

L'Année sociologique

Textes réunis et présentés par
M.-A. Frison-Roche et R. Sève

Le Droit au féminin

J.-P. Baud
I. Théry
M.-A. Frison-Roche
R. Sève
J. Nguebou Toukam
J. Colin
L. Oso Casas
J. Laufer
F. Dekeuwer-Défossez
S. Aboudrar

Volume 53 / 2003 - N° 1

VARIA

M. Leroy



L'ART LÉGISLATIF ET LA PERSONNE SITUÉE DANS LA LÉGISLATION FRANÇAISE RELATIVE AUX FEMMES

Marie-Anne FRISON-ROCHE et René SÈVE*

RÉSUMÉ. — Le droit français hésite encore à l'égard de l'édiction de mesures juridiques propres aux femmes. Or, les idées et les mouvements féministes n'ont pas été en France moins vigoureux que dans d'autres pays du continent européen, ni la féminisation des professions juridiques moindre. Pour éclairer ce paradoxe, les auteurs considèrent que la position française découle d'une conception fondamentale du droit qui devrait privilégier, par essence, l'universalité de la loi et l'abstraction du sujet de droit, par opposition notamment à un droit de *common law* plus jurisprudentiel et inductif. Cette conception abstraite de l'art législatif a pourtant permis de faire progresser l'égalité des femmes et des hommes dans certains domaines, mais apparaît désormais un art législatif plus concret, dont la loi sur la parité en politique est le plus net exemple.

ABSTRACT. — French law hesitates when it comes to enact specific legal measures concerning women. Nonetheless, feminist ideas and movements have been as strong in France as in other western countries and legal careers are as open to women as anywhere else in the European Union. Intending to gloss this paradox, the authors argue that the French position is grounded on a broader conception of law as a general rule and of the individual as an abstract subjective entity, as opposed to a judge-made and inductive *common law*. The authors consider this abstraction as having brought however some progress in equality between men and women, even though a more concrete law-making becomes efficient in various fields, for example the rules concerning access to political responsibilities.

1. Le bicentenaire du *Code civil* nous rappelle que le droit français, tout au long du XIX^e siècle, a influencé profondément et durablement les systèmes étrangers par sa rationalité et sa modernité. Cette reconnaissance n'empêche pas, dans le même temps, l'évocation de ce qui serait un « retard français » dans certains domaines,

* Nous remercions Sophia Aboudrar, maître de conférences à Sciences-Po, pour l'aide très précieuse qu'elle nous a apportée dans la recherche documentaire relative à cet article.

dont le droit des femmes. La critique est alors davantage globale et politique que juridique et technique. Chez les juristes, en effet, beaucoup perçoivent cette résistance comme salutaire, et envisagent les évolutions récentes ou prochaines comme fruits de l'intrusion d'une conception du droit étrangère à la tradition française, notamment lorsqu'il devient nécessaire de transposer des règles européennes, voire d'une sorte de contre-nature juridique : inscrire en 1999 le principe de parité dans la Constitution apparut par exemple comme une sorte d'outrage fait au texte fondamental¹.

2. Après l'inscription dans la Constitution du rôle de la loi pour favoriser la parité en matière politique, la doctrine juridique considéra fréquemment que l'extension de la technique des quotas au-delà des élections politiques serait anticonstitutionnelle². Pourquoi, puisque d'autres communautés de juristes, dans d'autres pays, ne ressentent pas cette évolution comme une agression et n'analysent pas les outils juridiques tendant à la parité comme des exceptions à cantonner ?

3. Le phénomène est d'autant plus étonnant que la France, si elle a connu des théories féministes, évoquées à l'étranger comme un spécifique *french feminism* rattaché à Simone de Beauvoir (tendant parfois à considérer la féminité comme une construction sociale d'oppression)³, n'a pour l'instant ni étudié systématiquement les rapports entre le droit et les femmes⁴, ni surtout laissé une grande place aux théories féministes du droit. Plus encore, on observe simultanément des forces plus mobilisées qu'ailleurs pour exclure un « droit des femmes »⁵ et une faible discussion autour des théories qui en soutiennent l'idée. Il est certes loisible de distinguer le niveau de la doctrine et celui du droit positif, et considérer que les débats peuvent porter sur le droit positif sans s'avancer sur le terrain des théories. Mais cela suffirait déjà à distinguer le droit français du

1. Ce qui conduisit la loi du 8 juillet 1999 à ne prévoir dans l'article 3 de la Constitution qu'un principe de souci du législateur de promouvoir l'égalité dans l'accès aux mandats politiques, cf. § 56. Sur la dimension politique de cette discussion et de la distance entre la proposition de départ et le texte d'arrivée, voir R.-M. Lagrave, 2000, p. 134 et s.

2. L. Favoreu, 2003, p. 313 et s.

3. Le néo-féminisme considère que cette orientation théorique ne soutient pas toujours la légitimité des demandes d'amélioration des droits des femmes.

4. Voir dans ce sens A. Devillé et O. Paye, 1999, p. 7-12, spéc. p. 8. Sur le faible nombre d'études en France de la place des femmes en politique, comparé à d'autres pays, voir J. Janson, 2003, p. 345-359, l'article se terminant par l'exhortation mêlée de reproche : « Conclusion finale, donc : au boulot politologues ! » (p. 355).

5. Tout au plus a-t-on pu faire un ouvrage sur les droits des femmes sous la forme d'un « dictionnaire », présentant par addition de dispositions éparses, sans prétendre à l'existence préalable d'un corpus. Voir F. Dekeuwer-Défossez, 1991. Dans le même genre, voir N. Bensadon, 1994.

droit américain, en ce qu'aux États-Unis ce sont avant tout les auteurs des doctrines féministes du droit qui ont porté, justifié et obtenu les évolutions du droit positif⁶.

4. Ce phénomène reste tout de même étonnant en France, là où la doctrine juridique conserve une forte influence sur le droit positif⁷, quelles que soient les fonctions qu'elle se voit attribuer. On peut en effet estimer que la doctrine juridique exerce un magistère d'autorité qui donne du sens aux règles, au besoin d'une façon critique, et formule les principes à l'aune desquels celles-ci s'appliqueront⁸ ; on peut aussi, dans une perspective plus nettement sociologique, lui prêter, au sein du système juridique, le rôle de fluidifier son fonctionnement en permettant une articulation plus aisée dans l'application des règles et en faisant accepter la contrainte et l'ordre juridique par la formulation de justifications⁹. Mais, quelle que soit l'approche retenue, l'indifférence de la doctrine juridique française à l'égard des théories féministes du droit, non seulement l'absence d'approbation mais surtout l'absence de critiques, mérite d'être rapprochée de l'inertie dans l'adoption de règles spécifiques aux femmes immanentes au droit positif. Nous serions donc confrontés, dans les deux cas, à une sorte d'obstruction par l'inertie et l'indifférence.

5. Cette résistance s'explique en partie par les différences historiques et techniques persistant entre systèmes juridiques de *civil law* et systèmes juridiques de *common law* (I). Elle trouve aussi une explication dans la conception même développée par le droit français de ce que doit être l'art législatif, avant tout un exercice de construction de catégories abstraites, le sujet de droit étant la première d'entre elles (II). L'évolution du droit français subit les contrecoups de cette opposition, dans une évolution allant tout de même vers une conception plus concrète et plus cernée d'un droit défini alors comme un appui efficace à des personnes ayant des besoins propres et des difficultés spécifiques parce qu'elles sont des femmes (III).

6. Voir C. A. Mackinnon, 1989 ; K. Bartlett, 1990, p. 829 et s.

7. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, 2004.

8. J. Boulanger, 1950, p. 51 et s.

9. Cela rapproche alors la doctrine de la jurisprudence, puisque l'analogie devient forte entre le travail de la doctrine et l'art du juge de motiver sa décision. Lorsque la décision de justice se détache de la résolution du cas particulier pour formuler des règles générales, son activité devient alors proprement doctrinale. Cela est particulièrement vrai pour les cours au sommet de la hiérarchie judiciaire. Voir, sur cette perspective, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, 1994.

I. Résistance par inertie et distinction entre systèmes de *civil law* et de *common law*

6. L'appréhension féministe du droit est essentiellement nord-américaine et donne lieu dans les universités d'outre-Atlantique à de nombreux enseignements spécifiques et à une littérature constituée depuis plus de trente ans¹⁰. Cette conception non seulement n'a pu migrer mais n'a même pas suscité l'honneur de la discussion ; il n'existe pratiquement pas en France d'ouvrages discutant de sa pertinence et encore moins d'enseignement et d'« études féministes du droit » menées par des juristes¹¹.

7. Il faut ici revenir sur les grands traits de la conception féministe du droit. Elle s'enracine dans une vision plus générale selon laquelle le monde est dominé par les hommes. Ils tiennent concrètement les instruments économiques et politiques du pouvoir. Cette puissance est transposée dans l'organisation familiale. De plus, inscrite dans les représentations sociales, cette domination est intériorisée par chacun, les femmes en premier lieu, et apparaît ainsi comme un fait de nature¹². C'est pourquoi les « études féministes » ont pour projet de déconstruire les représentations du monde offrant celui-ci aux hommes. Elles s'en prennent plus particulièrement à la loi et à l'État¹³, comme instruments de commandement, de contrainte et de hiérarchie¹⁴.

8. Le droit est au cœur de ces discussions car il présente cette double caractéristique d'organiser concrètement la vie en société et de constituer une représentation de l'ordre du monde, son rôle devenant crucial puisque la conception du monde sur lequel le droit s'appuie est

10. K. Bartlett, 1990 ; 2000, et les références citées. Il est intéressant de noter que le Québec, s'appuyant sur un droit de *civil law* mais très sensible aux courants théoriques nord-américains, a accueilli volontiers les théories féministes du droit, tout en les discutant, notamment sur l'idée même de domination masculine. On trouve la marque de cet intérêt dans l'existence d'une revue spécifique, *Femmes et droit*. Il est usuel de trouver des exposés de « la critique féministe » du droit et de la loi dans les ouvrages de sociologie juridique québécois (par ex. P. Issalys, 1993, p. 185-219, spéc. p. 212 et s.). Voir plus particulièrement, sur l'idée d'une « marginalité du féminisme juridique québécois », M.-Cl. Belleau, 1999 p. 13-33, spéc. p. 19 et s.

11. Ainsi, l'ouvrage excellent de Benoît Frydman (1999) n'y fait pas référence, ne prenant dans « alternatives pour un droit postmoderne » que les hypothèses économiste, communautaire et procédurale (p. 47 et s.).

12. P. Bourdieu, 1998. Cette étude est certes centrée sur une société particulière, mais on l'a présentée comme ayant vocation à être universalisée.

13. C. A. Mackinnon, 1989.

14. P. Issalys, 1993, p. 213 et les références citées.

renvoyée sur celui-ci par l'édiction de règles, qui le modifient effectivement. La correspondance est ainsi artificiellement et efficacement créée entre la représentation du monde, cristallisée dans la règle de droit, et l'ordre juridique qui réorganise le monde. Cet aller-retour entre le droit et la réalité fait du rapport entre le droit et les femmes un sujet d'analyse sociologique par excellence, non seulement parce que la qualification de « femme » a un rapport avec la nature biologique dont le droit peut plus ou moins se détacher, mais aussi parce que le droit peut être l'arme normative par laquelle une distance peut être prise à l'égard de cette affirmation de naturalité.

