



# LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

Revue de l'Association des Juristes de Sciences Po • SEMESTRIELLE • N° 15 • JUIN 2018

*Le  
genre  
au prisme  
du droit*

Camille Claudel, *L'implorante*  
(détail), 1899.

**AJSP**

Les Juristes  
de Sciences Po



## *Le mot des rédactrices en chef*

---

Paris, le 22 juin 2018,

Chères lectrices, chers lecteurs,

**L**a *Revue des Juristes de Sciences Po*, depuis sa création en 2009, aborde des thèmes d'actualité du droit. Dans ce nouveau numéro, la *Revue des Juristes de Sciences Po* s'attelle à éclairer les relations que le droit entretient avec le genre et les multiples questions que leur interrelation soulève.

Le mouvement #MeToo a replacé le genre au cœur des discussions. Sa dimension internationale participe à rendre ce thème propice à une discussion pluridisciplinaire. La sociologie, la philosophie et surtout le droit ne sont pas mis à l'écart de l'analyse qu'il convient aujourd'hui de mener.

Le droit tient en effet un rôle central dans la construction du genre et sa différenciation, notamment par le biais du droit des personnes. Le genre est à la fois juridiquement constitué mais également un objet de régulation. Plus encore, le droit structure les comportements.

C'est donc une multitude de débats, au-delà de la culture du viol évoquée par le mouvement #MeToo, qui structurent l'analyse contemporaine du droit. Dans ce numéro de la *Revue des Juristes de Sciences Po*, vous retrouverez les réflexions de professeurs et de chercheurs, de praticiens et d'étudiants sur les questions pratiques et théoriques que soulève l'émergence de la question du genre dans le droit.

Les contributions de ce numéro alternent entre articles de fond, analysant l'apport du genre à la lecture critique du droit (*voir par exemple l'article de Stéphanie Hennette-Vauchez et l'analyse croisée de Louis Hill et Loïc Azoulay*) avec une approche pratique à la fois de la « féminisation du droit » (*voir les contributions de Kim Rubenstein ainsi que de Marie-Aymée Peyron, Bâtonnier de Paris*) et de l'utilisation de stratégies féministes, au soutien du droit « en action » pour faire avancer des causes LGBTQ (*voir la contribution de Luis Rivera-Velez*). Vous y retrouverez les grandes questions qui animent le droit aujourd'hui.

En droit des affaires, se posent les questions de la féminisation des conseils d'administration (*voir l'article de Katja Langenbacher*) et discrimination positive (*voir la contribution de Felicia Henderson*). En droit international, qu'il soit public (*voir la contribution de Marie Coussi sur le droit de l'environnement, ainsi que*

Le mot des rédactrices en chef

*l'article d'Aline Rivera concernant la protection des femmes dans le discours sur les droits humains) ou privé (voir l'analyse de Bérénice Schramm concernant la lecture critique du droit international privé et la présentation des travaux d'Olympe, réseau de chercheurs féministes), il convient de s'interroger sur les convergences potentielles du droit au service de la protection des femmes.*

De façon générale, le droit doit se nourrir d'influences externes. Celles-ci déconstruiront les biais de l'ordre juridique actuel et contribueront au progrès de la société au sens large. Dans cette optique la *Revue* accueille dans ce numéro des contributions de France, mais aussi du reste de l'Europe, d'Amérique Latine, ou encore d'Australie.

Enfin, grâce à l'éclairage offert par ces analyses internationales, les mutations sociales françaises se révèlent et se traduisent par un bouillonnement juridique, à la fois législatif et jurisprudentiel: de la responsabilité civile (*voir la contribution de Marc Pichard*) au droit de la famille (*voir l'analyse de Maxence Jaboulet-Verchère et Maëva Atchiaman ou encore les maternités masculines analysées par Daniel Borillo*), en passant par le droit pénal (*voir les contributions de Choralynne Dumesnil sur la prostitution et de Benjamin Moron-Puech sur les violences sexuelles envers les individus intersexes*), la société française évolue, avec et souvent à l'avant de son droit.

Vous retrouverez également dans ce numéro le paper primé par la *Graduate Conference* animée par les doctorants de première année de l'Ecole de Droit de Sciences Po, sur le thème *Law and Disruption*.

Ce numéro est enfin celui de la passation de la *Revue des Juristes de Sciences Po* à un nouveau comité de rédaction et un nouveau binôme de rédacteurs en chef. L'année 2017-2018 a été rythmée par un fort développement de la *Revue*, avec des numéros plus longs, plus riches, et des contributeurs de plus en plus diversifiés. Le blog de la *Revue* a également été renouvelé, dans un format souple et ouvert aux étudiants. Nous nous réjouissons du travail accompli par l'ensemble des membres du comité de rédaction cette année et souhaitons bon courage à nos successeurs ! Le prochain numéro de la *Revue* aura ainsi pour thème **L'entreprise face aux défis de la compliance**.

En vous souhaitant une excellente lecture,

AGATHE DE MARCILLAC & CLAIRE OUALID  
*Rédactrices en chef*

## ***L'équipe 2017-2018 de la Revue***

---

### ***Les Rédactrices en chef***



**Agathe de Marcillac**

*M2 Global Business Law and  
Governance*



**Claire Oualid**

*M2 Droit Public Economique*

***Le Comité de rédaction***



**Jules Andreau**

*M1 Droit Economique*



**Quentin Dachy**

*M2 Entreprises, Marchés,  
Régulation*



**Pauline Delmas**

*M2 Contentieux  
Economique et Arbitrage*



**Linus Hoffmann**

*M1 Droit Economique*



**Laura Maurer**

*M1 Droit Economique*



**Matthieu Misik**

*M1 Droit Economique*



**Hugo Pascal**

*Césure*



**Barbora Slaba**

*M2 Droit Public  
Economique*



**Louis Tasset de  
Landscheer**

*M1 Droit Economique*



**Bastien Tirel**

*M2 Global Governance  
Studies*

**MARIE MERCAT-BRUNS & HORATIA MUIR WATT**

## *Editorial*

---



### **MARIE MERCAT-BRUNS**

*Marie Mercat-Bruns est maître de conférences en droit privé (CNAM), HDR et copilote de l'Axe Genre, Droit et Discriminations du laboratoire LISE CNRS. Elle est également Professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po, membre du comité scientifique du programme sur le genre (Presage/Sciences Po, OFCE). Ses recherches et son enseignement se concentrent principalement sur les rapports entre le droit social et le droit des personnes grâce au prisme du droit comparé. Elle s'intéresse à la construction de la personne à la lumière de l'égalité et de la non-discrimination sur un plan individuel et systémique. Elle a participé à plusieurs rapports nationaux et internationaux sur la mise en œuvre et l'effectivité du droit de la non-discrimination. Ses publications traitent à la fois de l'émergence d'une nouvelle discipline du droit de la non-discrimination en France et des critiques sur les limites de ce droit. Ses derniers travaux traitent de la capacité juridique comme mode d'accès au droit et du harcèlement discriminatoire comme preuve du racisme.*





**HORATIA MUIR WATT**

*Horatia Muir Watt est Professeure des universités à Sciences-po, Paris, membre de l'Institut de Droit international et membre de l'Institut Universitaire de France. Docteure en droit de l'Université Paris II, elle est agrégée des facultés de droit. Avant d'être nommée à Sciences-po Paris, elle a été nommée successivement aux Universités de Tours, Paris XI (Sceaux) et Paris I (Panthéon-Sorbonne). Elle est directrice de la Revue critique de droit international privé et auteure de plusieurs ouvrages, dont Droit international Privé, PUF Thémis, 4<sup>e</sup> édition 2017, Private International Law and Public Law, Edward Elgar 2015, et deux cours publiés dans le Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, Aspects économiques du droit international privé, RCADI 2005 et Discours sur les Méthodes du Droit International Privé (Des Formes Juridiques de l'inter-altérité), RCADI 2018.*

Law and gender –what law does to gender (to borrow from Stéphanie Henne- Vauchez) and, conversely, what gender does to law – is a theme that has not had much airing in France, no doubt because of the dearth of interdisciplinarity within the social sciences. It may be too that cultural understandings of equality have prevented the emergence of critical gender studies in law in the same way that they have inhibited critical race theory. The relationship between law and gender (like law and race) is generally perceived through the prism of discrimination. And indeed, the latter may well be a powerful tool to effectuate structural social change. However, there are of course many other ways of thinking about gender within the law. From a legal-theoretical standpoint, feminist jurisprudence brings in new epistemologies or ways of thinking about the law, notably by introducing a perspectivist esthetic. Is law gendered? Are our egalitarian institutions implicitly skewed in favour of masculinity? International law, feminist theories have raised public awareness of the gendered specificity of certain crimes, such as rape as a mass weapon in times of war. Queer theory, in turn, invites us to play with legal categories in ways which seem antithetical to traditional (masculine? straight?) monist visions of law and its institutions.

In the wake of the #me too movement, the referendum on the right to abortion in Ireland, the issue of LGBTQI rights in Chechnya or the development of queer robotics,

## Editorial

contemporary questions on gender with regard to law can reflect variegated dimensions. This issue of the *Revue des Juristes de Sciences Po* concentrates an array of articles as examples of the scope of research and critical approaches in the field. Some show how forms of gender domination are inscribed directly or indirectly in law. Others enhance feminist legal theory and queer perspectives in law and their historical constructions. Finally others show how feminist and LGBTQI movements introduce strategic litigation all around the world.

As supervising faculty, we are very happy to see such innovative thinking in the *Sciences Po* law review and have much enjoyed working together on this highly important topic. Our warmest congratulations to the student team!

**MARIE MERCAT-BRUNS & HORATIA MUIR WATT**  
Professeures à l'École de Droit de Sciences Po  
Directrices scientifiques du Numéro

## **Sommaire**

---

<b>Le mot des rédactrices en chef</b>	<b>2</b>
<b>L'équipe 2017-2018 de la Revue</b>	<b>2</b>
<i>Les Rédactrices en chef</i>	2
<i>Le Comité de rédaction</i>	3
<b>Editorial</b>	<b>4</b>
MARIE MERCAT-BRUNS	
HORATIA MUIR WATT	
<b>Sommaire</b>	<b>7</b>
<b>LE GENRE AU PRISME DU DROIT – LAW AND GENDER</b>	<b>9</b>
<b>L'analyse juridique du genre</b>	<b>10</b>
STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ	
<b>Trouble dans la parenté : Accouchement sans maternité et maternités masculines</b>	<b>29</b>
DANIEL BORRILLO	
<b>Gender and corporate law?</b>	<b>37</b>
KATJA LANGENBUCHER	
<b>Genre et droit de l'indemnisation : (Brèves observations sur les ambivalences du principe de réparation intégrale)</b>	<b>47</b>
MARC PICHARD	
<b>Oral history, gender and law</b>	<b>60</b>
KIM RUBENSTEIN	
<b>Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes : Une nouvelle « mutilation juridique » par la Cour de cassation ?</b>	<b>71</b>
BENJAMIN MORON-PUECH	
<b>Le droit international de l'environnement à l'épreuve du genre</b>	<b>105</b>
MARIE COUSSI	
<b>Le droit et les droits LGBTI en Amérique latine</b>	<b>132</b>
LUIS RIVERA VELEZ	
<b>(Se) raconter les approches féministes francophones du droit international</b>	<b>139</b>
BERENICE K. SCHRAMM	

<b>L'éthique du care et le souci du particulier : vers une épistémologie juridique féministe</b>	<b>163</b>
LOUIS HILL	
<b>Le droit hors catégories</b>	<b>177</b>
LOÏC AZOULAI	
<b>La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique</b>	<b>182</b>
ALINE RIVERA MALDONADO	
<b>Legal Approaches to Difference within Difference</b>	<b>197</b>
FELICIA A. HENDERSON	
<b>Un prénom qui fait mauvais genre</b>	<b>211</b>
MAËVA ATCHIAMAN	
MAXENCE JABOULET-VERCHERRE	
<b>Les avocates vers un féminisme de conquête</b>	<b>219</b>
MARIE-AIMEE PEYRON	
<b>Application de l'article 611-1 du code pénal portant sur la contravention de « pénalisation des clients de personnes prostituées »</b>	<b>224</b>
CHORALYNE DUMESNIL	
<b>SCIENCES PO LAW SCHOOL ANNUAL GRADUATE CONFERENCE — LAW AND DISRUPTION</b>	<b>230</b>
<b>Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?</b>	<b>231</b>
TIEN-HSIN WANG	
<b>A propos de la Revue des Juristes de Sciences Po</b>	<b>252</b>
<b>A propos de l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP)</b>	<b>253</b>

---

DOSSIER THEMATIQUE  
*Le genre au prisme du droit*

—  
*Law and Gender*

---

**STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ**

*L'analyse juridique du genre*

---



**STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ**

*Stéphanie Hennette Vauchez est Professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre où elle a dirigé le M2 Droits de l'Homme (2011-2017) et où elle est depuis juin 2015, la directrice du CREDOF (Centre de recherches et études sur les droits fondamentaux, équipe de l'UMR 7074 Centre de théorie et analyse du droit). Elle est également co-fondatrice et co-responsable du programme EUCLID, la clinique du droit de Nanterre. Après une année de recherche post-doctorale à l'Université Northwestern à Chicago (Etats-Unis) en qualité de Fulbright Scholar, elle a été nommée maître de conférences à Paris I (2001), puis Professeure agrégée à l'Université Paris 12 Créteil (2002). Par la suite, elle a été Professeure à l'Institut Universitaire Européen de Florence (Marie Curie Fellow), et visiting professor à l'Université de Princeton (Etats Unis).*

Difficile de méconnaître, aujourd'hui, la force du concept de genre : que de polémiques suscitées, de procès intentés, de tâtonnements avoués. Et, dans le champ savant, que de frontières disciplinaires redéfinies, de concepts fondamentaux revisités, de biais révélés. L'histoire, la sociologie, la science politique mais aussi la géographie, la paléanthropologie, l'histoire des arts, la littérature, la neurobiologie ou la psychanalyse sont aujourd'hui revisités par le concept de genre. Le droit aussi : ici

comme ailleurs<sup>1</sup>, le concept de genre s'est révélé utile à l'analyse juridique – tant au plan théorique et épistémologique<sup>2</sup> que du point de vue de l'analyse technique du droit<sup>3</sup>. On n'y reviendra pas. C'est un autre pari que l'on cherche à relever ici : suggérer que, en sens inverse, l'analyse juridique peut apporter quelque chose au concept de genre – l'éclairer sous un jour nouveau. Eriger le genre en (*x*) et, dans la (droite ?) ligne du programme ici décrit, tenter d'en proposer une analyse *juridique*.

Ici plus encore qu'ailleurs, il importe, avant d'en tenter une analyse juridique, de chercher à clarifier le concept auquel on s'intéresse – le concept de genre. Il s'agit en effet d'un concept complexe, dont les acceptions ne sont ni simples ni linéaires ; à cela, il faut encore ajouter des difficultés propres aux usages et consécutions juridiques du concept, lesquels ne sont pas toujours clairs. On pourra alors, dans un second temps, éprouver l'hypothèse qu'il y a un intérêt à prendre le genre pour objet de l'analyse juridique. Une telle hypothèse suppose, en amont, qu'on s'accorde sur le fait que le droit, construction sociale qui reflète nécessairement l'état du rapport de forces (politique, social, économique...) à un instant donné, n'est pas neutre ; bien plutôt, il est l'un des lieux où les rapports de pouvoir sont produits, perpétués et légitimés. Parmi ces rapports de pouvoir, certains sont plus particulièrement articulés au genre<sup>4</sup> ; or si le droit participe de la production (de la perpétuation, de la légitimation...) d'un ordre du genre, il devient possible de considérer le concept de genre comme un objet de l'analyse juridique. On peut alors espérer en proposer une nouvelle lecture – voire, le renforcer encore comme catégorie d'analyse. La question à laquelle on cherche ici à répondre est alors : comment analyser le concept de genre en termes juridiques ? Qu'est-ce, juridiquement, que le genre ?

L'hypothèse proposée est la suivante : le concept de genre renvoie, en fait, au vieux concept juridique de l'indisponibilité. Indisponibilité du corps humain, indisponibilité de l'état des personnes : on soutiendra ici que ces antiennes de la pensée juridique – et plus particulièrement, civiliste – permettent de penser juridiquement le

---

\* Ce texte a d'abord été publié in : Rafael Encinas de Munagorri, Stéphanie Hennette Vauchez, Carlos Herrera, Olivier Leclerc, *L'analyse juridique de (x)*, Editions Kimé, 2016, pp. 113-136.

1 On ne saurait ramasser ici l'ampleur et la richesse des travaux menés, depuis plusieurs décennies déjà, notamment dans le monde anglo-américain, dans le champ de l'analyse féministe et genrée du droit. Le droit comme concept, mais aussi les différentes branches du droit (du droit pénal au droit fiscal, en passant par le droit international) de même que les professions juridiques sont ainsi passés au crible d'une analyse de genre. Traités en *n* volumes, monographies, ouvrages collectifs, mais aussi revues et chaires alimentent ce champ d'analyse très dynamique.

2 M.-X. Catto *et al.*, « Questions d'épistémologie », in REGINE (S. Hennette-Vauchez, M. Möschel, D. Roman, dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013.

3 REGINE (S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, D. Roman, dir.), *La loi & le genre. Etudes critiques de droit français*, Paris, CNRS Editions, 2014, spéc. « Introduction ».

4 V. entre autres exemples mes contributions : « Genre et religion : le genre de la nouvelle laïcité », in REGINE, *La loi & le genre. Etudes critiques de droit français, op. cit.*, 2014, p. 715 ; ou encore : « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », in A.-F. Zattara-Gros (dir.), *Bioéthique et Genre*, Paris, LGDJ, 2013, p. 21.

genre. Or penser le genre, juridiquement, comme indisponibilité, permet, nous semble-t-il, de mieux saisir encore la manière et la mesure dans lesquelles il constitue avant tout une contrainte et une mise en ordre – combien il est antonymique au déploiement de la liberté individuelle.

## **1. COMPRENDRE LE GENRE**

Le concept de genre a, bien sûr, une histoire ; les acceptions qu'il a reçues ont évolué au fil du temps et l'on peut distinguer au moins deux sens du concept : un sens faible et un sens fort. Cette dualité (au moins) d'acceptions se retrouve dans des usages parfois ambivalents du terme dans la langue du droit.

### **1.1. Genre faible, genre fort**

Historiquement, c'est sous la plume de médecins que le terme de genre serait apparu dans les années 1950 et 1960. John Money y recourt pour fonder sa théorie de la nécessité d'assigner un genre à des individus dont les organes sexuels sont ambigus<sup>5</sup> ; et le psychanalyste Robert Stoller développe cette notion à partir de travaux sur le transsexualisme<sup>6</sup>. Mais c'est bien son appropriation par les mouvements féministes, puis LGBT, qui lui a donné le sens global qu'il reçoit aujourd'hui dans le champ des études de genre (*gender studies*). Cette première précision permet de souligner un point d'importance, à savoir : la connexion forte, et peu commune, entre savoirs académiques et mouvements sociaux qui joue un rôle considérable dans l'histoire même du concept et de son « succès ». L'hypothèse de travail fondamentale qui irrigue le champ des études de genre pourrait être résumée autour de l'idée qu'il importe d'historiciser (de contextualiser, de situer – et donc, de dénaturer) les rapports sociaux de sexe et de les lire comme des sites d'enjeu de pouvoir<sup>7</sup> ; l'objectif est de « *comprendre les façons dont la différence sexuelle, modelée par des stratégies*

---

5 En particulier, Richard Stoller et John Money : J. Money, J. G. Hampson, J. L. Hampson, « Hermaphroditism: Recommendations Concerning Assignment of Sex, Change of Sex, and Psychological Management », *Johns Hopkins Medical Bulletin*, vol. 97, 1955, p. 284. Pendant de longues décennies, cette idée va fonder le traitement médical de l'intersexuation sur l'assignation notamment chirurgicale à un sexe et ce, indépendamment de tout enjeu de santé – ce qui est aujourd'hui remis en cause. Sur cette histoire, v. par exemple A. Domurat Dreger, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 ; ou encore A. Fausto-Sterling, « The Five Sexes. Why Male and Female Are Not Enough », *The Sciences*, 1993, p. 20 ; disponible en ligne: [https://www.researchgate.net/publication/239657377\\_The\\_Five\\_Sexes\\_Why\\_Male\\_and\\_Female\\_are\\_not\\_Enough](https://www.researchgate.net/publication/239657377_The_Five_Sexes_Why_Male_and_Female_are_not_Enough), p. 21 : « *But if the state and the legal system have an interest in maintaining a two-party sexual system, they are in defiance of nature. Biologically speaking, there are many gradations running from female to male* ».

6 R. Stoller, *Sex and Gender. On the development of Masculinity and Femininity*, New York, Science House, 1968.

7 J. W. Scott, « Genre : une catégorie utile d'analyse historique », 1986, reproduit in J. W. Scott, *De l'utilité du genre*, Paris, Fayard, 2012, p. 17.



*de pouvoir et de contrôle sur les corps, implique des inégalités, des dominations et des discriminations* »<sup>8</sup>.

Cela étant posé, on rencontre au moins deux sens du concept de genre. Un premier sens, que l'on pourrait nommer le sens faible, désigne par « genre » un système inégalitaire, fondé sur la phallocratie et le patriarcat. Le fait qu'à chaque sexe soient associés des préjugés (« la force physique des hommes est supérieure à celle des femmes ») et des stéréotypes (« les hommes sont courageux et ambitieux, les femmes douces et attentives ») est ainsi mis en rapport avec des inégalités (responsabilité du travail domestique) et des discriminations (négation du droit de vote, incapacités civiles, inégales protections pénales...) subies par les femmes. Le mythe de la « complémentarité » des hommes et des femmes, fondé sur leur « nature » différente, justifie ainsi des systèmes juridiques fondés sur une inégale répartition des rôles et des fonctions sociales : l'égalité est ainsi écartée. En d'autres termes, le concept de genre désigne ici à titre principal les « rôles sociaux de sexe », c'est-à-dire cet ensemble de croyances, pratiques et normes qui font système et ancrent, fondamentalement, l'inégalité entre les sexes<sup>9</sup>.

Mais il existe un sens plus fort du concept de genre, qui serait à comprendre dans une acception non plus seulement systémique mais structurale. En ce sens plus radical, le genre n'est plus vu comme résultant de (ou associé à) la différence entre les sexes mais au contraire, comme sa source. L'attention est ici portée à l'histoire de l'invention du sexe<sup>10</sup> et de l'érection de la différenciation sexuelle en différence fondamentale<sup>11</sup> (au point qu'elle compte, à travers l'institution de l'état civil, parmi les éléments essentiels qui confèrent à la personne son identité même). L'historien Thomas Laqueur a ainsi établi que pendant longtemps, un seul sexe était pensé : hommes et femmes étaient essentiellement isomorphes<sup>12</sup> et toutes les différences observables étaient comprises comme reflétant un « ordre de perfection transcendantal ». Ce n'est donc, établit-il, qu'à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle que la différence entre sexe masculin et sexe féminin fut « découverte »<sup>13</sup>. La biologiste Anne Fausto-Sterling, elle, souligne que le fait même de fonder la distinction entre les sexes sur le sexe anatomique est un choix arbitraire ne rendant pas compte du fait que

---

8 L. Laufer, F. Rochefort, « Avant-Propos », in L. Laufer, F. Rochefort (dir.), *Qu'est ce que le genre ?*, Paris, Payot, 2014, p. 9.

9 Joanne Conaghan évoque ainsi un « *primary understanding of gender today as an extension of or a supplement to "sex"*. In part, gender is commonly used in opposition to "sex" to signal social as opposed to natural or biologically based sex difference. ... It is a social category surimposed upon a sexed body », in J. Conaghan, *Gender and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 18.

10 T. Laqueur, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, Paris, Gallimard, 1992.

11 A. Fausto Sterling, *Corps en tous genres*, Paris, La Découverte, 2012.

12 Ainsi, l'utérus et le vagin sont compris comme étant des pénis internes ou inversés.

13 T. Laqueur, *La fabrique du sexe*, op. cit. : « *C'est au XVIII<sup>e</sup> siècle que fut inventé le sexe tel que nous le connaissons* », p. 170.

l'élargissement des critères (chromosomiques, gonadique, génétique...) révèle que la notion de variations sexuelles est plus appropriée à la description du réel que celle de différence entre deux sexes<sup>14</sup>. Elle s'intéresse ainsi par exemple au cas de la coureuse espagnole Maria Patino qui, en 1988, avait « échoué » aux « tests de féminité » organisés par les Jeux Olympiques ; et développe dans son ouvrage l'idée selon laquelle « le sexe d'un corps est tout simplement trop complexe. Loin de l'alternative "ou bien/ou bien", la différence est affaire de nuances » ; et « apposer sur quelqu'un l'étiquette "homme" ou "femme" est une décision sociale. Le savoir scientifique peut nous aider à prendre cette décision, mais seules nos croyances sur le genre – et non la science – définissent le sexe »<sup>15</sup>. Judith Butler quant à elle suggère que ce que l'on nomme le sexe est tout aussi culturellement construit que le genre, et que, dès lors, la distinction entre sexe et genre est fallacieuse. Le sexe n'est qu'un produit du genre<sup>16</sup>. En d'autres termes, le genre apparaît comme la source de cette mise en ordre, de ce dispositif d'assignation et de classification de l'humanité<sup>17</sup> ; il précède les sexes.

Contrairement à la déformation prégnante de cette compréhension du concept de genre qui fait florès, notamment, chez ses contempteurs<sup>18</sup>, il ne suit nullement de ce qui précède que la matérialité des corps n'importe pas, ou que des différences n'existent pas. Il s'agit juste de souligner que la signification qui leur est prêtée est, elle, le produit de constructions sociales. En d'autres termes, la prémisse épistémologique fondamentale des études de genre, c'est celle d'une distinction entre la matérialité et les représentations : en ce sens, le sexe anatomique ou le corps physiologique (...) peuvent être distingués de l'importance, de la définition ou des rôles sociaux qui sont attachés aux notions de sexe et de corps<sup>19</sup>. Dès lors, tant la binarité sexuelle produite par le genre et sa prétention à épuiser le réel (cf. problématique de l'intersexuation) que son intangibilité (cf. problématique trans) sont interrogées.

---

14 A. Fausto Sterling, *Corps en tous genres*, op. cit.

15 *Ibid.*, p. 19.

16 J. Butler, *Gender trouble*, London, Routledge, 1990, p. 10.

17 Le genre est un « diviseur hiérarchisant » : « *Le genre peut être défini comme un système de bicatégorisation hiérarchisée entre les sexes (hommes/femmes) et entre les valeurs et représentations qui leur sont associés (masculin/féminin). [...] Le genre désigne le système qui produit une bipartition hiérarchisée entre les hommes et les femmes, et les sexes renvoient aux groupes et catégories produits par ce système* » : L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, A. Revillard, *Introduction aux études sur le genre*, 2<sup>e</sup> ed., Louvain-la-Neuve, de Boeck, 2012, p. 10.

18 Comp. P. Touraille, « La croisade catholique contre le genre au prisme de la biologie évolutive : l'enjeu de la procréation », in F. Rochefort, M.-E. Sanna, *Normes religieuses et genre*, Paris, Armand Colin, 2013, p. 123, qui interroge ce paradoxe : « *les chrétiens ne devraient-ils pas bénir les dégenristes ?* » (p. 125).

19 V. par ex. J. Conaghan, *Law and Gender*, op. cit., p. 178 : « Bodies are one thing, the meaning and significance we attach to them another ».

## 1.2. Le genre dans le droit

En 2012, la Commission Européenne intervenait via un rapport d'importance sur la question des inégalités et discriminations de genre. On lit dans ce rapport que « *le genre renvoie à la perception et à l'expérience subjectives qu'ont les personnes de la masculinité et de la féminité ainsi qu'à la construction sociale qui assigne certains comportements aux rôles masculins et féminins* »<sup>20</sup>. On le comprend, la première partie de cette définition proposée s'accommode mal de tout ce qui précède : qu'il soit compris dans son sens faible ou fort, le concept de genre revoie pour l'essentiel à un ordre social (culturel) par définition extérieur à l'individu. Le genre n'est pas la manifestation de l'autonomie individuelle mais au contraire son inscription dans une hétéronomie fondamentale. Ce qu'évoque la Commission Européenne n'est alors pas tant « le genre » que « l'identité de genre », qui a bien vocation à désigner le sentiment et l'expérience que chacun-e peut avoir de sa/la masculinité et de sa/la féminité. Cette identité de genre peut, le cas échéant, se heurter contre le genre entendu comme hiérarchie (sens faible) ou comme système de catégorisation (sens fort). C'est ainsi par exemple que les mouvements favorables à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de personnes de même sexe s'opposent à la hiérarchie entre les sexualités que dessinent les ordres juridiques qui la réservent aux couples hétérosexuels. C'est ainsi encore que les demandes de personnes trans de voir leurs actes d'état civil et autres documents d'identification accordés à leur identité de genre sont autant de transgressions de l'intangibilité de la bicatégorisation sexuelle. Mais ces mouvements et revendications vont en quelque sorte contre le genre, bien plus qu'ils ne l'incarnent, l'illustrent ou le représentent.

Or cette confusion <sup>21</sup> entre le genre comme ordre fondamentalement hétéronome et le genre comme sentiment ou expérience individuelle se rencontre

---

20 S. Angius, C. Tobler, *Trans and Intersex people. Discriminations on grounds of sex, gender identity and gender expression*, Luxembourg, Ed. de la Commission Européenne, 2012, p. 12-13, traduit par nous.

21 On fait ici l'économie de toute référence à une autre importante source d'ambiguïtés et d'ambivalences dans les usages juridiques du concept de genre, et qui tiennent en large part à des enjeux de traduction. Ces ambivalences sont encore parfois aggravées par la langue même du droit. Le droit international et européen, dont le français et l'anglais sont les langues officielles, constitue de ce point de vue un point d'observation intéressant car il n'est pas rare que les expressions anglaises de « *gender equality* » ou de « *gender based discrimination* » soient traduites, en français, par celles d'égalité entre les sexes ou de discrimination fondée sur le sexe. En fait, il semble que nombre des usages juridiques en anglais du terme « genre » soient frappés d'une assez forte ambivalence qui tient à leur faible différenciation d'avec le terme « sexe ». Emblématique de ce point de vue est l'analyse du Groupe d'experts européens pour l'égalité de genre : proposant en 2013 un document destiné à faire le point sur l'acquis communautaire en la matière, les auteurs écrivent : « *Another often-used term, instead of gender equality, is "sex equality". Both terms are used in the present publication, more or less interchangeably. However, it should be noted that while the term "sex" refers primarily to the biological condition and therefore also the difference between women and men, the term "gender" is broader in that it also comprises social differences between women and men, such as certain ideas about their respective roles within the family and in society* » : S. Burri, S. Prechal, *EU Gender Equality Law. Update 2013, 2014*, p. 1 ; en ligne : [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your\\_rights/eu\\_gender\\_equality\\_law\\_update2013\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/eu_gender_equality_law_update2013_en.pdf)

fréquemment dans le discours de nombre d'acteurs juridiques<sup>22</sup> – ce qui est source de complexité. Cette confusion mérite qu'on s'y intéresse. Elle permet en effet de voir que ce qui se joue autour du concept de genre, c'est un conflit, une tension, entre un ordre objectif et des perceptions et points de vue subjectifs. Là où la Cour Européenne des Droits de l'Homme – faisant en cela écho à un corpus de textes grandissant émanant du Conseil de l'Europe<sup>23</sup> – évoque « *la liberté de définir son appartenance sexuelle* »<sup>24</sup>, certain-es invoquent un ordre supérieur qui verrait dans le sexe « *un classement de l'individu échappant à sa volonté* »<sup>25</sup>. Le droit européen des droits de l'Homme a-t-il entrepris un travail d'abolition du genre en attrayant le sexe dans la sphère de l'autonomie et de la souveraineté individuelles ? C'est bien ce que craignent nombre

---

22 V. par ex. D. Vigneau, « Transsexualisme et Filiation », *Droit de la famille*, n° 5, 2013 : « *Le genre est une notion purement subjective. Elle n'attache d'importance qu'à la manière dont une personne vit et construit son appartenance sexuée et non à la réalité de son sexe biologique. Quoique présentée par certains comme le fruit d'une théorie scientifique, la notion de genre ne relève en fait que de considérations psychologiques et sociales. Cette approche subjective de l'identité sexuelle peut aisément prospérer dans un contexte juridique favorable à l'individualisme, au subjectivisme ; à l'émergence de droits à l'autodétermination. Nul n'ignore l'expansionnisme que recèlent, sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, des droits tels que le droit au respect de la vie privée ou familiale* ». D'autres fois, c'est dans une évaluation beaucoup plus positive que le discours doctrinal recourt au terme de genre, en omettant totalement sa dimension fondamentalement hétéronome. On trouve ainsi dans le discours juridique et les politiques publiques en matière d'égalité l'idée qu'il faudrait « *genrer* » (et non dé-genrer) le droit ; il faudrait ainsi genrer : le constitutionnalisme, le budget et même l'ensemble des politiques publiques (c'est l'approche intégrée de genre, ou gender mainstreaming). Le genre n'est plus ici le problème, mais une solution : contre l'inégalité entre les sexes et/ou les sexualités, il faudrait porter le genre en drapeau. Gageons que ces discours ne tendent pas tant à affirmer la nécessité pour constitutions, budgets et politiques publiques de maintenir, préserver ou (ré)affirmer l'ordre du genre qu'à prescrire l'adoption d'une perspective sensible aux effets de genre de l'ensemble de ces outils normatifs. »

23 Le Conseil de l'Europe marque un vif intérêt pour ces questions, notamment depuis les interventions remarquées de l'ancien Commissaire aux droits de l'Homme Thomas Hammarberg et notamment son Issue Paper : *Human Rights and Gender Identity*, 2009. V. par ex. la Résolution 1728(2010) et Recommandation 1915(2010), *Discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre* ; et le rapport : Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2011, 2<sup>e</sup> éd. Il faut encore noter que la Convention d'Istanbul de 2011 relative à la prévention et la lutte contre les violences faites aux femmes et la violence domestique prévoit en son article 4 § 3 que : « La mise en œuvre des dispositions de la présente Convention par les Parties, en particulier les mesures visant à protéger les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, le genre, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, l'état de santé, le handicap, le statut marital, le statut de migrant ou de réfugié, ou toute autre situation » (nous soulignons). Or le rapport explicatif à la Convention véhicule une interprétation très large de la notion de genre telle qu'elle est à comprendre ici, puisque : « *Certains groupes d'individus peuvent également être victimes de discrimination du fait de leur identité de genre, ce qui signifie, en termes simples, que le genre auquel ils s'identifient ne correspond pas au sexe qui leur a été attribué à la naissance. Ceci inclut des catégories d'individus tels que les personnes transgenres ou transsexuelles, les travestis, et d'autres groupes de personnes ne correspondant pas à ce que la société reconnaît comme appartenant aux catégories « masculin » ou « féminin »* » : Rapport explicatif, p. 10-11.

24 CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 73.

25 Pour reprendre la formule de Jean Carbonnier (*Droit civil. Les personnes*, Paris, PUF, 21<sup>e</sup> éd., 2000, p. 140), cité par Ph. Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », *La semaine juridique*, 2011, I, 1140. Carbonnier écrivait également que « *la date, le lieu et le sexe de naissance sont des vérités historiques qui ne doivent jamais être changées* » (*Ibidem*, nous soulignons).

d'auteurs et d'acteurs qui entendent réaffirmer l'importance qui s'attache à l'ordre du genre – cet ordre inaccessible aux volontés individuelles, fondamentalement hétéronome. C'est l'ordre, le droit contribue à sa production – via le principe juridique d'indisponibilité.

