

PRÉSENTATION GÉNÉRALE

Marie-Anne FRISON-ROCHE et René SÈVE

I. Présentation générale du thème

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». On ne saurait mieux par ces premiers mots de la *Déclaration* de 1789 rappeler que le droit moderne repose sur la volonté de fonder les qualités juridiques, les droits et les devoirs, indépendamment de déterminations extérieures, naturelles ou sociales. Le raisonnement juridique s'appuie en effet sur une tripartition entre qualités ou caractéristiques physiques, sociales et juridiques (que nous pouvons désigner par convention, respectivement C1, C2 et C3). Cette tripartition peut nous apparaître aujourd'hui simpliste et donc fragile : un relativiste ou un pragmatiste considérera que le monde physique ou naturel n'est connu qu'à travers les dispositifs sociaux de la science ; un naturaliste se refusera à couper complètement les liens entre monde naturel et monde juridique¹. Néanmoins, malgré ses faiblesses, cette triple distinction reste opératoire, notamment pour une réflexion sur le droit et les femmes, puisqu'elle correspond à celle du sexe (C1), du genre (C2) et de l'état civil (C3), avec les qualités physiques, comportementales, statutaires qui en découlent.

1. C'est ainsi qu'en commentant un épisode rapporté par Suétone, Pufendorf, le premier théoricien systématique de l'ontologie juridique moderne dans le sillage duquel se situeront aussi bien Locke que Rousseau ou Kant, considère, à la différence d'un pur positiviste, que Caligula ne pouvait nommer son cheval consul (cf. *Droit de la nature et des gens*, I, 1, XV).

La trilogie permet aussi de distinguer différents stades du féminisme² et donc des combats en faveur du droit des femmes. Le féminisme égalitariste, issu du libéralisme juridique, a ainsi fait bénéficier progressivement les femmes du geste fondateur du droit moderne, à savoir la considération des droits au-delà ou en deçà des considérations de fait, donc sur une base égalitaire, en séparant les qualifications juridiques (C3) des caractéristiques sociales (C2) et surtout naturelles (C1). Ce progrès s'est réalisé par étapes, au fur et à mesure des reculs d'une conception patriarcale voulant au contraire moduler les C3 en fonction de supposées C1 (faiblesses physique et psychologique, voire intellectuelle, de la femme).

Le féminisme radical, à la manière d'une Simone de Beauvoir³, a prolongé ou accompagné ce mouvement d'émancipation juridique par des mesures de libéralisation spécifiques aux femmes, celles de la contraception et de l'avortement, tout en cherchant à dénaturer le genre (en séparant C1 et C2), selon la formule fameuse « on ne naît pas femme, on le devient »⁴.

Le néo-féminisme, qu'illustre notamment Sylviane Agacinski⁵, tout en cherchant à élargir, par la discrimination positive (cf. la loi sur la parité en politique⁶), les acquis de l'égalitarisme, veut rétablir un lien entre C1 et C3, voire C2, en définissant un féminin positif, complémentaire du masculin, l'un et l'autre constituant une humanité sexuée, donc non réductible à une individualité abstraite (en ce sens l'article précité de la Déclaration devrait se réécrire « Les hommes et les femmes... » ou « Les femmes et les hommes... »).

Enfin, la pensée *queer*⁷, marginale mais révélatrice d'une logique émancipatoire poussée à l'extrême, opérerait un mouvement inverse en faisant descendre l'universalité abstraite du niveau C3 vers les

2. Sur cette évolution cf. le stimulant article d'Éric Macé, « Le piège de la "cause des femmes" : éléments pour un mouvement anti-sexiste postféministe », *Cosmopolitiques*, n° 4, juillet 2003, p. 84-103.

3. Pour une analyse nuancée, cf. Sylvie Chaperon, « La deuxième Simone de Beauvoir », in *Les Temps modernes*, n° 595, avril-mai 1997, p. 112-143.

4. Dans une version plus radicale, celle de M. Wittig, le féminisme tend même à nier ou inverser tout rapport entre C2 et C1, selon la formule : « Les lesbiennes ne sont pas des femmes ».

5. *La politique des sexes*, rééd., Paris, Le Seuil, 2001, spécialement, pour la distinction entre les différentes formes de féminisme, p. 104-106 et 117-120.

6. Sur ses effets, cf. Janine Mossuz-Lavau, « La parité en politique, histoire et premier bilan », in *Travail, genre et sociétés*, n° 7, février 2002, p. 41-57.