9. Cet entrelacement permet d'expliquer pourquoi les féministes nord-américaines ont associé la voie savante des théories universitaires et les actions devant les juridictions ou le Congrès pour obtenir des révisions, et des règles, et de la représentation de la réalité qu'elles expriment, parce que la distinction entre la réalité et sa représentation est moins nette en droit que dans d'autres matières. Cet activisme juridictionnel explique aussi la vivacité du débat aux États-Unis, car les jurisprudences peuvent s'enrichir ou faire volte-face et le militantisme féministe doit sans cesse quereller devant les tribunaux¹⁵.

10. Les théories féministes du droit ont pris plus particulièrement comme cible de leurs critiques théoriques l'idée même de droit subjectif, qui exprime la prérogative que la personne possède sur les choses et sur les autres personnes. Elles allèguent donc que les droits subjectifs sont à la fois ce qui est le plus centré sur l'individu et ce qui est le plus agressif à l'égard d'autrui, puisque ces prérogatives sont opposables à tous et que leur concrétisation passe par le procès, la prérogative se transformant alors en « état de guerre poursuivie par d'autres moyens », pour reprendre la conception agonistique du droit d'action en justice. La notion de droit subjectif, notion guerrière et d'opposition, serait donc en réalité l'effet de la domination masculine, selon cette représentation qui offre aux hommes l'opportunité d'exercer plus fortement encore leurs pouvoirs, puisqu'ils seraient en phase avec le désir de domination sous-jacent à la notion juridique. Au droit subjectif du monde juridique des hommes, s'opposerait le principe de responsabilité, lequel exprimerait les vertus féminines, c'est-à-dire la solidarité, la considération et la prise en charge d'autrui. Cette corrélation serait particulièrement corroborée par la nouvelle acception de la responsabilité,

15. A. C. Scales, 1986, p. 1373 et s.

conçue non plus seulement comme rétribution d'un agissement particulier, mais émanant du souci d'autrui, tel qu'il est problématisé chez Hans Jonas et développé dans les textes internationaux sur la protection de l'environnement et la considération des générations futures¹⁶. Dès lors, à cette déconstruction devrait correspondre un activisme savant, visant à promouvoir l'idée de responsabilité contre l'idée de droit subjectif.

11. Les études féministes du droit ont été plus loin encore en affirmant sur leur lancée que l'idée d'unicité était masculine et celle de multiplicité féminine. L'idée même d'un système juridique unifié a été repoussée en faveur d'un droit composé d'une accumulation de décisions particulières et concrètes, d'autant plus adéquates qu'elles sont naturellement imprégnées de toutes les spécificités factuelles des situations étudiées¹⁷. L'activisme féministe porté par les juristes nord-américains a donc logiquement pris la forme d'actions en justice, leur victoire consistant dans la formulation d'une multitude de protections, ajustées au cas par cas¹⁸. L'idée politique d'*affirmative action* passe par le canal technique de l'action en justice et de l'appréhension des situations concrètes par un juge.

12. Il ne s'agit pas de porter une appréciation sur ce courant de pensée mais plutôt de s'interroger sur ses faibles échos en France, même lorsqu'il se serait agi d'y apporter nuances ou critiques. Une interrogation similaire pourrait être formulée à l'égard des théories construites sur cette déclinaison du couple homme/femme qu'est, le couple père/mère. Ainsi, les théories psychanalytiques du droit ont peu prospéré, malgré l'homonymie entre la loi au sens juridique et ce qui est désigné en psychanalyse comme la « loi du père »¹⁹. L'intérêt des juristes pour les études féministes aurait pourtant pu prendre

16. H. Jonas, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Le Cerf, 1990 ; D. Birnbacher, *La responsabilité envers les générations futures*, Paris, PUF, coll. « Philosophie morale », 1994 ; P. Godé, 1999, p. 61-78.

17. Sans rouvrir le débat entre Platon et Aristote (cf. sa discussion chez Sylviane Agacinski, *Politique des sexes*, 2^e éd., Paris, Le Seuil, 2001, p. 155-164), il faut noter la double corrélation entre *common law* et empirisme, et entre empirisme et féminisme, notable chez Locke et encore davantage chez Mill (cf. *The Subjection of Women*, trad. franç. *De l'assujettissement des femmes*, Paris, Avatar, 1992).

18. Pour la description de cette évolution nord-américaine dans la matière exemplaire du droit du travail, confrontée à des évolutions européennes très différentes, voir l'étude de Michael J. Piore, 2002, p. 191-211.

19. On se reportera à l'ouvrage de Pierre Legendre, 1989. Il y étudie le projet du caporal Lortie de « tuer le gouvernement », en ce que celui-ci avait le visage de son père. Voir aussi le même auteur, 1992. Pour des travaux moins ambitieux mais toujours centrés sur l'associé du père et de la loi, voir par ex. S. Lebovici, 2002, p. 16-27, ou S. Granboulan, 1997, p. 11-18.

appui sur l'évolution sociologique des différentes professions juridiques, exercées de plus en plus massivement par les femmes, notamment la magistrature, d'autant plus que, dans ces professions, elles accèdent encore en très petit nombre aux postes de responsabilité, ce qui aurait pu déclencher un mouvement de revendication²⁰. Il n'y a pas de femme ayant des fonctions d'encadrement à la Cour de cassation ; on en compte 1 sur 7 au Conseil d'État et 1 sur 15 à la Cour des comptes, aucune des nominations faites en 2001 n'ayant concerné une femme. Ce sont les pouvoirs publics davantage que les professions elles-mêmes qui ont réagi, le ministère de la Justice créant en 2003 un Observatoire des professions juridiques afin de mesurer et de limiter ce phénomène. Les conditions d'une sensibilité accrue aux explicitations et aux prétentions féministes sont donc réunies et pourtant elles ne s'observent guère. Il y aurait donc absence de corrélation entre le nombre de femmes juristes, qui s'accroît, et la discussion autour des perspectives féministes du droit, qui ne décolle pas. Le développement de théories portant sur une catégorie d'individus n'est ainsi pas nécessairement corrélé à l'importance sociologiquement croissante de cette catégorie.

13. Pour expliquer ce silence et cette inertie, on peut certes chercher du côté des femmes, mais il faut aussi réfléchir du côté du droit lui-même, de la structure du système juridique français. En effet, on observera que les théories féministes d'outre-Atlantique, qui se prétendent universelles, au nom du fait qu'il y a des femmes partout, l'universalisme découlant alors de la nature des choses, sont en réalité imprégnées d'une représentation du droit qui correspond avant tout au droit de *common law*. C'est alors l'écart qui demeure entre les systèmes de *civil law*, auquel appartient le droit français, et les systèmes de *common law*, qui expliquerait en France cette forme plus particulière de distance dans l'inattention aux théories féministes.

14. En effet, les mécanismes de responsabilité, les prérogatives accordées d'une façon très fine et adaptées à chacune des situations étudiées, le peu d'abstraction dans la formulation des préceptes juridiques, sont d'une façon générale la caractéristique de systèmes juridiques construits sur l'accumulation des cas et sur le déclenchement des actions particulières, c'est-à-dire sur des systèmes s'appuyant sur le pouvoir du judiciaire et les solutions concrètes. C'est la marque

20. Sur les États-Unis cf. M. Harrington, 1995. L'ouvrage est néanmoins construit davantage à partir de témoignages, dont celui de l'auteur, que de données chiffrées, mais la même difficulté d'accès y est décrite.

du système anglo-américain. À l'inverse, le droit français s'est construit depuis la Révolution française sur l'art législatif et non sur l'art judiciaire, sur l'art du général et non sur l'art du particulier.

15. Plus fondamentalement encore, le droit français a construit sa performance sur l'abstraction de ses règles et s'est construit politiquement sur une définition abstraite du sujet de droit, ce qui conduit, dans une conception classique de l'art législatif, à neutraliser le sexe du sujet de droit et à affirmer que toutes les femmes sont des hommes, en tant que les hommes correspondent au genre humain, lequel est appréhendé à travers l'abstraction du sujet de droit. Nulle formule n'a mieux exprimé cette position de principe que le début de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »²¹.

16. Dès lors qu'une volonté politique apparaît pour accorder des droits particuliers à des femmes dans des situations particulières, par exemple en matière de salaires payés par les entreprises aux hommes et aux femmes, volonté politique bénéficiant notamment de la puissance du droit communautaire²², elle est fréquemment ressentie par les juristes français comme une agression nette, non pas sur le thème particulier de la protection des femmes, mais sur la façon même dont le droit s'élabore, donc sur l'art législatif d'une façon générale. Le rejet est plus construit et l'inertie plus forte alors même que la question féministe est peu discutée en elle-même. En bref, on ne protège pas les femmes parce qu'on a pour but essentiel de protéger l'art législatif lui-même.

17. L'enjeu pour le droit à l'égard des femmes est alors davantage de méthode que de prise de décision sur la teneur des prérogatives juridiques des femmes, un enjeu de méthode que l'on peut présenter comme étant celui du passage potentiel d'un art législatif fondé sur la qualité d'élaboration de règles juridiques abstraites, à un

21. L'idée même fut contestée dès ce moment par Olympe de Gouges, nouv. éd., 2003.

22. Ce qui se conçoit d'autant mieux que le juge communautaire est assez proche du juge de *common law*, en ce qu'il fait varier les règles au cas par cas et en ce qu'il s'autorise à prendre des positions politiques à l'occasion de la résolution de problèmes particuliers. C'est pourquoi, par exemple, Antoine Lyon-Caen (1995, p. 423-425) reproche au système européen de laisser à des juges le pouvoir de prendre des positions déterminantes sur des questions aussi politiques que l'égalité entre les hommes et les femmes en droit social. Pour des développements dans ce sens qui se réfèrent à l'exigence communautaire pour l'employeur de justifier sa politique salariale, justification qui conduit naturellement au juge en charge de l'évaluer, voir M.-Th. Lanquetin, 2003, p. 325-344, spéc. p. 337 et s.

art législatif fondé sur sa capacité à rendre effectives des prérogatives dessinées au plus près des différentes situations dans lesquelles sont les femmes, dans une double spécificité, celle inhérente à toute situation et celle propre aux femmes. Le principe d'égalité change radicalement dans sa traduction juridique suivant qu'il demeure abstrait ou qu'il prend une tournure plus concrète²³.

18. Dès lors, l'affirmation du droit des femmes est susceptible de porter atteinte à l'abstraction du droit français, dans un double mouvement puisqu'il s'agit de contester à la fois l'abstraction de l'art législatif et l'abstraction de la notion du sujet de droit²⁴, les deux ayant partie liée comme le montre l'article précité de la *Déclaration* de 1789. En cela, l'observation du droit appliqué aux femmes, voire aujourd'hui conçu en considération d'elles, est exemplaire de la façon dont le droit prend ou ne prend pas en compte les situations concrètes des personnes. Les leçons tirées en la matière peuvent dès lors être rapprochées des enseignements de la très difficile insertion en France d'un droit adoptant des règles spécifiques aux consommateurs ou des discussions autour d'un droit spécifique concernant les étrangers immigrés sur le territoire.

