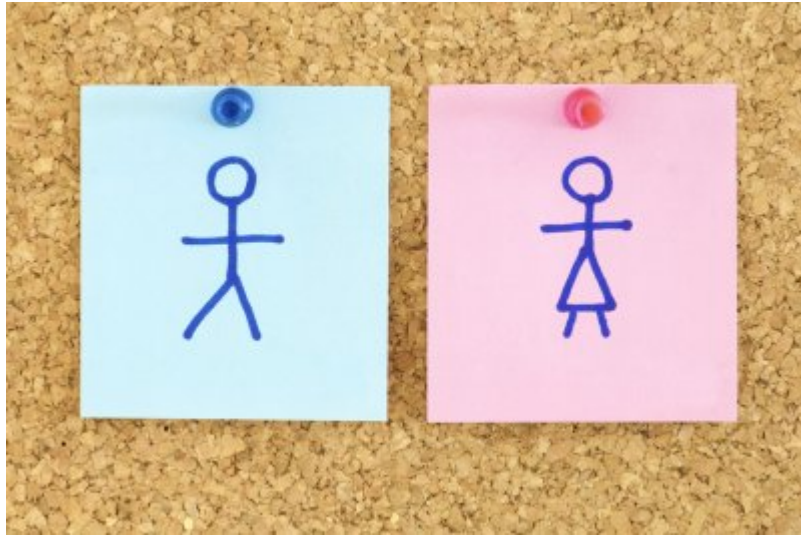


La question juridique de l'égalité des sexes

4 avril 2004



La vision qu'un juriste peut avoir de la question de l'égalité des sexes s'inscrit dans un double paradoxe : le premier tient à une certaine contradiction entre l'évolution des idées sur l'égalité des sexes et l'égalité des citoyens en général. Dans le questionnement contemporain général relatif à la notion d'égalité, de nombreux travaux récents, surtout en droit public [1] ont intégré les mouvements des philosophes du droit américains, en particulier de John Rawls et de Ronald Dworkin dans une nouvelle perspective qui tend à distinguer l'égalité de l'équité [2]. Comme le Conseil d'Etat l'a énoncé avec force, le principe d'égalité ne doit pas conduire à traiter identiquement tout le monde, mais à traiter chacun selon sa situation propre. Or, ce type de réflexion n'est pas mené, bien au contraire, en matière d'égalité des sexes. Au rebours, les dernières lois en cette matière, loin de se fonder sur un traitement « équitable » et donc différencié des deux sexes, visent explicitement à leur donner des statuts identiques : c'est le sens de la loi emblématique sur la parité politique.

Le second paradoxe tient à ce que le système juridique semble tendre éternellement à poursuivre un but qui pourtant paraît achevé. L'égalité des sexes est accomplie depuis la Constitution de 1946. Il n'existe plus de mesure législative distinguant homme et femme, que ce soit en droit de la famille ou dans les relations de travail, à l'exception de quelques règles relatives à la période de la grossesse et de l'accouchement. Et pourtant, cette égalité juridique parfaite semble inaccessible en pratique.

Il faut ajouter que le monde juridique français est assez peu sensible aux « Women's studies ». Plus nombreuses en philosophie et en sociologie, voire en anthropologie, les études féministes juridiques sont assez rares [3]. Il n'existe pas, à la différence des Etats-Unis, d'école d'analyse critique du système juridique sous l'angle de vue féministe [4].

Si l'égalité des sexes occupe donc une place marginale, à de nombreux égards, dans la réflexion juridique, il n'en demeure pas moins qu'elle fait l'objet de nombreuses mesures législatives. On se bornera à en citer trois particulièrement significatives : la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 instituant la parité politique, la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, et la loi du 4 mars 2002 relative au « nom de famille », qui n'est plus le nom patronymique.

Une certaine indigence théorique, une certaine effervescence législative, et une certaine ineffectivité pratique : telles pourraient être les trois caractéristiques de l'égalité juridique des sexes en ce début de millénaire. Car, malgré un train soutenu de mesures législatives, l'impression générale est celle d'un essoufflement de l'égalité des sexes. L'année 2002 a vu successivement la relance de la lutte contre les violences familiales et sexuelles, l'échec statistique de la parité politique aux élections législatives, et la constatation d'inégalités récurrentes en matière d'emploi, que la loi relative aux 35 heures n'a pas réduites.

Pourquoi le système juridique ne parvient-il pas à venir à bout de l'inégalité des sexes ? Telle est la question à laquelle est confronté le juriste.

Deux hypothèses complémentaires seront formulées :

– L'égalité juridique des sexes demeure inaboutie parce que la différence des sexes demeure inassumée, en ce sens que le système normatif se refuse à considérer l'égalité autrement que comme une identité de droits et de devoirs et persiste à traiter les deux sexes de manière identique, sans tenir compte de leur différence.

– L'égalité juridique des sexes demeure inaccessible parce que les outils juridiques ne permettent pas de l'atteindre sans porter atteinte à d'autres valeurs également précieuses, et parfois même à d'autres formes d'égalité.