## **2. COMPRENDRE JURIDIQUEMENT LE GENRE : LE GENRE COMME INDISPONIBILITE**

On souhaite donc explorer ici l'hypothèse selon laquelle le concept de genre renvoie en large partie à ce que les juristes appellent, depuis longtemps, l'indisponibilité ; cette proposition s'applique au concept de genre tel qu'on l'a isolé ci-dessus dans son sens fort. Trois séries d'arguments viennent à l'appui de cette proposition d'analyse du genre comme renvoyant, peu ou prou, au principe juridique d'indisponibilité : les concepts de genre et d'indisponibilité auraient ainsi en partage une même fonction, un même objet et une même épistémologie. La fonction, c'est l'instauration de limites à la volonté individuelle ; l'objet, c'est l'inscription dans une généalogie ; l'épistémologie, c'est le droit naturel.

### **2.1. Une même fonction : limiter la volonté individuelle**

« *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* », dispose l'article 1128 du Code civil. Au terme d'une histoire intellectuelle et politique particulière<sup>26</sup>, la lecture *a contrario* de cette disposition en est venue à servir de point d'appui à l'affirmation doctrinale répétée et longtemps largement dominante en droit civil selon laquelle il existerait un principe juridique d'indisponibilité du corps humain : toute convention qui aurait pour objet une chose hors commerce – catégorie dans laquelle serait *naturellement* classée le corps humain<sup>27</sup> – serait illicite.

L'affirmation du principe selon lequel la personne serait hors commerce juridique est très intéressante au plan historico-politique. L'historien du droit Yan Thomas avait bien souligné le parallèle fort entre le discours juridique civiliste contemporain et les relectures chrétiennes du droit romain à partir du XII<sup>ème</sup> siècle ; il les saisissait ensemble comme participant d'un même mouvement d'« anthropologisation » de la catégorie juridique de personne<sup>28</sup>. Il expliquait ainsi combien ce discours de l'anthropologisation tendait à remettre systématiquement en cause les indices comme les conséquences de l'artificialité de la catégorie juridique de personne héritée du droit romain<sup>29</sup>. Il est frappant en effet de voir comment,

---

26 V. sur certains aspects : S. Hennette-Vauchez, « *Corpus Iuris : Jusnaturalisme et réinventions du corps par le droit (1970-2007)* », in D. Memmi, D. Guillo et O. Martin (dir.), *La tentation du corps*, Paris, Ed. de l'EHESS, 2009, p. 199.

27 I. Moine, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997.

28 Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », in O. Cayla et Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002, p. 138.

29 De nombreux dispositifs hérités du droit romain attestent cette déconnexion totale entre personne humaine et personne juridique qui n'ont pas même vocation à coïncider – depuis l'existence

contrairement à ce qu'une lecture technique, positive, du Code civil permet de voir (*i.e.* une personne *juridique* qui n'a pas grand-chose à voir avec la personne *humaine* – ne serait-ce que parce qu'elle n'a pas de corps<sup>30</sup>), la doctrine civiliste va s'attacher à produire un discours épaissi, enrichi sur « la personne humaine » – discours dans lequel le principe selon lequel la personne est hors commerce tient un rôle central<sup>31</sup>. S'il est difficile de dater avec précision l'émergence de ce discours – et de ce principe –, on peut tout de même identifier la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle comme assez cruciale<sup>32</sup>. Il va de soi que l'abolition de l'esclavage (1848) et de la mort civile (1854) servent ici de points d'appui déterminants, puisque la personnalité juridique étant de ce fait désormais reconnue à toutes les personnes humaines (même si les femmes mariées demeuraient frappées d'incapacité...), la coïncidence entre personne juridique et personne humaine progresse effectivement. La personne humaine est donc, petit à petit, placée sur un « piédestal »<sup>33</sup>.

Mais dès les années 1930, de nombreux doutes se font jour. Face au développement de formes et d'objets contractuels nouveaux (l'assurance sur la vie, les contrats engageant des sportifs dans des sports dangereux...), l'affirmation selon laquelle le corps serait hors le commerce juridique paraît de plus en plus comme « *frappée d'un vice radical : sa contrariété aux faits* »<sup>34</sup>. Dans l'ensemble, le discours

---

de statuts tels que celui de l'esclave ou du mort civil, qui permettaient de considérer comme inexistantes – au monde du droit des personnes bel et bien vivantes, à divers mécanismes permettant à l'enfant conçu mais non encore né d'advenir au monde du droit. Dans un essai fort stimulant, Marcela Iacub soutenait la thèse selon laquelle l'économie politique du Code civil napoléonien, tout entière articulée sur cette artificialité fondamentale de la catégorie de personne, permettait en fait un large déploiement de la liberté individuelle. Si on comprend bien la dimension stratégique de l'argumentation de Marcela Iacub (formulée en 2004, c'est-à-dire au beau milieu des débats sur l'affaire Perruche et le principe de dignité de la personne humaine qui ont durablement divisé la communauté juridique française), on reste plus dubitative sur la portée historique de l'analyse. Le contexte politique et social dans lequel le Code civil est né et à trouver à s'appliquer n'était pas propice à la lecture libertarienne proposée. Voir M. Iacub, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004.

30 Le Code civil est en effet parfaitement muet sur la question du corps jusqu'à l'intervention de la première loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 qui, précisément, insère au Code civil un chapitre relatif au Respect du corps humain.

31 V. J.-F. Niort, « Personne et Discrimination. Approche historique et théorique », in M. Mercat-Bruns (dir.), *Personne et Discrimination*, Paris, Dalloz, 2006, p. 15-50.

32 E. Dockes et G. Lhuillier (dir.), *Le corps et ses représentations*, Paris, Litec, 2001 ; et notamment dans cet ouvrage : D. Deroussin, « Personne, chose, corps », p. 79. Pour une perspective s'intéressant à l'émergence de la « personne humaine » dans le droit des droits de l'Homme, on peut également lire, au sujet de l'influence des doctrines personnalistes sur ce mouvement : S. Moyn, « Personalism, Community and the Origins of Human Rights », in S.-L. Hoffmann, *Human Rights in the 20th century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 ; et de manière générale, S. Moyn, *Christian Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2015.

33 L. Jossierand, « La personne humaine dans le commerce juridique », *Recueil Dalloz*, 1932, p. 1.

34 Et ce, depuis fort longtemps et au moins depuis le début du siècle ; voir par exemple A. Mayer Jack, « Les conventions relatives à la personne physique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 362 : « Ce principe (selon lequel la personne est hors commerce) apparaît à la réflexion comme frappé d'un vice radical : il se révèle contraire aux faits ». Voir encore R. Nerson, « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1970, p. 661 : « Jusqu'à une époque récente, le problème de la validité des actes juridiques portant

civiliste déplore cette évolution<sup>35</sup> ; et la meilleure preuve de l'attachement qu'elle maintient et réaffirme à l'idée selon laquelle la personne humaine est / devrait être hors le commerce juridique, c'est sa reformulation progressive sous la forme du principe d'indisponibilité<sup>36</sup>.

Tel qu'il se déploie dans le discours juridique doctrinal de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le principe juridique d'indisponibilité connaît deux déclinaisons principales<sup>37</sup> : l'indisponibilité du corps (humain) et l'indisponibilité de l'état (des personnes). Dans les deux cas, il signifie toujours une limite à l'effet juridiquement contraignant de la volonté individuelle. A son propos, Catherine Labrusse-Riou explique ainsi en 1996 qu'il importe de « *tenir en lisière le pouvoir exercé sur soi-même ou sur autrui : peut être parce que tout pouvoir, surtout s'il puise sa source dans des fantasmes et non dans la réalité, est dangereux et appelle une limite que le droit signifie faute de pouvoir toujours la fonder* »<sup>38</sup>. Plus techniquement, le principe d'indisponibilité a pour objet et pour effet d'emporter la soustraction du corps et/ou de l'état des personnes à l'empire de la volonté ; on lit ainsi dans un manuel récent : « *L'indisponibilité est le caractère d'un droit placé hors d'atteinte des volontés*

---

*sur le corps humain ne présentait, sur le terrain de la pratique, qu'un intérêt limité : la doctrine, bien que divisée sur la nature exacte des droits de l'individu sur son propre corps, considérait que le principe d'indisponibilité allait de soi ; par exception, la vente du lait des nourrices, ou des cheveux de femmes étaient implicitement reconnus valables... Aujourd'hui le corps, réserve de tissus ou d'organes, devient chaque jour plus utilisable pour autrui... Le principe d'inaliénabilité demeure mais il n'est plus possible de le suivre dans ses dernières conséquences logiques, n'en déplaise à ceux qui préfèrent l'automatisme des mécanismes logiques aux nuances de l'opportunité » (p. 676).*

35 Ainsi, Josserand poursuit, à propos de la « personne humaine » : elle devient « *matière à tractations, à abandons, à réparations, à combinaisons ; parfois, elle est traitée comme une valeur économique et juridique, voire comme un colis ; elle se hausse – ou elle s'abaisse – au niveau d'une chose ; elle se commercialise, elle se patrimonialise ; nous serions tentés d'écrire qu'elle s'américanise* ». On trouve l'expression d'anxiétés comparables, à la fois dans le fond de ce qu'elles expriment et dans la forme qu'elles prennent, dans le droit de la famille affecté à partir des lendemains de la Seconde Guerre mondiale par de nombreux changements ; voir en ce sens C. Robcis, *The Law of Kinship. Anthropology, Psychoanalysis and the Family in France*, Ithaca, Cornell University Press, 2013, p. 13 : « *the normative heterosexual family needed to be defended because it provided a basis to rearticulate republicanism, to reassert a universalism that appeared increasingly threatened by postcolonialism, globalization, the EU and the ever-expanding American way of life* ».

36 V. l'importance de certains travaux dans cette histoire, comme par ex. A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, LGDJ, 1960.

37 Le recours au présent de l'indicatif indique la dimension purement descriptive de la phrase : le principe d'indisponibilité est présenté, aujourd'hui encore, comme ayant ces deux dimensions principales. Il se trouve que cette affirmation est essentiellement le fait de la doctrine juridique ; et que le statut normatif du principe, tel qu'on pourrait le déduire du droit positif, est bien différent – à telle enseigne qu'on pourrait même écrire qu'en droit, le principe n'existe pas. Mais on n'ouvrira pas ici la querelle de la dimension incantatoire ou prescriptive du discours doctrinal relatif au principe d'indisponibilité ; bien plutôt on prend ce discours pour objet de l'étude, dans sa dimension civiliste classique. Notons une récente tentative de restaurer le principe dans une acception nouvelle : M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, Thèse droit public, Université Paris Ouest – Nanterre La Défense, 2014, à paraître LGDJ/Fondation Varenne.

38 C. Labrusse-Riou, « Sur l'identité sexuelle : à propos du transsexualisme », Paris, Ed. de l'association freudienne internationale, 1996, p. 152, cité in M. Fabre-Magnan, Préface, *Catherine Labrusse-Riou : Ecrits de bioéthique*, Paris, PUF, 2007, p. 34.

*individuelles* »<sup>39</sup>. L'indisponibilité, c'est donc l'antonyme du droit de disposer de son corps<sup>40</sup>. Et à ce titre, l'insistance mise par une juridiction comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur la notion d'autonomie personnelle suscite la critique des juristes attachés à l'idée d'indisponibilité. Muriel Fabre-Magnan critique ainsi le fait que « *le principe traditionnel de l'indisponibilité de l'état des personnes soit en effet devenu aujourd'hui, avec la caution de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, un principe d'autonomie des personnes* »<sup>41</sup>. En d'autres termes, le principe d'indisponibilité permet de maintenir certaines choses<sup>42</sup> (le corps et l'état, c'est-à-dire : la filiation, le sexe, le nom, etc.) hors d'atteinte de la volonté individuelle ; fondamentalement, l'indisponibilité constitue une limite à la liberté individuelle.

Or c'est bien exactement ce qui est en jeu via le concept de genre, qui opère comme un dispositif d'assignation : assignation à des rôles sociaux de sexe, qui emporte à son tour assignation à des identités sexuelles, des normes de comportement, des secteurs de la vie sociale, des fonctions (re)productives... De ces assignations, il peut être extrêmement difficile, voire impossible, de s'affranchir ; en cela, le genre est bien, comme l'indisponibilité, une limite à la liberté individuelle. Et ce d'autant plus que, précisément, nombre de ces assignations de genre sont ou ont été créées, ou en tout cas perpétuées et légitimées, par les normes juridiques, depuis l'incapacité civile des femmes (mariées) à la privation du droit de vote, en passant par la pénalisation des relations homosexuelles ou l'impossibilité de modifier la mention du sexe apparaissant sur les actes d'état civil<sup>43</sup>...

## 2.2. Un même objet : inscrire le sujet dans une généalogie

Non seulement genre et indisponibilité ont une fonction comparable en ce sens qu'ils véhiculent tous deux cette idée de limite à la liberté individuelle, mais encore ils ont pour point commun de déployer leurs effets sur des terrains semblables : c'est en effet lorsqu'est en cause le déploiement de la liberté de l'individu *face à la réalité de son incarnation* que ces notions sont mobilisées. La remise en cause de l'identité sexuelle de naissance, la libre détermination, comme la variabilité, de l'orientation sexuelle, la contestation du caractère exclusif des filiations (charnelle ou adoptive)

---

39 J.-R. Binet, B. Beignier, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2014, p. 131 : « Appliquée au corps humain, l'indisponibilité signifie que si la personne peut user de son corps, elle ne peut le céder, en tout ou partie ».

40 S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, 2004.

41 M. Fabre-Magnan, Préface, in C. Labrusse-Riou. *Ecrits de bioéthique*, op. cit., p. 27. Voir aussi B. Edelman, *Sade, le désir et le droit*, Paris, Ed. de l'Herne, 2014 et, plus généralement, les dossiers thématiques n° 48 et 49 publiés dans la revue *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* en 2008 et 2009.

42 A entendre ici dans un sens profane (i.e. non civiliste) du terme « choses ».

43 On se permet de renvoyer, pour des analyses de droit français, à REGINE, *La loi & le genre. Etudes critiques de droit français*, op. cit.



définies par le droit – via, par exemple, la revendication de la reconnaissance de l'intention comme fondement valable de la parentalités... – sont autant de mouvements se heurtant, dans le débat public (politique et juridique) contemporain, tantôt au concept de genre, tantôt à celui de l'indisponibilité. C'est que les deux concepts ont un même objet : inscrire le sujet dans une généalogie.

L'ordre généalogique, point de rencontre entre le sang (la génétique) et le temps, est considérablement menacé, dans son intangibilité comme dans l'exclusivité du récit qu'il nourrit, par le développement de technologies d'assistance médicale à la procréation (AMP). Grâce à elles en effet, hommes et femmes stériles ou homosexuelles peuvent accéder à la procréation – sans sexualité mais aussi potentiellement sans vie conjugale. La gestation pour autrui crée un trouble plus grand encore, qui peut permettre à une femme de porter l'enfant issu des gamètes de sa mère, de sa sœur, d'une mère commanditaire connue ou non voire, de donneuses d'ovocytes. Il n'est dès lors pas surprenant que ce soit sur ce terrain (l'encadrement juridique de l'AMP) que l'on ait vu le principe d'indisponibilité resurgir à partir des années 1980.

Dans le discours doctrinal, il devient vite inévitable – et, pour tout dire, franchement central à la réflexion juridique sur les procréations assistées et, en fait, sur la bioéthique en général. Il constitue ainsi la clef de coûte d'ouvrages tels que *Produire l'homme, de quel droit ?*<sup>44</sup> ou *L'homme, la nature et le droit*<sup>45</sup> qui façonnent assez largement le débat bioéthique encore émergent au cours des années 1980. Pour ce qui est du droit positif, c'est la question de la gestation pour autrui qui va fournir l'occasion de sa consécration. Après un arrêt très polémique rendu en 1990 par la Cour d'appel de Paris<sup>46</sup>, la Cour de cassation intervint en 1991 dans sa formation la plus solennelle pour juger que : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient... au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain* »<sup>47</sup>. Bien sûr, de très nombreux arguments juridiques sont mobilisés sur le terrain de la gestation pour autrui – lesquels évoluent d'ailleurs dans le temps : impossible consentement libre et éclairé de la gestatrice, droits de l'enfant, droits des femmes<sup>48</sup>... – et l'objet de la présente contribution n'est pas de les examiner tous. Bien plutôt, on souhaite mettre l'accent sur la manière dont en dernier ressort, c'est bien le concept d'indisponibilité

---

44 J.-L. Baudoin, C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, PUF, 1987.

45 B. Edelman, M.-A. Hermitte, C. Labrusse-Riou, *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Ch. Bourgeois éditeur, 1988.

46 CA Paris, 15 juin 1990, *La Semaine juridique*, 1991, II, 21653 ; il faut noter que l'arrêt avait donné lieu à un très virulent commentaire co-signé par C. Labrusse-Riou et B. Edelman (*Ibidem*) dans lequel l'argument de l'indisponibilité était très largement mis en avant.

47 Cass., Ass. Plen., 31 mai 1991, souligné par nous. Voir, auparavant et à propos de l'indisponibilité de l'état des personnes : TGI, Paris, 11 octobre 1988, *Recueil Dalloz*, 1988, Inf. Rap., p. 275.

48 Ainsi, l'argument féministe (ou articulé autour de la question des droits des femmes) semble ainsi avoir aujourd'hui pris le pas sur l'argument tiré de l'indisponibilité : v. D. Roman, « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *Travail, Genre, Sociétés*, vol. 2, n° 28, 2012, p. 276.

qui les unit tous – cette indisponibilité entendue comme maintien dans un ordre généalogique fondamentalement hétéronome (*i.e.* insusceptible d'être altéré au gré de la volonté individuelle).

C'est en effet autour de cette idée que s'articule le débat. Ainsi, le fait que la volonté individuelle puisse prendre le pas sur des considérations d'ordre public est assimilé à l'idée que la liberté n'est plus tant instituée par la puissance publique, mais qu'elle devient opposable à cette dernière<sup>49</sup>. Divers usages du corps, tels que le don de cornée, de sang ou le prélèvement d'organes sont dès lors présentés comme autant de « dérogations » à l'indisponibilité du corps humain – dérogations qui ne sauraient être mises sur le même plan que la maternité de substitution : « *une chose est la naissance d'un enfant, une autre le secours porté à autrui* »<sup>50</sup>. Cette « spécificité » du « don de naissance » a à voir avec le rapport qu'il entretient à la part généalogique de l'identité humaine. On trouve une claire expression de cette idée, par exemple, dans la théorie de la fonction anthropologique du droit. L'ouvrage *Homo juridicus*, qui en constitue sans nul doute la formulation la plus poussée, affirme que la filiation compte (avec le sexe, la naissance et la mort) parmi les éléments de l'identité des personnes qui doivent impérativement demeurer hors d'atteinte de la volonté individuelle : « *Nul ne peut donc décider souverainement de sa filiation, de son sexe ou de son âge. Cette instance a été pendant longtemps, et demeure dans divers pays, de nature religieuse. En Occident, c'est l'Etat qui est aujourd'hui le garant ultime de l'état des personnes et cet état est indisponible, c'est-à-dire qu'il échappe à la souveraineté de l'individu* »<sup>51</sup>. Ainsi, diverses revendications et conquêtes caractéristiques du monde contemporain font ici figure de « *discours délirants* » : « *les principes d'égalité et de liberté individuelle peuvent en effet servir à justifier l'abolition de toute différence et de toute limite, c'est-à-dire faire l'objet d'interprétations folles* » – et les exemples fournis illustrant bien qu'à travers le principe d'indisponibilité, c'est bien le genre en son sens fort qui est prescrit et protégé : Alain Supiot liste ainsi, pêle-mêle, l'abolition de la différence des sexes, la « *désinstitution* » de la maternité, le remplacement de la filiation par la contrat<sup>52</sup>...

On le sait, la théorie de la fonction anthropologique du droit s'appuie lourdement sur l'œuvre de Pierre Legendre ; elle y trouve, dans l'insistance sur les notions de

---

49 L'admission de la maternité de substitution (avant son interdiction législative qui n'advient qu'en 1994) est analysée comme signalant un « renversement de perspective : l'homme supplanterait le citoyen, de sorte que ses droits naturels ne devraient plus être contredits par l'Etat. Ce serait donc dans sa sphère privée qu'il élaborerait sa propre morale, qu'il organiserait ses propres intérêts et la seule limite qu'il rencontrerait ne serait plus tant l'ordre public que le respect des droits d'autrui. Plus précisément, le respect des droits d'autrui constituerait une sorte d'ordre privé supplantant l'ordre public... La meilleure manière de défendre la personne ce n'est point tant d'instituer sa liberté mais de lui reconnaître de nouvelles libertés envers elle-même, envers autrui et envers l'Etat » : C. Labrousse-Riou, B. Edelman, note sous CA Paris 15 juin 1990, *op. cit.*

50 *Ibidem.*

51 A. Supiot, *Homo Juridicus. La fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2006, p. 58.

52 *Ibid.*, p. 79-80.

transmission et d'institutionnalisation<sup>53</sup>, d'utiles ressorts pour appuyer sa thèse selon laquelle la condition de l'identité et de la liberté du sujet réside dans le fait que le Droit l'inscrive dans une « limite »<sup>54</sup> : « *chez nous comme ailleurs, il n'est pas de "je" possible sans une instance garante du "je" ou, pour le dire en termes juridiques, sans une instance garante de l'état des personnes* »<sup>55</sup>. Or cette limite est, par bien des aspects, généalogique : c'est bien en effet dans l'encadrement juridique de la naissance et de la mort, ainsi que dans l'état civil (la filiation), que la fonction anthropologique du droit voit s'incarner et se décliner le principe d'indisponibilité : « *Chacun de nous doit apprendre à inscrire dans l'univers du sens cette triple limite qui circonscrit son existence biologique : la naissance, le sexe et la mort. L'apprentissage de ces limites est aussi un apprentissage de la raison. Conférer un sens à la naissance, la nôtre et celle de nos enfants, c'est comprendre que nous nous inscrivons dans une chaîne générationnelle...* »<sup>56</sup>.

### 2.3. Une même épistémologie : le droit naturel

On l'a dit, le principe juridique d'indisponibilité est essentiellement doctrinal : ce sont les juristes civilistes qui l'ont promu, indépendamment voire à l'encontre du droit positif. S'il existe certainement quelques arrêts adoptant des solutions conformes à la logique de l'indisponibilité (*i.e.* limitant ou niant l'existence d'un droit de la personne à disposer d'elle-même) au visa de l'article 1128 du Code civil, on ne trouve pas de consécration du principe de l'indisponibilité du corps humain, en tant que tel, avant l'arrêt d'assemblée plénière de 1991 (*v. supra*)<sup>57</sup>. Quant au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, de nombreux auteurs considèrent qu'il est abandonné par l'alignement de la Cour de cassation sur la position de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de rectification des actes d'état civil pour les personnes trans : le paradigme du respect de la vie privée vient chasser celui de l'indisponibilité<sup>58</sup>. En outre, lorsqu'il rédige en 1994 le titre relatif au respect du

---

53 *L'inestimable objet de la transmission* est ainsi largement mobilisé par les juristes engagés dans la théorisation d'une fonction anthropologique du droit, ne serait-ce qu'en raison des liens établis par Legendre entre généalogie et fondation de l'humanité. V. par ex. : « *le pouvoir absolu de la généalogie consiste d'abord à fonder l'humanité, en arrimant la reproduction au statut mortel du vivant* » : P. Legendre, *L'inestimable objet de la transmission*, Paris, Fayard, 1985, cité par B. Edelman, *Sade, le désir et le droit*, *op. cit.*, p. 28.

54 On ne saurait suffisamment insister sur l'importance de la notion de limite : le droit est pensé, par des auteurs comme Alain Supiot, Bernard Edelman mais aussi Catherine Labrusse-Riou, Muriel Fabre-Magnan... d'abord et avant tout comme une limite.

55 *Ibid.*, p. 58.

56 *Ibid.*, p. 41.

57 A ce propos, voir l'article majeur de M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution) », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 506-507.

58 Cass. Ass. Plen., 11 déc. 1992, n° 91-11900. Voir le commentaire de B. Beignier, « L'ordre public et les personnes », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du xx<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 25 :

corps humain dans le Code civil<sup>59</sup>, le législateur choisit clairement de *ne pas consacrer* le principe d'indisponibilité du corps.

En dépit de ces faiblesses congénitales et de ces affaiblissements politiques, le principe d'indisponibilité demeure largement central au discours civiliste sur la personne<sup>60</sup>. C'est donc que, fondamentalement, le principe d'indisponibilité est compris comme étant, en dernier ressort, un principe de droit naturel.

Une telle lecture des choses est congruente avec la manière dont les auteurs engagés dans la défense ou la promotion du principe le décrivent. Devant les députés, Catherine Labrusse-Riou, par exemple, rappelle l'importance du droit non-écrit : « *le législateur ne peut pas ne pas tenir compte des structures plus dures, plus profondes et anciennes, et des catégories juridiques à l'intérieur desquelles les règles prennent place, et qui leur donnent sens* »<sup>61</sup>. Commentant les écrits de son aînée dans le domaine de la bioéthique, Muriel Fabre-Magnan explique le rôle particulier assigné au droit par une génération de civilistes, pionniers dans l'attention prêtée à ces « sujets nouveaux » mais aussi acteurs essentiels d'une forme inédite de retour du droit naturel : « *le renouveau de l'éthique traduit un retour à une conscience morale dont le droit pourrait être la voix. Une sorte de retour aux sources, celle du Droit comme principe de limite et de légitimité, comme protection contre les formes nouvelles de pouvoir, celle peut-être du droit naturel, d'un droit de l'humanité, qui n'inspire pas encore notre droit positif trop pétri d'utilitarisme scientifique* »<sup>62</sup>. Dans ces conditions, on

---

« d'elle-même la conclusion s'impose : l'indisponibilité du corps n'existe pas, l'indisponibilité de l'état est ruinée ».

59 La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 portant statut du corps humain a en effet consacré le principe de non patrimonialité des conventions prenant le corps pour objet (qui figure désormais à l'article 16-5 du Code civil) – mais pas le principe d'indisponibilité. Ce dernier, qui figurait bien dans les premières versions du projet de loi (projet de loi n° 2599 relatif au corps humain, 1992, art. 17 : « *chaque être humain a droit au respect de son corps. La loi garantit l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain aux fins d'assurer la dignité de la personne* »), en a disparu par la suite. En outre la formulation même du (nouveau) principe de non-patrimonialité suppose bien l'existence, et l'admissibilité (pourvu qu'elles n'aient pas de caractère patrimonial) des conventions prenant le corps comme objet.

60 Fût-ce, parfois, sous des habits nouveaux. Ainsi, les difficultés tant intrinsèques (incapacité à décrire le réel) qu'extrinsèques (ignoré par le législateur) rencontrées par le principe d'indisponibilité ont certainement encouragé nombre d'auteurs à se tourner, à partir du milieu des années 1990 notamment, vers un principe nouvellement rendu disponible au débat juridique français : le principe de dignité de la personne humaine. Sur cette évolution, on renvoie à S. Hennette-Vauchez, « *Corpus Iuris : jusnaturalisme et réinventions du corps par le droit* », art. cit. ; v. aussi D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique », in *Mélanges offerts à P. Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487.

61 C. Labrusse-Riou, in *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, AN, n° 1325, t. 2 : « Auditions », p. 61-69, cité par D. Borrillo, « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Histoire@Politique*, n° 14, 2011, p. 55.

62 M. Fabre Magnan, « Préface », art. cit., p. 31

comprend bien que l'absence de consécration du principe d'indisponibilité dans le droit positif importe peu : il y a bien plus en jeu : axiome<sup>63</sup>, éthique, dogme<sup>64</sup>.

De la même manière, le genre est un facteur de naturalisation : la force de l'ordre du genre, c'est de faire apparaître les distinctions et les hiérarchies qu'il prescrit comme « naturelles ». Les études de genre, de ce point de vue, sont en effet déconstructionnistes, en ceci qu'elles questionnent cette « naturalité » de l'ordre du genre, et s'interrogent sur sa dimension sociale (construite). Au « c'est comme ça » de l'affirmation selon laquelle les petites filles préfèrent jouer à la poupée, la psychologie sociale répond, lorsqu'elle s'empare du concept de genre, que cette préférence est construite – à la fois en amont et en aval de l'expérience. A l'idée tout aussi naturalisante que c'est parce qu'elles seraient moins revendicatives au plan salarial que les femmes se trouveraient en situation structurelle d'inégalité, les sciences de l'économie et de la gestion comme la sociologie enseignent que la revendication n'y fait rien en raison de l'existence de facteurs importants qui ne remettent pas en cause sinon confortent une politique durablement inégalitaire des entreprises et autres employeurs.

L'ordre du genre, comme l'indisponibilité, s'offrent donc sur le mode du fondement anthropologique ultime sans lequel la société ou, alternativement, l'humanité, s'effondrerait – et résistent à toute interrogation critique de leur « naturalité » en la dénonçant comme dangereuse, prométhéenne voire mortifère.

#### **CONCLUSION : OUVERTURE**

Assurer une égalité réelle entre les personnes et garantir qu'aucune ne soit prisonnière contre son gré d'une identité sexuelle dans laquelle elle ne se reconnaît pas/plus et faire s'écrouler, de ce fait, les hiérarchies associées à la différenciation sexuelle (stéréotypes de genre, hétéronormativité, etc.) pourrait exiger l'abolition du genre<sup>65</sup>. On comprend que la perspective paraisse vertigineuse à nombre d'acteurs juridiques<sup>66</sup> ; pastichant des travaux menés il y a une quinzaine d'année sur le corps

---

63 M. Fabre Magnan, « La dignité en droit : un axiome », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2007, p. 1.

64 La notion de dogme empruntée à Pierre Legendre joue un rôle important dans la théorie de la fonction anthropologique du droit ; Alain Supiot la définit comme « *une injonction intangible parce qu'inexplicable, qui peut et doit être montrée et célébrée mais ne peut être ni démontrée ni modifiée* » (« L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ? Dialogue entre Mireille Delmas-Marty et Alain Supiot », *Esprit*, n° 11, 2012, p. 35-51).

65 De ce point de vue, le titre original de l'ouvrage phare de Judith Butler, dont on connaît l'importance dans le champ des *gender studies* en général, est bien plus porteur de cette idée de « problème » que la traduction française (trouble dans le genre).

66 Ainsi, tant le juge que certains courants doctrinaux voient dans cette hypothèse un horizon dramatique. Voir ainsi les propos de l'avocat général F. Flipo sur un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 mai 1990, qui fait du sexe la différence absolue entre les personnes, que l'on ne saurait transgresser « *sous peine de faire vaciller les bases sur lesquelles repose une société* », cité in Ph. Reigné, « Sexe, Genre et état des personnes », art. cit. En sens comparable, voir par ex. B. Edelman, *Sade, le désir et le droit*, op. cit. ; ou encore A. Supiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, op. cit.

humain, on pourrait dire qu'à la vérité, l'enjeu de la pensée du genre, c'est la survie de la pensée juridique<sup>67</sup>. Poser les choses en ces termes permet de jeter une lumière nouvelle sur certaines des raisons pour lesquelles le droit ne semble pas être, à ce jour, le meilleur vecteur de ce programme.

A titre de piste de recherches futures, on souhaiterait en effet ici suggérer que bien que le concept de genre se soit, depuis plusieurs années, frayé un chemin notable dans les normes juridiques, et singulièrement dans le champ de l'égalité et de la lutte contre les discriminations, c'est jusqu'ici surtout le genre dans son sens faible qui s'est imposé comme facteur prohibé de discriminations : on l'a vu, la Convention d'Istanbul y fait explicitement référence ; et nombre de solutions antérieures, émanant de la jurisprudence tant européenne que nationale, consacrent l'idée que tout traitement défavorable lié à des considérations de genre (apparence<sup>68</sup>, orientation sexuelle<sup>69</sup>, sexe, stéréotypes de genre<sup>70</sup>...) est de nature à constituer une discrimination prohibée. Mais si le droit de la lutte contre les discriminations paraît ainsi susceptible de corriger les discriminations de genre en son sens faible, elle achoppe inévitablement lorsque confrontée aux discriminations de genre au sens fort. Ainsi, tant en matière de transsexualisme que d'intersexuation – questions qui, toutes deux, interrogent plus directement le genre en son sens fort, *i.e.* les catégories mêmes de la division sexuelle –, on observe que le droit positif actuel peine bien davantage à accommoder l'idée que l'assignation forcée (intersexuation) et intangible (transsexualisme) à un sexe constitue un problème – ou une discrimination. Bien au contraire : le traitement juridique de l'intersexuation illustre, en premier lieu, l'attachement du droit à la fiction aux termes de laquelle une définition binaire de l'identité sexuelle est réputée épuiser le réel ; tandis que l'état de la question des droits des trans, en second lieu, atteste l'attachement du droit au caractère intangible de cette différenciation sexuelle produite et reproduite par le droit.

L'article 57 du Code civil prévoit que l'acte de naissance doit comporter mention du sexe de l'enfant ; mais ce sexe n'est pas défini. Depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle, c'est sur l'apparence des organes génitaux externes que se base cette déclaration – alors même que d'autres facteurs (tels que les facteurs chromosomiques ou gonadiques) pourraient être pris en compte<sup>71</sup> ; et depuis le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, cette exigence a

---

67 On se permet ici de pasticher l'heureuse formule d'E. Dockès et G. Lhuillier, « Préface », in *Le corps et ses représentations*, *op. cit.*

68 Cass. Soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213.

69 CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c. Autriche*, n° 39392/98 et n° 39829/98.

70 CEDH, Grande chambre, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06.

71 V. En particulier M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », in REGINE, *La loi & le genre. Etudes critiques de droit français*, *op. cit.*, p. 29 ; et Ph. Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », *art. cit.*

été durcie<sup>72</sup> au point de fonder des interventions chirurgicales précoces d'assignation à un sexe déterminé des enfants sur lesquels on observait ambiguïtés et variations et ce, au nom de l'exigence juridique de mention d'un sexe à l'état civil<sup>73</sup> (l'intersexuation ne soulève pas nécessairement d'enjeu de santé)<sup>74</sup>. A telle enseigne que ce forçage des corps dans les catégories du droit, qui passe par des atteintes considérables à l'intégrité physique y compris sur des enfants en bas âge<sup>75</sup> tend à être apparenté aujourd'hui à des actes de torture ou à des traitements inhumain ou dégradants<sup>76</sup>.

Quant à l'état contemporain du traitement juridique du transsexualisme, il atteste semblablement une réticence fondamentale du droit à faire entrer la détermination de l'identité sexuelle dans l'empire de la volonté individuelle. Certes, divers arrêts retentissants ont accordé aux personnes trans le droit à la rectification des actes d'état civil<sup>77</sup> et même le droit au mariage<sup>78</sup>. Mais ces droits sont conditionnés. Ainsi, le droit à la rectification des actes d'état civil est subordonné au fait qu'une telle rectification n'emporte pas l'existence de fait d'un mariage entre personnes de même sexe dans les Etats qui ne reconnaissent pas cette possibilité<sup>79</sup>. Plus généralement, il

---

72 Il est rapporté que, par exemple, à la Renaissance, le choix était laissé aux individus de dire de quel sexe ils relevaient ; Ph. Reigné, *Ibidem*.

73 Ph. Reigné, *Ibidem*, M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit.

74 Le phénomène lui-même ayant longtemps été largement invisibilisé par, précisément, l'application immédiate et mécanique de la règle de la mention du sexe à l'état civil, il est difficile de donner un chiffre ou un pourcentage précis de l'intersexuation. En outre, l'intersexuation est un phénomène très large, qui comprend de nombreuses variations possibles. Reste que la Haute Autorité de Santé évoque le chiffre de 2 % des naissances, ce qui correspond tout de même à plus de 16.000 personnes en moyenne chaque année ; voir HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, 2009, p. 23 : « Une revue de la littérature a estimé que la fréquence d'une telle indifférenciation sexuelle (sujets se trouvant en dehors de la normalité dimorphique mâle ou femelle aux niveaux chromosomique, gonadique, génital ou hormonal) pourrait atteindre 2 % des naissances. Cette étude souligne que seulement 0,1 à 0,2 % de ces naissances reçoivent une chirurgie génitale "correctrice" ».