II. L'art législatif abstrait et la considération des femmes

19. Il repartit de l'idée libérale sur laquelle le droit français a conçu la protection de la personne par son rattachement juridique à la catégorie abstraite qu'est la personne juridique, le sujet de droit. Jean-Pierre Baud a montré que, par ce masque de la personne, le droit romain, dont le droit français est ici l'héritier, a dissimulé le corps²⁵, c'est-à-dire un des premiers éléments par lequel les femmes se distinguent des hommes.

20. Ce faisant, le droit français en couvrant le corps a masqué les femmes. Il ne convient pas d'en tirer la conséquence implicite d'une volonté d'oppression des femmes, ni même d'un résultat en

23. Voir EPHASIA, 1995

24. Sur cette dimension-là, voir F. Demichel, 1995, p. 462-469, qui reprend d'un point de vue critique le fait que le droit aurait transformé les femmes en hommes et en appelle à l'établissement de « femmes juridiques » (p. 464).

25. Voir J.-P. Baud, 1993.

ce sens²⁶, car le « non-droit »²⁷ peut être aussi un espace de liberté, donc de puissance. Mieux encore, par le recours à l'abstraction du sujet de droit, lequel se définit par l'aptitude juridique à être titulaire de droits et d'obligations et à exprimer une volonté, par cette intimité entre la personnalité et la volonté, les femmes ont pu être titulaires des mêmes pouvoirs juridiques que les hommes.

21. En outre, le droit classique a pris en considération la spécificité de la femme dans deux hypothèses, dont les sorts sont, aujourd'hui, très différents, puisque la première tendance est combattue alors que la seconde demeure et prospère. La première tendance est celle par laquelle le droit classique, quittant l'individualisme du sujet de droit, situe la femme dans un rapport juridique à un autre, c'est-à-dire à l'homme. Cette considération de la femme demeure abstraite mais elle cesse d'être dissoute dans l'auto-suffisance du sujet de droit pour être visée dans une relation, les meilleurs exemples en étant l'épouse par rapport au mari²⁸ et la mère par rapport aux enfants et au père.

22. Ainsi, ou le droit classique ne vise pas les femmes, leur offrant la liberté et le pouvoir de sujets de droit par nature juridique indifférenciés, ou, lorsqu'il les vise, il ne saisit la femme que dans un rapport, lequel est celui de la dépendance ou à tout le moins de l'infériorité²⁹, conception contraire à l'individualisme libéral. C'est pourquoi une réaction en faveur des droits des femmes dans le droit français postérieur à la Seconde Guerre mondiale prendra la forme d'une concrétisation des règles, en considération du fait qu'elles

26. Voir F. Demichel, 1995.

27. Concept développé par Jean Carbonnier, qui montre notamment que le non-droit peut correspondre à l'inversion de la hiérarchie des puissances telle qu'établie dans le droit (« L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit*, 2001, p. 25-51). Pour l'application à la femme, notamment dans la maîtrise de la grossesse et de l'enfantement tant que le droit ne s'en mêle pas, voir J.-P. Baud, 2001, reprenant les observations ethnologiques menées par Françoise Héritier, 2001, p. 77-95.

28. C'est le lien qui crée le statut, et l'infériorité de celui-ci. Comme le souligne Jean Carbonnier (1996, p. 212), « Dans le droit civil du Code Napoléon, l'inégalité dont la femme pouvait se plaindre n'était pas une inégalité pour cause de sexe mais pour cause de mariage. » Ainsi, la femme apparaît en tant que personne dans le droit lorsqu'on peut lui accoler un qualificatif relatif, comme « concubine » ou « femme mariée ». Pour prendre ce dernier exemple, une des éditions du volume d'un traité de droit civil, relative aux personnes (G. Goubeaux, *Les personnes*), ne donne dans sa table des matières que l'entrée « femme mariée » et non pas l'entrée « femme » (LGDJ, 1989, p. 581).

29. L. Leveneur (2002, p. 45-85), souligne que « longtemps, la prise en compte par le droit du sexe des individus a très largement consisté à organiser, outre l'union des sexes différents, une infériorité juridique du sexe féminin » (p. 48).

portent sur des femmes et non pas sur des hommes, mais aussi d'un retour à une abstraction plus forte³⁰.

23. Ainsi, la considération des femmes consistera pour le législateur à passer de la notion de père et de mère à celle, plus générale, de parent, ou à quitter la dualité du mari et de la femme pour se référer à la catégorie plus globale de conjoint. Plus encore, l'abstraction du sujet de droit visé par le législateur, par exemple le « conjoint survivant », personnage sexuellement neutre dont la loi du 3 décembre 2001 a considérablement accru les droits successoraux, notamment dans le bénéfice de l'usufruit des biens du défunt³¹, recouvre en réalité une considération concrète pour l'épouse survivante, parce que la longévité des femmes rend l'hypothèse beaucoup plus fréquente que l'inverse³² et parce que la faiblesse économique est alors plutôt le fait des femmes que des hommes. Le doyen Jean Carbonnier souligne à juste titre que même si nous essayons « de nous faire un portait hermaphrodite » du conjoint survivant, « le conjoint qui survit, c'est la veuve »³³. Ainsi, le souci plus particulier des femmes, qui s'exprime constamment dans les travaux préparatoires et les commentaires, s'est concrétisé dans une notion qui demeure abstraite et non sexuée, celle de « conjoint survivant ».

24. De la même façon, le mécanisme du PACS, conçu pratiquement comme l'instrument de reconnaissance juridique des couples homosexuels, a atteint ce résultat en rendant plus abstraits les termes du dispositif, la différence des sexes n'étant plus visée en tant que telle, ce qui la supprime juridiquement comme condition nécessaire.

25. C'est naturellement le droit de la famille qui connaît le plus nettement cette tendance, parce que cette branche du droit a pour objet classique l'organisation des liens entre les personnes. Cette conception sociologique a conduit le doyen Jean Carbonnier à orienter l'évolution de cette partie du droit vers davantage d'abstractions, ce qui s'articule très bien avec la position critique qu'il a adoptée en doc-

30. Cela rejoint, à l'intérieur des discussions féministes, la position adoptée par Elisabeth Badinter, 1992.

31. Voir, par ex., R. Libchaber, 2002, p. 73-77.

32. Ainsi, les bénéficiaires du dispositif de l'allocation de veuvage, créé par la loi du 17 juillet 1980, également accessible aux hommes et aux femmes, sont à 97 % des femmes (source : CNAV, mars 1999, cité in *L'allocation de veuvage, Actualités sociales*, 12 novembre 1999). En droit, un tel avantage ne pourrait être réservé aux femmes, l'article L. 24-I-3° du Code des pensions civiles et militaires français réservant une pension de retraite à jouissance immédiate aux seules femmes fonctionnaires, ayant été déclaré non conforme au droit communautaire, par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 décembre 2001, *Griesmar*. On voit ici qu'il suffit de formuler d'une façon neutre les avantages, le fait des longévités comparées faisant le reste.

33. J. Carbonnier, 1996, p. 259-260.

trine à l'encontre tout à la fois, les deux phénomènes étant liés, de la « pulvérisation » du droit en une multitude de droits subjectifs et de la montée en puissance d'un pouvoir autonome des juges³⁴.

26. Si le législateur estime progresser par une abstraction accrue, alors deux mouvements peuvent encore se dessiner. Le premier est hésitant, il consiste à modifier la transmission de l'attribution du nom, en ouvrant cette possibilité non seulement au père mais encore à la mère. La loi du 4 mars 2002 avait fait ce pas, préférant la disponibilité du nom et l'égalité entre les parents à la préservation d'un système social de lignée³⁵, selon une préférence exprimée par l'opinion publique³⁶. La transmission devenait non seulement possible pour la mère en dehors des cas précédemment répertoriés par le droit, mais encore devenait dans sa nature disponible, dès l'instant que le choix possible entre deux patronymes est une première forme de disponibilité, la disponibilité ne touchant plus seulement le nom d'usage, la part de relations sociales du nom patronymique, mais encore sa transmission, c'est-à-dire sa part de structure sociale.

27. Si l'on cherche à analyser plus avant la dispute concernant la transmission du nom patronymique, dispute autour de la loi, dispute entre les lois, puisque le législateur reviendra quelques mois plus tard sur son texte pour en suspendre l'application par la loi du 18 juin 2003³⁷, on doit d'abord rappeler que le droit a besoin que soient identifiés les sujets ou les agents juridiques afin d'organiser leurs rapports à travers le temps, le contrat instantané, primitif, et encore typique de la rencontre des volontés, n'étant dans nos sociétés qu'un cas particulier. Chaque relation ou chaque groupe de relations juridiques peuvent néanmoins s'accommoder d'identifiants différents pour un même individu, si toutefois ceux-ci, dans la mesure où l'on souhaite faire appartenir ces relations à un même espace juridique, peuvent se ramener à une sorte d'« identifiant source », rôle que pourrait jouer un nombre autant qu'un nom.

34. J. Carbonnier, 1996, en particulier le chap. 3 de la première partie consacré au « dérèglement du droit » (p. 106 et s.) et à la « pulvérisation du droit en droits subjectifs » (p. 121 et s.).

35. Dont les nouveaux droits du conjoint survivant à succéder sont un autre signe d'affaiblissement, puisque cet héritier n'a pas de lien de sang avec le défunt. Sur cet affaiblissement politique de la lignée, voir B. Beigner, 2002, p. 4-5.

36. Voir l'étude de Marie-France Valetas (1992, p. 105-132), montrant la forte évolution de l'opinion publique en faveur de la reconnaissance et transmission du nom patronymique de la femme.

37. La loi n° 2003-516 relative à la dévolution du nom de famille. Voir Th. Garé, 2003, p. 1393-1395 ; C. Brière, 2003, p. 10-12 ; F.-J. Pansier et C. Charbonneau, 2003, p. 8-10.

28. Mais cette hypothèse semble aussi logiquement cohérente que sociologiquement surprenante : « Pourquoi transmettre après tout ? Pourquoi ne pas choisir purement et simplement le nom qui nous plaît, comme un écrivain choisit un nom de plume, comme un artiste se donne un pseudonyme ? De choix en choix, la seule identité légale stable serait dans cette hypothèse... le numéro d'immatriculation à la sécurité sociale. Délicieuse perspective ».³⁸

29. Ce détour par un scénario à la fois libéral, voire libertaire et techniciste³⁹, permet de comprendre comment se heurtent une logique individualiste de disponibilité à soi-même et le souci de la cohérence sociale, dans son organisation et dans son fond commun symbolique. En effet, la recherche de l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'attribution du nom aux conjoints et aux enfants a ouvert la boîte de Pandore des mystères de l'identité, du moins supposés tels. Pour des raisons, sinon naturelles du moins historiques, le droit a en effet satisfait son besoin d'identifiants grâce à un état civil fondé sur le nom transmissible entre les générations, donc en rattachant une question proprement juridique à la construction globale de la personnalité au sein d'une parentèle. En soi simple moyen du droit, renvoyant à une disponibilité désormais de principe lorsqu'il s'agit du prénom, le nom revêt une portée psychologique et sociale juridiquement démesurée lorsqu'il est nom de famille.