Vérifions tout à tour ces hypothèses.

EGALITÉ JURIDIQUE ET DIFFÉRENCE DES SEXES

Comprendre la problématique actuelle de l'égalité - ou de l'inégalité - des sexes impose de repartir de l'origine des inégalités : à savoir la différence biologique des sexes. A cet égard, la question de l'égalité des sexes est unique, car elle confronte à la nécessité de penser l'égalité dans une configuration de différence.

L'égalité des races, l'égalité entre aînés et cadets, l'égalité des citoyens pour ne citer que ces exemples, sont justifiées par l'absence de pertinence des différences. Il n'y a pas lieu de penser que la couleur de peau justifie des inégalités parce qu'elle est une considération indifférente au regard des droits politiques sociaux ou civils. De même pour la richesse face au droit de vote, etc.

La différence des sexes, par contre, oblige à s'affronter au paradigme de l'égalité dans la différence, parce que si l'on peut affirmer qu'il n'y a pas

de différence entre un citoyen noir ou blanc, ce qui justifie l'égalité de leur droit de vote, il est bien difficile d'utiliser le même raisonnement à propos du rôle de la mère et du père dans la famille.

Cette difficulté est telle qu'elle a tout d'abord été niée, volontairement ou non. Les chemins de l'égalité des sexes, comme ceux de toutes les formes de l'égalité, ont été ceux de l'identité. Progressivement, les femmes ont acquis des droits calqués sur ceux des hommes, en particulier à partir de l'argumentation selon laquelle elles avaient les mêmes capacités intellectuelles ou morales.

La figure emblématique de ce type d'égalité est celle du concours de recrutement. Face à une série de copies anonymes, la preuve sera faite de l'égalité des deux sexes à répondre aux exigences posées. Ce type d'approche correspond à une première vague historique du féminisme qui a été portée à son paroxysme par Simone de Beauvoir dans son célèbre « on ne naît pas femme, on le devient ».

Il faut bien comprendre la racine historique de cette approche indifférenciée de l'égalité. Depuis un certain nombre de siècles, pour ne pas dire de millénaires, les femmes ont appris par expérience que « le droit à la différence porte en germe la différence des droits ». Tout traitement particulier réservé à l'un ou l'autre sexe a toujours été traduit en termes d'inégalité, au détriment du sexe « faible ». Ce qui les a amenées à démontrer leurs capacités à agir « comme des hommes », la figure masculine étant posée implicitement comme celle de l'universalité humaine. Aujourd'hui encore, le « différentialisme » féministe a peu d'audience parce qu'il est tenu pour inefficace et même nocif en termes d'égalité.

Mais l'égalité dans l'identité qui est proposée en modèle par la loi dans le domaine des relations sociales au sens large (incluant le monde du travail) peine à trouver une véritable réalité parce qu'elle fait fi des réalités familiales, qui demeurent marquées par une différence des sexes dont on peut se demander si elle a été correctement appréhendée par le système juridique.

Une étude du traitement juridique de l'égalité des sexes dans le domaine de la famille précédera donc et permettra d'expliquer les tenants et aboutissants de l'égalité des sexes dans la vie sociale.

Egalité et différence des sexes dans la famille

Comprendre les chemins de l'égalité moderne des sexes dans la famille nécessite un détour par les ressorts de fonctionnement de la famille patriarcale [5] Fondamentalement, la famille patriarcale est destinée à donner des enfants aux hommes. Les femmes n'ont jamais eu besoin du système juridique pour avoir une descendance. Les hommes, par contre, ne peuvent être pères que si une structure sociale leur rattache les enfants mis au monde par une femme. Or, le besoin de descendance est aussi fort pour les hommes que pour les femmes. Le système patriarcal va donc tout organiser pour créer et solidifier le lien entre l'enfant et son père. Il faut ajouter que, dans une société du temps long, la lignée était ce qui permettait à chacun de se situer dans la société. Noblesse ou servage, biens immobiliers, fiefs, titres et noms, l'identité et la fortune de chacun dépendait essentiellement de sa naissance.

Ceci expliquait l'importance donnée à la naissance légitime, qui seule donnait droit de cité à l'enfant, le bâtard étant, à proprement parler, un enfant sans droits parce que né hors la loi.

D'où une série de règles terriblement contraignantes pour l'épouse : puissance maritale, répression de l'adultère, etc.

Il faut bien insister sur le fait que toutes ces contraintes étaient justifiées par le souci de cohésion familiale. Si cette nécessité n'existait pas, les droits des femmes pouvaient être reconnus. Ainsi, par exemple, la « fille majeure » avait une pleine capacité juridique dans le Code Napoléon, alors que l'épouse était juridiquement incapable.

