protégée dans ses intérêts et cette mission doit incomber à une instance capable de garantir le respect des individus qui la composent. Il s'agit d'observer les individus en ne portant pas atteinte à leur personnalité et de conserver un esprit raisonné d'équité pour que le pouvoir ne tombe pas entre les mains d'un Léviathan.

Dans son œuvre *Utopie*, Thomas More imagine une île entièrement régie par l'État et qui ne connaîtrait aucune violence, ni aucune injustice. Cette société utopique serait ainsi fondée sur une stricte application du principe d'égalité et dans laquelle les individus se ressembleraient. La question est alors de savoir si une telle société est souhaitable et dans quelles mesures elle pourrait l'être.

L'omnipotence du politique est-elle un bien pour la République et ses membres ou est-elle un instrument d'asservissement des femmes au genre humain, déssexualisé ?

A l'illusion d'un droit rigide et trop théorique pour solutionner des problématiques concrètes, semble se substituer la réalité d'un politique classificateur et démagogue qui, à l'origine, devait être proche de ceux qui l'ont élu.

629 J.-M. TRIGEAUD, *Justice et tolérance*, Bordeaux, Éd. Bière, 1997, p. 171.

Le politique a, en réalité, une vocation génériciste néfaste pour l'identité féminine, car ses aspirations sont celles de l'édiction de normes trop générales pour voir les sensibilités qui sont pourtant la pierre angulaire de toute identité, de toute personnalité (1) ; tandis que le droit dispose, lui, d'une vocation singulariste et universaliste⁶³⁰, qu'il doit se réapproprier pour ne plus être envahi et donc trahi par le politique (2).

1- Le généricisme politique

350. Le politique, générateur d'homogénéisation et de rejet de l'identité. La vocation du politique n'est pas réellement orientée vers une protection des individus dans la mesure où l'État ne les considère pas comme des personnes singulières, mais comme un ensemble sans particularismes. Cette conception génériciste des individus, qui les prive de leur liberté, de leur libre-arbitre et qui les entrave donc doit être considérée comme dangereuse, aliénante.

Le genre, qui est à l'origine, une notion socio-anthropologique, désigne une catégorie d'objets «fondés sur des similarités existant ses éléments»⁶³¹.

In extenso et selon une approche philosophique, le généricisme est alors le fait d'être par l'abstraction à laquelle l'on se rattache. Il réduit donc l'individu à l'abstraction de ce qui le désigne.

Dans son œuvre, *Pour une philosophie du sens et de la valeur*, Vassilie-Lemeny explique sa vision du genre. Pour lui, «l'abstraction que le général engendre ne constitue pas une opération d'intégration, mais elle montre en quoi consiste le genre». Il développe en opérant une distinction entre le genre et l'universel considérant que «le genre est supérieur à l'espèce comme généralité, car il comprend plusieurs espèces ayant des qualités similaires, mais il lui est inférieur comme universalité car il ne spécifie pas toutes les qualités et ne révèle donc pas le caractère spécifique de l'espèce»⁶³².

Le genre est créé par les individus eux-mêmes, mais aussi par le politique qui va «chercher à faire

630 J.-M. TRIGEAUD, *Justice et hégémonie*, Bordeaux, Éd. Bière, 2006, p. 12 : «Le droit embrasse tous les universels singuliers, sans préjuger de qui est qui».

631 J.-M. SCHAEFFER, Genre, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

632 S.-T. VASSILIE-LEMENY, *Pour une philosophie du sens et de la valeur*, Bordeaux, Éd. Bière, 1990, p. 70.

de la République une sorte de République privée»⁶³³. Et c'est de cette manière que le genre va se construire. Cette République privée serait fondée sur les intérêts personnels de l'État lui-même ou de ses représentants. Le politique crée du genre en ce sens qu'il crée un État consistant en une «administration publique qui obéit à un processus d'élaboration localisé, générique, appartenant à un groupe social donné»⁶³⁴.

Le politique crée un État genré qui obéit à ses prédictions, à ses directives au détriment de «l'exigence de l'ordre public que le droit de l'État assigne à tous»⁶³⁵.

La théorie de l'État de Kelsen complète cette conception de l'étatisme en développant sa thèse de l'identité de l'État et du droit. Selon la conception traditionnelle du rapport État-société, l'État est perçu comme une réalité sociale, mais dont on se demande si elle est soumise au droit et limitée par lui ou si c'est elle au contraire qui crée le droit⁶³⁶.

Le risque d'un généricisme politique est donc qu'il empiète sur le domaine du droit pour faire de la République une cité fondée sur les intérêts de quelques-uns au détriment des autres alors délaissés.

Le danger pour «l'homme générique, l'homme du collectif est de s'identifier à la cité elle-même»⁶³⁷ et ainsi de voir son individualité aliénée, de sorte que ses particularités soient fondues dans le général.

351. Une aliénation de l'autre féminin. Le généricisme et notamment le généricisme politique serait alors une source d'aliénation pour la femme.

La politisation de masse, celle qui fait donc primer le politique sur le droit, peut être dangereuse pour les femmes. Elle peut conduire en effet à de graves discriminations, à l'«exclusion pure et simple d'individus ou de groupes sur lesquels portent les règles de l'organisation sociale»⁶³⁸.

Tel est le cas lorsque l'État détermine son propre droit, ses propres lois et que la République devient le bien de l'État. Le politique ne doit pas s'immiscer dans la vie des femmes, mais seulement les considérer comme des personnes spécifiques. Récemment, il les a effectivement considérées comme des personnes spécifiques, mais à leur détriment en lançant par le biais du Ministère des droits des

633 J.-M. TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 84.

634 *Ibid.*, p. 87.

635 *Ibid.*, p. 85.

636 M. TROPER, Kelsen, *Dictionnaire des philosophes*, ss. la dir. de Denis Huisman, Paris, PUF, Septembre 2009, 1984 p.: «Kelsen rompt radicalement avec ce dualisme : l'État, en tant que groupe humain, n'est pas une réalité naturelle ou sociale, mais l'ordre normatif même qui règle la conduite des individus qui le composent».

637 J.-M. TRIGEAUD, *Éléments d'une philosophie politique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1993, p. 82.

638 L. MARCIL-LACOSTE, Les problèmes contemporains de l'égalité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les notions philosophiques*, Paris, PUF Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

femmes une application sur smartphone leur permettant de pouvoir s'affirmer afin d'obtenir un salaire égal à celui des hommes⁶³⁹. Si une telle mesure semble être une hérésie, elle en est une effectivement et elle symptomatique de l'hybris de l'ingérence étatique. Les droits des femmes qui sont censés être protégés par le politique ne le sont alors plus, alors même que l'activité politique est celle qui «préserve le bien commun ou l'intérêt général sous des règles communes au bénéfice de l'ensemble de la population»⁶⁴⁰. Le politique ne sait pas comment il doit se comporter face aux femmes, tantôt il s'ingère de manière outrancière dans leur vie, tantôt il les voit comme des hommes.

352. Indépendamment de leurs spécificités, les femmes font partie intégrante de la République et doivent comme telles bénéficier de la protection du politique. Associé à cette politisation critique, le généricisme va déconsidérer la femme de sorte qu'elle ne soit plus qu'une entité au sein d'un ensemble, donc que sans que ses particularités ne soient reconnues. Cela conduit de facto à une aliénation politique puisqu'il s'agit pour le pouvoir incarné par l'État de «tenter de contraindre les possibilités de choix des individus et des groupes»⁶⁴¹.

«Pour Marx, l'État ainsi conçu est le fait de l'aliénation politique qui consacre la scission de l'individu en homme public et en homme privé»⁶⁴², l'homme public étant l'homme politique qui agit pour le compte de certains seulement au détriment de la collectivité dont il a en charge de faire respecter les droits.

Cette pratique peut également être taxée de politiste, consistant à «ruiner la dimension existentielle de l'homme en tant que personne, en ne retenant que son personnage, son lien au groupe d'État»⁶⁴³.

La femme, va ainsi être réifiée en tant que bien appartenant à l'État au préjudice de sa singularité laquelle détermine une personne dans «la dimension strictement individuelle de son

639 Jean-Marc Trigeaud explique alors : «[Le politique] invente des pratiques totalement «propres» ([Ministère des droits des femmes]), instrumentant des procédures pour le moins discutables [...], niant implicitement les compétences des représentants indépendants de la chose publique, des fonctionnaires établis (magistrats avant tout). C'est ce qui lui permet d'étendre au-delà du droit et donc en violation du droit, son administration. C'est ce qui l'autorise indûment à s'immiscer dans la privacy individuelle, et, avec le constant alibi de préserver l'intégrité des personnes (ainsi du malade sur son lit de souffrance), en portant atteinte en profondeur aux libertés sous les droits subjectifs, et en ruinant le statut même de la personnalité juridique: quand l'État empiète sur le domaine des «personnes» derrière les «personnages» qui lui sont assignés et quand il fait semblant de ne plus savoir qu'il doit une protection formelle et le cas échéant par la force au droit qui protège, par les mots et la pensée, l'ensemble des vivants».

640 L. MARCIL-LACOSTE, art. préc.

641 P.-J. LABARRIERE, Aliénation, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

642 *Ibid.*

643 J.-M. TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 31.

existence»⁶⁴⁴.

Désireux de «flatter la masse dans ses aspirations immédiates»⁶⁴⁵, le politique peut devenir démagogue et adapter son discours, niant ainsi ce qu'il cherche à masquer, «la vérité du tout» : les attentes et besoins des femmes. Ce politisme est appuyé par Hegel qui renverse la conception traditionnelle du rapport droit/État : «de réalité supérieure à l'État, il devient une réalité dérivant et dépendant de l'État»⁶⁴⁶.

A cet étatsisme hégélien traduisant une subordination du droit à l'État, Leibniz et Kant ont privilégié le primat nécessaire du droit selon un idéal de justice⁶⁴⁷.

353. Les généricismes qui alimentent des différences discriminantes entre les deux sexes «promeuvent des critères aveugles et hypocrites d'égalité, s'enfermant en réalité de peur de désintégration de soi, dans un sentiment d'ipséité monolithique»⁶⁴⁸, s'éloignant des relations d'altérité et percevant l'autre féminin comme un danger.

Si les différences sont le gage de la singularité de chaque individu, il en est autrement des différences à caractère discriminatoire produites par le généricisme du politique qui ne voit que le général sans considération du particulier.

Généricisme politique/politisme génériciste, la question ne se pose pas de savoir qui est à l'origine de telles dérives, mais elle doit se poser de savoir qui peut rééquilibrer les inégalités injustes et néfastes à l'identité féminine.

Parce qu'il est fondé sur des règles d'organisation à la fois universelles et particularistes, il semble opportun de considérer que le droit est en mesure de protéger les femmes tant dans le respect de leurs droits en tant que sujet de droit, que dans celui de leur singularité

644 P.-J. LABARRIERE, *Singularité, op. cit.*

645 J.-M. TRIGEAUD, Introduction, A. ROSMINI, *Philosophie de la politique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, p. 23.

646 S. COTTA, *Le droit dans l'existence*, Bordeaux, Éd. Bière, 1996, p. 144.

647 *Ibid.*

648 J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, Bordeaux, Éd. Bière, 2001, pp. 3-4.

2- Le sing-universalisme juridique

354. Le droit, une vocation universaliste. Le droit connaît une double vocation. Il œuvre à la fois dans le sens du singularisme en prenant en compte les particularismes et également dans le sens de l'universalisme proposant une prise en considération de tous les intérêts divergents.

Si la vocation universaliste du droit n'en fait pas pour autant une notion à caractère juridique, c'est cette même vocation qui permet d'affirmer que le droit se place au service de l'identité féminine. Alors que les tenants de l'égalité réclament des mesures pour gommer la différence sexuelle, l'universalisme au nom de la diversité voudrait que les vides juridiques autour de la notion d'identité féminine soient comblés. La travailleuse est protégée sur son lieu de travail, mais qu'en est-il de la femme qui doit être protégée des coups de son mari ? Il s'agit pour le pouvoir juridique d'intervenir et en urgence.

C'est à travers une délimitation rigoureuse des contours de la République et des règles à ne pas enfreindre que le droit permet une protection des individus. Les attributions du droit en matière de définition de la République ne se limitent pas à un tel travail de protection des personnes. Il s'agit également pour le droit de «considérer la personne en tant qu'individu et d'écarter la considération de la personne sociale et relationnelle»⁶⁴⁹, et cela se traduit par une singularisation⁶⁵⁰ de la personne.

Cela permet d'admettre le primat de la personne per essentia sur la personne in obliquo, en ce sens que la personne est dans un premier temps considérée du point de vue de la relation qu'elle entretient avec elle-même- cette relation étant fondée sur ce qui fait que la personne est celle-ci et non une autre-, puis la personne sera considérée du point de vue de la relation entretenue avec autrui. Ce lien avec soi préexiste donc au lien existant avec autrui⁶⁵¹.

D'après Hegel, «c'est dans l'État que l'homme atteint sa moralité la plus haute»⁶⁵². L'État permettrait ainsi, d'un point de vue hégélien, à l'homme d'atteindre sa réalisation sociale la plus aboutie, le droit étant le «premier degré du développement de l'esprit objectif»⁶⁵³.

649 J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux, Éd. Bière, 1985, p. 67.

650 N. BLUMENKRANZ, *Singularité*, *op. cit.*

651 Une telle conception du rapport de la personne avec le lien social est à rapprocher avec la conception du développement de l'être selon deux rapports, le rapport de L'en-soi (*An sich*) et celui du pour-soi (*Für sich*). L'être en-soi représente «la virtualité qui n'est pas encore sortie de son unité intérieure tandis que l'être pour-soi est réalisé comme existence particulière distincte». Cf. R. SEUREAU, *Hegel et l'hégélianisme*, Paris, PUF, 1971, p. 23.

652 R. SEUREAU, *op. cit.*, p. 75.

653 *Ibid.*

355. Le droit, une vocation singulariste. Cette conception étatiste du rapport droit-politique va à l'encontre de l'objet-même du droit en lui attribuant une place mineure quant à l'accomplissement social et spirituel de l'individu. Au contraire, le droit a pour finalité première d'encadrer les personnes en protégeant et limitant leurs propres droits et devoirs. Le droit est alors investi d'une mission de singularisation des personnes en faisant de l'individu et non du groupe le centre d'intérêt de son action⁶⁵⁴.

Cet esprit singulariste, qui va donc accorder la primeur à l'individu est caractéristique des sociétés contemporaines qui appuient l'impératif de respect de la personne dans sa singularité-même. La promotion juridique des droits personnels en est l'exemple le plus significatif permettant un encadrement rigoureux et nécessaire des droits de chacun.

356. S'il est vrai que l'individualisme est défini comme la tendance à s'affranchir de toute obligation de solidarité ou à ne songer qu'à soi, il ne doit pas pour autant être confondu à l'égoïsme ou l'égoïsme qui consistent en un repli sur soi et un refus de l'altérité, comme l'exerce l'égalitarisme des sexes qui refuse la reconnaissance de la femme comme étant spécifiquement différente de l'homme.

Pour mettre un terme à cet amalgame, Tocqueville dans *La Démocratie en Amérique* définit l'égoïsme comme un «amour passionné et exagéré de soi-même qui porte l'homme à ne rien rapporter qu'à lui et à se préférer à tout», l'individualisme comme un «sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables»⁶⁵⁵.

Le singularisme qui permet donc une prise en compte de la femme dans son individualité se veut donc contraire au généricisme de l'égalité des sexes, par lequel la femme est fondue dans la masse du genre humain sans que ses particularités ne soient reconnues.

Le droit donc la règle de droit qui préside à la loi est sans frontières.

Système reposant sur le diffusif, il regarde chaque justiciable au-delà de sa citoyenneté, de son appartenance à l'État. Il peut ainsi être qualifié d'universel en ce sens que son action est globale, il protège tous les individus.

654 Le droit, à vocation universaliste, rappelle au politique, à vocation plutôt génériciste, appliqué a priori à une communauté citoyenne donnée, qu'il doit d'abord protection à ceux qu'il ne peut définir ou déterminer, suivant une nécessaire abstraction, que dans leur personnalité juridique, leur «capacité de jouissance», comme l'enseigne le civiliste, de manière à embrasser tous les universels singuliers, selon notre vocabulaire habituel, au sein de la vie existentiellement parlant, sans préjuger «de qui est qui».

655 A. de TOCQUEVILLE, *La Démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2010, p. 125.

357. Vassilie-Lemeny «analyse l'Un en le représentant sous forme d'un ensemble composé de quatre éléments dont l'universalité». Il distingue deux sens à l'universalité. Le premier issu de sa racine «univers» est une définition générale du terme. Le second est lié à l'inclusion considérant que l'universalité n'a pas seulement un caractère absolu, mais également un caractère inclusif qui permet de déterminer des différences entre les valeurs⁶⁵⁶.

Cet aspect inclusif dénote une volonté de considération de la personne en tant qu'«unicité stricte»⁶⁵⁷.

En effet, «le droit embrasse tous les universels singuliers, sans préjuger de qui est qui»⁶⁵⁸, c'est-à-dire le droit envisage dans ses fonctions de protection chaque individu sans émettre un quelconque jugement de valeur sur l'un d'entre eux tout en tenant compte de son individualité.

358. La nécessité de faire du droit un universel singulier. Par le concept d'universel singulier, il faut comprendre que «l'universel rejoint la réalité profondément irréductible de chaque terme distingué, à condition d'approfondir la compréhension de son essence dans l'être, et de reconnaître par là sa dignité propre»⁶⁵⁹. L'universel est singulier en ce qu'il regarde chaque individu essentiellement, ce que les généricismes récusent.

L'universalisme est donc fondé à la fois sur des ressemblances et des différences selon les termes. Les différences fondées sur des critères arbitraires sont des différences discriminantes qui doivent donc être condamnées en tant que telles.

Idéalement, la République doit être façonnée selon le respect absolu du principe de l'égalité, mais cet idéal est à nuancer dans la mesure où tout absolutisme révèle des défauts et peut conduire à des dérives. Ainsi sur quels critères l'égalité des sexes peut-elle être construite, si ce ne sont sur des critères aléatoires et non toujours bénéfiques aux femmes.

Aristote estimait déjà que toutes les différences sont nécessaires. Il expliquait que le droit est essentiellement justice distributive de sorte que «l'art juridique a pour but de déterminer cas par cas ce qui est réellement dû à chacun : ainsi le droit, dans une cité organisée, distribue des charges et des offices publics. Le droit, qui a donc pour fin le juste, partage et distribue des biens entre les

656 S.-T. VASSILIE-LEMENY, *op. cit.*, pp. 140 s.

657 *Ibid.*

658 J.-M. TRIGEAUD, *Justice et hégémonie*, Bordeaux, Éd. Bière, 2006, p. 12.

659 J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, Bordeaux, Éd. Bière, 2001, p. 3.

citoyens»⁶⁶⁰.

Sans *Le deuxième sexe*, Simone de Beauvoir à l'inverse considère que l'universalisme nie l'égalité selon elle nécessaire entre les personnes, dans la mesure où il a recours à des critères fondés sur les différences. Pour la philosophe qui défend l'égalité entre les hommes et les femmes, un tel point de vue revient à légitimer les différences.

La pensée beauvoirienne se heurte cependant au constat évident des dérives possibles de l'égalitarisme vers le radicalisme égalitaire.

François Jacob, dans la préface de son livre *Le jeu des possibles*, écrit : «l'égalité a été inventée parce que les êtres humains ne sont pas identiques»⁶⁶¹.

C'est justement le risque encouru par une égalité trop parfaite que de vouloir faire des individus un Même. Si ce radicalisme égalitaire fait intervenir l'absolutisme dans son discours, la femme sera définitivement aliénée.

359. Une protection effective de la République doit avoir égard aux intérêts de chacun et traiter au mieux et au plus près les manifestations hostiles à de telles considérations. En effet, il ne doit pas s'agir pour le politique de s'emparer du pouvoir afin de se livrer à des actes répréhensibles par le droit. Les rôles ne doivent plus être inversés. Le droit doit délimiter la République et le politique doit protéger le droit. «La nécessité s'impose à l'État de se soumettre à la stricte tutelle du droit qui possède seul la dimension universalisante d'assurer la protection de la liberté des personnes»⁶⁶². En ce sens, une reconnaissance juridique de la spécificité féminine doit donc nécessairement être recherchée dans et par le droit.

660 R. SEVE, Droit, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les notions philosophiques*, Paris, PUF, ss. la dir. d'André Jacob, avril 1998, 3344 p.

661 F. JACOB, *Le jeu des possibles*, Paris, Fayard, 1992, 135 p.

662 J.-M. TRIGEAUD, *Justice et Hégémonie*, Bordeaux, Éd. Bière, 2006, p. 13.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

360. Pour être reconnue l'identité juridique de la femme ne doit pas seulement procéder du singularisme juridique qui comprend la différence, elle doit aussi être liée à l'universalisme qui, lui, va promouvoir les différences.

Il s'agit alors de considérer la femme dans un ensemble, non pas homogène, tel que l'égalité des sexes le conçoit, mais hétérogène, qui se veut à l'écoute du pluralisme.

Liés l'universalisme et le singularisme concourent à l'acceptation des différences permettant à l'identité féminine de s'intégrer dans le droit.

Dès lors que le droit ne suit plus aveuglement l'égalité des sexes, il s'ouvre à la perspective de l'autre féminin qui nécessite une protection appropriée à sa situation. Les mesures sexospécifiques décriées par les féministes comme accentuant l'écart social entre les deux sexes ont au contraire pour dessein d'adapter le droit au sexe féminin. Leur parfaite compréhension des besoins féminins est telle qu'elles rendent concrète la notion d'universalisme majoritairement perçue à tort selon sa seule abstraction philosophique.

A la fois universel et singulier le droit doit procéder d'une justice différentialiste non seulement juste, mais aussi efficace à hisser les femmes à leur juste place de personne juridique féminine. Mais l'égalité des sexes n'est pas la seule dont le droit se soucie. L'ingérence troublante du politique dans ses affaires à travers le principe de l'universalisme républicain l'empêche d'achever sa vocation première de garant de la protection des individus et c'est cet individualisme redouté comme étant un égoïsme malfaisant pour la société qui est neutralisé par un politique démagogue et génériciste par ses communes intentions.

CONCLUSION DU TITRE 1

361. Si la dissociation du singularisme et de l'universalisme serait insuffisante à mener à terme le processus de reconnaissance de l'identité juridique féminine, elle autoriserait en sus des dérives du généricisme que l'universalisme ne saurait contenir. Cela reviendrait à revendiquer une identité unique qui serait celle du féminin et qui soumettrait le masculin à sa seule vérité. Cela reviendrait en somme à se diriger dans les mêmes impasses que l'égalité des sexes en ne concevant qu'une seule identité sexuelle possible.

L'égalité des sexes est trop prompte à prétendre protéger les femmes si bien qu'elle ne les entend pas et ne les voit qu'à travers leur genre social qu'elle fustige pourtant.

Protéger la femme est avant tout un travail de compréhension de son sexe que seule l'intégration de son identité dans le droit permet. Conscient que les femmes ne sont pas des hommes et que l'égalité sexuelle n'est pas l'unique panacée des inégalités injustes entre les sexes, le droit doit impérativement se résoudre à ne plus plier sous la coupe génériciste d'une égalité aveugle aux différences.

TITRE 2

L'APPROCHE DU DROIT PAR L'ÉQUITÉ

362. Le sing-universalisme juridique pratiqué par le jugement en équité semble être la panacée pour parvenir à l'identité féminine permettant, à travers l'acceptation des différences, la considération de la femme comme personne singulièrement différente de l'homme.

Toutefois, les dérives éventuelles du droit équitable mis en œuvre par un juge unique peuvent faire redouter l'arbitraire (Chapitre 1).

L'équilibre parfait reviendrait à faire appliquer le sing-universalisme juridique par une instance neutre. Ce qui relève de l'inavouable et de l'inenvissable par les féministes pourrait au contraire atteindre l'identité féminine et permettre de consacrer la différence sexuelle. Il ne s'agirait pas d'une justice à double vitesse alors inique, mais une justice différenciée.

D'une part, une justice universelle s'appliquant aux hommes et aux femmes et d'autre part, une justice s'appliquant seulement aux femmes qui admettrait véritablement un sens du juste appliqué au féminin (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

INSTILLER L'ÉQUITÉ

363. L'intégration de l'identité sexuelle dans le droit ne sera effective que grâce à l'implication par le droit du singularisme et de l'universalisme qui, ensemble, dépasseront l'égal par l'acceptation des différences.

Si le sing-universalisme juridique demeure la clé pour reconnaître l'identité féminine, cette solution paraît ne pas être suffisamment ancrée dans la réalité socio-juridique. Il s'agit donc de la mettre en pratique.

Le juge doit alors s'en emparer pour l'appliquer aux cas qui lui sont soumis. Dès lors qu'il utilise une notion qui n'est pas nécessairement juridique et qu'il appréhende les situations de la façon la plus juste et équilibrée et toujours dans la perspective d'acceptation des différences, sa décision sera équitable.

La connexion entre le sing-universalisme juridique et l'équité est alors évidente. Tandis que le premier est corrélatif à la théorie, la seconde est corrélatrice à la pratique.

L'équité sert de moyen d'application du sing-universalisme.

Pour autant, cette notion n'apparaît pas en totale contradiction avec celle de l'égalité ce qui permet de freiner les dérives de la recherche identitaire (Section 1).

Le droit alors équitable tend à la reconnaissance de l'identité féminine en accordant au juge une place qui lui avait été soufflée par le politique (Section 2).

SECTION 1 LES RAPPORTS ÉGALITÉ / ÉQUITÉ

364. Les rapports que l'égalité et l'équité entretiennent reflètent ceux entretenus entre l'abstrait et le concret. En effet, alors que l'égalité est liée à l'abstrait, dans ce qu'elle est générale et non adaptée aux réalités sociales et naturelles ; l'équité, elle, touche au plus près de ces réalités et s'avère être concrète, c'est-à-dire consciente que les situations qu'elle regarde sont créées par des individus qui, parce qu'ils sont humains, ne se ressemblent pas (§ 1).

Ces deux notions ne sont pas pour autant contraires et, ce qui les lie, noue entre elles une relation d'interdépendance, à la généralité de l'égalité vient se greffer la nuance de l'équité (§ 2).

§ 1 INDÉFECTIBLE LIEN

365. Le lien entre l'égalité et l'équité est si ténu que les deux notions se complètent, lorsque, concrète, l'équité voit des différences là où l'égalité perçoit de l'homogénéisation (A). L'équité ne contredit pas l'égalité, mais vient préciser ses règles quand elles les jugent insuffisantes.

Mais si l'universalisme les lie dans leur champ d'application, au contraire, le singularisme les délie dans leur considération des différences, ce qui rend leurs relations inévitablement ambivalentes et duales (B).

A- L'ÉQUITÉ, UN CONCEPT CONCRET

366. L'équité et l'égalité sont liées en ce que la première prend appui sur la seconde pour pouvoir se déployer, mais elles ne se ressemblent pas, la première complétant ou contredisant la seconde lorsqu'elle la juge soit insuffisante, soit injuste en raison de sa trop grande généralité et donc son indifférence aux spécificités des personnes, dont elle a pourtant à gérer les situations (1).

Certes, l'équité est une notion vague aux contours incertains, mais elle se veut avant tout concrète dans l'application qu'elle effectue de la loi comprenant alors les différences inhérentes à chaque situation et ainsi à chaque personne (2).

1- Prolégomènes

367. La concrétisation d'une justice personnalisée. Concept abstrait l'égalité s'oppose à l'équité en ce qu'elle représente son prolongement concret la complétant ou la corrigeant selon ce qui doit être juste.

L'équité permet le passage de l'abstrait au concret, de l'universel au singulier. L'universalisme de la loi est complété par le singularisme de l'équité qui ne s'applique pas à tous, mais à quelques-uns, ceux-là mêmes que la loi ne voit qu'à travers leur genre. Si la loi s'applique indifféremment aux hommes et aux femmes, l'équité-elle s'applique aux hommes et femmes dans leur individualité, elle opère une différenciation que la loi ne peut, dans un souci de généralisation, appliquer.

L'égalité commandée par la loi lorsqu'elle est celle des sexes agit comme une négation des différences entre l'homme et la femme et en ce sens, elle n'est pas toujours synonyme d'équité. En méprisant les diversités, elle crée des injustices, alors que la justice équitable non seulement s'adapte aux différences sexuelles en créant des mesures sexospécifiques, mais aussi exige qu'elles soient respectées. Notion morale et philosophique, l'équité est considérée par Aristote comme un remède à la défaillance de la loi, «la nature de l'équité c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre»⁶⁶³.

Le lien entre la justice, l'équité et la loi est donc inébranlable. Dans un souci de justice, l'équité vient parfaire ce que la loi n'a pu singulièrement accomplir, car son caractère universel l'empêche d'être au plus près des besoins individuels.

663 J. BENOIST, Aristote. *Éthique à Nicomaque*, livre V, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. d'O. CAYLA et J.-L. HALPERIN, Paris, Dalloz, 2008, p. 7

Bien que considérée comme la concrétisation de la justice individualisée, l'équité s'avère être une notion floue aux contours incertains. Il en existe plusieurs définitions dont le but est sensiblement commun, celui de «temp[érer] l'application parfois jugée aveugle des techniques juridiques»⁶⁶⁴.

L'équité marque pour certains un retour au droit naturel du fait de son intérêt à concevoir ce qui ne peut être conçu de manière générique, mais seulement de manière particulière. Cet ancrage dans la spécificité de l'être, dans l'ontologie est constitutif d'un atout lorsqu'il permet un assouplissement d'une loi trop rigide et inadaptée aux besoins des cas particuliers. L'équité humanise ce qui est déshumanisé au profit du tout collectif⁶⁶⁵. Ainsi, la justice devient personnalisée et le droit plus souple et conscient des différences en adaptant sa solution aux cas particuliers. Il s'agit d'attribuer à chacun ce qui lui est dû comme l'exige la justice distributive et ce par référence à la justice naturelle plutôt qu'aux textes de loi. En somme, l'équité procédant de l'équilibre, du sens du juste peut être une contre-application d'une règle de droit si l'intérêt particulier le nécessite.

Si le recours à l'équité peut être une source de contestations du fait de la crainte d'une utilisation abusive par les magistrats, elle a pu également être accueillie favorablement comme un moyen de corriger les imperfections des textes. C'est ainsi, qu'en droit anglo-saxon l'*equity* consistait un corpus de règles appliquées en parallèle de la Common Law et dont le but était de pallier ses défauts toujours dans un souci de considération de situations personnelles⁶⁶⁶.

368. L'équité en droit public, une ressource utile contre les vides juridiques. Le droit interne public s'est montré moins réticent que le droit privé quant au recours à l'équité en l'intégrant

664 C. ALBIGES, *Équité, Répertoire civil*, Paris, Dalloz, septembre 2009, p. 2.

665 L. LE CARON, *Pandectes ou digeste du droit français*, Paris, L'Huillier, 1587, p. 44.

666 A. POTTAGE, «COMMON LAW», *Encyclopædia Universalis*,

URL: <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/common-law/> :

«L'*equity* impose des sanctions individuelles, in *personam*, imposant aux fautifs de faire, de ne pas faire, ou encore de réparer les dommages commis, sous peine d'emprisonnement. Cette sanction rendait l'*equity* plus efficace encore que la common law ; en effet, même si l'on pouvait être sûr avec la seconde de récupérer des dommages-intérêts, une injonction de specific performance prononçant la restitution d'un bien plutôt que sa contre-valeur en espèces, était beaucoup plus attrayante, notamment pour les litiges relatifs aux immeubles. Les concepts élaborés par la Chancery au bas Moyen Âge constituent toujours la source principale de la juridiction équitable, même si depuis 1875 celle-ci est aussi rendue par les anciennes cours de common law. La notion d'un equitable interest, un intérêt qui repose sur les obligations de la conscience reconnues par la doctrine de la Chancery, est sans doute le plus important de ces concepts. Obligation conventionnelle, l'octroi d'un equitable interest ne constitue pas un droit, et relève du pouvoir discrétionnaire du chancelier. Celui qui voudrait se prévaloir de l'*equity* doit lui-même agir selon les normes de conscience (he who seeks equity must do equity). Le développement de l'*equity* a bien sûr généré des conflits avec la common law. En 1615, les juges de common law, las de voir leurs jugements subtilement annulés au nom de la «conscience» du chancelier, ont cherché à faire inculper le chancelier d'alors, Lord Ellesmere, pour «subversion des lois». Le roi Jacques I^{er} a tranché en confirmant que l'*equity* prévalait sur la common law; c'est toujours le cas. Les juges de common law ont longtemps dénoncé la manière dont l'*equity* «rongeait le cœur» de la common law ; pourtant, les causes du conflit ont progressivement disparu».

à la question de la responsabilité pour juger la situation du requérant⁶⁶⁷. En effet, le droit administratif étant un droit prétorien, divers litiges sont à résoudre que la loi ne peut tous prévoir, il s'agit donc naturellement de recourir à l'équité quand les besoins particuliers l'exigent. Les appréciations d'opportunité et les jugements de valeur auxquels le juge administratif se livre impliquent nécessairement de solliciter l'équité. La création de principes généraux du droit (PGD) en est l'exemple le plus significatif. Si l'arrêt Dame Veuve Tromprier-Gravier de Section du Conseil d'État du 5 mai 1944 est à l'origine de la création des PGD⁶⁶⁸, leur création est issue de l'arrêt d'Assemblée Aramu du 26 octobre 1945⁶⁶⁹.

Comme les coutumes en droit privé, il s'agit de règles non-écrites ayant une portée générale et qui ne sont formulées dans aucun texte mais que le juge estime comme contraignant pour l'administration et l'État. Ils sont issus de la jurisprudence et sont découverts par le juge «à partir des conceptions idéologiques de la conscience nationale et/ou d'une masse de textes constitutionnels, internationaux ou législatifs»⁶⁷⁰.

Confronté à la pénurie de textes législatifs adaptés aux situations qui lui étaient soumises, le juge administratif a donc dû créer ses propres règles. L'affaire opposant Madame Peynet au préfet du Territoire de Belfort a été l'occasion pour le Conseil d'État d'illustrer à nouveau un PGD, celui de l'interdiction du licenciement d'une femme enceinte.

Le 17 septembre 1965, Madame Peynet est recrutée, en tant qu'agent public par le territoire de Belfort pour exercer les fonctions d'infirmière auxiliaire à l'institut médico-pédagogique «Les éparses» à Chaux. Une décision du préfet du 4 août 1967 l'a licenciée alors qu'elle est enceinte. Elle intente, alors, un recours gracieux rejeté le 11 août 1967. Madame Peynet saisit donc le tribunal administratif de Besançon aux fins d'annulation de cette décision, mais la requête est rejetée le 17

667 P. CINTURA, L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif, *Revue internationale de droit comparé*, 1972, vol. 24, n°3, pp. 657- 676.

668 En l'espèce, le Conseil d'État était saisi d'un recours dirigé contre une décision préfectorale retirant une autorisation d'exploiter un kiosque à journaux au motif que son titulaire avait voulu extorquer des fonds à son gérant. Cette décision est annulée au motif que le préfet a commis une violation des droits de la défense. En effet, «eu égard à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que la dame veuve Tromprier-Gravier eût été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle».

669 Le Conseil d'État utilise pour la première fois expressément le terme de «principe général du droit» (PGD) même si, cependant, ce n'est pas la première fois que cette notion apparaît dans sa jurisprudence. Il s'agissait en l'occurrence de faire respecter les droits de la défense dans le cadre du pouvoir de sanction dont parfois dispose l'administration. C'est la garantie des droits de la défense donc ici. C'est effectivement un PGD, et le Conseil d'État impose le respect par l'administration. L'administration, si elle peut selon les textes disposer d'un pouvoir de sanction, elle peut utiliser ce pouvoir de sanction mais doit le faire en respectant les PGD qui s'imposent de manière générale à elle comme les droits fondamentaux.

670 P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien 4^{ème} éd. 2006, p. 84.

octobre 1969. Elle saisit, alors, le Conseil d'État pour qu'il réforme ce jugement. Le Conseil annule la décision du 4 août 1967 par le biais d'un nouveau PGD, celui qui interdit de licencier une femme enceinte.

Par cette décision, le Conseil d'État complète la longue liste des PGD applicables en matière de droit du travail. Il supplée alors aux lacunes du statut des agents publics s'agissant du licenciement d'une femme enceinte. Aucune règle applicable à Madame Peynet ne permettait de sanctionner l'attitude du préfet. Le code du travail contient bien une telle règle, mais il n'est pas applicable aux agents publics. Estimant la situation choquante, le juge administratif décide de consacrer un nouveau PGD pour offrir une protection à Madame Peynet. Le juge s'est alors servi du code du travail pour découvrir le PGD. Cette décision est une illustration parfaite du jugement en équité, face au silence de la loi, le juge administratif crée sa propre règle la considérant comme étant adaptée à la situation et ici ne considère pas la salariée licenciée comme un contribuable lambda, mais comme une personne oubliée du droit qui doit être reconnue comme une femme enceinte lésée par un vide juridique. Ici, le droit administratif signe sans équivoque la considération de l'identité de cette femme à travers la création d'un PGD et partant juge ce qui doit l'être en équité.

Le sentiment de moralité, de jugement de valeur pour justifier le recours à l'équité est indubitable. Le juge décide de solliciter l'équité chaque fois qu'une situation le lui permet, mais si ce recours très subjectif subit des critiques, le fait de son incertaine définition amplifie les questionnements.

2- Une notion volontairement ambiguë

369. Les deux principaux axes définitionnels. Les doutes quant à la bienveillance du recours à l'équité ne sont pas nés de l'utilisation qui a pu en être faite, mais de la définition-même de la notion.

Diverses définitions l'entourent de la plus persévérante des ambiguïtés. Si certains la considèrent comme «indéfinissable» ou comme «une notion difficile à définir sur un plan général»⁶⁷¹, ses définitions s'accordent sur deux points principaux qui permettent d'en dégager des contours plus

671 C. ALBIGES, art. préc.

concrets. Le premier point nodal est son étymologie qui permet de mieux cerner son but. Issue du latin *æquus*, l'équité assure la recherche d'une solution juste et garantissant «à chacun sa part égale»⁶⁷². Ce qui la distingue nettement de l'égalité est son caractère subjectif, il s'agit de trouver une solution équilibrée dans le respect du partage des parts et non contrairement à l'égalité de chercher une solution objective n'assurant pas nécessairement un équilibre. François Terré explique «c'est dans le sens d'une subjectivisation que se réalise à notre époque, par le truchement du juge, une résurgence de l'équité»⁶⁷³.

Le second point majeur dégagé de ses définitions est la casuistique attachée à la notion, en effet, l'équité intervient lors du vide juridique dans une situation précise. Le recours à l'équité s'impose alors comme une nécessité adaptée aux besoins de la situation en question.