75 V. Conseil de l'Europe, Résolution 1952(2013), 1<sup>er</sup> oct. 2013, Droit des enfants à l'intégrité physique – qui examine ensemble les questions de la circoncision religieuse, des mutilations génitales féminines, des piercings et tatouages forcés et des interventions médicales sur intersexes.

76 V. en ce sens le rapport rédigé par l'organisation *Advocates for Informed Choice* à destination du Rapporteur Spécial de l'ONU sur la Torture : *Report to the UN Special Rapporteur on Torture: Medical Treatment of People with Intersex Conditions as Torture and Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment*, décembre 2012, disponible en ligne : [http://aiclegal.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/10/AIC-Testimony-to-the-United-Nations-Special-Rapporteur-on-Torture\\_December-2012.pdf](http://aiclegal.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/10/AIC-Testimony-to-the-United-Nations-Special-Rapporteur-on-Torture_December-2012.pdf)

77 CEDH, 25 mars 1991, *B. c. France*, n° 13343/87 ; Cass., Ass. Plen., 11 déc. 1992.

78 CEDH, Grande chambre, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. RU*, n° 28957/95.

79 CEDH, 13 nov. 2012, *H. c. Finlande*, n° 37359/09 ; voir aussi l'exemple, pour le droit français, rapporté par D. Borrillo, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in N. Gallus (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 16 : « le tribunal correctionnel de Brest, dans une décision du 15 décembre 2011, a refusé de modifier l'état civil de Chloé, née Wilfrid, après une opération de conversion sexuelle, au motif que "modifier le sexe mentionné dans l'acte de naissance d'une personne mariée aboutirait, non pas à constater mais à créer une situation de mariage entre personnes de même sexe" ».

demeure souvent subordonné<sup>80</sup> à une condition d'« *irréversibilité des transformations de l'apparence* »<sup>81</sup> – condition qui renvoie, en fait, à une incapacité de procréer, *i.e.* à une intervention chirurgicale<sup>82</sup>. L'intangibilité trouve ici une limite impérative : qu'un homme devienne femme (ou l'inverse) n'est possible que pour autant qu'il ou elle ne puisse jamais procréer.

On voit donc que, la consécration, récente mais croissante, du concept de genre dans les énoncés juridiques produit des effets ambivalents. Que nombre de normes et dispositifs juridiques semblent aujourd'hui s'orienter vers la lutte contre certaines hiérarchies et inégalités fondées sur le genre est incontestable ; mais c'est ici un concept de genre entendu en son sens faible qui se voit « juridicisé ». Cette évolution ne remet pas en cause les manifestations juridiques du genre entendu en son sens fort ; ainsi, l'indisponibilité en tant que cadre d'intelligibilité juridique de la personne n'est pas déboulonnée, et ses deux piliers que sont la bicatégorisation et l'intangibilité, continuent d'être affirmés au service d'une vérité supérieure de la généalogie, qui doit rester hors d'atteinte des volontés individuelles. En d'autres termes, le droit peut bien proclamer la lutte contre les inégalités, les discriminations ou les stéréotypes de genre ; ce n'est pas ce qui remettra en cause sa contribution spécifique à la production d'un ordre du genre.

---

80 V. toutefois CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c. Turquie*, n° 14793/08.

81 Cass. Civ. 1, 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26.947.

82 Bien que la Haute Autorité de Santé (*Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, op. cit.*) évoque cette condition d'irréversibilité comme pouvant être atteinte par le biais de traitements hormonaux, il faut comprendre que c'est bien d'irréversibilité chirurgicalement obtenue qu'il s'agit – contrairement aux prescriptions du Conseil de l'Europe. On s'en convainc par le fait qu'un traitement hormonal ne saurait être strictement irréversible, mais aussi par des jugements tels que TGI Bobigny, 18 mars 2013, n° 12/13309 (v. commentaire Ph. Reigné, *Droit de la famille*, n° 6, comm. 82, 2013).



**DANIEL BORRILLO**

*Trouble dans la parenté*  
*Accouchement sans maternité et maternités masculines*

---



**DANIEL BORRILLO**

*Avocat au barreau de Buenos Aires depuis 1986, Daniel Borrillo est docteur en droit par l'Université de Strasbourg, maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de Paris Nanterre et membre du LEGS (Laboratoire du genre et des sexualités de l'Université Paris Lumière) et chercheur associé au CNRS (CERSA/Paris II). Spécialiste des questions de genre et de sexualités, il est l'auteur de plusieurs ouvrages parmi lesquels, *L'homophobie* (PUF 1998), *Orientation sexuelle et droit privé (La documentation française 2003)*, *Droit des sexualités* (PUF 2009), *Bioéthique* (Daloz 2011) et *La Famille par contrat* (PUF 2018).*

**INTRODUCTION**

En tant que principe irréfragable permettant d'établir juridiquement la maternité, l'adage latin « *mater semper certa est...* » est tombé en désuétude à double titre. D'une part, parce que la maternité a cessé d'être le monopole du genre féminin dès lors qu'un transsexuel *F-to-M* qui a conservé son utérus, tout en rectifiant son sexe à l'état civil, peut devenir mère. D'autre part, puisque la gestation pour autrui (GPA) permet à une femme de porter un enfant entièrement conçu avec les gamètes d'un autre couple, après fécondation in vitro et transfert de l'embryon dans son utérus<sup>1</sup>. Ainsi, celle qui accouche n'est plus nécessairement la mère et un homme peut, en revanche, le devenir. Ces cas de figure obligent le droit à la fois à repenser ses règles s'affranchissant des fondements naturels du sexe et de la filiation et à chercher la source de la parenté non

---

<sup>1</sup> La GPA peut impliquer jusqu'à cinq personnes, les deux membres du couple d'intention, les deux donneurs des gamètes (spermatozoïde et ovules) et la femme qui porte l'enfant dans son ventre.

pas dans un quelconque soubassement biologique mais dans l'autonomie individuelle et le projet parental, c'est-à-dire la volonté procréatrice<sup>2</sup>. A partir de ces exemples paradigmatiques de la maternité pour autrui et de la transparentalité<sup>3</sup>, nous proposons d'interroger la pertinence des principes juridiques en matière d'agencement familial et d'assumer - à la fois dans un souci de justice et de protection de l'intérêt de l'enfant - pleinement la dimension conventionnelle du droit civil de la parenté.

### **ACCOUCHEMENT SANS MATERNITE : LA GPA**

Figure paradigmatique de la contractualisation des liens de filiation, la GPA nous invite à revisiter nos idées relatives à l'engendrement, à la parenté et à la filiation, trop attachées encore à une conception canonique de la famille. Désormais, on peut faire famille individuellement (monoparentalité) ou à plusieurs dans un cadre hétérosexuel ou homosexuel. Les nouvelles techniques procréatives ont mis le projet parental au cœur du dispositif juridique dans lequel la dimension spirituelle (volonté d'être parent) prévaut sur les compétences corporelles (engendrement). La volonté procréatrice deviendrait ainsi la principale source des nouvelles formes de procréation. Toutefois, le droit français interdit cette pratique malgré une opinion publique favorable<sup>4</sup>. Outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat<sup>5</sup>, la GPA peut également constituer une atteinte à la filiation dès lors qu'elle est réalisée sur le territoire national. Bien que le Code pénal ne typifie pas la gestation pour autrui en tant qu'infraction autonome, l'article 227-13 sanctionne toutefois la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation qui porterait atteinte à l'état civil d'un enfant. Ainsi, la GPA tombe sous le coup de la loi pénale, puisqu'elle considère comme étant la mère légale une personne différente de la femme qui l'a mis au monde. Cela revient à dissimuler un accouchement (celui de la mère porteuse) et à en simuler un autre (celui de la mère d'intention), ce qui constitue un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. De surcroît, la GPA peut être considérée comme une entrave à l'exercice d'autres droits tels l'acquisition de la nationalité française. Ainsi, dans un arrêt du 21 décembre 2017, la cour administrative d'appel de Nantes a validé la décision du ministre de l'Intérieur de rejeter la demande de naturalisation du requérant au motif, notamment, que ce dernier avait « *méconnu un principe essentiel du droit français en ayant eu recours à l'étranger à la gestation pour le compte d'autrui* »<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> D. Borrillo, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté* : PUF, coll. Génération Libre, 2018.

<sup>3</sup> Le terme transparentalité est utilisé de manière générale lorsque dans les familles l'un des parents au moins est une personne transsexuelle ou transgenre.

<sup>4</sup> Dans un sondage Ifop pour le journal catholique *La Croix* paru le 03/01/2018, 64% des français se disent favorables à la GPA [<https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/SONDAGE-Francais-bioethique-2018-01-03-1200903298>]

<sup>5</sup> C. civ., Art. 16-7 : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.* »

<sup>6</sup> CA Nantes, Formation des chambres réunies, 21 déc. 2017 n°16NT01141: Inédit au recueil Lebon. Légifrance :

Cependant, grâce à une condamnation de la CEDH<sup>7</sup>, la GPA réalisée légalement à l'étranger produit des effets en France par la transcription à l'état civil de la filiation paternelle et l'adoption ultérieure de l'enfant du conjoint du père d'intention<sup>8</sup>. Ainsi, lorsque les contrats de maternité de substitution sont reconnus par d'autres Etats démocratiques et des ressortissants français s'y rendent pour accéder à ce type de service, la filiation qui en découle s'impose à notre état civil par les règles du droit international privé. Et ceci d'autant plus légitimement que dans certains pays, comme les Etats-Unis, les femmes porteuses sont particulièrement protégées contre tout type d'abus. Outre le fait qu'elles doivent déjà avoir un enfant pour que l'impact émotionnel propre à l'expérience maternelle ne leur soit pas étranger, elles sont obligées d'être représentées par un avocat. Le contrat doit de surcroît être homologué par un juge. Tous les frais médicaux et juridiques sont à la charge du couple commanditaire.

On peut ainsi déduire que la GPA constitue une nouvelle liberté positive faisant écho à une vieille liberté négative, celle de ne pas procréer (contraception, IVG, accouchement « sous X »...). Le parallèle entre l'IVG et la GPA nous semble éclairer des enjeux à la fois philosophiques et juridiques<sup>9</sup>. Ainsi, les deux pratiques relèvent de la libre disposition du corps et de la liberté de procréer ou de ne pas procréer. La GPA apparaît non seulement comme l'expression de la liberté procréative des commanditaires qui désirent l'enfant mais aussi et surtout de la femme qui le porte pour leur compte. En France, on présente souvent la GPA comme une pratique immorale. Or, dans une société démocratique, comme le souligne Ronald Dworkin, l'Etat n'a pas à se substituer aux individus en relation à la valeur que chacun accorde à sa vie, il doit se limiter à garantir les droits et les libertés fondamentales<sup>10</sup>. Si une femme a le droit de mettre fin à la vie de l'embryon qu'elle porte, rien ne devrait l'empêcher de mener à terme une grossesse et de donner l'enfant au commanditaire : qui peut le plus peut le moins (*a maiore ad minus*, dit le vieil adage latin). Ceci est d'autant plus valable que, grâce à la fécondation in vitro avec transfert d'embryon, la femme porteuse ne participe nullement à la « fabrication » de l'enfant, elle ne fait que l'héberger. Et, quand bien même il s'agirait de son propre enfant, l'interdiction de la GPA peut être qualifiée d'incohérente, et elle l'est certainement puisque le droit autorise depuis longtemps

---

[<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000036253243&fastReqId=1438873791&fastPos=1>]

<sup>7</sup> CEDH, 5<sup>ème</sup> Section, *Mennesson c/ France et Labassée c./France*, 26 juin 2014. Confirmé par l'arrêt *Laborie c./France*, 5<sup>ème</sup> Section du 19 janvier 2017.

<sup>8</sup> Comme l'avait déjà confirmé la Cour de cassation : « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (Cass. 1<sup>er</sup> civ, 5 juillet 2017 : ECLI:FR:CCASS:2017:C100826).

<sup>9</sup> M. Jouan, *L'acceptabilité morale de la gestation pour autrui. Les enseignements de la gestation pour soi au service de plus de justice* : Travail, genre et sociétés, vol. 38, no. 2, 2017, pp. 35-52.

<sup>10</sup> R. Dworkin, *Life's Dominion : An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom* : Alfred Knopf, New York, 1993.

l'accouchement « sous X », autrement dit l'abandon légal de l'enfant<sup>11</sup>. Si une femme a la faculté de disposer de la vie de l'embryon et de renoncer à reconnaître sa propre progéniture, il est permis de s'interroger sur la justification de la prohibition de la GPA.

Dès lors qu'on la place dans cette perspective, la GPA apparaît comme une sorte d'*habeas corpus* du XXI<sup>ème</sup> siècle c'est-à-dire comme l'expression de deux principes fondateurs de l'Etat libéral : s'appartenir à soi-même et avoir le contrôle sur son propre corps. De plus, la GPA en tant que droit fondamental à la vie privée, rentrerait dans cet espace intime où le droit individuel doit prévaloir face à la souveraineté collective. Autrement dit, il revient à la femme qui prête le service et à elle seule de décider d'une question existentielle si fondamentale. La GPA peut également être abordée d'une manière moins déontologique en suivant notamment la théorie de l'avantage comparatif, selon laquelle au sein d'une société libre chacun se spécialise dans la production pour laquelle il dispose du plus fort rendement : en matière de gestation (en attendant l'utérus artificiel)<sup>12</sup>, ce sont très majoritairement les femmes qui conservent le monopole de la grossesse et elles devraient, par conséquent, être toujours les principales bénéficiaires. Or, l'interdiction de cette pratique perpétue une discrimination fondée sur le genre car elle fait profiter gratuitement aux hommes du travail reproductif au détriment des femmes. C'est pourquoi, la GPA pourrait également être considérée comme la forme la plus féministe des reproductions, non seulement parce qu'elle affirme le droit des femmes de disposer d'elles-mêmes mais aussi puisqu'elle permet de mettre un prix à un travail effectué auparavant gratuitement. Ceci n'empêche nullement le choix d'une GPA altruiste en vertu de l'argument *a minori ad maius* : si l'on admet la rémunération à plus forte raison on ne peut qu'autoriser la gratuité. Toutefois, ce n'est pas à l'Etat d'en décider. Il doit simplement se limiter à organiser cette liberté de telle sorte que tout abus soit fermement sanctionné mais, une fois celui-ci écarté, c'est à la femme de déterminer de la dimension onéreuse ou bénévole de la pratique.

L'analogie avec l'esclavage semble ici pertinente non pas pour s'opposer à la GPA, comme le fait souvent la pensée conservatrice, mais au contraire pour la promouvoir. Dans l'état actuel des choses, la grossesse constitue un travail reproductif non rémunéré dont la justification prend racine dans une vision naturalisée de la maternité. Dans le futur - reconnues comme libres propriétaires de leur force de travail (la gestation) - les femmes pourront, grâce à la GPA, fragiliser la domination masculine multiséculaire, en dénonçant la subordination des corps féminins comme le seul moyen d'assurer gratuitement la reproduction de l'espèce humaine. De surcroît, la légalisation de la GPA permettra de désacraliser le ventre et la maternité en

---

<sup>11</sup> C. civ., art. 326 : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ».

<sup>12</sup> H. Atlan, *L'utérus artificiel* : Seuil, coll. La librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 2005.

affaiblissant le mythe de l'instinct maternel<sup>13</sup> et l'utérocentrisme. Au slogan politique des années 1970, « un enfant si je veux quand je veux », il faudrait ajouter en 2018 : « pour moi ou pour autrui » ... Marlène Jouan a raison d'affirmer qu' « *un examen de la gestation pour autrui à l'aune de la gestation pour soi encadrée par le droit à l'avortement, qui fait au contraire consensus, permet une analyse plus fine, et résolument non paternaliste, des raisons pour lesquelles l'autonomie des mères porteuses est en effet menacée, mais aussi des conditions auxquelles elle peut être préservée ou restaurée* »<sup>14</sup>.

Si la correspondance avec l'IVG nous semble éclairer la dimension individuelle de la pratique de la GPA, l'analogie avec l'adoption est également pertinente pour mieux comprendre la parenté. Toutes deux constituent effectivement des formes de filiation élective contrairement à la filiation charnelle dans laquelle l'accouchement impose la condition maternelle (*mater semper certa est*)<sup>15</sup>. Dans ces deux cas de figure, la mère légale n'est pas la femme qui a accouché de l'enfant mais celle qui l'a voulu. Comme l'ont souligné les juges de la Cour suprême de Californie : « *le critère déterminant la maternité est celui de la volonté du couple d'intention sans lequel l'enfant n'aurait jamais existé* »<sup>16</sup>.

La GPA prendrait juridiquement la forme d'un contrat de service *intuitu personae* surtout lorsque la femme qui porte l'enfant n'est pas la gestatrice. Dans le cas où elle apporterait effectivement l'ovule, une clause de repentance devrait être ajoutée au contrat afin que cette mère biologique puisse garder l'enfant si elle le souhaite. Aussi, pour éviter des conflits et dans la mesure où le couple commanditaire correspond avec les parents biologiques, il est possible, notamment aux USA, de demander au juge avant la naissance de l'enfant, une attribution de filiation de telle sorte que les noms des parents d'intention soient inscrits dans l'acte de naissance dès l'accouchement.

### **MATERNITES MASCULINES**

Concernant la transparentalité, deux situations sont à distinguer, selon que l'établissement de la filiation intervient avant ou après le changement de sexe. Lorsque la filiation est établie avant la rectification du registre, la jurisprudence ne la remet pas en cause. L'acte de naissance des enfants du transsexuel reste le même et aucune mention de la décision de changement de sexe du parent n'y apparaît. La réassignation sexuelle ne produit pas d'effets rétroactifs, particulièrement en matière de filiation.

Lorsque le transsexuel a obtenu la modification de son état civil, sa possibilité de créer un lien de filiation demeure difficile. En effet, comme le souligne Valérie Poure, de

---

<sup>13</sup> E. Badinter, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel (XVIIe-XXe siècle)* : Flammarion, Paris, 1980.

<sup>14</sup> M. Jouan. Art. cit. p. 38.

<sup>15</sup> M. Iacub, *L'empire du ventre* : Fayard, Paris, 2004.

<sup>16</sup> Cour Suprême de Californie, *Jonhson c/ Calvert*, No. S023721. May 20, 1993.

manière constante, les juges déclarent nulle la reconnaissance maternelle de l'enfant du transsexuel *M-to-F* suite à la transformation de son état civil en raison « *de son caractère mensonger du fait de son impossibilité physiologique de concevoir* »<sup>17</sup>. La nullité ne saurait, en outre, être purgée par la possession d'état, également écartée au motif qu'elle « *est contredite par les conditions mêmes de la naissance de l'enfant et de l'impossibilité physiologique pour le transsexuel de procréer* »<sup>18</sup>.

Au contraire, l'adoption en couple doit pouvoir être accessible aux conjoints, même si l'un d'eux est transsexuel, conformément à l'article 346 du Code civil, puisque le mariage est ouvert à tous indépendamment de l'identité de genre. De même, l'adoption individuelle étant reconnue par l'article 343-1 du Code civil, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'un transsexuel seul y ait recours. À plus forte raison, cette possibilité devrait être accordée conformément à la jurisprudence européenne selon laquelle « *est discriminatoire en raison du sexe, une distinction qui trouverait son origine dans la conversion sexuelle* »<sup>19</sup>. Si l'accès aux techniques de reproduction assistées demeure interdit à une personne transsexuelle (tout comme à une femme seule) rien ne l'empêche de faire une insémination artificielle à l'étranger. La PMA reste possible uniquement pour les personnes transsexuelles en couple hétérosexuel. Le père *F-to-M* est alors considéré comme tout autre père qui serait stérile. Dans ce cas on procède à l'insémination de la partenaire par un donneur anonyme.

Depuis que l'identité de genre, en tant que faculté de l'individu à changer son sexe juridique, est acceptée socialement et protégée par le droit, un bouleversement s'est produit non seulement en matière de droits fondamentaux mais également en ce qui concerne la représentation sociale de la parenté<sup>20</sup>. En effet, selon les règles de la filiation, la personne qui accouche est considérée comme la mère de l'enfant. C'est pourquoi, un homme transgenre *F-to-M* de nationalité étasunienne, Trystan Reese, est devenu mère en 2017. Comme en France, la loi américaine n'oblige pas l'individu à se soumettre à une modification physiologique pour changer son sexe juridique à l'état civil. Monsieur Reese a ainsi pu conserver son utérus. La situation n'est pas nouvelle, en février 2012, une affaire analogue avait déjà défrayé la chronique outre-Manche. Comme nous l'avons signalé plus haut, selon le vieil adage latin, *mater semper certa est*, la personne qui accouche est présumée encore et de manière irréfragable, être la mère juridique de l'enfant. Ainsi, un homme transgenre, en conservant ses capacités procréatives, peut légalement devenir la mère de l'enfant. Or, en changeant de sexe, il voudra vraisemblablement être reconnu socialement comme père (et non pas comme

---

<sup>17</sup> V., Poure, *Vers un statut familial de la personne transsexuelle ?* : Recherches familiales, vol. 10, no. 1, 2013, pp. 175-182.

<sup>18</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 mai 2005 : *Droit de la famille*, Paris, Lexis-Nexis, 2005, commentaire n° 153, observations P. Murat.

<sup>19</sup> CEDH, 30 avril. 1996, affaire P. c/ S. et Cornwall County Council, *Droit de la famille*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, commentaire n° 2, note S. Paricard.

<sup>20</sup> L. Hérault (dir.), *La parenté transgenre* : Presses universitaires de Provence, Aix-en-Provence, 2014.

mère) mais, dans la situation actuelle du droit, cela demeure impossible. Un changement du droit de la filiation s'impose donc. Il consisterait à remplacer les termes « mère » et « père » par celui neutre de « parent ». De même, pour le couple, on ne devrait plus parler de « mari » et de « femme » mais de « conjoint ».

D'une manière plus générale, la question se pose sur la pertinence de la mention du sexe dans les actes de naissance<sup>21</sup>. Si le genre n'est plus une question d'ordre public mais renvoie à l'intimité (comme la religion, la race ou les opinions politiques), maintenir cette catégorie dans les pièces d'identité et les livrets de famille ne constituerait-elle une ingérence injustifiée de l'Etat dans la vie privée ? Ces modifications du droit permettront non seulement de résoudre un certain nombre de questions pratiques, surtout pour les personnes intersexes et transgenres, mais aussi de mettre fin à un dispositif essentialiste et discriminatoire. S'appuyant tour à tour sur la foi, la nature, la raison, le sens commun ou l'ordre symbolique, la binarité sexuelle sert effectivement à maintenir la différence des sexes et des sexualités comme différence hiérarchique. Comme catégorie d'Etat tendant à l'identification officielle des individus, le genre alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. L'assignation des individus à un genre est le résultat d'une grille de lecture de la société durablement fragmentée par le poids identitaire du sexe. Le genre apparaît comme le premier des communautarismes et le plus sournois car présenté comme universel et naturel. C'est précisément cette idéologie (énonciation répétitive d'un état de fait non interrogé et formulé de surcroît comme état de droit) qui a rangé la neutralité et l'objectivité du côté masculin. Le véritable universalisme ne peut donc se fonder que sur un sujet de droit neutre vis-à-vis du genre. Toute personne pourra désormais devenir parent car ce n'est plus la biologie qui définit la fonction mais la volonté et la responsabilité individuelles.

## **CONCLUSION**

La démocratisation de la vie privée nécessiterait comme préalable d'une reformulation des liens familiaux permettant d'échapper à l'emprise multiséculaire de la naturalisation. Ce fut le long travail du droit civil depuis sa sécularisation. La contestation de l'ordre familial « naturel » n'est en définitive que l'accomplissement de la promesse de la modernité selon laquelle la volonté, et non pas la biologie, constitue la base de l'alliance et de la parenté. La filiation dissociée de l'engendrement permet de justifier un système juridique fondé non pas sur la vérité biologique mais sur le projet parental responsable. Peu importe donc l'agencement familial (monoparental, homoparental, transparental, nucléaire, recomposé, traditionnel...), si les prémices du contrat ainsi que ses effets sont respectés (capacité, liberté et égalité). L'Etat devrait donc traiter sur le même plan l'ensemble des familles et les autres formes d'intimité. A cet effet, il conviendrait de faire le deuil d'un droit de la famille fondé sur le dogme

---

<sup>21</sup> D. Borrillo, *Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?* In A. Schuster (dir.), *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century: Forum*, 2011.

paternel<sup>22</sup> et de penser les règles qui gouvernent la vie familiale à partir de la négociation et la contractualisation : on ne naît pas parent, on le devient.

La coexistence du mariage, du PACS et du concubinage répond à cette exigence, tout comme l'ouverture du droit à l'adoption, à la PMA et aux maternités de substitution pour tous, au-delà des cas de stérilité. Mais il ne s'agit pas seulement de garantir l'égalité statique : il s'agit aussi et surtout de revoir nos principes juridiques, sous peine de devenir étrangers à notre propre droit. Si ni l'accouchement, ni la génitalité, nous permettent de déterminer la place des parents, il faut assumer *in fine* que la seule source de la filiation demeure la volonté. C'est pourquoi la GPA aujourd'hui, tout comme l'adoption hier, constituent les formes paradigmatiques nous permettant de construire la parenté sur la base de l'autonomie des individus, et non pas en fonction d'une conception morale, soit-elle religieuse ou républicaine, car, comme nous le rappelait Ruwen Ogien, « elles n'ont pas plus de *valeur épistémologique* que celles de l'astrologie »<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> M. Tort, *La fin du dogme paternel* : Flammarion, Paris, 2005.

<sup>23</sup> R. Ogien, *La morale introuvable* : Raison publique, vol. 22, no. 2, 2017, pp. 15-39.



**KATJA LANGENBUCHER**

*Gender and corporate law?*

---



**KATJA LANGENBUCHER**

*Katja Langenbacher is a scholar of corporate and securities law. She has published extensively in the fields of corporate law, corporate finance and European securities law. Her latest book “Economic transplants – on lawmaking for corporations and capital markets”, Cambridge University Press, broadens her focus to include problems of legal theory in law and economics. Katja holds a full professorship for Private Law, Corporate and Securities Law at Goethe-University's House of Finance in Frankfurt, Germany. She is also an affiliated professor at the Ecole de Droit de SciencesPo, Paris, France, where she won the “Alfred Grosser Chaire” in 2008/09. She has held visiting positions at Université de Sorbonne, Paris I, France; Wirtschaftsuniversität Vienna, Austria; London School of Economics, UK and Columbia Law School, New York and has been awarded the Edward Mulligan Distinguished Professorship for International Law by Fordham Law School, New York. Katja sits on the supervisory board of SciencesPo University, Paris, she is a member of the takeover panel of “BaFin” (securities markets oversight) and was a member of the supervisory board of a German bank for four years (Postbank). Katja studied law and philosophy at Ludwig-Maximilians University*

*Munich, at Harvard Law School and at Cambridge University. Her current research focuses on corporate governance and on virtual currencies.*

Is there a corporate law perspective on gender? A first and intuitive answer would deny that there is. We are used to describing corporate law as being, for example, concerned with how to build a legal entity, enabling entrepreneurs to access a broad capital base and investors to participate in the managerial efforts of others. We might highlight core corporate law rules on minimum capital, on how to go about a capital raise, on handing out dividends or on protecting creditors. None of these norms, we are likely to claim, have much to do with the gender of the entrepreneur, of the investor or of the creditor. Of course, corporate law is also about structuring the complex relationship between managers and owners, about properly incentivising management to align their interests with those of the majority of shareholders, about insulating management and, conversely, about empowering shareholders. Lastly, theories of corporate law will sometimes ask for the purpose or the ultimate goals of a corporation. Against this background, we may still be sceptical as to coming up with a specifically *corporate law* perspective on gender. But we could approach the topic from a different, more functional angle. We could inquire about corporate law tools and the ways in which they allow to reshape a corporation. Take, for instance, a shareholder who would like to understand better why management in his company is overwhelmingly male. Does corporate law grant him access to relevant information? What if a majority (or a minority) of shareholders ask for a right to nominate a female director for the general assembly to vote upon her candidacy? What if the general public would like to see more female board members and pushes for a “gender quota”?

Questions like these have contributed to the nascent debate on whether corporate law could - and should - have a role to play in promoting gender equality “inside” the corporation. This touches upon more general concerns of discrimination in employment law and risk management of sexual misconduct in the workplace (for both aspects see below under I.). Genuine corporate law questions are raised if we contemplate the best way for shareholder concerns about gender (or more broadly: about “diversity”) to be built into the legal tools available under corporate law (see below II.). Lastly, we might ponder the question whether corporate law can legitimately be understood as a means for advancing certain social policy goals through, for example, quotas for female representation on corporate boards (see below III.).

## **I. GENDER DISCRIMINATION AND *THE CORPORATION***

### **1. *Discrimination and employment law***

A company using the corporate form will often be an employer, hence subject to employment and labour law. In its recruiting efforts, a corporation may not restrict a search to male candidates. Statutory rules or European Directives<sup>1</sup> prohibiting gender discrimination will apply to the corporation in this role.

It is not only discrimination of this *direct* type which will usually be prohibited by anti-discrimination rules. Many will also address *indirect* discrimination: a practice which, on its face, is neutral but, through the criteria for selection employed, puts a certain group at a disadvantage<sup>2</sup>. Take one of the first cases decided by the European Court of Human Rights as an example<sup>3</sup>. A Dutch rule restricted eligibility for social benefits due to incapacity to work to persons who could show they had a certain income from work in the year preceding the incapacity to work. The rule applied equally to men and women. However, at the time married women rarely worked. Over 3 000 women and less than 2 000 men were affected by that rule. The Court discussed discrimination, however, despite having found an instance of indirect discrimination, the Court, having weighed this against the purpose of lowering the cost of social security, accepted the Dutch rule.

Looking at recent numbers, male board members certainly outweigh their female colleagues. This year's Green Park analysis<sup>4</sup> has found 6% female versus 94% male board members for FTSE 100 CEO board positions.

---

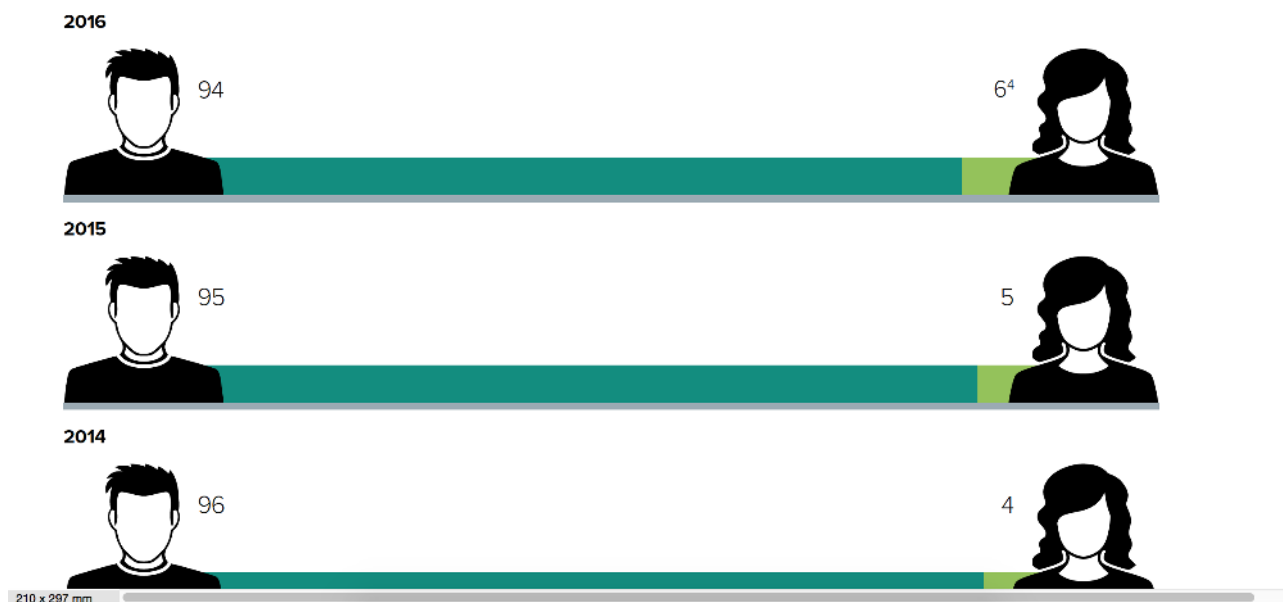
<sup>1</sup> See Directive 2006/54/EC of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

<sup>2</sup> See the definition in art. 2 para. 1 (b) of Directive 2006/54/EC of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

<sup>3</sup> ECHR of 6 January 2005 3.CoE.10., Hoogendijk v. The Netherlands.

<sup>4</sup> The Green Park Leadership 10,000, 2016-2017, p. 10.

Fig 4: FTSE 100 CEOs: Gender Diversity



Source: The Green Park Leadership 10,000, 2016-2017, p. 10.

Should these numbers provide a reason for the assumption that indirect discrimination must be part of the picture? Many claim that this is the case, arguing that criteria such as “prior board member experience” put women at a disadvantage in the selection process because fewer women than men have such experience. Answering this question belongs to the realm of both human rights and employment lawyers. Human rights lawyers will have to ponder if we are looking at a case of indirect discrimination, whether there are legitimate reasons treating the group with and without prior board experience differently and to what extent human rights have an impact on the relationship between private persons. Employment lawyers will interpret the legal rules in question and discuss if a board position qualifies as “employment”. Given that board members are considered “organs” of the corporation, not its employees, the answer is likely to be negative under most jurisdictions. Even if the anti-discrimination rule were to apply to board members, courts are likely to find that we may not induce discrimination from the mere imbalance in numbers.

Problems of *corporate law* are raised if we transform the narrative into a breach of duty case. Assume the board knew that, exceptionally, there is a clear breach of an anti-discrimination statute but went ahead with its selection process anyway. Corporate law rules apply to the question (i) whether the board members were in breach of their duties and (ii) what type of sanctions this entails. The latter is not as evident as one might think. A board member in breach of his duties will usually be liable for damages *of the corporation*. But how would we establish that the corporation (not the potential

## *Gender and corporate law?*

female board member!) incurred any damages if a suitable male board member was chosen?

### *2. Discrimination and risk management*

A liability lawsuit is more realistic in a different scenario. In the context of the recent “#MeToo-movement” sexual misconduct in the workplace has received special attention. Of course, cases like *Harvey Weinstein* will first and foremost concern the natural person involved, contracts and/or torts law will allow the victim to claim damages. However, a number of legal practitioners have started to think about how a corporation should go about preventing sexual misconduct of this type and which response it should have prepared should the corporation be the target of a media scandal.<sup>5</sup>

This will usually involve working on a suitable “corporate culture”. Closely connected to more general questions of corporate culture are “compliance” strategies. The term “compliance” refers to the efforts of a corporation to make sure that legal rules are observed in daily business. This involves drafting and issuing guidelines for employee and management behaviour, training measures to highlight their importance, implementation of procedures to be followed when a “tricky question” arises, supervision and enforcement of such guidelines as well as evaluation of their effectiveness. A corporation will usually have compliance measures in place to ensure that anti-discrimination laws are being observed. Most corporations follow their own supplementary principles, enriching what an anti-discrimination statute may require by their specific standards of good corporate culture.

Ensuring that a well-functioning compliance department does its work is today good management practice. A board which disregards its duties to oversee management will under most corporate law jurisdictions be liable for ensuing damage, even if the thresholds for establishing a successful claim are often high<sup>6</sup>. Depending on the specifics of the case, this could encompass damages to the victim as well as reputational damage to the corporation.

In addition, reputational damage will sometimes show in a decline of stock prices. If this is the case, a listed stock corporation can be under a disclosure obligation to alert

---

<sup>5</sup> *Katz/McIntosh* at <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/01/26/corporate-governance-update-boards-sexual-harassment-and-gender-diversity/>.

<sup>6</sup> For US law see *In re Caremark Int’l Inc. Deriv. Litig.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) where the Court held that “only a sustained or systematic failure of the board to exercise oversight—such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists—will establish the lack of good faith that is a necessary condition to liability.” *Caremark*, 698 A.2d at 971.

shareholders and potential investors.<sup>7</sup> If the corporation fails to disclose, most jurisdictions allow for some form of lawsuit claiming damages.