Ce terrible carcan a bien sûr été brisé par la poussée des droits individuels. A cet égard, il faut bien voir que toutes les lois qui ont rendu le droit de la famille moins contraignant ont été considérées et étaient, de fait, des conquêtes féministes. Certaines libertés ont été octroyées parce que le législateur espérait qu'elles profiteraient à l'ensemble de la famille. Ainsi, les lois relatives à la libre perception de son salaire par la femme mariée (13 juillet 1907), comme la possibilité qui lui fut ouverte à l'époque d'ouvrir un livret de Caisse d'épargne (loi du 9 avril 1881) avaient pour but explicite d'éviter que les sommes péniblement gagnées par les épouses fussent dilapidées par le mari... Mais d'autres réformes, comme la réinstauration du divorce par la loi Naquet de 1884 ont été perçues comme une conquête féministe, alors que l'on aurait pourtant pu penser que ces nouvelles libertés auraient été égalitairement profitables aux deux sexes [6]

Il n'est pas besoin d'épiloguer sur les étapes ultérieures de la libération des femmes dans le domaine familial : libéralisation de la contraception (1967), possibilité d'interruption légale de grossesse (1975). Une date importante doit encore être citée : la loi du 4 juin 1970 qui a supprimé le « chef de famille ». Depuis cette date, une série de lois ont progressivement supprimé toute référence au sexe dans les lois relatives à la famille. La dernière en date, à cet égard, est celle du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, qui achève de conférer aux deux parents des droits exactement identiques en toute circonstance sur leurs enfants.

Ce qui est plus intéressant, c'est de montrer comment, cette égalité de droit étant désormais achevée, la spécificité des situations familiales amène à réinterroger l'identité des fonctions des deux sexes dans la famille. Trois exemples seront proposés pour illustrer cette problématique.

Le premier est tiré de l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents. En 1970, la loi qui a supprimé le « chef de famille » avait aussi en même temps décidé que les enfants nés de parents non mariés seraient soumis, en principe, à l'autorité parentale exclusive de leur mère. L'argument invoqué alors était d'ordre pratique : la stabilité des familles reposant sur un concubinage n'étant pas garantie, l'expérience montrant que de nombreux enfants « naturels » étaient élevés par leur mère, il était beaucoup plus pratique de donner tous les pouvoirs à celle-ci, afin d'éviter les situations de conflit ou de blocage. La loi de juillet 1975 qui réforma le divorce prescrivit, peu de temps après, que l'intérêt de l'enfant serait désormais le seul critère de détermination de sa « garde ».

Le résultat ne se fit pas attendre : une montée exponentielle des familles monoparentales regroupées autour des mères, que l'on finit par accuser du désarroi et des incivilités de la jeunesse, et une multiplication des associations de pères se sentant exclus de la vie de leurs enfants et revendiquant un traitement plus équitable et une attribution plus égalitaire des responsabilités envers les enfants. La cour de cassation rendit deux arrêts de principe, le 21 mars 1983 et le 2 mai 1984 autorisant une « garde conjointe » mais interdisant la « garde alternée ». Il ne fallut pas moins de trois lois, - le 22 juillet 1987, le 8 janvier 1993 et le 4 mars 2002- pour résoudre la question de l'égalité des parents en cas de séparation.

Si le dernier texte prévoit, en définitive, une stricte égalité des parents, il faut bien voir que c'est au prix d'une indéniable réduction de la liberté des mères. Désormais, en effet, la résidence de l'enfant doit toujours être fixée d'un commun accord entre les parents. Ce qui signifie que la mère non mariée qui souhaite quitter le domicile de son compagnon ne peut pas le faire en emmenant son enfant sans, au préalable, non seulement prévenir son compagnon, mais encore obtenir son accord...il n'est pas certain que les pratiques sociales soient en ce sens ! On constate par l'expérience que l'affirmation des droits des pères ne peut se faire qu'au travers de la restriction de ceux des mères.

Le second exemple sera tiré de la réforme instituant le Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles, créé par une loi du 22 janvier 2002. Le nouveau texte tente de traiter sur un même pied d'égalité le père et la mère dans le cas d'enfant « nés sous X ». Or, cela s'avère impossible. D'une part, la mère a et conserve toute latitude pour paralyser l'accès du père à son enfant, puisqu'en accouchant « sous X » elle cache non seulement son identité mais aussi celle du père. Et celui-ci ne peut reconnaître son enfant, faute de pouvoir trouver son acte de naissance. D'autre part, la loi a prévu que le père puisse tenter de retrouver l'enfant avec l'aide du Procureur de la République. Dans ce cas, même si, juridiquement, le lien de filiation à l'égard de la mère n'est alors pas établi, il est bien évident que son anonymat sera brisé en fait, puisque le lien de l'enfant avec le père passe nécessairement par la mère. On ajoutera que, dans certains cas, l'accouchement « sous X » a précisément lieu pour préserver un enfant des violences paternelles...et on conviendra que la logique de l'égalité des sexes est ici bien difficile à tenir.