30. Aussi la loi du 4 mars 2002 n'a-t-elle pas désamorcé les polémiques. *Relative au nom de famille*, cherchant à rapprocher la France de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la législation de ses principaux voisins⁴⁰, la loi instaure avec prudence un mouvement de compensation permettant à l'enfant de porter éventuellement le nom de sa mère, accolé à celui du père ou même exclusivement⁴¹. Il est plus remarquable encore que l'enfant lui-même puisse exercer sa volonté en la matière, puisqu'il pourra à

38. I. Théry, 2002, p. 111. L'on pourrait ajouter que le choix libre du nom, s'il résoudrait bien des difficultés, en poserait d'autres, notamment celui de la concurrence entre les désirs de nomination, et, comme pour l'Internet, devrait aboutir à une sorte d'autorité de régulation de l'appropriation des noms de sujets.

39. La réalité juridique ne l'exclut pas complètement : l'usage d'un pseudonyme est licite dans les actes juridiques privés, s'il n'est pas fait pour tromper.

40. Sur le contexte général, voir pour une première approche F.-J. Pansier et C. Charbonneau, 2002, p. 4-8.

41. L'article 311-21 du Code civil prévoit en effet que les parents « choisissent le nom de famille qui lui [l'enfant] est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux ». Les nouvelles dispositions n'écartent pas le privilège du patronyme puisque, en l'absence de déclaration contraire, due au désintéret ou au désaccord des parents, le nom du père s'impose de plein droit.

sa majorité adjoindre le nom du parent qui ne lui avait pas été transmis⁴². Comme l'analogie avec d'autres pays le laisse supposer, il demeurera sans doute longtemps dans les faits un écart entre l'égalité approximative des chances onomastiques instaurée par la loi et la prééminence statistique du patronyme.

31. Malgré ces précautions, la loi du 4 mars 2002 s'est cependant trouvée sous le feu de deux critiques principales, l'une et l'autre l'accusant de produire non le rééquilibrage projeté mais un déséquilibre plus grand. Le premier groupe de critiques, émanant des partisans du *statu quo* législatif, agite le spectre du matriarcat en arguant que l'identification par le nom paternel est le contrepois nécessaire à l'avantage naturel que confèrent à la mère la grossesse, l'enfantement et l'intimité postnatale⁴³ avec l'enfant. La transmission obligatoire du patronyme serait donc le résultat d'une volonté de discrimination positive, de compensation d'un désavantage structurel, d'autant plus nécessaires que le père a perdu sa qualité de chef de famille exclusif. Dans son rapport au Sénat⁴⁴, Françoise Dekeuwer-Défossez insiste sur l'intérêt de conserver le nom « comme marqueur de la paternité (...) offrant l'avantage d'équilibrer socialement les liens de filiation paternelle et maternelle ».

32. Au-delà de la compensation de l'avantage comparatif des femmes sur les hommes dans l'économie de la procréation, le *statu quo* pourrait se justifier par le besoin, spécialement du côté des enfants, de repères (sans jeu de mots), c'est-à-dire d'éléments appartenant à la vie sociale mais échappant pourtant à la volonté individuelle. De ce point de vue, le patronyme fournit le repère presque archétypique, « l'attribution originaire du nom résultant, de plein droit, d'un mécanisme sur lequel la volonté individuelle n'a pas de prise »⁴⁵. Ce privilège peut s'appuyer sur deux ordres de raisons. Historiquement, l'avantage patronymique est tout autant issu de la coutume que de la volonté législative⁴⁶. Sociologiquement, il vient à point nommé pour contrebalancer les forces centrifuges qui aujourd'hui modifient les figures imposées de la vie sociale, et en

42. L'idée de lignée demeure, mais au second degré, puisque ce choix ne peut intervenir qu'avant la naissance de son propre premier enfant.

43. Le « lien fusionnel », selon l'expression d'un parlementaire.

44. Françoise Dekeuwer-Défossez, 1999.

45. G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 2003, 11^e éd., Précis Domat, n° 570, p. 273.

46. Sur ce point, cf. par exemple Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 1974, coll. « Thémis », p. 155, dans cette édition particulière.

premier lieu la famille. Traditionnellement cellule de base de la société, lieu d'apprentissage de l'autorité, la famille tendrait à devenir prodrome d'un marché dérégulé, espace de licence et de marchandages : « La famille "désancrée" de la *généalogie*, court le risque de devenir un système (...) dont les échanges internes ne sont plus régulés par rien d'autre que l'affrontement des désirs, des pulsions et des besoins ». ⁴⁷

33. C'est donc logiquement que le même auteur envisage le maintien du patronyme, comme illustration et défense de l'égalité des sexes, dans un contexte de « matricentralité » croissante, manifeste dans et après la séparation des couples ⁴⁸ : « Nos législateurs en herbe (...) ne cherchent pas à comprendre ce que signifie aujourd'hui le fait de donner à l'enfant le nom de son père, dans un contexte où la paternité est beaucoup plus fragilisée par le démarriage. Je crois qu'il n'est pas abusif de voir dans l'adhésion contemporaine à la préséance du nom du père une nouvelle forme de la valeur d'égalité du père et de la mère (...) ». ⁴⁹ Ce raisonnement complète en quelque sorte l'argument de Gérard Cornu : la reproduction sexuée, et donc le couple père/mère, échappent à la volonté ; le maintien de la préséance du patronyme est nécessaire car l'évolution sociale tend à nier cette dualité fondatrice, en affirmant la mère et en effaçant le père.

34. La seconde critique n'aboutit pas au *statu quo* mais propose un système de transmission différent tant du droit existant que de la loi du 4 mars 2002. Dans un article ambitieux, Bernard Zarca ⁵⁰ objecte à cette dernière la liberté relative qu'elle instaure et dont bénéficient les parents dans le choix du nom de leurs enfants, puisqu'ils peuvent transmettre celui du père, de la mère ou des deux dans un ordre lui aussi déterminé par eux. Pour Bernard Zarca, partisan du double nom obligatoire, la loi introduit le ver de la volonté, dans le fruit de la *généalogie*. Ce qui alors serait à redouter en prolongeant la courbe, c'est non plus, comme dans le premier

47. I. Théry, 1996, p. 79.

48. Et par ailleurs supposée dangereuse pour la femme elle-même, qui serait ainsi « renvoyée à son rôle maternel traditionnel ». On pourrait objecter à cette dernière affirmation que précisément son rôle maternel traditionnel s'exerçait comme partie d'un couple, qui plus est, juridiquement diminuée à l'intérieur de celui-ci, ou isolément, mais alors frappé d'opprobre. La femme contemporaine élevant, après une séparation, seule ses enfants est une figure nouvelle. La difficulté à considérer comme telle est que la femme doit ici être pensée comme sujet féminin, mais indépendamment d'une problématique de parité.

49. I. Théry, 2002, p. 114.

50. B. Zarca, 2002, p. 84-105.

volet de critiques, le matriarcat, qui suppose l'infériorité de l'autre sexe, mais la mainmise de la volonté sur la reproduction, à terme finalement le clonage, l'auto-institution narcissique de l'individu ou la parthénogénèse, et donc sans doute une humanité unisexuée et purement féminine, en fait une inhumanité dans l'esprit de l'auteur⁵¹. Aussi propose-t-il un système paritaire mais automatique, c'est-à-dire sans introduction du choix, donc sans risque de négociation (ou de règlement de comptes) entre les parents, mais aussi entre eux et leurs propres parents, s'ils devaient choisir pour leurs enfants un seul des deux noms de leurs ascendants. Dans la perspective envisagée, le père et la mère, pourvus chacun du nom de leurs deux parents, transmettraient à leurs enfants, le premier son patronyme, la seconde son matronyme, aboutissant ainsi à une sorte de société onomastiquement duale où tous les garçons transmettent le nom de leur père et toutes les filles celui de leur mère.

35. La suite de l'histoire montre que, s'il est vrai que la loi ne peut tout faire, elle peut à tout le moins reprendre ce qu'elle vient de dire. C'est un des pouvoirs du législateur que d'avoir le dernier mot, par exemple à l'encontre de jurisprudences déplaisantes, mais également, forme plus originale correspondant concrètement à des changements de majorité politique, de se corriger lui-même. Cela fut fait par la loi du 18 juin 2003, mais il est remarquable que le législateur n'ait pas repris de front les lourdes problématiques évoquées, préférant à titre principal reporter l'entrée en application de la loi, désormais fixée au 1^{er} janvier 2005, le gouvernement alléguant principalement pendant les débats parlementaires les difficultés d'organisation des services d'état civil.

36. La seconde abstraction à laquelle pourrait aboutir le législateur serait la suppression du sexe sur l'état civil. Une grande dispute s'était élevée quand la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a obligé l'État français à permettre la modification de l'état civil, d'un sexe à l'autre, en cas de transsexualisme avéré⁵².

51. « Au moment de l'histoire de l'humanité où des démiurges laissent espérer à des individus de l'un et l'autre sexe qu'ils pourraient engendrer seuls, comme les plus grands dieux de la mythologie grecque, et même s'autoengendrer indéfiniment par l'itération du clonage, produire de l'identique *ad infinitum*, réaliser ainsi, *narcissismo*, leurs fantasmes de puissance les plus fous en toute innocence (...) ne devrait-on pas plutôt mieux lier dans le droit les figures du père et de la mère ? » (B. Zarca 2002 p. 92-93). L'auteur ajoute : « Peut-être le destin de l'humanité est-il dans le long terme de ne plus comporter qu'un seul sexe, féminin, dont la reproduction serait médicalement assistée de manière systématique et dont la sexualité serait condamnée à être soit solitaire soit homosexuelle » (p. 93-94).

La question a surtout porté sur l'indisponibilité ou non de l'état civil, c'est-à-dire sur l'existence ou non pour l'individu d'un droit de le modifier⁵³, mais l'on peut aujourd'hui s'interroger même sur la pertinence du renseignement pour situer l'état d'une personne.

37. À l'inverse de cette tendance visant à ne plus considérer la femme dans un rapport à l'homme, pour lui ouvrir par la neutralisation de la désignation un nouvel espace d'égalité grâce à l'accroissement de l'abstraction, la seconde tendance va être de prévoir des règles particulières, toujours plus particulières. Le mouvement va heurter le droit classique parce que le changement passe alors par l'abandon de l'abstraction, ce qui pose problème, alors que la première évolution visait simplement à utiliser l'abstraction à d'autres fins, ce qui ne soulève aucun enjeu systémique.

38. Le droit classique, quittant la considération abstraite de catégories juridiques, ne prenait en considération la situation de la femme, que si le corps de la femme apparaît au premier plan, autant dire rarement. En effet, toutes les situations dans lesquelles la volonté peut suffire à la personne demeurent sans considération particulière pour les femmes. Il en est ainsi notamment du droit des contrats et du droit des affaires. Ainsi, peu importe que le contractant, l'actionnaire ou le dirigeant de société soit un homme ou une femme.

39. Ce dernier exemple est particulièrement instructif car dans le même temps où s'accumulent des études non juridiques, selon un mode savant ou à travers des palmarès proposés par la presse économique, sur le nombre de femmes qui dirigent des entreprises ou siègent à des conseils d'administration, le droit des sociétés français conserve l'abstraction de désignation de ces personnes.