Mais en dépit des points communs qui peuvent être dégagés des différentes définitions de la notion, elle demeure trop complexe à cerner pour être appliquée sans crainte. Du fait de sa nette circonscription la notion d'égalité lui est préférée. Ainsi, la finalité première de la justice qui est de garantir une protection des droits et des devoirs à tous n'est pas respectée. Certes l'universalisme est acquis puisque l'égalité s'applique à tous indifféremment de leur situation, mais c'est justement le problème de la situation qui doit être considéré avec d'autant plus d'attention qu'il conditionne la reconnaissance de l'identité des personnes en proie à un vide juridique au pied duquel l'égalité échoue par son inadaptation.

370. Acceptions objective et subjective. Il existe deux acceptions de l'équité qui mettent en lumière sa complexité. La première est une acception objective. Dans ce cas l'équité, dite générale, est constituée par un ensemble de règles parallèles au droit positif, comme pour l'*equity*, elle n'intervient que dans les hypothèses d'insuffisance du droit à régler telle ou telle situation.

Sorte d'*ersatz* amélioré de l'égalité, elle s'oppose à la seconde, véritablement ancrée dans l'ontologie et dans la reconnaissance de l'identité qui est une acception subjective répondant davantage à l'impératif d'équilibre à l'origine de la notion. Ici l'équité est qualifiée de particulière et n'intervient que parcimonieusement c'est-à-dire lorsque la recherche d'un équilibre subjectif l'exige,

672 *Ibid.*

673 F. TERRE, Réflexions sur un couple instable : égalité et équité, *Archives de Philosophie du Droit*, 2008, n°51, pp. 21-27.

elle serait alors un sentiment lié directement à la nature humaine⁶⁷⁴.

Dans ces deux cas l'équité vient se substituer à la loi qui ne peut apporter de réponse au justiciable. Il ne faut pas confondre l'équité avec un pis aller, car il s'agit pour elle de parfaire le droit qui ne peut pas apporter une réponse adaptée aux circonstances de l'espèce qui lui est soumise. Lorsqu'il juge en équité, le magistrat vient corriger une réponse judiciaire ou légale qu'il considère comme étant inique eu égard à l'espèce⁶⁷⁵.

En ce qu'elle complète la loi, l'équité peut être entendue comme un complément de l'égalité, mais en ce qu'elle opère comme une règle parallèle au droit positif elle s'y oppose fermement.

B- LA DUALITÉ ÉGALITÉ / ÉQUITÉ

371. Les rapports que l'équité et l'égalité entretiennent sont ambivalents, dans la mesure où l'existence-même de l'équité est liée à une faille de l'égalité. Elles peuvent ainsi soit être complémentaires, lorsque l'équité vient compléter une règle égalitaire qu'elle estime être insuffisante, soit être contradictoires, lorsqu'elles ne s'entendent pas sur l'application d'une règle que l'équité juge inique (1).

En dépit de l'ambivalence et des contours flous de l'équité, elle ne constitue pas une menace pour la société en ce qu'elle pourrait être considérée comme fomentant une rébellion face aux institutions en place ; et demeure un moyen efficace d'individualisation des situations, lorsqu'elle est mise en œuvre dans les textes (2).

674 J.-M. TRIGEAUD, Qu'est-ce que juger en équité ? Ou l'adhésion au réel singulier, Art. publ. in *Réflexions chrétiennes*, Bull. de l'Association des philosophes chrétiens, Paris, dir. F. Jacques, n° spécial ss la dir. de S. Goyard-Fabre, 2011, et Éd. du Cerf, 2012.

675 F. ZENATI, Le juge et l'équité, *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, L'Hermès, 1985.

1- «Antagonisme ou complémentarité»⁶⁷⁶

372. Dans l'histoire de la philosophie politique, la notion d'équité renvoie avant tout aux conditions de réalisation de la justice qui peuvent conduire à s'éloigner de la lecture de la loi pour que son interprétation corresponde le plus au cas de l'espèce.

Dans son œuvre *Éthique à Nicomaque*, Aristote établit une distinction au sein-même de la justice, la justice légale et l'équité. L'équitable est un correctif de la loi en raison de sa généralité. Platon rappelle dans *Le Politique* l'incapacité de la loi à s'adapter pleinement à la diversité des choses humaines. A l'inverse Hobbes dans *Le Léviathan* plaide pour le respect de la lettre de la loi, car l'intention du législateur est toujours supposée conforme à l'équité.

La dualité équité/égalité est très ancienne. Dès l'Antiquité, l'égalité s'impose devant la loi, notamment dans le fonctionnement de la vie publique à Athènes. Pour Aristote, l'équité est pourtant une vertu dont les effets doivent corriger les insuffisances du droit positif. Il ne s'agit pas dès lors de la craindre comme un potentiel cheval de Troie qui viendrait mettre à mal les institutions en place et régies par le principe d'égalité. Mais il s'agit de lui octroyer la place qu'elle mérite.

En effet et contrairement à l'égalité, l'équité est rarement mentionnée dans les décisions. Le contrôle du respect du principe d'égalité fait appel à la notion de proportionnalité chère à la justice distributive.

L'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales représente le standard européen de la bonne justice qui est celle rendue au terme d'un procès équitable⁶⁷⁷. Le droit à un procès équitable se traduit par le droit de chacun à ce que sa cause soit entendue équitablement. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé à plusieurs reprises

676 R. LETTERON, L'action positive en faveur des femmes, *Égalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Dir. T. Lambert, Economica, 1999, p. 65.

677 Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

que l'égalité des armes est un des composants essentiels au procès équitable⁶⁷⁸.

Appliquée à la situation des femmes, la distinction entre égalité et équité laisse apparaître que le principe d'égalité juridique est certes opposable aux femmes, mais elles sont en réalité dans une situation qui demeure injustement inégalitaire dans les faits, tant sur le plan de l'accès à certaines fonctions ou professions, que sur celui des rémunérations. Ainsi l'égalité comme principe ne se confond pas avec l'égalité comme fin.

373. Le principe d'égalité juridique décliné sous la forme de l'égalité des sexes est prévu par le droit positif. Mais si le Préambule de 1946 prévoit que les femmes disposent de «droits égaux à ceux des hommes», la traduction effective de ce principe se trouve dans la pratique et notamment par la mise en œuvre du principe de non-discrimination. C'est ainsi que les droits et libertés consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme sont garantis «sans discrimination [...] fondée sur le sexe». Cette égalité juridique est trop abstraite comme répondre à tous les cas de figure et l'équité, plus concrète, est plus à même de comprendre les situations particulières et de corriger ce que la loi ne peut résoudre. L'équité est sollicitée pour résoudre les contradictions entre une loi universelle trop générale pour entendre les besoins spécifiques et ces mêmes besoins.

S'il existe un consensus autour de la notion d'équité comme résultat, comme égalité réelle, les moyens équitables employés pour y parvenir font également l'objet de critiques divergentes.

2- Mise en œuvre de l'équité dans les textes

374. L'accès préférentiel par l'action positive. Si les essais de définition de la notion d'équité se sont révélés être infructueux et surtout effrayants par leur ambiguïté, les moyens entrepris pour la mettre en œuvre semblent être plus évocateurs du but poursuivi. Il s'agit d'une forme de justice interprétative d'une loi trop générale pour être adaptée aux différentes situations qui lui sont soumises. De nombreux moyens ont été utilisés pour rendre cette équité plus concrète qu'elle ne l'est déjà prenant alors en défaut le principe d'égalité déficient par son généricisme. Le

678 A. GROTIAN, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, *Dossiers sur les droits de l'homme*, n°13.

principe de non-discrimination et les mesures d'actions positives concernent plus particulièrement la position des femmes face à des situations légales inadaptées, voire injustes.

Issue de la doctrine féministe et notamment américaine, l'action positive, connue sous le nom d'affirmative action, se définit comme «un ensemble de procédés juridiques présentés comme directement opératoires et qui permettent aux femmes d'obtenir un accès préférentiel à certaines fonctions publiques ou électives»⁶⁷⁹.

Deux conditions doivent être réunies pour que les actions positives soient mises en place. La première est collective et exige que les femmes soient minoritaires dans la fonction litigieuse. La seconde est individuelle et exige que la candidate ait une qualification équivalente à celle des hommes candidats prétendant à la même fonction. Plus équitable que l'égalité des sexes, l'action positive lorsqu'elle mise en œuvre et suivie d'effet met fin immédiatement aux inégalités entre les sexes et permet l'établissement d'une égalité réelle. L'action positive comme représentante de l'équité serait le moyen concret de garantir l'égalité juridique. La promotion de la place des femmes dans la société par le biais de telle mesure est approuvée par les textes⁶⁸⁰.

La jurisprudence s'avère être plus frileuse à reconnaître l'action positive et la rattache au respect du principe de non-discrimination. Ainsi, l'article 4 de la Convention sur toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁶⁸¹ autorise les États à organiser des actions positives en faveur des femmes. Même s'il ne s'agit pour les États que d'une faculté, l'action positive permet ici de reconnaître la différence des sexes et de se fonder sur ses différences pour faire cesser les inégalités injustes que les femmes subissent.

375. La Cour de justice des communautés européennes dans la décision Kalanke du 17 octobre 1995 a délimité les frontières de l'action positive dans la mesure où elle s'applique systématiquement dès que les femmes sont minoritaires dans la fonction sollicitée.

Le débat sur la légitimité d'une telle mesure est axé en France sur la question des fonctions électives. Elle agit comme un remède à l'insuffisance du principe d'égalité des sexes considérée

679 R. LETTERON, art. préc., p. 65.

680 Ainsi l'accord national interprofessionnel de mars 2004 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes préconise «des actions positives, en faveur de la mixité et de l'égalité professionnelle».

681 Cette Convention a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1979 et ratifiée par la France en 1983.

comme étant la seule capable de garantir cette égalité.

Nécessairement en contradiction avec le principe de non-discrimination, l'action positive n'est pour autant pas interdite par ce dernier qui n'exclut pas un traitement préférentiel au bénéfice des femmes. L'un compose avec l'autre. En effet, le principe de non-discrimination ouvre une voie de recours aux victimes de discrimination sans considération de leur sexe et il confère un droit de recours individuel fondé sur la seule appréciation par le magistrat de l'équivalence des capacités des candidats féminins et masculins à exercer la même fonction.

376. L'équité, un moyen d'égaliser des situations injustement inégales. Parce que l'équité explique et légitime certaines discriminations fondées sur le sexe pour permettre aux femmes d'accéder à des fonctions ou emplois auxquels elles n'auraient pu prétendre, elle peut être considérée comme un principe d'appréciation des situations concrètes fondées sur le sentiment du juste et de l'injuste, qui implique la prise en compte, au nom de l'impératif juridique et moral, des inégalités de fait dans la garantie des droits. L'équité permet d'égaliser des situations qui ne pouvaient l'être en théorie. Elle reconnaît clairement la différence sexuelle et partant l'identité féminine.

La Conférence internationale sur la population et le développement qui a eu lieu au Caire en 1994 et la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes qui s'est tenue à Beijing en 1995 ont, sur la base de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 1993), démontré l'importance de l'égalité des sexes dans tous les domaines du développement social et économique. Les organismes du système des Nations Unies et les gouvernements ont été interpellés pour qu'ils prennent en considération l'égalité et l'équité entre les sexes quand ils décident des buts et des activités des programmes. Lors de la Conférence de Beijing il a été noté qu'il devait être intégré une démarche soucieuse d'équité entre les sexes pour la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes⁶⁸².

682 «Le Conseil économique et social a défini comme suit l'intégration d'une démarche d'équité entre les sexes: Intégrer une démarche d'équité entre les sexes, c'est évaluer les incidences pour les femmes et pour les hommes de toute action envisagée, notamment dans la législation, les politiques ou les programmes, dans tous les secteurs et à tous les niveaux. Il s'agit d'une stratégie visant à incorporer les préoccupations et les expériences des femmes aussi bien que celles des hommes dans l'élaboration, la mise en œuvre, la surveillance et l'évaluation des politiques et des programmes dans tous les domaines– politique, économique et social – de manière que les femmes et les hommes bénéficient d'avantages égaux et que l'inégalité ne puisse se perpétuer. Le but ultime est d'atteindre l'égalité entre les sexes». (Conclusions concertées 1997/2 du Conseil économique et social des Nations Unies)

Il a été rappelé que le domaine de la santé devait prendre en considération les différences biologiques et sociales entre les sexes. Ces mesures sexospécifiques ont mis l'accent sur ces différences à cause desquelles les hommes et les femmes ne bénéficient pas des mêmes prestations sanitaires.

Le Secrétariat des Nations Unies encourage de telles mesures en se fondant sur quatre principes pour permettre aux États Membres d'intégrer l'étude des spécificités sociales et biologiques de chaque sexe dans le domaine sanitaire :

- L'équité en santé doit intégrer la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe. Il s'agit pour les hauts dignitaires politiques de gérer l'intégration d'un cheminement d'équité entre les sexes dans les activités,
- Les programmes d'actions sanitaires doivent étudier les spécificités sociales et biologiques de chaque sexe et prévoir des activités qui les prennent en compte, dans tous les objectifs stratégiques
- Les femmes et les hommes doivent participer sur un pied d'égalité à la prise de décision à tous les niveaux de l'Organisation pour que leurs besoins soient entendus et écoutés,
- Enfin, le système de gestion des services doit prévoir un suivi et une évaluation de l'intégration d'une «démarche soucieuse d'équité entre les sexes dans les activités»⁶⁸³.

L'équité qui répond à un impératif de compréhension des différences ne doit pas seulement être vue comme un auxiliaire de l'égalité, mais comme la concrétisation de la loi dans le sens de la singularisation des femmes.

683 OMS, *Stratégie pour l'intégration de l'analyse des spécificités de chaque sexe et d'une démarche soucieuse d'équité entre hommes et femmes dans les activités de l'OMS*, Résolution de la 60^e Assemblée mondiale de la santé, 2009.

§ 2 LES ÉQUITÉS

377. L'équité étant une notion concrète qui tient le juste pour principe en regardant les différences sans vouloir les gommer, n'est pas singulière, mais plurale dans ses domaines d'application. En effet, l'équité ayant pour particularité de considérer les situations et ainsi les personnes qui font ces situations à travers leurs différences, elle ne saurait elle-même revêtir qu'un seul aspect. Ses champs d'application relèvent tantôt du correctif, tantôt du supplétif (A). Les moyens de sa mise en œuvre suivent cette multiplicité (B).

A- LES DOMAINES D'APPLICATION

378. L'équité suit deux objectifs distincts qui l'éloignent plus ou moins de la notion d'égalité. Elle sera en effet correctrice (1) ou supplétive (2) de la loi.

L'attribution de l'une ou l'autre qualité dépend du degré d'injustice qu'un individu subi par l'application stricto sensu de la loi. Si elle lui est partiellement injuste, l'équité corrigera la loi ; si elle lui est entièrement injuste, l'équité suppléera la loi.

1- Équité correctrice

379. Les différents essais de définitions de l'équité ne se sont pas avérés fructueux et n'ont pas permis de montrer quelle place elle tient au sein du droit. Ses deux fonctions démontrent à l'inverse son influence dans la prise en considération des particularités et permettent de comprendre que la notion est attachée à la reconnaissance de l'identité de ceux que la loi ne peut écouter pleinement.

La fonction correctrice de l'équité a, pour la première fois, été perçue par Aristote pour qui elle représentait un moyen de «redresser la loi là où elle se tromp[ait]»⁶⁸⁴. A la rigueur des textes qui englobent et ne particularisent pas, l'équité vient apporter des corrections permettant

684 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2004, 540 p.

l'individualisation des situations et notamment la prise en compte des relations que les parties entretiennent entre elles. C'est ainsi que le droit de la famille est le terrain privilégié de l'application de l'équité qui va s'assurer alors que les liens entre les individus ne sont pas distendus et que chacun conserve son intégrité⁶⁸⁵.

380. Dans une décision de la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 8 juillet 2010, il a été décidé sur le fondement de l'équité d'évincer la prestation compensatoire pour la mère aux torts exclusifs de laquelle avait été prononcé le divorce et qui n'avait pas la charge pécuniaire des enfants⁶⁸⁶. En fondant sa décision sur la clause d'équité, le juge a non seulement dérogé à la volonté de pacification du divorce et notamment à l'indépendance entre l'attribution d'une prestation compensatoire et les torts exclusifs de l'époux, mais aussi a privilégié le mérite du père de s'occuper seul de ces quatre enfants.

En effet, antérieurement à la loi n°2004-439 du 26 mai 2004, l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce avait été prononcé et l'époux qui avait initié une demande de divorce pour rupture de la vie commune étaient de facto évincés du droit à obtenir une prestation compensatoire.

La loi de 2004 a réformé l'article 270 du Code civil en ouvrant la possibilité d'attribution de cette prestation pour tous les cas de divorce. L'attribution est automatique si la rupture du mariage engendre une disparité des conditions de vie des ex-époux, mais elle n'est pas obligatoire pour le juge qui peut la refuser dès lors que l'équité le dicte.

685 J. CARBONNIER, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, C. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, 1984, Bruxelles, Bruylant, p. 106. «Le doyen Carbonnier a souligné que le législateur, pour remédier à la durée des relations familiales et les risques de fluctuations de la monnaie, en désespoir de cause, s'en remet-il au juge du soin de rééquilibrer définitivement – en équité les comptes des parties».

686 Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-66.186, *Bull.* 2010, I, n° 165, *AJ Famille* 2009, p. 495. Dans son article Caroline Siffrein-Blanc émet des réticences quant au recours à l'équité. «Ce recours à l'équité laisse pour le moins perplexe. En effet, alors qu'il résultait des débats parlementaires une volonté du législateur d'encadrer la notion de circonstances particulières de la rupture afin de ne pas réintroduire le lien entre la faute et la prestation compensatoire, le recours aux considérations de l'art. 271 c. civ. ouvre les vannes d'un contentieux qu'il s'attachait pourtant à contenir. Sans être tenus à démontrer des circonstances particulières lors de la rupture, les juges du fond, approuvés par la Haute juridiction, ont eu recours à des éléments aussi divers que l'âge de l'épouse, ses choix professionnels, son absence auprès des enfants ou encore les charges liées à leur entretien pour justifier leur refus. Ainsi, des critères, qui étaient purement objectifs dans l'évaluation de la prestation compensatoire, deviennent une nouvelle arme dans la bataille judiciaire opposant les époux..

L'équité devient alors un critère particulièrement délicat à cerner et des divergences d'appréciation sont donc susceptibles de survenir d'une juridiction à l'autre. Il semble que cette double clause d'équité est une côte mal taillée. Soit l'on reconnaît au juge un pouvoir général d'appréciation en équité, quel que soit le divorce choisi, et, dans ce cadre, la justification de circonstances particulières n'a pas lieu d'être dans le divorce prononcé aux torts exclusifs. Soit l'on restreint le pouvoir d'appréciation en équité du juge au divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs et au divorce pour altération définitive du lien conjugal en exigeant la démonstration de circonstances particulières lors de la rupture».

L'article 270 du Code civil en son alinéa 3 indique que «le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande» et ce dans deux cas. Le premier est relatif aux critères pris en considération pour fixer la prestation. Le second est relatif au divorce prononcé aux torts exclusifs, le juge pouvant refuser d'accorder une telle prestation lorsque «le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui en demande le bénéfice, au regard des circonstances particulières de la rupture».

Le juge lorsqu'il décide de recourir à l'équité se voit toujours lié aux textes de loi qui lui accordent le droit de les corriger. Les références à l'équité ne sont qu'exception, car le droit avant de poursuivre une vocation singulariste, se veut universaliste, il est le même pour tous. Seulement, dans les faits, le vivre-ensemble par le truchement d'une communauté de principes égalitaires vise à la perte de toute identité. Les principes légaux qui font valoir l'égalité des sexes ne sont que la résultante de la contemporanéité holiste, mais l'équité apparaît salvatrice d'une identité féminine refoulée au profit de l'homogénéité «anti-sing-universaliste».

L'équité corrige les failles d'une loi trop générale et trop abstraite pour entendre les besoins de la femme qui a l'obligation de se complaire dans la négation de son sexe au nom de l'égalité devant la loi.

2- Équité supplétive

381. En principe, le juge civil français est tenu au respect de la lettre de l'article 12 du code civil selon lequel : «Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables».

Il rend ainsi la justice en droit, par une décision fondée sur des motifs de droit. Il s'agit pour lui d'appliquer les lois aux causes de manière générale sans égard aux circonstances particulières, et dans l'insouciance de conséquences dommageables qui pourraient être perçues comme injustes du fait de leur généralité. qui peuvent résulter de cette application inflexible des textes : «Dura lex, sed lex»⁶⁸⁷. Ce généricisme et cette inflexibilité des lois qui se résument en la locution latine «Dura lex, sed lex» sont assouplis par l'équité qui va compléter le droit.

687 «La loi est dure, mais c'est la loi».

L'Histoire montre de nombreux exemples dans lesquels l'équité a complété les règles du droit. À Rome, le préteur a, sur le fondement de l'équité, élaboré des règles constitutives du droit prétorien pour compléter le droit trop rigide.

Au Royaume-Uni, la common law était également considérée comme trop stricte et le système de l'equity a été mis en place. Aujourd'hui, le terme equity a cédé la place à l'expression de natural justice.

Les juges doivent se conformer aux lois telles qu'elles ont été prévues par le législateur, mais il arrive que lui-même prévoit des cas de renvoi à l'équité. Ainsi, dans le Code civil, plusieurs articles admettent ce recours par les juges. L'article 278 prévoit que le juge peut refuser d'homologuer la convention dans le cas du divorce par consentement mutuel s'il estime qu'«elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux». L'article 1135 rappelle que si les parties sont liées par leurs conventions, elles doivent également respecter l'équité.

Lorsque les textes ne prévoient pas le recours à l'équité, les juges n'ont pas interdiction d'y recourir, il s'agit pour eux de combler les lacunes de la loi. Les cas nouveaux représentent les meilleures et les plus pertinentes illustrations de recours à l'équité. Le vide juridique est alors compensé par l'équité⁶⁸⁸.

Philippe Rémy, Professeur de droit privé, reprend à juste titre la formule significative de Portalis pour expliquer cette fonction de complétude du droit par l'équité : «Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives»⁶⁸⁹.

«La fonction supplétive de l'équité affecte donc en premier lieu la règle de droit ainsi complétée par le juge. Elle correspond à une alternative offerte à ce dernier non lié à une application

688 E. TAUZIN, *L'intérêt de l'entreprise et le droit fiscal*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 296 : «En l'absence de référence à un texte particulier, il semble que la meilleure explication [...] est d'assigner à l'action de in rem verso un fondement moral. Prenant appui sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation qui retiennent l'idée d'équité, certains auteurs ont pu affirmer que «ce n'est pas la rupture d'équilibre, mais son caractère injuste qui est l'âme de la théorie. Rappelons que Aubry et Rau, avant même que la Cour de cassation consacre la théorie de l'enrichissement sans cause en 1892, voyaient dans l'action de in rem verso, en même temps qu'une mesure réparatrice d'un déséquilibre, la sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépense d'autrui. Leur autorité fut telle d'ailleurs que la Cour de cassation devait reprendre en 1892 presque textuellement leur formule, en affirmant que l'action de in rem verso dérive du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'a été réglementée par aucun texte de nos lois».

689 P. REMY, La part faite au juge, in *Pouvoirs*, n° 107, Le Code civil septembre 2003, p. 27.

stricte de la règle de droit»⁶⁹⁰. Les conventions légalement formées entre les parties ne semblent plus les lier lorsque le juge intervient non plus pour corriger la loi, mais pour la compléter, ce qui peut clairement poser des problèmes d'interprétation de la volonté des parties et qui ne révèle en aucune façon leur identité.

382. L'article du Professeur Christophe Albigès dresse un portrait peu flatteur de l'équité supplétive qu'il considère comme une immixtion dans les relations contractuelles des parties. En effet, il cantonne le domaine d'application de cette fonction à une sphère contractuelle, alors même que l'équité dispose d'un pouvoir universalisant et que son intérêt réside dans la considération des situations minoritaires et injustement traitées. Telle qu'elle est présentée, l'équité supplétive n'aurait comme finalité que de compléter la règle de droit par le juge sous aval du législateur sans égard aux parties. Or, l'équité supplétive a pour vocation de prendre en considération les difficultés des parties et ainsi de reconnaître des identités déchues.

L'auteur en oublie que le juge n'est pas le seul détenteur de cette fonction de l'équité, le législateur peut également intervenir au nom de l'équité pour compenser des situations égales dans le droit, mais différentes dans les faits, tel est le cas pour les discriminations positives et en particulier les actions positives qui permettent alors de reconnaître l'identité en contournant certains principes iniques d'égalité.

B- LES MOYENS DE MISE EN ŒUVRE DES ÉQUITÉS

383. L'équité corrige chaque fois que les lois sont trop rigides et trop générales ne prenant ainsi pas en considération les situations individuelles ; et elle supplée chaque fois que les lois créent une injustice (1).

Elle est matérialisée par la casuistique appliquée par le juge qui identifie des situations comme étant singulières au point de ne pouvoir se voir appliquer les textes généraux (2).

690 C. ALBIGES, art. préc.

1- Les mesures prises

384. La correction de règles légales trop strictes. Si certaines juridictions peuvent corriger la rigueur d'un texte en fonction des cas d'espèces et ce au nom de l'équité, le recours à l'équité correctrice doit s'avérer exceptionnel et cela pour deux raisons principales.

La première est que l'application de l'équité ne doit pas être systématique pour qu'elle demeure aussi juste que pertinente. Cependant si c'est la rareté de son recours qu'il le rend efficace, les cas dans lesquels elle doit être sollicitée ne sont, eux, pas rares. La seconde est que plus son recours sera pléthore, plus il sera soumis à l'aléa. C'est ainsi qu'il est soumis à la réunion de conditions précises⁶⁹¹.

Le recours à l'équité par le magistrat dans le jugement est alors assimilé au pouvoir modérateur que le législateur peut lui conférer.

Il s'agit du pouvoir conféré au juge par la loi, dans des cas particuliers, de déroger à l'application de la règle de droit considérée inadaptée au regard de l'équité⁶⁹². Le lien entre le pouvoir modérateur accordé au juge et le recours par lui à l'équité est la correction de l'excès de la loi face à une situation particulière qui mérite une considération spécifique⁶⁹³.

Le législateur se réfère à l'équité dans un souci de corriger les règles légales trop strictes, mais ne reconnaît pas au juge un quelconque libre-arbitre dans son recours. Ce n'est que lorsque les critères prévus par le texte de la loi pour recourir à l'équité sont réunis que le juge dispose alors d'un plein pouvoir pour prononcer sa décision. Ainsi, tel a été le cas pour refuser à une mère une prestation compensatoire après qu'elle eût délaissé son mari et ses enfants pour suivre un guide spirituel. Pour rendre sa décision le magistrat a considéré que la prestation compensatoire ne pouvait être systématisée et a donc eu recours à l'équité et c'est du fait de la négation de cette femme dans son rôle de mère que la prestation ne lui a pas été allouée⁶⁹⁴.

691 P. KAYSER, L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français, *RRJ* 1999. 13, spéc. n° 3, p. 14.

692 G. CORNU, *Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 2007, n° 179, 277 p.

693 C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse, Paris, 1973, p. 13 : «C'est au sein de cette fonction correctrice de l'équité qu'il est possible de parler de pouvoir modérateur chaque fois que la correction imposée se fait dans le sens d'une réduction, d'une modération de la rigueur de la règle de droit normalement applicable».

694 Cour de Montpellier, 5 févr. 2009, *AJ fam.* 2008. 394, obs. S. David.

L'équité lorsqu'elle est utilisée pour rendre une décision au plus près des faits permet de cerner l'identité des parties et peut également comprendre que ces mêmes parties se délestent de leur identité et partant de leurs responsabilités et c'est cela même qui fait la force de l'équité correctrice, car elle ne corrige pas seulement la loi, mais permet de réattribuer une identité ou de sanctionner un désaveu de sa propre identité.

385. L'équité semble donc être la panacée à une loi trop rigide et inadéquate à des situations qui exigent nécessairement une prise de conscience de leurs spécificités en raison soit du lien particulier qui existe entre les parties, comme en droit de la famille, soit en raison de la personne-même qu'elle regarde. Pourtant le législateur se montre frileux à admettre les cas de recours à l'équité. Ainsi, l'article 1152 du Code civil reconnaît au juge ce pouvoir, mais seulement si la situation l'exige «manifestement», il adjoint dès lors à l'équité le caractère de ponctualité.

Le législateur est impuissant à entendre tous les besoins et à couvrir toutes les situations que le droit devrait embrasser. En admettant l'équité sous conditions, il reconnaît certes son impossibilité à garantir l'universalité du droit, mais il conserve un droit de regard sur ce que les juges peuvent en faire. Il ne s'agit que de concessions pas de pleins pouvoirs⁶⁹⁵.

Parallèlement, le doyen Cornu s'est montré audacieux en érigeant l'équité en une sorte de principe en considérant que : «lorsqu'une disposition spéciale de la loi l'y autorise, le juge peut écarter la règle de droit normalement applicable si l'application stricte de celle-ci à l'espèce qui lui est soumise entraînerait des conséquences manifestement contraires à l'équité»⁶⁹⁶.

386. La suppléance pour imperfections légales et vides juridiques. A l'équité correctrice trop timide et trop encadrée encore par le législateur, doit se substituer une équité affranchie qui se veut supplétive de la loi.

La mise en œuvre de la fonction supplétive de l'équité permet au juge de pallier non seulement les imperfections d'une règle de droit considérée alors comme étant incomplète et comme étant la source d'un déséquilibre inique entre les parties, mais aussi le vide juridique pour une situation donnée. Le juge ne peut compléter une règle de droit que lorsqu'un motif injuste en raison des lacunes de la loi l'impose.

695 C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000, p. 238.

696 G. CORNU, *Introduction au droit*, Paris, Montchrestien. 2007, 277 p.

Le juge n'est pas le seul détenteur du recours à l'équité puisque le législateur peut lui aussi y recourir lorsqu'il estime des situations injustes. Ainsi législateur et juge peuvent agir de concours pour rendre équitables des situations qui ne le sont pas.

Les actions positives mises en place en faveur des femmes et concourant à la reconnaissance de leur identité par la considération des différences et non leur rejet illustrent la fonction supplétive de l'équité en ce qu'elle complète des lois insuffisantes à la protection des droits des femmes. L'équité joue ici le rôle de vecteur de l'égalité dans la différence. Le législateur est intervenu en ce sens à plusieurs reprises.

Ainsi, aux termes de l'article 1 de la loi n°2008-724 du 23 juillet 2008 : «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales».

Des mesures préférentielles sont également adoptées en matière d'emploi. Les articles L 1142-4 et suivants du code du travail prévoient la mise en place de mesures temporaires au profit des femmes permettant d'«établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier, en remédiant aux inégalités de faits qui affectent les femmes».

Si les différences de traitements à travers les actions positives sont une représentation pratique de l'équité, elles sont à l'inverse dénoncées par les tenants de l'égalité des sexes. Elles rendent pourtant compte de la nécessité de compléter des lois inadaptées aux femmes en ce sens qu'elles traitent de manière similaire des situations qui ne le sont pas. Ainsi, au regard de l'emploi, les hommes et les femmes ne sont pas toujours placés dans la même situation et les actions positives permettent de pallier les insuffisances de la loi en ce domaine. La politique des quotas en est significative et elle peut se traduire par l'attribution d'un poste à une femme plutôt qu'à un homme d'égale qualification.

387. Pourtant, en matière électorale, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision Quotas par sexe du 18 novembre 1982, interdisait la pratique des quotas quand bien même il aurait pu s'agir d'une discriminations positives visant à corriger une inégalité de fait⁶⁹⁷.

697 M. FATIN-ROUGE STEFANINI, Les discriminations positives en matière électorale aux États-Unis et en France, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23 (Dossier : La citoyenneté), février 2008 : «L'impossibilité de diviser par catégorie les électeurs ou les éligibles s'oppose ainsi à une discrimination positive qui serait fondée sur le sexe, en l'occurrence qui aurait consisté à instaurer des quotas sur les listes électorales, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir plus

Il a ainsi rappelé, en se fondant sur l'article 3 de la Constitution de 1958 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que «du rapprochement de ces textes il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux»⁶⁹⁸.

D'autres mesures d'équité supplétive visent à réduire ou supprimer les inégalités en raison de l'appartenance à une catégorie ou un groupe minoritaire. Les articles 47 et 48 du Sex Discrimination Act (SDA) de 1975 permettent aux femmes d'obtenir une formation, ce qui limite les différences de qualification qui peuvent exister entre les hommes et les femmes. Il s'agit de faciliter l'accès à l'emploi aux femmes sans pour autant nier les différences.

388. En droit communautaire de nombreux textes offrent la possibilité aux États membres de mettre en œuvre des actions positives. L'article 2 de la directive 76/207/CE du 9 février 1976 permet aux États membres de prendre des «mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes». Il s'agit non seulement de corriger les inégalités de fait, mais aussi de compléter des règles de droit qui sous couvert de l'égalité des sexes ne prennent pas en compte les différences sexuelles et empêchent par leur insuffisance de parvenir à une quelconque égalité de traitement. L'article 141 du traité d'Amsterdam introduit clairement l'équité supplétive : «Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de

de 75 % de candidats du même sexe. Ce faisant, la discrimination, même positive, reposant sur le genre, rejoint les autres discriminations expressément interdites par l'article premier de la Constitution qui reviendraient à identifier des groupes ou des minorités au sein du peuple en se basant sur l'origine, la race ou la religion[...].

Le projet de loi présenté en 1982, instaurant des quotas par sexe, reposait sur une conception essentialiste des individus, accentuant les différences entre les hommes et les femmes. Le projet revendiquait une représentation différenciée selon des catégorisations. Suite à la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 18 novembre 1982, Quotas par sexe I, les instigatrices du mouvement pour la parité, ont tenté de redéfinir la conception républicaine de l'universalisme de la représentation en défendant l'idée d'un universalisme sexué, c'est-à-dire reconnaissant que «les individus sont des hommes et des femmes». Ce faisant, la revendication visant à instaurer des quotas n'était plus adéquate car si ces derniers visent à établir un traitement préférentiel afin de permettre la représentation d'une minorité ou d'un groupe, la parité a pour objectif l'égalité de représentation des hommes et des femmes, c'est-à-dire «l'égalité parfaite». Cette redéfinition de l'universalisme républicain n'a cependant pas convaincu le Conseil constitutionnel. Une révision constitutionnelle a donc été nécessaire, elle a conduit à l'adoption de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 pour indiquer à l'article 3 de la Constitution que «la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives». Il est également précisé à l'article 4 que les partis politiques «contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi».

698 Cons. constit., 18 novembre 1982, Quotas par sexe n° 1982-146 DC, *Rec.* p. 66.

l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle».

Les articles 47 et 48 du SDA, s'ils mettent en place une mesure d'équité favorable aux femmes, ne sont pas suffisamment audacieux dans leur démarche en ce sens qu'ils ne sont pas applicables aux femmes en tant que femmes mais en raison de leur nombre inférieur, ce qui remet en cause une reconnaissance de l'identité des femmes. Ils reconnaissent leur minorité, non pas leur différence. Dans l'hypothèse où les hommes, dans un emploi donné seraient en nombre inférieur par rapport aux femmes, ils pourraient bénéficier pareillement de la formation. La mesure n'est donc pas spécifique aux femmes ce qui semble être une tentative manquée de prise en considération de l'identité féminine.

L'égalité parfaite entre hommes et femmes en matière d'emploi n'est pas encore atteinte mais de telles mesures véhiculées par l'équité supplétive de lois inadaptées permettent d'y remédier⁶⁹⁹. En effet, et comme Kant le suggérait «[ce qui] peut être juste en théorie, ne vaut pas [nécessairement] pour la pratique»⁷⁰⁰.

389. En ce qui concerne le pouvoir d'équité supplétive du juge il a vocation à pallier les imperfections de la loi, mais il ne saurait de sa propre initiative compléter une règle de droit si le législateur ne l'y a pas préalablement autorisé. Ainsi, si le législateur reste libre de pratiquer ce pouvoir par exemple par le biais de mesures d'actions positives, l'intervention du juge est elle soumise à son aval.

Cela pose de nouveau le problème de l'indépendance entre le droit et le politique et partant remet en question la compétence du juge, pourtant mu par sa vocation universelle, à décider si tel cas doit être singularisé et bénéficié d'une équité supplétive ou bien s'il doit être généricisé dans la masse. Ces considérations s'opposent dans un débat doctrinal relatif à l'interprétation de l'article 4 du code civil. Pour certains auteurs, l'article 4 du code civil enjoint le juge à rendre sa décision en équité lors

699 <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10167.htm>: Dans son rapport au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 23 janvier 2008 sur l'égalité entre les femmes et les hommes, La Commission européenne a déclaré que 7,5 des 12 millions de nouveaux emplois créés depuis 2000 sont occupés par des femmes.

700 P. CLAVIER, *Kant : «Les idées cosmologiques»*, Paris, PUF, 1997, 128 p.

de l'insuffisance d'un texte⁷⁰¹. A l'inverse, pour d'autres auteurs, il ne s'agit que d'une permission générale dont le juge ne peut se prévaloir pour statuer en équité, il doit en avoir été spécifiquement autorisé, c'est-à-dire pour les cas qui lui sont soumis et pour lesquels selon lui une décision en équité s'impose, il doit y être autorisé préalablement par le législateur⁷⁰².

L'équité demeure le meilleur moyen de revendiquer une réelle identité féminine, pourtant l'autorisation de son recours reste frileuse en raison des risques inhérents à des débordements judiciaires (usage excessif et déraisonné) et en raison de la remise en cause même des règles de droit. Le problème est entièrement lié à la compétence des juges à recourir à l'équité et à l'ascendant que le législateur possède sur de tels recours. Cette soumission du recours par le juge à l'accord du législateur soulève de nouveau le problème de l'indépendance entre la justice et l'État et l'immixtion du politique génériciste dans le droit sing-universaliste.

A la question, quelle considération de la femme au sein du rapport entre le droit et le politique, le droit se doit de proposer l'équité qui est la plus apte à comprendre les différences entre les sexes. L'État-Providence doit véritablement céder sa place à l'État de droit dans lequel le juge sera seul maître du droit.

2- La casuistique et le juge

390. Le lien originel à la théologie morale. En écrivant que l' «on ne connaît pas en France la casuistique contemporaine», le Professeur et sociologue Albert Bayet voyait juste⁷⁰³. En effet, la casuistique, terme aux allures de néologisme, a surtout fait parler d'elle au XVII^e siècle lorsque Pascal la rayait dans *Lettres Provinciales*.

Principalement liée dans ses origines à la théologie morale catholique, la casuistique se comprend alors comme un procédé de résolution des cas, il s'agit d'appliquer des théories à des situations pratiques, c'est-à-dire de particulariser ce qui est générique. Elle identifie, puis résout.

Intimement attachée à la morale, elle est devenue la méthode de la théologie morale catholique s'appliquant à résoudre des problèmes concrets par l'utilisation de principes généraux.

701 V. E. LOQUIN, X. LAGARDE, *Dictionnaire de la justice*, 2004, Paris, PUF, p. 428.

702 B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz-Sirey, 1999, 156 p.

703 S. BOARINI, *Introduction à la casuistique*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 5.

Son utilisation originelle dans cette théologie est à lier à la question de la place du sacrement de la pénitence. Il s'agissait pour les confesseurs s'apprêtant à traiter des cas de conscience à composer avec leur conscience individuelle et la conscience collective.