7. Sur le *queerisme*, outre l'article précité d'Éric Macé, cf. Beatriz Preciado, *Manifeste contra-sexuel*, Paris, Balland, 2000 ; Marie-Hélène Bourcier, *Queer zones*, Paris, Balland, 2001 ; Marcella Iacub, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, EPEL, 2002.

niveaux C2 voire C1. La pensée dite *queer* affirme en effet, comme le féminisme beauvoirien ou wittigien, que le genre fait le sexe mais considère le genre lui-même, dans sa figure dichotomique du masculin et du féminin, comme une chute dans une détermination manichéenne : selon la formule frappante d'Erving Goffman, « le genre est l'opium du peuple »⁸. Pour sortir de cette aliénation, la pensée *queer* cherche donc à substituer à la dualité des genres, pour elle artificielle, un continuum mobile intégrant toutes les variantes de sexualité⁹.

On peut ainsi considérer la pensée *queer*, avec la séduction qu'exercent sur elle les possibilités offertes par la technologie (procréation assistée, clonage, parthénogénèse...), comme l'expression d'un capitalisme relativiste et mobile¹⁰, ou d'un hyperlibéralisme, mais aussi comme le prolongement d'une aspiration plus générale et anhistorique à considérer l'individu comme antérieur et supérieur à ses caractéristiques concrètes, en l'occurrence sexuelles, depuis l'âme platonicienne du mythe d'Er jusqu'aux participants de la position originelle de Rawls¹¹. Il demeure qu'en dissolvant ou multipliant les repères de genre, le mouvement *queer* peut aboutir à l'exaltation de la liberté mais aussi favoriser une certaine errance psychologique¹².

La conséquence de cette pensée sur le plan juridique¹³, si l'on poussait sa logique libérale, au sens presque métaphysique, jusqu'au

8. E. Goffman (1977), *L'arrangement des sexes*, Paris, La Dispute, 2002, p. 78.

9. On pourrait reprocher au « *queerisme* » de ne pas aller assez loin dans son anti-naturalisme et de ne pas pousser jusqu'au nominalisme radical selon lequel le genre ou les genres n'existeraient pas, chaque individu étant sa propre espèce, selon la formule de Kierkegaard. On voit néanmoins clairement l'opposition de principe entre cette conception et le néo-féminisme selon lequel il n'y a que deux genres car « il n'y a pas d'intermédiaire entre le masculin et le féminin » (S. Agacinski, *op. cit.*, p. 160).

10. Sur cette analyse, cf. Dominique Boullier, « Controverse : la posture *queer* est à la fois une nécessité, un relativisme et une impasse politique », in *Cosmopolitiques*, n° 4, juillet 2003, p. 129-135.

11. Sur ce point, cf. Susan Moller-Okin « Philosopher queers and private wives : Plato on women and the family » et « John Rawls : Justice as fairness – for whom ? », in Mary Lindon-Shanley et Carole Pateman, *Feminist interpretations and political theory*, University Park, Pennsylvania University Press, 1991, p. 11-31 et 181-198. On pourrait compléter ces apparentements philosophiques par leurs correspondances artistiques, passées ou présentes, dans la poésie évidemment mais aussi, à l'époque contemporaine, dans la chanson, par exemple, la solitude radicale de la femme comme vérité de l'individu en général dans certains aspects de l'« esthétique nolwennienne ».

12. Comme le souligne avec « beaucoup de vigueur » Nacira Guénif-Souilamas, la pensée *queer* est un peu le luxe de ceux et celles qui disposent d'une grande assurance psychologique, culturelle et sociale (cf. « Ni pute, ni soumise ou très pute, très voilée ? Les inévitables contradictions d'un féminisme sous influence », in *Cosmopolitiques*, *op. cit.*, p. 53-65).

13. En réalité un Éric Macé dans l'article cité suggère des évolutions législatives plus générales et non spécifiques au *queerisme*, par exemple la limitation du temps partiel (qui maintient en général les femmes dans un double travail, travail professionnel peu rémunéré et dépourvu de perspectives d'évolution, et travail domestique ni rémunéré ni partagé).

bout, devrait être la suppression de l'état civil sexué, qui entraînerait des effets systémiques, mariage et adoption pour des couples homosexuels mais aussi suppression des dispositions sur la parité ou l'égalité professionnelle, puisque la distinction homme/femme ne serait plus reconnue en droit. Une forme atténuée limiterait ces effets négatifs par l'idée d'un état civil sexué, voire polysexué (non « manichéen »), mais disponible à volonté pour éviter l'enfermement dans un statut figé.