40. Ainsi, le droit classique ne va distinguer les femmes en tant que telles qu'en raison de leur corps, renvoyant principalement au cas de la grossesse. On explique ainsi la capacité de la femme à se marier dès 15 ans, tandis que les hommes sont privés de ce droit jusqu'à 18 ans⁵⁴, par le phénomène biologique des grossesses précoces, ce même souci d'une grossesse justifiant que la femme doive

52. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 mars 1992 (D. 1993, p. 101 et s., note J.-P. Marguénaud) a entraîné l'admission du droit de faire modifier l'état civil, par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 décembre 1992 (*JCP*, 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, n. G. Mémeteau).

53. Voir, par ex., pour un panorama très complet des opinions et une perspective sociologique nette, M. Gobert, 1990, p. 3475.

54. Art. 144 du Code civil.

attendre au moins trois cents jours après la dissolution d'un précédent mariage pour se marier de nouveau⁵⁵. Plus encore, c'est le droit du travail qui va encadrer la vie professionnelle des femmes en tant que telles, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un emploi ayant des incidences sur le corps, la pénibilité du travail de nuit par exemple, ou lorsque des phénomènes particuliers interfèrent, la grossesse et l'accouchement par exemple. Cela tient au fait que le travail fait très souvent référence à la force physique, le droit du travail se construisant autour de cette idée⁵⁶.

41. On mesure ici la différence avec la manière dont la protection des femmes par le droit nord-américain se construit. En effet, la France, et le droit européen plus largement, continuent de traiter par règles générales une situation, ce qui engendre une protection étendue, alors que le droit nord-américain, qui délivre des protections au coup par coup, au rythme des actions judiciaires, n'a pas eu les moyens de mettre place une protection large de la femme enceinte au travail, n'organisant notamment pas un repos légal avant la naissance, parce qu'une action judiciaire ne peut produire le même résultat technique que l'adoption d'une loi ou la négociation collective.

42. En revanche, là où le corps de la femme n'intervient pas, par exemple dans les comportements de marché, le droit revient à son indifférence⁵⁷. Cette différence d'approche selon les branches du droit peut engendrer des difficultés techniques. La contradiction entre le droit du marché, pour lequel la distinction de la personne comme femme ou comme homme est indifférente, et le droit du travail, pour lequel la distinction est pertinente, est ainsi nettement apparue lorsque la législation française d'interdiction du travail de nuit pour les femmes a été attaquée devant la Cour de justice des communautés européennes pour violation des libertés économiques. Le droit communautaire demeurant prioritairement un droit du marché et le corps de la femme n'étant supposé pas davantage mis en péril que celui de l'homme par le travail de nuit⁵⁸, la logique du droit du travail a dû s'effacer⁵⁹.

55. Art. 228 du Code civil.

56. Voir, sur cette démonstration, Th. Revet, 1992.

57. Dans une autre ligne d'explication, Antoine Lyon-Caen (1995, p. 425) souligne que les besoins du marché peuvent justifier les discriminations.

58. Cet argument fut mis en avant par l'avocat général Guiseppe Tesauero, *Recueil*, t. 7 /1, 1991, p. 1-4058 et s.

59. CJCE, 25 juillet 1991, *Stoekel*, C-345/89. Voir plus particulièrement le commentaire d'Alain Supiot (1992, p. 382-385), mettant en lumière cette limitation de la logique du droit du travail.

43. Cette abstraction du droit français engendre l'indifférence à savoir si le sujet de droit est un homme ou une femme ; il peut donc rester inerte face aux tentatives de considération concrète des femmes. Mais par un phénomène plus récent, celui de la prétention juridique à la parité, c'est sur le terrain de l'abstraction que l'attaque a été menée. En effet, plutôt que d'arracher au cas par cas des protections particulières, le propos a été d'inscrire dans le texte le plus général qui soit, la Constitution, l'idée qu'il existe deux sujets de droit abstraits, les hommes et les femmes. La femme deviendrait une catégorie juridique à part entière. Cette prétention ne pouvant plus être traitée par la distance puisqu'elle prenait elle-même une forme abstraite, elle a été alors très âprement discutée.

44. Ce mouvement a été critiqué précisément au nom du libéralisme, pour lequel la meilleure façon pour les femmes d'exercer pouvoirs et libertés consiste à se glisser sans distinction sous le masque juridique de la personne. La critique a alors précisément consisté à soutenir que traiter la femme de femme, c'était la distinguer péjorativement et l'empêcher de participer à l'universalité du sujet de droit, la rapprochant alors du statut de l'enfant.

45. Si le droit français admet une catégorie abstraite de la femme, cela le conduit à une segmentation accrue des sujets de droit. Or, le droit classique oppose en premier lieu les personnes physiques et les personnes morales. En second lieu, au sein des personnes physiques, se démarquent les mineurs et les majeurs, et à l'intérieur des majeurs se distinguent les hommes et les femmes. Mais l'on pourrait aller plus loin, d'autant plus que la netteté entre les mineurs et les majeurs s'estompe juridiquement à travers la multiplication des droits propres des enfants et à travers les mouvements conjugués de la prémajorité juridique des adolescents et l'accroissement de leur pouvoir économique autonome⁶⁰. Dès lors, la première opposition ne serait plus celle de l'âge, qui est sous-jacente à l'idée de minorité, mais, inversant l'ordre des distinctions, celle des petits garçons et hommes, d'une part, des petites filles et femmes, d'autre part.

46. Si l'on s'en tient toujours à cette abstraction à laquelle répond l'existence même de la catégorie juridique, à la différence du droit anglo-américain qui, accumulant les solutions concrètes, ne rencontre pas les mêmes difficultés, la question est alors non seulement de fonder l'existence de cette catégorie mais encore de lui

60. J. Carbonnier, 1996, notamment le chapitre sur « La femme mariée ».

attacher un régime juridique spécifique, comme l'on attachait à la catégorie des mineurs le régime de l'incapacité.

47. Quel serait donc le régime juridique spécifique de la catégorie juridique des femmes ? L'on pourrait soutenir qu'il s'agit de les protéger, soit à la manière des enfants, c'est-à-dire par des incapacités, comme on le fit pour le principe maintenu jusqu'en 1948 de l'incapacité juridique de la femme mariée, ce qui permit aux femmes d'exercer de fait un pouvoir économique sans avoir à en être tenues responsables juridiquement, soit à la manière des consommateurs, en lui donnant des droits supplémentaires. La protection par mise « hors-le-droit » est généralement sévèrement critiquée⁶¹, même si le doyen Jean Carbonnier a souligné l'espace de liberté ainsi organisé. Françoise Héritier et Jean-Pierre Baud ont soutenu qu'en matière de grossesse, de filiation et d'enfantement, le pouvoir des femmes était assuré tant que le droit ne s'en était pas vraiment saisi⁶². Moins de droits que les autres ou plus de droits que les autres sont deux modes de protection juridique d'une catégorie caractérisée par la faiblesse relative des personnes concrètes qui la composent.

48. Situer la discussion sur ce terrain est voué à l'échec car elle suppose une position de principe sur la faiblesse des femmes, qui maintient la catégorie juridique dans un état d'infériorité. Cela se comprend pour les mineurs car les intéressés cessent un jour d'être enfants, la catégorie juridique pouvant demeurer parce que les êtres concrets ne l'occupent que de passage. Cela n'est pas vrai pour les femmes, qui conservent cet état⁶³ et l'on a souligné ce « don empoisonné » consistant à donner des droits qui entravent de fait l'émancipation⁶⁴. La question du transitoire est donc essentielle, et par ce biais une conception plus concrète de l'art législatif va pouvoir apparaître en France, l'égalité devenant le but même d'une protection intérimaire⁶⁵.

61. Voir, en dernier lieu, M.-Th. Lanquetin, 2003, p. 327 et s. Sur cette référence à un état infamant de minorité, voir, par ex., la protestation de Catherine Lafon (2000), membre du Collectif pour les droits des femmes, à propos de la seule condamnation de la mère et non du père pour maltraitance d'enfant.

62. F. Héritier, 2001, p. 77-95 ; J.-P. Baud, 2001.

63. Voir *supra*, § 29 s. Pour l'hypothèse d'une disponibilité absolue, dans une nouvelle alliance entre la disponibilité technique du corps, transformable, et l'indifférence accrue du droit, dans une perspective néo-libérale.

64. S. Andrini, 1999, p. 35-47. Dans le même sens, voir N. Heinich, 2001, p. 203-219.

65. Sur cette idée de deux périodes successives, celle de la protection puis, à partir de 1946, celle de l'égalité, voir M.-Th. Lanquetin, 2003, p. 330.

III. L'art législatif concret et la considération des femmes

49. Il s'agit ici d'utiliser la puissance du droit, non plus pour refléter puis régir un effet de nature, à savoir la femme, en la libérant au besoin de cette nature grâce à l'abstraction du sujet du droit, conception à la fois naturaliste et libérale du droit, mais plutôt de faire du droit un instrument de politique publique. Cela renvoie aux programmes portés par le droit pour lutter contre les discriminations à l'encontre des femmes⁶⁶, notamment à travers les « mesures positives »⁶⁷.

50. Affirmant que l'offre d'une abstraction permettant la liberté et l'expression de la volonté ne suffit pas à donner les mêmes chances aux femmes qu'aux hommes, le droit va être utilisé pour sa puissance, afin de forcer la nature, pour que celle-ci se réajuste autour d'une égalité concrète, même si la loi doit alors en quelque sorte elle aussi forcer sa nature⁶⁸. En effet, au-delà du débat sur l'efficacité de telles politiques publiques⁶⁹, il faut d'emblée comprendre que le droit ainsi envisagé prend une tout autre forme que celle qu'on lui connaît traditionnellement.

51. Tout d'abord, le droit français va s'éloigner davantage du droit anglo-américain puisque le type d'instrument juridique utilisé pour donner plus de chances aux femmes et prendre en compte la spécificité de leur situation sera la loi et non la jurisprudence. On retrouve ici l'opposition entre les systèmes de *civil law* et ceux de *common law*⁷⁰. Pour ne prendre qu'un exemple, s'il y a aux États-Unis des systèmes de quotas qui peuvent être mis en place, c'est souvent à l'initiative des organisations, par exemple les universités⁷¹ ou les entreprises, alors qu'en France la Constitution ou l'ordre de la loi vont rechercher la promotion des femmes. On vérifie en l'espèce que, lors même que des idées politiques et juridiques exté-

66. J. Mossuz-Lavau, 2003, p. 86-99. Sur cet ouvrage collectif, on se reportera aussi avec profit à l'étude plus générale de Jacques Chevallier (2003, p. 38-54), montrant que les politiques de lutte contre les discriminations, conçues au départ dans l'État-providence, tendent aujourd'hui à le dépasser.

67. A. Yotopoulos-Marangopoulos, 1998.

68. Ainsi, Nathalie Heinich (2001, p. 214) estime que « reprocher à une loi d'être abstraite ou "formelle", c'est ne pas avoir compris que c'est précisément le propre – et la force – de la loi ; pour les applications effectives, on dispose d'autres moyens ».