Le jugement moral répondaient alors à des questions pratiques relatives au comportement que les prêtres devaient adopter face à une telle situation et c'est à partir de là que la casuistique est intervenue. La question se posait de savoir dans une situation concrète quelle attitude il fallait adopter lorsqu'un doute existait quant au caractère obligatoire de la loi. La loi devait-elle nécessairement prévaloir ou était-il possible de s'en affranchir ? La casuistique, système qui accorde une réponse aux cas isolés a permis de se libérer de la tutelle de la loi à la faveur d'une promiscuité plus attentive à la singularité de chaque situation problématique.

Le probabilisme était le premier système moral de la casuistique et revenait à attribuer la solution à la proposition la plus probable. Initié par le Professeur Barthélémy de Médina⁷⁰⁴, il enseignait que lors de l'étude d'un cas de conscience, s'il existait des doutes quant à la solution à adopter, il fallait choisir la thèse soutenue par un des théologiens de la morale, considérée de facto comme étant probable et donc ayant une valeur probatoire. En théologie morale, le système probabiliste consistait donc à dire qu'une opinion probable était suffisante pour qu'elle soit retenue.

391. Une appréciation des faits humaine. Si la casuistique fait appel à l'herméneutique⁷⁰⁵ pour déduire de principes généraux des solutions à des faits particuliers⁷⁰⁶, elle demeure soumise à des appréciations humaines qui ont été critiquées dans leur incapacité à se détacher de tout jugement subjectif. En effet, elle soumet chaque action humaine à un jugement tout autant humain et le janséniste Pascal s'est attaché à dénoncer le laxisme et les excès de ce raisonnement naturellement humain.

Mais si selon Pascal, les lois doivent primer sur la casuistique, n'oublie-t-il pas que les lois elles-mêmes ont été élaborées par des personnes humaines, donc susceptibles d'erreurs ?

704 B. SESBOUE, *L'homme et son Salut*, Paris, Desclée, 1995, p. 572.

705 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 412.

706 M. de LAUNAY, Présentation, in. P. SZONDI, L'herméneutique littéraire et son histoire, *Revue germanique internationale*, 17/2013, pp. 5-7: Le philologue s'est employé à lier l'interprétation à la «science du singulier» qui ne peut être qu'éloignée des préoccupations des positivistes qui ne s'attachent qu'aux faits et ne posent donc pas la question pourtant essentielle de l'interprétation de ces faits et plus précisément de leurs origines. Voir sur ce point, P. SZONDI, Quelques remarques sur la situation de la recherche en herméneutique littéraire, *op. cit.*, pp. 133-136.

La brèche de la subtilité de la casuistique dans laquelle se sont engouffrés ses détracteurs⁷⁰⁷, la considérant comme laxiste, a été comblée par une rigueur plus marquée et la définition de limites lors de son emploi.

Méthode spécifiquement utilisée en théologie morale, la casuistique est employée dans d'autres domaines comme en médecine ou en droit. Lorsqu'elle est juridique, elle voit ce que le droit trop général et abstrait ne peut voir, il considère le particulier à partir du général, il considère donc la singularité d'une situation et à travers elle l'identité de la personne au sein-même de cette situation.

Comme le faisaient les prêtres en théologie morale, en droit, la casuistique est un examen au cas par cas par les juges. Ils s'éloignent des lois de la même manière que les confesseurs ne se référaient pas toujours aux principes théologiques pour résoudre des cas de conscience.

Dégageant des lois générales de l'action, la casuistique juridique permet de valoriser le rôle du juge qui a alors pour mission de s'approcher dans sa décision au plus près des faits et ainsi de considérer à travers la singularité d'une situation, celle de l'être. Employée plus particulièrement en droit pénal, la casuistique, illustration de l'équité a ainsi pu considérer la femme avant la personne juridique dans la célèbre affaire du juge Magnaud.

Mais cette valorisation connaît un revers de médaille, tout comme la casuistique en théologie morale, elle souffre de limites humaines inévitables.

SECTION 2 PENSER UN DROIT ÉQUITABLE AU NOM DE L'IDENTITÉ

392. Si la casuistique met en œuvre l'équité, elle permet également au juge de s'emparer des situations de manière individuelle ce qui lui confère alors un pouvoir interprétatif du droit, précisant ce qui est trop général pour être concret.

Le droit équitable, non seulement valorise le rôle du juge, mais rend, parallèlement, service à la recherche identitaire. En effet, la mise en œuvre de l'équité permet de gérer individuellement des situations qui n'étaient prises en charge que collectivement par le droit et ce dans le respect du principe alors génériciste d'égalité (§ 1).

707 E. BAUDIN, *La philosophie de Pascal : tome III, Pascal et la casuistique*, Neuchâtel, La Baconnière, 1947, 262 p.

Mais cette valorisation de la personnalisation du droit ne s'avère pas être sans risque, l'humanité du juge pouvant être à l'origine de décisions arbitraires et non juridiquement fondées (§ 2).

§ 1 VALORISATION DU RÔLE DU JUGE

393. Le juge est celui qui détient le pouvoir de rendre une décision équitable et voir ainsi son rôle valorisé. Il peut, en effet, choisir de cesser d'être instrumentalisé par un droit politisé, s'écartant de règles trop abstraites pour être suffisamment juste pour comprendre les personnes dont il a à juger les actes. (A).

En droit pénal, il regarde alors si une sanction pénale ne peut s'incliner devant un état de nécessité pour tâcher d'individualiser la peine (B).

A- LE JUGE, DÉTENTEUR DE L'ÉQUITABLE

394. Le juge détenteur de l'équitable peut adapter ses décisions au justiciable et à sa situation personnelle. Le célèbre jugement en équité de Château-Thierry illustre la consécration de l'identité de la femme à travers le rendu d'une décision adaptée à la délinquante (1).

S'il ne les juge pas suffisamment respectueux de l'équité, le juge adapte alors les textes s'emparant pleinement de son pouvoir d'interprétation (2).

1- Juger en équité

395. Le regard vers l'individualité de l'être. Le lien entre la casuistique et l'équité est tenu du fait de leurs références toutes deux à des principes moraux. De même que les confesseurs

s'attachaient aux vertus de la casuistique pour étudier des cas de conscience, le juge use de l'équité lorsque les règles de droit auxquelles se réfère la situation qui lui est soumise ne lui sont pas adaptées de part leur généralité et parfois leur injustice au regard des faits.

En effet, le juge qui statue en équité n'appliquera pas alors la loi de manière égale tel que le préconise pourtant l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁷⁰⁸.

Juger équitablement revient à traiter une personne d'une autre façon que la loi le prévoit, cela revient donc à bouleverser les codes de l'égalité des individus devant la loi. Pour autant si juger différemment une personne sur le fondement de l'équité de sorte à lui accorder un traitement plus favorable que la loi ne l'aurait fait, est-ce contrevenir à cette même égalité ?

Le jugement d'une femme à son profit en raison de son sexe perturbe l'égalité des sexes, mais n'est-il pas plus équitable de considérer son sexe à travers une sanction ou une non-sanction plutôt que de ne la voir que génériquement à travers son statut de personne juridique ?

L'équité comme la justice distributive aristotélicienne essaie de considérer l'individu non pas comme une personne juridique, mais comme un humain dans toute son entièreté et sa singularité.

La définition du philosophe Bertrand Vergely illustre la part d'humanité et la considération de la différence propres au jugement équitable : «Les hommes n'ont pas tous les mêmes mérites. Alors que certains sont travailleurs et généreux, d'autres sont paresseux et égoïstes. Il serait, de ce fait, injuste d'attribuer à chacun la même récompense. L'équité s'efforce de rendre à chacun ce qui lui revient en fonction de ses mérites»⁷⁰⁹.

396. En droit pénal, le recours à l'équité étant postérieur à l'élaboration de textes de lois impersonnels et abstraits conçus pour s'appliquer universellement, il apparaît donc nécessaire et pertinent lorsqu'un cas concret l'exige, de sorte que le particularisme attaché à ce cas ne soit pas généricisé par l'application d'une loi inadaptée et aveugle. Ahrens écrivait à ce titre : «Il peut arriver qu'une loi positive spéciale ne soit pas bien adaptée à tous les rapports qu'elle est appelée à gérer ; ce désaccord doit être levé par le principe de l'équité, par laquelle une loi est appliquée autant que

708 «Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination».

709 B. VERGELY, *Dictionnaire de la philosophie*, Paris, Broché, 2004, 256 p.

possible, eu égard à l'individualité du cas, selon tous ses rapports et circonstances»⁷¹⁰.

L'équité rappelle effectivement l'individualité d'une situation et partant l'individualité de l'être dans ce qu'il a de plus profondément ancré : son identité. Ainsi, le jugement en équité ne peut qu'être intimement lié au droit naturel.

Portalis revendiquait que l'équité est le «retour à la loi naturelle dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives»⁷¹¹.

397. La modulation particulariste du droit par le juge. Il s'agit donc de comprendre que l'équité est liée au mutisme de la loi, à son inadaptation dans une situation donnée et que seul son recours permettra de saisir la substance même du cas, son essence.

Grâce à l'équité le droit cesse de n'être qu'un universel, il devient un universel concret qui se matérialise par la décision du juge amené alors à trancher non plus une simple question de droit, mais une question de fait, d'un fait irréductiblement unique et dont la mesure doit être faite au nom d'un sing-universalisme à l'écoute de l'identité.

Cette prise en considération de l'identité s'est révélée dans la décision du juge Magnaud. Le 4 mars 1898, le Président du Tribunal de Château-Thierry, Paul Magnaud, a eu à connaître du cas d'une femme Dame Louise Ménard qui avait commis un vol de pain pour nourrir son fils. Le tribunal après délibération a prononcé l'acquittement de la prévenue en relevant «qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute».

Soumis à un cas isolé «le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi [...]. Un acte, ordinairement répréhensible, perd beaucoup de son caractère frauduleux lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité». Le juge Magnaud dans cette décision a vu au-delà de la simple prévenue, il a saisi ce qui lui était le plus intime, le plus essentiel, sa maternité et cette situation qui a fondé une jurisprudence équitable.

710 H. AHRENS, *Cours de droit naturel*, Bruxelles, Méline, Cans et compagnie Libraires-éditeurs, 1833, 576 p.

711 P. RÉMY, art. préc., pp. 22-36.

«L'esprit d'équité»⁷¹² dans les jugements permet une adaptation d'une règle génériciste au particularisme du cas d'espèce⁷¹³. Le jugement juridique cède alors la place à un jugement moral pour que le droit positif se concilie avec ce qui est perçu comme étant nécessairement juste et équitable assouplissant dès lors le principe de légalité qui se refuse à regarder les différences et à reconnaître le «singulier personnel»⁷¹⁴ derrière la personne juridique responsable.

Le juge module donc le droit selon «l'individualité extrême d'un cas»⁷¹⁵ et son rôle ne s'en trouve que plus valorisé. Le recours à l'équité est alors significatif d'un pouvoir pour le juge de concrétiser une solution de droit abstraite indifférente à l'identité d'une personne juridique qu'il avait l'habitude de soumettre universellement au respect de ses textes.

2- Le pouvoir d'interprétation du juge

398. Du juge passif. Le juge doit se conformer aux textes juridiques et en tant qu'instrument de la bonne application de ces textes, il doit veiller au respect du bloc de constitutionnalité par les normes de rang inférieur. Il est soumis à la pyramide kelsénienne de hiérarchie des normes. L'égalité érigée au rang de principe par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 appartenant lui-même au bloc de constitutionnalité, le juge ne peut imposer sa propre décision si elle est contraire au bloc.

Seulement, des adaptations sont parfois nécessaires et elles ne doivent être juste cinématographiques. La fiction rejoindrait pour ainsi dire la réalité. Le juge devrait pouvoir s'adapter et adapter les textes aux circonstances qui sont soumises à son jugement.

La question de l'interprétation des textes par le juge réside dans sa capacité à soustraire l'abstraction des textes pour les rapprocher du réel concret.

Pourtant le juge n'a pas toujours pu interpréter les textes de loi. Longtemps considéré comme la bouche de la loi, il était perçu comme un «être inanimé» disant et appliquant les principes de la loi

712 N. BELLOUBET-FRIER, Le principe d'égalité, *AJDA*, 1998, p. 152.

713 F. GORPHE, *Les décisions de justice*, Paris, PUF, 1952, 191 p.

714 J.-M. TRIGEAUD, Qu'est-ce que juger en équité ? Ou l'adhésion au réel singulier, Art. publ. in *Réflexions chrétiennes*, Bulletin de l'Association des philosophes chrétiens, Paris, dir. F. Jacques, n° spécial sous la dir. de S. Goyard-Fabre, 2011, et Éd. du Cerf, 2012.

715 F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille- P.U.A.M., 2006, 691 p.

préalablement édictés.

Dans *De l'esprit des Lois*, Montesquieu définissait ainsi la mission des juges : «Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur». Aucun pouvoir d'interprétation ni de modération ne leur était dévolu, ils devaient s'en tenir à la stricte application de la loi et le référé législatif qui les obligeait à s'adresser au législateur lorsqu'une difficulté d'interprétation se posait à eux, illustre cette passivité.

Contrairement aux pays de Common Law dans lesquels l'*equity* était largement répandue et qui voyaient le juge comme un «oracle vivant de la loi», les pays de droit écrit, dont la France l'encadraient dans leur office de sorte qu'ils ne puissent exercer un libre pouvoir dans l'appréciation des textes au regard de situations individuelles nécessitant une intervention de la morale plus que du droit.

399. Au juge animé. Le juge devient animé lorsque la loi est obscure ou taiseuse. Il cesse alors d'être un automate et interprète les textes pour particulariser le général. Le juge en interprétant les textes, doit permettre de les adapter selon les contingences actuelles. Il peut aller plus loin en créant du droit à partir d'interprétations établissant des jurisprudences novatrices. L'article 4 du Code civil l'enjoint à se prononcer en cas de vide juridique sous peine de déni de justice, il se trouve donc investi d'un pouvoir de création qui permettra de répondre à une question isolée se posant à lui.

Lorsque la loi relative au harcèlement sexuel a été abrogée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 4 mai 2012, les personnes victimes d'un tel délit se sont retrouvées face à un vide juridique. Ainsi une femme de 37 ans a eu à subir l'abrogation de cette loi sa plainte ayant été déclarée irrecevable. Dans le silence de la loi, le magistrat représenté par le Procureur de la République a clairement commis un déni de justice en ne poursuivant pas l'auteur présumé des faits. Malgré la frilosité attachée au pouvoir créateur du magistrat, «le pouvoir du juge se développe non pas sur les lacunes de la loi, elles sont inévitables, sur son obsolescence, elle est le reflet du temps, sur son insuffisante individualisation»⁷¹⁶. Le juge pénal par le recours à l'équité dès que la loi le permet procède à une individualisation des peines qu'il estime alors justes et adaptées aux circonstances de l'espèce.

716 J. HAUSER, Le juge et la loi, *Revue Pouvoirs*, 3/ 2005 (n° 114), pp. 139-153.

B- ÉTAT DE NÉCESSITÉ ET INDIVIDUALISATION DES PEINES

400. En pratique et, du point de vue du droit pénal, le juge peut recourir à la notion d'état de nécessité, s'il la perçoit comme étant une voie légitime et raisonnable afin de servir au mieux les intérêts des justiciables et de s'approcher au plus près des réalités socio-naturelles.

La décision équitable sera, dans cette hypothèse, nécessairement adaptée à la personne jugée (1), celle-ci voyant sa peine individualisée (2).

1- L'état de nécessité comme fondement de l'équité

401. **A l'origine, l'état du nécessiteux.** Dans *Les travaux et les jours*, Hésiode dresse un portrait peu flatteur des personnes placées en état de nécessité : «Je vous engage à vous procurer et à nourrir un chien aux dents aiguës, sans épargner sur sa nourriture si vous ne voulez pas qu'un dort-le-jour vous vienne prendre votre bien». Considéré alors comme un vagabond, le nécessiteux était craint dans la pensée gréco-romaine. Mais à partir du Moyen-Âge la vision de l'état de nécessité a changé et il a été admis qu'il pouvait fonder une transgression au droit positif, ainsi le nécessiteux n'était plus perçu comme une personne sans droits. C'est à ce titre que Loisel disait «nécessité n'a point de loi»⁷¹⁷, de sorte que le droit positif pouvait fléchir devant le besoin.

Diversement appliqué, l'état de nécessité autorise alors toute transgression, à l'exemple du vol⁷¹⁸ et du meurtre⁷¹⁹ qui ne sont désormais plus condamnables. Véritable excuse du voleur, l'état de nécessité lui soustrait la volonté de nuire⁷²⁰.

717 J. HOAREAU-DODINAU, P. TEXIER, *La peine, discours, pratiques, représentations*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2006 p. 118.

718 Dans la légende celtique *Peredu ab Evrawc* (Cf. J. MARKALE, *L'épopée celtique en Bretagne*, Paris, Payot, 1994, p. 185.), la mère de Peredur donne à son fils ses derniers conseils avant qu'il ne parte courir le monde : «[o]ù tu verras une église, récite ton Pater auprès d'elle. Quelque part que tu voies nourriture et boisson, si tu en as besoin et qu'on n'ait pas assez de courtoisie ni de bonté pour t'en faire part, prends toi-même».

719 Saint Thomas d'Aquin autorise le meurtre, si c'est un ordre de Dieu, car il y a nécessité d'obéir à Dieu : «La même raison vaut pour le vol qui est l'enlèvement du bien d'autrui. En effet, prendre quoi que ce soit sur l'ordre de Dieu, Seigneur de l'univers, ce n'est point prendre contre la volonté du propriétaire, ce qui constitue le vol».

720 Un pamphlet anonyme contemporain des écrits d'Overton et intitulé *Les cris lamentables d'innombrables artisans misérables voués à la famine* résume cela magnifiquement : «La nécessité dissout toutes les lois et tout gouvernement: la faim passera au travers des murailles. De tendres mères préféreront vous dévorer vous plutôt que le fruit de leurs propres entrailles. Dites leur, s'ils restent sourds, que les larmes des opprimés emporteront jusqu'aux fondations de leurs demeures». C'est aussi, dans un milieu plus populaire, l'idée qui est exprimé par un des émeutiers de la guerre des farines en 1775, au lendemain de l'instauration de la libre circulation des grains par l'édit de Turgot ; Louis Marais, habitant de Luzarche questionné «pour savoir qui lui a donné l'ordre de faire délivrer le blé à raison de douze livres le

Certains philosophes lui reconnaissent même une valeur humaine considérant que l'instinct de survie de l'individu alors en danger prime sur le droit.

Rousseau, dans *Le contrat social*⁷²¹ écrit que «tout homme a naturellement droit à tout ce qui lui est nécessaire».

Moins tolérants que les théoriciens, les praticiens du droit ont été plus réticents à admettre que l'état de nécessité pouvait fonder une décision sur la morale et non sur le droit.

402. L'état de nécessité conditionné à la nécessaire commission de l'infraction. Les juges du fond utilisent le mécanisme de l'état de nécessité pour fonder des décisions d'équité, mais ce mécanisme est rigoureusement encadré par le législateur qui exige le caractère nécessaire de l'infraction litigieuse⁷²².

La particularité de la prise en compte de l'état de nécessité pour fonder des décisions est qu'il s'agit de confronter une situation spécifique à celles prévues par les textes de loi et d'y voir une situation unique dans laquelle une personne singulière est soumise. Fondement de la décision Ménard prise par le juge Magnaud, l'état de nécessité invoqué a non seulement permis de comprendre que le droit était impuissant à juger une telle situation, mais aussi a permis de voir au-delà de la personne jugée pour y considérer son identité de femme et à travers elle de mère incapable de nourrir son enfant. L'état de nécessité est alors une illustration significative de l'équité qui dépasse l'égalité pour véritablement personnifier et singulariser le prévenu.

403. Cet «état de nécessité» fondement de la décision dans l'affaire Ménard a fondé un autre jugement du tribunal de Poitiers en date du 5 février 1998, afin de relaxer une femme qui avait à plusieurs reprises dans la même journée volé de la nourriture pour ses enfants dans un supermarché⁷²³.

Juridiquement, la mise en œuvre de l'état de nécessité est conditionnée par l'équilibre entre l'intérêt

setier répond : «[j]e n'ai pas besoin d'ordre, la nécessité contraint à bien des choses».

721 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2011, 255 p. : Livre I, chapitre 9, «Du domaine réel».

722 J.GREGOGNA, Nécessité, État de, *Encyclopédie universalis*, <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/État-de-necessite/>

723 T. LEGENDRE, Le juge Magnaud, extrait de la *Revue Graines d'histoire, la mémoire de l'Aisne*, automne 1999, N°7 : «Depuis le 1er mars 1994, la notion d'«état de nécessité» chère au Président Magnaud, est désormais inscrite dans les textes et a permis, par exemple, au juge Laurence Noël, présidente du Tribunal de Poitiers, de relaxer en février 1997 une jeune femme sans ressources jugée pour un vol de viande dans un supermarché de Niort. Le parquet ayant fait appel, le jugement a été annulé le 11 avril 1997».

qui est protégé et l'intérêt qui est sacrifié, ce qui peut restreindre sévèrement son application . Ainsi, le 11 avril 1997, la cour de Poitiers a condamné une mère de famille qui avait volé des denrées pour nourrir ses enfants qu'elle élevait seule à une «peine de principe» de 3000 francs avec sursis. Certes, la peine était assortie d'un sursis, mais dans cette affaire, la Cour d'Appel n'a pas jugé en équité estimant qu'il n'y avait pas état de nécessité puisque ses enfants avaient «la chance de manger à la cantine»⁷²⁴. Cette peine est aussi symbolique que significative d'un renoncement de l'humain en la personne du juge qui n'a alors pas vu en cette prévenue l'identité d'une mère de famille désœuvrée.

Si l'état de nécessité est un moyen de fonder les jugements pris en équité, il reste encore trop martelé par l'opprobre qui pèse sur le voleur. «Ainsi, Baxter, dans ses *Chapters from a Christian directory*, publiés en 1673, soutient longuement qu'il vaut mieux se laisser mourir de faim ou laisser mourir sa famille que de voler»⁷²⁵.

L'inscription de la notion de nécessité dans le Code pénal peut laisser penser que son recours est plus simple, mais son encadrement législatif continue de brider le juge dans sa volonté d'équité.

Pourtant, la notion sous-jacente à la mise en œuvre de l'état de nécessité comme fondement d'un jugement en équité est la reconnaissance absolue de l'identité de la personne concernée, notion malheureusement absente des commentaires doctrinaux. L'occasion avait été pourtant offerte de comprendre que l'état de nécessité consacrait l'identité féminine lorsque la Cour de cassation dans un arrêt du 31 janvier 1996, confirmé par deux arrêts des 27 novembre 1996 et 5 mai 1997 avait décidé que : «L'état de nécessité au sens de l'article 122-7 du Code pénal ne saurait être invoqué pour justifier le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse dès lors que celle-ci est autorisée sous certaines conditions par la loi du 17 janvier 1975»⁷²⁶. Cette occasion a certes permis de montrer que l'état de nécessité était là celui de la mère et non celui de l'enfant contrairement aux revendications des commandos anti-avortement⁷²⁷, mais n'est pas allée jusqu'au bout de son raisonnement en manquant d'identifier la femme comme une personne singulière.

Si l'état de nécessité n'est pas utilisé par le juge pour faire valoir l'équité et que la personne

724 Cour de Poitiers, 11 avr. 1997, *D.* 1997. 512 ; *JCP*, 1997, II, 22933.

725 J.-P. HESSE, Un droit fondamental vieux de 3 000 ans: l'état de nécessité jalons pour une histoire de la notion, *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier, décembre 2002.

726 D. HIEZ, B. VILLALB, *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, Villeneuve-d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, pp. 92-93.

727 Les opposants à l'avortement revendiquait la nécessité du droit à la vie. Cf. D. HIEZ, B. VILLALB, *op. cit.*, p. 91 : «La désobéissance anti-avortement prétend alors fonder l'entrave à l'IVG, par la sauvegarde d'un intérêt qui lui est supérieur, le droit à la vie».

est condamnée, dans la chronologie du système pénal, il existe un autre moyen de reconnaître l'identité de la personne et partant de la femme, l'individualisation des peines.

2- L'individualisation des peines comme conséquence du recours à l'équité

404. Individualisation et égalité contradictoires. En terme de responsabilité pénale, l'état de nécessité se résume à l'irresponsabilité pénale de la personne soumise à un tel état. L'état de nécessité n'est pas prononcé en raison du sexe de la personne, mais en raison de la situation dans laquelle elle est placée.

Des hommes comme des femmes se sont ainsi vus reconnaître l'irresponsabilité pénale pour vol par exemple. Pour autant, l'état de nécessité dans le cas du vol est le plus souvent admise pour des pères ou mères de famille, ce qui revient à reconnaître le biologique derrière le prévenu. Le lien avec l'enfant est donc ici l'intérêt qui est protégé et qui excuse le voleur ou la voleuse. En admettant l'état de nécessité à raison de contingences entourant l'infraction commise, le juge personnifie la peine se conformant alors à l'article 132-24 du Code pénal aux termes duquel :«Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction».

La personnalité réside ici dans la maternité ou la paternité qui deviennent alors des causes d'irresponsabilités pénales. Être père ou mère permet donc lorsque la nécessité l'exige d'échapper à une sanction pénale. Implicitement le juge considère alors la filiation comme une cause d'irresponsabilité pénale ce qui de facto contrevient au principe de légalité des peines selon lequel l'application du droit est la même pour tous.

L'état de nécessité s'inscrit dans un processus de personnalisation des peines dont le pouvoir est dévolu au juge. Il s'agit d'une faille au principe de légalité qui ouvre la voie à la prise en compte de la différence dans le prononcé des peines.

En effet, lorsque le juge émet un jugement en équité, il ne condamne pas une infraction, mais il condamne ou relaxe la personne qui a commis cette infraction, il individualise donc la peine en fonction du délinquant. L'article ne donne pas de précision quant à la notion de «personnalité de

l'auteur» de l'infraction, il convient donc au juge d'apprécier lui-même les caractères entourant cette notion. Il pourrait donc s'agir du sexe de l'auteur, partie intégrante de sa personnalité.

405. Si l'individualisation de la peine en raison du sexe contreviendrait au principe de l'égalité des sexes, elle pourrait toutefois être vue comme une discrimination positive pénale, ce qui reviendrait à une reconnaissance de l'identité féminine et non à un traitement différencié condamnable sur le fondement de l'égalité.

Le principe d'individualisation ou personnalisation de la peine dispose d'une valeur constitutionnelle posée par une décision du Conseil constitutionnel n°2005-520 DC du 22 juillet 2005, et «elle suppose que la justice pénale ne se cantonne pas au seul acte criminel commis»⁷²⁸. Les critères de l'individualisation de la peine contiennent une part de subjectivité relative à la personne auteur de l'infraction et le juge seul peut décider de la sanction adéquate eu égard à la personnalité du délinquant. Le Code pénal en instaurant cette mesure n'empêche pas au juge de tenir compte du sexe dans le prononcé de sa peine.

Une telle considération pourrait pour certains remettre en question la responsabilité de la femme de manière générale⁷²⁹, mais il ne s'agit de déresponsabiliser la femme, il s'agit plus spécifiquement de déresponsabiliser la femme délinquante lorsque les contingences de la situation le permette. Ainsi, ce n'est pas la femme qui est irresponsable, mais la femme auteur, ce qui en somme ne remet pas en cause les évolutions quant à son statut en droit pénal, mais cela revient à considérer par-delà l'auteur la femme.

406. Le primat pénal de l'individualisation sur l'égalité des sexes. En théorie le principe d'individualisation de la peine et le principe d'égalité devant la loi sont contradictoires. Mais en pratique, le droit pénal est davantage imprégné par le principe d'individualisation de la peine ce qui revient à ne pas contrevénir au principe d'égalité⁷³⁰. Le principe spécifique prime donc sur le principe général⁷³¹. Présente dans le Code pénal depuis 1810, la personnalisation de la peine est apparue comme un système correcteur des inadaptations de la loi, «puisque la peine frappait à

728 J.-P. CERE, Peine (Nature et prononcé), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, mars 2008.

729 J. BONILLA, M.-A. CORDEVANT, E. FREIXA I BAQUÉ, Critique d'une philosophie de la responsabilité, *Cahiers de psychologie politique*, n°4.

730 C. BARBERGER Égalité et individualisation de la peine, *L'individualisation de la peine*, Toulouse, ERES, 2001, pp. 207-214.

731 «Specialia generalibus derogant».

l'aveugle, au hasard d'une solution mathématique, au risque de rendre à la liberté l'incorrigible et le pervers, et d'atteindre surtout le demi-coupable, le coupable fourvoyé, que l'injustice du résultat, plus encore que la promiscuité de la prison, allait achever de pervertir et d'enrôler dans le monde du crime»⁷³². Illustration par excellence du jugement équitable, elle rejette la peine rétributive pour lui préférer la peine appropriée à son but, de sorte à ne plus punir le délinquant selon la gravité de l'acte, mais apprécier les circonstances de commission de cette infraction.

La prise en compte de la personnalité de l'agent est le facteur déterminant le choix de la peine et elle est donc laissée à l'appréciation du juge qui peut y comprendre la situation personnelle et familiale du délinquant. Ainsi, le juge pourra choisir de ne pas condamner une femme si elle est mère de famille et dans la mesure où la délinquante n'est pas un danger pour la société⁷³³.

Dans son article Genre et droit pénal : illustrations choisies, Juliette Gaté stigmatise les sanctions «plus clémentes» des femmes en raison de «leur rapport à la filiation»⁷³⁴, mais n'est-ce pas voir dans de telles décisions des jugements équitables conscients de l'attachement d'une mère à son enfant plutôt que de provoquer une méfiance à l'égard des juges et leur prêter une intention créatrice de stéréotypes genrés ?

Ne pas condamner une femme ou la condamner moins sévèrement qu'un homme ayant commis la même infraction en raison de sa maternité ne peut être reproché au juge qui alors considère la femme dans son identité biologique. Ce qui est à craindre est «l'attitude chevaleresque des magistrats»⁷³⁵ qui par la personnalisation des peines risquerait de porter atteinte à la société en créant eux-mêmes un droit parallèle aux textes de loi conduisant à un gouvernement des juges.

732 A. LE POITTEVIN, L'individualisation de la peine, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, pp. 477-509.

733 Tel était le cas de cette femme relaxée par la Cour d'Assises de Saintes poursuivie pour non-dénonciation d'inceste sur ses enfants par son époux et qui avait été relaxée au motif qu'elle avait un enfant en bas âge et qu'elle devait continuer de l'élever.

734 J. GATE, Genre et droit pénal: illustrations choisies, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 68.

735 C. PARENT, La protection chevaleresque ou les représentations masculines du traitement des femmes dans la justice pénale, *Déviance et Société*, vol. 10, n°2, 1986, pp. 147- 175.

§ 2 UNE VALORISATION RISQUÉE

407. La promotion du rôle du juge par l'équité qui se voit alors en charge d'un réel pouvoir d'interprétation des textes de lois qu'il jugerait trop abstraits et génériques pour cerner et s'adapter aux différences exigées par certaines situations, n'est pas dénuée du risque de voir ce même juge outrepasser sa mission de bouche de la loi pour en devenir la plume (A).

Pour enrayer les éventuelles dérives, le respect d'une justice formelle, qui doit être impérativement encadrée, et non exclusivement fondée sur la jurisprudence s'impose (B).

A- L'ALÉA D'UN JUGE PLUME DE LA LOI

408. En principe, bouche de la loi, le juge se contente d'appliquer les textes. L'équité lui offre la possibilité d'interpréter les textes qu'il considère comme étant iniques. Ce procédé va dans le sens de l'individualisation des situations, mais peut dégénérer en des excès interprétatifs et ne plus suivre l'esprit de la loi.

L'expression «gouvernement des juges» illustre cette éventuelle dérive (1) qui peut, de plus, conduire à une moralisation du droit, laissant les justiciables dans l'incertitude de décisions potentiellement aléatoires (2).

1- Le gouvernement des juges

409. **La crainte d'une personnalisation judiciaire des lois.** La légitimité du recours à l'équité dans les jugements pose la question du choix entre «juger en droit ou en humanité»⁷³⁶.

Le jugement équitable revient à personnifier les textes de loi trop vagues et trop abstraits pour correspondre à toutes les situations, c'est en cela que le droit est universel et que la jurisprudence est singulière. A trop vouloir adapter la loi aux cas concrets, l'humanité attachée aux jugements en

⁷³⁶ G. RAYMOND, Juger en droit ou en humanité ?, *Revue Contrats Concurrence Consommation*, décembre 2004, n° 12.

équité peut risquer de verser dans l'arbitraire «faisant fi de la référence objective à la lettre du texte».

Si la stricte application des textes révèle ses limites, leur interprétation peut s'avérer également délicate et laisser aux juges une marge d'appréciation compromettante pour l'organisation de la société engageant une justice à double vitesse.

L'office du juge est d'appliquer les lois et de veiller à ce qu'elles soient respectées, pour autant lorsque la loi est obscure il peut l'interpréter et l'adapter à la situation. Il a été reproché à ce titre la marge d'appréciation dont les juges disposaient pour interpréter les textes risquant une déviance vers un Gouvernement des juges.

L'expression Gouvernement des juges fait référence aux hypothèses d'ingérence du pouvoir judiciaire dans la sphère du pouvoir politique. C'est Édouard Lambert qui a initié cette expression dans son livre *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle de constitutionnalité des lois*⁷³⁷. Il s'agissait pour l'auteur de supprimer le symbolisme attaché au «légicentrisme»⁷³⁸ qui empêchait aux juristes français «de voir le rôle crucial joué par la jurisprudence à l'égard, voire à l'encontre de la législation»⁷³⁹.

410. Malgré la volonté d'apaisement de la méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire, cet ouvrage n'a pas suffi à faire cesser la contestation de la légitimité du pouvoir judiciaire en France. Le contrôle de conventionnalité⁷⁴⁰ et la loi organique du 10 décembre 2009⁷⁴¹ ont suscité de vives

737 E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

738 C. JALLAMION, Les usages, de la règle coutumière à la règle transnationale. Le texte qui suit est celui de la communication présentée à Montpellier le 17 juin 2011 lors du colloque organisé par le Pr. Pierre Mousseron et le Centre du droit de l'Entreprise, sur le renouveau des usages : «[...] la loi règne en maîtresse».

739 L. HEUSCHLING, Édouard Lambert. Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, *Revue internationale de droit comparé*, 2007, vol. 59, n° 4, pp. 958-961.

740 Le contrôle de conventionnalité permet aux juges d'écarter une loi contraire à une norme internationale.

741 <http://www.lefigaro.fr/lefigaromagazine/2010/04/17/01006-20100417ARTMAG00016—un-gouvernement-des-juges-.php>: «La loi organique du 10 décembre 2009 qui modifie les conditions de saisine du Conseil constitutionnel. A l'origine, celui-ci ne pouvait être saisi que par le président de la République, le Premier ministre et les présidents des deux assemblées. La révision de 1974 a étendu les conditions de saisine à 60 députés ou sénateurs. Dans tous les cas, le Conseil devait donner son avis de conformité à la Constitution avant la promulgation du texte ou du traité concerné. Or, voici que, désormais, les citoyens pourront lui demander de contrôler la constitutionnalité des lois en vigueur à l'occasion d'un procès les concernant. Si l'on ajoute que, depuis 1971, le Conseil constitutionnel a élargi ses critères de contrôle et, du même coup, sa liberté d'appréciation à un bloc de constitutionnalité» incluant les préambules de 1946, de 1958 et les «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République», on comprend l'émotion : la crainte est, en effet, que dans un pays où la loi est considérée comme l'expression de la volonté générale, le prestige qui s'attache aux textes votés par les élus de la nation se heurte, sur le modèle de nos voisins européens, à la concurrence d'autres règles,

critiques à l'encontre du pouvoir d'interprétation des juges craignant de plus en plus un Gouvernement des juges.

La crainte liée au contrôle de constitutionnalité pourrait tenir à l'audace des juges à dépoussiérer des textes de lois obsolètes et inadaptés non seulement au bloc de constitutionnalité lui-même, mais aussi aux situations actuelles. Parmi ce bloc, le principe de l'individualisation de la peine, illustration de l'équité. Ainsi, il est possible d'envisager que le juge saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité⁷⁴² portant sur l'identité des femmes remettrait le principe de l'égalité des sexes. En clair, s'estimant lésée par le principe de l'égalité des sexes niant alors son identité, une justiciable femme pourrait saisir un juge pour contester ce même principe au nom de la personnalisation des peines.

411. Une crainte pouvant remettre en cause le recours à l'équité. Si un tel Gouvernement est redouté il l'est pour la même raison que l'équité inquiète, la place accordée à l'humanité dans les jugements ; or, si le juge peut interpréter les textes de loi, il est limité par son interdiction de juger ces mêmes textes. La mise à mal de la sécurité juridique est, elle, à prendre en considération dès lors que l'imprévisibilité gagne le judiciaire. La formule «Dieu nous garde de l'équité des Parlements» est restée ancrée dans les mémoires à tel point que l'égalité lui est préférée et le fait que le principe d'égalité appartiennent au bloc de constitutionnel n'y est pas indifférent. En effet, considérer l'égalité comme le principe et l'équité comme exception évite de rendre incertaine la sécurité juridique du justiciable. Les impressions parce qu'elles sont celles de magistrats et donc de personnes humaines sont inévitablement fluctuantes selon la diversité des opinions et des caractères des juges, mais aussi des parties.

Le droit français se préserve ainsi et impose au juge de statuer en droit et non pas en équité, en dépit de la probabilité des jugements inéquitables et injustes. Remparts efficaces contre une insécurité juridique potentielle, le jugement en droit et le primat de l'égalité demeurent toutefois un moyen aveugle de perpétuer le cliché de l'équité précaire.

d'autres normes élaborées par les juges. Qu'advient-il du rôle du Conseil constitutionnel après une telle réforme ? ». 742 M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Paris, SA Lamy, 2011, 420 p.

2- L'indispensable séparation des pouvoirs.

412. La redoutée moralisation du droit. Si l'équité connaît un certain regain d'intérêt du à des décisions juridiques considérées injustes et inadaptées au regard d'une situation donnée, elle continue d'inquiéter de par la potentielle mise à mal de la sécurité juridique qu'elle pourrait susciter.

En effet, la confusion facile entre l'expression de Gouvernement des juges et l'équité demeure péjorative dans les esprits laissant penser que les juges pourraient s'emparer des textes de lois les interprétant à leur guise pour les réécrire dans la jurisprudence. Le Gouvernement des juges s'il peut s'avérer problématique au regard de la légitimité des lois compte tenu des excès qui pourraient en résulter n'est pas à confondre avec l'équité qui ne demeure qu'une exception à côté du principe d'égalité. Pratiquée abusivement l'équité conduirait également à la mise en péril de la sécurité juridique, elle aboutirait à rendre des décisions imprévisibles faisant naître des disparités de traitement plus injustes encore que celles fondées sur une égalité non nuancée.