Le troisième exemple résulte de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille. Destinée à mettre fin au nom patronymique, dernier bastion du système patriarcal, la loi a tenté de trouver un système de collation des noms qui soit égalitaire. Force est de constater, d'une part qu'elle n'y est pas parvenue, et, d'autre part, qu'il n'est pas certain que le projet fût judicieux. Les deux parents ayant chacun un nom, et l'addition indéfinie des noms n'étant pas possible, la dialectique du choix imposait d'en éliminer un. Après quelques hésitations, le parti pris fut qu'à défaut d'accord différent des parents, l'enfant porterait le nom du père. Il n'est pas certain que les parlementaires se soient rendus compte du droit de veto discrétionnaire qu'ils donnaient ainsi au père. La où la loi imposait le nom du père, la volonté arbitraire du même père pourra avoir le même résultat !

Et surtout, face à l'incertitude contemporaine relative à la place du père, et à la volonté de restaurer cette place, était-il véritablement judicieux de supprimer cette inégalité-là ?

On le constate, l'égalité dans l'identité n'est pas une solution totalement pertinente en droit de la famille, parce que le rôle des deux sexes, qu'on le veuille ou non, n'est pas identique. Mais comment, par exemple, conserver des règles préférentielles pour le nom du père sans que cela soit perçu comme inégalitaire ?

Cette difficulté ontologique va déborder le domaine familial et s'épandredans celui des relations sociales.

Égalité et différence des sexes dans la société civile

L'égalité des sexes par l'indifférenciation de leurs rôles ne devrait *a priori* pas poser de problème majeur dans le domaine extra-familial. Il suffit, semble-t-il, de ne pas tenir compte du sexe des individus dans l'exercice de leurs profession, ou encore de leurs responsabilités sociales. C'est ici le lieu d'évoquer une distinction sémantique relativement récente entre sexe et genre. La notion de sexe renvoie à une différence biologique : les fleurs et les animaux sont sexués. La notion de genre est relative à des rôles sociaux [7] On peut la rapprocher du sens, différent mais voisin, du genre des noms (la table, le meuble...). Distinguer les deux doit permettre de sérier les hypothèses où il faut bien tenir compte du sexe des individus, par exemple pour accorder des congés de maternité aux femmes qui accouchent, et les cas où des représentations sociales attribuent arbitrairement des rôles différenciés aux hommes et aux femmes. La question de la parité en politique est donc une question de genre, et non pas de sexe.

Reste que les choses ne sont pas si simples. D'abord, parce qu'il est bien difficile de déterminer quelles règles sont nécessaires en raison de la différence des sexes, et quelles mesures s'avèrent des discriminations en raison du genre. De ce point de vue, l'année 2001 a vu l'épilogue houleux d'une question extrêmement sensible depuis le XIXe siècle : le travail de nuit des femmes. Historiquement, le travail de nuit des femmes avait été interdit officiellement pour protéger la santé des femmes, à une époque où la durée des journées et des semaines de travail était très éprouvante. Pourtant, il est établi que cette interdiction a surtout permis aux hommes de se réserver les primes et avantages salariaux liés à cette forme d'activité. Dans la tradition collective du féminisme, est restée très prégnante l'histoire du journal La Fronde, dirigé par Marguerite Durand, qui ne put plus continuer à être publié quotidiennement à partir de 1903, parce que les plaintes des syndicats (masculins) d'imprimeurs avaient entraîné une avalanche d'amendes en raison du travail de nuit des femmes journalistes [8]

Depuis des lustres, donc, les mouvements féministes militaient pour l'abandon de cette interdiction, d'autant plus injuste qu'elle ne faisait pas obstacle à l'exercice de certains métiers nocturnes particulièrement pénibles dans les métiers de la santé ou de l'entretien. Pourtant, jamais les syndicats n'appuyèrent la revendication d'une égalité des sexes au regard du travail de nuit, prétendant qu'admettre ce travail serait un recul social, et que le travail de nuit, s'il était nocif, devait être interdit pour les hommes comme pour les femmes. Il fallut plusieurs condamnations de la France par la Cour de Justice des Communautés européennes [9] pour que la loi du 9 mai 2001 vienne à bout de cette discrimination anachronique.

La question de la mixité et de la parité est l'avatar le plus récent de la question du genre [10] L'égalité par l'identité des rôles suppose nécessairement la mixité des milieux sociaux ou professionnels. A défaut, l'existence de métiers ou de fonctions « masculins » ou « féminins » se transforme vite en hiérarchies discriminatoires. Depuis trois ou quatre décennies, la mixité a donc été posée en principe général, dans l'éducation puis dans les recrutements professionnels. L'existence de recrutements « sexués » est même pénalement répréhensible.

Pourtant, à l'expérience, les résultats de cette politique ne sont pas fort sensibles. Le « plafond de verre » empêche toujours les femmes d'accéder aux plus hautes responsabilités dans les entreprises, tandis que la proportion de femmes parmi les parlementaires ne parvient pas à dépasser les 12%. Les jeunes filles et les jeunes gens continuent à s'orienter vers des métiers différents.