69. Sur le phénomène général, voir Ch.-A. Morand, 1999.

70. V. *supra*, § 5 et s.

71. Système de quotas dans les universités qui d'ailleurs faillit être aboli par la Cour suprême en juillet 2003 au nom du droit des personnes non protégées à voir elles aussi leurs mérites et leurs résultats objectifs pris en considération.

rieures sont reprises et acculturées, elles empruntent les canaux propres du système juridique de réception.

52. Ce droit législatif va prendre une nouvelle forme parce qu'il relève d'un principe différent de celui du droit classique. Par là, il semble, dans une première approche, moins libéral. En effet, alors que le droit libéral offre le masque de la personne pour que la volonté de chacun permette son propre déploiement, le droit « politique » va prétendre construire une égalité générale et effective. En cela, la loi prend implicitement appui sur la notion de « genre », c'est-à-dire sur l'idée d'une construction sociale qui a organisé la partition et mis les femmes dans une catégorie dont il ne convient pas nécessairement qu'elles ressortent mais qui appelle un traitement spécifique, de sorte que l'appartenance des personnes concrètes au « genre féminin » ne représente plus un handicap.

53. Il s'agit alors d'un droit « régulateur » puisqu'il a certes pour ambition de conférer des droits à celles qui ne disposent pas assez de pouvoir afin de rétablir un équilibre⁷² et de faire tomber les barrières à l'entrée des fonctions, même si le droit a dans le même temps vocation à se retirer dès que les accès seront pleinement ouverts⁷³. Il ne s'agit pas d'imposer un « droit au pouvoir »⁷⁴, mais d'être mis en mesure d'y prétendre. Dans ce but, le droit met en place des régulations asymétriques, dans lesquelles interviennent des organismes administratifs, consistant à armer intentionnellement les plus faibles pour établir l'égalité à moyen terme, autre façon de nommer les *affirmative actions*⁷⁵.

54. Sur le fond, ces politiques rencontrent en France les mêmes difficultés, voire contradictions, que dans les autres pays, en raison des équilibres à opérer entre vie privée et vie publique⁷⁶. Mais si

72. Sur cette idée que l'attribution de droits exorbitants aux femmes est un mode de partage forcé du pouvoir des hommes, v. O. Dhavernas, 1978.

73. En quelque sorte, pour continuer sur cette voie d'explicitations et de vocabulaire, la volonté est de rendre « contestables » les domaines de pouvoir occupés par les hommes.

74. N. Savy, 1993, p. 44-50.

75. Le rapport de A. Le Pors et F. Milewski, 2003, fait explicitement le lien, voire la conversion (p. 91 et s.), et en conclut logiquement que le législateur français doit désormais aller plus loin, à savoir faire une faveur aux femmes, à travers des emplois réservés notamment.

76. V. plus particulièrement J. Commaille, 2001, p. 129-148. C'est un thème classique. Il exploite la contradiction au sein même de la nécessaire articulation entre vie privée et vie publique qui est à la fois un obstacle, par l'intériorisation par la femme d'un devoir particulier à l'égard de la sphère familiale, contre lequel faudrait donc lutter, et ce qui doit être aménagé, par la possibilité de travail à mi-temps, ce qui a pour double effet de soulager la charge concrète sur la vie des femmes et de les maintenir dans leur handicap social.

l'on s'en tient à une perspective de sociologie juridique, on observe qu'en droit ces dispositifs visent plus aisément les concours administratifs, pour deux raisons. En premier lieu, ceux-ci donnent accès à la sphère publique, par l'articulation entre la sphère administrative et la sphère publique, dans un contexte où il s'agit de réconcilier par le droit les femmes et l'espace public⁷⁷. En second lieu, et plus pragmatiquement, la loi peut plus facilement formuler des exigences sur des accès aux professions contrôlés par l'administration, celle-ci étant tout à la fois celle qui obéit à la loi et veille à son application, accroissant de ce fait les chances d'effectivité⁷⁸.

55. La conception du recrutement y est d'ailleurs proche des conceptions sociologiques selon lesquelles le jury ne peut recruter qu'un reflet de lui-même, puisque la loi impose que les jurys dont les membres sont désignés par l'administration « sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes », formule assez mystérieuse qui ne réfère pas à l'arithmétique et préfère l'équilibre à l'égalité. Pour l'instant, l'affirmation n'est que principe. Ainsi, on ne pouvait imaginer plus symbolique que le recours formé devant le Conseil d'État contre la composition exclusivement masculine du jury de l'agrégation de droit public en 2001, le droit étant pris à son propre jeu, même si le Conseil d'État estima que l'absence de décret d'application soustrayait la composition à l'annulation⁷⁹.

56. Il en résulte que les lois se présentent volontiers comme transitoires, ne devant faire subir de contraintes que le temps qu'une égalité effective se mette en place, après quoi l'échafaudage juridique pourra être démonté. S'il s'agit bien d'une contrainte momentanée pour ouvrir réellement les accès, on peut estimer que le droit prend une dimension postlibérale, en assurant une concurrence effective entre les hommes et les femmes, tout en opérant un retrait une fois celle-ci établie.

57. On mesure donc que cet art législatif concret renvoie à deux préoccupations. Dans l'ordre des fonctions publiques, au sens large du terme, c'est-à-dire le monde du travail et celui de la représentation et des fonctions politiques, il s'agit d'une utilisation provisoire

77. Sur cette question, dans une perspective historique et sociale, voir M. Perrot, 1997. Dans une perspective plus juridique, voir N. Savy, 1993, spéc. p. 45.

78. Sur l'aisance et les insuffisances de ce dispositif, voir A. Le Pors et F. Milewski, 2003.

79. CE, 18 octobre 2002, *Catsiaspis*, ADJA, 2002, p. 1355 et s., n. P. Cassia.

de la force du droit pour reconstruire une égalité concrète, terme à partir duquel l'abstraction du sujet de droit pourra reprendre le relais. Dans une telle acception, qui est celle qui sous-tend la technique des quotas, il n'y a pas de prise de position essentialiste sur la définition juridique de la femme. À cette aune, la visée de la femme en tant que telle dans la Constitution n'a pas grand sens, c'est pourquoi l'article 3 du texte fondamental a été modifié non pas tant pour inscrire la parité comme principe en soi mais pour uniquement donner mission ou acte à la loi qu'elle « favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives » : favoriser et non implanter, l'accès aux pouvoirs et non l'exercice de ceux-ci, le pouvoir politique lié à l'élection et non le travail ou la sphère familiale.

58. Dans ce premier mouvement, essentiellement de politique publique, le législateur va fixer des contraintes. Celles-ci sont assez faciles à mesurer car elles prennent le plus souvent une forme arithmétique, à travers des montants de salaire à verser ou des pourcentages de femmes dans un organisme ou dans un processus, par exemple la composition des listes électorales. Pourtant, alors que le contrôle en est aisé, la loi prévoit des organismes d'observation. On peut citer en dernier lieu l'Observatoire de la parité ou le Comité de pilotage pour l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois supérieurs des fonctions publiques. Ces organismes rendent des rapports, qui sont des analyses de politiques publiques, le deuxième rapport du Comité de pilotage précité ayant choisi un titre exemplaire, *Promouvoir la logique paritaire*, et prônant une démarche très volontariste en la matière, en raison de l'inertie du système⁸⁰.

59. Il est important de souligner que ces lois n'ont pas pour objet d'imposer une règle juste en soi, car précisément en augmentant les prérogatives juridiques de certains, ou en leur accordant des avantages, on lèse indirectement les autres dans leurs attentes antérieures, mais ces textes affichent une volonté politique d'imposer une situation juste dans l'avenir, par l'inflexion progressivement donnée aux organisations et aux rapports sociaux. En cela, la loi développe de plus grandes prétentions à l'égard du futur, qui est son temps naturel puisqu'elle dispose pour l'avenir, car elle ne fixe pas tant le cadre du futur mais ce qu'il devra être substantiellement.

80. A. Le Pors et F. Milewski, 2003.

60. Il s'agit donc d'un droit de promotion, d'incitation, d'observation, plus que d'un droit de contrainte. En cela, il s'apparente à ce que l'on désigne parfois comme le droit « postmoderne »⁸¹ ou « néo-moderne »⁸², c'est-à-dire un droit travaillant davantage à créer les conditions d'effectivité de ces prescriptions. Il ne s'agit pas ici de porter un jugement en soi, le droit comme le reste illustrant souvent en la matière la très grande longévité du provisoire⁸³, mais de souligner que les outils juridiques mis en place par la loi explicitent ce dessein de faire avancer par la contrainte l'état des rapports sociaux pour se retirer ensuite, ce qui rend primordiale l'observation de la façon non seulement dont la loi s'applique mais encore dont les rapports sociaux évoluent en eux-mêmes, sous l'emprise de la loi. En cela, le législateur reconnaît dans le cœur même des dispositifs techniques votés que la loi ne peut se contenter d'elle-même⁸⁴. Ces dispositions sont peu familières à l'art législatif français traditionnel.

Cette idée de transformation lente des rapports sociaux, sous l'incitation et l'observation d'un législateur décidé à se retirer une fois l'évolution opérée, n'existe pas dans le second courant signalé, à savoir la préservation indéfinie de prérogatives liées à l'état de femme, dont les dispositions particulières en matière de grossesse, sous l'angle du droit du travail ou de l'assistance médicale, sont à la fois permanentes et ne donnent pas occasion à un tel *monitoring* politique. L'effectivité en est aussi beaucoup plus grande, car les agents en charge du respect de la loi sont mieux armés pour observer des violations repérables de règles précises, comme la fixation des dates de congé-maternité ou l'interdiction de licencier des femmes enceintes, et prononcer des sanctions immédiates⁸⁵, que

81. Voir d'une façon plus générale J. Chevallier, 1998, p. 21-46.

82. Ch.-A. Morand, 1999.

83. Ce qui est plus particulièrement observé aujourd'hui dans les quotas aux États-Unis, l'arrêt de la Cour suprême de juillet 2003 relatif à la politique des quotas de l'Université du Michigan ayant montré que, malgré trente ans de discriminations positives, le temps n'était pas encore venu de revenir à l'abstraction dans les procédures d'admission, ce qui a amené l'un des juges, pourtant l'un des plus conservateurs et libéraux de la Cour suprême, Mme O'Connor, à soutenir le maintien du dispositif.

84. On trouve ainsi dans la présentation du rapport de A. Le Pors et F. Milewski l'affirmation que : « Attendre, voire favoriser l'évolution des mentalités, compter sur les lents effets démographiques, se contenter des lois et décrets existants ne suffisent pas pour promouvoir une égalité effective » (2003, p. 11).

85. C'est ainsi que la Cour de cassation a en mars 2003 attaché à la violation par l'employeur de cette interdiction l'obligation de réintégrer la salariée enceinte, plutôt que d'admettre la seule obligation de l'employeur d'attribuer des dommages et intérêts à

pour concourir à un vaste programme de transformation de la société.