Il en résulterait pour les justiciables une vaste incertitude⁷⁴³. Pourtant si l'équité se trouve contrariée par ses potentiels abus volontaires ou involontaires, elle demeure la clé d'une justice juste et adaptée aux circonstances et aux justiciables eux-mêmes. Loin de devenir la plume du droit, le juge qui fonde sa décision sur l'équité rompt avec la définition classique du droit qui est celle de l'ensemble des règles de conduites généricistes et obligatoires pour lui substituer des règles morales qui sont «diversifiées»⁷⁴⁴.

413. Le recours au juge unique⁷⁴⁵. Mais l'inquiétude la plus significative quant au Gouvernement des juges et par extension à l'équité est relative à l'office du juge d'instruction. La formule «à juge unique, juge inique» est à ce titre évocatrice. La fonction de juge d'instruction avait été mise en cause en raison des risques liés à la non collégialité. Une fois encore la problématique de l'équité et des dérives personnelles d'un magistrat unique était placée au premier plan. Caricaturé comme l'illustration du représentant des Gouvernements des juges, le juge d'instruction est vu

743 Des auteurs se sont élevés contre le recours à l'équité. Ainsi, Pierre-Clément Timbal (*Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz, 2009.) a pu écrire: «On parle de jugement en équité lorsqu'aucune règle juridique positive ne permet de régler un litige et que la juridiction saisie décide ce que commande l'équité. Les Cours souveraines de l'Ancien régime allaient beaucoup plus loin: elles prétendaient avoir le droit d'écarter la loi positive ou la coutume, pour faire triompher l'équité. Cette initiative, d'abord utile, devient vite dangereuse parce qu'elle exposait les justiciables aux incertitudes et aux surprises».

744 C. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1990, 825 p.

745 En matière pénale, la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution a créé la possibilité pour le tribunal correctionnel de connaître à juge unique de certaines infractions simples.

comme «un gouvernant qui interprète, ou invente la loi, un gouvernant protégé par les privilèges de son statut, qui n'a rien à redouter»⁷⁴⁶.

La mauvaise image du juge d'instruction «trop puissant, qui parfois nous inquiète, cet inquisiteur habillé en juge qui dispose, seul, de pouvoirs exorbitants»⁷⁴⁷ rappelle d'anciens préjugés alors même que, selon le Professeur Jean-Denis Bredin, «C'est notre Droit qui nous gouverne, non nos juges»⁷⁴⁸.

Le Conseil Constitutionnel a toutefois considéré dans une décision du 22 octobre 2009 que le recours au juge unique n'est contraire à aucun principe constitutionnel de collégialité des juridictions et ne porte pas atteinte au principe de l'égalité devant la justice⁷⁴⁹, et ce conformément à l'extension de la procédure de juge unique par la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative⁷⁵⁰.

Il ne faut donc pas craindre le mythe du Gouvernement des juges pas plus que l'équité qui en réalité est salvatrice des cécités du législateur qui lui, non plus, ne doit pas interférer dans les affaires de la justice.

414. L'indépendance de la justice. Le pouvoir politique, qu'il s'agisse de sa composante exécutive ou législative, ne peut intervenir dans le pouvoir judiciaire autrement que par la fixation des normes dont le juge aura pour mission de veiller au respect.

Le juge lui-même doit s'abstenir d'empiéter sur le pouvoir politique⁷⁵¹ qui est le leur. En d'autres termes, la séparation des pouvoirs n'est pas unilatérale⁷⁵².

L'indépendance de la justice relève alors d'une vaste hypocrisie en ce qui concerne l'interdiction

746 J.-D. BREDIN, Un Gouvernement des juges ? , *Revue Pouvoirs*, n° 68, Qui gouverne la France ? , janvier 1994, pp.77-85.

747 *Ibid.*, p. 7.

748 *Ibid.*, p. 83.

749 Cons. Constit. 22 octobre 2009, n° 2009-590 DC, *Journal officiel du 29 octobre 2009*, p. 18292, *Rec.*, p. 179.

750 Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, articles 36 et suivants.

751 G. CARCASSONNE, Rapport introductif, *L'indépendance de la justice, Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)*, Dakar, 7 et 8 novembre 2007 : «Si je rappelle cette exigence, c'est parce que le risque existe toujours, qui s'est matérialisé en France, qu'une conception trop extensive de la justice, en particulier pénale, n'amène le juge à franchir la frontière entre légalité et opportunité, à apprécier ce qu'est ou aurait été, selon lui, la bonne utilisation du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire, mettant ainsi en cause les conditions de leur exercice pourtant légal, alors que lui-même serait le premier à s'indigner, à juste titre, si gouvernement ou parlement prétendait substituer leurs décisions aux siennes».

752 G. CARCASSONNE, rapp. préc.

pour les juges de se substituer au législateur en rendant des décisions générales et impersonnelles, car ils leur est également interdit de se substituer à lui pour rendre des décisions personnalisées grâce au système de procès équitable.

Le redouté et le redoutable doivent en réalité se tourner vers les excès de juges inexpérimentés⁷⁵³ et la prolifération des règles ayant vocation à semer le trouble dans l'ordre public et à trahir le sing-universalisme du droit en mettant en échec la reconnaissance de l'identité à travers la multiplication à outrance de références identitaires créant ainsi des groupuscules minoritaires frustrés et revendicateurs.

B- LE NÉCESSAIRE RESPECT DE LA JUSTICE FORMELLE

415. Pour éviter la multiplication des règles juridiques, le respect de la justice formelle est impératif et la jurisprudence doit maintenir sa place de source du droit inférieure à la loi (1).

Le juge doit alors s'en tenir à un rôle de garant du droit équitable et n'intervenir dans l'interprétation de la loi que lorsqu'il juge que la règle de droit crée un déséquilibre manifestement inique au regard de la situation qui est soumise à son application. Pour que le politique et le droit n'empiètent pas sur le champ de compétences de l'autre, il s'agit pour chacun de conserver son rôle et de ne pas enfreindre des limites qui seraient de facto préjudiciables aux personnes dont ils doivent garantir le respect des droits, des devoirs et des libertés (2).

1- Éviter la prolifération des règles de droit

416. Dans son article Le principe d'égalité, le Professeur Nicole Belloubet-Frier se pose la question de savoir si «le juge est libre de faire fi de la loi, de remplacer la règle par son appréciation subjective du juste ou de l'injuste»⁷⁵⁴.

753 X. BOUILLOT, *L'audition du juge Burgaud par la commission sur l'affaire d'Outreau*, 2009.

754 N. BELLOUBET-FRIER, Le principe d'égalité, *AJDA*, 1998, p. 152.

Le juge est en réalité lié par le principe de légalité et il ne doit recourir à l'équité qu'après avoir considéré les faits et les textes de lois y afférant. Avant de déterminer si le cas qui est soumis à son jugement relève d'une application de l'équité, il doit être attentif à la loi. La décision de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 22 avril 1992 est claire sur ce point «Le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et ne peut se borner à une simple équité»⁷⁵⁵.

L'équité doit demeurer l'exception et l'égalité le principe car l'équité renvoie à un humanisme, à un singulier et l'égalité au droit universel.

L'équité se saurait se détacher du droit à travers ses jugements sans craindre d'ébranler l'essence-même du droit qui est de garantir le respect de tous par tous et pour tous. Mais le juge se trouve alors confronté à un choix cornélien, juger en droit ou en équité. Il doit s'efforcer dans un premier temps d'appliquer la loi avec toute la loyauté et la dignité que sa fonction exige et si la loi n'est pas propre à la satisfaction d'un intérêt singulier, il doit alors se tourner vers l'équité apte à comprendre la nécessité du traitement d'un cas différent. L'équité perdrait tout son panache si elle devenait obligatoire pour le juge, elle renverrait l'identité au même, le concret à l'abstrait et ferait du différent l'identique tant redouté du généricisme. Quant au droit s'il n'était qu'équitable il perdrait sa vocation à protéger les minorités, car les minorités deviendrait les majorités.

L'équité doit conserver sa mission de correcteur de la loi qui elle ne doit plus l'ignorer et la considérer comme un clandestin. Le droit doit accepter de reconnaître ses limites à ne savoir qu'universaliser sans pouvoir particulariser et ne plus être ambiguë quant au recours à l'équité, c'est à lui que la tâche appartient d'être clair sur ce recours pour éviter la prolifération de potentiels textes qui lui seraient au mieux parallèles, au pire contradictoires. Le juge doit rester la bouche de la loi et non en devenir sa plume. Le droit, impuissant à couvrir toutes les situations, doit poser les jalons du recours à l'équité plutôt que de se croire omnipotent. Il peut être sing-universaliste seulement s'il est accompli dans le respect du juste et de l'équitable. Le juge quant à lui doit rester bienveillant avec le droit et ne pas s'approprier les textes, il doit respecter la justice formelle et demeurer un garant de l'équité.

755 Cass. civ. 2^e, 22 avril 1992, *Gaz. Pal.* 1992, II, panorama 307.

2- Le juge comme simple garant de l'équité

417. Pour que le juge ne devienne pas un législateur et partant un créateur de normes, il doit respecter le principe de justice formelle.

Les parties peuvent toutefois lui confier la mission de statuer en amiable compositeur l'autorisant alors à recourir à la fonction correctrice de l'équité.

Le juge par le biais de l'équité peut ainsi endosser la responsabilité d'un arbitre. «L'arbitre amiable compositeur peut juger en équité pure ou en droit et en équité»⁷⁵⁶. La liberté d'appréciation de l'arbitre ne doit pas se muer en arbitraire pour ne pas dévier de la finalité première du droit, le respect des uns et des autres.

Contrairement au droit anglais qui promeut l'*equity*, le droit français ne permet pas au juge de juger en équité, il doit juger en droit. Si cela est valable dans tous les domaines du droit, en droit pénal plus particulièrement la loi n'est pas toujours adaptée à la personnalité de l'agent et aux circonstances de l'infraction et le recours à l'équité est toléré.

Le jugement en équité s'efforce de tenir compte de la situation particulière du conflit en écartant s'il y a lieu la règle de droit applicable. La finalité est de parvenir à résoudre le conflit dans l'intérêt des deux parties. Cette justice est alors pragmatique car elle vise selon l'article 21 du nouveau Code de procédure civile à concilier les parties.

L'équité a pitié «du faible, de la veuve, du pauvre» et requiert en ce sens une application humaine des règles de droit⁷⁵⁷. Si la justice légale est représentée avec un bandeau sur les yeux comme gage de son impartialité, l'équité, au contraire, voit et considère les personnes auxquelles la règle de droit s'applique et elle prend toute conscience des conséquences d'une application stricto sensu des textes légaux.

Complétant et corrigeant un droit lacunaire, le jugement équitable tend à devenir une nouvelle règle juridique. L'équité parce qu'elle est bienveillante et qu'elle est à l'écoute ne peut être rejetée. Elle doit cependant veiller à ne pas primer sur la règle de droit pour ne pas verser dans un arbitraire néfaste.

756 J. BEGUIN, Le bon usage de l'arbitrage, *JCP G*, n°27, 29 juin 2009, p. 86.

757 A. TUNC, Équité, *Encyclopédia Universalis*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

418. Contrairement à l'égalité des sexes qui promet une homogénéité sociale aboutissant à un égalitarisme génériciste négateur de la différence sexuelle, l'universel-singulier répond à une logique de différenciation induisant nécessairement la reconnaissance de l'identité féminine.

La démarche que le droit doit suivre est donc de s'affranchir du principe d'égalité des sexes lorsqu'elle est systématique et de préserver les spécificités féminines alors occultées. L'écoute et la compréhension du singularisme féminin par le droit doit s'inscrire dans une adaptation aux réalités naturelles et sociales. Il s'agit pour lui de diffuser ce qui est équitable et la similarité d'un traitement pour les hommes et les femmes indifféremment des circonstances ne répond pas à cette nécessité.

L'équité si elle n'est pourtant pas éloignée de l'égalité en ce qu'elle la complète, lui est différente dans ses aspirations et notamment quant au regard qu'elle porte sur les situations qui sont soumises à son appréciation. Instrument du juge pour rendre une justice raisonnée et raisonnable, l'équité n'est certes pas propre à l'identité féminine, mais elle est liée intimement à l'identité des justiciables alors placés dans des situations qui ne sont pas génériques et qui nécessitent une prise en charge particulière.

Procédant de la casuistique, l'équité appréhende ce qui n'a pas pu être compris par l'égalité tant elle s'emploie à ne se préoccuper que des cas d'école.

Le juge rend ainsi des décisions sur des cas qui ont échappé à des principes génériques y décelant une identité et non une identité.

Mais de la même façon que la promotion de l'individualisme est redoutée, le jugement équitable qui encourage cette prise en compte de l'individu au détriment du groupe est critiquée.

Un gouvernement des juges qui ne se contenteraient plus d'être les bouches de la loi, mais aussi leur plume est craint et c'est à juste titre que dans le respect des droits et libertés individuelles, le juge doit s'en tenir à être équitable dans le prononcé de ses décisions et non un rédacteur-justicier qui desservirait l'identité et partant l'identité sexuelle.

CHAPITRE 2

«LE SENS DU JUSTE AU FÉMININ»⁷⁵⁸

419. La gynilité représente l'idée de sens du juste appliqué au féminin en ce qu'elle comprend réellement ce que le sexe féminin implique.

Elle s'érige comme le principe-même de l'égalité des sexes encourageant la reconnaissance de la différence sexuelle (Section 1).

Mais cette gynilité ne demeure qu'utopique substituant l'idéal d'identité féminine à une simple condition féminine qui se borne à faire état de la situation dans laquelle les femmes sont placées (Section 2).

SECTION 1 LA GYNILITÉ UTOPIQUE

420. Si le sing-universalisme répond à l'objectif de recherche de l'identité féminine, il ne lui est pourtant pas propre, puisqu'il permet de reconnaître l'identité largo sensu.

La gynilité est elle par contre intrinsèquement liée au féminin, considérant la singularité de la femme (§ 1).

Louky Bersianik, philosophe et essayiste québécoise est celle qui a créé cette notion et elle la défend comme une utopie en laquelle il faut croire, mais le propre de l'utopie est de ne pas toujours être réalisable (§ 2).

758 J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Genova, Studio editoriale di culture, 1990, 298 p.

§ 1 LA GYNILITÉ COMME COMPRÉHENSION DE L'IDENTITÉ

421. Néologisme, la gynilité est un concept au contenu novateur qui pose clairement la différence sexuelle comme une notion à intégrer dans la société et qui considère que l'affirmation du féminin est la clé de la reconnaissance de l'identité féminine (A).

La féminitude et la gynocritique, qui sont les outils de la concrétisation de la gynilité, suivent et respectent les politiques de différenciation en ce qu'ils admettent que le féminin ne doit pas être assimilé au masculin, mais au contraire s'en démarquer, tant dans la considération de leur place dans la société que dans la transmission d'un patrimoine culturel essentiellement féminin (B).

A- UN CONCEPT DIFFÉRENTIALISTE

422. La gynilité est un concept différentialiste qui considère la différence sexuelle non du point de vue réducteur de la biologie, mais de celui de l'ontologie (1).

Cette ontologie de la femme va permettre de déterminer l'identité gynile, la gynil-identité (2).

1- Ontologie de la femme

423. L'Euguélienne ou la femme comme être gynile. L'équité, à travers l'interprétation des juges, tente d'individualiser les personnes, à l'instar de l'affaire Ménard. Mais le jugement équitable n'est pas propre à l'identité féminine, lorsque le juge est herméneute, il l'est de manière universelle, il ne cherche pas à singulariser la femme, il singularise tous les individus dont le litige est soumis à son appréciation.

Le juste n'y est alors pas seulement féminin et en cela il ne peut permettre l'accession complète à la

reconnaissance féminine.

De plus, les dérives potentielles vers l'arbitraire constituent un obstacle à la considération de l'identité des femmes.

L'équité n'est donc pas un moyen fiable de parvenir à reconnaître qu'il doit exister une identité juridique féminine.

Pour se désincarcérer de la tutelle de l'égalité des sexes, le droit doit faire appel à des instances qui ne conçoivent pas l'individu au sein d'un tout, mais qui regardent par delà cette homogénéité.

Dans son livre *L'Euguélienne*⁷⁵⁹, Louky Bersianik appréhende très clairement la question de l'identité féminine. Elle invente un concept, la gynilité.

Alors qu'il aurait du retentir comme un coup de tonnerre dans la pensée féministe, ce livre a été rapidement oublié malgré une clairvoyance sans pareil. Extraterrestre qui arrive sur Terre pour trouver son alter-ego masculin, l'Euguélienne prend vite conscience de la suprématie de l'homme qui rejette toute altérité. Œuvre appartenant à la catégorie de la science fiction, ce livre, comme l'avait déjà fait Aldous Huxley dans *Le meilleur des mondes*⁷⁶⁰, imagine une cité idéale au sein de laquelle les individus ne sont pas tous égaux, mais différents.

C'est à la fin de son livre que Louky Bersianik crée et développe le concept de gynilité. Stigmatisation du patriarcat, *L'Euguélienne* ne s'en tient pas à désarticuler cette emprise, elle la désarçonne également en rappelant la spécificité des femmes. Elle s'emploie à expliquer son néologisme dans *La main tranchante du symbole*. Elle définit la gynilité des femmes comme «leur identité féminine reconnue, leur féminité observée de l'intérieur et non imposée de l'extérieur par les hommes, leur spécificité féminine et humaine sans référence à la masculinité»⁷⁶¹. L'auteur ne confond pas les genres, elle ne les distingue pas non plus, car cela reviendrait à les comparer et elle refuse de comparer l'incomparable.

Louky Bersianik va plus loin encore que la féminologie d'Antoinette Fouque, elle ne considère pas seulement qu'il existe deux sexes, elle considère aussi qu'il existe une ontologie de la femme. Elle voit ce que le principe de différence n'a pu comprendre : la femme a une identité qui ne peut se saisir que par un travail ontologique.

759 L. BERSIANIK, *L'Euguélienne*, Ottawa, Les Éditions La Presse, 1976, 398 p.

760 A. HUXLEY, *Retour au meilleur des mondes*, Paris, Plon, 2013, 144 p.

761 L. BERSIANIK, *La main tranchante du symbole*, Montréal, Éd. du Remue-ménage, 1990, 280 p.

424. L'ontologie comme objection à l'égalité des sexes. Si elle a éprouvé une grande reconnaissance de l'apport des mouvements féministes, le sentiment n'est pas réciproque, car elle ne préconise pas une égalité des sexes, ce qui reviendrait là encore à un travail de comparaison qu'elle rejette. Elle préconise toutefois, comme l'ont fait les féministes, la cessation de tout patriarcat qu'elle estime exister encore. Son œuvre tombée dans l'oubli peut pourtant constituer une contribution majeure dans la lutte contre les discriminations en considérant enfin les femmes en tant qu'être singulier et non plus comme des hommes. Elle véhicule un message identitaire fort qui nie tout généricisme au profit d'un particularisme de la femme qui n'est au contraire pas partagé par les mouvements féministes qui, en revendiquant une égalité non nuancée entre les sexes, masculinise la femme et la prive de ses spécificités.

L'ontologie reflète bien cette volonté de rechercher ce qui est naturel, ce qui représente «l'être en tant qu'être»⁷⁶² indépendamment de tout empirisme. L'ontologie rejette donc le genre en ce qu'il façonne la femme selon les attentes sociales, mais il fait également place à ce qui est singulier et, c'est en cela, qu'il répond à la nécessité de l'identité. L'ontologie féminine en réprouvant les apparences sociales de la femme, défend la substance de l'être féminin, elle le fait exister par lui-même «sans supposer un être différent dont il soit un attribut ou une relation»⁷⁶³. En somme, l'ontologie féminine telle que la gynilité l'incarne délite le rapport à l'autre masculin et ne rend compte que de la femme dans ce qu'elle a de plus substantiel, son identité.

L'ontologie de la femme telle qu'elle est représentée par la gynilité permet d'aller au-delà de l'essence et du biologique en considérant la femme dans son être qui touche au plus près ses spécificités. Il s'agit d'appréhender la singularité à travers la substance de la femme, à travers sa nature intime et profonde indépendamment de toute apparence.

Le protectorat juridique de la femme enceinte ne reflète dès lors pas l'ontologie féminine, mais s'en tient à un niveau moindre celui lié à l'essentialisme courant le risque de raviver l'exclusif rôle de procréatrice.

762 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 714.

763 A. N. WHITEHEAD, *La science et le monde moderne*, Monaco, Éd. du Rocher, 1994, 252 p.

2- La «gynil-identité»

425. La conscience de soi comme instance de l'identité. L'ontologie de la femme véhiculée par la gynilité permet d'appréhender la femme de manière substantielle, c'est-à-dire dans le rapport qu'elle entretient avec sa nature et non celui entretenu avec l'autre. Le «connais-toi toi-même» prend ici tout son sens. L'identité gynile est celle qui, sans rejeter l'autre, qui est différent, écoute sa propre nature, sa propre intimité avant de s'ouvrir à une relation d'altérité. Comprendre et revendiquer son identité féminine c'est se connaître avant de pouvoir accéder à la connaissance de l'autre. Pour Hegel, il s'agit d'une prise de conscience de soi qui est la seule détentrice de la vérité. L'égalité réclamée n'est autre qu'un pis-aller aux lacunes de sa propre sphère d'intimité.

Dans son livre *De l'identité à l'existence, l'apport du peuple juif*, le philosophe Daniel Sibony explique qu'au commencement il y a l'être et que la prise de conscience de sa propre identité permet d'envisager l'existence de l'autre, non pas comme un ennemi, car «l'autre n'est pas hors de nous, il est en nous. Nous sommes pluriels, il faut simplement l'accepter et en tirer parti pour combiner singularité et universalité»⁷⁶⁴.

En somme, c'est la connaissance de l'identité qui permet d'exister et non l'environnement social qui conditionne l'identité, contrairement aux idées reçues des théoriciens du genre.

La dialectique hégélienne du maître et de l'esclave reprend l'exigence de conscience de soi pour exister face à l'autre pouvant alors être, exagérément car caricaturalement, perçu comme un ennemi à détruire pour atteindre «la certitude de soi».

L'affirmation de la conscience de soi qui n'est autre que le reflet de l'identité, de l'ontologie de l'être est en effet représentée par une lutte pour la reconnaissance. Si Hegel utilise la métaphore de «lutte à mort», il peut s'agir dans le cas de la reconnaissance de l'identité juridique féminine d'une élévation contre ce qui est communément juridiquement et socialement imposé à travers le principe d'égalité.

426. Hegel explique le rapport entretenu par le maître et l'esclave dont découle la nécessité de la réciprocité et de l'altérité pour la reconnaissance de l'identité. Pour que la conscience de soi

764 D. SIBONY, *De l'identité à l'existence, l'apport du peuple juif*, Paris, Odile Jacob, 2012, 352 p.

soit reconnue, elle doit l'être par une autre conscience de soi. Le maître objectivant l'esclave, celui-ci étant chosifié ne peut posséder une conscience et partant ne peut reconnaître la conscience de son maître. L'esclave, avili par le travail, devient conscient de sa propre individualité et ainsi acquiert sa liberté, contrairement au maître qui est dépendant de l'esclave, son inactivité dans le rapport à autrui ne lui permet pas d'accéder à sa propre conscience.

La dialectique consiste en somme à introduire la prise de conscience de son identité par la relation à l'autre. En rejetant la différence sexuelle, l'égalité des sexes s'oppose à la réalisation de la femme en tant que personne individualisée par sa propre conscience dont pâtit nécessairement le respect que l'autre masculin doit lui apporter.

427. L'identité entre immanence et transcendance. L'identité féminine doit supplanter l'égalité des sexes plutôt que d'être souillée par des revendications généricistes nocives pour l'individualité. En ne parlant que d'une seule voix, l'égalité des sexes s'approprie l'identité féminine à laquelle elle nie les nombreuses spécificités et la liberté d'être une personne unique qui ne peut être l'égale de l'homme.

L'égalité des sexes nuit à la reconnaissance de l'identité de la femme dans la mesure où elle effectue un travail de comparaison entre les sexes dont le terme initial serait l'homme. La femme n'est alors qu'une copie de l'homme auquel elle doit se référer pour être considérée comme étant son égale.

L'égalité des sexes impose sa vérité qu'elle prétend être universelle alors même qu'il ne peut exister de confusion possible entre les deux sexes.

L'Euguélonne affirme à l'inverse la nécessité de dissocier l'homme de la femme par la gynilité. La gynil-identité que le livre revendique permet une distanciation avec le modèle masculin. Il s'agit de rompre avec le mimétisme selon lequel la femme est un homme comme les autres, la femme n'est pas un homme et elle n'est nullement comme les autres puisqu'elle possède sa propre singularité. Dans sa pièce *L'Assemblée des femmes*, Aristophane met en scène l'influence que les hommes ont sur l'opinion publique et le rôle amoindri des femmes dans la société. Pour se faire entendre les femmes vont user d'un stratagème, se vêtir d'habits d'hommes pour se rendre à l'assemblée du peuple et y faire adopter la décision de confier le pouvoir exclusivement aux femmes.⁷⁶⁵ Cette inversion des rôles montre la rigidité de la répartition des pouvoirs entre les sexes, elle est surtout symptomatique d'une crise de l'identité en ce sens que les femmes souhaitent accéder

765 ARISTOPHANE, *L'Assemblée des femmes*, Paris, Les Belles Lettres, 2002, 263 p.

aux mêmes instances que les hommes et, par cette recherche formatée du similaire, elles rejettent elles-mêmes leur propre identité.

428. Parité et politique des quotas concourent de la même manière à illustrer une égalité des sexes hypocrite et irréalisable du fait de la différence entre les sexes. La panacée est alors le rejet de l'identique pour trouver l'identité.

L'identité juridique féminine se situe à mi-chemin entre l'immanent et le transcendant ce qui suppose une conscience de soi et une relation à l'altérité. En effet, l'immanent féminin révèle la véritable nature de la femme, ce qui la constitue, «et ne résulte pas chez [elle] d'une action extérieure»⁷⁶⁶. Le transcendant qui lui est alors complémentaire permet une élévation vers une autre conscience que la sienne par le biais de la «méditation sur son existence»⁷⁶⁷. La mise en œuvre de la gynil-identité doit passer par une prise de conscience des nécessaires différences dans l'immanence et la transcendance, qu'elles soient celles de la femme et celles de l'homme. La féminitude et la gynocritique peuvent permettre de reconnaître enfin l'identité de la femme.

B- OUTILS

429. Deux outils peuvent concrétiser le projet de gynilité : la féminitude qui rompt avec l'attachement au rôle social des femmes, sans pour autant se rapprocher des revendications égalitaires (1) et la gynocritique qui met en valeur la culture féminine, comme une culture faisant émaner des sensibilités que seules les femmes peuvent traduire et transmettre (2).

1- La féminitude ou la rupture avec le rôle social des femmes

430. La caractérisation de l'identité sexuelle de la femme. En évinçant le genre comme outil de compréhension des différences sexuelles, la gynilité se situe au-delà des présupposés biologiques qui pourraient soumettre dans une perception radicale la femme au rôle de procréatrice.

⁷⁶⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, 1323 p.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 1143.

Elle défie ainsi la «maxima iniuria»⁷⁶⁸ de l'infériorité de la femme en l'ontologisant. Il s'agit non plus de considérer la femme à travers le rôle qu'elle tient dans la société ce qui renvoie là encore à la notion de genre- qu'il soit celui de la mineure dans une société patriarcale ou celui défendu par les tenants de l'égalité des sexes,- mais de la considérer à travers son identité sexuelle.

Le concept de féminité permet de comprendre que la femme ne tient pas un rôle dans la société, mais qu'elle est dans la société. Elle «implique le sentiment d'appartenance au sexe féminin»⁷⁶⁹.

Malek Chebel, anthropologue des religions, dans son livre *La Féminisation du monde*, écrit à ce titre : «La féminité c'est l'usage délibéré et conscient, et [...] contrôlé de la femme et de sa féminité. La féminité c'est l'usage transcendé et maîtrisé que fait la femme de sa féminité et de son statut»⁷⁷⁰.

Pourtant, l'origine du terme dénote la volonté de s'affranchir de cette féminité au profit de l'égalité des sexes. En effet, forgé par Simone de Beauvoir dans *Le deuxième sexe* pour caractériser l'affranchissement des femmes au modèle patriarcal dominant, ce concept, pour elle, péjoratif et significatif de l'infériorité sociale des femmes doit céder sa place à l'égalité des sexes de sorte que les femmes accèdent au même statut que les hommes⁷⁷¹.

En préconisant l'alignement du statut des femmes sur celui des hommes Simone de Beauvoir nie absolument l'identité de la femme et ne la respecte alors pas dans son être le plus profond, dans son ontologie.

La féminologue Benoîte Groult affirme sans détour l'impossible égalité des sexes qui «bute à tout moment sur le roc réel qu'est la gestation». Même si son raisonnement insiste particulièrement sur la procréation féminine, elle rappelle que le rapport à l'autre ne se matérialise pas mieux que grâce à la gestation qui, seule, permet de «donner la vie, créer, accueillir l'autre en soi»⁷⁷² et c'est ce qui rend la femme essentiellement différente de l'homme et dont le traitement doit alors être

768 J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Genova, Studio editoriale di culture, 1990, p. 253.

769 C.-E. TOURNE, *Féminisme, féminité, féminitude*, Paris, Éd. L'Harmattan, 2014, p. 182.

770 M. CHEBEL, *La féminisation du monde*, Paris, Payot, 1996, 312 p.

771 S. de BEAUVOIR, *La Femme indépendante*, Paris, Folio, 2008, 144 p. Elle écrit que «la femme a toujours été, sinon l'esclave de l'homme, du moins sa vassale ; les deux sexes ne se sont jamais partagés le monde à égalité ; et aujourd'hui encore, bien que sa condition soit en train d'évoluer, la femme est lourdement handicapée. En presque aucun pays son statut légal n'est identique à celui de l'homme et souvent il la désavantage considérablement».

772 F. TRECOURT, Et si on parlait de parité ? , *Philosophie Magazine*, n° 33, 24 septembre 2009.

nécessairement différencié.

431. La rupture avec le rôle social des femmes. Mais l'égalité des sexes agit à la manière de la justice aveugle en réclamant pour la femme un rôle différent de celui qu'elle tenait dans la société patriarcale. Certes, la féminité ne légitime pas le patriarcat qu'elle condamne d'ailleurs comme le fait à juste titre la gynilité, mais il convient avant d'agir sur les rôles sociaux de la femme de dévoiler à la société son identité. En somme, l'appréhension de l'identité féminine permettrait d'éradiquer les inégalités de fait entre les sexes s'il est admis universellement que la nature de la femme précède son expérience.

En effet, en voulant accorder à la femme le même rôle que celui accordé déjà à l'homme, les tenants de l'égalité des sexes accréditent la théorie du genre, puisqu'ils considèrent que la femme doit impérativement tenir un rôle social pour que les hommes et les femmes soient égaux. L'égalité des sexes continue donc de copier le rôle de l'homme en occultant l'essentiel, les hommes et les femmes n'étant pas identiques, ils ne peuvent pas nécessairement occuper le même rôle dans la société. Cela ne vient en rien justifier le traitement salarial différencié par exemple, mais la politique des quotas force les femmes à exister en fonction de la place qu'elles occupent dans la société et non en fonction d'elles-mêmes.

A nouveau dans le domaine du travail, il faut convenir que les hommes et les femmes ne sont physiologiquement et physiquement pas égaux et que sans prétendre à la revendication de la femme congédiée au foyer, la législation encadrant les recrutements consistant à ne pas préciser le sexe de l'employé recherché procède non seulement à l'entrave de la liberté d'embauche des employeurs, mais aussi à une assimilation des sexes discriminatoire pour l'identité féminine⁷⁷³.

Les défenseurs de l'égalité des sexes doivent prendre conscience que la féminité est «nécessaire pour mener les combats de l'émancipation»⁷⁷⁴. Elle permet de concevoir que la

773 Article 1132-1 du Code du travail : «Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap».

774 C.-E. TOURNE, *Féminisme, féminité, féminitude*, Paris, Éd. L'Harmattan, 2014, p. 182.

différente ne doit pas nécessairement être l'égale.

Cette dimension de la différence sexuelle s'inscrit également dans la culture au féminin qui permet une distanciation par rapport au modèle masculin préétabli.

2- La gynocritique ou la culture au féminin

432. Dans l'entreprise de la gynilité la féminité trouve son écho dans la gynocritique. En effet, la gynocritique ne cherche pas à détruire les différences entre les sexes, mais elle vise à comprendre la spécificité de l'écriture des femmes comme l'aspect essentiel de la réalité féminine.

Développé en France dans les années 1970 par des féministes comme la femme de lettres Hélène Cixous et Luce Irigaray, le concept d'écriture féminine exprime une écriture non issue du genre, mais du sexe.

Louky Bersianik comprend, dans *La main tranchante du symbole*, qu'il appartient aux femmes comme aux féministes de créer une nouvelle littérature. Elle explique que le second degré attaché à l'œuvre de fiction est spécifiquement féminin⁷⁷⁵.

La féministe américaine Elaine Showalter qui a inventé le terme-même de gynocritique pour définir la littérature selon une approche féminine scelle, dans son livre *Toward a feminist poetics*, la volonté d'affranchissement de la culture féminine contrairement à la culture féministe qui veut s'adapter à celle masculine en reniant alors son identité⁷⁷⁶.

775 L. BERSIANIK, *La main tranchante du symbole*, Montréal, Éd. du Remue-ménage, 1990, 280 p. «Transformer les ténèbres en lumière, élargir d'un nouveau flux la fonction symbolisante de l'imagination, infléchir les symboles existants, les manier suivant une nouvelle logique symbolique de façon à ce qu'ils émergent avec de nouvelles résonances, de nouvelles interprétations, telle est la tâche des créatrices féministes».

776 E. SHOWALTER, *Toward a feminist poetics*, *New Feminist Criticism: Essays on Women, Literature, Theory*, Paris, Panthéon, 1985, 403 p. : «Contrairement à une idée fixe sur la littérature masculine, le programme de la gynocritique doit construire un cadre féminin pour l'analyse de la littérature des femmes, de développer de nouveaux modèles basés sur l'étude d'une expérience féminine, plutôt que d'adapter les modèles et les théories masculins. La gynocritique commence au moment où nous nous libérons des absolus linéaires de l'histoire littéraire masculine, que nous cesserons d'essayer d'adapter des femmes aux lignes de la tradition masculine, et que nous nous centrerons sur le nouveau monde visible de la culture féminine».

433. Si les femmes écrivains ont pu être taxées de romantiques dans le sens le plus péjoratif, si elles ont caché leur identité par des pseudonymes masculins, elles apportent quelque chose de nouveau à la littérature. Elles écrivent avec leurs «entrailles»⁷⁷⁷, avec une autre vision, celle de la «connaissance intuitive des êtres»⁷⁷⁸.

Hélène Cixous⁷⁷⁹ dans *La jeune née*, insiste sur le rôle crucial de l'écriture féminine. Elle note «un privilège de la voix, c'est-à-dire une oralisation de la langue impliquant un rapport moins sublimé à la mère»⁷⁸⁰.

«Dans la femme il y a toujours plus ou moins de la mère qui répare et alimente, et résiste à la séparation». Pour l'auteur, la voix c'est «le lait intarissable», «la femme écrit à l'encre blanche»⁷⁸¹.

C'est l'affirmation de cette spécificité qui peut permettre de concrétiser la gynilité.

434. Marguerite Duras et Simone de Beauvoir, à l'inverse, appellent la littérature féminine à transcender les sexes. Elles rejettent toute référence à leur sexe dans leur travail d'écriture.⁷⁸²

L'écriture féminine est en lutte pour la reconnaissance de l'identité de la femme et permet de saisir les différences, mais l'égalité des sexes qui œuvre dans le sens opposé entend confronter les hommes à leur virilité en leur prouvant que les femmes peuvent accéder à leur statut. L'écriture féminine est différente de l'écriture féministe en ce qu'elle ne reproduit pas le schéma de l'écriture masculine, elle n'essaie pas de le recopier, mais cherche un souffle nouveau propre à la féminité et permettant ainsi d'admettre que la littérature féminine est différente de la littérature masculine, chacune possédant leur identité.

777 B. SLAMA, De la «littérature féminine» à «l'écrire-femme» : différence et institution, *Littérature*, 1981, vol. 44, n° 44, pp. 55.

778 *Ibid.*

779 H. CIXOUS, Le rire de la Méduse, *Revue L'Arc*, Simone de Beauvoir et la lutte des femmes, Éd. Au bureau de la revue, 1975, n° 61. La position d'Hélène Cixous concernant le sexe féminin demeure toutefois à relativiser. Elle écrit en effet, «S'il faut refuser les fétiches creux de l'éternel féminin, de la nature féminine, il ne faut pas par contre méconnaître qu'il y a des femmes, que le fait même d'être telles cantonne dans une singularité».

Il est clair que la féministe se retranche derrière l'égalité des sexes pour nier à la femme sa singularité et qu'elle estime tout comme la thèse du *Deuxième sexe* qu'«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».

Sa pensée limitée au genre est à considérer avec précaution, car elle revendique l'écriture féminine non pas pour que l'identité féminine soit reconnue, mais pour que les femmes montrent que l'environnement historico-culturel les a asservit.

780 M. S. JENSEN, La notion de nature dans les théories de l'«écriture féminine», *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 2000.

781 H. CIXOUS, *La jeune née*, Paris, 10/18, 1975, 296 p.

782 B. SLAMA, De la «littérature féminine» à «l'écrire-femme» : différence et institution, *Littérature*, 1981, vol. 44, n° 44, p. 55, note 28.

La gynocritique en ce qu'elle revendique son indépendance à la culture masculine affirme qu'il existe une imagination féminine spécifique permettant de concevoir les différences biologiques entre les sexes que les écrivains féministes n'ont pas su comprendre préférant rejeter ce qui était déjà établi plutôt que de chercher à créer sa propre culture.

§ 2 UNE UTOPIE

435. Louky Bersianik projette la gynilité comme une consécration du féminin, considérant que l'égalité sexuelle soumet la femme plus qu'elle ne la hisse vers un statut socio-juridique.

La philosophe conçoit la gynilité comme une utopie. Pour elle, l'utopie est vectrice d'espoir, mais cet espoir peut être déchu par une autre utopie davantage, mais à tort, plébiscitée, celle de l'égalité entre les sexes (A).

Cependant, l'utopie n'est pas nécessairement illusoire, elle peut également aboutir à un résultat concret qui ne sera peut-être pas celui de l'admission d'une identité juridique de la femme supplantant l'égalité entre les sexes, mais au moins celui de la prise de conscience des différences sexuelles (B).

A- L'ÉGALITÉ SEXUELLE OU L'AGÉNÉSIE SOCIALE DE LA FEMME

436. L'utopie de la gynilité constate les dégâts provoqués par l'égalité sexuelle plongeant la femme dans un état d'agénésie sociale, castratrice de son identité.