Ce qui est particulièrement curieux, c'est que les types d'orientations peuvent changer, mais demeurent toujours connotés en termes de « genre ». L'exemple le plus caricatural est certainement le recrutement de l'Ecole Nationale de la Magistrature. Presque totalement masculin il y a encore quarante ans, ce recrutement est aujourd'hui féminisé à...80% ! Le Barreau et les professions médicales ont subi une évolution similaire, bien que moins marquée. La société n'a d'ailleurs pas encore pris la mesure du bouleversement, car les magistrats exerçant des fonctions de responsabilité

appartiennent à une classe d'âge où cette féminisation n'avait pas encore eu lieu. Mais, d'ici dix ou quinze ans, toutes les fonctions clés de la Magistrature seront exercées par des femmes.

Dans le cas particulier des responsabilités politiques, l'on sait que la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 a prévu des mesures destinées à promouvoir une représentation égale des hommes et des femmes dans les instances politiques. On sait aussi que le succès n'a été que relatif : il n'y a toujours que deux maires femmes de villes de plus de 100 000 habitants, et le taux de féminisation de l'Assemblée Nationale n'est guère passé que de 9 à 12% aux élections de 2002.

La comparaison de la féminisation foudroyante de l'appareil judiciaire et de la masculinité résistante du monde politique pose question. Après tout, il s'agit de deux dimensions aussi essentielles l'une que l'autre des fonctions régaliennes de l'Etat. Pourquoi faudrait-il que la parité soit imposée dans les assemblées et les ministères, tandis que les femmes auraient tous les leviers du système judiciaire ?

Si l'on élargit le débat au-delà de ces deux exemples, la question est de savoir si l'on peut et si l'on doit effectivement promouvoir la parité dans toutes les fonctions, et au nom de quelle idéologie [11]?

Mais la question est aussi et surtout de savoir pourquoi les femmes et les hommes ne s'engagent pas dans les mêmes carrières et n'ambitionnent pas les mêmes responsabilités. Avant même que les biais discriminatoires dans le recrutement ou le choix ne puissent être exercés, ce sont les candidatures féminines qui souvent font défaut. L'on sait, par exemple, que le respect des prescriptions relatives à la mixité des jurys de recrutement dans la Fonction publique est rendu terriblement difficile par le faible taux d'acceptation des femmes qui sont sollicitées. L'on sait aussi que la féminisation de certaines professions, comme par exemple du corps médical ou de la magistrature ont déjà entraîné des changements dans les modes de vie de ces milieux.

Derrière ce qui est analysé comme des biais de « genre » se cachent des réactions qui sont liées au statut des hommes et des femmes dans leur famille. Toutes les études montrent que la participation des hommes aux charges ménagères a très peu augmenté en volume, et que les temps alloués à l'activité professionnelle, ainsi qu'aux responsabilités syndicales ou associatives des mères et des pères de deux ou trois enfants n'ont rien de commun [12] Il n'est dès lors pas étonnant que les jeunes filles, dans la perspective de leurs futures responsabilités familiales, s'orientent vers des métiers où la conciliation vie familiale, vie professionnelle leur semble plus facile et, ensuite, organisent leur mode d'exercice de ces professions de manière à faciliter cette conciliation. Et il n'est pas plus surprenant que les employeurs, anticipant cette moindre disponibilité, préfèrent recruter des hommes pour les postes de responsabilité.

La réponse politique de ces dernières années face à cette situation est ambiguë. Tantôt sont prises des mesures destinées à permettre aux femmes qui le désirent de limiter leur activité professionnelle afin d'assumer leurs tâches familiales : par exemple, le congé parental d'éducation, plusieurs fois remanié et désormais accessible dès le second enfant. Dans le même ordre d'idées, on peut citer les propositions d'« allocation unique » destinées à permettre aux « couples » de « choisir » entre la continuation de deux activités professionnelles avec garde de l'enfant par un tiers ou la prise en charge de l'enfant par l'un des parents qui abandonne provisoirement son emploi. Formellement asexuées, ces mesures renforcent, en fait, le biais de genre car elles aboutissent à retirer provisoirement ou définitivement les femmes du marché du travail [13]

Tantôt, au contraire, l'on tente de remédier au déséquilibre de l'investissement des parents dans la famille en créant un « congé de paternité », certes plébiscité, mais dont la durée de 11 jours indique les limites.

L'ambivalence des mesures indique l'incertitude de la politique. Pour le dire brutalement, doit-on ou non tenter de contrer les représentations sociales et individuelles qui font de la femme le pilier du foyer domestique ? Quels degrés de coercition ou d'incitation doivent être envisagés ?

Manifestement, l'égalité des citoyens et des citoyennes, des travailleurs et des travailleuses ne peut se construire sans traiter la question du rôle des deux sexes dans les familles. Or, cette question est quasiment taboue, les réflexions étant paralysées par la représentation identificatoire de l'égalité des sexes.

Mais une autre difficulté entrave la promotion de l'égalité par le système juridique : à supposer la politique définie, encore faudrait-il lui ajuster des moyens appropriés. Or, les ressorts juridiques sont bien imparfaits et s'avèrent relativement impuissants.