## **II. GENDER, OWNERS, AND THE *TOOLS OF CORPORATE LAW*: THE EXAMPLE OF NOMINATION RIGHTS**

The litigation risks touched upon in the preceding section all had to do with gender. Still, we would probably not understand these risks as a specifically *corporate law* perspective on gender. Rather, corporate law rules on litigation and liability of board members concern many different forms of risky behaviour and how the board should react in such situations.

We are getting closer to the heart of corporate law if we focus on situations in which gender issues could arise between management and owners or their advisors. One of the main goals of corporate law is to find the right balance between insulating the board, entrusted with running the corporation, and empowering shareholders, the corporation's ultimate owners. The graph above has highlighted the small number of female board members. Finding this unsatisfactory, a growing number of institutional investors and proxy advisory firms have expressed their wish as shareholders and owners of the corporation to see more female board members. Blackrock, probably the largest global asset manager, has in February 2018 updated its proxy voting guidelines for U.S. securities.<sup>8</sup> They now read:

*“In addition to other elements of diversity, we would normally expect to see at least two women directors on every board”.*<sup>9</sup>

Another asset manager, State Street Global Advisors, placed a statue of the “Fearless Girl” on Wall Street, in front of the “charging bull”<sup>10</sup> and claimed:

*“At SSGA, we view gender diversity as one of many ways a board can introduce a varied set of skills and expertise (...) to help improve financial performance (...) based on our discussions, we have found that current practices for nominating directors as well as behavioral biases that continue to undervalue the contributions of women in the workplace are the leading obstacles (...) as a starting point, we believe boards should have at least some independent female directors.”*<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Art. 17 para. 1 European Market Abuse Regulation requires disclosure of inside information which is likely to have an impact on stock prices.

<sup>8</sup> Available at <https://www.blackrock.com/corporate/literature/fact-sheet/blk-responsible-investment-guidelines-us.pdf>.

<sup>9</sup> P. 4.

<sup>10</sup> <https://www.ssga.com/global/en/our-insights/viewpoints/wall-street-meet-fearless-girl.html>.

<sup>11</sup> <https://www.ssga.com/investment-topics/environmental-social-governance/2017/guidance-on-enhancing-gender-diversity-on-boards.pdf>



“The Fearless Girl”, by Kristen Visbal, commissioned by State Street Global Advisors, on Wall Street in New York City.

The Vanguard group, an institutional investor, wrote in an open letter to the corporations it has invested in:

*“Gender diversity is one element of board composition that we will continue to focus on over the coming years. We expect boards to focus on it as well, and their demonstration of meaningful progress over time will inform our engagement and voting going forward. There is compelling evidence that boards with a critical mass of women have outperformed those that are less diverse. Diverse boards also more effectively demonstrate governance best practices that we believe lead to long-term shareholder value. Our stance on this issue is therefore an economic imperative, not an ideological choice.”<sup>12</sup>*

The proxy advisory firm ISS recommends for 2018 to highlight boards with no gender diversity. For Canada, where new disclosure requirements apply to gender diversity policies, ISS recommends to vote against/withhold the vote if such a policy is lacking and no woman sits on the board<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> <https://about.vanguard.com/investment-stewardship/governance-letter-to-companies.pdf>

<sup>13</sup> <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/11/19/iss-final-2018-voting-policies/>

Obviously, public statements like these, made by large institutional investors, asset to this same goal.<sup>14</sup>

**III. GENDER, POLICY, AND CORPORATE LAW AS A TOOL: THE EXAMPLE OF GENDER QUOTAS MANAGERS AND PROXY ADVISORY FIRMS, PUT SOME FACTUAL PRESSURE ON CORPORATE MANAGERS TO RETHINK THEIR BOARD COMPOSITION. BUT WHICH TOOLS DOES CORPORATE LAW OFFER THESE INVESTORS?**

The natural step for a shareholder to make sure board members correspond to shareholder wishes is to exercise his voting rights in the general assembly. If a shareholder holds a majority of shares or more, he is usually in a good position to vote upon the board members he wishes to appoint. The same is true if a shareholder has a minority position but succeeds in convincing the majority of the candidate he favours. But both strategies presuppose that shareholders have the right to nominate candidates for a vote. Interestingly, when focusing on director nominations there is a wide variety of corporate law jurisdictions. French law treats the possibility for individual shareholders to nominate a person for a vote under Art. L-225-18 of the *Code de Commerce*. Under UK and under German law, individual shareholders will usually have the right to nominate a person to be voted upon by the general assembly.<sup>15</sup> By contrast, US Delaware corporate law is quite restrictive with the rights of shareholders to nominate directors<sup>16</sup> or to call for a shareholder's assembly.<sup>17</sup>

What does this example teach us about gender in the context of corporate law tools? While we may find it hard to point to a specific definition, concept or theory of gender inherent to corporate law, its tools can work for pushing a "gender agenda". This depends on a combination of a factual and a legal premise. A sufficient number of shareholders is required to successfully vote for a change at board level and the corporate law jurisdiction in question has to provide efficient tools for shareholders to nominate potential directors. We have seen that different jurisdictions allow varying degrees of owner's rights vis-à-vis management. The more extensive these rights are, the easier for shareholders to drive for a change in board composition. This can enhance an agenda for a more gender balanced board. Obviously, it can also block this agenda if the majority of shareholders does not subscribe.

In the preceding section, we had a look at one *corporate law tool* with a gender agenda in mind. We saw how it depended on the extent of shareholder rights an individual

---

<sup>14</sup> *Katz/McIntosh* New York Law Journal 27 September 2017, available at <https://www.law.com/newyorklawjournal/almID/1202799050509/Activism-and-Board-Diversity/contrasting-institutional-investors-pushing-for-gender-diversity-with-activist-hedge-funds-blocking-it>.

<sup>15</sup> *Enriques/Hansmann/Kraakman* in: *The Anatomy of Corporate Law*, p. 58.

<sup>16</sup> *AFSCME v. AIG*, 462 F.3d 121 (2d. Cir. 2006); see *Parmiter/Partnoy* Corporations p. 473

<sup>17</sup> *Bainbridge* Corporate Law p. 262 et seq., covering "withhold the vote" strategies if the corporation follows plurality voting.



jurisdiction grants in order to change board composition. Much bolder steps have been taken by those who use not only the classic tools corporate law has to offer, but instead choose corporate law as a tool to enhance (gender) diversity policy goals. A large number of European countries have introduced “soft” or even mandatory quotas in order to increase female representation on corporate boards.<sup>18</sup> The usual reasons advanced for this policy are that there is strong business case for having diverse boards and that they make management and oversight more effective by reducing “groupthink” phenomena, hence contributing to better corporate governance.<sup>19</sup>

Unsurprisingly, social policy or fairness reasons do not figure prominently when introducing these policies. Understanding gender quotas as contributing to better governance - comparable to, say, independence requirements or cooling off periods - allows to fit them in with the goals of corporate law. By contrast, conceptualising them as a contribution to anti-discrimination policies raises concerns that corporate law may not be the right place for these,<sup>20</sup> being concerned mainly with enabling business and protecting creditors, not with correcting discriminatory (employment) practices. Because corporate law concerns private entities, the freedom of owners to select their management will usually trump social policy concerns.<sup>21</sup> Furthermore, in an employment law context, the European Court of Justice has prohibited inflexible, mandatory quotas which are based on gender only, without having regard to qualification.<sup>22</sup> By contrast, the European Commission has long worked on common principles for better corporate governance, trying to reduce “groupthink”, conflicts of interest or entrenchment of managers. If gender quotas are understood as belonging to efforts like these, corporate law is the right tool for reaching such goals.<sup>23</sup>

The efficacy of *corporate law as a tool* depends on the legal form chosen for a gender quota as well as on its sanctions.

A mandatory quota requires a certain number - or percentage - of women sitting on a corporate board in the way many jurisdictions require an independent board member for certain corporations. Should the general assembly disregard the rule, one may envisage different types of sanctions. The general assembly’s vote may be declared null

---

<sup>18</sup> Norway in 2003, followed by Spain in 2007, Belgium, France, Italy and the Netherlands in 2011 and Germany in 2016, see *Langenbucher* RTDF 2015, 63, 65.

<sup>19</sup> Overview at *Langenbucher* RTDF 2015, 63 et seq.

<sup>20</sup> *Koch* ZHR 175 (2011) 827.

<sup>21</sup> Claiming that gender quotas violate constitutional property rights: *Habersack* 64. German Lawyers Association (Gutachten E für den 64. Deutschen Juristentag) p. 28; *Hoffmann-Becking* ZIP 2011, 1173, 1176.

<sup>22</sup> ECJ of 17.10.1995 - C-450/93; ECJ of 28.3.2000 - C-158/97; ECJ of 11.11.1997 - C-409/95; ECJ of 6.7.2000 - C-407/98.

<sup>23</sup> See for example recital (60) of Capital Requirements Directive IV: “groupthink [...] is caused by a lack of diversity in the composition of management bodies” and even: “gender balance is of particular importance to ensure adequate representation of population”.

and void if a male candidate wins the vote although the required percentage of female board members has not been met. This triggers questions on the validity of decisions taken in the meantime at board level. It may also raise problems of the validity of contracts entered into by the corporation represented by a board lacking a correct number of female representatives. Alternatively, if a mandatory gender quota is not met, the law might still consider the vote effective for the time being, but require a new vote. Yet weaker, the law might consider the incorrect nomination which was put in front of the general assembly a breach of duty without having any impact on the validity of either the vote nor any ensuing transactions by the corporation.

A “soft” quota will usually take the form of targets which the corporation sets and discloses, for example 10% female board members over the next five years. Art. 88 para. 2 (a) of the Capital Requirement Directive IV requires the nomination committee of a financial institution to

*“decide on a target for the representation of the underrepresented gender in the management body and prepare a policy on how to increase the number of the underrepresented gender in the management body in order to meet that target”.*

As opposed to mandatory rules, targets rely on procedural rules, forcing the board to discuss its composition internally and at the general assembly<sup>24</sup>. If disclosure is required, “soft” rules of this type also rely on reputational effects. Should enough potential investors ask for a balanced board composition and enough shareholders be prepared to sell if the board does not comply, pressure to work on a more diverse board increases.

#### **IV. CONCLUSION**

Corporate law has probably no intrinsic “gender perspective” insofar as its rules are mostly enabling of business activity and protective of creditors and shareholders. However, corporate law tools can contribute to breaking groupthink phenomena, arriving at a more diverse board, if shareholders wish to advance this goal. Using corporate law as a tool can have the powerful effect of mandatorily changing board composition. We may understand this as a step towards breaking the “glass ceiling” for women at board level. Even more importantly, it may contribute to a better mix below board level by providing role models, and training suitable women to fill board positions.

---

<sup>24</sup> In favour of “soft” rules before Germany passed its law on mandatory rules: *Langenbacher ZGR* 2012, 314, 339 et seq.

MARC PICHARD

*Genre et droit de l'indemnisation  
(Brèves observations sur les ambivalences du principe de  
réparation intégrale)*

---



**MARC PICHARD**

*Marc Pichard est professeur de droit privé à l'Université Paris Nanterre. Après avoir soutenu une thèse intitulée "Le droit à. Etude de législation française" à l'Université Paris 2 en 2004, Marc Pichard a été successivement maître de conférences à l'Université de Rouen et professeur à l'Université de Lille avant de rejoindre Paris-Nanterre. Il a coordonné, avec Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman, le projet REGINE - Recherche et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe - duquel sont issues plusieurs publications de référence dans le champ, et en particulier "La loi & le genre. Etudes critiques de droit français" (CNRS éd., 2014).*

« Sus au bon père de famille ! » : la question du genre dans le droit de la responsabilité a surgi en droit français à propos des mots pour dire le modèle de référence permettant d'identifier un comportement anormal et, par conséquent, fautif.<sup>1</sup> Le débat n'était pas vain : les mots ne sont pas neutres et, quoi qu'on en ait, le père de famille renvoie non

---

<sup>1</sup> Article 26 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, modifiant les articles 601, 1728, 1729, 1766, 627, 1137, 1374, 1806, 1962, 1880 du Code civil, L. 314-8 du code de la consommation, L. 462-12 du code rural et de la pêche maritime, L. 221-2 du code de l'urbanisme et L. 641-4 du code de la construction et de l'habitation.

pas à un modèle désincarné, mais à une position sociale particulière, historiquement marquée – et à deux égards<sup>2</sup> : le bon père de famille est un homme, et un homme responsable – au sens commun du terme – car à la tête de la famille, dont il est le chef.<sup>3</sup> Dès lors, voir émerger la personne raisonnable en lieu et place du bon père de famille opère un changement au moins symbolique qui n'est pas négligeable : rompre avec la figure de la famille comme cellule de base de la société, et une cellule fondamentalement hiérarchisée, n'est pas rien. Pour autant, c'est alors aborder la question par sa face nord. Sur le plan stratégique, les tenants de la réforme s'exposent à un procès en police de la langue que l'on sait, les récents débats autour de l'écriture inclusive l'ont illustré à l'envi,<sup>4</sup> extrêmement périlleux. Sur le plan théorique, surtout, se pose la question de l'incidence au fond du changement de terminologie : quelles évolutions faut-il en attendre ?<sup>5</sup> S'agit-il de penser un modèle de référence totalement asexué ou, au contraire, d'admettre que le modèle de référence doit changer selon les caractéristiques de l'auteur du fait à qualifier, en particulier en fonction de son sexe ? On retrouve derrière l'interrogation une tension qui parcourt tout le champ de l'analyse féministe du droit – et des mouvements féministes en général : neutraliser pour universaliser ou (pour) féminiser ? Changer les énoncés pour que la norme soit indifférente au genre ou pour qu'elle prenne en compte les situations et rôles sociaux distincts auxquels sont assignés les hommes et les femmes dans la société ?<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> V. Jean-Louis Halpérin, « La suppression de l'expression “bon père de famille” », *Recueil Dalloz* 2014, p. 536 : « L'expression *bonus paterfamilias* ou *diligens paterfamilias* apparaît dans plusieurs textes du *Digeste et des Institutes* de Justinien qui traitent des soins apportés à la chose d'autrui par le vendeur, l'usufruitier ou le tuteur. Ces textes correspondent à la place éminente tenue dans le droit romain par le père de famille, puisqu'il est le seul (pendant toute sa vie et quel que soit l'âge de ses enfants) à être pleinement capable (*sui juris*) et administre à ce titre les affaires de la *domus* ». Certes, « ce standard est utilisé [...] pour identifier un comportement prudent et diligent dans la gestion des biens d'autrui et pour caractériser la faute civile de celui qui a causé un dommage injuste à autrui » (Félix Rome, « Bonne mère ! », *Recueil Dalloz* 2014, p. 201) ; mais on ne saurait en déduire que « la notion cadre de bon père de famille ne renvoie ni à la qualité de père, ni à celle de famille » au prétexte qu'elle « est exploitée pour caractériser le comportement de chacun, qu'il soit femme, homme, père, mère, marié, célibataire, sans famille, etc. » (*ibid.*). Elle y renvoie bien, et n'est donc pas « neutre » (*ibid.*) ; que le modèle s'applique à tous peut, précisément, justifier que l'on abandonne cette référence « genrée ».

<sup>3</sup> Aussi bien la proposition d'ajouter « bonne mère ou » devant toutes les occurrences de « bon père de famille » ne permettait pas d'échapper à toute critique : fonder une famille resterait (symboliquement) une condition pour être érigé en modèle (de comportement). Sur cette proposition, v. Jérôme Huet, « Adieu bon père de famille. Relation d'un cauchemar suivie d'observations sur les mots du droit, et d'autres choses encore », *Recueil Dalloz* 2014, p. 505 et s., n° 4.

<sup>4</sup> Sur lequel v. en part. Blandine Mallet-Bricout, « La langue française, vecteur d'une “égalité plus réelle” entre les femmes et les hommes », *RTD civ.* 2018, p. 224 et s.

<sup>5</sup> Sur les débats qui ont eu cours outre-Atlantique, v. Sandrine Chassagnard-Pinet et Malha Naab, « Corps féminins et responsabilité civile », in Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman (dir.), *La loi & le genre, Etudes critiques de droit français*, CNRS éd., 2014, p. 297 et s., p. 298-299, et les références citées.

<sup>6</sup> V. Philippe Brun, « Genre et droit de la responsabilité civile », *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 133 et s., n° 6, p. 134 : « S'agit-il de suggérer que le modèle de référence de la fameuse appréciation *in abstracto* soit débarrassé de son empreinte masculine, et que l'on puisse accéder au véritable modèle de l'individu normalement avisé, sans aspérité, “aseptisé” diront certains ... Ou si l'idée est de militer pour que les caractères propres inhérents à chaque sexe (s'il est possible d'en déterminer) doivent être pris

Si l'on quitte les rives du fait générateur pour accoster sur les berges du préjudice susceptible d'indemnisation, les enjeux sont, *a priori*, plus évidents à identifier : le même dommage – par exemple, corporel –, subi, d'une part, par un homme, d'autre part, par une femme, donne-t-il lieu aux mêmes indemnisations ? Sinon, comment l'expliquer – voire, si les différences constatées s'avéraient contestables, y remédier ? En réalité, la question ne saurait être posée en ces termes, qui font abstraction d'une donnée positive essentielle : ce qui est indemnisé n'est pas un dommage, mais un préjudice.<sup>7</sup> Or un même dommage peut causer les préjudices les plus divers. Partant, la question est : un dommage comparable donne-t-il lieu à l'identification de préjudices distincts – en leur nature ou en leur montant - en fonction du sexe de la personne ? D'emblée, les biais méthodologiques de toute recherche en la matière doivent être relevés<sup>8</sup> : les condamnations prononcées sont elles-mêmes fonction des demandes formulées, les juges ne pouvant pas statuer *ultra petita*, de telle sorte que les différences constatées pourraient ne pas être dues au dispositif normatif et à son application par le juge mais à l'objet des demandes<sup>9</sup> ; les situations personnelles des victimes qui subiraient des dommages analogues – constat lui-même difficile à établir en certaines hypothèses - peuvent à ce point différer que la comparaison des solutions retenues ne sera que rarement pertinente. Il n'en demeure pas moins que l'hypothèse d'une indemnisation distincte, en fonction du sexe de la victime, peut être avancée. Trois exemples permettent de l'étayer.

Le premier est celui d'un dommage ayant causé un préjudice économique - par exemple parce qu'il empêche la victime d'exercer sa profession. Le préjudice est alors fonction du gain manqué. Ce gain est identifié *in concreto*. Partant, plus les revenus du

---

en compte au titre des éléments d'appréciation *in concreto* que le juge est autorisé à prendre en compte au titre des "correctifs" ».

<sup>7</sup> Sur la distinction, et une discussion de sa pertinence, v., entre autres, Stéphanie Porchy-Simon, V° « Dommage », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy et PUF, 2003, spéc. p. 413 et s. ; Jean-Sébastien Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 145 et s., spéc. p. 149 et s. La distinction est accueillie par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par le garde des sceaux : [ [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)] qui dispose en son article 1235 : « Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial ».

<sup>8</sup> Sur lesquels, v. en part. Lisa Carayon, Marie Dugué et Julie Mattiussi, « Réflexions autour du préjudice sexuel. Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre », *Recueil Dalloz* 2017, p. 2257 et s., spéc. p. 2258 ; Lisa Carayon et Julie Mattiussi, « Le prix du genre », in *La Revue des droits de l'homme* ; Actualités Droits-Libertés : [ <http://journals.openedition.org/revdh/3787> ], n° 20 à 23.

<sup>9</sup> Toute recherche qui entendrait analyser les décisions relatives à la fixation de la résidence habituelle de l'enfant au prisme du genre s'expose au même biais : l'intégration, par l'ensemble des acteurs et des actrices du contentieux, de rôles distincts pour les hommes et pour les femmes à l'égard des enfants, et en particulier des enfants en bas-âge, peut expliquer la primauté de la fixation de la résidence habituelle de l'enfant chez sa mère. Une différence doit toutefois être soulignée : tandis que le juge est effectivement tenu par les demandes qui lui sont adressées en matière de responsabilité civile, l'affirmation est pour le moins contestable s'agissant d'une matière marquée par son indisponibilité, comme le droit de l'autorité parentale.

travail de la victime sont importants, plus l'indemnisation l'est : pour un dommage équivalent, celui ou celle qui gagne plus obtient une indemnisation supérieure à celle de celui ou celle qui gagne moins. Statistiquement, l'indemnisation des hommes est alors supérieure à l'indemnisation des femmes – puisque, en, moyenne, les revenus professionnels des uns sont supérieurs aux revenus professionnels des autres. L'application de la règle de droit produit un effet de consolidation des inégalités de revenus.

Le second exemple est celui d'un dommage corporel – une balafre sur la poitrine - ayant causé un préjudice esthétique. Comme le souligne M. Brun, le préjudice esthétique « n'est pas "genré" en principe en droit positif, et pourtant, une étude un peu fine de sa genèse et de son appréhension par la pratique judiciaire pourrait laisser apparaître qu'en droit la beauté a peut-être un sexe ... ».<sup>10</sup> Un travail pionnier a, en ce sens, pu souligner que « le Référentiel indicatif régional de l'indemnisation du préjudice corporel admet que les juges ayant à évaluer un préjudice esthétique peuvent moduler la somme allouée en fonction, en particulier, du sexe de la victime, ce qui donne à penser qu'un préjudice esthétique de même nature n'a pas nécessairement la même incidence pour une victime de sexe féminin que pour une victime de sexe masculin »<sup>11</sup> ; la solution est même jugée évidente par les spécialistes du droit de l'indemnisation.<sup>12</sup> Et l'on songe, notamment, à la reconnaissance, dans un jugement du tribunal de la Seine de 1937, d'un préjudice de « décolletage » subi par la princesse de Broglie – l'atteinte subie ayant en particulier nui aux activités mondaines de la victime.<sup>13</sup> De fait, le même dommage causé à un homme n'aurait probablement pas conduit à la reconnaissance d'un tel préjudice – dès lors que les hommes ne sont pas censés participer à des mondanités parisiennes torse nu ... On assiste alors à une consolidation des pratiques et représentations sociales par le droit de l'indemnisation : le préjudice est fonction de ce qu'il est convenu de faire, pour un homme ou pour une femme, dans une société donnée, et de ce qui est censé plaire ou rebuter au sein du groupe social.

Le troisième exemple est celui d'un dommage ayant causé un préjudice sexuel. Les différences de traitement qui peuvent avoir cours en la matière ont donné lieu à un

---

<sup>10</sup> Philippe Brun, « Genre et droit de la responsabilité civile », art. préc., n° 7, p. 134-135. Pour une illustration, v. Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 217, p. 193 : « Lorsque l'aspect esthétique de la victime a des conséquences sur sa carrière professionnelle (mannequin, actrice, hôtesse ...) » : la carrière professionnelle des acteurs ne semble pas affectée par les atteintes à leur plastique ...

<sup>11</sup> Sandrine Chassagnard-Pinet et Malha Naab, « Corps féminins et responsabilité civile », art. préc., p. 308.

<sup>12</sup> Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *op. cit.*, n° 217, p. 192 : « Bien entendu [souligné par nous] le sexe et l'âge de la victime sont des éléments importants à prendre en considération dans l'évaluation *monétaire* du préjudice esthétique ».

<sup>13</sup> Pour une présentation de la décision, et d'autres exemples, v. Sandrine Chassagnard-Pinet et Malha Naab, « Corps féminins et responsabilité civile », art. préc., p. 309-310.

arrêt très remarqué de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 juillet 2017.<sup>14</sup> Pour fonder la réduction de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial subi par la victime, les juges avaient, entre autres, cru bon de soutenir : « il ne faudrait pas oublier que, à l'époque de l'opération, la plaignante avait déjà cinquante ans et deux enfants, ce qui est un âge où l'activité sexuelle n'est plus aussi importante que dans les jeunes années, son importance diminuant avec l'âge ».<sup>15</sup> Parce que l'affirmation véhicule le stéréotype de genre que constitue la « conception traditionnelle de la sexualité féminine comme essentiellement reliée à l'objectif de procréation »<sup>16</sup>, la discrimination à l'égard du sexe est constituée et l'Etat portugais condamné. Pour autant, la Cour elle-même souligne que sa décision n'implique pas la prohibition de toute distinction en fonction du sexe en la matière,<sup>17</sup> et que c'est bien le discours porteur de stéréotypes qui est ici sanctionné. Car les différences semblent peu évitables dès lors que les organes concernés par les activités sexuelles ne sont pas tous analogues : il ne faut dès lors pas s'étonner que les barèmes en vigueur distinguent en la matière les préjudices en fonction du sexe de la victime.<sup>18</sup> Pour autant, les différences ne semblent pas se limiter à celles que l'on pourrait juger « naturelles » pour être fondées sur des données biologiques : ainsi, une étude récente a pu souligner que « certains [...] barèmes [...] justifient explicitement les taux d'incapacité élevés liés à la perte des organes sexuels masculins. [...] Il est [...] reconnu à la perte des organes virils des implications sociales et psychiques si importantes qu'elles justifient d'être prises en considération dans la fixation du taux d'incapacité, ce que l'on ne mentionne pas s'agissant de la perte des organes féminins »<sup>19</sup> : parce que le pénis et l'aptitude à l'érection feraient l'homme, c'est-à-dire l'identité masculine, la perte de l'organe ou de sa fonction érectile constitueraient un préjudice sans équivalent chez les femmes victimes de préjudices sexuels. La consolidation des représentations sociales relatives à l'identité sexuée et à la sexualité est patente.

Consolidation des différences de revenus entre les hommes et les femmes, consolidation des pratiques et représentations sociales en fonction du sexe ou en matière de sexualité : le dispositif juridique semble venir au soutien du genre entendu comme un système normatif assignant aux hommes et aux femmes des rôles sociaux

---

<sup>14</sup> Cour EDH 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c/ Portugal*, n° 17484/15, Recueil Dalloz 2017, p. 2224, obs. Stéphanie Porchy-Simon et 2018, p. 925, obs. Marc Pichard ; *AJDA* 2017, p. 1768, chron. Laurence Burgorgue-Larsen ; *AJ fam.* 2017, p. 485, obs. Kiteri Garcia ; *RCA* 2017, n° 10, al. 22, obs. Laurent Bloch ; *JCP G* 2018, Doctr. 34, obs. Frédéric Sudre ; Lisa Carayon et Julie Mattiussi, « Le prix du genre », art. préc.

<sup>15</sup> Arrêt préc., §16.

<sup>16</sup> Arrêt préc., §52.

<sup>17</sup> Arrêt préc., §52.

<sup>18</sup> Pour des exemples de barèmes, v. Claudine Bernfeld et Frédéric Bibal, « Les préjudices liés à la vie sexuelle », *Gaz. Pal.* 30 janvier 2018, n°4, p. 64 et s., en annexe.

<sup>19</sup> Lisa Carayon, Marie Dugué et Julie Mattiussi, « Réflexions autour du préjudice sexuel. Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre », art. préc., p. 2263-2264.

distincts.<sup>20</sup> La source des différences constatées, qui, il faut y insister, jouent, en termes économiques, parfois au détriment des femmes victimes, parfois à leur avantage, est évidente : il s'agit du principe de réparation intégrale lui-même. Dès lors que ledit principe tend à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'était pas advenu, toutes les différences initiales de situations factuelles entre les victimes doivent se refléter dans l'indemnisation obtenue. Partant, puisque que, socialement, la situation des hommes et la situation des femmes ne sont pas identiques, les indemnisations obtenues ne sauraient l'être. Reflet des mœurs, reflet du fait, le principe de réparation intégrale ne pourrait que consolider les différences factuelles et les différences de représentation relatives aux hommes et aux femmes. Faut-il pour autant, dans une perspective féministe, le condamner ?

Sur le plan théorique, il faut souligner les affinités entre ce principe et l'exigence de l'analyse féministe du droit d'avoir égard aux situations concrètes des femmes. Si, « selon la perspective féministe, plusieurs éléments du droit des délits doivent être repensés puisque les principes juridiques ont été développés au fil des siècles par des juges et des législateurs masculins qui n'ont pas nécessairement reconnu *la réalité sociale et personnelle des femmes* [souligné par nous] »<sup>21</sup>, il semble que le principe de réparation intégrale, en ce qu'il implique une appréciation concrète de chaque cas particulier,<sup>22</sup> devrait permettre la prise en considération de la situation propre de chacun et chacune – de ses charges particulières, de ses pratiques spécifiques. On peut y voir une première ambivalence du principe de réparation intégrale : instrument de reproduction des inégalités factuelles qui innervent la société en ce qu'il tend à prendre en compte la situation concrète des victimes au sein de la société, il peut, pour cette même raison, être mobilisé pour révéler la situation effective et singulière des victimes – en l'occurrence des femmes.

Sur le plan pratique, il semble délicat de placer sur le même plan les questions relatives à l'indemnisation du préjudice patrimonial et celles relatives à l'indemnisation du préjudice extra-patrimonial. Tandis que la première se fonde sur des données objectives, la seconde présente une dimension subjective, et à plus d'un égard dès lors qu'il s'agit de mesurer les souffrances de la victime – premier élément de subjectivité – ce qui est objectivement illusoire et ouvre ainsi la voie à l'expression des conceptions

---

<sup>20</sup> Pour une définition générique du genre, v. Laure Bereni, Sébastien Chauvin, Alexandre Jaunait et Anne Revillard, *Introduction aux études sur le genre*, 2<sup>e</sup> éd., de Boeck, 2012, p. 10 : « système de bicatégorisation hiérarchisée entre les sexes (hommes/femmes) et entre les valeurs et représentations qui leur sont associés (masculin/féminin) ».

<sup>21</sup> Louise Bélanger-Hardy et Denis Boivin, *La responsabilité délictuelle en common law*, éd. Yvon Blais, 2005, p. 70.

<sup>22</sup> Sur cette incidence du principe de réparation intégrale, v. Mireille Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 3<sup>e</sup> éd., Economica, 2016, n° 601, p. 718 : « Le dommage doit faire l'objet d'une évaluation *in concreto* en tenant compte de toutes les particularités de la situation de fait soumise au juge ».



personnelles du juge – second élément de subjectivité – qui peut à son tour se faire le vecteur de représentations sociales particulièrement inégalitaires en termes de genre.<sup>23</sup>

S'agissant des préjudices patrimoniaux, et plus particulièrement des pertes de gains professionnels futurs consécutifs à un dommage corporel,<sup>24</sup> la question est loin d'être inédite : elle se pose dans les mêmes termes s'agissant de la classe sociale de la victime, en particulier. Comme le souligne M<sup>me</sup> Fabre-Magnan, la doctrine italienne a, notamment, souligné le risque de reconduction des inégalités économiques par le droit de l'indemnisation. L'existence d'une « jurisprudence de classe », en particulier s'agissant de l'indemnisation des enfants issus de milieux défavorisés, a été mise en exergue.<sup>25</sup> « L'idée particulièrement intéressante et importante soulevée par la doctrine italienne consistait à vouloir renverser l'ordre d'importance entre les préjudices patrimoniaux et les préjudices non patrimoniaux, pour donner la priorité à ces derniers. Les préjudices patrimoniaux présentent en effet l'inconvénient, voire l'injustice majeure, d'être proportionnels à la capacité de la personne de produire des revenus. Or, un dommage corporel étant fondamentalement une atteinte à la personne, la part principale de son indemnisation doit être la même pour tous ». <sup>26</sup> La solution esquissée par la doctrine italienne illustre toutefois, paradoxalement, la difficulté à contourner l'obstacle majeur que représente le principe de réparation intégrale : s'il est possible de minimiser les distinctions entre les victimes, en valorisant le préjudice extrapatrimonial par rapport au préjudice patrimonial, il semble difficile de remettre en cause le mécanisme d'indemnisation du préjudice patrimonial lui-même, dès lors que l'on estime, ce qui fait consensus, que « *le droit commun* de la responsabilité civile doit indemniser des *préjudices concrets de pertes de revenus*, par une appréciation *in concreto* ». <sup>27</sup> La forfaitarisation du préjudice de perte de gains professionnels futurs, théoriquement possible, s'avère en telle rupture avec les principes structurants du droit de l'indemnisation en droit civil français qu'elle semble une piste peu praticable<sup>28</sup> :

---

<sup>23</sup> Rappr. Lisa Carayon, Marie Dugué et Julie Mattiussi, « Réflexions autour du préjudice sexuel. Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre », art. préc., p. 2257 : « Le risque est [...] qu'à la subjectivité de la victime s'ajoutent celles du ou de la juge, de l'expert.e, de l'avocat.e, et que les décisions se fassent subrepticement le véhicule de certains préjugés ».

<sup>24</sup> Sur cette catégorie de préjudice, v. Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *op. cit.*, n° 185 et s., p. 163 et s.

<sup>25</sup> V. Muriel Fabre-Magnan, « Le dommage existentiel », *Recueil Dalloz* 2010, p. 2376 et s., p. 2378. Comp. Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *op. cit.*, n° 189, p. 166, à propos de l'indemnisation des pertes de gains professionnels futurs de l'enfant : « *Pour ce cas, et pour ce cas seulement*, on peut admettre que toute évaluation *in concreto* étant impossible, une *évaluation in abstracto de la perte de gains* par référence à la valeur statistique du salaire médian peut être retenue. Celle-ci pourra éventuellement être amendée par la prise en compte du niveau d'études de l'enfant, voire pour certains, et même si ce critère peut sembler beaucoup plus contestable, par une prise en compte du milieu familial dont l'enfant est issu ».

<sup>26</sup> Muriel Fabre-Magnan, « Le dommage existentiel », art. préc., p. 2378.

<sup>27</sup> Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *op. cit.*, n° 186, p. 164.

<sup>28</sup> Sur le caractère « nécessaire » du principe de réparation intégrale, v. Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, n° 41 et s., p. 57 et s.

rompre avec le principe de réparation intégrale pour empêcher la reproduction par le droit des inégalités économiques en fonction du sexe ne semble guère envisageable.<sup>29</sup>

Bien plutôt, c'est d'une compréhension plus riche du principe de réparation intégrale que l'on peut espérer une jurisprudence moins reproductrice des inégalités entre les femmes et les hommes. L'enjeu principal est alors de donner sa juste place à l'activité déployée par les femmes au sein du foyer c'est-à-dire de valoriser effectivement le travail domestique – dont la charge demeure très inégalement répartie entre les femmes et les hommes. Cette valorisation est d'ores et déjà pratiquée à travers le « calcul [...] [du] coût de l'aide-ménagère et familiale rendue nécessaire par l'indisponibilité de la femme au foyer, *au titre de l'assistance tierce personne temporaire ou définitive* ». <sup>30</sup> Mais, même par ce truchement, la valorisation du travail domestique est délicate, et le risque de minoration non négligeable, tant sont nombreuses les activités au foyer invisibilisées. Pour pallier ce risque, M. Berg souligne que le droit allemand procède à une forme d'objectivation du préjudice en cause, à travers la notion de « préjudice ménager » : « Conscient du défaut de préjudice au sens classique du terme [dans la mesure où la victime est libérée d'une charge], la jurisprudence allemande n'a pas hésité à admettre qu'il lui importe, en réalité, de protéger une valeur sociale, à savoir l'égalité entre hommes et femmes. Précisément, elle souhaite mettre sur un pied d'égalité l'époux qui fournit un apport en argent au ménage (et qui peut, le cas échéant, demander réparation de sa perte de salaires) avec celui qui y apporte sa force de travail. Selon les juges, la reconnaissance du dommage est ainsi censée "consacrer l'égalité du travail des femmes dans le droit de la responsabilité" ». <sup>31</sup> Le préjudice domestique ou ménager est aussi reconnu, de jurisprudence fédérale constante, en droit suisse : « Une lésion corporelle peut porter atteinte non seulement à la capacité de gain, mais également à la capacité de travail, particulièrement à celle concernant les activités non rémunérées, telles que la tenue du ménage ainsi que les soins et l'assistance fournis aux enfants ; il est alors question de dommage domestique ou de préjudice ménager [...]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce type de préjudice donne droit à des dommages-intérêts [...], peu importe qu'il ait été compensé par une aide extérieure, qu'il occasionne des dépenses accrues de la personne partiellement invalide, qu'il entraîne une mise à contribution supplémentaire des proches ou que l'on admette une perte de qualité des services [...]. *Ce dommage est dit normatif (ou abstrait), parce qu'il est admis sans preuve d'une*

---

<sup>29</sup> Du moins s'agissant de la responsabilité pour faute. On a, au contraire, pu suggérer que, en présence de responsabilités objectives, l'indemnisation du préjudice, y compris patrimonial, pourrait être limitée ou forfaitisée, la réparation intégrale étant initialement conçue comme un instrument de sanction d'un comportement anormal, sans objet en présence d'une responsabilité objective – voire en présence d'une faute légère. Sur cette proposition, v. Clothilde Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, spéc. n° 296 et s., p. 216 et s., et n° 407 et s., p. 307 et s.