Elle doit faire face à l'idéal d'égalité sexuelle massivement représenté, alors même qu'il ne voit pas la femme dans sa singularité, préférant la confondre avec l'homme (1) et qui pourtant aliénant ses différences (2).

1- L'égalité sexuelle, une utopie collective

437. Consacrée par l'article 2 de la Constitution, la devise républicaine «liberté, égalité, fraternité» est inscrite dans la pensée collective depuis la Révolution française. Pour autant s'applique-t-elle toujours à la société contemporaine et doit-elle toujours s'appliquer ? Le triptyque n'est-il pas lui-même en contradiction et ne promeut-il pas une utopie collective ?

En son article 4 la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 définit la liberté ainsi : «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi».

Si la liberté est légitime à construire la devise de l'État français, les enjeux relatifs à l'égalité et sa contradiction partielle avec les deux autres termes permettent d'envisager une reformulation de la devise.

La liberté rime avec l'émancipation, l'affranchissement des femmes au modèle patriarcal pour se réclamer de leur propre identité, tandis que l'égalité au contraire les confine à imiter le statut masculin dans la confusion la plus évidente des sexes.

L'égalité des sexes correspond à la liberté dans la mesure où les femmes ne peuvent plus être traitées comme inférieures par rapport aux hommes, l'égalité de traitement est donc requise, mais elle s'y oppose radicalement selon une perspective identitaire, puisqu'elle ne saurait reconnaître une spécificité à des personnes identiques.

438. Issue du latin *fraternitas*, la fraternité renvoie étymologiquement au lien fraternel. La fraternité implique un sentiment d'appartenance à un groupe, comme la féminité implique l'appartenance au sexe féminin. Elle consiste en une obligation morale de respect et de tolérance envers les différences entre les individus. En cela, elle se heurte à la définition-même de l'égalité qui rejette les différences pour assimiler les individus les uns aux autres.

Ces contradictions doivent s'illustrer dans le domaine de l'égalité des sexes, dans la mesure où en imposant une indifférenciation entre les sexes, cette égalité prive d'un côté les femmes de leur liberté à revendiquer leur identité et de l'autre côté elle les empêche d'appartenir au groupe de la féminité.

C'est ainsi que confrontée à la légitimité de la liberté et de la fraternité, l'égalité des sexes non seulement n'a pas sa place dans la devise républicaine, mais en plus sa diffusion collectivement forcée suscite des hostilités qui la maintiennent dans son simple rôle d'utopie non désirée, contrairement à la gynilité.

2- La négation de la spécificité féminine

439. En comparant toujours la situation de la femme à celle de l'homme, l'égalité des sexes promeut une négation de la spécificité féminine.

Pourtant, la distanciation entre les deux sexes permettrait non seulement de prendre en considération la singularité féminine, mais aussi par l'acceptation du principe de différence d'envisager des moyens adaptés aux circonstances, pour que les femmes ne soient plus placées dans une situation d'infériorité par rapport aux hommes, elles seraient placées dans la situation qui correspondrait à leur personnalité.

Dans *Persona ou la justice au double visage*, Jean-Marc Trigeaud insiste sur la nécessité de dissocier le type féminin du type masculin. «La femme doit être reliée à son être original»⁷⁸³ et pour cela sa spécificité doit être reconnue et l'égalité des sexes ne doit pas persister à la nier.

En privant la femme de son identité et alignant son statut sur celui des hommes, l'égalité des sexes constitue pour elle une agénésie sociale, elle l'ampute de sa liberté à être elle et non la copie de l'homme.

La négation de cette spécificité féminine est le produit d'une réflexion féministe liée à des éléments indépendants de toute «dimension ontologique personnaliste»⁷⁸⁴.

Le beauvoirien «on ne naît pas femme on le devient» fait dépendre la détermination du sexe féminin de ce qui lui est extérieur. Mais il ne s'agit pas non plus de considérer la femme uniquement dans son essence qui la cantonnerait alors à un rôle de procréatrice⁷⁸⁵, il s'agit de la considérer

783 J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Genova, Studio editoriale di culture, 1990, 298 p.

784 *Ibid.*

785 *Ibid.*, p. 254 : «C'est en ramenant l'humanité à la naturalité, coupée de toute dimension ontologique personnaliste, que l'on s'enfonce dans une définition empreinte de généricité abstraite et que l'on en vient à faire dépendre la

métaphysiquement. En effet, une approche intégralement naturaliste, c'est-à-dire tournée vers le seul essentialisme déprécierait la femme dans son identité.

B- ENTRE ILLUSOIRE ET RÉALISABLE

440. Si l'utopie ne semble être qu'un rêve irréalisable, Norbert Elias, dans son livre *L'utopie*, fait le jour sur une différence au sein-même de la notion.

L'utopie peut être illusoire, comme elle peut être réalisable. La reconnaissance de l'identité féminine se situe dans le champ de l'illusoire (1), mais l'admission des différences sexuelles apparaît comme une victoire pour la gynil-identité (2).

1- L'illusion d'une identité féminine

441. **Les controversées utopies.** Norbert Elias reprend la définition de l'utopie dans son livre éponyme en considérant que l'utopie n'est pas toujours illusoire, mais qu'elle peut être réalisable. Il rejette à ce titre «l'inéluctabilité du devenir historique»⁷⁸⁶.

Cette vision d'une société idéale suscite un «rapport entre l'imaginaire et le réel»⁷⁸⁷. Pour autant, quel est le pas à franchir pour que l'imaginaire devienne réel et est-il souhaitable qu'il le devienne ?

Si l'utopie a pu être redoutée c'est en raison de ses dérives totalitaires. En effet, le nazisme s'est inspiré d'une utopie totalitaire, la création de la race aryenne, symbole de pureté, en est significative. Le roman *Nous autres* de l'écrivain russe Zamiatine dépeint une société utopique dans laquelle l'État est omnipotent et purge ses détracteurs de la société⁷⁸⁸.

Le livre le plus illustratif demeure *Le meilleur des mondes* d'Aldous Huxley, la société est

détermination d'un sexe d'éléments extérieurs à l'humanité elle-même».

786 N. ELIAS, *L'Utopie*, Paris, La Découverte, 2014, 151 p.

787 C. MIETHING, Platon, Dante et More. Esquisse d'une théorie de l'utopie littéraire, *De l'utopie à l'uchronie, formes, significations, fonctions : actes du colloque d'Erlangen*, 16-18 octobre 1986, Éd. par Hinrich Hudde et Peter Kuon, 1988, p. 143.

788 E. I. ZAMIATINE, *Nous autres*, Paris, Gallimard, 1979, 238 p.

organisée en castes et le libre-arbitre n'existe plus⁷⁸⁹.

D'autres auteurs, comme Pierre Lévy, se montrent plus optimistes, percevant à travers l'utopie, le rêve éveillé⁷⁹⁰.

442. La gynilité comme idéal à accomplir. Si, dans ses écrits, Louky Bersianik se montre particulièrement lucide quant à la nécessité de la gynilité, elle l'appréhende cependant comme une utopie, un idéal qui n'est pas encore réalisé.

Pourtant l'utopie n'est, à l'origine, pas considérée comme appartenant au domaine du possible, son étymologie⁷⁹¹ la désigne d'ailleurs comme un lieu qui n'existe pas. Étudiée par Thomas More dans son livre *L'Utopie*⁷⁹², l'utopie représente l'organisation idéale d'une société sans considération de son effectivité.

Pour le philosophe René Berthelot, il s'agit d'une chimère qui, par définition, ne peut être réalisée⁷⁹³.

Pour autant, cet idéal apparemment inexécutable n'a-t-il dans certains cas pas tout intérêt à le devenir ?

L'utopie suscite un espoir que ce qui est rêvé se réalise, c'est ainsi que Norbert Elias la conçoit, comme une leçon tirée des aspirations et des tourments du passé et qui peut alors s'ancrer dans le présent et le futur⁷⁹⁴.

789 A. HUXLEY, *op. cit.* : «En 1931, alors que j'écrivais *Le Meilleur des mondes*, j'étais convaincu que le temps ne pressait pas encore. La société intégralement organisée, le système scientifique des castes, l'abolition du libre-arbitre par conditionnement méthodique, la servitude rendue tolérable par des doses régulières de bonheur chimiquement provoqué, les dogmes orthodoxes enfoncés dans les cervelles pendant le sommeil au moyen de cours de nuit, tout cela approchait, se réaliserait bien sûr, mais ni de mon vivant, ni même du vivant de mes petits-enfants. [...] Vingt-sept ans plus tard, dans ce troisième quart du vingtième siècle, et bien longtemps avant la fin du premier siècle après F., je suis beaucoup moins optimiste que je l'étais en écrivant *Le Meilleur des mondes*. Les prophéties faites en 1931 se réalisent bien plus tôt que je le pensais».

790 P. LÉVY, Pourquoi ne pas imaginer le meilleur ? , *Magazine littéraire consacré à la renaissance de l'utopie*, n° 387, mai 2000: Ainsi, pour Pierre Lévy, «Pourquoi ne pas imaginer le meilleur ? On n'a aucune chance d'arriver au meilleur si on ne l'a pas d'abord imaginé. D'ailleurs, c'est ce que nous faisons. Il y a d'une part un progrès moral de l'humanité et cela est une conséquence des utopies que nous avons imaginées en amont. Tout ce qu'on a obtenu (la fin de l'esclavage, la démocratie, la libération de la femme...) a d'abord été imaginé par des utopistes, à une époque ou personne n'y croyait. Tout est possible mais rien n'est garanti. A nous de faire exploser la diversité plutôt que de suivre le troupeau».

791 Le terme utopie a été forgé à partir du grec ou qui signifie non et topos qui signifie lieu.

792 T. MORE, *L'Utopie*, Paris, Libro, 2003, 124 p.

793 R. BERTHELOT, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 1178 : «Il me semble qu'une utopie est non seulement ce qui n'a été réalisé en aucun lieu, mais ce qui ne saurait l'être, ou du moins ce qui ne saurait l'être intégralement».

794 N. ELIAS, *op. cit.*, p. 106 : «Selon moi, une utopie est une représentation imaginaire d'une société qui contient des suggestions de solutions à certains de ses problèmes non encore résolus, une représentation imaginaire de solutions, désirables ou indésirables selon le cas, à un problème. Une utopie peut même contenir des rêves où des désirs et des peurs se mêlent les uns et aux autres. De fait, les utopies des générations passées peuvent servir à leurs descendants d'indicateurs relativement précis des espoirs et des peurs, des rêves à caractère désirable et des cauchemars des groupes

En parlant d'utopie de la gynilité, Louky Bersianik croit en la gynilité qu'elle estime nécessaire dans une société toujours influencée par le modèle patriarcal. Elle contredit donc la version pessimiste de la définition de l'utopie. Il s'agirait d'imaginer le meilleur.

Pour les tenants de l'égalité des sexes, imaginer le meilleur est penser que l'homme et la femme sont égaux et qu'il ne doit plus y avoir de traitement différencié entre eux, il n'est donc nullement question de l'effectivité de la gynilité qui viendrait dans un esprit absolument génériciste et réducteur conforter la théorie du genre.

Or, pour justement combattre cette théorie, l'identité des femmes doit enfin être reconnue, car elle seule permettrait d'apporter des réponses concrètes aux inégalités entre les sexes.

Mais, pour les égalitaristes reconnaître l'identité féminine reviendrait à réduire la femme à sa fonction de procréation, ce qui n'est pourtant pas la thèse défendue par la gynilité.

443. Entendre la femme, l'écouter, ne pas la considérer comme un homme en alignant son virtuel statut sur celui masculin représentent la panacée contre les inégalités, mais c'est également une utopie illusoire.

Ce qui relève alors du réalisable demeure au stade de la conception des différences sexuelles.

Le droit du travail l'a compris en protégeant la mère, mais ne peut-il pas être plus audacieux en protégeant la femme indépendamment d'une conception naturaliste, au profit d'une conception ontologique ?

2- La réalisation de la différence sexuelle

444. Une différence en filigrane dans les textes et les actions. Le principe de différence tel que le sing-universalisme l'entend est celui par lequel la femme pourra accéder à la reconnaissance de son identité. Du point de vue des égalitaristes, il est perçu comme un obstacle à la concrétisation

ancestraux».

de l'égalité des sexes, mais il est pourtant reconnu, c'est-à-dire que des différences entre les sexes sont reconnues comme étant réelles.

Ici, l'utopie vise à rendre effective la gynilité comme moyen de l'identité féminine, mais elle est compromise par les a priori des égalitaristes et par les pouvoirs publics qui se réclament du généricisme. A l'inverse, l'utopie de la différence des sexes est réalisable. Elle est réalisée selon la perspective égalitariste qui l'utilise pour comparer les situations respectives des deux sexes et pour contester les inégalités de genre, mais du côté des différentialistes, elle n'est qu'au stade embryonnaire. La latence de sa réalisation comme vecteur de la reconnaissance de l'identité dépend de l'usage qui doit en être fait. Les pouvoirs publics s'arrogent le droit de l'admettre afin de convaincre que les différences entre les sexes ne sont pas souhaitables.

L'emploi du principe de différence ainsi fait est en contradiction avec le but poursuivi.

En toute logique, le principe de différence sexuelle consiste à reconnaître qu'il existe des différences. Pourquoi alors s'en servir pour lutter contre ces mêmes différences, plutôt que de l'exploiter pour redéfinir les objectifs à atteindre ?

Égalitaristes et différentialistes s'accordent pour dire que les inégalités injustes entre les sexes doivent être combattues. Leur point de discordance émane de la nuance à apporter au terme inégalités. En effet, pour les égalitaristes aucune inégalité doit exister. Pour les différentialistes le ton est plus modéré dans la mesure où ils considèrent que ce sont les inégalités iniques qui ne doivent pas exister.

445. Une admission réalisable sous condition. La promotion de la différence sexuelle encourage l'identité féminine, encore faut-il savoir l'utiliser et en connaître les raisons. Ce qui fait craindre cette promotion est l'association de la différence sexuelle au biologique et la légitimation de l'infériorité de la femme⁷⁹⁵. La différenciation des sexes ne doit pas se limiter à une différenciation biologique qui accrédite la domination de l'homme. Il s'agit de concevoir la différence des sexes également d'un point de vue ontologique permettant de ne pas essentialiser la femme, mais de la personnaliser.

795 J.-M. TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 253 : Diverses raisons viennent expliquer l'infériorité de la femme. «Première raison : la formation tardive de l'identité sexuelle, la différenciation sexuelle appartenant à un strict processus naturel et non personnel. Ce qui confirmerait la possibilité de réduire l'existence de la femme au mode de vie physique que l'opinion lui assigne, en la bornant à l'activité de reproduction et à la maternité».

Pour Louky Bersianik, si l'ontologie des femmes fait l'objet d'un «non-lieu» c'est pour «insuffisance de preuves». Elle raconte une anecdote pour illustrer ses propos : Lors d'une grande exposition collective à Montréal, une invitée demanda à l'organisateur comment il se faisait que, sur soixante exposants, il n'y avait que six femmes. Il lui fut répondu ceci : «Il n'y a pas de boiteux non plus !»⁷⁹⁶.

Cette réponse est significative de la sous-représentation dont les femmes font l'objet. Elles ne sont pas considérées en tant que telle, mais comme appartenant à une minorité. Ainsi, lorsqu'un texte de droit sanctionne une discrimination, la mention «sexe»⁷⁹⁷ apparaît à côté de celles de «race» ou de «couleur», alors même que métaphysiquement le sexe précède la race et la couleur.

La femme est donc certes considérée comme différente, mais cette différence si elle est réalisée dans sa perspective la plus péjorative, c'est-à-dire biologisant le rôle de la femme dans la société, elle demeure utopique quant à son caractère de vecteur de la reconnaissance de l'identité féminine.

La femme semble donc devoir se cantonner à une simple condition féminine.

SECTION 2 LA SIMPLE CONDITION FÉMININE

446. L'espoir de convaincre, et le droit et la société, par la gynilité, semble être pour l'instant vain et le sens du juste au féminin n'établit que le constat de l'existence d'une simple condition féminine, alors même qu'il devrait s'agir davantage de faire comprendre que, non seulement l'égalité des sexes n'est pas la panacée contre les inégalités, mais en plus qu'elle ne permet pas de reconnaître les spécificités féminines pourtant indispensables à une meilleure protection juridique des femmes (§ 1).

Mais alors que le sing-universalisme juridique est dépassé par l'égalité sexuelle, la question de la liberté ne semble, elle, ni obsolète, ni sans intérêt, s'opposant alors au généricisme égalitaire imposé aux femmes (§ 2).

796 L. BERSIANIK, L'utopie de la gynilité, un non-lieu provisoire, *Philosophiques*, vol. 21, n° 2, 1994, pp. 459-469.

797 Il s'agit le plus souvent du sexe féminin.

§ 1 LE CONCEPT DE CONDITION FÉMININE

447. La simple condition féminine, représentative d'un état dans lequel les femmes sont placées sans qu'elles ne l'aient choisi, se substitue peu à peu à l'idéal d'identité féminine, comme s'il s'agissait de se résigner à ce qui a été imposé, c'est-à-dire une condition humaine excluant d'office toutes spécificités féminines (A) et à laquelle les femmes se résolvent (B).

A- UNE CONDITION HUMAINE

448. La condition féminine n'est qu'une condition humaine renvoyant à un ersatz de statut imposé, qui ne saurait répondre à la nécessité de considérer que la femme doit être protégée juridiquement en fonction de sa singularité, (1) et rappelant de nouveau le sexe faible féminin (2).

1- Les perspectives de la condition féminine

449. **La condition, une situation sociale imposée.** Le concept de condition féminine appartient à un concept plus générique qui est celui de condition humaine et fait ainsi remarquer les spécificités féminines.

Le fait d'adjoindre l'adjectif «féminin» au terme neutre de condition corrobore l'acceptation particulière qui doit en être faite.

En effet, la notion de condition n'est pas propre au sexe féminin, elle renvoie selon le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de Lalande à la «manière d'être une chose ou d'une personne ; et, en particulier sa situation sociale»⁷⁹⁸.

Il s'agit donc d'appréhender cette chose ou cette personne dans son environnement social.

Concrètement, cette conception de l'individu à travers sa situation sociale relève pour les femmes de

798 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 167.

la notion de genre.

A priori terme neutre, la condition lorsqu'elle est celle de la femme se réfère à une notion engagée.

450. La place de la femme dans la société. La femme est ici déterminée en fonction de la place qu'elle occupe dans la société et non en fonction de ce qu'elle est dans la société.

Pour la philosophe Angèle Kremer-Marietti, la considération de la condition féminine n'est pas synonyme de renoncement à l'universelle condition humaine. L'adjonction de l'adjectif «féminin» fait alors seulement état d'une illustration de la condition humaine, en somme elle la précise. Pour la philosophe, la condition humaine est significative de la perfectibilité de l'individu qui dispose des clés pour changer.

Pour d'autres auteurs, la condition féminine renvoie à une image infériorisante de la femme dans la société, à tel point qu'en 1986 une Délégation à la Condition féminine rattachée au Ministère des affaires sociales a vu le jour.

451. En droit supra-national, la Commission de la condition de la femme des Nations Unies œuvre à la réalisation de meilleures conditions de vie pour les femmes dans le monde en promouvant l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes. Elle conçoit donc la condition féminine de manière neutre tout en veillant au respect de leurs droits et libertés. La Commission adopte des programmes de travail pluriannuels aux fins d'évaluation des progrès réalisés en matière de droits des femmes. C'est en 1987 qu'elle a élaboré son premier programme contenant des thèmes de discussion et d'action prioritaires. En 2014, le thème prioritaire était relatif aux résultats obtenus et aux difficultés rencontrées dans la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement⁷⁹⁹ en faveur des femmes et des filles. Il s'agit d'«évaluer l'accès et la participation des femmes et des filles à l'éducation, à la formation, aux sciences et aux technologies, y compris pour la promotion de l'égalité d'accès au plein-emploi et à un travail décent»⁸⁰⁰.

La condition féminine n'est dès lors plus neutre, mais fait appel à des interprétations divergentes. Les points de vue disciplinaires sont partagés.

799 Les Objectifs du millénaire pour le développement (OMD) sont au nombre de huit et ont été adoptés en 2000 à New York par 193 États membres de l'ONU. Il a été convenu de les atteindre en 2015. Il s'agit de : éliminer l'extrême pauvreté et la faim, assurer l'éducation primaire pour tous, promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes, réduire la mortalité infantile, améliorer la santé maternelle, combattre le VIH, le paludisme et d'autres maladies, préserver l'environnement, mettre en place un partenariat mondial pour le développement.

800 <http://www.unwomen.org/fr/csw#sthash.aUUh1RVU.dpuf>

2- Les applications aux femmes

452. La femme opprimée. Concept historicisé par Geneviève Fraisse, dans son livre *A côté du genre. Masculin-féminin*⁸⁰¹, la condition féminine est appréhendée différemment selon les disciplines auxquelles elle se rattache.

Tantôt elle est dénoncée comme représentant l'oppression des femmes par la domination masculine, tantôt elle définit de manière plus neutre la position des femmes dans la société.

En sociologie française, le rapport à la condition féminine est moins de proposer des solutions pour améliorer la condition des femmes que de la dénoncer. Même si l'objectif demeure de dénoncer les inégalités injustes que la femme subit, l'identité féminine n'est toujours pas revendiquée.

En effet, si la condition féminine renvoie aux spécificités biologiques et notamment à la maternité, les origines de la notion rappellent toujours la nature et la hiérarchie entre les sexes. Des féministes, comme Christine Delphy, exploitent la notion pour la rattacher à celles d'oppression, de patriarcat et de classe des sexes⁸⁰².

Le lien entretenu avec la notion de condition ouvrière lui vaut d'être développé surtout après la Deuxième guerre mondiale. L'influence du marxisme et le poids social de la classe ouvrière permettent d'affirmer que les femmes subissent un réel assujettissement. L'expression condition féminine est d'ailleurs calquée sur celle de condition ouvrière pour dénoncer la soumission des femmes comme celle des ouvriers l'est à l'époque.

Il ne s'agit alors plus seulement de dénoncer l'exploitation de la condition ouvrière mais aussi de dénoncer celle de la condition féminine ouvrière. Implicitement, l'identité de l'ouvrier femme prend tout son sens.

Le déclin du marxisme a nettement enrayé l'usage de l'expression condition féminine lui substituant celle de rapports sociaux de sexe renvoyant davantage au genre qu'à la nature. Même si le fondement de ces deux expressions demeure le travail, les rapports sociaux de sexe ne se réfèrent aucunement à l'identité, alors que la condition féminine la stigmatisait certes, mais pouvait au moins la laisser apparaître en filigrane.

801 G. FRAISSE, *A côté du genre : Sexe et philosophie de l'égalité*, Lormont, Éd. Le bord de l'eau, 2010, 470 p.

802 C. DELPHY, *L'ennemi principal : T. 2, Penser le genre*, Paris, Éd. Syllepse, 2013, 366 p.

453. La femme passive. La condition féminine qui semble être proche de l'acceptation de l'identité féminine par l'importance qu'elle accorde aux spécificités féminines, subit en réalité un amalgame avec la théorie du genre dans le sens où se rattache à des considérations naturalistes inacceptables.

Si les féministes dénoncent pour les mêmes raisons la condition féminine et la théorie du genre, elles commettent une erreur, car tandis que la première est liée au pur biologisme, la seconde est liée à l'influence de la société sur la considération de la femme, elles ont raison en ce sens que toutes deux conduisent à un enfermement systématique de la femme niant son identité et légitimant son infériorisation au détriment de son émancipation. Mais le mimétisme masculin attaché à l'égalité des sexes empêche la bonne tenue et la poursuite de l'émancipation féminine. Si la passivité opposée à l'activité est comprise comme une léthargie, elle peut également «marque[r] primitivement ce qui nuit»⁸⁰³.

La femme, alors passive, est spectatrice de sa condition. La passivité de la femme est la résultante d'un généricisme juridique quand il se veut ni équitable, ni casuiste, ni opportun, mais représentant de l'égalité des sexes.

B- LA CONDITION FÉMININE, PIS-ALLER À L'IDENTITÉ FÉMININE

454. La condition féminine est la réelle représentation de femmes qui sont conditionnées dans un état de passivité (1) et de comparaison à l'homme (2).

1- La condition féminine, un conditionnement

455. Si Angèle Kremer-Marietti considère la notion de condition humaine et partant celle de condition féminine comme permettant «des changements occasionnels de l'être humain»⁸⁰⁴, tous les auteurs ne s'accordent pas dans une telle compréhension positive.

803 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 748.

804 A. KREMER-MARIETTI, *Condition de l'homme moderne : Premier chapitre, La condition humaine*, Paris, Nathan, 2005, 117 p.

La question de la volonté se pose implicitement dans la perception de la condition féminine.

La condition de la femme lui est-elle imposée ou est-elle choisie par elle ? Il peut s'agir alors d'un mode de vie délibérément voulu ou d'un état qu'elle subit.

Pour le philosophe Jules Lachelier, la condition, dans sa définition générique, traduit un état de passivité, un mode de vie imposé et non choisi. Pour le philosophe, «il semble que dans l'usage on appelle surtout conditions certaines circonstances très générales qui concourent plutôt passivement qu'activement à la production d'un phénomène»⁸⁰⁵.

C'est cette passivité qui est reprochée à la condition féminine perçue alors comme un conditionnement, un état dans lequel la femme est forcée à vivre. Deux raisons intrinsèquement liées conditionnent la femme dans cet état. La première est celle relative à la nature décrite comme l'étouffant dans une situation de mère non susceptible d'épanouissement en tant que femme, la seconde est relative à la société qui la contraint à être à la hauteur de l'homme.

Toutes deux s'accordent pour vouloir sortir la femme de ce carcan par le biais de l'égalité des sexes, mais aucune ne soumet son jugement au respect de la femme en tant que personne singulière. Les causes de la condition féminine sont comprises, mais les moyens pour l'entraver ne sont pas acquis, ni même évoqués. Les causes naturelles de la condition féminine doivent être exploitées pour éviter que la femme ne perde tous les bénéfices de sa spécificité.

La condition féminine ne nie pas les spécificités de la femme, mais elle ne les voit qu'à travers le prisme du biologique ce qui l'emprisonne dans une stricte configuration de procréatrice sans discerner l'ontologique.

2- Le conditionnement de l'être femme

456. Si l'expression-même de condition féminine implique son cloisonnement par ses seules spécificités biologiques sans prise en compte de ses particularités ontologiques, l'interprétation qui en faite nie également son identité de femme.

La condition féminine a un double sens. En effet, Christine Delphy ne voit pas la condition

805 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 167.

féminine comme la condition dans laquelle la femme est placée, mais elle voit que le simple fait d'être fait une femme est une condition et une condition qu'elle estime déplorable⁸⁰⁶. Ce jugement nie d'autant plus l'identité, car il s'agit là d'une négation du sexe de la femme qui revient à une parfaite illustration de la génériciste égalité des sexes par une confusion des sexes. La pensée de Christine Delphy remet littéralement en cause les mesures de protection juridique déployées en faveur des femmes.

Non seulement la féministe récuse toute possibilité pour la femme de revendiquer son sexe, mais en plus elle enterre tout ce qui gravite autour d'elle et peut la protéger. Elle considère que le conditionnement est le fait-même d'être une femme.

457. Cette déssexualisation qui rappelle un verset de l'Épître aux Galates, «il n'y a plus ni homme ni femme»⁸⁰⁷, est gravement préjudiciable au principe de différence lui préférant une homogénéisation de l'humanité.

Pour elle, c'est parce que la femme est une femme qu'elle se trouve dans une condition qui ne lui permet pas de s'affranchir de la domination masculine. Or, la vraie raison de cette difficulté d'affranchissement est la négation de la spécificité féminine. En identifiant la femme comme une personne singulière dont la situation ne peut être de facto comparée à celle des hommes, les possibilités de parvenir à une réduction⁸⁰⁸ des inégalités injustes s'accroîtront et les comportements s'adapteront à cette nouvelle et salvatrice prise de conscience. En réclamant l'égalité des sexes par une déssexualisation des individus, la hiérarchisation des sexes est reconnue et la femme reste effectivement conditionnée dans une situation déplorable.

Pour la psychanalyste et philosophe Sabine Prokhoris, «on gagnerait beaucoup en la matière à préférer au terme de «différence» celui de «dissemblance», de manière à pouvoir réfléchir non plus en termes d'opposition mais de continuum, fait de disjonctions et de «points de contacts». Et c'est là bien plus qu'un jeu de mots pour qui aura saisi, en assistant à cette journée, l'enjeu décisif qu'il y a à questionner tout ce qu'on ne questionne plus : comme l'altérité sexuelle qui, parce qu'elle détermine l'ordre biologique, devrait conduire au même bipartisme des rôles sociaux, des places symboliques et des valeurs politiques⁸⁰⁹.

806 COLLECTIF, *Questions féministes*, Paris, Éd.Syllepse, 2012, 1022 p.

807 Épître de Saint Paul apôtre aux Galates, Chapitre 3, 28 : «Il n'y a plus ni Juif ni Grec; il n'y a plus ni esclave ni homme libre; il n'y a plus ni homme ni femme: car vous n'êtes tous qu'une personne dans le Christ Jésus».

808 L'on ne se hasarderà pas à énoncer une éradication des inégalités injustes entre les sexes.

809 A. TAVERNIER, Colloque «Masculin/Féminin. Mythes scientifiques et idéologie», *Mots. Les langages du*

Le conditionnement que la femme subit n'est pas seulement celui de sa pure considération biologisante, c'est aussi celui que lui impose l'égalité des sexes. Si toutes les théories autour de la notion de la femme ne comprennent pas que l'égalité des sexes ne permet pas une reconnaissance de l'identité, la seule possibilité pour que cette identité soit entendue est que la femme s'émancipe elle-même de toutes ces contraintes en acceptant sa propre identité et en ne se laissant plus aliéner par le généricisme.

§ 2 LA LIBERTÉ

458. Le sing-universalisme juridique, l'équité et la gynilité sont trois solutions qui, ensemble, permettront de parvenir à l'identité féminine malgré les revendications en faveur de l'égalité des sexes. Prendre conscience de la liberté féminine apporterait un souffle nouveau à des efforts, a priori, vains et un idéal inespéré. Le conditionnement subi par les femmes peut et doit être brisé par cette prise de conscience. La liberté de la femme tient à l'acte même d'en être une et plutôt que de gommer les différences sexuelles, elles doivent être sacralisées. L'acte d'être une femme ne doit pas plier sous les revendications égalitaires visant à assimiler les deux sexes (A).

L'identité féminine peut être reconnue si un travail individuel, consistant en une prise de conscience de sa propre personne, et un travail collectif, visant à réformer les sciences, la pensée collective et le droit pour y intégrer une dimension métaphysique, apte à comprendre le singularisme féminin, sont fournis en ce sens (B).

A- L'ACTE D'ÊTRE UNE FEMME

459. L'acte d'être une femme est, en philosophie, représenté par l'actus essendi qui révèle la pré-détermination de ses actes par soi-même et, partant, le refus de considérer que ses propres actes sont déterminés par l'environnement social (1).

politique, 78 | 2005.

L'actus essendi femina révèle plus précisément que la femme dispose du choix de sortir de sa condition humaine et de donner tort à la théorie du genre et à l'existentialisme en leur montrant que asseoir leur singularité et refuser l'égalité non nuancée est un pas en avant vers la conquête de leurs droits et vers une protection juridique adaptée (2).

1- L'actus essendi

460. Sartre avait tort, l'homme est né libre, mais partout il n'est pas dans les fers, il ne l'est pas ontologiquement, ses actes sont la représentation de son individualité, il peut demeurer libre s'il le souhaite, s'affranchir de sa condition s'il l'entend.

Dans son œuvre *Philosophie de la politique*, le prêtre et philosophe Antonio Rosmini consacre un chapitre sur la liberté sociale considérant que, «de par sa nature, la société exclut l'asservissement. La société suppose la liberté»⁸¹⁰.

Pour Rosmini, la liberté sociale consiste en ce que toutes les personnes conservent la raison de fin et qu'aucun n'est considéré comme un simple moyen pour le bien des autres. En somme, la liberté est nécessaire à la singularisation, dans le sens où ils conservent, à travers leur libre-arbitre, leur dignité propre sans se laisser soumettre par une instance qui se dirait supérieure.

Comment la personne devient-elle libre ? Bertrand de Belval, avocat, explique que «la liberté de la personne se réalise dans l'adéquation avec sa vérité». Pour l'auteur, l'homme n'est vraiment lui-même qu'en ordonnant la liberté à sa vérité⁸¹¹.

Les individus peuvent choisir entre admettre qu'ils sont dépassés par une vérité et le cas échéant, ils s'y conformeront ou ils considéreront qu'ils sont le fruit de leur propre création et seront ontologiquement en harmonie avec eux-mêmes.

Est libre, «le sujet qui dans une situation donnée peut agir ou agit conformément à son jugement sur ce qu'il est bon de faire»⁸¹².

La liberté de la personne se définit par la façon dont la personne est présente, sur le mode de l'action

810 A. ROSMINI, *Philosophie politique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, 250 p.

811 G. COTTIER, *Deviens ce que tu es, enjeux éthiques*, Les Plans-sur-Bex, Éd. Parole et silence, 2004, 298 p.

812 M. NEUBERG, Liberté, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

et de l'émotion, à autrui et au monde. Celui qui est libre est ainsi celui qui n'est pas contraint d'agir ou de s'abstenir d'agir, celui qui agit comme il l'entend.

Angel Sanchez De La Torre rejoint cette conception en considérant que la liberté est la «maîtrise que possède quelqu'un des éléments sur lesquels il s'établit et qui environnent sa situation personnelle, quand il réussit à les équilibrer et à les ordonner en un sens qui soit conforme à ses intérêts personnels»⁸¹³.

S'inspirant de la pensée sartrienne, Simone de Beauvoir démontre dans *Le Deuxième sexe* que l'indépendance ne peut suffire à parvenir à la liberté, en particulier pour les femmes. Elle explique que les femmes sont aujourd'hui affranchies en théorie de la tutelle masculine du fait de leur émancipation par le travail, la féminisation du travail ayant joué un rôle majeur dans l'effacement de la figure du masculin et de la virilité⁸¹⁴.

La pratique montre, selon Beauvoir, un versant plus pessimiste de la réalité. Pour elle, la femme indépendante souffre d'un complexe d'infériorité. Elle rappelle que la femme ne pourra jamais être totalement libre⁸¹⁵.

461. Mais, un tel point de vue est tout autant défaitiste que controversé. En effet, par sa vocation universaliste, le libre-arbitre, comme instrument de la liberté, permet de ne pas être conditionné. Cette faculté de la volonté de choisir est inscrite en chaque individu disposant pleinement de ses facultés mentales. Pour Plotin, «l'être suit l'agir car il est énergie, mouvement»⁸¹⁶. C'est l'actus essendi, l'acte d'être. Sur le plan ontologique, l'être est constitué par son action, mais il lui préexiste, car sans l'être il n'y aurait pas d'acte. Le philosophe Louis Lavelle résume cette proposition en ces termes : «l'acte n'est point une opération qui s'ajoute à l'être, mais son essence-même»⁸¹⁷.

L'acte d'être signifie que les actes sont déterminés par l'individu et non pas que les actes déterminent l'individu⁸¹⁸. Dans la mesure où l'individu est tributaire de ses actes, puisqu'il choisit de les exécuter

813 A. SANCHEZ DE LA TORRE, *La tyrannie dans la Grèce antique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, 250 p.

814 A. RAUCH, *Histoire du premier sexe : de la Révolution à nos jours*, Paris, Hachette, 2006, 646 p.

815 S. de BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe : II. L'expérience vécue*, Paris, Gallimard, 1986, p. 594.

816 <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/acte-philosophie/> : «Plotin est sans doute le premier des auteurs qui insiste sur l'originalité du principe en son unité, *causa sui* : «il ne faut pas craindre de poser un acte [energeia] sans un être [ousia] qui agit, puisque c'est l'acte premier». L'acte est ainsi plus parfait que la substance (ousia) ; libre (eleuthera), il est par lui-même ce qu'il est. L'être thomasiens, qui est communication immanente de soi, bonté qui se diffuse, se laisse interpréter selon ces vues».

817 L. LAVELLE, *De l'Acte*, Paris, Aubier, 1937, p. 112.

818 A l'inverse, le behaviorisme, qui puise ses origines dans la psychologie américaine de John Broadus Watson, va

ou non, l'acte d'être implique la liberté de choix. L'acte ne conditionne pas l'être, c'est l'être qui conditionne l'acte en lui renvoyant sa propre image. L'acte n'est que la résultante de l'ontologie de l'être. Pour Heidegger, «l'ontologie est une lecture de nos actions affectives et rationnelles en lesquelles l'être, ou l'acte, s'expose»⁸¹⁹.

L'être féminin est alors constitué par sa conscience et par son action, l'acte n'[étant] point une opération qui s'ajoute à l'être, mais son essence même⁸²⁰.

2- L'actus essendi femina

462. Se limiter à la proposition de Simone de Beauvoir selon laquelle «on ne naît pas femme, on le devient» revient à reconnaître que l'actus essendi, non seulement n'a pas de valeur, mais en plus n'existe pas. Cette position corrobore la théorie du genre qui lie l'infériorité du sexe féminin à un conditionnement social.

Seulement, et comme Jean-Marc Trigeaud le développe dans son article La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres⁸²¹, la théorie du genre en considérant que les femmes sont conditionnées par la société ne voit pas que les femmes sont libres d'effectuer des choix et qu'elles ne sont conditionnées que par leur propre ontologie. La théorie du genre est elle-même conditionnée par ses a priori et son désir de faire devenir la femme un homme comme les autres.

463. Théoriciens du genre et égalitaristes doivent s'élever à la métaphysique pour comprendre que la femme a le choix de refuser ce qui lui est imposé, a le choix par exemple de demander un traitement égal à celui d'un homme à compétence égale. Le problème de la

éloigner de son champ d'études le déterminisme et la conscience pour ne percevoir l'individu qu'à travers son comportement. Pour cette doctrine, l'acte est préexistant à l'être, il nie donc l'actus essendi. Cf. COLLECTIF, *La personnalité: de la théorie à la recherche*, 2004, Bruxelles, De Bœck, pp. 302 s.

819 J. GREISCH, *La parole heureuse. Martin Heidegger entre les choses et les mots*, Paris, Éd. Beauchesne. 1997, 421 p.

820 L. LAVELLE, *op. cit.*, p. 112. La conception ontologique de l'acte chez Lavelle mérite d'être retenu et ce malgré sa philosophie existentialiste.