EGALITÉ DES SEXES, TECHNIQUE JURIDIQUE ET THÉORIE DU DROIT

La question est ici de savoir par quels moyens les règles juridiques peuvent, ou non, rendre effective une égalité des sexes posée en principe constitutionnel, mais inachevée en pratique.

Il s'agit d'un sujet particulièrement intéressant au regard de la théorie du droit. Le système juridique est par essence normatif, c'est-à-dire qu'il dicte les comportements. Mais, par ailleurs, l'évolution du droit est le résultat de celle des comportements et/ou des idées. La question n'est pas nouvelle et se trouvait déjà posée dans un adage latin « *quid leges sine moribus, quid mores sine legibus* » [14] De ce point de vue, l'égalité des sexes est un domaine paradigmatique, dans lequel on observe presque à l'état pur un mouvement en trois temps : d'abord l'évolution des idées, qui suscite l'adoption d'un principe juridique d'égalité des sexes. Ensuite, ce principe, consacré par la loi, va modifier les comportements et pratiques quotidiennes. Loin des lois « sociologiques » souvent décriées pour leur « suivisme », les lois imposant l'égalité des sexes montrent la persistance d'une normativité forte dans certains textes législatifs.

Avant toute chose, il convient tout d'abord de saluer les progrès immenses accomplis. Au cours des cinquante dernières années, les femmes sont devenues pleinement capables juridiquement, ont acquis le droit de vote, celui d'exercer librement toute espèce d'activité professionnelle, avec ou sans le consentement marital, d'avoir un compte en banque et de gérer librement leur patrimoine, et ont acquis la maîtrise de leur fonction procréatrice.

Face à ces avancées indéniables, dont on peut mesurer l'importance en comparant la situation de la femme occidentale à celle de la femme africaine ou musulmane, par exemple, on ne peut que s'interroger sur ce qui semble une limite à l'efficacité du droit. Tout se passe comme si l'égalité des sexes suivait une courbe asymptotique, qui se rapproche toujours de l'axe des abscisses ou des ordonnées, sans jamais l'atteindre, et dont l'un des symboles les plus explicites pourrait être la différence de salaires entre hommes et femmes, qui demeure bloquée aux alentours de 30% depuis environ trente ans.

Si le droit manifeste en l'occurrence une certaine impuissance, il semble que ce soit, outre les causes générales de l'ineffectivité du droit, pour deux causes spécifiques : le fait que l'égalité s'oppose souvent à d'autres valeurs fortement promues par notre société, tirées des droits individuels, et la difficulté de lutter contre les discriminations sans user de moyens eux-mêmes discriminatoires.

L'antagonisme entre l'égalité et les libertés individuelles

La découverte n'est pas nouvelle : on sait, depuis la Révolution française que, par exemple, liberté et égalité ne vont pas spontanément de pair.

De fait, la lutte contre l'inégalité des sexes ne peut se mener que par des moyens contraires à certaines libertés. Ainsi, la liberté de l'employeur de choisir le salarié qu'il embauche est délibérément contrariée par l'obligation qui lui est désormais faite de rédiger les annonces d'offres d'emploi de manière asexuée.

De même, l'égalité des sexes dans les droits familiaux est perçue comme une intrusion intolérable dans certaines familles de culture musulmane ou d'origine étrangère, qui y voient une atteinte à leur culture propre. Pour ne donner qu'un exemple, on sait à quel point la coutume des mariages arrangés avec un cousin resté au pays pèse sur la vie de certaines jeunes maghrébines. Les principes d'égalité des sexes et de respect des cultures différentes sont ici inconciliables.

Dans certaines hypothèses, l'atteinte aux libertés est perçue comme peu grave, parce que la mesure apporte un bénéfice objectif, qui compense la contrainte. Ainsi, le partage des congés de naissance entre la mère et le père n'est pas perçu comme une contrainte si le volume global des congés indemnisés est en augmentation.

Dans d'autres cas, la politique législative s'épuise face à l'absence de coopération des intéressé(e)s. Ainsi l'une des limites les plus sensibles aux politiques de lutte contre les violences familiales est-elle le refus fréquent des femmes battues de porter plainte. Il est vrai que de nombreuses raisons, sentimentales ou économiques entre autres, expliquent cette réticence et que le système juridique n'est pas toujours apte à protéger la femme qui s'est insurgée contre les violences et à lui donner les moyens d'assumer son autonomie retrouvée.

Dans le même ordre d'idées, le choix du port du nom du mari par les jeunes épouses est très généralement assumé par les jeunes couples de manière délibérée. Les mesures juridiques destinées à permettre à la femme de transmettre son nom à son enfant ne peuvent dès lors qu'être inefficaces si les mères ont déjà avant la naissance, choisi de ne plus porter leur nom « de jeune fille ».