<sup>30</sup> Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *op. cit.*, n° 188, p. 165.

<sup>31</sup> Oliver Berg, « Le dommage objectif », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 63 et s., p. 71-72.

*diminution concrète du patrimoine du lésé* [souligné par nous] ». <sup>32</sup> Ces solutions montrent qu'il est possible de ne pas réduire le préjudice matériel au coût d'une aide-ménagère qui n'assure en général qu'une partie de l'activité jusqu'alors déployée au sein du foyer par la victime – et pas nécessairement la préparation des repas ou l'encadrement de la scolarité des enfants, par exemple. En l'état, reproducteur des inégalités de situations économiques, le principe de réparation intégrale autrement appliqué, c'est-à-dire s'il embrassait l'intégralité des changements subis, pourrait s'avérer vecteur d'égalité.

S'agissant des préjudices extra-patrimoniaux, le poids des réalités objectivement constatables semble moindre : la détermination du prix des souffrances est intrinsèquement l'objet d'un choix politique que la mobilisation d'arguments eux-mêmes politiques pourrait influencer. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle place ménager, dans cette appréciation nécessairement politique, aux représentations qui ont cours au sein de la société. Car, s'il s'agit d'évaluer le « prix » de la beauté, les appréciations sont, tout à la fois, intrinsèquement personnelles et nourries de représentations sociales. Le corps balafre est-il nécessairement moins séduisant ? Rien ne permet de l'affirmer, rien ne permet de soutenir que ce corps serait, par toutes et tous, jugé moins aimable. Pourtant, les représentations collectives conduisent à estimer qu'il y a, du fait de la balafre, préjudice esthétique, et distinct pour les femmes et pour les hommes. Quant au « prix » du plaisir sexuel, chacun conviendra qu'il n'est pas évaluable, et que la perte effectivement subie ne saurait s'apprécier qu'au regard des pratiques et représentations individuelles, dont la preuve est, dans bien des hypothèses, délicate voire impossible à rapporter. <sup>33</sup> Partant, la forfaitarisation des indemnisations, qui s'inscrirait dans un mouvement général en matière de préjudice « psychologique », <sup>34</sup> serait envisageable – et ne romprait pas frontalement avec le

---

<sup>32</sup> Tribunal fédéral (1<sup>re</sup> cour de droit civil), 1<sup>er</sup> avril 2008, 4A\_19/2008, cons. 2.1. Sur la mise en œuvre de ce dispositif, v. la suite de l'arrêt (cons. 2.2 et s.) : « Lors du calcul du préjudice ménager, il convient de procéder en plusieurs étapes : il s'agit d'abord d'évaluer le temps que, sans l'accident, le lésé aurait consacré à accomplir des tâches ménagères [...], puis, en partant du taux d'invalidité médicale résultant de l'accident, de rechercher l'incidence de cette invalidité médico-théorique sur la capacité du lésé à accomplir ses tâches ménagères [...], et enfin de fixer la valeur de l'activité ménagère que le lésé n'est plus en mesure d'accomplir [...] ».

<sup>33</sup> Pour surmonter l'obstacle, une piste a été suggérée : s'en remettre à la seule parole de la victime. Mais les limites de la méthode sont immédiatement soulignées. V. Lisa Carayon et Julie Mattiussi, « Le prix du genre », art. préc., n° 38 à 44.

<sup>34</sup> V. Nicolas Molfessis, « La psychologisation du dommage », in Yves Lequette et Nicolas Molfessis (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2015, p. 39 et s., n° 19, p. 51 : « Dans les hypothèses où elle consacre un préjudice spécifique, la jurisprudence tend à faciliter, voire à éluder la charge probatoire au profit de la victime. Ainsi, au titre du préjudice spécifique de contamination, elle englobe tous les dommages moraux qu'entraîne la contamination, ce qui évite de s'interroger sur les différents éléments qui le composent. La contamination suffit à établir le préjudice, qui inclut nécessairement une dimension psychologique. Il en va de même en matière de terrorisme où "le préjudice spécifique de traumatisme psychique" est indemnisé systématiquement et forfaitairement, en fonction d'un pourcentage de l'incapacité permanente ».

principe de réparation intégrale dès lors que, de valeur objective, il n'existe pas.<sup>35</sup> Même si elle n'est pas explicitement assumée en tant que telle, cette objectivation est effectivement réalisée en matière de déficit fonctionnel permanent,<sup>36</sup> s'agissant, du moins, de l'atteinte aux fonctions physiologiques – dont l'évaluation passe par la fixation, à partir de données objectives, d'un taux d'incapacité, qui, combiné à l'âge de la victime, permet d'établir le montant de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial. De fait, « la référence statistique présente [l'] avantage de traduire l'égalité ontologique de toutes les victimes d'un dommage corporel ».<sup>37</sup> On constate toutefois que cette égalité ne s'applique qu'entre victimes de même sexe : en matière d'indemnisation des accidents médicaux, l'ONIAM a, ainsi, instauré un référentiel indicatif d'indemnisation « modulant la réparation du DFP [déficit fonctionnel permanent] selon la gravité de l'état de la victime, son âge *et son sexe* [souligné par nous] »<sup>38</sup> ; la dimension physiologique des atteintes aux organes sexuels, intégrée dans les barèmes relatifs au déficit fonctionnel permanent, est « naturellement » évaluée en fonction des organes et donc du sexe de la victime – les atteintes au pénis étant, au demeurant, les plus valorisées quand certains organes sexuels féminins sont purement et simplement absents de plusieurs barèmes.<sup>39</sup> Au-delà du légitime débat sur la pertinence actuelle desdits barèmes, faut-il, sur cette voie, barémiser ou forfaitiser, plus ou moins explicitement, l'indemnisation de la dimension extra-physiologique du préjudice sexuel ou le préjudice esthétique, et procéder sans distinguer selon le sexe de la victime, pour que tout dommage corporel équivalent donne lieu à une indemnisation elle-même équivalente ? Indiscutablement, si elle était indifférente au sexe, la méthode permettrait l'éviction des stéréotypes de genre du droit de l'indemnisation. Elle s'expose toutefois à deux griefs.

Le premier est d'ordre pratique. S'agissant du préjudice sexuel comme du préjudice esthétique, une telle forfaitarisation serait nécessairement construite sur le dommage corporel effectivement subi, de sorte que l'on ne conçoit pas comment elle pourrait

---

<sup>35</sup> Rappr. Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, *Les effets de la responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd, LGDJ, 2017, n° 118, p. 158 : « Les avantages de simplicité et d'objectivité dont le principe de réparation intégrale peut se réclamer pour l'évaluation des indemnités destinées à couvrir des pertes pécuniaires, ou plus généralement des préjudices ayant un équivalent pécuniaire, disparaissent totalement lorsqu'on prétend l'appliquer aux préjudices non-économiques auxquels pourtant la jurisprudence français l'a explicitement étendu. En ce domaine, il perd en réalité toute signification et sa mise en œuvre se heurte de ce fait aux pires difficultés ».

<sup>36</sup> Sur ce chef de préjudice, v. Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *op.cit.*, n° 207 et s., p. 179 et s.

<sup>37</sup> Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *op. cit.*, n° 208, p. 181. Rappr. Muriel Fabre-Magnan, « Le dommage existentiel », art. préc., p. 2383, qui souligne que, à défaut de barème, « l'affirmation que chaque cas est un cas particulier véhicule [...] l'idée que les personnes ne seraient pas toutes égales ».

<sup>38</sup> Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *op. cit.*, n° 208, p. 183.

<sup>39</sup> En ce sens, v. Lisa Carayon, Marie Dugué et Julie Mattiussi, « Réflexions autour du préjudice sexuel. Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre », art. préc., p. 2263 : « Il faut [...] souligner que l'atteinte à certains organes féminins ne se voit associer aucun taux d'incapacité par ces barèmes : il en va ainsi du clitoris, du vagin et des lèvres vaginales étrangement absents des "organes sexuels" ».

faire abstraction des corps : or les corps des hommes et ceux des femmes, en partie, différent. Si le préjudice sexuel lié à la perte d'un organe sexuel secondaire, comme la main, pourrait être également indemnisé pour les hommes et les femmes,<sup>40</sup> il ne saurait en aller de même, faute de comparabilité, en cas d'atteinte aux organes sexuels primaires que sont le pénis ou la vulve. La forfaitarisation ne pourrait donc, en toute hypothèse, être que partielle.

Le second est d'ordre théorique. Une des marques principales de l'analyse féministe du droit, ou de l'analyse critique en général, est d'avoir égard aux situations vécues par les individus concernés par la norme juridique, pour intégrer ces situations dans son analyse et la prendre en considération dans son application.<sup>41</sup> Or faire fi des représentations sociales genrées, selon lesquelles la poitrine d'une femme n'a pas la même « valeur » esthétique et sexuelle que la poitrine d'un homme, ne conduirait-il pas à renoncer à indemniser le préjudice effectivement vécu ?<sup>42</sup> La tension est alors très forte, qui irrigue toute l'analyse genrée du droit : en faisant abstraction des représentations et stéréotypes sociaux, œuvre-t-on systématiquement à l'émancipation des femmes, alors qu'elles seraient privées de la possibilité de faire valoir en justice la spécificité de leur situation ? Pour reprendre une formule particulièrement évocatrice de M<sup>me</sup> Suk, « les stéréotypes de genre sont-ils mauvais pour les femmes ? »<sup>43</sup> Un parallèle peut être tiré avec les techniques du droit patrimonial de la famille. La prestation compensatoire, dont l'objet est de maintenir, dans la mesure du possible, le niveau de vie que la mise en commun d'un certain nombre de ressources dans le cadre de contribution aux charges du mariage a permis d'instaurer, doit être fixée, notamment, en prenant en considération « les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie

---

<sup>40</sup> Sur les disparités d'appréciation du préjudice sexuel en présence de dommages aux doigts ou à la main, v. Lisa Carayon, Marie Dugué et Julie Mattiussi, « Réflexions autour du préjudice sexuel. Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre », art. préc., p. 2261.

<sup>41</sup> V. *supra* n° 7.

<sup>42</sup> En ce sens, v. Lisa Carayon et Julie Mattiussi, « Le prix du genre », art. préc., n° 36 : « Le caractère ambivalent du stéréotype réside dans le fait qu'il est parfois construit à partir d'une généralisation. La difficulté qui peut alors se présenter si l'on rejette absolument tout motif stéréotypique est que l'on risque de priver les juges d'arguments qui pourraient être favorables à la victime. En effet, le stéréotype, s'il peut être faux pour une personne considérée peut également avoir pour elle une certaine réalité. Par exemple, l'affirmation générale selon laquelle « l'apparence est importante pour les femmes », pourrait conduire à réparer plus généreusement le préjudice esthétique subi par une femme en particulier. Or, si cette affirmation est sans doute fautive pour une partie des femmes comme des hommes, il reste vrai que les femmes subissent socialement davantage de jugements portant sur leur apparence physique. La victime n'en a pas forcément conscience, ne se l'exprime pas nécessairement, peut difficilement le prouver, mais de fait son préjudice sera plus grand. Dès lors, priver les juridictions de cette facilité de motivation n'est-ce pas vouloir procéder à une universalisation de la parole judiciaire qui, de fait, jouerait contre les victimes placées par ailleurs, du fait de leur position sociale, dans des positions stigmatisées ? » ; Marc Pichard, obs. sous Cour EDH 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c/ Portugal*, préc., p. 926.

<sup>43</sup> Julie Suk, « Les stéréotypes de genre sont-ils mauvais pour les femmes ? » reproduit in Stéphanie Hennette-Vauchez, Mathias Möschel et Diane Roman (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, coll. « A droit ouvert », 2013, p. 205 et s.

commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ». <sup>44</sup> Que la disposition ait été adoptée en contemplation de la situation des femmes au foyer ne fait guère de doute ; qu'elle puisse être lue comme une incitation adressée aux femmes de cesser leur activité professionnelle pour se consacrer à leur foyer n'est guère contestable. Faut-il pour autant la supprimer – sans égard pour la situation réelle des femmes au foyer ? <sup>45</sup>

L'analyse critique permet de révéler les effets de consolidation du genre par le droit ; elle ne permet toutefois pas nécessairement de trancher entre les options ouvertes. S'agissant du droit de l'indemnisation, qu'il faille éradiquer les stéréotypes de genre de l'appréciation des préjudices esthétique ou sexuel pour ne pas les alimenter, quitte à réduire, le cas échéant, les indemnisations obtenues par les femmes victimes, en particulier en matière esthétique, ou qu'il faille, au contraire, prendre acte de la situation concrète des femmes dont la vie sociale est plus affectée par certains dommages corporels, l'analyse au prisme du genre ne saurait le dire. Il est en revanche peu discutable que, si le modèle de la réparation intégrale au regard de la situation concrète des victimes était maintenue, sa mise en œuvre devrait, précisément, être assise sur la situation effective vécue par les victimes, établie de la manière la plus fine possible <sup>46</sup> : il conviendrait, en somme, que les décisions mentionnent explicitement pourquoi, dans une hypothèse singulière, telle indemnisation devrait être retenue et, le cas échéant, au regard de représentations sociales qu'il s'agirait de nommer, ce qui

---

<sup>44</sup> Article 271 du Code civil.

<sup>45</sup> Sur cette question, v. Marc Pichard, « Genre et rapports patrimoniaux entre époux », in Stéphanie Hennequin-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman (dir.), *La loi & le genre, Etudes critiques de droit français*, CNRS éd., 2014, p. 339 et s., spéc. p. 351-352. Rappr. Anne Revillard, « Protection humiliante ou source de droits ? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes », *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 217 et s., p. 217 : « Du fait de la division sexuée du travail et des modalités d'attribution de la garde des enfants, les créanciers de pensions alimentaires et de prestations compensatoires sont essentiellement des femmes. Or cette redistribution des ressources peut faire l'objet d'interprétations diverses. Certes, elle peut être analysée comme "favorable" aux femmes en tant qu'elle facilite une forme d'autonomisation par rapport au lien conjugal (en contribuant à rendre financièrement possible l'existence hors du mariage). Cependant, dans la mesure où cette amélioration de la sécurité économique des femmes prend justement appui sur un partage des ressources de leurs ex-conjoints, ces mesures ne symbolisent-elles pas plutôt un maintien de la dépendance par rapport au lien conjugal, fondement essentiel de la subordination sociale des femmes ? »

<sup>46</sup> Au rebours de ce qui a pu être identifié comme une tendance juridictionnelle à ne pas tenir compte de la situation concrète des victimes en matière sexuelle : v. Lisa Carayon, Marie Dugué et Julie Mattiussi, « Réflexions autour du préjudice sexuel. Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre », art. préc., p. 2260 : « L'intensité et l'existence de la vie sexuelle antérieure ne sont vérifiées par les juridictions que de façon rarissime, même pour caractériser la perte du plaisir, de l'envie ou de la libido. La sphère atteinte semble trop intime pour que l'on s'y aventure très loin. Subjectif par essence, en raison de sa nature extrapatrimoniale, le préjudice sexuel voit donc sa réparation marquée *de facto* par une certaine objectivation : la souffrance de la victime est très largement présumée face à l'impossibilité de mener une vie sexuelle considérée comme normale. On note donc la spécificité de ce préjudice dont la matérialité est pour partie présumée ».

ne signifie pas exprimer son adhésion à leur égard.<sup>47</sup> Alors, le jugement lui-même pourrait se faire pratique critique, et révélateur des représentations genrées qui pèsent, trop souvent implicitement, sur les décisions de justice comme sur la vie quotidienne des femmes – et des hommes.

---

<sup>47</sup> Sans quoi la sanction de la Cour européenne des droits de l'homme semblerait, eu égard au précédent portugais, difficilement évitable : v. *supra* n° 5.

**KIM RUBENSTEIN**

*Oral history, gender and law*

---



***KIM RUBENSTEIN***

*Professor Kim Rubenstein is a Professor in the Law School at the Australian National University. She was the Director of its Centre for International and Public law from 2006-2015 and Inaugural Convenor of the ANU Gender Institute in 2011-2012 and Acting Convenor of the ANU Gender Institute for the first semester of 2016. She has been a Visiting Professor at Tel Aviv Law School where she teaches Citizenship Law in Context and in 2017-2018 she will be a Lady Davis Fellow at Hebrew University, Jerusalem.*

*Professor Rubenstein's expertise in citizenship law, through her book, scholarly articles and book chapters is of significance to other academic scholarship, teaching, as well as public policy. She was appointed a consultant to the Commonwealth of Australia in its redrafting of Australian citizenship legislation, resulting in the 2007 Act and later was a member of the Independent Expert Committee set up to review the Australian Citizenship Test that reported in 2008. In 2012 she was appointed an ANU Public Policy Fellow and was named in the first batch of Westpac '100 Women of Influence' Australian Financial Review awards for her work in public policy. In October 2013, she was awarded the*



*inaugural Edna Ryan award for 'leading feminist changes in the public sphere'.*

*Her present research involves engaging with concepts of active citizenship with the support of two Australian Research Council grants.*

*Her oral history Linkage Project on Trailblazing Women and the Law, with the National Library of Australia, the National Foundation for Australian Women, the Federal Court of Australia, the Family Court of Australia and the Australian Women Lawyers examines how the status of being a lawyer frames women's capacity to be active citizens. Her ARC Discovery Project on The Court as Archive examines the place of Superior Courts of Record within the context of public law and citizenship: Can current conceptualisations of the role of Chapter III courts be extended to deepen an understanding of their function as guardians and producers of the civic experience and expectations of the Australian litigants who come before them?*

## **INTRODUCTION**

This article considers the relationship between law and gender by sharing information about an oral history project analysing the experience of women lawyers in the public, civic space and women's experience of lawyering in Australia and of Australian lawyers working in the international context. The 'Trailblazing Women and the Law Project' (the Trailblazing Project) began as a pilot project with six interviewees who agreed to take part in 2010 with the National Library of Australia (NLA)<sup>1</sup>. In 2012, the pilot was expanded through the support of an Australian Research Council (ARC) linkage grant<sup>2</sup> with partners including the NLA, the National Foundation of Australian Women, the

---

\*See <https://law.anu.edu.au/people/kim-rubenstein>

<sup>1</sup> Some of the interviews are fully accessible online through the National Library of Australia's website and can be accessed: [[http://www.womenaustralia.info/lawyers/browse\\_oralhistories.html](http://www.womenaustralia.info/lawyers/browse_oralhistories.html)].

<sup>2</sup> Project Number LP 120200367: [<http://www.tbwl.esrc.unimelb.edu.au>].

Federal Court of Australia, the Family Court of Australia and Australian Women Lawyers.

The ARC Trailblazing Project built on the early narratives recorded in the pilot series with recordings of another forty-five interviews over three years. In addition to creating, showcasing and analysing the first publicly accessible, national, oral history of seven decades of Australia's pioneer, 'trailblazing', women lawyers, the Trailblazing Project brought together the disciplines of gender, oral history, biography, law and citizenship, social networks and cultural informatics and ePublication and women's history archiving<sup>3</sup>. One of its many outputs is an online exhibition extending the oral history project by adding to the 50 plus oral history collections, a further 300 plus biographical contributions of all the women who were nominated as possible interviewees for the oral history project, throughout the country.<sup>4</sup>

This article gives a description of the Trailblazing Project and the disciplinary and analytical breakthroughs it has sought to achieve. It argues that it is vital that the *diversity* of women lawyers' trailblazing experiences be recognised in research and public consciousness and that women lawyers' experiences are viewed as significant not only to the history of women's rights but to an understanding of active citizenship. In using the term 'citizenship', we are thinking of the practice of law in its many varied possible expressions, as embodied by solicitors, barristers and judges in public policy and law, business and law, by government lawyers at a domestic and international level and by parliamentary drafters, legal researchers and academics. Each of these roles exists as important parts of public life and 'civic activity', fitting within an understanding of citizenship as public civic participation.

These insights from the Australian experience may then be the basis for further comparative work on the experiences of women lawyers in other jurisdictions<sup>5</sup>, and

---

<sup>3</sup> My fellow Chief Investigators are Gavan McCarthy and Helen Morgan from the University of Melbourne whose expertise is in social networks and cultural informatics and ePublication and women's history archiving and who will mine the interviews developing research outcomes in those areas. Kevin Bradley is a Partner Investigator from the National Library of Australia who will be contributing substantial oral history expertise. Our Researcher/Coordinator Dr Nikki Henningham, also at the University of Melbourne also brings to the team great oral history expertise. We also benefitted from excellent research support from Larissa Halonkin and our PhD funded student Louise Baker who submitted her thesis Baker, L, 2017. 'Computational (Quantitative) Methods and Qualitative Data: Trailblazing Women and the Law,' A Thesis Submitted for the degree of Doctor of Philosophy, The Australian National University, Canberra, August 2017.

<sup>4</sup> See the *Australian Women Lawyers as Active Citizens* website: [<http://www.womenaustralia.info/lawyers/>].

<sup>5</sup> Oral history work has been done in the USA on Women Trailblazers in the Law: [[http://www.americanbar.org/groups/senior\\_lawyers/resources/women\\_trailblazers.html](http://www.americanbar.org/groups/senior_lawyers/resources/women_trailblazers.html)] and Norgren, J *Rebels at the Bar: The Fascinating, Forgotten Stories of America's First Women Lawyers* (2013) and in Canada See Mossman, M J, 2006. *The First Women Lawyers: A Comparative Study of Gender, the Law and Legal Professions*. Hart Publishing, Oxford, and Mossman, M J, 2008.

indeed in women lawyers' activities on the international law stage<sup>6</sup>, as an inspiration to future projects enlarging our thinking about gender and law on a domestic and international level.

### **THE TRAILBLAZING WOMEN AND THE LAW PROJECT**

During 2010-11 in collaboration with the NLA and with the support of the Australian National University, the pilot study of trailblazing women lawyers, sought to test the research focuses, scope and potential for a fully developed Trailblazing Project.

Women lawyers around the country nominated over 100 women trailblazers, as potential interviewees and this list was supplemented by local and national records, identifying leading women lawyers. During the pilot, complete life history recordings, totalling approximately 50 hours, were made with six trailblazing women lawyers: Valerie French (first woman to sign the Western Australian Bar Roll)<sup>7</sup>, Eve Mahlab (founder of Mahlab Recruitment, Liberal Feminist Network, and early WEL member and law reform lobbyist)<sup>8</sup>, Megan Davis (first Indigenous Australian woman appointed by the Australian Government to a permanent United Nations Body)<sup>9</sup>, Jane Mathews (first woman judge of the New South Wales Supreme Court and former Federal Court Judge)<sup>10</sup>, Rebecca Irwin (the first Australian woman to have a speaking advocacy role for Australia in an International Tribunal)<sup>11</sup> and Mary Hiscock (first full-time female academic and reader of Melbourne University Law School)<sup>12</sup>.

These interviewees represented the diversity desired to be examined in the overall Trailblazing Project in terms of age (61, 73, 35, 70, 39, 71 at the time of interview), ethnicity (Anglo-Australians, WW2 Austrian Jewish Refugee, Indigenous), geography (Queensland, Western Australia, Victoria, Queensland and New South Wales), legal community (Bar, Judiciary, Law Firm, Politics, International Law, Academia) and type

---

'Contextualizing Bertha Wilson' *The Supreme Court Law Review*, 41(2): 22. 'Oral History', 2011. Viewed 4 August: [[http://www.osgoodesociety.ca/oral\\_history\\_main.html](http://www.osgoodesociety.ca/oral_history_main.html)].

<sup>6</sup> As has been done in the context of the interview with Rosemary Kayess – see NLA catalogue [<https://catalogue.nla.gov.au/Record/6774757>] and Rubenstein, K, and Isaac, A, 2018. 'Oral history as empirical corrective – including women's experiences in international law' in Harris-Rimmer, S, and Ogg, K (eds) *Research Handbook on The Future of Feminist Engagement with International law*, Edward Elgar, forthcoming).

<sup>7</sup> French, V and Rubenstein, K, sound recording: [<https://catalogue.nla.gov.au/Record/4852444>].

<sup>8</sup> Mahlab, E and Rubenstein, K, sound recording: [<https://catalogue.nla.gov.au/Record/4970740>].

<sup>9</sup> Davis, M and Rubenstein, K, sound recording: [<https://catalogue.nla.gov.au/Record/4977921>].

<sup>10</sup> Mathews, J and Rubenstein, K, sound recording: [<https://catalogue.nla.gov.au/Record/5160658>].

<sup>11</sup> Irwin, R and Rubenstein, K, sound recording: [<https://catalogue.nla.gov.au/Record/5160662>].

<sup>12</sup> Hiscock, M and Rubenstein, K, sound recording: [<https://catalogue.nla.gov.au/Record/5632356>].

of legal role (Solicitor, Barrister, Judge, Entrepreneur, Lobbyist, International Advocate, Legal academic).<sup>13</sup>

The interview material was invaluable for developing the Trailblazing Project's framework. The histories, for instance, highlighted the methodological importance of treating oral histories as a text upon which to draw and to question, in departure from the traditional treatment in gender and law analyses of the narrative as primarily a source for compiling data on types of experience (e.g. of promotion or discrimination).<sup>14</sup>

With the pilot component completed, the Trailblazing Project commenced and over a three-year period a further 45 life recordings were made. The Trailblazing Project analysed the experiences of those interviewees recorded through innovative conceptual links between oral history, biography, citizenship and law. Ultimately these stories are showcased in the NLA's collection<sup>15</sup>, online through the Australian Women's Register in both the addition of these women to the Register and also through a dedicated online exhibition *Australian Women Lawyers as Active Citizens*.<sup>16</sup> The material has also led to scholarly articles and chapters in books<sup>17</sup> and is also being developed into a monograph with insights drawn from the project.

This large-scale application of oral history to the history and analysis of law as a social and political institution and in relation to gender is unprecedented in Australia. Oral history as a method of data capture is essential in our case because until now, as Conway<sup>18</sup> and Mossman<sup>19</sup> argue, the personal histories of pioneer women within the

---

<sup>13</sup> The interviews have been transcribed and time marked and subject to their release conditions are available to the public through different means. Two are immediately accessible through the NLA website, and others require specific permission from the interviewee for researchers outside our research project.

<sup>14</sup> See Kerwin, H and Rubenstein, K, 2011. 'Reading the Life Narrative of Valerie French, the First Woman to Sign the Western Australian Bar Roll' in Davis, F, Musgrove, N and Smart, J (eds) *Founders, Firsts and Feminists: Women Leaders in Twentieth-century Australia*, The University of Melbourne, Melbourne: 172.

<sup>15</sup> Subject to the restrictions interviewees impose on their release.

<sup>16</sup> See the *Australian Women's Register* website: [<http://www.womenaustralia.info>].

<sup>17</sup> See Damousi, J, Rubenstein, K, Tomsic, M, (eds) *Diversity in Leadership: Australian women, past and present*, ANU Press, ACT, 2014: [<http://www.tbwl.esrc.unimelb.edu.au/outcomes/publications/>] including Rubenstein, K, 2016. 'In her own voice: oral (legal) history's insights on gender and the spheres of public law', in Rubenstein, K, and Young, K (eds) *The Public Law of Gender*, Cambridge University Press, Rubenstein, K, 2018. 'Adding in their Voices: Oral History and Australia's first women law professors', in Schultz, U (ed) *Gender and Careers in the Legal Academy* (forthcoming), Rubenstein, K, and Isaac, A, 2018. 'Oral history as empirical corrective – including women's experiences in international law', in Harris-Rimmer, S, and Ogg, K (eds) *Research Handbook on The Future of Feminist Engagement with International law*, Edward Elgar, (forthcoming).

<sup>18</sup> Conway, J K, 1999. *When Memory Speaks: Reflections on Autobiography*. Alfred A. Knopf: New York.

<sup>19</sup> Mossman, M J, 2006. *The First Women Lawyers: A Comparative Study of Gender, the Law and Legal Professions*. Hart Publishing, Oxford.

professions have not only been silenced officially but have been precluded from informal discussion. In this sense, the methodology is novel and restorative, allowing for a clawing back of subjectivity for participants within the legal context. However, in practicing oral history, the Trailblazing Project has transcended and complicated the traditional disciplinary conception of oral history as a scholarly ‘panacea designed to fill in the blanks in... women’s history’ or provide a ‘purer version of the past coming unadulterated from the very person who experienced it’<sup>20</sup>. Instead, interviews have been treated as accounts of subjective experience, telling us far more than the recounted facts. As Daley writes, ‘what women remember and retell, and how they retell it, tells us much about their individual experiences and their understanding of their cultural place with their community’.<sup>21</sup>

This method targets the dual aims for the interviews to elevate trailblazers in public memory and enable critical research of their diverse experiences. By exploring the merits of this ‘post-structural turn’ on oral history, the Trailblazing Project also foregrounds the storytelling of legal practitioners as an important method of legal research, responding to parallel, ‘ethno-historical’ research approaches which advocate the uniqueness of legal participants’ stories to revealing the contours of law as a social institution.<sup>22</sup> Fundamentally, this work forms a new empirical basis for theorising the value of oral history to legal research.

This research responds directly to the diversity in the trailblazer population by first recording and then intricately detailing the difference and consistency of trailblazers’ experiences across the nation, and profession. By positing diversity as a core tenet of the research, the Trailblazing Project also produced strong, detailed, new data of the degree and meaning of difference in the trailblazing community. This analysis allows us to comprehensively interrogate the impact of different causal factors on the gendered experiences of these women. As Mossman has written of women in the Canadian legal system, ‘the ‘glass ceiling’ was often experienced by minority women as a ‘steel door’.<sup>23</sup>

This analysis of trailblazing diversity produces meaningful insights into the changing demography and culture of the legal profession more generally. In this sense, tracking change and consistency in the trailblazer population also yields new knowledge and valuable data on what reform strategies and professional eras, for example, have been

---

<sup>20</sup> Sangster, J, 1994. ‘Telling Our Stories: Feminist debates and the use of oral history’ *Women’s History Review*, 3(1):7.

<sup>21</sup> Daley, C, 1998. “‘He would know, but I just have a feeling’”: Gender and Oral History’ *Women’s History Review* 7(3): 344.

<sup>22</sup> Starr and Collier, 1987. ‘Historical Studies of Legal Change’ *Current Anthropology* 28(2): 367.

Ewick, P and Silbey, S, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. University of Chicago Press, Chicago.

<sup>23</sup> Mossman, MJ, above n 19, 4.

influential in opening types of legal practice to women lawyers. Revealing these internal features of pioneer progress can inform future reform strategies. Giving voice to this difference is also essential from an inclusive history-making perspective, and to specifically counteracting the homogenisation and neglect of minority women's experiences in Australian feminist history.<sup>24</sup> Close attention has been paid to repeated narratives in the stories, with the intention of expanding Conway's thesis that collective readings of pioneer women's memoirs reveal deep, gendered, continuities in narrative style and self-representation.<sup>25</sup>

The significance of these kinds of connections (e.g. political or familial) has also, been analysed. This work advances both the available research sources and analytical treatment of the impact of networks in professional cultures, providing, for example, broader and more detailed answers to suggestions that women lawyer's networks have been perceived as a mixed blessing by women in different legal, professional eras and roles (Hunter, 2003b; Rhode, 2002). It also, significantly increases our understanding of how and when 'networking' in law works and why. In the Pilot Trailblazing Project, for instance, networks were discussed in the context of uniquely legal professional issues – enabling, for example, Valerie French to navigate the difficult terrain of pregnancy in a 'firm environment'.<sup>26</sup>

The aim was to ensure that by combining a cross-section of disciplinary questioning to build a national consciousness of women lawyers, the Trailblazing Project will explode the detrimental and well-noted silence surrounding the first women of law in Australia. By recording and analysing these unheard narratives, the Trailblazing Project tapped into and broadcast the wealth of experience possessed by living trailblazers to inform the way we think about gender and law as a frame for thinking about public participation and citizenship in Australia.

#### **TRAILBLAZING WOMEN LAWYERS AND ACTIVE CITIZENSHIP**

Women lawyers stand at the professional forefront of women's participation in Australian civic life. As Mossman (2006: 14) wrote of the first women lawyers in the late nineteenth and early twentieth centuries, while 'the role of women doctors could be explained as an extension of women's roles in the 'private sphere'; by contrast, women lawyers were clearly 'intruding on the public domain explicitly reserved to men.' In this sense, they became active citizens. While as identified above, the term 'citizenship' has multiple meanings, having a legal sense, a political sense, and in talking about rights and as a way of marking one's identity, the project draws from a

---

<sup>24</sup> Behrendt, L, 1993. 'Aboriginal Women and the White Lies of the Feminist Movement: Implications for Aboriginal Women in Rights Discourse' *Australian Feminist Law Journal* 1: 27; Blair, N, 1993. 'Living in the Circle and Thinking inside the Square' in Pickering, S and Lambert, C (eds) *Global Issues: Women and Justice*. University of Sydney Institute of Criminology, Sydney.

<sup>25</sup> Conway, J K, above n 18.

<sup>26</sup> Kerwin, H and Rubenstein, K, above n 4; Thornton, M, 1996. *Dissonance and Distrust*, OUP, Melbourne.

range of these meanings in thinking about women and participation, women and rights, and women and their identity in the law and as lawyers.

This ‘intrusion’ into the legal profession is far from complete and the last 100 years has seen many new women pioneers at the ‘rolling frontier’ of the Australian legal profession, as they enter previously male-only areas of practice, adopt new ways of practicing, take up elite legal positions and enter the profession from increasingly diverse socio-political, ethnic and religious backgrounds. Nevertheless, as I have previously written, Australia is far from achieving an equality of women’s participation in the legal landscape and is still working towards full citizenship for women in the civic legal world.<sup>27</sup>

The position of trailblazing women lawyers is exceptional, important and groundbreaking, however many of the women we interviewed - despite being well known in their field - were not mentioned in many public records. We do not have a historical picture of women’s experiences upon first entering the legal profession. Written references to this knowledge gap abound over the last decade of research, as smaller or anonymous studies have begun work on women lawyers. In 2003, for example, Rosemary Hunter prefaced her Australian contribution to the International collection *Women in the World’s Legal Profession* by stating ‘there has been only limited research on the gender dimension of the legal profession [and] the following statistics reflect the paucity of available data on women in the legal profession in Australia’ (Hunter, 2003a: 89).

Beyond this overarching knowledge gap there were three specific areas of enquiry where the Australian picture of legal women was sparse, but especially important. First, the diversity of women lawyers’ trailblazing experiences is recognised in research and public consciousness. While there are existing biographies of the very first women lawyers in most states, such as Joan Rosanove QC (Carter, 1970) and Dame Roma Mitchell (Magarey, 2002), these women shared, almost without exception, ‘the dominant characteristics of ethnicity, class, sexuality and able-bodiedness’ (Thornton, 1996:3). A much more demographically complex picture of trailblazing exists in the otherwise unheard stories of women trailblazers across generations, jurisdictions, practices and ethnic, marital and religious statuses. As Larissa Berendt, a trailblazing Indigenous lawyer explains, ‘Indigenous women have had and will continue to have different roles to that of non-Indigenous women [who were] ... expected to stay at home [and were] economically dependent on [their] spouse’ (Behrendt in Blair, 1993:120). Tracing these differences in women lawyers’ experiences is essential to responding to the hypotheses (Hunter, 2002; Thornton, 1996; Rhode 2002; Mossman, 2006) that pioneer women lawyers’ lives are heavily contoured by their professional and social backgrounds, to contradicting the traditional presentation and study of women as a

---

<sup>27</sup> Rubenstein, K, 2008. ‘From Suffrage to Citizenship: A Republic of Equals’ *Dymphna Clark Annual Lecture*, 29 March: [<http://manningsclark.org.au/papers/suffrage-citizenship-republic-equals>].

unitary class and to ultimately opening new ways to move towards an equality of citizenship in the legal profession.