61. La différence entre ces deux approches semble évidente notamment lorsqu'on compare les règles de parité dans la constitution des listes politiques et les dispositions de prise en charge du suivi médical *post-partum*, certaines stratégies législatives pouvant user des deux méthodes. C'est le cas par exemple des dispositions du droit social concernant les congés ou l'adaptation des horaires en fonction des jeunes enfants. Leur prise en compte est la marque d'une considération générale pour les femmes, dont on ne retrouve pas l'équivalent exact aux États-Unis mais qui est fortement marquée dans les pays scandinaves⁸⁶, et en même temps l'enjeu d'une politique publique visant à bilatéraliser ces droits au bénéfice du père afin que les mères ne payent pas dans la progression de leurs carrières le soin des enfants dont elles conservent *de facto* en grande part la charge⁸⁷. On observe alors une sorte de renforcement, sinon de télescopage, entre les politiques publiques de parité et les dispositions spécifiques aux mères, qui découle de la double approche issue d'une vision individualiste de la femme et d'une conception de la femme liée à autrui, ici à l'enfant.

62. À ce titre, l'enjeu général est donc de faire évoluer les mœurs, la loi ne pouvant les décréter, mais visant à les infléchir sur le moyen terme. C'est pourquoi la loi va en quelque sorte sortir d'elle-même et se mêler du contexte des droits et non seulement de leur promulgation abstraite, comme l'illustrent deux autres exemples.

63. Tout d'abord, la loi escompte que les mœurs puissent évoluer par l'information qui en est donnée à l'extérieur de leur cercle naturel, afin que des pressions, autres que juridiques, s'exercent dans le sens de l'évolution souhaitée. Le droit va contraindre non tant à l'adoption de telle ou telle attitude qu'à l'information sur cette dernière. C'est ainsi que les entreprises privées ne seront pas soumises à des obligations de quotas ou d'égalité dans leur politique d'embauches et de rémunérations mais seront contraintes de dévoiler celles-ci. Il s'agit d'une transposition de la technique des rapports administratifs, pour attirer l'attention et susciter les réactions, dans

la personne protégée ainsi licenciée. Dès lors, l'employeur ne peut plus s'offrir par le versement d'un prix la violation de la règle. La jurisprudence concourt ainsi à l'effectivité des protections par l'usage de sanctions brutales, comme la nullité.

86. Sur ce point, voir, par ex., G. Esping-Andersen, 2002, p. 121-142, spéc. p. 138 et s. sur la « féminisation » du parcours de la vie des hommes.

87. Voir, sur cette dimension, les travaux de Dominique Méda, 2001.

les matières sur lesquelles le législateur a peu de prise directe, l'économie et l'organisation des entreprises⁸⁸.

64. C'est ainsi que la loi sur les *Nouvelles Régulations économiques* du 15 mai 2001 oblige les sociétés cotées à annexer à leur rapport annuel l'état de leur politique en matière d'égalité des salaires, l'espoir étant que le marché financier pourrait à terme constituer une contrainte efficace si une politique peu active en la matière avait pour effet, parmi une batterie d'autres paramètres, d'éloigner un tant soit peu les investisseurs. Ce mécanisme dans le monde des grandes sociétés commerciales est symétrique de celui mis en place pour la fonction publique par la loi du 9 mai 2001 *relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, qui impose au Gouvernement de déposer tous les ans devant le Parlement un rapport sur la situation comparée dans la fonction publique des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes, permettant « d'apprécier la situation respective des femmes et des hommes en matière de recrutement, de formation, d'avancement, de conditions de travail et de rémunération effective »⁸⁹.

65. Un second exemple, plus radical, vise la féminisation de la langue française, qui sous-entend que le langage véhicule la domination masculine⁹⁰. On ne compte plus alors sur les seuls effets heureux de l'information mais on entend agir directement sur un contexte symbolique qui serait néfaste aux femmes. Au-delà de la bataille autour de la distinction ou de la fusion linguistique du masculin et du neutre, on soulignera l'usage de la loi comme instrument de féminisation contrainte, au titre de la « parité linguistique », portant plus particulièrement sur les noms de métiers et sur les titres en tant que ceux-ci expriment un pouvoir sur autrui⁹¹. La France a utilisé des outils juridiques là où les États-Unis ont utilisé la contrainte sociale pour instaurer une égalité dans l'usage de la langue⁹², le *politically cor-*

88. Voir, par exemple sur une commande du Premier ministre, B. Majnoni d'Intignano, 1999 (ou sous une forme plus accessible, le même auteur, 2000) ; ou INSEE, 2003. Sur le relais que constituent les partenaires sociaux, cf. *L'accord national interprofessionnel relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes* du 1^{er} mars 2004.

89. Article 21 de la loi, devenant l'article 6 *quater* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

90. M. Ritchie, 1977, *McGill Law Journal*, p. 535 et s. L'article étudie d'une façon plus particulière la domination par la langue juridique mais renvoie à une étude du même auteur portant plus généralement sur la domination masculine par la loi (*id.*, 1975, p. 699).

91. C. Baudino, 2001.

92. Certes, le neutre est un genre qui se distingue dans la langue anglaise par rapport au féminin et au masculin, mais il s'est agi de faire pression sur la représentation des fonctions,

rect étant une façon de faire contrepois à une liberté constitutionnelle d'expression qui, contrairement à notre propre droit, ne connaît quasiment pas de limites.

66. Des critiques juridiques de cette orientation ont été formulées, par un double argument selon lequel, d'une part, la langue évolue par ses propres forces, sans pouvoir être régentée par la loi⁹³, et, d'autre part, la loi doit rester neutre à l'égard d'une langue qui elle-même exprime une neutralité. On ne décrète pas la grammaire⁹⁴ et l'autorité de l'Académie française sur la distinction entre la fonction, qui devrait être au neutre, et la personne, dont la mention peut se féminiser, a été invoquée au Parlement⁹⁵. Cependant, les outils juridiques ont été utilisés sous une forme non expressément contraignante, par circulaire⁹⁶, recommandations⁹⁷ et guide d'usages⁹⁸. En outre, le fait pour l'administration de disposer non de la loi mais de l'outil officiel de diffusion du droit, à savoir le *Journal officiel*, lui permet de féminiser systématiquement les titres professionnels des femmes mentionnés.

notamment économiques et politiques, le *politically correct* prenant donc la place de politiques publiques absentes. On pourra prendre l'exemple de la substitution de désignation d'un *chairman* par celle d'une *chairperson*. Cette pression se reflète d'ailleurs dans les textes juridiques eux-mêmes. C'est ainsi que le texte du protocole de la Convention des Nations-Unis pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes, du 12 mars 1998, est présenté comme « Revised draft optional protocol submitted by the Chairperson... » (voir annexe 2, in A. Yotopoulos-Marangopoulos, 1998 p. 141).

93. Voir, d'une façon générale F.-X. Testu, 1994, p. 441-461. Cet article, bien qu'ultérieur aux premiers textes sur la féminisation des titres, notamment le décret du 29 février 1984 portant création de la commission de terminologie relative au vocabulaire concernant les activités des femmes (JO du 3 mars 1984, p. 770), n'évoque pas la question du féminin.

94. La contestation de l'idée même d'une édicition de la langue par le droit existe également dans des analyses féministes. C'est ainsi que Simona Andrini (1999, p. 51), étudiant l'évolution de la législation italienne, critique cette féminisation des noms, consistant une « insulte à la syntaxe d'une langue latine ».

95. Déclaration de l'Académie française en séance du 14 juin 1984 qui, évoquant l'effet neutre du masculin, pose que « seul maître en la matière, l'usage ne s'y est d'ailleurs pas trompé ». Ce rappel à cette sorte de droit naturel a été fait par Josselin de Rohan au Premier ministre sur le respect par les administrations de la langue française, question du 17 juin 1999, JO *Débats parlementaires*, n° 495, Q, du 16 décembre 1999.

96. Circulaires du 16 mars 1998 (JO du 16 mars 1986, p. 4267) et du 6 mars 1998 (JO, 8 mars 1998, p. 3565), toutes deux relatives à la féminisation des noms de métier, fonction, grade ou titre.

97. Recommandation du Conseil de l'Europe du 6 juin 1990 sur l'élimination du sexisme dans le langage.

98. La Documentation française, 1999. Il est vrai que le caractère officiel de la publication peut avoir pour effet, recherché peut-être, de donner une impression de normativité, impression contre laquelle s'est de nouveau insurgée l'Académie française, évoquant « ce qui pourrait passer pour une directive régaliennne et légale » (voir A. Muratori-Philipp, 2002). Sur l'aspect linguistique de l'affaire, voir M. Yaguello (1998), qui rappelle que la langue est en tout cas question de normes.

67. Les mêmes auteurs critiques admettent pourtant l'usage politique de la loi en matière de langue⁹⁹, lorsqu'il s'est agi dans l'Ordonnance de Villers-Cotterêts d'exiger la rédaction des actes juridictionnels et de procédure en français, ou dans la loi du 31 décembre 1975 *relative à l'emploi de la langue française*, ayant l'ambition de préserver son usage non seulement dans la vie publique mais encore en matière économique et financière (étiquetage des marchandises ou rédaction des formulaires d'informations pour les produits financiers). Il est vrai que la langue est alors imposée en bloc et non pas touchée dans ses composantes, mais il demeure qu'il s'agit bien dans les deux cas d'une interférence politique sur l'usage de la langue, s'insérant dans des politiques publiques contestant ce qui serait la neutralité de celle-ci.

Considérations d'ouverture

68. À l'issue de ces analyses, il apparaît que le droit législatif français semble tenté par une conception néo-libérale, dans une approche multi-dimensionnelle consistant à reconnaître à la femme : en premier lieu, le droit de bénéficier de dispositions spécifiques résultant d'une considération directe de sa féminité (la loi comme concrétisation d'un effet de nature), en deuxième lieu, de dispositions visant à lui permettre d'avoir autant de chances de réaliser sa volonté que les hommes (la loi comme élément d'une politique publique d'incitation sur les structures sociales), en troisième lieu d'un statut tiré vers l'abstraction qui lui permet de n'être pas saisie en relation avec autrui (la loi comme abstraction visant à constituer des nouveaux espaces d'individualisme et de liberté), en quatrième lieu et enfin le droit de concrètement sortir de sa naturalité dans une disposition absolue d'elle-même, non pas dans l'abstrait mais dans le concret.

69. Pour développer ce dernier point, la liberté de disposer de son identité sexuelle, que la théorie désigne comme « un indécidable des sexes »¹⁰⁰, peut en effet être associée à une société techniciste qui permet ou laisse espérer concrètement ces transforma-

99. Voir spécialement François-Xavier Testu (1994, p. 444 et s.), sur sa présentation historique du français comme « langue publique », s'imposant avant tout à l'administration.

100. Présenté, non sans distance critique, par Françoise Collin, 1995, p. 669-677.

tions¹⁰¹. Le pouvoir des techniques, médicales et chirurgicales notamment, sur le corps, trouvera des échos en droit. Ainsi, la jurisprudence sur le transsexualisme a déjà été dans ce sens en admettant le changement de désignation juridique du sexe de l'individu. On observera que la jurisprudence française a fait référence à une dimension corporelle et psychologique¹⁰², alors que la jurisprudence européenne a fait le lien entre l'identité sexuelle que l'individu donne socialement à voir et son droit de s'épanouir en société. La Cour européenne a d'ailleurs tiré plus de conséquences du transsexualisme que ne l'avait fait la Cour de cassation, en puisant dans cette représentation sociale de l'identité sexuelle le droit d'obtenir la modification de l'état civil, mettant fin à un hiatus handicapant l'individu dans ses relations sociales.