Un dernier exemple peut être tiré du retrait souvent volontaire des mères à l'égard de leur emploi. On peut, certes, prévoir législativement toute une palette de mesures permettant à la femme d'alléger temporairement leur charge de travail professionnel pour s'occuper des tout-petits. On ne peut pas empêcher que ce désengagement soit négatif pour leur carrière. On ne peut pas non plus faire que ce choix ne soit pas gravement pénalisant si l'union matrimoniale est rompue. La situation économique désastreuse des femmes divorcées ne peut pas être résolue législativement, dans la mesure où il n'est pas économiquement possible que l'ex-mari, qui refait généralement sa vie, puisse entretenir deux familles avec le même train de vie que lorsqu'il n'en avait qu'une seule à sa charge ! Toute réforme des prestations compensatoires butera nécessairement sur cette aporie économique. Or, l'origine du problème réside dans la décision de la femme de ne pas ou plus exercer d'activité professionnelle.

Le caractère privé des relations familiales est un autre obstacle à l'impérativité législative. On a déjà relevé le faible attrait des hommes pour les tâches ménagères, le fait que nombre de femmes répugnent à abandonner leur seigneurie domestique, et la persistance consécutive de la « double journée » des femmes qui travaillent. Il est cependant évident que toute mesure d'ordre réglementaire en la matière serait d'un faible impact ! Seule reste l'arme des campagnes de sensibilisation par voie médiatique, apparemment peu efficace.

Sans doute faut-il cependant relativiser l'antagonisme entre la loi égalitaire et la liberté individuelle. La loi n'est pas seulement un instrument coercitif, mais aussi porteuse d'un sens qui finit par s'imposer. Le modèle de l'égalité sera de plus en plus souvent choisi librement. Du moins faut-il l'espérer.

D'ici là, le législateur devra continuer à utiliser les armes dont il dispose, qui sont parfois en elles-mêmes problématiques.

Les perversités de l'arsenal anti-discrimination

Le concept-clé en la matière est celui de discrimination, que l'on peut rapidement définir comme une différence péjorative faite en fonction d'un critère illicite. Il convient donc de différencier les différences de traitement justifiées par des raisons objectives, des discriminations fondées sur des motifs illicites et donc reprochables (et la plupart du temps, pénalement sanctionnées).

La lutte contre les discriminations, en particulier sexistes, a donné lieu à toute une série de notions et de moyens juridiques appropriés à ce contexte particulier.

S'agissant de la preuve des comportements discriminatoires, l'on utilise souvent le concept de « discrimination indirecte ». Dès lors qu'une inégalité frappe statistiquement une catégorie de personnes, la mesure sera considérée comme discriminatoire à leur égard. Ainsi, les restrictions de droits envers les travailleurs à temps partiel seront considérées comme des discriminations sexistes parce que les femmes représentent le plus grand nombre de travailleurs de ce type.

Une autre technique consiste à établir une présomption de discrimination : devant une différence de traitement, il incombera à l'auteur de la différence de la justifier, à défaut de quoi elle sera considérée comme discriminatoire. C'est ce procédé qui est utilisé en matière d'emploi par la directive européenne du 15 décembre 1997 et reprise ensuite par le droit français : c'est à l'employeur de donner les justifications des différences

de traitement de ses salariés, et non à ces derniers d'établir en quoi la différence est discriminatoire.

Il faut encore évoquer les *discriminations positives* et les *actions affirmatives*. Les discriminations positives sont, comme leur nom l'indique, des discriminations à rebours. Par exemple, on décidera que les promotions dans une administration devront prioritairement concerner des femmes, pour rééquilibrer les sexes dans l'encadrement. Trop manifestement inégalitaires, ces actions ont été remplacées par les *actions affirmatives* : il s'agira alors non plus de réserver des promotions aux femmes, mais d'inciter celles qui peuvent y prétendre à se porter candidates, voire de leur organiser des sessions de remise à niveau afin d'optimiser leurs chances.

L'ensemble de ces mesures souffre cependant d'un vice congénital, qui est de lutter contre les inégalités avec des armes inégalitaires. Le résultat ne peut être qu'imparfait, car les succès ainsi obtenus sont entachés d'un défaut ontologique, qui est l'impureté de leur origine. La question est désormais bien connue aux États-Unis, où de nombreuses mesures destinées à favoriser l'entrée des Afro-américains ou des américains d'origine hispanique ont été violemment contestées pour leur inégalité. De fait, il est difficilement admissible qu'un Américain WASP se voit refuser l'accès à une université alors qu'un Afro-américain ayant des résultats scolaires bien inférieurs est admis. Surtout, ce système entache de suspicion toute réussite des catégories favorisées, qui sont alors tenues pour devoir leur résultat à leur origine et non pas à leurs mérites.

La problématique est totalement transposable en France, face aux taux de succès inégaux des jeunes filles et jeunes gens dans les concours de recrutement de la Fonction Publique. Ainsi, depuis que le concours d'instituteur est mixte, les instituteurs sont quasiment tous des institutrices. La situation, on l'a vu, est la même pour les magistrats. Par contre, dans les recrutements de l'enseignement supérieur, au niveau du « Collège A » (Professeurs et Directeurs de recherches), le taux de féminisation est, tout au moins dans les disciplines scientifiques, encore bien inférieur à 50%.