Secondly, before this project, we lacked any detailed national, academic, study of the *connections between trailblazers* and to *other organisations* through professional, familial or social associations. Many of the stories of trailblazing in Australia, particularly in individual biographies have emphasised the singular, non-strategic elements of pioneer women's successes (Conway, 1999). However, Hunter's (2003b) research into the Victorian Women Barrister's Association, the discoveries of the Australian Women's Archives Project (Henningham, 2011) and the Trailblazing Project suggest that trailblazing women lawyers do not work alone, but in detailed networks.

Thirdly, even internationally, there 'have been few scholarly efforts until quite recently... to see women lawyers as significant to the history of women's rights and also to the history of legal professionalism' (Mossman, 2006: 9). The *Australian Women and Leadership in a Century of Australian Democracy* (LP1002000304PLS) project touched on the citizenship aspect of legal practice through the notion of leadership. During the Pilot Trailblazing Project our work intersected with the 'Women and Leadership project' and we continue to collaborate across this point of commonality, (eg., Kerwin and Rubenstein, 2011; 2012) however the gamut of lawyering experiences we covered and the impact of trailblazing women lawyers extend beyond that project's core focus.

## CONCLUSION

Life narratives are a valuable way to better understand questions around active citizenship and in the context of this collection, a unique way to examine the relationship between gender and law. Women lawyers' vital and active role in the public civic space assists us to better appreciate gendered aspects of law and law's impact on gender. The insights from the Australian experience could generate further comparative work on the experiences of women lawyers in other jurisdictions<sup>28</sup> and indeed in women lawyers' activities on the international law stage<sup>29</sup>, as an inspiration to future projects enlarging our thinking about gender and law on a domestic and international level.

---

<sup>28</sup> Oral history work has been done in the USA on Women Trailblazers in the Law: see [http://www.americanbar.org/groups/senior\\_lawyers/resources/women\\_trailblazers.html](http://www.americanbar.org/groups/senior_lawyers/resources/women_trailblazers.html) and Norgren, J *Rebels at the Bar: The Fascinating, Forgotten Stories of America's First Women Lawyers* (2013) and in Canada See Mossman, M J, 2006. *The First Women Lawyers: A Comparative Study of Gender, the Law and Legal Professions*. Hart Publishing, Oxford, and Mossman, M J, 2008. 'Contextualizing Bertha Wilson' *The Supreme Court Law Review*, 41(2): 22. 'Oral History', 2011. Viewed 4 August, [http://www.osgoodesociety.ca/oral\\_history\\_main.html](http://www.osgoodesociety.ca/oral_history_main.html).

<sup>29</sup> As has been done in the context of the interview with Rosemary Kayess – see NLA catalogue and cite for piece with Ann Isaac.



## REFERENCES

- American Bar Association, Women Trailblazers in the Law: [http://www.americanbar.org/groups/senior\\_lawyers/resources/women\\_trailblazers.html](http://www.americanbar.org/groups/senior_lawyers/resources/women_trailblazers.html)
- Bagnal, W, 2001. 'The Women's Oral History Project at Columbia Law School' *Columbia Journal of Gender and Law* 10(2): 163.
- Behrendt, L, 1993. 'Aboriginal Women and the White Lies of the Feminist Movement: Implications for Aboriginal Women in Rights Discourse' *Australian Feminist Law Journal* 1: 27.
- Blair, N, 1993. 'Living in the Circle and Thinking inside the Square' in Pickering, S and Lambert, C (eds) *Global Issues: Women and Justice*. University of Sydney Institute of Criminology, Sydney.
- Brockman, J and Chunn, D, 2002. "'A New Order of Things': Women's Entry into the Legal Profession in British Columbia" 60(3) *Advocate* 385.
- Burgess, J, Klaebe, H & McWilliam, K, 2010. 'Mediatisation and Institutions of Public Memory: Digital Storytelling and the Apology' *Australian Historical Studies* 41(2): 149.
- Carter, I, 1970. *Woman in a Wig: Joan Rosanove QC*. Lansdowne Press, Melbourne.
- Cass, D and Rubenstein, K, 1995. 'Representation/s of Women in the Australian Constitutional System' *Adelaide Law Review* 17: 3.
- Cth Parliament, 1998. *Gender Bias and the Judiciary: Report by the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs*. Australian Parliament, Canberra.
- Conway, J K, 1999. *When Memory Speaks: Reflections on Autobiography*. Alfred A. Knopf: New York.
- Cuneen, et al, 1995. *Law in Australian Society Oral History Project* [sound recording].
- Daley, C, 1998. "'He would know, but I just have a feeling": Gender and Oral History' *Women's History Review* 7(3): 343.
- Davis, M and Rubenstein, K. 2010. 'Megan Davis interviewed by Kim Rubenstein for the Trailblazing women and the law pilot oral history project' [sound recording], <http://trove.nla.gov.au/work/38072298>.
- Ewick, P and Silbey, S, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. University of Chicago Press, Chicago.
- French, V and Rubenstein, K. 2010. 'Valerie French interviewed by Kim Rubenstein for the Trailblazing women and the law pilot oral history project' [sound recording], <http://trove.nla.gov.au/work/37397954>
- Harrington, M. 1994. *Women Lawyers: Rewriting the Rules*. A.A Knopf, New York.
- Henningham, N, 2011. 'Margaret Cooper: Feminist and Disability Activist' in Davis, F, Musgrove, N and Smart, J (eds) *Founders, Firsts and Feminists: Women Leaders in Twentieth-century Australia*, The University of Melbourne, Melbourne: 261.
- Hiscock, M and Rubenstein, K, 2011. 'Mary Hiscock interviewed by Kim Rubenstein for the Trailblazing women and the law pilot oral history project' [sound recording]. <http://trove.nla.gov.au/work/156083755>.
- Hunter, R, 2002. 'Talking up Equality' *Feminist Legal Studies* 10: 113.
- Hunter, R, 2003a. 'Women in the Legal Profession: The Australian Profile' in Schultz, U and Shaw, G (eds) *Women in the World's Legal Profession*. Hart Publishing, Oxford: 87
- Hunter, R, 2003b. 'Women Barristers and Gender Difference' in Schultz, U and Shaw, G (eds) *Women in the World's Legal Profession*. Hart Publishing, Oxford: 103.
- Hunter, R and McElvie, H, 1998. *Equality of Opportunity for Women at the Victorian Bar*. Victorian Bar Council, Melbourne.
- Irwin, R and Rubenstein, K. 2011. 'Rebecca Irwin interviewed by Kim Rubenstein for the Trailblazing women and the law pilot oral history project' [sound recording], <http://trove.nla.gov.au/work/150970049>.
- Kerwin, H and Rubenstein, K, 2011. 'Reading the Life Narrative of Valerie French, the First Woman to Sign the Western Australian Bar Roll' in Davis, F, Musgrove, N and Smart, J (eds) *Founders, Firsts and*

- Feminists: Women Leaders in Twentieth-century Australia*, The University of Melbourne, Melbourne: 172.
- Kirby, M, 2002. 'Women in the Law – What Next?' *Feminist Legal Studies* 10:113.
- Magarey, S 2002. *Dame Roma: Glimpses of a Glorious Life*. Axiom Publishing, Adelaide.
- Mahlab, E and Rubenstein, K, 2010. 'Eve Mahlab interviewed by Kim Rubenstein for the Trailblazing women and the law pilot oral history project' [sound recording ] viewed May 2013, <http://trove.nla.gov.au/work/37954372>.
- Mahoney, K and Dixon, M, 1994. *Disadvantaged Lawyers: Women in the Legal System*. UWA Law School, Perth.
- Mathews, J and Rubenstein, K. 2011. 'Jane Mathews interviewed by Kim Rubenstein for the Trailblazing women and the law pilot oral history project' [sound recording], <http://trove.nla.gov.au/work/150970048>.
- McCarthy, G, 2007. 'Mapping the socio-technical complexity of Australian science: from archival authorities to networks of contextual information' *Journal of Archival Organization* 5(1): 149.
- Mossman, M J, 2006. *The First Women Lawyers: A Comparative Study of Gender, the Law and Legal Professions*. Hart Publishing, Oxford.
- Mossman, M J, 2008. 'Contextualizing Bertha Wilson' *The Supreme Court Law Review*, 41(2): 22.
- 'Oral History', 2011. Viewed 4 August, [http://www.osgoodesociety.ca/oral\\_history\\_main.html](http://www.osgoodesociety.ca/oral_history_main.html)
- Patterson, A, 2006. *Bendable or Expendable: Practices and Attitudes towards Work Flexibility in Victoria's Biggest Legal Employers*, Law Institute of Victoria: Melbourne.
- Norgren, J *Rebels at the Bar: The Fascinating, Forgotten Stories of America's First Women Lawyers* (2013)
- Purdon, S and Rahmetula, A, 2005. *A Woman's Place: 100 years of Queensland Women Lawyers*. Supreme Court of Queensland, Brisbane.
- Rhode, D L, 2002. 'Gender and the Profession: The No Problem Problem' *HOFSTRA Law Review* 30: 1001.
- Rubenstein, K, 2000. 'Citizenship and the Centenary: Inclusion and Exclusion in 20th Century Australia' *Melbourne University Law Review* 24: 576.
- Rubenstein, K, 2017. *Australian Citizenship Law*, LawBook Co, Pyrmont.
- Rubenstein, K, 2008. 'From Suffrage to Citizenship: A Republic of Equals' *Dymphna Clark Annual Lecture*, 29 March. Viewed 4 August 2011, <http://manningclark.org.au/papers/suffrage-citizenship-republic-equals>.
- Sangster, J, 1994. 'Telling Our Stories: Feminist debates and the use of oral history' *Women's History Review*, 3(1):5.
- Starr and Collier, 1987. 'Historical Studies of Legal Change' *Current Anthropology* 28(2): 367.
- 'The Project', 2011. [http://www.americanbar.org/groups/senior\\_lawyers/pages/oralhistory.html](http://www.americanbar.org/groups/senior_lawyers/pages/oralhistory.html)
- Thornton, M, 1996. *Dissonance and Distrust*, OUP, Melbourne.
- Thornton, M, 2007. 'Otherness on the bench: How Merit is Gendered' *Sydney Law Review* 29: 391.
- Thornton, M and Bugust, J 2007. 'The Gender Trap: Flexible Work in Corporate Legal Practice' *Osgoode Hall Law Journal* 45: 773.

**BENJAMIN MORON-PUECH**

*Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes*  
*Une nouvelle « mutilation juridique » par la Cour de cassation ?<sup>1</sup>*

---



***BENJAMIN MORON-PUECH***

*Benjamin Moron-Puech, maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, travaille sur la question intersexe en droit depuis 2009, question dont il traite notamment sur son carnet de recherche [sexandlaw.hypotheses.org](http://sexandlaw.hypotheses.org).*

*Après un mémoire consacré aux personnes intersexuées en droit, il a notamment publié en article prospectif intitulé *Le droit des personnes intersexuées, chantiers à venir* (en libre accès).*

*Soucieux de produire une recherche au service de la société, il met fréquemment sa recherche au service des institutions publiques qui l'auditionnent (Sénat, Défenseur des droits, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe). En outre, il travaille en lien avec la communauté intersexe. Ainsi, il a assisté*

---

<sup>1</sup> L'auteur tient à remercier A. Dejean de la Bâtie, Clément Cousin, Lucie Dupin, Lisa Carayon et Marie Mercat-Bruns pour leur relecture et/ou leurs conseils avisés. Que la personne concernée par la présente affaire soit également remerciée pour nous avoir permis d'accéder à divers documents de la procédure afin d'avoir une idée plus précise des faits de l'affaire et des différents arguments échangés. Enfin que l'avocat général Croizier et M<sup>e</sup> Périer soient remerciés pour nous avoir permis de diffuser leurs observations orales à l'audience.

A titre de déclaration de conflit d'intérêts, l'auteur indique qu'il est intervenu bénévolement dans l'affaire commentée afin de mettre à l'épreuve ses hypothèses de recherche quant à l'illégalité des actes médicaux de conformation sexuée.

*pendant plusieurs années l'Organisation internationale intersexe (OII), avant de cofonder avec des juristes et des personnes intersexuées, l'association GISS | Alter Corpus, une association qui a pour objectif de faire respecter les droits fondamentaux des personnes intersexuées, par la voie du dialogue avec les pouvoirs publics, mais aussi des procès.*

*Il s'intéresse également depuis peu à la question sourde, laquelle présente de nombreux points communs avec la question intersexe.*

Le 6 mars 2018, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans une formation exclusivement composée d'hommes – la seule femme était une greffière dénommée « greffier » dans la décision<sup>2</sup> –, s'est prononcée dans une affaire pénale ayant trait à la question de la licéité des actes médicaux subis par les personnes intersexuées pour les conformer aux standards dominants du masculin et du féminin<sup>3</sup>. Même si l'arrêt ne se prononce pas sur la licéité de ces actes médicaux de conformation sexuée et ne prend dès lors pas partie sur leur qualification de violences mutilantes défendue par les personnes concernées<sup>4</sup>, quelques universitaires<sup>5</sup> et des normes internationales<sup>6</sup> ou

---

<sup>2</sup> Cf. *infra* note 95.

<sup>3</sup> En effet, à partir des années 1950 se sont développées en France des pratiques médicales visant à faire disparaître l'intersexuation des corps au motif que les personnes concernées avaient des « malformations » et qu'il fallait les aider à s'adapter à la société binaire où elles évoluaient.

<sup>4</sup> S. Caillat et V. Guillot, « Nous, les intersexes, voulons qu'on laisse nos corps tranquilles », *Rue89*, 24 août 2013, <<https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-questions-de-genre/20130824.RUE8298/nous-les-intersexes-voulons-qu-on-laisse-nos-corps-tranquilles.html>> ; Collectif intersexe et Allié.e.s, *Manifeste de lancement*, 8 nov. 2016, <https://collectifintersexesetalliees.org/accueil/>.

<sup>5</sup> Not. B. Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de Master II, D. Fenouillet (dir), Université Paris II – Panthéon-Assas, Banque de mémoires, 2010, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c-462b-8283-cb99a843f1d2>, n<sup>os</sup> 67 et s. ; M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, limite de l'usage économique du corps, thèse sous la dir. de V. Champeil-Desplats, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, n<sup>o</sup> 557, p. 529 ; B. Moron-Puech, « Le droit de personnes intersexuées. Chantiers à venir. 2<sup>e</sup> partie », *La Revue des droits de l'homme*, n<sup>o</sup> 11, 2017, note 54.

<sup>6</sup> ONU, Comité des droits de l'enfant, Observations finales sur le deuxième rapport périodique de l'Afrique du Sud, 26 oct. 2016, CRC/C/ZAF/CO/2, § 39-40 ; ONU, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales sur les quatrième et cinquième rapports combinés de la Suisse*, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, 25 nov. 2016, § 24-25 ; Union Européenne, Parlement Européen, *Résolution sur la promotion de l'égalité des genres en matière de santé mentale et de recherche clinique*, n<sup>o</sup> 2016/20196(INI), 14 févr. 2017, cons. BC et § 61.

internes de droit souple<sup>7</sup>, il n'en constitue pas moins un fait social important. Cette décision est en effet à notre connaissance la première décision pénale d'une juridiction supérieure, tant en France que dans le monde<sup>8</sup>, à concerner les actes de conformation sexuée subis un peu partout dans les pays développés par les personnes intersexuées<sup>9</sup>. Malgré ce caractère historique, cette décision est à ce jour passée totalement inaperçue faute de médiatisation par la Cour de cassation elle-même ou des médias tiers. Compte tenu de l'objet de ce numéro, ce commentaire fera toute sa place au concept de genre et, suivant une méthodologie déjà éprouvée<sup>10</sup>, il s'agira de rechercher si le *système de genre*<sup>11</sup> dans lequel évoluent les magistrats a pu ici influencer voire biaiser leur décision.

En l'espèce, les magistrats de la chambre criminelle étaient saisis du cas d'une personne intersexuée, née en 1977 et qui, comme la majorité des personnes dont l'intersexuation avait été à l'époque identifiée par les professionnels de santé, avait subi des actes de conformation sexuée. Ces interventions avaient ainsi permis d'assigner un marqueur de sexe féminin à cet enfant, un an après sa naissance, conformément aux règles consignées dans l'instruction générale de l'état civil alors en vigueur et reprises aujourd'hui au § 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative à l'état civil. À cette fin, cette personne avait notamment été chirurgicalement castrée dans sa jeune enfance

---

<sup>7</sup> Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT, *Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT*, 21 déc. 2016, <[http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2017/01/plan\\_de\\_mobilisation\\_contre\\_la\\_haine\\_et\\_les\\_discriminations\\_anti-lgbt\\_dilcrah.pdf](http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2017/01/plan_de_mobilisation_contre_la_haine_et_les_discriminations_anti-lgbt_dilcrah.pdf)>.

<sup>8</sup> Seules à ce jour ont été à notre connaissance introduites des actions civiles. Tel est le cas en Allemagne (OLG Cologne, 3 sept. 2008, n° 5 U 51/18,

<[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2008/5\\_U\\_51\\_08beschluss20080903.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2008/5_U_51_08beschluss20080903.html)> ; LG Nuremberg-Fürth, 17 déc. 2015, no 4 O 7000/11,

<<https://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/n/presse/archiv/2015/05075/index.php>>) et aux États-Unis où elle s'est soldée par une transaction (<<https://www.news.com.au/lifestyle/health/health-problems/mc-crawford-wins-legal-battle-over-intersex-surgery/news-story/453e822281e6e7598202110946018b13>>).

<sup>9</sup> Ces opérations peuvent aussi avoir lieu dans les pays moins développés économiquement lorsque les médecins du pays du Nord se déplacent dans les pays du Sud. Cf. C. Kraus, « "Garçons sous-virilisés" et "filles élevées en garçons". Enquête sur la prise en charge des variations du développement du sexe dans des missions chirurgicales en Afrique de l'Ouest », *Socio*, vol. 9, p. 107-142.

<sup>10</sup> Cf. les travaux du groupe REGINE, en particulier S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), « Introduction générale », *La loi & le Genre. Études critiques de droit français*, CNRS éditions, 2014.

<sup>11</sup> L'expression est inspirée de celle « système sexe / genre » proposée dans G. Rubin, « The Traffic in Women : Notes on the 'political economy' of sex » in Rayna R. Reiter (dir.), *Toward an Anthropology of Women*, New York and London, Monthly Review Press, 1975 : p. 157-210. Cf. la traduction de N.-C. Mathieu avec la collaboration de G. Pheterson : G. Rubin, « L'économie politique du sexe : transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », *Les cahiers du CEDREF*, vo. 7, 1998, p. 3-81. Pour cette auteure, ce système est « un ensemble de dispositions par lesquelles le matériel biologique brut du sexe et de la procréation est façonné par l'intervention humaine, sociale, et satisfait selon des conventions, aussi bizarres que puissent être certaines d'entre elles. » Sur cette expression et ses limites, cf. N. Marignier, « La mémoire des concepts : le 'système sexe/genre' », *Corps et mots. Discours, sexes et genre*, <<https://corpsmots.hypotheses.org/212>>.

puis, à l'âge de 6 ans, fait l'objet d'une réduction de son « clitoris » et d'un agrandissement de la cavité vaginale, opérations dont l'on imagine sans peine, à l'aune des témoignages similaires que l'on peut trouver dans la littérature scientifique ou dans des rapports publics<sup>12</sup>, le caractère traumatisant qu'elles ont pu avoir pour cette personne. Parvenue à l'âge adulte, cette personne intersexuée avait reçu de professionnels de santé un courrier qui ne lui était pas destiné bien qu'il comprît des éléments sur son état de santé. La lecture de ce courrier lui révéla qu'elle était une personne intersexuée dont l'intégrité physique avait été violée par le corps médical ayant construit pour elle des organes sexuels féminins. Jusque-là, en effet, cette personne n'avait guère conscience de ne pas avoir un sexe féminin, compte tenu de la réticence dolosive voire des mensonges de la communauté médicale à l'égard de ses parents et d'elle-même. Rappelons ainsi que la prise en charge de l'intersexuation conduisait à l'époque les professionnels de santé à taire aux personnes concernées et souvent aussi à leurs parents la réalité de cette intersexuation et l'absence de but thérapeutique des actes réalisés. Quatorze années après cette interception de son dossier médical et le choc qu'a dû être pour elle la prise de conscience de son intersexuation, cette personne se résolut à rencontrer un psychologue pour tenter de se reconstruire psychologiquement. C'est semble-t-il à cette occasion qu'elle fut en mesure de se penser comme une personne intersexuée et de s'assumer comme telle. C'est cela qui, l'année d'après, en 2015, la conduisit à chercher une reconnaissance par l'État des violences subies et à introduire une plainte sur le fondement de l'article 222-10 du code pénal, texte réprimant les violences aggravées ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente.

Ces espoirs de reconnaissance n'aboutirent guère, la plainte n'étant pas instruite en raison d'une ordonnance de refus d'informer du juge d'instruction en date du 21 avril 2016, ordonnance confirmée par un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Angers en date du 8 février 2017. L'argument motivant ce refus d'informer fut la prescription de l'action publique. En effet, initialement, la victime et ses conseils avaient cru pouvoir se fonder sur l'article 7 alinéa 3 tel que modifié par la loi du 4 avril 2006 et donc pouvoir agir jusqu'au trente-huitième anniversaire de la victime (prescription de vingt ans avec une suspension pendant la minorité). C'était cependant oublier, comme le leur rappela le juge d'instruction, l'article L. 112-2, 4° du code pénal. Ce texte prévoit que les lois sur la prescription ne sont d'application immédiate que si la prescription n'est pas acquise. Or, en l'espèce, pour l'infraction de violences

---

<sup>12</sup> C. Krauss *et al.*, « À qui appartient nos corps ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 27, n° 1/2008 ; T. Jones T *et al.*, *Intersex. Stories and Statistics from Australia*, OpenBook Publishers, 2016, <<http://oii.org.au/wp-content/uploads/key/Intersex-Stories-Statistics-Australia.pdf>> ; J. M. DuBois et A. S. Iltis (dir.), *Normalizing intersex. Voices*, John Hopkins University Press, 2016,

<[http://www.nibjournal.org/news/documents/Voices\\_2016\\_INTERSEX\\_FINAL.pdf](http://www.nibjournal.org/news/documents/Voices_2016_INTERSEX_FINAL.pdf)> ; Sénat, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances, *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, n° 441, 23 févr. 2017, p. 148-157.

mutilantes seule visée par la plainte<sup>13</sup>, cela impliquait une prescription de seulement dix années qui, malgré le report jusqu'à la majorité se trouvait acquise. Pour tenter de contourner cette difficulté, la victime et ses conseils invoquèrent une cause de suspension de la prescription, à savoir l'existence d'un obstacle insurmontable. La cour d'appel écarta néanmoins l'argument au motif que l'absence de connaissance par la plaignante de son intersexuation jusqu'aux années 2000 ne constituait pas un obstacle insurmontable. La cour d'appel estima en effet que la plaignante avait connaissance d'avoir été opérée depuis son enfance d'une part et pouvait en savoir davantage sur cette opération *via* une consultation de son dossier médical d'autre part. C'est contre cette décision de refus d'informer que la personne intersexuée se pourvut en cassation, en invoquant non seulement la violation de l'article 7 du code de procédure pénale relatif à la prescription de l'action publique, mais aussi de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, article qui protège entre autres le droit d'accès au juge.

Au cœur du pourvoi se trouvaient donc deux questions. La première portait sur le point de savoir si le mensonge de l'institution médicale dont elle avait fait l'objet pouvait caractériser un obstacle insurmontable. Dans la négative, se posait alors une seconde question concernant la conformité de ce refus d'informer avec le droit d'accès à un tribunal posé par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

La Cour de cassation va répondre négativement à la première question, en estimant qu'en l'espèce aucun obstacle insurmontable ne pouvait être caractérisé dès lors que la partie civile avait été, « *dans le délai de la prescription de l'action publique, en mesure de connaître tant la réalité que la finalité des interventions chirurgicales subies et des traitements suivis* ». Puis, laissant sans réponse la deuxième question posée par le moyen, elle va rejeter le pourvoi.

Si cet arrêt n'est pas d'un très grand intérêt pour la dogmatique juridique, compte tenu à la fois de sa faible diffusion et du refus de la Cour d'y renouveler la notion d'obstacle insurmontable, il est en revanche très intéressant dans une perspective de sociologie juridique. L'analyse de cet arrêt permet en effet de mettre à jour comment une vision binaire et inégalitaire du genre conduit les magistrats à adopter un raisonnement biaisé, aboutissant au refus de mise en mouvement de l'action publique et donc au

---

<sup>13</sup> Une autre solution aurait pu être retenue si la plainte avait visé l'infraction de viol. En effet, il aurait alors été possible à la victime de se prévaloir de la loi du 9 mars 2004 ayant prévu une prescription de vingt ans pour les infractions mentionnées à l'article 706-47 du code de procédure pénale, infractions parmi lesquelles figure le viol d'un mineur. Or, en l'espèce, cette infraction aurait pu être caractérisée à propos des actes de « bougirrages » mentionnés dans le dossier médical de la personne. Pour mémoire, le bougirrage désigne les actes de dilatation vaginale prescrits par les médecins et réalisés à l'aide d'un dispositif médical qualifié de bougie.

maintien de cette « barbarie hospitalo-tolérée qu'est la mutilation des intersexes »<sup>14</sup>. En effet, comme cela sera montré dans un premier temps, la Cour de cassation pouvait rendre une décision autre sur la prescription de l'action publique, à savoir retenir l'existence d'un obstacle insurmontable (I). Comme nous le verrons dans un second temps, s'il n'en a pas été ainsi c'est probablement en raison de biais liés à l'emprise sur les magistrats d'un système de genre binaire et inégalitaire (II).

### I. LE REJET DISCUTABLE DE L'ABSENCE D'OBSTACLE INSURMONTABLE

La décision de la Cour de cassation de ne pas considérer qu'existait en l'espèce un obstacle insurmontable peut être discutée sur plusieurs terrains. D'une part, cette décision peut être contestée au regard de la jurisprudence rendue ces dernières années par la Cour de cassation sur la notion d'obstacle insurmontable. L'analyse de ces décisions laisse en effet apparaître qu'une autre solution pouvait en l'espèce être retenue (A). D'autre part, la décision fait fi de l'argument du droit européen auquel la Cour ne daigne pas répondre. Or, la prise en compte de celui-ci conduit à penser qu'une autre solution aurait dû être retenue (B).

#### A. La possibilité de caractériser un obstacle insurmontable

Avant de montrer comment est-ce qu'en application de la jurisprudence de la chambre criminelle un obstacle insurmontable aurait pu être ici caractérisé (2), il importe au préalable de rappeler cette jurisprudence, en particulier car la notion même d'obstacle insurmontable ne semble guère avoir été à ce jour travaillée systématiquement<sup>15</sup> (1).

##### 1. La notion d'obstacle insurmontable dans la jurisprudence de la chambre criminelle

La chambre criminelle de la Cour de cassation, à laquelle seule nous nous intéresserons<sup>16</sup>, a développé depuis d'assez nombreuses années une jurisprudence permettant de suspendre le cours de la prescription, en présence d'un obstacle dit insurmontable (jurisprudence distincte de celle sur le report du point de départ de la prescription). Cette jurisprudence sur l'obstacle insurmontable, souvent présentée

---

<sup>14</sup> M.-X. Catto, *idem*. Le terme « barbarie » employée par l'auteur doit toutefois être entendu dans un sens courant et non juridique, les éléments constitutifs de l'infraction d'actes de torture et de barbarie (art. 222-1 c. pén.) ne semblant pas pouvoir être réunis, en particulier l'élément intentionnel.

<sup>15</sup> Cf. par exemple, les propos récents et relativement imprécis de M. Lacaze, *AJ Pénal*, 2018, p. 97, note sous Cass. crim., 13 déc. 2017, n° 17-83.330 : « La notion même d'obstacle insurmontable nous paraît d'abord, en effet, désigner des circonstances exceptionnelles, ou à tout le moins très particulières, alors que la simple dissimulation est presque inhérente à tout comportement infractionnel. »

<sup>16</sup> La notion d'obstacle insurmontable est également utilisée dans les autres chambres, mais avec semble-t-il une rigueur moins grande.



comme un corollaire de la force majeure<sup>17</sup> ou de l'adage *contra non valentem*<sup>18</sup>, a cependant pendant longtemps été cantonnée aux obstacles de droit<sup>19</sup>. Elle était ainsi très utilisée pour permettre aux parties civiles de ne pas subir l'inaction du juge d'instruction dont elles n'étaient en rien responsables<sup>20</sup>. Bien que la Cour de cassation ait pu confirmer en 1994 un arrêt qui évoquait la possibilité de caractériser cette notion en présence d'un obstacle de fait<sup>21</sup>, la Cour n'avait jamais saisi cette opportunité jusqu'en 2014. En 2011, par exemple, dans un arrêt inédit, elle avait refusé de retenir un tel obstacle en présence d'une personne qui avait commis des homicides, puis qui avait dissimulé les corps en mettant par la suite en place un stratagème pour, disait la cour d'appel, « *maintenir l'illusion de [l'existence des personnes assassinées] par l'envoi de courriers, la réception d'appels téléphoniques et les mouvements financiers* ». Ce n'est qu'en 2014 que la Cour a fini par admettre l'existence d'un tel obstacle insurmontable de fait, à propos d'une mère poursuivie pour l'homicide de ses enfants<sup>22</sup>. Pour la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, l'obstacle résultait en l'espèce de ce que les grossesses ne pouvaient « *être décelées par ses proches ni par les médecins consultés pour d'autres motifs médicaux, que les accouchements [avaient] eu lieu sans témoin, que les naissances n'[avaient] pas été déclarées à l'état civil, que les cadavres des nouveau-nés [étaient] restés cachés jusqu'à la découverte fortuite des deux premiers corps le 24 juillet 2010 et que, dans ces conditions, nul n'[avait] été en mesure de s'inquiéter de la disparition d'enfants nés clandestinement, morts dans l'anonymat et dont aucun indice apparent n'avait révélé l'existence* ».

Cette mise en œuvre réussie de la notion d'obstacle insurmontable ne s'est cependant pas traduite par la suite par sa large admission, la Cour se montrant très exigeante quant à sa caractérisation. En 2016, par exemple, la Cour de cassation a refusé l'existence d'un tel obstacle insurmontable à propos d'une personne violée qui, en raison de l'amnésie post-traumatique dont elle avait été frappée, avait été dans l'impossibilité d'exercer des poursuites. Ce faisant, la Cour réitérait une position semblable à celle qu'elle avait déjà exprimée dans un arrêt de 2013<sup>23</sup>. En décembre 2017, de même, dans une affaire où deux hommes étaient accusés d'en avoir tué un autre dont ils avaient ensuite dissimulé le corps, la Cour a affirmé que « *la seule*

---

<sup>17</sup> Ce lien est désormais explicitement fait dans l'article 9-3 nouveau du code de procédure pénale. Il est pourtant inopportun, les conditions de la force majeure n'étant pas celles de l'obstacle insurmontable : É. Vergès, « La prescription de l'action publique renouée », *RSC*, 2017, p. 91-100, spé. p. 99. Rapp. E. Raschel, « Action Publique. Prescription. Fasc. 20 », *JCl. Procédure pénale*, à paraître, n° 189.

<sup>18</sup> V. not. L. Saenko, « La prescription de l'action publique est-elle morte ? », *Rec. Dalloz.*, 2014, p. 2470, où l'auteur montre toutefois les difficultés de rattachement de cette jurisprudence à cet adage.

<sup>19</sup> Cf. not. Cass. crim. 27 oct. 1987, n° 86-95.321 : *Bull. crim.*, n° 374 p. 992.

<sup>20</sup> Cass. crim., 24 févr. 1986, n° 84-93.267 : *Bull. crim.*, n° 71, p. 174.

<sup>21</sup> Cass. crim. 8 août 1994, 93-84847 : *Bull. crim.*, 1994 n° 288 p. 706.

<sup>22</sup> Cass. ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83739 : *Bull. crim.*, AP, n° 1 ; *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2014, n° 340, p. 20 note E. Raschel.

<sup>23</sup> Cass. Crim. 18 décembre 2013, n° 13-81.129, inédit.

*dissimulation du corps ne caractérise pas un obstacle insurmontable* », solution jugée comme « sévère »<sup>24</sup> par certains auteurs qui auraient semble-t-il préféré que la Cour prenne en compte, par anticipation, la réforme de la prescription pénale opérée par la loi du 23 février 2017 et admette dès lors plus facilement les causes de report ou de suspension de la prescription. Le seul autre cas où l'obstacle insurmontable a été retenu c'est dans un arrêt du 25 avril 2017 concernant l'assassinat d'un mari par son épouse et le concubin de celle-ci. Dans cet arrêt la cour d'appel avait notamment relevé « *la duplicité des deux amants dans l'orchestration de la mise en scène, la dispersion des morceaux de cadavre assurant la clandestinité, puis le zèle montré par la veuve pour accréditer le scénario d'un abandon familial par un mari pressé de refaire sa vie* ». De même, les juges d'appel avaient relevé qu'une personne susceptible de dénoncer les faits, la sœur du concubin poursuivi, s'était trouvée dans « *l'impossibilité de porter à la connaissance des enquêteurs les informations dont elle disposait compte tenu de sa personnalité perturbée par les sévices sexuels répétés qu'elle-même avait subis de la part de son frère* ».

De la combinaison de ces arrêts, il est possible d'affirmer que la Cour de cassation ne retient la notion d'obstacle insurmontable qu'en présence de manœuvres destinées à dissimuler la réalité d'un fait et qui soient suffisamment sophistiquées d'une part et aient efficacement empêché les personnes pouvant agir en justice de le faire d'autre part.

Muni de ce prisme, il devient en effet possible de relire la jurisprudence antérieure d'une manière cohérente :

- Dans les arrêts de 2011 ou de décembre 2017 sur les homicides, l'obstacle insurmontable n'est pas retenu puisque le stratagème n'est pas jugé suffisamment élaboré, puisqu'il consistait simplement en un acte unique de dissimulation du corps ;
- Dans les arrêts de 2013 ou de 2016 sur le viol, l'obstacle insurmontable n'est pas retenu puisque l'auteur de l'infraction n'a rien fait pour dissimuler son geste, l'obstacle rencontré par la victime résultant de sa seule impossibilité psychologique d'agir, compte tenu de son amnésie ;
- Dans les arrêts de 2014 et d'avril 2017 en revanche, les manœuvres sont jugées suffisamment élaborées et efficaces. Dans le second arrêt, en particulier, la condition d'efficacité de l'obstacle insurmontable est retenue alors même qu'une des personnes avait été au courant du projet d'homicide et aurait pu en parler à la police. Pourquoi cette souplesse ? Parce que la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré que cette personne était « *perturbée* »

---

<sup>24</sup> R. Parizot, « Prescription de l'action publique : la dissimulation d'un cadavre ne constitue pas un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites », *RSC*, 2018, p. 130.

*par des sévices sexuels répétés qu'elle avait subis de la part de son frère », l'une des personnes accusées, et cela après avoir relevé l'état de marginalité dans lequel cette personne était en raison de son alcoolisme. Dans cette situation, la cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation, accepte de considérer que ce n'est qu'à partir de la survenue d'un élément « l'ayant mise en confiance » que la sœur de l'auteur de l'infraction a été mise en mesure de dénoncer les faits et que ce n'est donc qu'à partir de cette date que l'obstacle insurmontable a disparu.*

Une fois cernée la notion d'obstacle insurmontable dans la jurisprudence antérieure de la chambre criminelle, il devient à présent possible de confronter la présente affaire à cette notion.