821 J.-M. TRIGEAUD, La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres, *Revue générale de droit médical*, n°46, Mars 2013 : «Mais sans doute la théorie dite du genre oublie-t-elle ainsi au cœur de la personne humaine sa liberté : la liberté de faire obstacle à de tels conditionnements et d'orienter vers ce qui s'oppose le plus à eux, comme en sont témoins tant de destins notamment de penseurs, de créateurs et d'artistes, qui ne se sont affirmés précisément qu'en une sorte de contradiction à tous degrés avec ce qui semblait devoir les contraindre».

considération de la femme au sein de la société est le problème de l'image qui lui est renvoyée et cette image lui est renvoyée par les tenants d'un généricisme hypocrite qui ne cesse par ses revendications illusoirement utopiques d'alimenter cette même soumission de la femme. Cette hypocrisie tient en la négation de l'acte d'être et en la reconnaissance d'une incapacité de la femme à choisir. Il faut comprendre que l'actus désigne le libre arbitre de la femme, «il est inviscéré et individué dans toute présence vivante qui se manifeste»⁸²². Et c'est la revendication de l'égalité des sexes qui fait oublier l'actus essendi. L'égalité des sexes contraint la femme à rejeter son libre-arbitre, à s'aligner sur le modèle masculin et nier sa propre individualité, son propre pouvoir de choisir ce qui est bon pour elle et conforme à sa valeur.

Le généricisme attaché à l'égalité des sexes dévalorise l'être féminin. La valeur qui implique l'idée de mérite est délaissée au profit de l'homogénéité qui retire alors toute valeur aux composantes d'un tout. La femme ne mériterait alors pas qu'une valeur lui soit reconnue, ni qu'elle oppose son opinion à cet ensemble génériciste.

464. En accusant la société d'avoir corrompu le libre arbitre des individus, la théorie du genre reconnaît par là-même qu'une personne libre de ses choix préexiste à son milieu environnant. Pour autant elle refuse catégoriquement d'admettre qu'avant le semblable il existe le singulier. Elle se contredit donc puisqu'elle admet d'une part que la femme est déterminée dans ses choix par le groupe, mais d'autre part elle réfute l'idée-même de déterminisme ontologique. Cela revient à considérer pour elle que si la femme et notamment le regard qui lui est porté au sein de la société est victime du groupe, elle ne porte pas en elle une identité qui lui est propre, c'est-à-dire qu'elle n'a jamais été une et unique. La théorie du genre discrédite donc la volonté de la femme à être ce qu'elle a décidé d'être, elle ne lui permet donc pas de revendiquer une liberté. Elle la voit partout dans les fers sans penser qu'elle peut elle-même se libérer du carcan social.

B- INDIVIDUELLE ET COLLECTIVE PANACÉES

465. Pour parvenir à l'identité féminine, individuelle et collective panacées en lien avec la liberté sont interdépendantes. En effet, c'est grâce à une prise de conscience par la femme de son pouvoir de refuser le conditionnement social qu'elle élèvera sa condition au rang d'identité et ce à

⁸²² *Ibid.*

travers l'entéléchie, principe d'individuation affirmant qu'elle est ontologiquement différente de l'homme (1).

La rupture épistémologique préconisée par Louky Bersianik permettra enfin de repenser le droit sous un angle adapté aux besoins féminins sans admettre que les femmes sont inférieures aux hommes, ni qu'elles leur sont égales, mais qu'elles leur sont tout simplement différentes (2).

1- L'entéléchie comme principe d'individuation

466. Si l'individualisation des sociétés contemporaines est décriée comme étant une manifestation de l'égoïsme et ne rend pas nécessairement service à la reconnaissance de l'identité, le principe d'individuation au contraire apparaît comme étant l'illustration par excellence de l'identité. Principe philosophique, l'individuation est «le processus psychologique qui fait d'un être humain un individu, une personnalité unique, indivisible, un homme total»⁸²³.

L'individuation personnalise ce qui n'est pourtant ontologiquement pas générisable. Elle distingue ce qui est différent au sein d'un même groupe.

L'égalité des sexes vient alors se positionner à contre courant de ce processus en déssexualisant les femmes les conformant au modèle masculin.

Comme la féminologie en sociologie, l'individuation admet en philosophie qu'il existe des différences et des singularités. En effet, elle représente ce qui fait qu'un individu est reconnu comme unique et que ses spécificités lui sont propres⁸²⁴.

467. Pour Jung qui est à l'origine de la création de cette notion, il s'agit de prendre conscience qu'une personne est unique et différente des autres⁸²⁵. Cette perception de l'individu qui contrevient au générisme égalitariste est considérée comme la voie individuelle de réalisation

823 C. G. JUNG, *The Integration of the Personality*, New York, Farrar & Rinehart, Incorporated, 1939, 311 p.

824 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, oct. 2010, p. 505 : «Le principe d'individuation est ce qui fait qu'un être possède non seulement un type spécifique, mais une existence singulière, concrète, déterminée dans le temps et dans l'espace».

825 C. G. JUNG, *Dialectique du moi et de l'inconscient*, Paris, Folio, 1986, 288 p.

personnelle. Dans son œuvre *Dialectique du Moi et de l'inconscient*, il explique que «La voie de l'individuation signifie : tendre à devenir un être réellement individuel et, dans la mesure où nous entendons par individualité la forme de notre unicité la plus intime, notre unicité dernière et irrévocable, il s'agit de la réalisation de son Soi, dans ce qu'il a de plus personnel et de plus rebelle à toute comparaison. On pourrait donc traduire le mot d'individuation par réalisation de soi-même»⁸²⁶.

Le lien avec l'actus essendi est prégnant, l'individuation impliquant la liberté de choisir de devenir un être unique revendiquant son identité propre. La nature humaine est ici reconnue en tant qu'inhérente à chaque être individualisé. L'entéléchie, principe d'individuation posé par Aristote⁸²⁷, tend à la réalisation de la perfection de la nature humaine.

Le Professeur et philosophe Hans Driesch, qui a également étudié l'entéléchie du point de vue biologique, explique clairement en quoi consiste cette notion difficilement accessible. L'entéléchie fait qu'un corps vivant vit et détermine en outre le comportement vital de cet organisme⁸²⁸.

468. Pour Leibniz «l'entéléchie d'Aristote [...] n'est autre chose que la force ou l'activité, c'est-à-dire un état dont l'action suit naturellement, si rien ne l'empêche»⁸²⁹.

Concrètement, les femmes comme les hommes disposent d'une entéléchie et lorsque le droit répond à un impératif égalitaire, il la réduit à néant et empêche les femmes d'achever la perfection de leur nature humaine à travers la reconnaissance de leur identité.

L'entéléchie en faisant accéder l'être à la compréhension du véritable sens de son existence lui permet d'atteindre sa destinée ontologique c'est-à-dire lui permet de devenir ce pour quoi il est destiné. Cette notion corrobore ainsi le déterminisme de la nature humaine non en son sens biologique, mais en un sens plus élevé, celui de la métaphysique.

S'il est vrai que la principale difficulté du droit réside en la couverture d'un maximum de situations, il n'en demeure pas moins qu'il ne doit pas oublier son objectif majeur qui est de protéger les individus qu'il doit cesser d'objectiver. Le droit doit se souvenir que ces mêmes individus sont

826 C. G. JUNG, *op. cit.*, p. 115.

827 V. COUSIN, *Histoire générale de la philosophie: depuis les temps les plus anciens jusqu'à la fin du XVIII^e siècle*, Paris, Didier, 1863, 573 p.

828 H. C. D. DE WITT, *Histoire du développement de la biologie, T. 2*, Lausanne, Presses Polytechniques Romanes, 1993, 460 p.

829 C. MALO, *La France littéraire*, Paris, Librairie Honoré Champion, 1974, p. 101.

certes égaux devant la loi, mais ne sont pas égaux entre eux du fait de leur singularité qui les rend tous différents les uns des autres.

L'entéléchie n'est pas un processus que le droit peut accomplir pour parvenir à la considération de l'identité féminine, il s'agit plutôt d'un travail sur soi, à la manière de la psychanalyse jungienne, un travail que la femme doit s'imposer pour parvenir à la plénitude de son être et, partant, permettre une meilleure compréhension de la nécessité de faire accepter qu'une identité féminine doit être universellement admise.

Le droit, en tant que science, peut, lui, rompre avec le modèle de conformité des femmes aux hommes imposé par les féministes.

2- La nécessaire «rupture épistémologique»⁸³⁰

469. En finir avec le mimétisme masculin. Dans son article L'utopie de la gynilité, Louky Bersianik défend la thèse selon laquelle la gynilité ne pourra s'accomplir qu'à partir d'une «vraie coupure épistémologique dans le champ entier du savoir»⁸³¹. Elle déplore à raison que la question de la condition des femmes ne soit traitée que dans les «chaires d'étude sur la condition des femmes»⁸³². Elle ajoute qu'il faut reconnaître que les sociétés contemporaines sont non seulement fondées sur un modèle patriarcal, mais en plus qu'elles l'entretiennent «en reproduisant toujours les mêmes erreurs»⁸³³.

La gynilité qui représente pour l'auteur la reconnaissance de l'identité féminine implique pour son effectivité de rompre avec ce qui autorise encore la comparaison entre les hommes et les femmes. La gynilité engage à une rupture épistémologique en ce sens qu'elle doit se dégager de tout présupposés généricistes qui ne considèrent pas la femme comme une personne unique qui n'est pas l'homme.

470. La reproduction dénoncée par Louky Bersianik est celle produite par les schémas

830 L. BERSIANIK, art. préc., pp. 459-469.

831 *Ibid.*

832 *Ibid.*

833 *Ibid.*

féministes de l'égalité sexuelle qui plutôt que d'élever la femme vers sa singularité l'assignent à la ressemblance.

La rupture épistémologique doit concerner toutes les sciences qui étudient les femmes en leur faisant admettre que la société demeurera patriarcale et infériorisante pour la femme tant qu'il ne n'aura pas été compris que l'égalité des sexes tant revendiquée n'est qu'un continuum de ce modèle. Mais, cette rupture doit aussi s'attacher aux sciences qui considèrent la femme seulement comme une personne. Bien que le droit ne soit pas à proprement parler une science puisqu'il se contente de dire les lois sans les soumettre à son jugement, dans la mesure où sa vocation est de protéger les individus, il doit donc se pencher sur la question de l'identité féminine en s'investissant dans la compréhension de notions philosophiques permettant d'élever son discours à l'ontologie féminine.

Ce qui permettrait d'accéder réellement à une critique des lois trop généricistes consisterait à accorder davantage de place à l'équité dans l'application du droit sous condition d'encadrement des dérives possibles des juges.

La rupture épistémologique doit nécessairement passer par une intégration du droit de principes philosophiques et ne pas se laisser envahir par des généricismes médiatisés qui ne pensent qu'en termes de chiffres et non en termes de préservation des spécificités féminines.

Il s'agit pour le droit de s'imprégner de la métaphysique et, dans une réflexion sage et non contrainte, de prendre son envol.

471. La vie éthique. L'acquisition d'une vraie émancipation pour les femmes du modèle masculin doit s'accomplir dans une démarche d'accession à la liberté.

Dans cette perspective, l'appropriation du monde objectif, le monde extérieur, a pour but d'accéder à cette liberté. S'approprier l'extériorité c'est se tourner vers l'autre, ce que le droit égalitariste rejette. En effet, l'égalité des sexes n'est pas ouverte à la moralité objective («Sittlichkeit») qui permettrait pourtant à la femme de se libérer de sa condition.

Propre à Hegel comme élément de sa morale⁸³⁴, la moralité objective représente l'intégration

834 R. SERREAU, *Hegel et l'hégélianisme*, Paris, PUF, Vendôme, 1792, p. 47 : «[La moralité subjective] est la moralité au sens kantien, définie par un critère formel : la validité universelle de la maxime d'intention, autrement dit l'intention conforme à la loi. Mais ce n'est là qu'un fondement abstrait du devoir qui aboutit à un formalisme vide. On n'apprend

de la conscience de soi au monde constitué par la famille, la société civile et l'État. L'homme «atteint alors la vraie liberté [...] quand en effet il vit la loi au lieu de la subir»⁸³⁵.

L'éthicité hégélienne consiste donc en la participation de la conscience de soi à la collectivité⁸³⁶. «L'éthique contemporaine tente de fonder des prescriptions en faisant l'économie de l'exigence de l'universalisation et de toute notion de nature humaine ou de transcendant»⁸³⁷. Or, c'est cette même nature qui fonde l'essence féminine, seule capable de choisir entre une condition passive et une singularité, et le droit doit relayer cette volonté de liberté pour que le «sollen» aliénant et conformiste cède le pas à une identité juridique féminine attendue⁸³⁸.

472. La justice féminine. La rupture épistémologique implique de mobiliser le droit au profit de la réalisation de la gynilité pour que l'identité de la femme soit enfin dite et au système hégélien des besoins⁸³⁹.

Mais les multiples réformes du droit en faveur de l'égalité des sexes s'érigent en obstacle devant la reconnaissance d'une identité féminine, de sorte qu'il existe de moins en moins des manifestations de droit des femmes.

La protection juridique de la femme la plus présente est celle relative à la mère qui lie malheureusement cette protection au naturalisme et en particulier instrumentalise la femme comme une procréatrice. Il s'agirait alors de réécrire le droit en le déclinant au féminin.

A la mise à mal de l'identité féminine, par l'insistance du droit, à vouloir appliquer stricto sensu le principe de l'égalité des sexes doit se substituer un droit malléable et adapté à la féminité.

pas ainsi quels sont effectivement les devoirs et les droits».

835 *Ibid.*

836 Hegel rappelle d'ailleurs, dans son *Encyclopédie des sciences philosophiques*, toute l'importance qu'il attache à la conscience de l'égalité des individus qui ne préjudicie pas à la liberté individuelle, mais permet au contraire, par cette prise de conscience, la découverte de soi. Dans notre étude, la conscience de la dignité s'inscrit dans une démarche ontologique et ainsi satisfait à la recherche de l'identité. En effet, la dignité des femmes est alors entendue comme à être reconnues en tant que femmes et non en tant que devant égaler les hommes. Voir aussi sur ce point, J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, Bordeaux, Éd. Bière, 2001, pp. 37-38.

837 Y. CLOUTIER, Par-delà le féminisme : pour une éthique sartrienne de la pluralité des points de vue, *Philosophiques*, vol. 21, n° 2, 1994, pp. 333-341.

838 La conception de l'éthique par Küng met en avant cette conscience de soi chère à Hegel. Dans son projet d'éthique planétaire, il insiste sur la nécessité de comprendre ses propres valeurs pour l'appréhension du multiple. Il ajoute que l'être humain dispose d'une autonomie lui permettant d'être un individu responsable de lui, mais aussi des autres et que l'obligation éthique ne peut naître sans la relation à autrui. Cf. H. KÜNG, L'éthique planétaire, d'un point de vue philosophique, *Revue d'éthique et de théologie morale*, 3/ 2009 (n°255), pp. 31-41.

839 G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, PUF, 2013, p. 357. Grâce au système des besoins, Hegel offre une définition concrète de l'universel-singulier, laquelle permet de comprendre sa nécessité et la complémentarité de son rapport à l'autre par le principe de différence. En effet, pour le philosophe, la finalité du besoin est «la satisfaction de la particularité subjective, [et] l'universalité se fait valoir dans la relation avec les besoins et le libre-arbitre d'autrui».

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

473. Illustration philosophique de l'identité juridique de la femme, la gynilité signe la nécessité de préserver le singulier féminin au profit d'une émancipation totale de la domination masculine.

S'il ne peut pas être reproché au droit de protéger la femme en tant que mère, le principe-même de cette protection s'avère du point de vue de l'identité féminine critiquable sur deux points : d'une part, cette protection peut être considérée comme un retour à une conception naturaliste du rôle de la femme dans la société, ne considérant pas la femme non mère ; d'autre part, elle vise à nier l'ontologie de la femme qui fait d'elle une personne différente de l'homme au plus profond d'elle-même.

Pourtant, deux éléments majeurs viennent relayer cette gynilité, la féminitude et la gynocritique, qui confortant une ontologie de la femme, se veulent détractrices de l'égalité des sexes et, partant, outils de la différenciation sexuelle.

La gynilité demeure toutefois une utopie, la femme s'ancrant de plus en plus dans sa condition.

Pour la reconnaissance d'une identité juridique féminine et la maîtrise de son conditionnement par l'élévation à une réelle liberté, le droit doit être redéfini et penser au féminin. Il s'agit non seulement de penser que le féminin existe, mais également de repenser le droit à travers lui.

CONCLUSION DU TITRE 2

474. L'équitable est ce qui rend le mieux compte d'une situation en s'adaptant à ses particularités.

La notion peut renvoyer à ce qui est égal si les situations en référence sont similaires à celle alors jugée.

Mais, lorsqu'il n'existe pas de similarité, l'équitable devient alors distributif, en ce sens que le jugement pourra être différent attribuant à chacun son dû. Tel est le cas de certaines situations dans lesquelles les femmes sont confrontées. Biologiquement différentes des hommes, les femmes connaissent des besoins qui ne leur sont pas identiques, leurs situations devant faire l'objet d'attention singulière et adéquate.

L'équitable qui peut revêtir la forme du jugement en équité permet ainsi au juge de s'adapter au cas qui est soumis à son appréciation et s'approchant au plus près de la réalité.

Si l'égalité et l'équité sont proches dans leur définition, leur application, elle, est divergente. En effet, tandis que l'égalité appréhende tous les cas de la même façon, l'équité se veut particulariste, l'individualisation des peines est à ce titre significative de l'importance que le juge accorde à la singularité des situations.

Le juge équitable est donc celui qui identifie les cas sans les comparer. Cette absence de comparaison conforte non seulement l'admission du principe de différence entre les justiciables, mais aussi sert à illustrer la nécessité de reconnaître l'identité juridique de la femme lorsque les femmes sont placées dans une situation telle que la sexualisation du jugement est impérative.

Mais du fait de cette humanisation du droit, l'équité se heurte à ses propres limites, notamment au regard de l'interprétation massive des textes par le juge pouvant susciter des risques d'arbitraire.

Manifestation de l'attachement à la singularité, l'équitable dans le jugement doit demeurer cependant un moyen auquel il s'agit de recourir avec parcimonie. Il s'avère, en outre, ne pas être attaché à la singularité féminine pouvant dès lors desservir sa cause.

La justice féminine, à l'inverse, satisfait l'admission de l'identité juridique de la femme. En effet, si le simple gadget de la féminisation des noms de métiers permet d'accorder une identité à la femme, la redéfinition du droit selon une perspective féminine s'avère tout autant pertinente

Il ne s'agirait pas d'une justice à double vitesse, mais d'une justice gynile prenant en considération la personne juridique féminine et reconnaissant enfin que la femme ne doit être plus être conditionnée par son sexe, mais en être fière.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

475. Dès lors que le droit poursuit une application stricto sensu du principe d'égalité des sexes il se veut créateur de généricismes excluant les différences sexuelles et le singularisme féminin.

L'identité juridique de la femme ne peut ainsi être établie et reconnue. Juridiquement, la femme n'est effectivement pas différente de l'homme, mais elle l'est indéniablement des points de vue biologique et ontologique.

La promotion d'une identité féminine purement biologique reviendrait à la cantonner à un rôle de mère ce que les féministes ont, à raison, enrayé. Pourtant les différences biologiques existent et indépendamment des excès qui ont été faits de cette conception, la nature et l'essence féminine ne doivent plus craindre des excès qui en ont été faits. S'il est vrai que la domination masculine se fonde sur une unique vision de la femme comme procréatrice, il est aussi vrai que la stigmatisation du sexe féminin induite par les égalitaristes a exacerbé des passions pour l'homogénéité sociale.

L'impression donnée d'une honte d'être femme et de pouvoir par moments être plus faible que l'homme cède le pas à une revanche orgueilleuse par l'égalité des sexes. Le droit par cette égalité attise les tensions. Il s'agit alors pour lui de se ré-imprégner de sa vocation première qui est de protéger les individus universellement mais aussi singulièrement en s'adaptant aux réalités naturelles. La femme ne doit pas être assistée, mais le droit doit lui offrir une protection différente de celle qu'il offre à tous, car la femme n'est pas le tout, elle en est une partie.

CONCLUSION GÉNÉRALE

476. Si le principe de l'égalité des sexes protège les droits des femmes, il ne protège pas, pour autant, les femmes dans leur identité, dans la mesure où il revendique une identité de droits entre les hommes et les femmes et non une reconnaissance des spécificités féminines. Il prétend être le moyen efficace de protection des droits des femmes, pourtant les inégalités injustes persistent ; l'égalité des sexes ne suffirait ainsi pas à comprendre pourquoi et comment les neutraliser.

Les tenants de l'égalité des sexes la considère comme la protection utile des droits des femmes, alors même qu'en les assujettissant aux mêmes droits que les hommes leur condition de personnes soumises perdure. La perspective philosophique permet de voir au-delà de ce que le droit et le politique considèrent comme étant la panacée contre les inégalités. Elle permet de comprendre que, les deux sexes n'étant pas semblables, leurs besoins et attentes au sein de la société sont nécessairement différents et qu'aucune égalité entre eux ne peut être raisonnablement dite.

Lorsque les féministes revendiquent l'égalité de droits entre les hommes et les femmes, ils évincent cette différence sexuelle et conforment les droits des femmes à ceux des hommes, ce qui a pour conséquence de desservir et d'empêcher l'établissement d'une identité juridique féminine. La symétrie des droits des femmes et des droits des hommes ne peut exister tant que les deux termes ne seront pas identiques. Il s'agit donc de considérer que si certaines mesures dites égalitaires sont attendues, elles le sont parce qu'elles revendiquent, en réalité, une identité juridique de la femme et non une similarité des droits des deux sexes. En somme, elles protègent davantage l'identité féminine qu'elles ne véhiculent une égalité des droits entre les hommes et les femmes. Certaines ne font effectivement pas subir aux femmes le poids d'une homogénéisation et, si elles ne sont pas effectives, elles sont recherchées. L'exemple de l'égalité de traitement, notamment au regard des rémunérations, en est le plus significatif.

Pour parvenir à faire reconnaître une identité juridique de la femme, le droit doit adapter ses textes aux femmes et à leurs propres droits, qui ne doivent plus subir les pressions du principe d'égalité des sexes non nuancée. Il s'agit pour le droit de s'en affranchir, ce qui lui permettra de

regarder la femme comme une personne juridique différente de l'homme. Clairement, l'identité juridique de la femme ne peut s'établir par une égalité des sexes trop génériciste pour percevoir les différences sexuelles, mais par l'adaptation du droit aux réalités sociales et naturelles.

La justice ne doit pas être aveuglée par un législateur égalitariste, mais doit être éclairée par une conception métaphysique du sexe féminin pour mener à bien sa vocation d'universel-singulier et faire des droits des femmes un droit à être une femme et à être respectée en tant que telle, et non en tant que copie de l'homme. Elle doit alors être féminine et non égalitaire, elle doit pouvoir revendiquer son sexe féminin, car le généricisme, qui est attaché à une égalité des sexes non nuancée, se veut plus négateur de l'identité féminine que performant dans l'éradication des inégalités.

En somme, si le droit persiste à suivre le principe génériciste d'égalité des sexes, il étouffera les spécificités féminines dans un mimétisme masculin.

Le générique homogénéisant, en niant la singularité de la femme, entrave son libre choix à ne pas se conformer à l'homme dans l'expression de ses droits.

La question du libre-arbitre est significative de la nécessité de passer d'une société gynile, qui reconnaîtrait les spécificités féminines, à une société respectueuse de l'universel singulier qui adapterait son droit à ces spécificités.

La loi de juillet 2014, validée par le Conseil constitutionnel, éloigne toutefois droit et politique de la consécration d'une identité juridique féminine⁸⁴⁰.

Le dossier de presse relatif à cette loi prévoit que 71% des articles de la loi seront appliqués dès son entrée en vigueur, ce pourcentage représente cinquante quatre articles, soit pas moins de soixante seize nouveaux articles, alors même que les différents codes prennent déjà en charge nombreux des points traités et qu'il suffisait de les mettre en application.

Plusieurs articles relèvent de l'entrave à l'établissement juridique d'une identité de la femme par l'ingérence massive du politique⁸⁴¹. En effet, à l'origine de cette loi, le Ministère des droits des

840 <http://femmes.gouv.fr/le-conseil-constitutionnel-valide-la-loi-pour-legalite-reelle-entre-les-femmes-et-les-hommes/>

841 Art.63 : «Représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans les instances dirigeantes des fédérations sportives».

Art.64 : «Représentation équilibrée entre les femmes et les hommes lors de l'élection des membres de l'Institut de France et des académies».

Il est également prévu entre autres généricistes projets une «Généralisation progressive de la parité dans les instances publiques (chambres consulaires, CESER, ordres professionnels, instances consultatives...)», que «les efforts réalisés

femmes qui ne laisse pas de place au droit dans l'appréciation de mesures adaptées aux besoins des femmes. Cette volonté récurrente d'uniformisation des sexes, sous couvert du respect des droits des femmes, apparaît dès lors comme un frein notable à la considération des spécificités féminines.

Les projets s'investissent dans une démarche naturaliste néfaste pour l'émancipation, il est en effet prévu à ce titre «une extension possible du congé au-delà des [trois] ans de l'enfant en l'absence de solutions de scolarisation pour les familles modestes», étant entendu que les femmes sont celles qui dans la majorité des familles prennent le congé parental, cette mesure revient à encourager les femmes à la procréation et non à retrouver un emploi.

Une mesure visant à opter pour un congé parental plus court, mais mieux rémunéré suit le projet revendiqué par la Présidente du Front national qui entendait, lors de la campagne présidentielle de 2012, offrir un salaire parental pour les femmes ayant fait le choix d'élever leurs enfants⁸⁴². Ainsi, de telles mesures jusqu'alors, «seulement», orientées vers une homogénéisation de la société, ouvrent une brèche à des déviations naturalistes, faisant reculer les progrès en faveur de la libération sexuelle des femmes.

De plus, alors que la loi prétend revendiquer une égalité réelle, les hommes pourront s'étonner d'en être délaissés⁸⁴³.

Finalement, cette nouvelle loi se veut plus encline à développer les discriminations positives en faveur des femmes⁸⁴⁴, qu'à leur reconnaître de vrais droits qui ne donneraient pas l'impression de la surprotection d'un sexe affaibli⁸⁴⁵.

Il reste à espérer que la bouche de la loi se montre plus équitable que la loi elle-même et qu'elle regarde le droit à travers le prisme du féminin pour comprendre enfin que les femmes ne sont pas des hommes comme les autres, mais la représentation du salvateur universel singulier.

par l'entreprise en faveur de la mixité des emplois seront soutenus par les fonds de la formation professionnelle».

842 http://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/article/2012/01/09/marine-le-pen-promet-une-hausse-de-200-euros-net-des-petits-salaires_1627380_1471069.html

843 Le congé de paternité souffre d'une inadaptation à la réalité et n'est toujours pas respectueux des droits des pères. Même s'ils ne portent pas la grossesse, ils seraient tout à fait en droit au nom de cette pseudo égalité réelle de revendiquer en la matière un congé plus long que celui auquel ils ont droit actuellement.

844 Art.13 : «Inscription dans les statuts de la Banque publique d'investissement d'un objectif d'encouragement de l'entrepreneuriat féminin».

845 La volonté de «soutenir les mères isolées [par] la garantie publique contre les impayés de pensions alimentaires se met en place» s'avère être non seulement une illustration significative de la surprotection des mères, alors véritablement considérées comme un sexe faible incapable de s'assumer, mais aussi un accroissement du clivage mères et pères isolés, alors même que l'objectif de la loi est de défendre une égalité réelle entre les sexes.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, ouvrages généraux, manuels et dictionnaires

AUVERGNON (P.), *Genre et droit social*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, 407 p.

BOUVIER (P.), *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, Éd. De Boeck Université, 2002, 325 p.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les personnes, Personnalité, incapacités, personnes morales, T.1*, Paris, PUF, 2000, 425 p.

CORNU (G.),

- *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 249.

- *Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 2007, 277 p.

DUGUIT(L.),

- *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, 636 p.

- *Traité de droit constitutionnel*, Gale, Making of Modern Law, 2013, 346 p.

ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Panthéon Assas, 2001, 1246 p.

L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, 1035 p.

FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 2013, 634 p.

GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Nabu press, 2009, 438 p.

JESTAZ (P.), *Autour du droit civil*, Paris, Dalloz, 2005, 442 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, 367 p.

LERMINIER (E.), *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, Chamerot, 1835, 503 p.

MALAURIE (P.), *Cours de droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Éd. Cujas, 1989, 272 p.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 26^e éd., 2011, 1500 p.

ROUSSEL (A.), *Encyclopédie du droit*, Whitefish, Kessinger Publishing, 2010, 430 p.

SAVATIER (R.), *La personne humaine, sujet de droit*, Paris, PUF, 1994, 232 p.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil : Les obligations, Précis*, Paris, Dalloz, 2009, 1556 p.

VATTEL(E. de), *Le droit des gens, ou, principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Nabu Press, 2014, 682 p.

WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Préf. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Paris, Dalloz, 2007, 436 p.

II. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

AHRENS (H.), *Cours de droit naturel*, Bruxelles, Méline, Cans et compagnie, Libraires-éditeurs, 1833, 576 p.

ALBIGES (C.), *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000, 392 p.

AMALRIC (J.), *La condition de la femme dans le Code d'Hammourabi et le Code de Moïse*, Whitefish, Kessinger Publishing, 2010, 76 p.

ANDRE-VINCENT (P.), *Jalons pour une théologie du droit*, Paris, Éd. Pierre Téqui, 2008, 352 p.

ANGELFORS (C.), *La double conscience féminine chez Colette, Simone de Beauvoir et Marie Cardinal*, Lund, Lund University Press, 1989, 212 p.

ANOUILH (J.), *Antigone*, Paris, La Table ronde, 2008, 128 p.

ARENDDT (H.),

- *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, 2002, 406 p.

- *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1989, 384 p.

ARISTOPHANE, *L'Assemblée des femmes*, Paris, Les Belles Lettres, 2002, 263 p.

ARISTOTE,

- *Catégories*, Paris, Les Belles Lettres, 2002, édition bilingue français-grec, traduction et présentation par R. Bodéüs, 622 p.

- *Éthique à Nicomaque, Livre V*, Paris, Vrin, 1994, 540 p.

- *La politique*, Paris, Vrin, 1995, 595 p.

- *Les Catégories. De l'interprétation. (Organon I et II)*, Paris, Vrin, coll. «Bibliothèque des textes philosophiques», 1994, 176 p.

ATTAL GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2004, 638 p.

BACHOFEN (J. J.), *Das Mutterrecht*, Ulan Press, 2012, 470 p.

BAGOLINI (L.), *Justice et société*, Préf. J.-M. T., Bordeaux, Éd. Bière, 1995, 259 p.

BALMARY (M.), *Le sacrifice interdit*, Paris, Grasset, 1986, 293 p.

BARRY (K.), *L'esclavage sexuel des femmes*. Paris, Stock 1982, 424 p.

BARSTOW (A. L.), *Witchcraze : A New History of the European Witch Hunts*, Vénissieux, Pandora, 1994, 182 p.

BATAILLE (G.), *L'érotisme*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2011, 286 p.

BATTAGLIOLA (F.), *Histoire du travail des femmes*, Paris, La Découverte, 2004, 121 p.

BAUDIN (E.), *La philosophie de Pascal : Tome III, Pascal et la casuistique*, Neuchâtel, La Baconnière, 1947, 262 p.

- BEAUVOIR (S. de),
- *La Femme indépendante*, Paris, Folio, 2008, 144 p.
 - *Le Deuxième Sexe : I. Les faits et les mythes*, Paris, Gallimard, 1986, 408 p.
 - *Le Deuxième Sexe : II. L'expérience vécue*, Paris, Gallimard, 1986, 663 p.
 - *Pour une morale de l'ambiguïté*, Paris, Folio, 2003, 316 p.
- BELAVAL (I.), *La révolution kantienne. Histoire de la philosophie*, Paris, Gallimard, 1978, 309 p.
- BELISSA (M.), *Fraternité universelle et intérêt national, 1713-1795 : Les cosmopolitiques du droit des gens*, Paris, Éd. Kimé, 1998, 462 p.
- BERENI (L.), JAUNAIT (A.), CHAUVIN (S.), REVILLARD (A.), *Introduction aux Gender Studies : Manuel des études sur le genre*, Bruxelles, De Boeck Université, 2008, 358 p.
- BERSIANIK (L.),
- *La main tranchante du symbole*, Montréal, Éd. du Remue-ménage, 1990, 280 p.
 - *L'Eugélonne*, Ottawa, Les Éd. La Presse, 1976, 398 p.
- BERTRAND-MIRKOVIC (A.), *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 472 p.
- BLANC (O.), *Marie-Olympe de Gouges, une humaniste à la fin du XVIIIe siècle*, Bélaye, Éd. René Viénet, 2003, 272 p.
- BLANCHARD (F.), SEGUIN (P.), *L'Organisation Internationale du Travail : de la Guerre Froide à un nouvel ordre mondial*, Paris, Seuil, 2004, 400 p.
- BLOCH (R. H.), FERGUSON (F.), *Misogyny, Misandry, and Misanthropy*, Berkeley, University of California Press, 1989, 252 p.
- BLÖSS (T.), *La dialectique des rapports hommes-femmes*, Paris, PUF, 2001, 285 p.
- BOARINI (S.), *Introduction à la casuistique*, Paris, L'Harmattan, 2007, 154 p.
- BODIN (J.), *De la démonomanie des sorciers*, Nabu Press, 2014, 478 p.
- BOUCKAERT (B.), *L'idée de l'autre. La question de l'idéalité et de l'altérité chez Husserl*, Amsterdam, Kluwer Academic Publisher, 2003, 284 p.
- BOURDIEU (P.),
- *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998, 134 p.
 - *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit, 1980, 500 p.
- BREEUR (R.), *Singularité et sujet : une lecture phénoménologique de Proust*, Grenoble, Éd. J. Millon, 2000, 259 p.
- BURLAMAQUI (J. J.), *Principes du droit de la nature et des gens*, Nabu Press, 2012, 530 p.
- BURLEIGH (R.), *Pandora*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2002, 32 p.
- BUTLER (J.),
- *Gender Trouble : Feminism and The Subversion of Identity*, London, Taylor & Francis, 1999, 256 p.

- *Marché au sexe*, Paris, EPEL, 2002, 175 p.
- CARDASCIA (G.), *Les lois assyriennes. Introduction, traduction, commentaire*, Paris, Éd. du Cerf, 1969, 359 p.
- CAURROY DE LA CROIX (A. M. du), *Les Institutes de Justinien, Livre Ier, Titre I, De la justice et du droit*, Paris, Gustave Thorel, 1851, 580 p.
- CENDRARS (B.), *Moravagine*, Paris, Grasset, 1926, 362 p.
- CHEBEL (M.), *La féminisation du monde*, Paris, Payot, 1996, 312 p.
- CIXOUS (H.), *La jeune née*, Paris, 10/18, 1975, 296 p.
- CLAPHAM (A.), *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 422 p.
- CLAVIER (P.), *Kant : «Les idées cosmologiques»*, Paris, PUF, 1997, 128 p.
- COLLECTIF, *Femmes, Hommes, Construire l'égalité*, Paris, GREP, 2000, 110 p.
- COLLECTIF, *Éthique des gens de justice*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges et du Limousin, 1981, 228 p.
- COLLECTIF, *Questions féministes*, Paris, Éd. Syllepse, 2012, 1022 p.
- COLLECTIF, *L'indépendance de la justice*, Paris, Presses Universitaires de Sceaux, 2011, 224 p.
- COLLECTIF, *La personnalité : de la théorie à la recherche*, 2004, Bruxelles, De Bœck, 550 p.
- COMTE (A.), *Catéchisme positiviste*, Paris, Éd. du Sandre, 2009, 410 p.
- COTTA (S.), *Le droit dans l'existence. Éléments d'une ontophénoménologie juridique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1996, 300 p.
- COTTA (J.), *Sept millions de travailleurs pauvres. La face cachée des temps modernes*, Paris, Fayard, 2006, 300 p.
- COTTIER (G.), *Deviens ce que tu es, enjeux éthiques*, Les Plans-sur-Bex, Éd. Parole et silence, 2004, 298 p.
- COTTRET (M.), COTTRET (B.), ALEMANY-DESSAINT (V.), *Saintes ou sorcières ? L'héroïsme chrétien au féminin*, Paris, Éd. de Paris, 2006, 268 p.
- COULOUBARITSIS (L.), *Antigone et la résistance civile*, Bruxelles, Ousia, 2003, 277 p.
- COUSIN (V.), *Histoire générale de la philosophie : depuis les temps les plus anciens jusqu'à la fin du XVIIIe siècle*, Paris, Didier , 1863, 573 p.
- de COULANGE (F.), *La Cité Antique*, Paris, Champs-Flammarion, 209, 663 p.
- CUSSET (P.-Y.), *Le lien social*, Paris, Armand Colin, 2007, 125 p.
- DEKEUWER DEFOSSEZ (F.), *Dictionnaire juridique, Droit des femmes*, Paris, Dalloz, 1985, 458 p.
- DELPHY (C.),
- *L'ennemi principal : Tome 1, L'Économie politique du patriarcat*, Paris, Éd. Syllepse, coll. «Nouvelles Questions Féministes», 2009, 276 p.
 - *L'ennemi principal : Tome 2, Penser le genre*, 2013, Paris, Éd. Syllepse, 366 p.

- *Un universalisme si particulier : féminisme et exception française (1980-2010)*, Paris, Éd. Syllepses, 2010, 348 p.
- DENIS(C.),DESCENT(D.),FOURNIER(J.), MILLETTE (G.), *Individu et société*, Montréal, McGraw-Hill, 1991, 330 p.
- DEUTSCH (H.), *La psychologie des femmes*, Paris, PUF, 1987, 327 p.
- DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, 2011, Paris, SA Lamy, 420 p.
- DIXSAUT (M.), *Platon*, Paris, Vrin, 2003, 272 p.
- DUBY (G.), PERROT (M.), *Histoire des femmes en Occident, Tome V, le XX^e s.*, Paris, Éd. Perrin, 2009, 892 p.
- DULONG (C.), *La vie quotidienne des femmes au Grand Siècle*, Paris, Hachette, 1984, 306 p.
- DUMEZIL (G.), *Le crime des Lemniennes*, Paris, Éd. Macula, 1998, 176 p.
- DUMONT (L.),
- *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, 272 p.
 - *Homo hierarchicus. Le système des castes et ses implications*, Paris, Gallimard, La Bibliothèque des sciences humaines, 1979, 490 p.
- DUNS SCOT (J.), *Le principe d'individuation*, Paris, Vrin, 2005, 256 p.
- DURKHEIM (E.), *Journal sociologique*, Paris, PUF, 1969, 728 p.
- EAUBONNE (F. d'), *Le Sexocide des sorcières*, Paris, L'Esprit frappeur, 1999, 153 p.
- ELIAS (N.),
- *La civilisation des mœurs*, Paris, Pocket, 2003, 510 p.
 - *La dynamique de l'Occident*, Paris, Pocket, 2003, 320 p.
 - *L'Utopie*, Paris, La Découverte, 2014, 151 p.
- EPHESIA, *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, Paris, La découverte, 1996, 740 p.
- ESCHYLE, *Les Perses*, Paris, Les Belles lettres, 2002, 106 p.
- EURIPIDE, *Médée*, Arles, Acte Sud, 1993, 42 p.
- EVANS (J.), *La philo, c'est la vie !*, Paris, Marabout, 2013, 320 p.
- EVOLA (J.), *Métaphysique du sexe*, Paris, L'Âge d'homme, 2006, 250 p.
- FEUERBACH (L.), *L'Essence du christianisme*, Paris, Gallimard, 1992, 527 p.
- FINANCE (J. de),
- *L'affrontement de l'autre. Essai sur l'altérité*, Rome, Universita Gregoriana, 1973, 354 p.
 - *Personne et valeur*, Rome, Gregorian and Biblical Press, 1992, 256 p.
- FOUILLEE (A.), *Esquisse psychologique des peuples européens*, Ulan Press, 2012, 590 p.
- FOUQUE (A.), *Il y a deux sexes, Essais de féminologie*, Paris, Gallimard, 2004, 324 p.