Dans cette version, le mouvement *queer* devient assez proche, puisque la catégorie des femmes continuerait à y exister, mais sur une base volontaire, du néo-féminisme, dont la marque spécifique consiste à ne pas diluer les femmes dans l'universalisme abstrait du libéralisme classique, donc à fonder des mesures spécifiques, même transitoires, en leur faveur. Mais la pensée *queer* comme individualisme radical rejoint aussi le libéralisme en revendiquant des droits familiaux pour les homosexuels. De la même manière, le néo-féminisme peut aussi sembler un prolongement sexué du libéralisme, en y intégrant seulement un naturalisme « irréductible », presque chromosomique.

Au total, ces différents discours théoriques et juridiques, sous l'apparence de divisions tranchées, se rejoignent sur des conséquences essentielles en matière d'égalitarisme des libertés civiles et politiques. Mais ils convergent aussi également dans leurs difficultés communes à traiter par la règle de droit des inégalités réelles, économiques, sociales et culturelles. La prostitution, la pornographie, la violence conjugale, l'imposition du voile, le travail partiellisé, le confinement dans la domesticité, bref toutes les formes de soumission ou d'abaissement dans leur intensité spécifique sont aussi le résultat de conditions matérielles désespérées, précaires ou simplement insatisfaisantes, mais dans lesquelles à chaque fois la femme joue le rôle de variable d'ajustement.

Les conceptions de l'individu sexué (le néo-féminisme), désexué (le libéralisme classique), polysexué (le libéralisme radical) fonctionnent, ce qui est inhérent à une approche normative, sur un idéal commun, celui de l'autonomie. Dans ce modèle partagé, la personne est vue comme projet (selon une terminologie existentialiste un peu datée) ou comme maîtresse de son « plan de vie » (dans le vocabulaire rawlsien), tournée donc vers l'avenir et toujours sus-

14. On remarquera que chez le fondateur du libéralisme moderne, John Locke, les enfants à leur majorité n'ont plus de devoirs, au sens juridique, vis-à-vis de leurs parents et sont libres de choisir leur patrie.

ceptible de se détacher du passé¹⁴. Juridiquement, l'individu est sujet libre, prenant, sous la forme privilégiée du contrat, des engagements limités, révisables, renouvelables sur une base volontaire. Mais cette autonomie formelle ne peut fonctionner que corrélée à une autonomie matérielle et morale. Les capacités de départ, de démission, de démariage, de tous les désengagements sont proportionnelles aux moyens concrets dont l'individu dispose pour s'arracher au poids des contraintes, des habitudes et des préjugés. En ce sens, notre tripartition initiale est bien de méthode ou de raison : en pratique $C3 = C1 + C2$.

II. Construction du volume

Pour illustrer ces évolutions juridiques et sociales, le présent volume cherche tout d'abord à dégager leurs ancrages respectifs, dans l'histoire, le symbolique, le social et le droit, afin d'étudier plus particulièrement telle ou telle évolution symptomatique.

Dans la première approche, Jean-Pierre Baud évoque d'abord *Le pouvoir de l'invisible* et montre à travers une généalogie de la domesticité la récupération progressive par le pouvoir masculin des prérogatives féminines sur l'*oikos* et la reproduction qui s'y abrite. Le *Serment* d'Hippocrate constitue ainsi la première étape symbolique de la constitution du pouvoir médical, comme pouvoir masculin, ravalant les sages-femmes à une obstétrique ancillaire, selon une division du travail sexuelle encore sensible aujourd'hui dans les organisations hospitalières.

Dans la deuxième perspective, Irène Théry reprend *La notion de division par sexes chez Marcel Mauss*. Elle souligne d'abord le modernisme de Durkheim remettant en cause la cellule familiale primitive au profit de la horde et affirmant le caractère historiquement dérivé de la séparation des rôles et des aptitudes entre les hommes et les femmes, le confinement de la femme dans la domesticité étant le fruit d'une division du travail social déjà élaborée (dont il croit pouvoir déduire le rapetissement progressif du cerveau féminin à travers l'histoire). Mais Irène Théry montre également que Mauss produit un nouveau renversement en considérant la société primitive comme déjà différenciée, notamment entre sexes, âges et générations, et même plus différenciée que les sociétés modernes. Néanmoins ces divisions et celles qui s'y agrègent ne sont pas le fruit de relations naturelles mais d'institutions complexes : la division

observée entre les sexes par l'ethnologue n'est pas une division des sexes (passive, reflet d'une division « naturelle ») mais par les sexes (active, historique).

Dans une perspective proche de la sociologie juridique, Marie-Anne Frison-Roche et René Sève, analysant *L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes*, insèrent l'examen des législations affectant les femmes, voire des politiques publiques ayant pour objet direct l'amélioration de la condition féminine, dans la transformation qu'elles illustrent ou impliquent de l'idée française de ce que doivent être la loi et le sujet de droit, l'une et l'autre étant envisagés à travers le prisme des vertus de l'abstraction. Mais, pour gagner en efficacité, le droit français dorénavant soit recourt davantage à l'abstraction, par exemple le « conjoint » remplace la dichotomie du « mari » et de la « femme », soit fait appel à une concrétisation très forte de la règle, dans une volonté d'intervention plus directe sur la place de la femme, notamment dans la famille, la politique ou l'entreprise.