## 2. L'application en l'espèce de la notion d'obstacle insurmontable

Appliquée à notre espèce, cette grille de lecture sur la notion d'obstacle insurmontable permet-elle de retenir l'existence d'un tel obstacle ? Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que soient réunies les conditions évoquées plus haut et qu'existent tout d'abord des manœuvres suffisamment élaborées destinées à empêcher les personnes pouvant agir en justice de le faire. La lecture de l'arrêt ne rend pas immédiatement visibles de tels agissements. En effet, ledit arrêt insiste seulement sur l'appréciation portée par la partie civile sur les actes qu'elle avait subis. Ainsi, dans la partie de l'arrêt résumant la décision d'appel, l'on peut lire que la partie civile « *ne se sentait pas autorisée à penser que ces pratiques médicales n'allaient pas de soi, que d'autres décisions auraient pu être prises* » ou encore, écrit un peu plus loin la Cour de cassation, au discours direct cette fois, que « *les pratiques médicales en cause étaient contestables* » et que la partie civile ne les avait pas contestées, « *s'étant alors conformée à une pensée dominante reflétant l'état de la société en un temps donné* ». Ce faisant, la Cour de cassation s'approprie la vision développée par l'avocat général Croizier à l'audience et pour qui « *Mme X [...] était parfaitement au courant de ces atteintes et elle était parfaitement au courant de tous les actes. Aucune manœuvre n'a jamais eu lieu de la part des auteurs des faits ; c'est donc la perception des faits par la victime qui a évolué dans le temps* »<sup>25</sup>.

Cette présentation dénature cependant les faits de l'espèce. En effet, si les personnes intersexuées n'agissent pas en général, ce n'est pas seulement en raison de « *l'état de la société en un temps donné* », lequel ne leur permettrait pas de se penser en dehors du masculin et du féminin. Si elles n'agissent pas c'est avant tout parce que les professionnels de santé ont menti et mentent encore parfois à ces personnes quant à la réalité de leur état de santé. Ces mensonges, largement documentés dans les sciences

---

<sup>25</sup> « Notes d'une audience historique à la Cour de cassation sur les mutilations génitales intersexuées », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, mai 2018, <https://sexandlaw.hypotheses.org/397>.

sociales et médicales<sup>26</sup>, consistaient en ce que les parents, puis les personnes elles-mêmes, n'étaient pas informés sur la réalité de leur condition d'intersexuation. Ces enfants intersexués étaient seulement présentés à leurs parents comme des enfants dont le sexe était « à déterminer », puis comme des hommes ou des femmes malades en raison de l'écart de leurs organes sexués par rapport à une norme binaire. À aucun moment, il n'était indiqué aux parents que leur enfant était une personne intersexuée en parfaite santé. Tel était d'ailleurs l'argumentaire de M<sup>e</sup> Périer soulignant lors de l'audience à laquelle nous avons assisté que « *Mme X... et ses parents ont été maintenus dans la conviction qu'elle était une 'femme malformée' et à aucun moment elle n'a pu considérer qu'elle était autre chose. Les médecins lui ayant répété à longueur de consultations qu'elle était une personne malformée, elle ne pouvait pas percevoir ces actes médicaux comme anormaux* »<sup>27</sup>.

Dès lors, un mensonge était bien en l'espèce caractérisé. Compte tenu du caractère répété et organisé de ce mensonge — les professionnels de santé s'étant coordonnés pour ne rien dire aux parents<sup>28</sup> —, il nous semble que l'existence de manœuvres avancées aurait pu être retenue<sup>29</sup>. Reste à présent à savoir, ensuite, si ces manœuvres ont été efficaces et, dans l'affirmative, si elles l'ont été jusqu'à une date permettant à la victime de se prévaloir de l'allongement du délai de prescription par la loi du 4 avril 2006 précitée.

Pour déterminer si les manœuvres ont été efficaces, il faut savoir si la victime ou éventuellement le ministère public auraient pu effectivement agir. Dans le cas du mensonge des professionnels de santé sur l'intersexuation, cela implique de déterminer à partir de quand a émergé dans la société française un discours opposé au discours médical mentant sur la diversité des caractéristiques sexuées et indiquant que l'enfant intersexué (l'adjectif intersexué étant évidemment tu) était seulement un garçon ou une fille malformé(e). Ce n'est en effet qu'à partir de cette date qu'on peut dire que les personnes concernées ou les tiers pouvaient agir.

La première manifestation publique de personnes intersexuées contestant le discours médical remonte au 26 octobre 1996, journée aujourd'hui commémorée dans la communauté Intersexe comme l'*intersex awareness day*. Cette manifestation publique, qui s'est tenue devant un congrès de médecins aux États-Unis, n'a eu cependant aucun retentissement en France, faute de relais médiatique. Pour la France, le premier événement public où la prise en charge médicale de l'intersexuation a été

---

<sup>26</sup> Not. S. E. Sytma, *Ethics and intersex*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Springer.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> Cf. *infra* la note 72 où sont reproduits des extraits de courriers échangés entre ces professionnels de santé.

<sup>29</sup> D'aucuns pourraient argüer que ces manœuvres avaient été développées dans l'intérêt du malade et que dès lors l'on ne saurait ici admettre l'existence d'un obstacle insurmontable. L'argument nous paraît cependant pouvoir être contesté par le principe d'indifférence du droit pénal aux mobiles.

contestée est à notre connaissance un documentaire diffusé sur Arte en 2002<sup>30</sup>. À la suite de ce documentaire, Vincent Guillot (premier intersexe à prendre publiquement la parole en France pour dénoncer les crimes des professionnels de santé) a découvert qu'il est intersexué<sup>31</sup>, ce qui lui a permis, l'année d'après, de participer à la fondation de l'Organisation internationale intersexuée à laquelle s'adjoindra peu après l'OII Francophonie. À partir de la prise de conscience de son intersexuation et fort de son expérience dans le milieu syndical, Vincent Guillot prend régulièrement la parole pour dénoncer les pratiques médicales de conformation sexuée et défendre une conception non pathologique de l'intersexuation. Il organise en particulier ainsi à Paris, en août 2006, une université d'été autour de l'intersexuation, laquelle aboutira au numéro spécial de la revue *Nouvelles questions féministes* sur l'intersexuation<sup>32</sup>. Fin 2007, sort également au cinéma le film *XXY*<sup>33</sup>, autre événement public important qui permettra à de nouvelles personnes intersexuées de découvrir qui elles sont. Deux ans après, en 2009, le journaliste Julien Picquard publie un ouvrage sur l'intersexuation<sup>34</sup>. La même année paraît dans la presse grand public le premier article évoquant la remise en cause du discours médical par les personnes intersexuées<sup>35</sup>, article à l'origine de la première recherche dans le champ juridique à soutenir l'illégalité de ces pratiques médicales<sup>36</sup>. On le voit, au travers de cette rapide histoire de l'apparition de la question intersexe en France, il n'est guère raisonnable de penser qu'une personne intersexuée aurait pu se penser comme telle avant 2002, année de diffusion du reportage d'Arte précité. D'ailleurs, un mémoire d'anthropologie soutenu en 2006 révèle qu'aucune des personnes interrogées à cette époque ne s'est pensée dans une identité intersexuée — autrement dit en dehors de la binarité — avant le début des années 2000<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> Jürgen Claudia Clüsserath, *La réponse médicale aux cas d'intersexués*, Arte, 2002. Une retranscription de ce documentaire peut être lue sur <http://caphi.over-blog.fr/article-36055806.html>.

<sup>31</sup> « Intersexe. Vincent Guillot sort de la nuit », *Histoires ordinaires.fr*, 2013, <[https://www.histoiresordinaires.fr/Intersexe-Vincent-Guillot-sort-de-la-nuit\\_a1330.html](https://www.histoiresordinaires.fr/Intersexe-Vincent-Guillot-sort-de-la-nuit_a1330.html)>, où est évoqué une prise de conscience en 2002. Interrogé, Vincent Guillot nous a confirmé que c'était bien lié au reportage de 2002. De semblables témoignages de prise de conscience en 2002 sont évoqués dans A. Bal, *Re-constituer son « histoire »*, mémoire de Master II dirigé par L. Hérault, Université de Provence. Aix-Marseille 1, 2002, p. 53.

<sup>32</sup> *À qui appartiennent nos corps ?*, 2008/1, vol. 27. Sur l'histoire de cette mobilisation cf. V. Guillot, « Émergence et activités de l'organisation internationale des intersexué-e-s », *Nouvelles questions féministes*, *op. cit.*, p. 144-150.

<sup>33</sup> L. Puenzo, *XXY*, Pyramide Productions, 2007.

<sup>34</sup> J. Picquard, *Ni homme, ni femme : enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009.

<sup>35</sup> C. Vincent, « Ni lui ni elle... mais alors qui ? », *Le Monde*, 9 août 2009, <[https://www.lemonde.fr/vous/article/2009/08/08/ni-lui-ni-elle-alors-qui\\_1226800\\_3238.html](https://www.lemonde.fr/vous/article/2009/08/08/ni-lui-ni-elle-alors-qui_1226800_3238.html)>.

<sup>36</sup> B. Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, précité.

<sup>37</sup> A. Bal, préc. Ce mémoire évoque par exemple (p. 53-61) la situation d'une personne née en 1962 dont il est dit qu'elle aurait eu accès à son dossier médical à la fin des années 1980, ce qui lui aurait permis de prendre conscience qu'elle aurait une « ambiguïté sexuelle ». Cependant, il faut attendre les années 2000 et le début d'internet pour que cette personne prenne conscience de son intersexuation et qu'elle réalise la violence des actes subis. Cette personne livrera un témoignage similaire, à la première personne cette fois, dans C. Lamarre, « Nous sommes des merveilles », *NQF*, préc., p. 23-29.

Dans ces conditions, il nous semble que les manœuvres des médecins pour dissimuler la réalité de l'intersexuation aux parents ont été efficaces jusqu'au début des années 2000, empêchant ainsi la personne concernée de porter un regard critique sur les actes médicaux subis et d'agir en justice. Dès lors, jusqu'à cette date, un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites a bien existé et ce n'est qu'à partir de cette date qu'il faut faire partir le délai de dix ans, ce qui permet bien dès lors aux personnes intersexuées de se prévaloir de la loi du 4 avril 2006 ayant allongé à vingt années le délai des prescriptions des crimes de violences mutilantes qu'elles dénoncent.

Contre cette analyse aboutissant à un allongement du délai de prescription, on pourrait objecter, en s'inspirant des arguments mis en avant dans l'arrêt commenté par la chambre de l'instruction et la Cour de cassation, que si la personne intersexuée ne pouvait certes pas avoir connaissance de sa situation *via* les différents médias, elle pouvait néanmoins le découvrir aisément en accédant à son dossier médical par l'intermédiaire du praticien de son choix conformément à ce que prévoyait à l'époque l'article L. 710-2 du code de la santé publique introduit par la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière. Un tel argument nous paraît cependant devoir être rejeté pour trois raisons.

Premièrement, il est illusoire de croire qu'en l'espèce la personne intersexuée, avant d'intercepter en 2000 son dossier médical par erreur, aurait pu penser que ses souffrances n'étaient pas liées à la malformation dont on lui avait répété qu'elle était affectée depuis sa naissance, mais que ses souffrances étaient au contraire liées à une erreur médicale engageant la responsabilité pénale des médecins. Même à supposer que cette personne ait eu entre les mains son dossier médical en temps voulu, il est tout aussi déraisonnable de penser qu'elle aurait été en mesure de déconstruire ce discours pathologique porté sur son corps pendant plus de trente-trois ans par le « grand ordre blanc »<sup>38</sup> et, dès lors, d'assigner les médecins. Pourquoi ? Car cela méconnaît l'état de faiblesse des personnes intersexuées souvent marginalisées, exposées aux addictions et aux traumatismes liés aux violences mutilantes et sans doute aussi aux viols, qu'elles ont subis sur leurs organes génitaux. Par conséquent, en l'espèce, la partie civile n'a pas pu *efficacement* agir — et dès lors lever l'obstacle insurmontable — qu'à partir du jour où a été diffusé dans la société un contre-discours sur lequel elle pouvait s'appuyer. Or, ce jour n'est survenu qu'au début des années 2000 en France, comme nous l'avons rappelé. À l'image de l'affaire précitée du 25 avril 2017, cet état de faiblesse doit donc être pris en compte et conduire à retenir qu'avant le début des années 2000, la personne ne pouvait pas agir en raison d'un obstacle insurmontable.

Deuxièmement, l'argument de l'accès au dossier médical est contestable car il est très hautement improbable que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 710-2 eût été en l'espèce respecté

---

<sup>38</sup> Expression utilisée par J. Carbonnier in « Préface à *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils* (1963) », in Jean Carbonnier. *1908-2003. Écrits*, 2008, p. 64.

si la personne requérante avait cherché à s'en prévaloir et qu'il est donc tout aussi improbable que ce texte eût ainsi permis à cette personne de prendre conscience de son intersexuation et de l'illégalité des traitements suivis. En effet, d'une manière générale, la législation sur l'accès au dossier médical était entre 1991 et 2002 très mal respectée. Comme le relevait l'inspection générale des affaires sociales dans son rapport annuel de 2001<sup>39</sup>, « [l]e contenu et l'accessibilité du dossier médical ne sont pas fixés clairement [par le texte] » (p. 23), ce qui aboutit à cette conséquence que « retracer l'histoire médicale d'un patient dans un établissement peut relever de la gageure » (p. 26). C'est d'ailleurs en raison de ces dysfonctionnements que le législateur a réformé une nouvelle fois en 2002 l'accès au dossier médical<sup>40</sup>. Outre ces difficultés générales, s'en ajoutent d'autres spécifiques à l'intersexuation. En effet, le protocole médical de prise en charge de l'intersexuation a longtemps imposé de taire aux patients leur intersexuation, idée qui n'a été abandonnée qu'en 2005, à l'issue d'une conférence de consensus et dont les conclusions — dénommées le « consensus de Chicago »<sup>41</sup> — ne sont toujours pas respectées aujourd'hui par les autorités<sup>42</sup> ou les médecins<sup>43</sup> français. Dès lors, avant 2006, les professionnels de santé n'auraient sans doute pas révélé leur état d'intersexuation aux patients intersexués demandant à accéder à leur dossier médical. Les témoignages recueillis en France, attestent au surplus que ces pratiques de non-divulgaration étaient monnaie courante pour les personnes intersexuées, en particulier avant 2002<sup>44</sup>. Dans ces conditions, il est très probable que si la personne requérante avait demandé à accéder à son dossier médical, elle se serait vue opposer un refus par l'équipe médicale ou à tout le moins un filtrage de son dossier, ce qui ne lui aurait pas permis de prendre conscience de la réalité de sa

---

<sup>39</sup> IGAS, *Les institutions sociales face aux usagers*, rapport annuel, 2001, La documentation française, <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/014000409.pdf>>.

<sup>40</sup> Sénat, Onzième législature, rapport n° 3263 sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 18 sept. 2001, spé. p. 26, où le ministre délégué à la santé relève les insuffisances de la législation antérieure permettant aux médecins de tenir un registre parallèle, hors dossier médical, et cela *via* ses notes personnelles.

<sup>41</sup> I. A. Hugues, *et al.*, « Consensus statement on management of intersex disorders », *Arch. Dis. Child.*, juill. 2006, 91 (7), p. 554–563.

<sup>42</sup> Cf. HAS, *Protocole national de diagnostic et de soins. Insensibilités aux androgènes*, 21 déc. 2017 <[https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2018-01/pnds\\_ais\\_version\\_finale.pdf](https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2018-01/pnds_ais_version_finale.pdf)>, spé. p. 27, où les médecins sont encouragés à taire aux parents le sexe de la gonade (mâle ou femelle), dans l'hypothèse où celui-ci ne correspondrait pas au sexe assigné par les médecins.

<sup>43</sup> Nous avons par exemple reçu le témoignage d'une personne intersexuée racontant la surprise, en mai 2018, d'une professionnelle de santé apprenant que sa patiente intersexuée connaissait la réalité de son état. Pour cette professionnelle de santé, il était nécessaire de taire l'intersexuation au patient pour ne pas le perturber.

<sup>44</sup> A. Bal, *Re-constituer son « histoire »*, mémoire de Master II dirigé par L. Hérault, Université de Provence. Aix-Marseille 1, 2006, p. 71, 72 et 103.

situation. On relèvera d'ailleurs que, même après la loi du 4 mars 2002, des pratiques de dissimulation sont encore attestées dans des rapports officiels<sup>45</sup>.

Troisièmement, ce raisonnement sur l'accès au dossier médical développé par la Cour de cassation et avant elle, dans cette affaire, par la cour d'appel d'Angers ne prend pas en compte l'alinéa 2 de l'article L. 710-2. Rappelons que cet alinéa indique que la délivrance de cette information médicale se fait dans le respect des règles déontologiques, ce que souligne également le texte réglementaire d'application (art. R. 710-2-2 CSP). En application de ces textes, les professionnels de santé confrontés à une personne intersexuée demandant accès à son dossier sur l'intersexuation auraient très bien pu considérer qu'il leur était permis, conformément à l'obligation déontologique de respecter les données acquises de la science, de ne rien révéler au patient et, sans doute que si la Cour de cassation avait été saisie alors, elle n'aurait pas sanctionné ces pratiques. Souvenons-nous par exemple que la Cour de cassation avait par exemple à l'époque pu admettre qu'en dépit de l'obligation générale d'information dont le médecin était débiteur, celui-ci pouvait, en application de l'ancien article 35 du code de déontologie médicale<sup>46</sup>, taire aux patients des pronostics graves. Dans ces conditions, cette Cour aurait tout à fait pu ici admettre la possibilité pour le médecin de taire au patient une information contenue dans son dossier médical, prétendument pour protéger sa santé telle que conçue au travers des règles de bonnes pratiques.

Pour ces trois raisons, il nous semble que l'idée que la personne victime aurait pu ici prendre conscience du caractère illicite des actes subis en consultant son dossier médical est illusoire et résulte d'une méconnaissance des pratiques médicales de cette époque. L'existence du droit d'accès au dossier médical ne change par conséquent rien quant à l'existence d'un obstacle insurmontable jusqu'au début des années 2000 et à la possibilité pour la partie civile de se prévaloir de la loi du 4 avril 2006 pour ne pas voir l'action publique jugée prescrite.

Où l'on voit qu'au regard de la grille d'analyse habituellement suivie par la Cour de cassation en matière d'obstacle insurmontable, un tel obstacle aurait pu être caractérisé en l'espèce, compte tenu de l'existence de manœuvres élaborées et de leur efficacité, eu égard notamment à l'état de faiblesse de la victime. Cette autre solution aurait à notre sens non seulement été *possible* et cohérente avec la jurisprudence

---

<sup>45</sup> CADA, *Rapport d'activité de l'année 2003*, <<http://www.cada.fr/IMG/pdf/Rapport2003.pdf>>, p. 3 : « Une part infime de ces refus est aussi due à la mauvaise volonté de praticiens n'acceptant pas ce système de communication directe au patient. Parfois les établissements ont aussi tendance à vouloir limiter l'accès à ce qu'ils pensent être les pièces importantes du dossier mais le différend se règle dans presque tous les cas. » L'affirmation selon laquelle cette part est « infime » est à relativiser car il faut aussi tenir compte des nombreuses personnes dont les droits n'étaient pas respectés et qui ne saisissaient pas la CADA.

<sup>46</sup> « Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. »



antérieure, mais aurait surtout été *nécessaire* pour permettre à la France de respecter ses engagements internationaux.

## B. La nécessité de caractériser un obstacle insurmontable

L'idée que nous voudrions ici développer est qu'entre les deux interprétations possibles des faits de l'espèce, l'absence d'un obstacle insurmontable ou l'existence d'un tel obstacle, c'est la seconde qui aurait dû être retenue par la Cour de cassation pour que soient respectés les engagements internationaux pris par la France, en particulier ses engagements vis-à-vis des autres États membres signataires de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (dénommé ci-après « la Convention »). En effet, dans l'arrêt commenté, la partie civile avait avancé un argument tiré de l'article 6 de la Convention, argument laissé sans réponse par la Cour. Certes, cet argument n'était guère développé dans les conclusions écrites et, à l'oral, M<sup>e</sup> Périer s'est seulement contenté de rappeler que la Cour devrait se prononcer sur le fondement de l'article 6, ainsi que de l'article 3 de la Convention prohibant les traitements inhumains et dégradants<sup>47</sup> (argument non contenu dans les conclusions écrites mais ajouté dans la plaidoirie orale). Cependant, la Cour de cassation aurait dû y répondre de manière explicite et motivée au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, « *la Cour considère qu'en égard au fait que l'article 3 consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques et proscrit en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants, il faut impérativement soumettre à un contrôle attentif [...] et à un examen indépendant et rigoureux de tout grief* [tiré de la violation de l'article 3] »<sup>48</sup>. Or, manifestement ici cette directive méthodologique n'a pas été suivie. Cela est d'autant plus regrettable qu'il existait en l'espèce de sérieux arguments pour considérer que la décision de déclarer l'action prescrite violait l'article 6 combiné avec l'article 3 de la Convention. Pour le démontrer, et en se concentrant sur l'article 6, on commencera d'abord par rappeler l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme quant aux contraintes que ce texte fait peser sur les règles nationales encadrant la prescription des actions (1). On s'intéressera ensuite à l'application de ces contraintes en l'espèce (2).

---

<sup>47</sup> Pour une défense de l'application de ce texte, cf. B. Moron-Puech, M. Petkova et B. Pitcho, *Demande d'auto-saisine du CCNE sur les problèmes éthiques posés par le traitement juridique et médical des personnes intersexuées en France*, févr. 2016, < <http://www.pitcho.fr/site/wp-content/uploads/2016/02/Cliquez-ici-pour-la-Demande-d'auto-saisine-du-CCNE.pdf> > ou CNCDH, *Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, avis, 22 mai 2018, <[http://www.cncdh.fr/sites/default/files/180522\\_avis\\_maltraitances\\_systeme\\_de\\_sante.pdf](http://www.cncdh.fr/sites/default/files/180522_avis_maltraitances_systeme_de_sante.pdf)>, p. 17, 32 et 33.

<sup>48</sup> CEDH, 19 déc. 2016, *Sow c. Belgique*, 27081/13, § 61.

1. Les contraintes de l'article 6 de la Convention sur les règles de prescription

L'article 6 § 1 pose notamment un droit d'accès à un tribunal. « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal [...]* » énonce ce texte. Dans la mesure où la prescription est procéduralement traitée comme un moyen relatif à la recevabilité de l'action et non à son bien fondé, l'examen de ce moyen fait obstacle à ce que la « *cause [d'une personne] soit entendue [...] par un tribunal* », pour reprendre les termes de l'article 6. La Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé dans plusieurs arrêts la pertinence de ce lien entre prescription et droit d'accès à un tribunal.

Comme le rappelait Ruben de Graaff<sup>49</sup>, l'arrêt de principe faisant le lien entre article 6 § 1 de la Convention et prescription des actions est la décision *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1996. Il s'agissait d'une affaire relative à des agressions sexuelles sur des personnes mineures qui, plusieurs années après les faits, tentaient d'obtenir sur le terrain civil la réparation des dommages subis. Dans toutes ces affaires, il était établi que les personnes n'avaient pas pu agir avant de prendre conscience, à la suite d'un rendez-vous avec un psychologue, que leurs souffrances psychiques étaient liées à des agressions sexuelles subies dans leur enfance. Dans cette décision, la Cour fit pour la première fois le lien entre le droit d'accès à un tribunal et les règles sur la prescription, en assimilant pour cela ces règles comme des limitations à ce droit. Dès lors, la Cour transposa à la prescription sa jurisprudence antérieure sur les limitations et exigea donc que les règles sur la prescription « *ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* ». La Cour ajouta que « *pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». En l'espèce, la Cour considéra que leur droit d'accès n'était pas atteint dans sa substance même, dès lors notamment que ces personnes pouvaient agir sur le terrain pénal. En outre, elle estima que les règles sur la prescription répondaient à des « *finalités importantes* » (la sécurité juridique, la protection des défendeurs contre des plaintes tardives difficiles à contrer et la lutte contre l'injustice découlant du dépérissement des preuves) et étaient en outre proportionnées compte tenu des délais en cause.

Si, dans l'arrêt *Stubbings*, la Cour européenne des droits de l'Homme ne conclut finalement pas à une violation de l'article 6 de la Convention, tel ne fut pas le cas dans trois décisions ultérieures : *Eşim c/ Turquie* en 2013<sup>50</sup> et *Howald Moor et autres c/*

---

<sup>49</sup> R. de Graaff, « Prescription. A Private-Law Concept at the Forefront of Fundamental Rights Protection », in C.G. Bredveld-de Voogd *et al.* (dir.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code, Continuously in Motion*, BWKJ, Leiden Yearbook of Private Law, n° 30, Wolters Kluwer, p. 141-165, spé. p. 158 et s.

<sup>50</sup> CEDH, 17 sept. 2013, n° 59601/09.

Suisse en 2014<sup>51</sup>, où il fut jugé que le droit du requérant avait été atteint dans sa substance même, et *Stagno c/ Belgique*<sup>52</sup> en 2009, où il fut jugé que les limites posées au droit d'accès à un tribunal étaient disproportionnées.

Dans l'arrêt *Eşim c/ Turquie*, il s'agissait d'un militaire qui avait été blessé en 1990, à la suite de combats avec des forces ennemies. Malgré la prise en charge médicale dont il avait bénéficié, il continuait à se plaindre de douleurs et finit, quatorze années après les faits, par passer une IRM qui révéla la présence d'un objet métallique dans sa tête. Trois années plus tard, en 2007, il refit une IRM révélant qu'il s'agissait d'une balle. Il introduisit alors une action en indemnisation devant les juridictions militaires, lesquelles rejetèrent sa demande en la considérant comme tardive car introduite plus de cinq années après l'acte à l'origine du dommage. La Cour européenne des droits de l'Homme considéra que cette décision avait violé l'article 6 car, à l'expiration de ce délai de ces cinq années, le requérant n'avait toujours pas connaissance de son dommage. Or, pour la Cour, « dans les affaires d'indemnisation des victimes d'atteinte à l'intégrité physique, celles-ci doivent avoir le droit d'agir en justice lorsqu'elles sont effectivement en mesure d'évaluer le préjudice subi » (§ 25). Cet élément n'ayant pas été pris en considération par les juridictions turques, la Cour en conclut que le droit du requérant à accéder à un tribunal avait été atteint dans sa substance même.

Dans l'affaire *Howald Moor* la Cour était confrontée à la situation d'une personne atteinte d'un cancer à la suite de son exposition à l'amiante. L'application des règles de prescription avait conduit les juges suisses à déclarer l'action prescrite, alors même qu'il était établi que la personne n'avait pas pu avoir connaissance de sa maladie au jour où la prescription avait été acquise. Cette fois encore, la Cour européenne des droits de l'Homme jugea que le droit d'accès à un tribunal des requérants avait été affecté dans sa substance même. Pour la Cour, en effet, « lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription »<sup>53</sup>.

S'agissant enfin de l'affaire *Stagno*, il s'agissait de personnes mineures dont les comptes avaient été vidés par leur mère et qui tentaient à leur majorité de récupérer ces sommes en agissant contre la banque et leur mère. Or, les juridictions italiennes avaient rejeté leur action contre la banque, la jugeant prescrite, car n'ayant pas été introduite dans les dix années de la découverte des faits, peu important que les victimes fussent à l'époque mineures. Appliquant dans cette affaire le test de proportionnalité, la Cour jugea que si la loi italienne en cause respectait bien une finalité légitime

---

<sup>51</sup> CEDH, 11 mars 2014, nos 52067/10 et 41072/11. Sur cette affaire, cf. J.-S. Borghetti, « La conformité aux droits fondamentaux des délais de prescription des actions en responsabilité civile », *Rec. Dalloz.*, 2014, p. 1019-1024.

<sup>52</sup> CEDH, 7 juill. 2009, n° 1062/07.

<sup>53</sup> CEDH, *Howald Moore c/ Suisse*, 11 mars 2014, préc. § 78.

(assurer la sécurité juridique des banquiers), elle était en revanche disproportionnée en ce qu'elle ne tenait « *pas compte des circonstances particulières de l'affaire* »<sup>54</sup>.

Si l'on dresse la synthèse de cette jurisprudence, il apparaît que la Cour européenne des droits de l'Homme encadre doublement les règles de prescription. Premièrement, la Cour estime que ces règles ne doivent pas porter atteinte à la substance même de ce droit, ce qui sera le cas, dans les affaires concernant des demandes d'indemnisation formulées par des victimes d'intégrité physique, si le point de départ de la prescription est antérieur au jour auquel la personne pouvait effectivement évaluer le préjudice subi. Deuxièmement, la Cour estime que les règles de prescription doivent tendre à un but légitime et qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, la Cour tenant compte du droit des autres systèmes juridiques pour apprécier ce rapport de proportionnalité. Ayant ainsi rappelé le cadre d'analyse de la Cour européenne des droits de l'Homme, il est désormais possible d'en faire application aux faits de l'espèce.

## 2. L'application de ces contraintes en l'espèce

Intéressons-nous tout d'abord à la contrainte issue de la règle jurisprudentielle selon laquelle les normes sur la prescription ne doivent pas porter atteinte à la substance même du droit d'accéder à un tribunal. En l'espèce la personne intersexuée cherchait à obtenir la réparation de son préjudice subi devant une juridiction pénale (aucune autre action n'étant alors possible par application de la règle *electa una via*). Dès lors, l'on ne se situait pas dans une hypothèse similaire à celle de l'affaire *Stubbings* où la prescription de l'action devant les juridictions civiles n'empêchait pas une action devant les juridictions criminelles. En outre, le fait qu'il s'agisse d'une action en réparation d'un dommage physique rendait applicable la règle dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme selon laquelle le point de départ de la prescription ne peut pas être antérieur au jour auquel la personne pouvait effectivement évaluer le préjudice subi. Malgré cela, la Cour de cassation a classiquement appliqué les règles internes de prescription, ne donnant ainsi guère de place à la date de connaissance *effective* du dommage. Plus précisément, la Cour de cassation a considéré que l'action publique avait été prescrite en 2005, dix années après sa majorité. Or, en l'espèce, il ne faisait aucun doute, au regard du moment auquel la parole intersexuée a émergé en France d'une part et des informations médicales dont disposait la requérante d'autre part, que cette dernière n'avait pu *effectivement* évaluer le préjudice subi qu'à partir, au plus tôt, de l'interception en l'an 2000 de son dossier médical, soit plus de cinq années après la date de prescription retenue par la Cour de cassation. On se situe donc dans une hypothèse semblable à celle des arrêts *Eşim* et *Moor*, de sorte que le constat d'une violation de l'article 6 s'impose.

---

<sup>54</sup> CEDH, *Stagno c/ Belgique*, 7 juill. 2009, préc. , § 33-34.

Ne pourrait-on pas tenter d'opposer à cela que la victime aurait pu spontanément accéder plus tôt à son dossier médical et ainsi peut-être — de manière très hypothétique — prendre conscience des traitements inhumains et dégradants qu'elle avait subis ? Nous en doutons fortement, la Cour n'ayant guère jusqu'à présent tenu compte du comportement de la victime dans son appréciation de l'atteinte à l'article 6. C'est ainsi par exemple que dans les deux affaires *Eşim* et *Moor*, la Cour ne fait aucun reproche aux requérants de n'avoir pas assez surveillé leur état de santé, ce qui leur aurait peut-être permis de déceler en temps voulu le mésotéliome ou la balle nichée dans leur tête. Mieux encore, dans un arrêt *Davran c. Turquie*, la Cour a jugé que le droit d'un fugitif à accéder à un tribunal avait été violé par une décision ayant jugé son recours en cassation forclos, alors même que ce détenu était en partie responsable de cela, puisque sa fugue avait rendu plus délicate pour les autorités la notification de son droit à former un recours en cassation<sup>55</sup>. De même, dans l'affaire *Stagno* précitée, la Cour avait jugé qu'on ne pouvait pas reprocher aux enfants mineurs de n'avoir pas demandé pendant leur minorité la nomination d'un curateur spécial qui leur aurait permis d'agir en justice dans le délai de rigueur. Dans ces conditions, il ne nous semble pas en l'espèce que la circonstance (très hypothétique) que la victime eût pu prendre conscience des violences mutilantes subies permette d'écarter le constat d'une violation de l'article 6 de la Convention. Au demeurant, quand bien même il serait jugé, à rebours de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'Homme, que la victime, malgré son état de fragilité, aurait pu être négligente en ne demandant pas à accéder à son dossier, cela ne suffirait pas à écarter le constat d'une violation de l'article 6 de la Convention. En effet, ce texte fait peser une deuxième contrainte sur les juges nationaux appliquant des règles de prescription.

En application de l'article 6 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme exige aussi que les règles sur la prescription poursuivent un but légitime et qu'existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Concernant premièrement la légitimité du but, il faut ici observer que la Cour ne s'est jusqu'à présent jamais prononcée dans le cas de délais de prescription d'actions en matière criminelle. Or les finalités de la prescription sont un peu différentes en matière criminelle. Aux idées traditionnelles exprimées dans l'arrêt *Stubbings* — « *garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé* » — il faut ajouter l'objectif de préservation de l'ordre public, objectif propre à la matière pénale. L'idée étant qu'il ne faudrait pas poursuivre une infraction alors que le trouble à l'ordre public s'est estompé par l'effet du temps. C'est donc à

---

<sup>55</sup> CEDH, 3 nov. 2009, n° 18342/03, § 40-47.

l'aune de toutes ces fins qu'il faut juger du caractère proportionné de l'atteinte à l'article 6.

En l'espèce, ce test de proportionnalité avait été développé à l'audience par l'avocat de la victime, M<sup>e</sup> Périer, puisque celui-ci, reprenant les justifications de la prescription et empruntant une voie déjà tracée par la doctrine<sup>56</sup>, avait montré que celles-ci n'auraient nullement été dévoyées par l'admission de l'action :

*« Si on en revient au fondement de l'ordre public, le trouble à l'ordre public est bien évidemment réel ; on sait qu'aujourd'hui, dans la société contemporaine, les mutilations subies par les personnes intersexuées sont enfin reconnues comme telles. Au point que le Président de la République<sup>57</sup>, l'année dernière, a stigmatisé ces mutilations. Le trouble à l'ordre public n'est donc pas du tout éteint, il est encore plus vivace aujourd'hui qu'on sait que l'intersexuation n'est pas une anomalie qui se traiterait.<sup>58</sup>*

*La deuxième justification de la prescription c'est le risque de disparition des preuves. Or, là ce n'est pas du tout le cas, les preuves sont encore là et il y a encore matière à établir les faits dont la requérante a été victime.*

*La troisième justification de la prescription c'est sanctionner la négligence et là on en revient à la question de l'obstacle insurmontable : tant que la requérante n'avait pas accès au dossier, elle ne pouvait pas savoir qu'elle était intersexuée »<sup>59</sup>.*

À ces différentes finalités, invoquées et discutées par l'avocat plaissant, peut en être ajoutée une autre, défendue par les auteurs d'Ancien Droit mais un peu perdue de vue aujourd'hui<sup>60</sup>, à savoir l'idée que la prescription aurait pour but de ne pas soumettre indéfiniment l'auteur de l'infraction à « la peur du châtement »<sup>61</sup>. Or, en l'espèce, le report du point de départ de la prescription de l'action publique ne poserait pas de

---

<sup>56</sup> Cf. R. Parizot, *Rec. Dalloz*, 2014, p. 2499, note sous Cass., AP, 7 nov. 2014 : « l'on peut considérer que les justifications classiques de l'extinction de l'action publique ne sont pas ici réunies (le trouble à l'ordre public, loin d'avoir disparu, apparaît au contraire ; les preuves, loin d'avoir déperé, sont exhumées ; l'inaction, loin de devoir être sanctionnée, n'était pas coupable ». Adde les propos de l'avocat général D. Boccon-Gibot commentant cette même affaire (*Rec. Dalloz*, 2014, p. 804) ou J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *AJ Pénal*, 2014, p. 30-31.