La seule manière de rétablir la parité est paradoxalement d'abandonner la mixité pour revenir comme autrefois à des concours séparés, mais cela implique de recruter hommes et femmes à des niveaux de compétences différents pour les mêmes postes.

Doit-on promouvoir l'inégalité de recrutement au regard des compétences pour favoriser l'égalité des sexes ? Entre les deux égalités, laquelle choisir ? Et doit-on accorder plus d'importance à la qualité des services qui seront rendus par les futurs agents publics ou aux conditions d'accès à la Fonction Publique ?

La question juridique de l'égalité des sexes débouche donc directement sur la question politique de l'égalité des citoyens. Il n'y a pas une mais des égalités, au regard de critères différents. Le tout est de savoir quel critère et quelle forme d'égalité sont les plus importants. Encore faudrait-il oser poser le problème en ces termes, ce qui n'est que bien rarement fait.

Ce texte a fait l'objet d'une publication dans la revue *Comprendre*, dir. J.-P. Fitoussi et P. Savidan, n° 4, « Les inégalités », Paris, PUF, 2003.

Photo / © pedrosala - Fotolia

[1] Voir en particulier le Rapport du Conseil d'Etat « Sur le principe d'égalité », La Documentation française, n° 48, 1996.

[2] Voir Th. Lambert (dir) « Egalité et équité : Antagonisme ou complémentarité, Paris, Ed. Economica, 1999.

[3] Une bibliographie plus que sommaire peut énoncer les noms de Geneviève Fraisse et Sylviane Agasinski en philosophie, d'Irène Théry en sociologie et en droit, de Françoise Héritier en anthropologie, et de Thérèse Lanquetin en droit social.

[4] Voir la très intéressante typologie d'études juridiques féministes dressée pour la revue trimestrielle de droit civil par M-C Belleau, Professeur à l'Université de Laval (Canada), R T D Civ, Janv 2001, p 1.

[5] Il n'est guère utile ici d'entrer dans le débat sur l'existence anthropologique de familles matriarcales. Si des familles matrilineaires existent dans des sociétés africaines, aucune structure matriarcale symétrique à la famille patriarcale de l'Occident ne semble véritablement attestée. En tous cas, les racines historiques de la famille occidentale sont essentiellement la famille romaine, dont le caractère patriarcal est certain bien qu'elle fût monogame, la famille des peuples de la Bible, qui était encore plus patriarcale puisqu'elle était polygamique, et la famille des peuples barbares, dont on ne sait pas grand chose et qui connaissait probablement une certaine autonomie de la femme, mais bien relative cependant. Il faut noter que le droit romain du bas Empire reconnaissant une relative autonomie aux femmes et que, sur de nombreux points, le droit du Moyen-Age, puis de la Renaissance furent en net retrait : Sur l'histoire des femmes, consulter la somme dressée sous la direction de Michèle Perrot et Georges Duby, Histoire des femmes, 5 tomes, éd Plon, 1991.

[6] Voir Dauphin « Femmes seules », in Histoire des femmes, t.4, Le XIXe siècle, Plon, 1991, p. 456.

[7] Cf. Le Genre : un outil nécessaire. Introduction à une problématique, ouvrage collectif, Paris, L'harmattan, 2000, cahiers « genre et développement », n° 1.

[8] Cf. *Revue d'En face*, automne 1983, p 12.

[9] La première dans un arrêt du 25 juillet 1991.

[10] Cf. I. Théry « La mixité, figure nouvelle de l'égalité » in Revue de la CFDT, fev. 2000, p. 10.

[11] La parité politique n'a d'ailleurs pas convaincu toutes les féministes. Défendue par Sylviane Agazinski, elle fut fermement combattue, entre autres, par Elisabeth Badinter. Le débat portait, entre autres, sur la question de savoir si ce mode de raisonnement peut être transposé à d'autres types de différences. Les défenseurs de la parité ont prétendu que la différence sexuelle présentait des caractères d'originalité tels qu'aucune transposition n'était concevable. Ses adversaires en doutaient.

[12] On peut lire, par exemple, deux travaux récents : « Offre de travail et répartition des activités domestiques et parentales au sein du couple : une comparaison entre la France et la Suède » Economie et Statistiques, n° 353,352, 2002, p 127, et L. Lesnard « Disponibilité parentale et activités familiales », Etude du CREST, INSEE, 2003.

[13] Encore faut-il compter dans ce pourcentage les hommes sans emploi au moment de la naissance, qui voient dans ce congé un relais des allocations de chômage.

[14] Qu'est la loi sans les mœurs, que sont les mœurs sans la loi ?

-
- Emplacement :
 - Adresse de cet article : <https://www.inegalites.fr/La-question-juridique-de-l-egalite-des-sexes>