Cette approche est complétée par l'examen d'autres systèmes juridiques que le droit français.

À ce titre, Josette Nguebou Toukam étudie *Le droit des femmes dans les pays africains de tradition juridique française*. Elle rappelle que la dichotomie de l'égalité formelle et de l'inégalité réelle est déjà un luxe de pays riches par rapport à des pays du Sud où persiste un droit, qui, même s'il est en recul, reste inégalitaire (polygamie, mariage par procuration, contraintes du veuvage). Mais elle montre également que par l'intermédiaire du droit du travail et du droit des affaires, plus propices aux réformes, parce que plus naturellement réceptifs aux standards internationaux que le droit de la famille, les droits de la femme active tendent vers l'obtention d'un statut égalitaire : ici, le droit économique soutient la réalisation concrète des droits de la personne.

Pour le Maghreb, Joël Colin s'appuie sur une étude de cas pour montrer comment, à l'intérieur même d'une société patriarcale, les femmes réussissent à sauvegarder une marge d'autonomie à travers certains stratagèmes. Dans sa contribution, *Au Maghreb, un contre-pouvoir du côté des femmes : l'enfant endormi dans le ventre de sa mère*, est dépeinte la croyance dans le fœtus endormi qui permet ainsi l'allongement des délais de grossesse (jusqu'à deux ans et même cinq ans, voire plus selon certaines écoles de droit musulman) et donc l'assouplissement des scénarios de paternité.

L'exemple de l'Espagne, envisagé par Laura Oso Casas dans son étude consacrée au marché du travail espagnol, *Les femmes et le droit des migrations : le cas de l'Espagne*, montre que les différentes dimensions du droit des femmes sont connectées. L'accès des femmes espagnoles à la vie professionnelle, notamment de cadres du secteur tertiaire, entraîne leur remplacement dans la vie domestique par des femmes issues de l'immigration. L'émancipation de la femme espagnole induit en retour une émancipation, relative, de la femme des pays d'émigration, puisqu'à l'inverse des mouvements migratoires antérieurs ce sont les femmes qui accèdent à l'emploi dans les pays développés et non les hommes, qui restent au pays.

La transition s'opère naturellement avec l'étude de deux branches du droit français, cruciales en la matière : le droit du travail et le droit de la famille.

Ainsi, l'étude de Jacqueline Laufer, *Entre égalité et inégalités : les droits des femmes dans la sphère professionnelle*, dresse un tableau complet de l'évolution du droit des femmes au travail, à partir du statut protecteur lié à sa « vocation » de génitrice, puis de l'égalité formelle, jusqu'aux politiques, limitées, de discrimination positive, qui peuvent échapper aux risques de discrimination à rebours à l'égard des hommes par des procédures de droit négocié dans des situations concrètes. Elle examine également les dispositifs visant à la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, non seulement pour les femmes mais aussi, plus marginalement toutefois, pour les hommes. En dernière analyse, la problématique de l'égalité professionnelle conduit méthodologiquement à remettre en cause non seulement le modèle classique des rapports du droit (comme lieu des effets) et de la sociologie (comme lieu des causes) puisque ici le droit est en avance sur la réalité sociologique, mais encore leur distinction même, puisque le droit tend à se définir en des termes procéduraux qui le rapprochent de la négociation sociale.

Enfin, Françoise Dekeuwer-Défossez, reprenant *Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille*, montre qu'un droit de la famille presque asexué risque de laisser perdurer une inégalité des sexes sous une apparence de neutralité du Législateur, confronté aux mêmes dilemmes que dans le domaine du droit du travail. Elle retrace notamment les paradoxes des « désunions libres », de la structure des prestations compensatoires, de la résidence alternée pour les enfants du divorce, « retour du refoulé » de l'indissolubilité du mariage, et examine les difficultés que rencontreraient les femmes si revoyaient le jour les projets de déjudiciarisa-

tion du divorce et de suppression du divorce pour faute. Au total, parce que la réalité familiale est davantage formée par le droit que ne l'est la vie économique, les hommes et pères tendent à récupérer des prérogatives, légitimes sans doute au nom de l'égalité des sexes, sans que les femmes conquièrent parallèlement autant d'avantages dans leur vie professionnelle.

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Université de Paris I,
Chaîne de Régulation Sciences-Po
René SÈVE
CNRS