70. Ce faisant, l'idée pourrait venir, soit de la suppression de la traduction juridique de l'identité sexuelle, ce qui revient à prolonger l'abstraction de l'art législatif et accroître l'abstraction de la notion de sujet de droit, le droit restant alors classique dans sa définition, ses catégories et sa méthode, soit de la disponibilité absolue de l'individu à lui-même, celui-ci pouvant faire varier son identité sexuelle et imposer ses variations au droit qui lui en donnerait acte, dans une concrétisation des identités qui ne seraient plus en rapport avec l'idée d'une nature des choses, l'ensemble étant soumis à une fluctuation permanente que le droit dit « postmoderne » et « post-libéral » a l'ambition d'accueillir et de traduire.

Marie-Anne FRISON-ROCHE et René SÈVE

BIBLIOGRAPHIE

- S. Andrini, 1999, « Du droit égalitaire aux discriminations positives dans la législation italienne : un parcours conceptuel », in A. Devillé et O. Paye (dir.), *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 35-47.
- E. Badinter, 1992, *XY, de l'identité masculine*, Paris, O. Jacob.
- K. Bartlett, 1990, « Feminist Legal Methods », *Harvard Law Review*, vol. 103, p. 829-888.

101. Sur le mode du phantasme et/ou de la logique poussée à l'extrême, l'ouvrage de Béatriz Preciado (2000), se situant au-delà du féminisme, spécialement l'idée de contrat contre-sexuel (p. 30 et s.).

102. Voir par ex., Civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, D. 1976, p. 397, note R. Lindon.

- J.-P. Baud, 1993, *L'affaire de la main volée. Histoire juridique du corps humain*, Paris, Le Seuil, coll. « Des travaux ».
- J.-P. Baud, 2001, *Le droit de vie et de mort : archéologie de la bioéthique*, Paris, Aubier.
- C. Baudino, 2001, *Politique de la langue et différence sexuelle. La politisation des noms de métier*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques politique ».
- B. Beigner, 2002, « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques. Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil », *Droit de la famille*, février, p. 4-5.
- M.-Cl. Belleau, 1999, « "Féminisme distinct" ou féminisme stratégique », in A. Devillé et O. Paye (dir.), *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*, op. cit., p. 13-33.
- N. Bensadon, 1994, *Les droits de la femme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? ».
- D. Borrillo (dir.), 2003, *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches ».
- J. Boulanger, 1950, *Principes généraux du droit et droit positif*, Mélanges G. Ripert, Genève, Dalloz, t. 2.
- P. Bourdieu, 1998, *La domination masculine*, Paris, Le Seuil.
- C. Brière, 2003, « Dévolution du nom de famille : aperçu rapide de la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 », *Petites Affiches*, n° 136, 9 juillet, p. 10-12.
- J. Carbonnier, 1996, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion.
- J. Carbonnier, 2001, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 10^e éd.
- J. Chevallier, 2003, « Lutte contre les discriminations et État-providence », in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », p. 38-54.
- J. Chevallier, 1998, « Vers un droit postmoderne ? », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des sciences de l'homme, LGDJ, coll. « Droit et société. Recherches et travaux, 5 », p. 21-46.
- Collectif, 1994, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française.
- F. Collin, 1995, « La raison polyglotte ou Pour sortir de la logique des contraires », in EPHASIA, *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, op. cit.
- J. Commaille, 2001, « Les injonctions contradictoires des politiques publiques à l'égard des femmes », in J. Laufer, C. Marry et M. Maruani, *Masculin-féminin : questions pour les sciences de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Sciences sociales et sociétés », p. 129-148.
- F. Demichel, 1995, « Représentation et sujet de droit », in EPHASIA, *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, op. cit., p. 462-469.
- A. Devillé et O. Paye (dir.), 1999, *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

- F. Dekeuwer-Défossez, 1991, *Droits des femmes*, Paris, Dalloz.
- F. Dekeuwer-Défossez, 1999, *Rénover le droit de la famille : proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, La Documentation française.
- O. Dhavernas, 1978, *Droits des femmes, pouvoir des hommes*, Paris, Le Seuil.
- EPHASIA, 1995, *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches ».
- La Documentation française, 1999, *Femme, j'écris ton nom*, Paris.
- G. Esping-Andersen, 2002, « Vers un contrat social pour l'égalité entre hommes et femmes à l'ère postindustrielle », in *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection*, Genève, Institut international d'études sociales, p. 121-142.
- L. Favoreu, 2003, *L'inconstitutionnalité des quotas par sexe, sauf pour les élections politiques*, Paris, AJDA, p. 313-314.
- B. Frydman, 1999, *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Story Scientia, coll. « À la rencontre du droit ».
- T. Garé, 2003, « La loi relative à la dévolution du nom de famille. Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 », *JCP, G, actu*, n° 370, p. 1393-1395.
- M. Gobert, 1990, « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister », *JCP I*, 3475.
- P. Godé, 1999, « Le droit de l'avenir (un droit en devenir) », in *L'avenir du droit*, Paris, PUF-Dalloz-Litec, p. 61-78.
- O. Gouges de, 2003, *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, Paris, Mille et une nuits.
- S. Granboulan, 1997, « Le père injuste », in *De l'injuste au juste*, Dalloz, Paris, coll. « Thèmes et commentaires », p. 11-18.
- M. Harrington, 1995, *Women Lawyers. Rewriting the Rules*, New York, A Plume Book.
- N. Heinich, 2001, « Les contradictions actuelles du féminisme », in *L'un et l'autre sexe*, *Esprit*, mars, p. 203-219.
- F. Héritier, 2001, « Privilège de la féminité et domination masculine », in *L'un et l'autre sexe*, *Esprit*, mars, p. 77-95.
- INSEE, 2003, *Regards sur la parité*.
- P. Issalys, 1993, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », in J.-G. Belley et P. Issalys (dir.), *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, Université Laval, GEPTUD, p. 185-219.
- J. Janson, 2003, « Au-delà des "femmes en politique". Les rapports de genre et la science politique », in J. Lafer, C. Marry, M. Maruani (dir.), *Le travail du genre. Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe*, Paris, La Découverte-MAGE, coll. « Recherches », p. 345-359.
- Ph. Jestaz, Ch. Jamin, 2004, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit ».

- C. Lafon, 2000, « Les femmes, éternelles mineures », *Libération*, 19 décembre.
- R.-M. Lagrave, 2000, « Une étrange défaite : la loi constitutionnelle sur la parité », *Politix*.
- M.-Th. Lanquetin, 2003, « Un autre droit pour les femmes ? », in J. Laufer, C. Marry, M. Maruani (dir.), *Le travail du genre. Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe*, op. cit., p. 325-344.
- J. Laufer, C. Marry et M. Maruani, 2001, *Masculin-féminin : questions pour les sciences de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Sciences sociales ».
- J. Laufer, C. Marry et M. Maruani (dir.), 2003, *Le travail du genre. Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe*, Paris, La Découverte-MAGE, coll. « Recherches ».
- S. Lebovici, 2002, « C'est pas juste », in *La justice*, Paris, Éd. Autrement, série « Morales », p. 16-27.
- P. Legendre, 1989, *Le crime du Caporal Lortie. Traité sur le Père*, Leçons VIII, Paris, Fayard.
- P. Legendre, 1992, *Les enfants du texte : étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard.
- L. Leveneur, 2002, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit*, Paris, Téqui, p. 45-85.
- A. Le Pors et F. Milewski, 2003, *Promouvoir la logique paritaire. Deuxième rapport du Comité de pilotage pour l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois supérieurs des fonctions publiques*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels ».
- R. Libchaber, 2002, *Les droits du conjoint survivant. Commentaire de la loi du 3 décembre 2001*, Francis Lefebvre, février.
- A. Lyon-Caen, 1995, « L'égalité et la différence dans l'ordre du droit », in EPHASIA, *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, op. cit., p. 423-425.
- C. A. Mackinnon, 1989, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass, Harvard University Press.
- B. Majnoni d'Intignano, 1999, *Égalité entre femmes et hommes, aspects économiques*, Conseil d'analyse économique du Premier ministre, Paris, La Documentation française.
- B. Majnoni d'Intignano, 2000, *Le sexe médiateur. Femmes et hommes en procès*, Paris, Plon.
- D. Méda, 2001, *Le temps des femmes : pour un nouveau partage des rôles*, Paris, Flammarion.
- J. S. Mill, 1992, *De l'assujettissement des femmes*, trad. franç., Paris, Éditions Avatar.
- Ch.-A. Morand, 1999, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société, 26 ».
- J. Mossuz-Lavau, 2003, « Les discriminations à l'encontre des femmes », in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », p. 86-99.

- A. Muratori-Philipp, 2002, « Féminisation : le rappel à l'ordre de l'Académie française », *Le Figaro*, 25 mars.
- F.-J. Pansier et C. Charbonneau, 2002, « Présentation de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Les Petites Affiches*, 9 avril, p. 4-8.
- F.-J. Pansier et C. Charbonneau, 2003, « Présentation de la loi du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille », *Gaz. Pal.*, n° 187, 6 juillet, p. 8-10.
- M. Perrot et J. Lebrun, 1997, *Femmes publiques*, Paris, Textuel.
- Michael J. Piore, 2002, « La réorganisation du travail et des relations d'emploi aux États-Unis en ce début de siècle », in P. Auer et B. Gazier (dir.), *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection*, Genève, Institut international d'études sociales, p. 191-21.
- B. Preciado, 2000, *Manifeste contre-sexuel*, Paris, Balland.
- Th. Revet, 1992, *La force de travail (étude juridique)*, Paris, Litec. coll. « Bibliothèque du droit de l'entreprise ».
- N. Savy, 1993, « Droits des femmes et mixité », in M. Riot-Sarcey (dir.), *Femmes, Pouvoirs*, Paris, Kimé, p. 44-50.
- A. C. Scales, 1986, « The emergence of feminist jurisprudence : An essay », *Yales Law Journal*, p. 1373 et s.
- A. Supiot, 1992, « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel) », *Droit social*, p. 382-385.
- F.-X. Testu, 1994, « Le statut juridique de la langue française » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Mélanges G. Cornu, Paris, PUF, p. 441-461.
- I. Théry, 2002, « Le nom entre préséance et préférence », *Esprit*, février, p. 110-118.
- I. Théry, 1996, « Différence des sexes et différences des générations. L'institution familiale en déshérence », *Esprit*, décembre, p. 65-90.
- M.-F. Valetas, 1992, « Avenir du nom de la femme et transformation des structures familiales », *Population*, p. 105-132.
- M. Yaguello, 1998, « La France est l'un des derniers pays où la féminisation des titres fait débat », *Le Monde*, 7 juillet.
- A. Yotopoulos-Marangopoulos, 1998, *Les mesures positives pour une égalité effective des sexes*, Bruxelles, Bruylant.
- B. Zarca, 2002, « La transmission du nom : identité et dualité », *Esprit*, février, p. 84-105.