- FRAISSE (G.), *A côté du genre : Sexe et philosophie de l'égalité*, Lormont, Éd. Le bord de l'eau, 2010, 470 p.
- FREGE (G.), *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1994, 233 p.
- FRYDMAN (B.), *La société civile et ses droits*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 224 p.
- FUKUYAMA (F.), *La Fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1993, 448 p.
- GALSTER (I.), *Le Deuxième Sexe de Simone de Beauvoir*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2004, 365 p.
- GALTON (F.), *Hereditary Genius*, London, Macmillan and Co, 1892, 390 p.
- GHIRARDI (O.), *Le raisonnement judiciaire*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, 164 p.
- GODINEAU (D.), *Citoyennes tricoteuses*, Paris, Perrin, 2004, 416 p.
- GORPHE (F.), *Les décisions de justice*, Paris, PUF, 1952, 191 p.
- GOYARD-FABRE (S.), SEVE (R.), *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Paris, PUF, 1993, 352 p.
- GOYARD FABRE (S.), *L'État au XX^e siècle*, Paris, Vrin, 2004, 335 p.
- GREISCH (J.), *La parole heureuse. Martin Heidegger entre les choses et les mots*, Paris, Éd. Beauchesne, 1997, 421 p.
- GUIONNET (C.), NEVEU (E.), *Féminins/Masculins, Sociologie du genre*, Paris, Armand Colin, 2^e Éd., 2009, 286 p.
- HABERMAS (J.),
- *Après l'État-nation, une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 149 p.
 - *La Paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, trad. Rochlitz, Paris, Éd. Du Cerf, 1996, 121 p.
 - *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, 480 p.
- HAYEK (F.), *La Constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994, 530 p.
- HALTER (M.), *La reine de Saba*, Paris, Robert Laffont, 2008, 333 p.
- HEGEL (G. W. F.), *Pour une phénoménologie de l'esprit*, Paris, Gallimard, 1993, 928 p.
- HEIDEGGER (M.), *Lettre sur l'humanisme*, Paris, Aubier, 1958, 189 p.
- HERACLITE, *Fragments*, Paris, Flammarion, 2002, 374 p.
- HERITIER (F.),
- *Les deux sœurs et leur mère*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1994, 376 p.
 - *Masculin/féminin, la pensée de la différence*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1995, 332 p.
 - *Masculin-féminin. Tome II : dissoudre la hiérarchie*, Paris, Éd. Odile Jacob, 2002, 443 p.
- HESIODE, *La théogonie, Les travaux et les jours*, Paris, Le Livre de Poche, 1999, 350 p.
- HIEZ (D.), VILLALB (B.), *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, Villeneuve-d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2008, 198 p.
- HOAREAU-DODINAU (J.), TEXIER (P.), *La peine, discours, pratiques, représentations*,

- Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2006, 272 p.
- HURTIG (M.-C.), KAIL (M.), ROUCH (H.), *Sexe et genre : De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Éd., 2002, 286 p.
- HUSSERL (E.), *Méditations cartésiennes*, Paris, Vrin, 2000, 256 p.
- HUXLEY (A.), *Retour au meilleur des mondes*, Paris, Plon, 2013, 144 p.
- IRIGARAY (L.), *Spéculum de l'autre femme*, Paris, Éd. de Minuit, 1974, 462 p.
- IVAINER (T.), *L'interprétation des faits en droit*, Paris, LGDJ, 1998, 361 p.
- JACOB (F.), *Le jeu des possibles*, Paris, Fayard, 1992, 135 p.
- JACOB (R.), *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen-Âge à l'époque classique*, Paris, Éd. Le Léopard d'or, 1994.
- JEANGENE VILMER (J.-B.), *L'éthique animale*, Paris, PUF, 2011, 128 p.
- JUNG (C. G.),
- *Dialectique du Moi et de l'inconscient*, Paris, Folio, 1986, 288 p.
 - *The Integration of the Personality*, New York, Farrar & Rinehart, Incorporated, 1939, 311 p.
- KANT (E.),
- *Critique de la faculté de juger*, Paris, Flammarion, 2000, 540 p.
 - *Critique de la raison pratique*, Paris, Flammarion, 2003, 473 p.
 - *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Le livre de poche, 1993, 252 p.
 - *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Bordas, 1993, 190 p.
 - *Métaphysique des mœurs, Tome 2, Doctrine du droit*, Paris, Flammarion, 1999, 411 p.
 - *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Bréal, 2002, 128 p.
 - *Sur la différence des sexes et autres essais*, Paris, Rivages Poche, 2006, 122 p.
- KASANDA LUMEMBU (A.), *John Rawls : Les bases philosophiques du libéralisme politique*, Paris, L'Harmattan, 2005, 214 p.
- KIMURA (D.), *Sex and cognition*, Cambridge, MIT Press, 2000, 217 p.
- KNIBIEHLER (Y.), FOUQUET (C.), *Histoire des mères du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Hachette, 1982, 359 p.
- KNOX (J.), *Premier coup de trompette contre le gouvernement monstrueux des femmes*, Paris, Honoré Champion, 2006, 256 p.
- KREMER-MARIETTI (A.), *Condition de l'homme moderne : Premier chapitre, La condition humaine*, Paris, Nathan, 2005, 117 p.
- LAFAY (F.), *La modulation du droit par le juge*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 691 p.
- LAHBABI (M.-A.), *De l'être à la personne*, Paris, PUF, 1954, 364 p.
- LALLEMENT (D.-J.), *Commentaire du De ente et essentia de Saint Thomas d'Aquin*, Saint-Cénére, Éd. Pierre Téqui, 2001, 742 p.

- LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.
- LAQUEUR (T.), *La fabrique du sexe*, Paris, Folio, 2013, 576 p.
- LAURENT (A.), *Féminin-Masculin : le nouvel équilibre*, Paris, Seuil, 1975, 189 p.
- LAVAUD (J.), *De l'Équité, comme principe et comme mesure de tous les gouvernements*, Paris, J. Hétier, 2009, 38 p.
- LAVELLE (L.), *De l'Acte*, Paris, Aubier, 1937, 541 p.
- LE CARON (L.), *Pandectes ou digeste du droit français*, Paris, L'Huillier, 1587, 388 p.
- LECLERC (A.), *Hommes et femmes*, Paris, Librairie générale française, 1986, 162 p.
- LE GUERINEL (P.), *Une société d'exclusion ?*, Paris, PUF, 2000, 424 p.
- LE ROY (E.), *Les origines humaines et l'évolution de l'intelligence*, Paris, Société française d'imprimerie et de librairie, 1928, 375 p.
- LEVI-STRAUSS (C.),
 - *Anthropologie structurale*, Paris, Pocket, 2003, 480 p.
 - *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1996, 500 p.
- LIBERA (A. de), *La querelle des universaux : de Platon à la fin du Moyen-Âge*, Paris, Seuil, 1996, 500 p.
- LINTON (R.), *Le fondement culturel de la personnalité*, Paris, Dunod, 1977, 138 p.
- LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1999, 381 p.
- LORRIS (G. de), MEUNG (J. de), *Le Roman de la Rose*, Paris, Folio, 1992, 1152 p.
- LOURME (L.), *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Vrin, 2012, 128 p.
- LUMINET (J.-P.), *Les poètes et l'Univers*, Paris, Le Cherche Midi, 2012, 427 p.
- LUMSDEN (C.), WILSON (E. O.), *Genes, Mind and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, 496 p.
- LUZIUS (W.), *Le système de contrôle de l'application de la Charte Sociale Européenne*, Paris, Broché, 1980, 320 p.
- MACPHERSON (C. B.), *The Political Theory of possessive Individualisme : Hobbes To Locke*, Don Mills, OUP Canada, 2010, 328 p.
- MALO (C.), *La France littéraire*, Paris, Honoré Champion, 1974, 400 p.
- MALRAUX (A.), *La condition humaine*, Paris, Gallimard, 1972, 337 p.
- MANN (B.), *Women's liberation and the Sublime : Feminism, Postmodernism, Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 195 p.
- MARCEL (G.), *Les hommes contre l'humain*, Paris, La Colombe, 1951, 207 p.
- MARKALE (J.), *L'épopée celtique en Bretagne*, Paris, Payot, 1994, 285 p.
- MARUANI (M.), REYNAUD (E.), *Sociologie de l'emploi*, Paris, La Découverte, 2004, 128 p.
- MATTHEWS GRIECO (S. F.), *Ange ou diablesse. La représentation de la femme au XVI^e siècle*, Paris, Flammarion, 1991, 495 p.

- MAYRHOFER (U.), *Management stratégique*, Paris, Bréal, 2014, 160 p.
- MEAD (M.), *Mœurs et Sexualité en Océanie*, Paris, Plon, 1963, 533 p.
- MELKEVIK (B.), *Rawls ou Habermas : une question de philosophie du droit*, Québec, Presses Université Laval, 2005, 191 p.
- MERLEAU-PONTY (M.), *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1976, 531 p.
- METAYER (M.), *La philosophie éthique. Enjeux et débats actuels*, Saint-Laurent, Éd. du Renouveau Pédagogique, 2014, 450 p.
- MIE d'AGHONNE (J.), *Une faiseuse d'anges*, Paris, Hachette Livre BNF, 2013, 693 p.
- MILL (J.S.), *Three Essays*, Éd. R. Wollheim, Oxford, Oxford University Press, 1975, 550 p.
- MILLETT (K.), *Sexual Politics*, Paris, Éd. des femmes, 2007, 521 p.
- MOLIERE,
- *L'école des femmes*, Paris, Pocket, 2005, 128 p.
 - *Les Femmes savantes*, Paris, Éd. 84, 2005, 92 p.
 - *Les Précieuses ridicules*, Paris, J'ai lu, 2011, 70 p.
- MORE (T.), *L'Utopie*, Paris, Librio, 2003, 124 p.
- MOSSUZ-LAVAU (J.), KERVASDOUE (A. de), *Les femmes ne sont pas des hommes comme les autres*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1997, 290 p.
- MOUVEMENT FRANÇAIS POUR LE PLANNING FAMILIAL, *D'une révolte à une lutte : 25 ans d'histoire du planning familial*, 1982, 506 p.
- MUGLIONI (J.-M.), *La philosophie de l'histoire de Kant*, Paris, Hermann, 2011, 286 p.
- NIETZSCHE (F.), *Ainsi parlait Zarathoustra*, Paris, Le Livre de Poche, 1972, 410 p.
- NOUMBISSIE TCHAMO (D.), *Justice distributive ou solidarité à l'échelle globale, John Rawls et Thomas Pogge*, Paris, L'Harmattan, 2012, 264 p.
- NUSSBAUM (M.), *Femmes et développement humain, l'approche par les capacités*, trad. C. Chapelain, Paris, Éd. des femmes, 2008, 444 p.
- OAKLEY (A.), *Sex, Gender and Society*, London, Temple Smith, 1972, 225 p.
- OCKRENT (C.), *Le livre noir de la condition des femmes*, Paris, XO Éd., 2006, 777 p.
- OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz-Sirey, 1999, 156 p.
- ORRYE (B.), *Histoire de la condition féminine : origines judéo chrétiennes, médicales et juridiques*, Paris, Royer, 1997, 213 p.
- PASCAL (B.), *Pensées*, Paris, Flammarion, 1993, 376 p.
- PALAZZANI (L.), *Gender in Philosophy and Law*, Berlin, Springer, 2012, 130 p.
- POPPER (K.), *Conjectures et Réfutations*, Paris, Payot, 1983, 610 p.
- PARGUEL (P.-O.), *Le Président du Tribunal administratif*, Paris, Éd. Publibook, 2008, 400 p.
- PAUSANIAS, *Description de la Grèce*, Paris, Les Belles lettres, 1992, 435 p.
- PERELMAN (C.), *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1990, 825 p.

- PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.), *Les notions à contenu variable en droit*, 1984, Bruxelles, Bruylant, 378 p.
- PERROT (M.), *Les femmes ou les silences de l'Histoire*, Paris, Flammarion, 2001, 494 p.
- PIOT (M.), *Mes yeux s'en sont allés. Variations sur le thème des perdant la vue*, Paris, L'Harmattan, 2004, 194 p.
- PISAN (C. de), *Le Livre de la Cité des Dames*, Paris, Stock, 1986, 300 p.
- PLATON,
 - *La République*, Paris, Flammarion, 2001, 801 p.
 - *Le politique*, Paris, Flammarion, 2011, 322 p..
- POPPER (K. R.),
 - *Conjectures et réfutations*, Paris, Payot, 2006, 610 p.
 - *La société ouverte et ses ennemis, Tome 1, L'ascendant de Platon*, Paris, Seuil, 1979, 262 p.
- PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, Bordeaux, Éd. Confluences, 2004, 78 p.
- PSEUDO-DENYS L'ARÉOPAGITE, *La hiérarchie céleste*, Paris, Éd. du Cerf, 1958, 416 p.
- RADE (C.), *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, 2011, 275 p.
- RAUCH (A.), *Histoire du premier sexe : de la Révolution à nos jours*, Paris, Hachette, 2006, 646 p.
- RAWLS (J.),
 - *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 609 p.
 - *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2011, 589 p.
- RENAUT (A.), MESURE (S.), *Alter Ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999, 304 p.
- RENNES (J.), *Le mérite et la nature. Une controverse républicaine : l'accès des femmes aux professions de prestige 1880-1940*, Paris, Fayard, L'espace du politique, 2007, 594 p.
- RICOEUR (P.),
 - *Le juste*, Paris, Éd. Esprit, 2001, p. 221.
 - *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1996, 424 p.
- RIPA (Y.),
 - *Les femmes*, Paris, Le cavalier bleu, 2002, 128 p.
 - *Les femmes, actrices de l'Histoire : France, de 1789 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2010, 224 p.
- ROCHER (G.), *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, Paris, PUF, 1972, n° 29, 238 p.
- RONSIN (F.), *la Grève des ventres. Propagande néo-malthusienne et baisse de la natalité en France, 19^e-20^e siècles*, Paris, Aubier, 1992, 254 p.
- ROSMINI (A.), *Philosophie de la politique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, 250 p.
- ROUSSEAU (J.-J.),

- *Discours sur les Sciences et les Arts*, Paris, Le Livre de poche, 2004, 92 p.
 - *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2011, 255 p.
 - *Les Confessions*, Second Préambule, Paris, Gallimard, 1959, 858 p.
- SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, trad. Kaelin, des Lois, Paris, Plon, 1946.
- SALOMON (P.), *La femme solaire : la fin de la guerre des sexes*, Paris, Albin Michel, 1991, 340 p.
- SALLMANN (J.-M.), *Les Sorcières : Fiancées de Satan*, Paris, Gallimard, 1989, 192 p.
- SANCHEZ DE LA TORRE (A.), *La tyrannie dans la Grèce antique*, Bordeaux, Éd. Bière, 1999, 250 p.
- SANDEL (M.), *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999, 330 p.
- SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Gallimard, 2000, 320 p.
- SCHUMPETER (J.), *Théorie de l'évolution économique*, Paris, Dalloz, 1999, 371 p.
- SCHWARTZER (A.), *Simone de Beauvoir aujourd'hui. Six entretiens*, Paris, Mercure de France, 1984, 127 p.
- SCHWEITZER (S.),
- *Femmes de pouvoir. Une histoire de l'égalité professionnelle en Europe (XIX-XX^e siècles)*, Paris, Payot, 2010, 256 p.
 - *Les femmes ont toujours travaillé : Une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Odile Jacob, 2002, 329 p.
- SENAC-SLAWINSKI (R.), *L'ordre sexué, la perception des inégalités femmes-hommes*, Paris, PUF, 2007.
- SENNHOLZ (H.), *Age of inflation*, Belmont, Western Islands, 1979, 270 p.
- SESBOUE (B.), *L'homme et son Salut*, Desclée, 1995, 635 p.
- SEUREAU (R.), *Hegel et l'hégélianisme*, Paris, PUF, 1971, 127 p.
- SHOWALTER (E.), *New Feminist Criticism : Essays on Women, Literature, Theory*, Paris, Panthéon, 1985, 403 p.
- SIBONY (D.), *De l'identité à l'existence, l'apport du peuple juif*, Paris, Odile Jacob, 2012, 352 p.
- SKINNER (B. F.), *Science and Human Behaviour*, London, Free Press, 1965, 480 p.
- SOHN (A.-M.), THELAMON (F.), *L'histoire sans les femmes est-elle possible ?*, Paris, Perrin, 1998, 427 p.
- SPENCER (H.), *Le droit d'ignorer l'état*, Paris, Les Belles Lettres, 1993, 209 p.
- SPIRO (M. E.), *Gender and Culture : Kibbutz women revisited*, New Jersey, Transaction Publishers, 2e édition (1 Janvier, 1995), 124 p.
- SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2007, 280 p.
- TARDE (G.), *L'Opinion et la Foule*, Paris, PUF, 1989, 184 p.
- TAUZIN (E.), *L'intérêt de l'entreprise et le droit fiscal*, Paris, L'Harmattan, 2011, 384 p.
- TEMPLE (D.), CHABAL (M.), *La Réciprocité et la naissance des valeurs humaines*, Paris, L'Harmattan, 1995, 264 p.

- THEBAUD (F.), *Écrire l'histoire des femmes*, Lyon, ENS Fontenay-Saint-Cloud, 1998, 227 p.
- THUILLIER (G.), *Les femmes dans l'administration depuis 1900*, Paris, PUF, 1988, 176 p.
- TIGER (L.), FOX (R.), *The imperial animal*, New Jersey, Transaction Publishers, 1997, 308 p.
- TOCQUEVILLE (A. de), *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2010, 301 p.
- TOURNE (C.-E.), *Féminisme, féminité, féminitude*, Paris, L'Harmattan, 2014, 228 p.
- TRIGEAUD (J.-M.),
- *Droits premiers*, Bordeaux, Éd. Bière, 2001, 240 p.
 - *Éléments d'une philosophie politique*, Bordeaux, Éd Bière, 1993, 282 p.
 - *Justice et hégémonie*, Bordeaux, Éd. Bière, 2006, 332 p.
 - *Justice et tolérance*, Bordeaux, Éd. Bière, 1997, 242 p.
 - *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux, Éd. Bière, 1985, 173 p.
 - *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux, Éd. Bière, 1995, 460 p.
 - *Persona ou la justice au double visage*, Genova, Studio editoriale di culture, 1990, 298 p.
 - *Personne, Droit & existence*, Bordeaux, Éd Bière, 2009, 271 p.
- TZITZIS (S.), *L'identité sexuelle. Contumace et défaut criminel*, La place du sexe dans la construction de la famille: du foyer grec à l'union libre, Paris, Dalloz, 2008, 375 p.
- VASSILIE-LEMENY (S.-T.), *Pour une philosophie du sens et de la valeur*, Bordeaux, Éd. Bière, 1990, 219 p.
- VEBLEN (T. B.), *Théorie de la classe de loisirs*, Paris, Gallimard, 1979, 322 p.
- VERNANT (J.-P.), *Pandora, la première femme*, Montrouge, Bayard, 2006, 85 p.
- VIENNOT (E.), *La France, les femmes et le pouvoir, Tome 1, L'invention de la loi salique (Ve-XVIe siècles)*, Paris, Perrin, 2006, 765 p.
- VIGARELLO (G.), *Histoire du viol XVIe-XXe siècle*, Paris, Seuil, 2000, 364 p.
- VILLERME (L.-R.), *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Lyon, EMCC, 191 p.
- VOISSET-VEYSSEYRE (C.), *Les Amazones font la guerre*, Paris, L'Harmattan, 2010, 243 p.
- WEBER (M.), *Le savant et le politique*, Paris, 10/18, 2002, 224 p.
- WEIL (E.), *Hegel et l'État*, Paris, Vrin, 2000, 116 p.
- WHITEHEAD (A. N.), *La science et le monde moderne*, Monaco, Éd. du Rocher, 1994, 252 p.
- WILSON (E. O.), *Sociobiology. The new synthesis*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, 720 p.
- WITT (H. C. D. de), *Histoire du développement de la biologie, Tome 2*, Lausanne, Presses Polytechniques Romanes, 1993, 460 p.

WOODWARD (A. E.), *Vers l'équilibre entre les femmes et les hommes*, Éd. du Conseil de l'Europe, 2002, 124 p.

ZAMIATINE (E. I.), *Nous autres*, Paris, Gallimard, 1979, 238 p.

III. Dictionnaires, Encyclopédies philosophiques

CADIET (L.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, Paris, PUF, 1362 p.

Dictionnaire des philosophes, ss la dir. de Denis HUISMAN, Paris, PUF, Septembre 2009, 1984 p.

Encyclopédie philosophique universelle, T. 1 : L'univers philosophique, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 2032 p.

Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998, 3344 p.

HEGEL (G. W. F.), *Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé*, Paris, Gallimard, 1990, 550 p.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 413.

LEHU (J.-M.), *L'encyclopédie du marketing : Commentée et illustrée*, Paris, Eyrolles, 2004, 950 p.

VERGELY (B.), *Dictionnaire de la philosophie*, Paris, Broché, 2004, 256 p.

IV. Articles et contributions diverses

ALBIGES (C.), Équité, *Répertoire civil*, Paris, Dalloz, septembre 2009,

ALFASSA (G.), Le travail de nuit des femmes, Paris, *Revue de Paris*, 1903, 38 p.

ARNESON (R. J.), Equality and equal opportunity for welfare, *Philosophical Studies*, vol. 56, 1989, pp. 77-93.

AUCLERT (H.), Le programme électoral des femmes, Paris, *La citoyenne*, 1885.

BAECHLER (J.), Politique, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 1 : L'univers philosophique*, Paris, PUF, publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.

BAQUE (D.), DUMAS (J.-L.), Humanisme, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, ss la dir. d'André Jacob, Avril 1998.

BARBERGER (C.), Égalité et individualisation de la peine, *L'individualisation de la peine*, Toulouse, ERES, 2001, p. 207-214.

BEAUVOIR (S. de), L'Existentialisme et la sagesse des nations, *Les Temps modernes*, 2005.

BEGUIN (J.), Le bon usage de l'arbitrage, *La Semaine juridique Éd. générale*, n°27, 29 juin 2009, 86.

- BELLOUBET-FRIER (N.), Le principe d'égalité, *AJDA*, 1998, p. 152.
- BENOIST (J.), Aristote. Éthique à Nicomaque, livre V, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, ss la dir. d'O. CAYLA et J.-L. HALPERIN, Paris, Dalloz, 2008, p. 7
- BERSIANIK (L.), L'utopie de la gynilité, un non-lieu provisoire, *Philosophiques*, vol. 21, n° 2, 1994, p. 459-469.
- BLUMENKRANZ (N.), Singularité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.
- BONILLA (J.), CORDEVANT (M.-A.), FREIXA I BAQUÉ (E.), Critique d'une philosophie de la responsabilité, *Cahiers de psychologie politique*, n°4.
- BOUGRAB (J.), L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des Cours suprêmes européennes et nationales, *AJDA*, 2003, Chron., p. 1640.
- BREDIN (J.-D.), Un Gouvernement des juges ?, *Revue Pouvoirs*, n° 68, Qui gouverne la France ?, janvier 1994, pp.77-85.
- BRIMO (A.), Réflexions sur la conception existentialiste de l'État, *Archives de philosophie du droit*, Philosophes d'aujourd'hui en présence du droit, Paris, Sirey, 1965, p.153.
- BROCA (P.), Sur le volume et la forme du cerveau suivant les individus et suivant les races, *Bull. Soc. Anthropologie*, Paris, 1861, p. 2.
- CALVES (G.), La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne: première condamnation, *Revue du droit sanitaire et social*, 2011, p. 657
- CARCASSONNE (G.), Rapport introductif, *L'indépendance de la justice, Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français(AHJUCAF)*, Dakar, 7 et 8 novembre 2007.
- CARDI (C.), Le féminin maternel ou la question du traitement pénal des femmes, *Revue Pouvoirs*, 1/2009, n° 128, pp. 75-86.
- CEDRAS (J.), Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*.
- CERE (J.-P.), Peine (Nature et prononcé), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, mars 2008.
- CESARO (J.-F.), Un nouveau droit à l'égalité professionnelle ?, *Droit social*, n° 6.
- CHAZAL (J.-P.), Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique, *Archives de philosophie du droit*, T. 45, L'américanisation du droit, 2001, pp. 303-333.
- CHEMIN (A.), La majorité défend une proposition de loi sur la parité dans les grandes entreprises, *Le Monde*, 20 janvier 2010.
- CINTURA (P.), L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif, *Revue internationale de droit comparé*, 1972, vol. 24, n°3, pp. 657- 676.
- CIXOUS (H.), Le rire de la Méduse, *Revue L'Arc*, n° 61, Simone de Beauvoir et la lutte des femmes, Éd. Au bureau de la revue, 1975.
- CLAIX (R.) Joseph de Finance, L'affrontement de l'autre. Essai sur l'altérité, *Revue philosophique de Louvain*, 1976, Vol. 74, n° 21, p. 161.
- CLERGERIE (J.-L.), Discriminations positives et égalité de traitement, Commentaire de l'arrêt de la CJCE Briheche, du 30 septembre 2004, aff. C-319/03, Paris, *Dalloz* du 3 février

2005, n° 5, pp. 347-349.

CLOUTIER (Y.), Par-delà le féminisme : pour une éthique sartrienne de la pluralité des points de vue, *Philosophiques*, vol. 21, n° 2, 1994, p. 333-341.

CONDORCET (N. de),

- De l'admission au droit de Cité, *Journal de la Société de 1789*, n° V, 3 juillet 1790.

- De l'admission des femmes au droit de cité, *Œuvres de Condorcet*, Paris, Firmin Didot Frères, 1847, p. 4.

CONRADT (J.), Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'État, *A.P.T.*, 1999/4, p. 262.

COPELON (R.), Gender crimes as war crimes : integrating crimes against women into international criminal law, Montreal, *McGill Law Journal*, November, 2000, p. 219.

CORCUFF (P.), Figures de l'individualité, de Marx aux sociologies contemporaines, *EspacesTemps.net*, Textuel, 2005.

CORNU (G.), Les définitions dans la loi, *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981. p. 77.

CUSSET (C.), Qui peut définir les femmes ? , L'article Femme de l'Encyclopédie (1756), Sur les femmes de Diderot (1772), *Indigo Côté Femmes*, 2008.

DAIGUEPERSE (C.), L'animal sujet de droits. Une réalité de demain, *Gaz. Pal.* 1981-1, Doctr. 160.

DANDONNEAU (A.), Science de l'homme ou science du pigeon en cage?, *Critère Revue*, n° 9, juin 1973.

DEBOVE (F.), La faim ne justifie pas les moyens, *Droit Pénal*, 1998, chron. 4.

DECULTOT (E.), Le cosmopolitisme en question Goethe face aux saisies françaises d'œuvres d'art sous la Révolution et sous l'Empire, Goethe, cosmopolite, *Revue germanique internationale*, 12/1999, pp. 161-175

DESMARCHELIER (D.), ZANCARINI-FOURNEL (M.), CLIO, Histoire, Femmes et Sociétés. Les mots des femmes, *Mots. Les langages du politique*, n° 78, Usages politiques du genre, juillet 2005.

DERVILLE (G.), PIONCHON (S.), La femme invisible. Sur l'imaginaire du pouvoir politique, *Mots. Les langages du politique*, n° 78, Usages politiques du genre, juillet 2005.

DESCARRIES-BELANGER (F.), ROY (S.), Le mouvement des femmes et ses courants de pensée : essai de typologie. Ottawa, Institut canadien de recherches sur les femmes, *Les Documents de l'ICREF*, no 19. 1988.

DESMARAIS (L.), Le droit à l'avortement, une lutte exemplaire, *A Bâbord !, Revue sociale et politique*, n°25, été 2008.

DILHAC (M.-A.), Discriminations systématiques et égalité des opportunités : Remettre de l'ordre dans les principes de la justice, *Revue de philosophie économique*, 2007, vol. 8, n° 1, p. 9 à 46.

DUBOUT (E.), Principe d'égalité et droit de la non-discrimination, *J.-Cl. Libertés*, Fasc. 500, Cote 03-2009

EDEL (F.), Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité, *Revue Droits*, 49, PUF, 2009.

- P.-M. EISEMAN, La réciprocité en droit international, *Politique étrangère*, 1980, vol. 45, n°2, pp. 536-537.
- FARAGO (F.), La distinction des sexes : enjeu philosophique et anthropologique, *L'identité sexuelle. Contumace et défaut criminel*, Dalloz 2008, p. 30
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23 (Dossier : La citoyenneté), février 2008.
- FAURE (S.), Le droit a-t-il un sexe ?, *Libération*, 14 février 2014.
- FEUERBACH (L.), Contribution à la critique de la philosophie hégélienne, Halle, *Les Annales de Halle*, 1839.
- FIDEL (J.-L.), Essentialisme, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions Philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.
- FONGARO (E.), Tests ADN : traitement différent de situations différentes ou discrimination? , *Droit de la famille*, Janvier 2008.
- FREUND (J.), Politique, *Encyclopédie philosophique universelle, Tome 2 : Les notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, avril 1998.
- FRYDMAN (B.), La rhétorique judiciaire dans l'Antigone de Sophocle, pp. 161-183, in. L. COULOUBARITSIS, *Antigone et la résistance civile*, Bruxelles, Ousia, 2005, 278 p.
- GARDIN (A.), Maternité et rupture du contrat de travail, Retour sur quelques évolutions marquantes, *RJS*, 12/07.
- GAUCHET (M.), Tocqueville, l'Amérique et nous ; sur la genèse des sociétés démocratiques, *Libre. Politique-anthropologie- philosophie*, Paris, Payot, n°2, deuxième semestre 1977.
- GENEVOIS (B.), *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, V° Principes généraux du droit, n° 129.
- GENIER (P.), Deux contributions sur dépendance et équité. Quel est l'apport des nouvelles théories de l'équité pour la définition des politiques publiques ? Le cas de la dépendance des personnes âgées. Équité sur cycle de vie et équité en présence d'externalités : une illustration à travers la politique publique de la dépendance. Institut national de la statistique et des études économiques, *Série des documents de travail de la Direction des Etudes et Synthèses Économiques*, mars 1997.
- GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Essai critique, Éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Sec. Éd., 1954.
- GERVAIS (R.), Société civile, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.
- GONZALEZ (G.), Le Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer, *RFDA*, 2002, p. 120.
- GOUACHE (M.), La maternité incarcérée, mère courage et ses enfants, *Le passe murailles*, n° 23, Les vierges déchues, les mères et les putains. Pas de quartier pour les femmes!, mars/avril 2010.
- GRESY (B.), Égalité professionnelle : la norme et l'image, *Droit social*, Février 2010.
- GROSBON (S.), La décision Test-achats c/ Belgique, CJUE 1er mars 2001, à l'aune de l'analyse féministe du droit : proposition de lectures d'un exemple concret, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 123-147.

- GRZEGORCZYK (C.), Le sujet de droit : trois hypostases, *Archives de philosophie du droit*, T. 34, Le sujet de droit, Paris, Sirey, 1989, pp. 9-24.
- GUIBET LAFAYE (C.), Introduction : Le cosmopolitisme kantien, *Kant cosmopolitique*, Éd. de l'Éclat, 2008, p. 13-16.
- GUTMANN (D.), Le juge et l'équité, enjeux philosophiques, *Revue Histoire de la justice*, 1998, n° 11, p. 144.
- HAARSCHER (G.), *L'égalité*, Vol. II, *Égalité et politique*, Bruxelles, Bruylant, 1982.
- HANLEY (S.), La loi salique, *Encyclopédie politique et historique des femmes*, PUF, 1997.
- HAUSER (J.), Le juge et la loi, *Pouvoirs*, 3/ 2005 (n° 114), p. 139-153.
- HERZOG EVANS (M.), Les Gender Studies, *AJ Pénal*, janvier 2010, p. 20.
- HESSE (J.-P.), Un droit fondamental vieux de 3 000 ans : l'état de nécessité jalons pour une histoire de la notion, *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier, décembre 2002.
- HEUSCHLING (L.), Édouard Lambert. Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, *Revue internationale de droit comparé*, 2007, vol. 59, n° 4, pp. 958-961.
- HOCKETT (C. P.), Biophysics, Linguistics and the Unity of Science, *American Scientist* 36, 558-572, 1948.
- JACQUOT (S.), La fin d'une politique d'exception. L'émergence du gender mainstreaming et la normalisation de la politique communautaire d'égalité entre les femmes et les hommes, *Revue française de science politique*, 2009/2, Vol. 59, p. 247-277.
- JAFFRELOT (C.), Habermas (Jürgen). Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique, in. *Critique internationale*. Vol. 7. 2000. pp. 74-75.
- JENSEN (M. S.), La notion de nature dans les théories de l'«écriture féminine», *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 2000.
- JONZO (E.), COURSIER (P.), La promotion de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, *Les Petites Affiches*, 19 février 2009, n° 36.
- JUNTER (A.), RESSOT (C.), La discrimination sexiste : les regards du droit, *Revue de l'OFCE*, 114, juillet 2010, p. 77.
- KAYSER (P.), L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français, *RRJ*, 1999. 13, spéc. no 3, p. 14.
- KÜNG (H.), L'éthique planétaire, d'un point de vue philosophique, *Revue d'éthique et de théologie morale*, 3/2009 (n°255), pp. 31-41.
- LABARRIERE (P.-J.),
- Aliénation, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.
 - Identité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.
 - Singularité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.
- LABBÉE (X.), Respect et protection du corps humain. - l'enfant conçu. - généralités, *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 50, 18 janvier 2006.

LANQUETIN (M.-T.),

- Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008, *Droit social*, n° 7/8 juillet-août 2008, pp. 778 à 788.

- L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. A propos de la directive 2000/54 CE du 5 juillet 2006 (Directive «Refonte»), *Droit social*, juillet 2007, n° 7/8.

- De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins, *Mélanges. H. Sinay*, 1994, p. 415.

LAUNAY (M. de), Présentation, L'herméneutique littéraire et son histoire, *Revue germanique internationale*, 17/2013.

LÉVY (P.), Pourquoi ne pas imaginer le meilleur ?, *Magazine littéraire consacré à la renaissance de l'utopie*, n° 387, mai 2000.

LOCHAK (D.), Réflexions sur la notion de discrimination, *Dr. social*, 1987, p. 779.

LUCHAIRE (F.), Un Janus constitutionnel : l'égalité, *RDP*, 1986, p. 1234.

LAROCHE (A. de), M. Henri Fouquier, *Le Sagittaire*, n°15, septembre 1901.

LAUBADÈRE (A. de), *AJDA*, 1975, chron, p. 405.

LE BART (C.), GUIONNET (C.), NEVEU (É.), Féminin/Masculin. Sociologie du genre, *Mots. Les langages du politique*, n° 78, Usages politiques du genre, juillet 2005.

LEGENDRE (T.), Le juge Magnaud, *Graines d'histoire, la mémoire de l'Aisne*, automne 1999, n° 7.

LEIBNIZ (G. W.), Disputation métaphysique sur le principe d'individuation, *Les Études Philosophiques*, Paris, 1979, n°1.

LE POITTEVIN (A.), L'individualisation de la peine, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 477-509.

LETTERON (R.), L'action positive en faveur des femmes, *Égalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Dir. T. Lambert, *Economica*, 1999, p. 65.

LÉVY (A.), L'état de nécessité, *L'Humanité* 8 janv. 2002.

LUCI (M.), La marche des femmes vers l'égalité, *Sciences humaines*, 03/1998, n° 081.

MAGUAIN (D.), Les théories de la justice distributive post-rawlsiennes. Une revue de la littérature, *Revue économique*, 2002, vol. 53, n° 2, pp. 176-177.

MARCIL-LACOSTE (L.), Les problèmes contemporains de l'égalité, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2: Les notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.

MARINI (M.), Françoise Duroux, Antigone encore. Les femmes et la loi, *Les cahiers du CEDREF*, 1995.

MARGUENAUD (J.-P.), La personnalité juridique des animaux, *Dalloz*, 1998, chron. p. 205. A. MAZEAUD, Harcèlement entre salariés : l'apport de la loi de modernisation, *Dr. soc.* 2002, p. 321.

MARY (F.-L.), Les femmes et le contrôle pénal en France, *Déviance et société*, 1998, Vol.2, n°3, pp. 289-318.

MARZANO (M. M.), Différence sexuelle et désir: l'unité duale de l'homme et de la femme,

Rev. de la B.P.C., I/2002.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 1977, p. 911.

MERCIER-JOSA (S.), Feuerbach, *Dictionnaire des philosophes*, sous la direction de Denis Huisman, PUF, Novembre 1993.

MIETHING (C.), Platon, Dante et More. Esquisse d'une théorie de l'utopie littéraire, *De l'utopie à l'uchronie, formes, significations, fonctions : actes du colloque d'Erlangen*, 16-18 octobre 1986, Éd. par Hinrich Hudde et Peter Kuon, 1988, p. 143.

MURAT (P.), Réflexions sur la distinction être humain personne juridique, *Dr. Fam.*, sept. 1997, chron. 9.

NEUBERG (M.), Liberté, *Encyclopédie philosophique universelle, tome 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.

NOEL (L.), L'intelligible, *Revue néo-scholastique de philosophie*, 1930, vol. 2, n°28, pp. 396-402.

NUSSBAUM (M.), The sleep of reason, *Times Higher Education Supplement*, 2 February 1996.

O'HAGAN (T.), Public et privé, hommes et femmes, *Archives de philosophie du droit*, t. 41, Le privé et le public, 1997, pp. 43-51.

PARENT (C.), La protection chevaleresque ou les représentations masculines du traitement des femmes dans la justice pénale, *Déviance et Société*, vol. 10, n°2, 1986, pp. 147- 175.

PARINI (L.), Le concept de genre: constitution d'un champ d'analyse, controverses épistémologiques, linguistiques et politiques, *Socio-logos. Revue de l'association française de sociologie*, 2010.

PARLEANI (G.), Commentaire des lignes directrices de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt Test-Achats, *Rev. Générale du droit des assurances*, 2012, p. 572.

PARRAIN VIAL (J.), L'être dans la philosophie de Gabriel Marcel et le fondement du droit, *Archives de philosophie du droit*, Philosophes d'aujourd'hui en présence du droit, T. 10, Sirey, 1965.

PELLOUX (R.), Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français, *RD publ.*, 1982, p. 914

PERELMAN (C.), Égalité et intérêt général, *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, L'Égalité, Vol. VIII*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 623.

POLLMANN (C.), Le principe d'égalité : tremplin ou impasse pour l'émancipation humaine, *Revue Aspects*, n°3, Éd. des Archives Contemporaines, 2009.

RADÉ (C.), Le principe de l'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail, *Droit social*, n° 9/10, Sept.-Oct. 2008, p.981.

RANCIERE (J.), Égalité, *Encyclopédie philosophique universelle, Tome 2 : Les notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.

RAYMOND (G.), Juger en droit ou en humanité ?, *Revue Contrats Concurrence Consommation*, décembre 2004, n° 12.

RAYNAUD (P.), Égalité, *Dictionnaire de philosophie politique*, ss la dir. de P. RAYNAUD et S. RIALS, PUF, 1996.

- REMY (P.), La part faite au juge, *Revue Pouvoirs*, n° 107, Le Code civil septembre 2003, p. 27.
- RENNES (J.), Être égales au milieu des égaux, *Le Monde*, Éd. du 9 mars 2007.
- ROBERT (J.), Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°3, 1997.
- ROCHEFORT (F.), L'égalité dans la différence : les paradoxes de la République, 1880-1940, COLLECTIF, *Serviteurs de l'État*, La Découverte, 2000, 587 p.
- ROGERAT (C.), Harcèlement et violence: les maux du travail, *Revue Travail, Genre et Sociétés*, Paris, L'Harmattan, 2001, n°5.
- ROUSSEAU (V.), Lilith: une androgynie oubliée, *Archives de sciences sociales des religions*, 123, 2003.
- SALON (S.), SAVIGNAC (J.-C.), *JO 8 Mai 1982, AJDA*, 1982, chron., p. 463.
- SANCHEZ DE LA TORRE (A.), Qu'en est-il de la réalité du droit ?, *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Le droit et l'immatériel, Paris, Sirey, 1999, pp. 13-25.
- SARTRE (J.-P.), Présentation, *Les Temps Modernes*, n° 1, 1er octobre 1945, Gallimard, 1945.
- SCHAEFFER (J.-M.), Genre, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les Notions philosophiques*, Paris, PUF, Publié ss la dir. d'André JACOB, Avril 1998.
- SCHAEGIS (C.), La fonction rhétorique de l'équité, *Égalité et Équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Dir. T. Lambert, *Economica*, 1999, pp. 14-16.
- SEBBAN (M.), Le particulier et l'Universel dans la pensée de Rabbi Moché Haïm Luzzato, *Archives de philosophie du droit*, t. 47, Paris, Sirey, 2003, pp. 403-407.
- SERVERIN (E.), Vie et mort du fœtus au regard du droit pénal. De la vie protégée à la mort sanctionnée, *Recueil Dalloz*, n°41, 20 novembre 1997.
- SEUVIC (J.-F.), Variations sur l'humain comme valeur pénalement protégée, *Economica*, 1999.
- SEVE (R.), Droit, *Encyclopédie philosophique universelle, T. 2 : Les notions philosophiques*, Paris, PUF, ss. la dir. d'André Jacob, avril 1998.
- SIESS (J.), Un discours politique au féminin. Le projet d'Olympe de Gouges, *Mots. Les langages du politique*, n° 78, Usages politiques du genre, juillet 2005.
- SINGLY (F. de), Identité personnelle et identité statutaire dans la sphère privée et la sphère publique, *Archives de philosophie du droit*, T. 41, Le privé et le public, 1997, pp. 53-64.
- SLAMA (B.), De la «littérature féminine» à «l'écrire-femme»: différence et institution, *Littérature*, 1981, vol. 44, n° 44, pp. 51-71.
- SOHM-BOURGEOIS (A.-M.), La personnification de l'animal, une tentation à repousser, *Dalloz*, 1990, Chron., n° 7, p.33.
- SOMMARD (A.), Très chère égalité, *Le Quotidien*, 2 mars 2011.
- SZONDI (P.), Quelques remarques sur la situation de la recherche en herméneutique littéraire. L'herméneutique littéraire et son histoire, *Revue germanique internationale*, 17/2013, pp. 133-136.
- TAVERNIER (A.), Colloque «Masculin/Féminin. Mythes scientifiques et idéologie», *Mots*.

Les langages du politique, 78, 2005.

TERRADE (G.), SAURET(A.), L'égalité en matière de rémunération, *Petites Affiches*, n°36, La promotion de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, 19 fév. 2009.

TERRE (F.), Réflexions sur un couple instable : égalité et équité, *Archives de Philosophie du droit*, 2008, n° 51, pp. 21-27.

THÉBAUD (F.), Résistances et Libérations, *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 1, Belin, 1995.

THOMAS-TUAL (B.), Égalité des sexes, *J.-Cl.*, Fasc. 181 : Recrutement, 18 février 2005.

TIMBAL (P.-C.), *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz 2009, 702 p.

TINLAND (F.), La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de T. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau, *Archives de philosophie du droit*, T. 34, Le sujet de droit, Paris, Sirey, 1989, pp. 51-66.

TRECOURT (F.), Et si on parlait de parité ?, *Philosophie Magazine*, n° 33, 24 septembre 2009.

TRIGEAUD (J.-M.),

- Eduquer au respect du principe de réalité ou l'apprentissage de la philosophie du droit, in Conf. *Segundo Coloquio internacional Multidisciplinario del Centro Universitario de Ixtlahuaca (UNAM Mexico)*, dir. prof. Hernandez Alvarez, «Educacion, Democracia, Derecho y Comunicacion», 29-31 oct. 2007, publ. in *Actes en cours*.

- La personne, *Archives de philosophie du droit*, T. 34, Paris, Sirey, 1989, p. 103 s.

- La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres, *Revue générale de droit médical*, n°46, Mars 2013.

- Personne humaine et droit, *Archives de philosophie du droit*, T. 36, Paris, Sirey, 1991, pp. 229-239.

-Immutabilité et changement dans le politique et le droit, *Liber Amicorum. Festschrift in honour of Prof. Csaba Varga*, Univ. Budapest/Acad. hongroise des sciences, Budapest, Szent Istvan Tarsulat, Bibliotheca Iuridica (ss la dir. du Professeur Peter Takacs), Ser. Philosophiae Iuris, 2007.

- La fourchette anthropophage. Sur les relations entre culture, religion et droit, *Revista Internacional d'Humanitats* 28 mai-ago 2013, Univ. Autònoma de Barcelona.

TROPER (M.), Kelsen, *Dictionnaire des Philosophes*, ss la dir. de Denis HUISMAN, PUF, novembre 1993.

VACHET (G.), A travail égal, salaire égal, *Droit social*, n° 11, novembre 2008.

VAN RAEPENBUSCH (S.), La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de traitement entre les hommes et les femmes, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 1994, n° 1/94, chron., pp. 3 à 12.

VERKINDT (P.-Y.), L'égalité de rémunérations entre les hommes et les femmes, *Droit social*, n° 11, novembre 2008, pp. 1051 à 1059.

VOLTAIRE, Singularité, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 2010, 634 p

WESTER-OUISSE (V.), Harcèlements, *J.-Cl.*, Fasc. 60 : Travail. Infractions contre le

salarié, 28 novembre 2008.

WISNIEWSKI (B.), Protagoras et Héraclite, *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1953, Vol. 31, pp. 490-499.

ZENATI (F.), Le juge et l'équité, *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, Lyon, L'Hermès, 1985.

V. Jurisprudence

CJUE,

- 1er mars 2011, aff. C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e. a. contre Conseil des Ministres, *Rec. CEJ*, 2011, I-00773.

CJCE,

- 24 oct. 1988, Commission c/ France, aff. 312-86, *Rec. CJCE*, p. 6315, point 15.
- 17 octobre 1995, Kalanke, aff. C-4507/93, *Rec. CJCE*, I, p. 1051, *AJDA* 1996. 376, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 1996. Jur. 221, note J.-L. Clergerie ; *RTD eur.* 1996. 281, étude L. Charpentier
- 15 mai 1986, Johnston, aff. 222-84, *Rec. CJCE*, p. 1651, point 36.
- 30 septembre 2004, Briheche, aff. C319/03, *Rec. Dalloz*, 2005, p. 437.
- 8 novembre 1990, *D.* 1992, 288.
- 28 mars 2000, Badeck e.a., C-158/97, *AJDA* 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *D.* 2000. IR 120 ; *Rec. CJCE*, point 23.
- 6 juillet 2000, Abrahamsson e.a., C-407/98, *D.* 2000. IR 243 ; *AJFP* 2001. 20, et les obs. ; *ibid.* 21, et la note
- 8 avril 1976, Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena), aff. 43/75, *Rec. CJCE*, 1976-9, p. 455.
- 15 juin 1978, Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena), affaire 149/77, Defrenne III, Belgique, *Rec. CJCE*, 1978-6, p. 1365.
- Mahlburg, 3 février 2000, C-207/98, *Rec. CJCE*, 2000, I, p. 549 ; Chron. D.S., 2000, p. 270, obs. J. Jacqmain. 102 .
- Stoeckel, 25 juillet 1991, C-345/89, *Rec. CJCE*, 1991, p. I-4047.
- Paquay, 11 octobre 2007, C-460/06, *Rec. CJCE*, 2007, I, p. 8511.
- 29 novembre 2001, Griesmar, aff. C-366/99, *Rec. CJCE*, p. 9383.
- 30 mars 2000, *Jämställdhetsombudsmannen*, C-236/98, *Rec. CJCE*, 2000, I, p. 2189.
- 3 octobre 2006, Cadman, C-17/05, *RDT*, décembre 2006, p.395, obs. T. Aubert-Maupeyssen.

TPIY,

- Le Procureur c. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic et Dragoljub Prac, IT-98-30/1, Chambre de première instance I, Jugement, 2 novembre 2001, *Actualité et droit international*, 2^e semestre 2001, obs. Céline Renau.

- Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic, IT-96-23 et IT-96-23/1, Chambre de première instance II, Jugement, 22 février 2001, § 460, *Actualité et droit international*, 1^{er} semestre 2002, obs. Isabelle Moulier ; *Actualité et droit international*, 2^e semestre 2001, obs. Céline Renau.

- Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, Chambre de première instance I, Jugement, 2 septembre 1998, § 688, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 840, 31-12-2000, La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi et l'établissement d'une juridiction pénale internationale, obs. Julio Jorge Urbina.

- Le Procureur c. Anto Furundzija, TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), *Actualité et droit international*, 2^e semestre 2001, obs. Céline Renau.

CEDH,

- 28 mai 1995, n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni, série A, n° 94, *JDI*, 1986, p. 1084, obs. P. Rolland.

- 8 juill. 2004, affaire V0 /France, requête n° 53924/00.

- 23 juillet 1968, Affaire linguistique belge, Sudre et autres, *Grands arrêts de la Cour EDH*, 5^{ème} éd., n° 8.

Cons. Constit.,

- 29 décembre 2009, Taxe carbone, déc. n° 2009-599 DC, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 28.

- 18 novembre 1982, déc. n° 82-146 DC, *JO du 19 novembre 1982*, p. 3475, rectific. *JO du 20 novembre 1982* ; *Rec.*, p. 6.

- 27 décembre 1973, déc.n°73-51 DC, *JO du 28 décembre 1973*, p. 14004, *Rec.*, p. 25.

- 22 octobre 2009, déc. n° 2009-590 DC, *JO du 29 octobre 2009*, p. 18292, *Rec.*, p. 179.

- 9 avril 1996, déc. n°1996-375, *JO du 13 avril 1996*, p. 5730 ; *Rec.*, p. 60.

- 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, déc. n° 2003-487 DC, *JO du 19*

décembre 2003, p. 21686 ; *Rec.*, p. 473.

- 26 juin 1986, Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, déc. n° 86-207 DC, *JO*, 27 juin 1986, p. 7978 ; *Rec.*, p. 61.
- 18 novembre 1982, Quotas par sexe, déc. n° 1982-146 DC, *Cahiers du Cons. Constit.*, n° 23 (Dossier : La citoyenneté), février 2008, obs. Marthe Fatin-Rouge Stefanini.
- 4 mai 2012, déc. n°2012-240 QPC, *JO*, 5 mai 2012, p. 8015; *Rec.*, p. 233.

Conseil d'État,

- 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, n° 88032, *Rec. Lebon*, p. 91.
- 3 juill. 1936, Bobard, *Rec. Lebon*, p. 721.
- 10 janvier 2005, Hardy et Le Cornec, *AJ Droit administratif*, 2005, pp. 1575-1578.
- 6 juillet 1961, Delmée, n° 8728, P. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, De Boeck Université, 2002, p. 55.
- 26 juin 2003, n°257938, Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle, P.-O. PARGUEL, *Le Président du Tribunal administratif*, Éd. Publibook, 2008, p. 315.
- 26 octobre 1945, Aramu, *Rec. Lebon*, p. 213.
- 9 mai 1913, Sieurs Roubeau et autres, *Rec. Lebon*, p. 521.
- 6 janv. 1956, Syndicat national autonome du cadre de l'administration générale des colonies, *Rec. Lebon*, p. 4, *Rev. Adm.*, 1956, p. 33, concl. Laurent.
- 2 mai 1959, Viauroux, *AJDA*, 1959, p. 309.
- 29 déc. 1993, *AJDA*, 1994, p. 407, obs. S. Salon.
- 29 juillet 2002, Griesmar, n° 141112, *Rec.*, p. 284.
- Ass., 8 juin 1976, Dame Peynet, *Rec.*, p. 406.

Ass. Plén.,

- 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull.*, 1991, n° 4 p. 5 ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991, II, 21752, concl. Dontenwille, note F. Terré.

Civ. 3^e,

- 26 février 1997, pourvoi n° 94-16.014, Non publié au bulletin. https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3873/obligation_information_3874/obligation_informa

tion_contrat_19399.html#_ftn37

- 17 janvier 2007, pourvoi n° 06-10.442, *Bull.*, 2007, III, n° 5, p. 3.

Civ. 2^e,

- 21 décembre 2006, n°04-30586, *Bull.*, 2006 II N° 364 p. 335.

- 22 avril 1992, *Gaz. Pal.* 1992, II, pan. 307.

Civ. 1^{ère},

- 8 juillet 2010, n° 09-66.186, *Bull.*, 2010, I, n° 165, *AJ Famille*, 2009, p. 495.

- 3 mai 2000, *D.* 2002. Somm. 928, obs. Tournafond; *D.* 2007, p. 1051, note D. Mazeaud

- 10 décembre 1985, *Bull.*, n° 339 ; *D.* 1987, p. 449, note G. PAIRE ; *Defr.*, 1986, p. 668, obs. A. BRETON.

Crim.,

- 25 juin 2002, *Bull. Crim.*, 2002, n° 144, p. 531.

- 14 juin 1957, *Gaz. Pal.*, 1957, 2, p. 188 ; *D.* 1957, p. 512.

Soc.,

- 10 décembre 2002, *Bull. civ.* V, n°373, J.-E. T., « Portage de presse : conditions de requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 14 janvier 2003, n°115.

- 13 janvier 2004, *Bull. civ.* V, n°1,

- 9 janv. 2007, pourvoi n° 05-43.962, *RDT*, 2007. 182, obs. M. VÉRICEL ; Consécration jurisprudentielle de la notion de «discrimination indirecte», *RDT* 2007, Chron. 245, obs. M. MINE.

- 21 déc. 2006, Portolano c./Mme Baton, *Dr. soc.*, n° 3, Mars 2007, p.356, obs. J. SAVATIER.

- 30 janvier 2008, n° 06-46447, 06-46448, 06-46449, 06-46450, 06-46451, 06-46452, 06-46453, 06-46454, 06-46455, 06-46456, 06-46457, 06-46458, 06-46459,

06-46460, 06-46461, 06-46462, 06-46463, 06-46464, 06-46465, 06-46466, 06-46467, 06-46468, 06-46469, 06-46470, 06-46471, 06-46472, 06-46473, *Revue fiduciaire*, mensuel n°1055, Rupture du contrat de travail - activité partielle et situation économique - discipline dans l'entreprise, octobre 2014.

- 29 octobre 1996, Ponsolle, pourvoi n° 92-43680, *Bull.*, 1996, V, n° 359 p. 255.

- 15 septembre 2010, pourvoi n° 08-43299, *Bull.*, 2010, V, n° 182.

- 27 octobre 1999, *Bull.*, V, n° 422.

- 20 février 2008, *RJS*, 5/08.512, *RDT* 2008, 215.

- 15 mai 2007, *D.* 2007, pan. 3034, obs. A. Jeammaud.

- 3 mai 2006, Cramif c/ Lefebvre, pourvoi n° 03-42920, *JCP S* 20 juin 2006, n°25.

- 12 février 1997, n° 95-41694, 95-41695, *Dr. soc.*, 1997, note M.-T. Lanquetin, p. 526.

- 23 novembre 1999, *Dr. Soc.* 2000, 592.

- 11 octobre 2000, n° 98-46433, Non publié au bulletin.

Cour,

- Amiens, 22 avr. 1898, *DP* 1899. 2. 329 ; *S.*, 1899. 2. 1.

- Poitiers, 11 avr. 1997, *D.* 1997. 512 ; *JCP*, 1997, II, 22933.

- Douai, 2 juin 1987, *Gaz. Pal.*, 1989, I, p. 145 ; note J.P. DOUCET ; *JCP* 1989, II, 21250, note LABBEE ; *Rev. sc. Crim.*, 1989, p. 319 et 740, obs. G. LEVASSEUR.

- Lyon, 13 mars 1997, *D.* 1997, p. 557, note E. SERVERIN ; *JCP* 1997, II, 10231, note G. FAURE ; *DEFRENOIS* 1997, art. 36578, note P. MALAURIE ; *Dr. pén.* 1997, chron. 22, C. PUIGELIER ; JACQUINOT, L'éthique du vivant, *Gaz. Pal.* 1997, II, doctrine, p. 1389 ; C. BYK ; L'embryon jurisprudentiel, *Gaz. Pal.* 1997, doctrine, p. 1391 ; P. MURAT, Réflexion sur la personne humaine/personne juridique, *Dr. famille* 1997, chron. n° 9 ; *JCP G* 1997, II, 22955, note FAURÉ.

- Paris, 5 mai 2010, n° 06-05388, *JCP S*, 25 Mai 2010, n° 21.

- Rennes, 22 mai 2003, n° 02-07353, *JCPE*, n°21-22, étude 804, pp. 894-897.

- Montpellier, 5 févr. 2009, *AJ fam.* 2008, 394, obs. S. David.

- Paris, 10 juin 1959, *Rev. sc. crim.*, 1959, p. 678 ; *Gaz. Pal.*, 1959, I, p. 122, obs. HUGUENEY.

Trib. gr. inst.,

- Vesoul, 18 mars 2004, n° 195/04, *Bull. Civ.*, 2004, n° 144.

Trib. corr.,

- Grasse, 2 novembre 1949, *D.* 1950, jur., p. 20.
- Aix-en-Provence, 14 février 1950, *D.* 1950, jur., 502.

Cour Suprême des États-Unis,

- *Brown vs Board of Education*, 347 U.S. 483, *Cahiers du Cons. Constit.*, n° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel), juin 2007, E. Zoller ; *Grands arrêts*, p. 601.
- *Lindsley vs. Natural Carbonic Gas Co*, 220, U.S. 61 (1911), T. DAINITH, *Finders Keepers ? : How the Law of Capture Shaped the World Oil Industry*, Earthscan, 2010, 500 p.

VI. Thèses et mémoires

BOIRAUD (H.), *La condition féminine et la scolarisation des filles en France au XIX^{ème} siècle de Guizot à Jules Ferry*, Thèse, Caen, 1978, 580 p.

BENICHOU (S.), *Le droit à la non-discrimination «raciale»*, Instruments juridiques et politiques publiques, Thèse, Paris, 2011.

BRUNET (C.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse, Paris, 1973.

PARGUEL (P.-O.), *Le Président du Tribunal administratif*, Thèse, Paris, 2008.

WIEDERKEHR (G.), *Éléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil*, Mémoire de la Faculté de Strasbourg, Prés. M. Villey, 1961.

VI. Rapports

AIF, *Rapport 2010*, Lutte contre les violences faites aux femmes : la France doit mieux faire.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Les violences faites aux femmes en France. Une affaire d'État*, *Rapport 2006*, Paris, Éd. Autrement.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport sur l'égalité entre les hommes et les femmes 2007*, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 2007.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité : EDCE n° 48*, Paris, Doc. fr., 1997

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *La santé des femmes en France*, 27 septembre 2010,

INED, *Enquête Cocon*, 2000.

INSPECTION GÉNÉRALE DES AFFAIRES SOCIALES, *Rapport RM2009-104A*. Octobre

- 2009, La prévention des grossesses non désirées : contraception et contraception d'urgence.
- PIEDAD CAICEDO (L.), *La CPI et la protection des droits des femmes*, Bukavu, Février 2006.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Stratégie pour l'intégration de l'analyse des spécificités de chaque sexe et d'une démarche soucieuse d'équité entre hommes et femmes dans les activités de l'OMS, Résolution de la 60^e Assemblée mondiale de la santé*, 2009, 14 p.
- ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *La prise en compte des perspectives sexospécifiques. Aperçu.*, 2003, p. 13.
- OBSERVATOIRE DU DROIT EUROPÉEN, SERVICE DES ETUDES ET DE LA DOCUMENTATION DE LA COUR DE CASSATION, *Le droit communautaire et européen & la prohibition des discriminations en matière d'emploi et de travail*, février 2009
- UN-HABITAT, *Global Report on Human Settlements Development : Enhancing urban Safety and security*, (2007)

INDEX ALPHABÉTIQUE
(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Actus essendi, 459s.

Altérité sexuelle, 133s., 248, 279s., 307s.

B

Biologisme, 49s., 134, 210s., 263s,

294s., 453

C

Casuistique, 31, 369s., 383s.

Condition féminine, 2s, 53s., 70s.

262s., 445s.

Conscience de soi, 130, 425s.

Cosmopolitisme, 317s.

D

Désexualisation, 32s., 209, 226s., 457

Déterminisme, 48s., 123s., 193, 292s., 316

464s.

Discriminations,

- HALDE, 112s.

- indirectes, 164, 212s.

- positives, 181, 212s.

- principe de non-discrimination,

246s., 373 s.

- recrutement, 148s.

E

Égalitarisme, 63, 172s., 180, 192s., 225s.

245s.

Égalité des chances, 84, 114, 163, 181s.,

221s., 337s.

Émancipation,

- corps, 92, 105s., 117s., 193,

286s.

- éducation, 83s.

Emploi, 58, 89s., 152s., 196s., 296s.,

328, 376s, 476

Empowerment, 185 s.

Enfant à naître, 33s.

Entéléchie, 465s.

Épistémologie, 469s.

Équité, 325, 342s., 362s.

Essence féminine, 74, 259s., 282

471s.

Essentialisme, 46s., 229s., 259s., 424,

439s.

État de nécessité, 400s.

Éthique, 471s.

Existentialisme, 46, 260s., 459s.

F

Féminisme, 68s.

Féminitude, 421s.

Féminologie, 68s., 424

G

Gender studies, 136, 182s., 293, 300

Gender mainstreaming, 186s., 327

Gouvernement des juges, 406s.

Grossesse, 111s., 125, 146, 164s.,

171, 182, 203, 256

Gynilité, 419s.

H

Harcèlement, 92, 105s., 155s., 211

Hiérarchie, 40, 103, 101, 130, 257,
328, 452

Holisme, 177s.

Homogénéité, 181, 256s., 274s.,
380, 418s.

I

Identitarisme, 328

Individualisation de la peine, 405s.

Individualisme, 177s., 254s., 265s., 317,
418

Individuation, 66, 130, 193s., 274, 309,
465s.

Intérêt général, 57, 137, 346s.

J

Juge,

- contrôle, 144s.

- interprétation, 398s.

Justice,

- distributive, 55s., 184, 335s.,
367, 395s.

- sociale, 234s., 331s.

L

Liberté, 24s., 47, 155s., 177s.
262s., 286, 340, 458s.
Lien social, 183, 251s.

M

Mariage, 107, 120, 282,
Maternité,
- travailleuses, 205, 223, 256,
285, 296s.
- détenues, 191, 302
Mêmeté, 132, 229, 309
Mimétisme, 427, 453, 469s.
Mixité, 74, 150s., 337
Moralisation, 412s.

N

Nature,
- féminine, 47s., 71s., 180, 256s., 329,
433s.
- humaine, 46s., 74, 180s., 254s., 370,
467
Naturalisme, 38, 94, 124s., 260, 472
Nom de famille, 282s.

O

Ontologie, 283, 311s., 367s., 423s.,
461s., 473

P

Parité, 56, 97s., 149, 337s., 428
Patriarcat, 76s., 101s., 160, 423s.
Personnalité juridique, 34s., 117
Principe de différence, 235, 319s., 423s.,
439
Proportionnalité, 240s., 372

R

Rémunération, 91, 112, 148, 163, 245,
256, 372, 476

S

Sexe faible, 39s., 194, 263
Sexospécificité, 287s., 325
Singularisme, 247, 345s., 418, 475s.
Sorcières, 36s.

T

Théorie du genre, 51, 193, 210,

Travail de nuit, 74s., 88

U

Uniformisation, 183s., 223

Universalisme, 306s., 316s., 330s.,

363s., 444s.

Utopie, 349, 420s., 444, 469

V

Violences, 92, 105s., 232s.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
-------------------	---

PARTIE 1.....	
L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME ET LES LIMITES D'UNE APPROCHE GÉNÉRICISTE.....	15

TITRE 1.....	
L'identité juridique de la femme à l'épreuve de l'égalité des sexes.....	17

<i>Chapitre 1.....</i>	<i>19</i>
<i>La société féminine face à l'égalité des sexes.....</i>	<i></i>

Section 1 L'égalité juridique des genres.....	20
---	----

§1 Le droit et l'Homme.....	20
-----------------------------	----

A- Le droit créateur de généricisme.....	21
--	----

1-Le généricisme juridique.....	21
---------------------------------	----

2-Le droit comme obstacle à une identité juridique féminine.....	23
--	----

B- Le droit et les sujets féminins.....	25
---	----

1-La personnalité juridique, un statut unisexe.....	26
---	----

2-La notion de personne juridique féminine.....	28
---	----

§2 Le genre, réducteur des spécificités féminines.....	32
--	----

A- Différence des sexes et hiérarchies.....	32
---	----

1-La femme pécheresse.....	33
----------------------------	----

2-La femme diablesse.....	35
---------------------------	----

B- La femme tiraillée entre son sexe et son genre.....	37
--	----

1-Sexe biologique.....	37
------------------------	----

2-Genre ou sexe socio-culturel	40
--------------------------------------	----

Section 2 L'égalité des sexes au cœur de l'égalité génériciste.....	43
---	----

§1 L'égalité, une notion générique desservant une identité féminine.....	43
--	----

A- Des définitions et origines diverses envisageant une simple considération féminine.....	44
--	----

1-Les égalités.....	44
---------------------	----

2-Les fondements de l'égalité.....	48
------------------------------------	----

B- Un polymorphisme niant une identité féminine.....	50
1-Égalité sociale versus égalité morale.....	51
2-Les implications sur le statut femme, la négation de l'altérité.....	53
§2 La coexistence des deux sexes.....	55
A- La prise de conscience féminologiste.....	56
1-Les deux sexes.....	56
2-La considération du sujet féminin : entre respect des particularismes et conception erga omnes.....	58
B- Une prise de conscience engagée.....	59
1-Féminisme libéral et féminisme marxiste.....	60
2-La grande rupture.....	62
Conclusion du Chapitre 1.....	65
 <i>Chapitre 2.....</i>	
<i>La société féminine et l'égalité des sexes.....</i>	<i>67</i>
Section 1 Les moyens d'action en faveur de l'égalité des sexes.....	68
§1 La progressive accession à l'égalité.....	68
A- Inscrire les femmes dans la société.....	69
1-L'égal accès des sexes à la formation.....	69
2-L'héritage historique de l'égalité des sexes dans le cadre de l'accès au travail.....	72
B- Les égalités souhaitées.....	77
1-En droit.....	77
2-En politique.....	82
§2 Des différences persistantes condamnables.....	85
A- Au sein de la sphère privée.....	86
1-La femme et sa famille.....	86
2-La femme et son corps.....	90
B- Les plans d'action dans la lutte contre les inégalités.....	96
1-Le rôle de la HALDE.....	97
2-L'égalité des chances.....	100
Section 2 Les enjeux de l'égalité sexuelle.....	101
§1 La femme reconnue comme sujet de droit.....	102
A- Un sujet-propriétaire.....	102
B- Un sujet-auteur.....	105

C- Un sujet-responsable.....	107
§2 L'identité féminine au risque de l'égalité sexuelle.....	109
A- Les identités.....	110
1-L'identité- indiscernabilité.....	110
2-L'identité-singularité.....	113
B- L'altérité rejetée.....	114
1-La différence sexuelle.....	115
2-Reconnaître enfin un statut de droit à la femme.....	115
Conclusion du Chapitre 2.....	119
Conclusion du Titre 1.....	121
TITRE 2.....	
L'identité juridique de la femme empêchée par l'égalité des sexes.....	123
<i>Chapitre 1.....</i>	
<i>De l'égalité des sexes à l'égalitarisme.....</i>	<i>125</i>
Section 1 L'égalité des sexes et les droits des femmes.....	126
§1 Promouvoir la justice gracieuse et contentieuse.....	126
A- La justice gracieuse.....	126
1- Le contrôle du droit par le juge.....	127
2- L'application effective des règles de droit.....	130
B- La justice contentieuse.....	133
1- La mise en œuvre du principe d'égalité des sexes dans les décisions de justice.....	133
2- La pénalisation des discriminations.....	136
§2 Promouvoir l'égalité des sexes, une volonté supranationale déjà ancienne.....	140
A- Une volonté législative.....	140
1- En droit international.....	140
2- En droit européen.....	145
B- Une volonté jurisprudentielle.....	148
1-En droit international.....	148
2-En droit européen.....	150
Section 2 L'égalitarisme.....	153
§1 L'égalité et ses dérives.....	154
A- Hiérarchie classique et égalitarisme moderne.....	154

1-Égalité et hiérarchie.....	154
2-Égalité et modernité.....	157
B- Les égalitarismes.....	159
1-Minimal et absolu.....	159
2-Inspiration totalitaire et uniformisation des traitements.....	163
§2 L'entrave à l'établissement d'une identité féminine par l'égalité excessive.....	165
A- L'égalité excessive.....	165
1-Le gender mainstreaming.....	166
2-Le solipsisme contre l'intersubjectivité.....	169
B- Défendre l'expression de la singularité féminine.....	171
1-La sociobiologie.....	171
2-L'empowerment.....	173
Conclusion du Chapitre 1.....	175
<i>Chapitre 2.....</i>	<i>.....</i>
<i>De l'égalitarisme génériciste à la non-reconnaissance d'une identité juridique de la femme.....</i>	<i>177</i>
Section 1 La mise en œuvre du généricisme égalitaire.....	178
§1 L'égalité de traitement.....	178
A- Origines.....	179
1-Histoire et sources.....	179
2-Les égalités de traitement.....	182
B- Les moyens de l'application de l'égalité de traitement..	185
1-Le cadre général en faveur de l'égalité de traitement et la charge de la preuve.....	186
2-Les sanctions de la non-application du principe de l'égalité de traitement.....	188
§2 Les discriminations.....	190
A- Les mesures anti-discriminations.....	191
1- La consécration jurisprudentielles des discriminations indirectes.....	191
2-Le principe de non-discrimination.....	193
B- Les discriminations positives.....	197

1-Origines et définitions.....	197
2-Identification des discriminations positives.....	200
Section 2 L'absence de véritable identité juridique pour la femme.....	202
§1 La femme, un homme pas comme les autres.....	203
A- La recherche de l'identité féminine.....	203
1-L'identité unité.....	203
2-Contre l'identification à l'homme.....	205
B- Les essais en faveur de l'identité féminine.....	206
1-L'autonomisation des femmes.....	207
2-La justice sociale.....	208
§2 Le paradoxe de l'égalité de traitement pour différence de situation.....	210
A- Les limites du principe d'égalité.....	211
1-Les différences de situations.....	211
2-L'intérêt général ou légitime.....	213
B- La rupture d'égalité.....	215
1-Le principe de proportionnalité.....	215
2-Les politiques de différenciation.....	217
Conclusion du Chapitre 2.....	221
Conclusion du Titre 2.....	225
Conclusion de la Partie 1.....	227

PARTIE 2.....

POUR UNE RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME.....229

TITRE 1.....	
Intégrer l'identité sexuelle dans le droit.....	231

<i>Chapitre 1.....</i>	
<i>Dépasser l'égal par le singulier.....</i>	233
Section 1 Droit et singularisme.....	234
§1 La femme, un individu social.....	234
A- Le double rapport juridique intrinsèque à la personne.....	235
1-Lien individuel.....	235
2-Lien social.....	237

B- Entre essence et existence.....	240
1-L'essence féminine et la nature humaine.....	240
2-L'existence féminine et la condition de la femme.....	242
§2 Le primat de la personne per essentia.....	245
A- L'individualisme des sociétés contemporaines.....	245
1-Des sociétés holistes.....	245
2-Aux sociétés des individus.....	246
B- La promotion nécessaire de l'individualisme.....	248
1-Un individualisme craint.....	248
2-Encouragement pourtant l'identité féminine.....	252
Section 2 Droit et identité sexuelle, pour un droit adapté aux réalités naturelles.....	254
§1 La crise de l'identité sexuelle.....	255
A- L'identité sexuelle en crise.....	255
1- Les comportements sociaux.....	255
2- Les comportements familiaux.....	258
B- L'identité sexuelle féminine en crise.....	260
1- La maternité en crise.....	260
2- L'ingérence de la science dans la famille.....	261
§2 Réalités sociales et naturelles.....	263
A- Les réalités naturelles.....	263
1- L'inné et l'acquis.....	264
2- Les théories scientifiques.....	267
B- L'adaptation nécessaire du droit aux réalités sociales.....	271
1-Un droit désimpliqué, l'exemple du droit des assurances.....	271
2-Entre avancées sociales et reconnaissance identitaire, l'exemple du droit pénal.....	276
Conclusion du Chapitre 1.....	281
 <i>Chapitre 2.....</i>	
<i>Dépasser l'égal par l'universel.....</i>	283
Section 1 Droit et universalisme.....	284
§1 L'universalisme, vecteur de l'identité féminine.....	284
A- Une notion philosophique controversée.....	285
1-Un champ disciplinaire varié.....	285

2-La querelle des Universaux.....	287
B- Une notion au service de l'identité.....	289
1-Une notion galvaudée, la confusion fréquente et erronée avec le général.....	289
2-Une notion au service de l'identité.....	291
§2 La mise en œuvre de l'universalisme-singularisme.....	293
A- Le principe de différence.....	294
1-L'un et l'autre sexe.....	294
2-L'acceptation des différences par le rejet de l'égalité et de la théorie du genre.....	297
B- La recherche de l'identité à géométrie variable.....	298
1-La sexospécificité.....	299
2-Les déviations du généricisme, l'identitarisme féministe.....	302
Section 2 Droit universaliste et différences sexuelles.....	303
§1 Justice sociale et identité féminine.....	304
A- L'impératif d'une justice juste.....	304
1-La justice sociale.....	305
2-Le cas concret de la justice distributive.....	307
B- L'impératif d'une justice différentialiste.....	308
1-L'égalité dans la différence.....	309
2-Le cas concret de l'égalité des chances.....	311
§2 Identité juridique contre aliénation politique : retour aux fondements du droit.....	314
A- En apparence, droit et politique au service de la République.....	314
1-Définir et défendre la République.....	315
2-Respecter l'ordre public et promouvoir l'égalité.....	317
B- En réalité, le droit défié par le politique.....	319
1-Le généricisme politique.....	320
2-Le sing-universalisme juridique.....	324
Conclusion du Chapitre 2.....	329
Conclusion du Titre 1.....	331
 TITRE 2.....	

L'approche du droit par l'équité.....	333
<i>Chapitre I</i>	
<i>Instiller l'équité</i>	335
Section 1 Les rapports égalité équité.....	336
§1 Indéfectible lien.....	336
A- Concept.....	337
1-Prolégomènes.....	337
2-Une notion volontairement ambiguë.....	340
B- La dualité égalité équité.....	342
1-Antagonisme ou complémentarité.....	343
2-Mise en œuvre de l'équité dans les textes.....	344
§2 Les équités.....	348
A- Les domaines d'application.....	348
1-Équité correctrice.....	348
2-Équité supplétive.....	350
B- Les moyens de mise en œuvre des équités.....	352
1-Les mesures prises.....	353
2-La casuistique et le juge.....	358
Section 2 Penser un droit équitable au nom de l'identité.....	360
§1 Valorisation du rôle du juge.....	361
A- Le juge, détenteur de l'équitable.....	361
1-Juger en équité.....	361
2-Le pouvoir d'interprétation du juge.....	364
B- État de nécessité et individualisation des peines.....	366
1-L'état de nécessité comme fondement de l'équité.....	366
2-L'individualisation des peines comme conséquence du recours à l'équité.....	369
§2 Une valorisation risquée.....	372
A- Vers un juge plume du droit.....	372
1-Le gouvernement des juges.....	372
2-L'indispensable séparation des pouvoirs	375
B- Le nécessaire respect de la justice formelle.....	377
1-Éviter la prolifération des règles.....	377
2-Le juge comme simple garant de l'équité.....	379

Conclusion du Chapitre 1.....	381
<i>Chapitre 2</i>	
« <i>Le sens du juste au féminin</i> ».....	383
Section 1 La gynilité utopique.....	383
§1 La gynilité comme compréhension de l'identité.....	384
A- Concept.....	384
1-Ontologie de la femme.....	384
2-La gynil-identité.....	387
B- Outils.....	389
1-La féminitude ou la rupture avec le rôle social des femmes.....	389
2-La gynocritique ou la culture au féminin.....	392
§2 Une utopie.....	394
A- L'égalité sexuelle ou l'agénésie sociale de la femme.....	394
1-L'égalité sexuelle, une utopie collective.....	394
2-La négation de la spécificité.....	396
B- Entre illusoire et réalisable.....	397
1-L'illusion d'une identité féminine.....	397
2-La réalisation de la différence sexuelle.....	399
Section 2 La simple condition féminine.....	401
§1 Le concept de condition féminine.....	402
A- Une condition humaine.....	402
1-Les perspectives de la condition féminine.....	402
2-Les applications aux femmes.....	404
B- La condition féminine, pis-aller à l'identité féminine.....	405
1-La condition féminine, un conditionnement.....	405
2-Le conditionnement de l'être femme.....	406
§2 La liberté.....	408
A- L'acte d'être une femme.....	408
1-L'actus essendi.....	409
2-L'actus essendi femina.....	411
B- Individuelle et collective panacées.....	412
1-L'entéléchie comme principe d'individuation.....	413
2-La nécessaire «rupture épistémologique».....	415

Conclusion du Chapitre 2.....	419
Conclusion du Titre 2.....	421
Conclusion de la Partie 2.....	423
Conclusion générale.....	425
Bibliographie.....	429
Index alphabétique.....	457
Table des matières.....	461