<sup>57</sup> NDA : [http://www.dailymotion.com/video/x5f1wll\\_mobilisation-contre-la-haine-anti-lgbt\\_news](http://www.dailymotion.com/video/x5f1wll_mobilisation-contre-la-haine-anti-lgbt_news).

<sup>58</sup> NDA, rappr. les propos approuvés de la doctrine et notamment d'A. Guidicelli sous l'arrêt Cass., AP, 7 nov. 2014, préc., relevant que « Le trouble social causé par leur révélation, « l'émotion » à laquelle est sensible Yves Mayaud, se sont exprimés avec la même force que si les faits avaient été connus dès leur réalisation » (*Rev. sc. crim.*, 2015, p. 121).

<sup>59</sup> « Notes d'une audience historique à la Cour de cassation sur les mutilations génitales intersexuées », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, mai 2018, <https://sexandlaw.hypotheses.org/397>.

<sup>60</sup> L. Saenko, « La prescription de l'action publique est-elle morte ? », *Rec. Dalloz*, 2014, p. 2470.

<sup>61</sup> *Idem*.

problème dans la mesure où ce n'est que très récemment, avec l'apparition dans l'espace public d'accusations de mutilations génitales portées contre les médecins, que les auteurs de ces infractions ont pu commencer à craindre un « châtiment ».

On le voit donc, que la prescription soit fondée sur l'idée de l'oubli ou l'idée d'une sanction (sanction de l'auteur qui a dû vivre avec la crainte d'être puni ou sanction de la victime qui a négligé son droit d'agir), aucune de ces idées ne trouve en l'espèce à s'appliquer, de sorte que la décision de la Cour de cassation de déclarer la décision prescrite apparaît disproportionnée. Cette opinion nous paraît par ailleurs confirmée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme puisque, dans l'affaire *Stagno* précitée, ladite Cour a caractérisé la disproportion à partir du seul refus des juridictions nationales de tenir compte de l'impossibilité pratique des requérants de saisir une juridiction. Or, une telle analyse est ici transposable puisque, nous l'avons montré, il y avait bien ici une impossibilité pratique de saisir la justice, faute pour la personne intersexuée de prendre conscience qu'elle avait subi des violences mutilantes.

Relevons pour terminer que la prise en compte des données de droit international<sup>62</sup> et de droit comparé, au stade du contrôle de proportionnalité, ne devrait en rien modifier cette analyse. En effet, s'agissant premièrement du droit international, plusieurs textes à portée générale ou individuelle ont déjà encouragé les États à supprimer les barrières d'accès à l'action en justice. Ainsi, l'article 58 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique — convention ratifiée par la France — dispose que « *les Parties prennent les mesures législatives et autres nécessaires pour que le délai de prescription pour engager toute poursuite du chef des infractions établies conformément aux articles 36, 37, 38 [mutilations génitales féminines] et 39 de la présente Convention, continue de courir pour une durée suffisante et proportionnelle à la gravité de l'infraction en question, afin de permettre la mise en œuvre efficace des poursuites, après que la victime a atteint l'âge de la majorité.* » De même, le Comité de l'Organisation des Nations-Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a recommandé à l'Allemagne, en 2017, « *de garantir un accès effectif à la justice aux personnes intersexuées qui ont subi un acte chirurgical ou un autre traitement médical inutile sans avoir donné leur consentement libre, préalable et éclairé, y compris en modifiant les délais de prescription* »<sup>63</sup>. Un autre comité onusien, celui contre la torture, après avoir précisé que la prescription était un « *obstacle* » à l'effectivité du droit à réparation<sup>64</sup>, a également demandé aux États parties de « *veiller*

---

<sup>62</sup> Le droit européen relève bien à nos yeux du droit international. Pour une défense de cette position, cf. S. Touzé, « "Le droit européen des droits de l'Homme sera international ou ne sera pas..." ». Pour une approche autopoïétique du droit international », *RGDIP*, 2018/1, p. 5-21.

<sup>63</sup> *Observations finales concernant le rapport unique valant septième et huitième rapports périodiques de l'Allemagne* du 9 mars 2017, n° CEDAW/C/DEU/CO/7-8 <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/DEU/CO/7-8&Lang=Fr](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/DEU/CO/7-8&Lang=Fr)>.

<sup>64</sup> *Observation générale n°3 (2012)*, § 38, <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskvE%2>>

à ce que toutes les victimes [...] de mauvais traitement, indépendamment de la date à laquelle la violation a été commise [...] soient en mesure de faire valoir leurs droits à un recours et d'obtenir réparation »<sup>65</sup>.

Quant au droit comparé deuxièmement, il doit être remarqué qu'un délai de prescription de dix ans pour des infractions de l'ampleur de celles qui étaient ici reprochées est relativement court, quand bien même son point de départ serait reporté à la majorité. En outre, il n'est pas rare, en particulier dans les pays anglo-saxons, de n'avoir aucune prescription, ce que relevait au demeurant la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Stubbings* précité. Même en France, un tel délai de dix ans peut aujourd'hui nous paraître court puisque, depuis la loi du 4 avril 2006 dont l'article 14 a modifié l'article 7 du code de procédure pénale, ce délai est de vingt ans à compter de la majorité. Enfin, cette approche très rigoureuse des causes de suspension apparaît aujourd'hui en décalage avec l'article 9-1 du code de procédure pénale qui prévoit pour l'ensemble des infractions occultes et dissimulées un report du point de départ de la prescription, alors qu'à l'époque des faits cette règle n'existait que pour certaines infractions. Où l'on voit que ces éléments de droit international et de droit comparé ne peuvent pas conduire à remettre en cause la balance des intérêts réalisés dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Au contraire, ils renforcent la disproportion entre les intérêts du requérant et les autres intérêts.

Tout ceci permet donc de conclure que la solution retenue par la Cour de cassation méconnaît l'article 6 de la Convention. Voilà pourquoi nous considérons non seulement que la solution inverse était possible au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, mais surtout qu'elle était nécessaire pour que soit respectée la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'article 6 de la Convention. La question qui se pose alors aux commentateurs est de savoir pourquoi, malgré tous ces éléments de contexte qui auraient pu l'amener à une solution différente, la Cour a rejeté l'action civile de la victime. Cela pourrait-il s'expliquer par l'adhésion des magistrats à une conception binaire du genre, présumé qui aurait biaisé la décision en les conduisant à ne guère prendre au sérieux les faits et les moyens de droit avancés par la victime intersexuée ?

## II. LE REJET DE L'ACTION LU AU PRISME DU GENRE

L'objectif des développements qui vont suivre est de lire la décision de rejet du pourvoi au prisme du genre. Une telle entreprise pourrait au premier abord paraître comme étant hors de propos, la décision commentée ne concernant pas l'identité de genre des individus, mais bien leurs caractéristiques sexuées. Ce serait oublier cependant que le genre ne se résume pas à l'identité de genre. Le genre renvoie en effet « *aux dispositifs*

---

bTuw1mw%2fKU18dCyrYrZhDDP8yaSRi%2fv43pYTgmQ5TOoaZN6h8jhb5hPRNWOab%2fG%2b819  
LOgc87Ne1ylUngwU%3d >.

<sup>65</sup> *Idem*, § 40.



par lesquels le pouvoir, et son arme principale qu'est le droit, saisit, classe et discipline les individus »<sup>66</sup>. Ainsi compris, le genre informe non seulement la manière dont nous concevons l'identité de genre, c'est-à-dire ces groupes sociaux construits à partir du sexe et dans lesquels les individus s'identifient plus ou moins, mais aussi le sexe lui-même. C'est en ce sens que l'on peut dire, en reprenant une idée de Christine Delphy<sup>67</sup>, que le système de genre précède celui du sexe qu'il contribue à informer. Dès lors, en l'espèce, il est pleinement à propos de lire cette décision concernant les caractéristiques sexuées au prisme du genre et de rechercher dans quelle mesure celle-ci a pu être façonnée par un système de genre donné. Cette recherche va nous permettre de révéler que cette décision révèle l'emprise d'une conception binaire (A) et inégalitaire du genre (B) sur l'esprit des magistrats.

#### A. Une décision biaisée par un système binaire du genre

La présente espèce mettait en présence deux systèmes de genre. D'un côté, un système binaire du genre retenu par les professionnels de santé qui auraient pu être poursuivis. Dans ce système, encore défendu de nos jours par la majorité des professionnels de santé travaillant autour de l'intersexuation<sup>68</sup>, les personnes intersexuées sont perçues comme des personnes atteintes de pathologies à traiter. De l'autre, un système non binaire du genre, construit en France à partir des années 2000, et dans lequel les personnes intersexuées sont pensées comme présentant non plus une malformation ou une pathologie, mais une simple variation des caractéristiques sexuées, variation tout aussi légitime que le fait d'avoir des cheveux roux<sup>69</sup>. Entre ces deux systèmes de genre, il eût été souhaitable que les magistrats ne manifestent pas dans leur décision un parti-pris pour l'une de ces deux options philosophiques, de manière à pouvoir trancher l'affaire sans présupposés, comme l'impose le principe d'impartialité

---

<sup>66</sup> S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), « Introduction générale », *La loi & le Genre. Études critiques de droit français*, CNRS éditions, 2014, p. 12.

<sup>67</sup> C. Delphy, « Penser le genre : problèmes et résistances », in *L'ennemi principal. 2. Penser le genre*, p. 243-260, Syllepse. L'autrice y écrit ceci : « Je vais soutenir l'idée que dans la plupart des travaux actuels, y compris féministes, sur le genre, on trouve un *présupposé non-examiné* : celui d'une antécédence du sexe sur le genre, et, que si ce présupposé est explicable historiquement, il n'est plus justifiable théoriquement » (p. 243).

<sup>68</sup> Cf. en dernier lieu la position du Dr. El-Ghoneimy présentée dans le *Magazine de la santé* du 11 mai 2018. Sur cette position cf. B. Moron-Puech, « Est-il vraiment discriminant de ne pas opérer les enfants intersexués pour les « adapter » à la société ? », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, mai 2018, <<https://sexandlaw.hypotheses.org/388>>. Adde M.-F. Callu et P. Chatelain, « Aspects médico-juridiques des défauts du développement sexuel à la naissance », in *Mélanges en l'honneur de G. Mémeteau*, LEH, 2015, Tome 2, p. 471-480 ; P. Mouriquand *et al.*, « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue: If (why), when, and how? », *Journal of pediatrics urology*, Volume 12, Issue 3, juin 2016, p. 139-149 <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1477513116300122>>.

<sup>69</sup> Le parallèle est ainsi souvent fait entre le nombre de personnes intersexuées et le nombre de personnes rousses. Cf. not. *Intersexe, Notice d'information publiée par le Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations-Unies*, <[https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE\\_Intersex\\_Final\\_FRENCH.pdf](https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE_Intersex_Final_FRENCH.pdf)>.

contenue également dans l'article 6 précité de la Convention<sup>70</sup>. Plusieurs anomalies laissent cependant penser que tel n'a pas été le cas et que les magistrats ont eu ici un parti-pris. Après avoir présenté ces anomalies, l'on tentera de montrer que celles-ci peuvent s'expliquer par l'adhésion des magistrats à un système binaire du genre.

### 1. Identification des anomalies

L'analyse de l'arrêt révèle l'existence de plusieurs anomalies suggérant la présence de biais dans le traitement de cette affaire par les magistrats. Ces anomalies tiennent tant à la présentation des faits qu'à la communication réalisée par la Cour autour de cet arrêt<sup>71</sup>.

Les premières anomalies concernent la manière dont les faits sont compris et présentés par les magistrats. Alors que la victime mettait très clairement en avant l'existence de mensonges des professionnels de santé à son égard, le terme même de « mensonge » figurant dans le pourvoi et étant alimenté par des pièces du dossier en faisant état<sup>72</sup>, les magistrats de cassation ont ignoré ce point comme nous l'avons souligné plus haut. Ce point est d'autant plus surprenant que les magistrats ne font nullement état de cette divergence de vue quant à l'origine de l'inaction de la personne intersexuée. Or, l'on aurait pu attendre d'eux qu'au regard du pourvoi qui critiquait l'absence de prise en compte des mensonges, la Cour explicitât les raisons de son choix, ce qu'elle ne fait pas, donnant ainsi l'impression d'un parti-pris défavorable à la victime.

Autre anomalie dans la présentation des faits, les actes médicaux dénoncés par la victime sont parfois décrits par les magistrats à l'aide de termes connotés positivement.

---

<sup>70</sup> L'impartialité est en effet mise à mal lorsque les conceptions philosophiques d'un magistrat viennent peser sur ses jugements. À propos de la franc-maçonnerie, cf. CEDH, 2 août 2001, *N.F c/ Italie*, n° 37119/97. Adde S. Guinchard, « Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre-penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie », *Mélanges P. Julien*, Edilax éd., 2003, p. 203-208.

<sup>71</sup> Pourrait également être relevée une anomalie tirée de l'absence de réponse au moyen qui invoquait une violation de l'article 6 de la Convention. Cependant, une telle anomalie est monnaie courante concernant l'article 6, si souvent invoqué par les plaideurs et auxquels la Cour de cassation prend si peu le temps de répondre. Dès lors, le fait qu'elle ne le fasse pas en l'espèce ne peut donc pas servir à mettre en évidence un biais lié à l'adhésion à un système de genre donné.

<sup>72</sup> Ainsi, dans un courrier daté du 9 février 1978, le Professeur suivant la personne écrit au médecin de famille auquel est délégué le rôle d'informer les parents et l'enfant : « *Il serait souhaitable qu'il n'existe plus, dans l'esprit des parents, la moindre ambiguïté dans le sexe de leur enfant, afin que la petite X... soit élevée réellement comme une fille, sans aucune attitude d'intersexualité* ». Dans une autre lettre, datée du 10 décembre 1992, un pédopsychiatre discute avec son confrère de la manière dont ils vont mener une future consultation commune avec la plaignante et il y écrit ceci : « *si bien entendu nous allons la situer dans un registre ou [nous] la considérons comme femme, par contre, il sera très difficile de lui mentir par rapport à ses possibilités d'avoir des enfants ultérieurement. Les résultats de l'annonce qui lui sera faite ?* ». Le même pédopsychiatre, quelques mois auparavant, en février 1992, évoquait également une consultation avec la mère où celle-ci regrettait le peu d'informations reçues sur son enfant à la naissance : « *La famille avait alors reçu un courrier leur disant que le sexe de leur fille était indéterminé et qu'il leur fallait choisir. Le conseil était celui d'opter pour un sexe féminin, à cause des interventions chirurgicales qui seraient ainsi plus facilement faisables* ».

Cela transparait tout d'abord dans l'indication que la personne requérante a subi des actes médicaux qui étaient destinés, disent les magistrats, à « *parfaire* » des opérations antérieurement réalisées. Ensuite, cet *a priori* positif semble transparaitre à la fin de l'arrêt lorsque les actes médicaux dénoncés sont qualifiés de « *traitements* »<sup>73</sup>. Or, en usant de ce terme, défini par le *Trésor de la langue française informatisée* comme l'« *action de soigner un malade de façon continue* »<sup>74</sup>, les magistrats suggèrent qu'à leurs yeux les personnes intersexuées seraient bien des personnes malades nécessitant des soins<sup>75</sup>. Dans les deux cas, il importe de souligner que la Cour n'utilise pas de guillemets lorsqu'elle se sert de ces expressions. Cela contraste avec la prudence observée au début de l'arrêt où la Cour indiquait par exemple au moyen de guillemets que les actes dénoncés visaient à donner à la victime un sexe d'apparence « *la plus proche possible du féminin normal* ». Manifestement, la Cour a abandonné cette vertu prudentielle et usé d'expressions suggérant un parti-pris défavorable à la victime.

Outre ces anomalies factuelles, il nous semble possible d'observer également des anomalies communicationnelles, c'est-à-dire des anomalies tenant à la manière dont la chambre criminelle a communiqué — ou plutôt n'a pas communiqué ! — sur cet arrêt rendu en formation restreinte.

Tout d'abord, aucune publication n'a eu lieu ou n'est prévue dans le *Bulletin* des arrêts de la chambre criminelle ou dans le rapport annuel de la Cour de cassation, ce qui signifie qu'aux yeux des magistrats l'affaire ne présente guère d'intérêt juridique. C'est là pour le moins surprenant dans la mesure où le problème au cœur de cet arrêt portait sur une question délicate et discutée en doctrine, à savoir la notion d'« obstacle insurmontable », question qui plus est récemment réformée par le législateur<sup>76</sup>. En outre, l'arrêt d'appel avait entrepris de préciser cette notion, en écartant de son domaine des éléments par trop subjectifs, de sorte que l'arrêt de cassation, parce qu'il avait à prendre parti sur cette question, paraissait présenter un réel intérêt juridique quant à la pertinence ou non de cette construction. D'ailleurs, la lecture des conclusions du conseiller rapporteur révèle que pour celui-ci l'affaire posait la question de savoir s'il fallait ou non élargir la notion d'obstacle insurmontable en présence d'obstacles de nature subjective. Ce magistrat était donc conscient que l'espèce posait une question de droit sérieuse. Malgré tous ces éléments, le président de la formation

---

<sup>73</sup> « *la partie civile a été, à sa majorité, puis dans le délai de la prescription de l'action publique, en mesure de connaître tant la réalité que la finalité des interventions chirurgicales subies et des traitements suivis* » (souligné par nous).

<sup>74</sup> Sens 3, <<http://www.cnrtl.fr/definition/traitement>>.

<sup>75</sup> Certes, le terme de traitement peut voir cette connotation positive neutralisée lorsqu'il est utilisé en dehors du champ médical, par exemple dans l'expression « *traitements inhumains et dégradants* ». Rien ne permet cependant dans l'arrêt de considérer que c'est dans une telle acception que le terme a été entendu.

<sup>76</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

n'a pas jugé bon de diffuser outre mesure ladite décision en raison de son intérêt juridique.

La même décision de non-publication a également été prise pour le site internet de la Cour de cassation, susceptible de présenter aux yeux du public des affaires qui, sans avoir nécessairement d'intérêt juridique, en ont un pour l'opinion publique<sup>77</sup>. C'est par exemple dans ce cadre que la Cour de cassation a mis récemment sur son site internet un arrêt de la chambre criminelle où la question du point de départ de l'action publique était centrale dès lors que, même si l'arrêt ne soulevait pas de difficultés juridiques, il concernait une question de société, à savoir le jugement de personnes soupçonnées d'actes de torture pendant la dictature argentine<sup>78</sup>. Or, si l'on en revient à l'arrêt commenté, la « question intersexe » a fait l'objet ces derniers mois d'un intérêt croissant dans les médias et l'opinion publique française, tant sur la question de l'état civil que sur celle des mutilations<sup>79</sup>, y compris avec des prises de position publiques par l'ancien Président de la République, François Hollande<sup>80</sup>. En outre, cette décision est à notre connaissance la première du genre au monde à aborder sur le terrain pénal la question des mutilations génitales intersexuées. Malgré tout cela, aucune communication n'a été faite sur le site internet<sup>81</sup>, ce qui n'est pas sans surprendre. Mieux encore, il ressort des échanges informels que nous avons eus avec un membre du service de communication de la Cour, que ce dernier s'étonnait de ce que les collègues de la chambre criminelle ne lui aient signalé cet arrêt comme faisant partie des arrêts « à suivre » en raison de son caractère sensible. L'ensemble de ces anomalies ayant été ainsi présentées, il reste à présent à les expliquer.

## 2. Explication des anomalies

---

<sup>77</sup> « la Cour publie, sur son site internet, les arrêts qu'elle juge particulièrement importants, soit au regard de la question de droit posée, soit en raison de leur impact pour l'opinion publique » (A. Lacarabats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *Rec. Dalloz*, 2007, <<https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/Lacabarats.pdf>>, p. 890).

<sup>78</sup> Cass. crim., 24 mai 2018, n° 17-86.340.

<sup>79</sup> G. Dupont, « "Ni homme ni femme", la question du sexe neutre pour l'état civil devant la Cour de cassation », *Le Monde*, 22 mars 2017, <[https://www.lemonde.fr/societe/article/2017/03/22/le-troisieme-sexe-devant-la-cour-de-cassation\\_5098649\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2017/03/22/le-troisieme-sexe-devant-la-cour-de-cassation_5098649_3224.html)> ; C. Mallaval, « La Cour de cassation refuse la mention "sexe neutre" pour un intersexe », *Libération*, 4 mai 2017, <[http://www.liberation.fr/france/2017/05/04/la-cour-de-cassation-refuse-la-mention-sexe-neutre-pour-un-intersexe\\_1567241](http://www.liberation.fr/france/2017/05/04/la-cour-de-cassation-refuse-la-mention-sexe-neutre-pour-un-intersexe_1567241)> ; V. Vantighem, « Une personne intersexe dépose plainte contre les médecins qui l'ont opérée pour "devenir" homme », *20 minutes*, 26 nov. 2017, <<https://www.20minutes.fr/societe/2172971-20171126-personne-intersexe-depose-plainte-contre-medecins-operee-devenir-homme>>.

<sup>80</sup> « Une cérémonie à l'Elysée "en l'honneur des actrices et acteurs LGBT" », *Yagg*, 17 mars 2017, <<https://yagg.com/2017/03/19/une-ceremonie-a-lelysee-en-lhonneur-des-actrices-et-acteurs-lgbt/>>.

<sup>81</sup> Voir déjà Cass. crim. 18 déc. 2013, préc. qui n'avait étrangement fait l'objet d'aucune publicité sur le site internet de la Cour ainsi que le relevait E. Raschel, dans sa note (*Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> févr. 2014, n° 32, p. 15).

L'objectif des développements qui vont suivre est de rechercher si et dans quelle mesure les anomalies identifiées plus haut peuvent être reliées à une approche binaire du genre dont les magistrats n'auraient pas su se départir en rendant leur décision. La recherche des causes des anomalies factuelles permettra de mettre en évidence que le système binaire du genre est l'une des causes possibles. La même recherche, déployée pour les anomalies communicationnelles, permettra quant à elle de s'assurer qu'elle est une cause nécessaire.

Les anomalies factuelles identifiées plus haut, et qui manifestaient incontestablement un parti-pris défavorable à la victime, peuvent être expliquées par deux facteurs. Une conception binaire du genre est l'un des facteurs possibles de ces anomalies. L'idée serait ici que les juges, partageant un système binaire du genre, auraient adhéré à l'approche médicale voyant dans les personnes intersexuées des malades à soigner ; d'où l'utilisation du terme de « traitement » ou encore du verbe parfaire. Cette analyse permettrait aussi d'expliquer pourquoi est-ce que les magistrats ont refusé de retenir l'existence de manœuvres organisées par les professionnels de santé. En effet, à partir du moment où les magistrats adhèrent à un système binaire du genre, dire à une personne intersexuée qu'elle est une femme et non une personne intersexuée n'est nullement un mensonge et constitue une affirmation pleinement cohérente. L'appréhension des anomalies factuelles au prisme du genre permet donc de leur redonner sens.

Il n'est pas certain toutefois, à ce stade, que le prisme du genre puisse seul expliquer ces anomalies factuelles. Il n'est pas exclu en effet que d'autres facteurs aient pu intervenir au point peut-être de ne laisser aucune place au facteur genré. En particulier, les lecteurs avisés de jurisprudence relative à la responsabilité médicale pourraient voir simplement dans cette décision un exemple de plus de la trop grande confiance accordée par les juges aux discours et savoirs médicaux. En effet, il semble acquis sociologiquement que « *ce qui est bien de notre époque, c'est une confiance inconditionnelle dans la médecine* », pour reprendre les mots de Jean Carbonnier<sup>82</sup>. La place dans la hiérarchie sociale de ce « *grand ordre blanc* » que sont les médecins conduit en effet parfois les magistrats à donner plus de poids à la parole des premiers par rapport à celle d'un patient contestant leur pratique et, dès lors, comme en l'espèce, à écarter d'un revers de main la présentation des faits déployée par un patient à contre-courant de celle exposée par les professionnels de santé. Même si les manifestations de cette prévalence du discours médical sur le discours du patient sont moins fréquentes aujourd'hui<sup>83</sup>, notamment en raison des efforts du pouvoir politique de renforcer

---

<sup>82</sup> J. Carbonnier, « Préface à *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils* (1963) », in Jean Carbonnier. 1908-2003. *Écrits*, 2008, p. 62.

<sup>83</sup> Cf. not. T. civ. Seine, 14 déc. 1920 : *DP* 1921, 2, 27, où la Cour rejette en ces termes l'action en responsabilité engagée par une patiente se plaignant d'avoir subi une opération à laquelle elle n'avait pas consenti : « *Attendu qu'on ne saurait mettre en doute les énonciations qui précèdent et qui sont consignées sur la fiche de la dame N..., étant donné qu'elles émanent d'un praticien de la valeur du docteur L..., chirurgien des hôpitaux, agrégé de la Faculté, membre de la Société de chirurgie, chef d'un service d'hôpital depuis l'année 1912 ; que ces notes n'ont pas été prises pour les besoins de la cause et*

l'information du patient<sup>84</sup>, on en trouve encore des exemples contemporains<sup>85</sup>, sans doute car cette confiance excessive dans le discours médical trouve des ressorts non seulement dans le paternalisme médical mais aussi dans la foi en la technique (ici médicale) qui est loin d'avoir disparu<sup>86</sup> ! Avec une telle grille de lecture, on comprend pourquoi les juges ont fait leur la terminologie médicale employée par le corps médical ou encore pourquoi ils se sont refusés à penser que les professionnels de santé avaient pu mentir à la personne victime qui se constituait partie civile. Ici, donc, aucune place au genre, les anomalies étaient seulement expliquées par l'insuffisante prise de distance des juges vis-à-vis du discours médical.

Entre ces deux facteurs des anomalies factuelles, il n'est guère possible à ce stade de déterminer si l'un d'entre eux a joué un rôle prépondérant — ce qui pourrait potentiellement mettre à mal l'hypothèse d'une décision biaisée par un système binaire du genre — ou si au contraire tous deux sont intervenus. L'étude des causes de l'autre anomalie identifiée, à savoir l'anomalie communicationnelle, peut cependant contribuer à lever cette incertitude.

L'absence de visibilité donnée à cet arrêt par la chambre criminelle de la Cour de cassation ne nous paraît pas pouvoir être expliquée par le deuxième facteur présenté plus haut, à savoir la confiance accrue dans le discours médical. En effet, ce biais ne paraît pas de nature à influencer sur la diffusion de l'arrêt. Ainsi, la confiance dans les médecins n'est pas quelque chose que l'on cache, la foi dans la technique médicale étant un discours tout à fait audible dans l'espace public. Le premier facteur, à savoir l'adhésion des magistrats à un système binaire du genre, est en revanche à même de fournir une explication rationnelle à l'anomalie communicationnelle. En effet, publier cette décision, c'est en effet exposer au grand jour les personnes intersexuées et le conflit qui les oppose aux professionnels de santé les ayant opéré au nom d'un

---

*qu'elles offrent à la justice toute garantie de véracité et de sincérité ; — Attendu, dès lors, que la nécessité de l'opération s'imposait pour sauver la vie de la dame N..., et que celle-ci est d'autant plus mal fondée à se plaindre d'une opération sans laquelle elle n'existerait probablement plus aujourd'hui ; — Attendu que si les médecins peuvent être soumis à une responsabilité civile et même pénale quand il y a de leur part négligence grave, impéritie grossière, méconnaissances des règles de prudence courante, on est obligé de constater dans l'espèce que non seulement le docteur L... n'a commis aucune faute dommageable dans la pratique de son art, mais qu'il a, au contraire, fait bénéficier la dame N... de ses connaissances scientifiques et d'une longue expérience ; que la demande de la dame N... est donc dépourvue de toute espèce de fondement ».*

<sup>84</sup> A. Jaunait, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, 2003/3, n° 11, <<https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2003-3-page-59.htm>>, p. 59-79, spé. n° 31.

<sup>85</sup> Cf. en particulier l'utilisation par la Cour de cassation du code de déontologie médicale comme une norme opposable au patient dans les conflits l'opposant au médecin, alors que cette norme, élaborée par les médecins pour les médecins, n'est comme telle invocable que dans les contentieux disciplinaires. Sur ce point, cf. J. Chacornac et B. Moron-Puech, « Droit souple et responsabilité civile : un parallèle entre déontologie médicale et gouvernement d'entreprise », *Flexibles notions. La responsabilité civile*, Éditions Panthéon-Assas, à paraître.

<sup>86</sup> Sur cette croyance dans la technique, cf. J. Ellul, *Le bluff technologique*, Puriel, 1988 ou M. Heidegger, « La question de la technique », in *Essais et conférences*, Gallimard, 1993, p. 9-48.

binarisme des sexes. Publier cette décision, c'est donc contribuer à véhiculer un discours critique de la binarité des sexes. Or, jusqu'à présent la Cour de cassation n'a nullement fait montre d'une volonté de déconstruire cette binarité. Au contraire, la Cour de cassation, s'inscrivant dans un paradigme déjà bien présent dans notre ordre juridique<sup>87</sup>, donne plutôt l'impression de vouloir renforcer cette binarité, elle qui, le 4 mai 2017, à rebours de la tendance internationale, a affirmé que cette binarité constitue un « *élément fondateur* [de notre] *organisation sociale et juridique* »<sup>88</sup>. L'on voit bien dès lors en quoi est-ce que l'adhésion à un système binaire du genre permet d'expliquer cette anomalie communicationnelle, contrairement à l'explication tirée de la confiance excessive accordée aux médecins.

Au terme de cette analyse des anomalies de cet arrêt, il est donc possible d'affirmer que le système binaire de genre constitue une clef indispensable de compréhension de cet arrêt, en ce sens que, c'est parce que les magistrats n'ont pas lutté contre leur préjugé d'un système binaire de genre, qu'ils sont parvenus à la conclusion que l'action était prescrite. Si le système binaire de genre n'est peut-être pas le seul facteur à l'origine des anomalies identifiées, nous avons à tout le moins pu établir de manière vraisemblable qu'il était un facteur prédominant. D'où cette conclusion, qui gagnerait sans doute à être étayée par des entretiens avec les magistrats ayant rendu l'arrêt<sup>89</sup>, que cette décision est ancrée dans un système binaire du genre permettant de comprendre certaines des anomalies qu'elle contient. Ce caractère binaire n'est pas toutefois la seule caractéristique du système de genre auquel adhèrent les magistrats ayant rendu cette décision. L'analyse de l'arrêt révèle également que leur système de genre a un caractère inégalitaire.

#### B. Une décision biaisée par un système inégalitaire du genre

La présente décision nous semble également manifester le caractère inégalitaire du système de genre dans lequel évoluent les magistrats l'ayant rendue. Pour en prendre conscience, il ne faut plus cette fois se tourner vers les anomalies factuelles ou communicationnelles évoquées plus haut ; il faut plutôt mettre cette décision en perspective avec toutes celles dans lesquelles la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu à se prononcer par le passé sur un obstacle insurmontable de fait. Lorsqu'on réalise un tel travail, il est frappant de constater que toutes les fois où la notion d'obstacle insurmontable a été retenue par la Cour de cassation, il s'est agi

---

<sup>87</sup> Cf. B. Moron-Puech, « Intersexuation et binarité, un état des lieux du droit français (mars 2018) », in A. Giami et B. Py (dir.), *Droits de l'homme et sexualité*, Édition des archives contemporaines, à paraître, où sont rassemblés les textes relatifs à l'état civil, au remboursement des soins ou à l'organisation du système de santé encourageant les médecins à « normaliser » les corps des enfants intersexués pour les faire rentrer dans la binarité affirmée des sexes.

<sup>88</sup> Cass. 4 mai 2017, n° 16-17.189 : « *la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil [...] est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* »

<sup>89</sup> De tels entretiens ont été proposés aux trois magistrats, mais ceux-ci n'ont pas donné suite.

d'infractions dont l'auteur présumé était une femme, éventuellement accompagnée de son conjoint<sup>90</sup>. À l'inverse, dans presque tous les cas où la notion d'obstacle insurmontable a été rejetée, la victime était une femme, éventuellement accompagnée de son conjoint<sup>91</sup>. Ce constat interroge : la politique jurisprudentielle de la chambre criminelle reposerait-elle sur un système de genre inégalitaire, la conduisant d'un côté à moins bien protéger les femmes que les hommes et de l'autre à rendre les poursuites contre les femmes plus aisées que celles contre les hommes ? Il interroge d'autant plus que, comme l'ont relevé les commentateurs de l'arrêt de 2014 où l'obstacle a été pour la première fois admis, premièrement, les faits ne permettaient pas de caractériser un obstacle totalement insurmontable<sup>92</sup> et, deuxièmement, la décision de la Cour d'autoriser les poursuites avait été manifestement influencée par la pression médiatique, les médias ayant su mettre en exergue cet octuple « infanticide »<sup>93</sup> *maternel*<sup>94</sup>. Cette impression d'un biais genré est en outre entretenue par le fait que les décisions relatives à l'obstacle insurmontable ont été rendues par des formations présidées par un homme et majoritairement composées d'hommes, ce qui n'aide guère à lutter contre l'instauration de règles discriminantes. En outre, même lorsque des femmes siègent, leurs fonctions sont masculinisées (il n'y a pas d'avocate générale, de conseillère-rapporteuse, ni même de greffière), ce qui témoigne de la faible prise de conscience par la Cour elle-même des inégalités induites par le refus de féminiser les noms de métier ou de fonction<sup>95</sup>. Autant d'éléments pouvant suggérer l'existence d'un biais genré dans la décision. Ici, cependant, nous voudrions aller plus loin que cette seule « impression » d'un biais genré et rechercher si, juridiquement, la

---

<sup>90</sup> Cass., AP, 7 nov. 2014, préc. ; Cass., crim., 25 avr. 2017, préc.

<sup>91</sup> Cass., crim., 20 juill. 2011, préc. ; 18 décembre 2013, préc. ; 22 juin 2016, préc. Seul l'arrêt du 13 déc. 2017 préc. concerne une personne de sexe masculin, laquelle était néanmoins semble-t-il d'origine étrangère, le prénom renseigné étant Mohamed.

<sup>92</sup> « L'intéressée, certes obèse, ne vivait pas recluse ; et à suivre son pourvoi, certains sacs poubelles contenant des cadavres d'enfants étaient laissés en évidence dans la maison ! » : E. Raschel, *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2014, n° 340, note 26.

<sup>93</sup> L'infraction d'infanticide n'existant plus, l'usage des guillemets s'impose dans un discours juridique.

<sup>94</sup> « *Le caractère hors-norme de cette affaire et l'hypermédiatisation dont elle a fait l'objet ont sans doute eu une certaine influence sur la solution finalement retenue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation* » (J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., p. 123). Rapp. A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal*, 2016, p. 308.

<sup>95</sup> Sur la question de la féminisation des noms, cf. É. Viennot *et al.*, *L'Académie contre la langue française. Le dossier de la féminisation*, Ixe éditions, 2016. La Cour de cassation a néanmoins pris récemment conscience de cette difficulté puisque le Président Louvel s'est enquis auprès de l'Académie Française s'il était possible à cette dernière de codifier les usages en la matière, de manière à permettre à la Cour de cassation de déterminer si elle devait ou non changer ses pratiques quant à la féminisation des noms de métier (cf. <[https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/rerelations\\_institutionnelles\\_7113/academie\\_fran\\_aise\\_8441/change\\_letters\\_38070.html](https://www.courdecassation.fr/venements_23/rerelations_institutionnelles_7113/academie_fran_aise_8441/change_letters_38070.html)> où sont reproduites les lettres du Président Louvel et la réponse du Secrétaire perpétuel de l'Académie, Hélène Carrère d'Encausse). On relèvera toutefois que la Cour de cassation s'adresse à une autorité incompétente, l'Académie n'ayant aucun droit de fixer les usages, les règles élaborées par celles-ci ne valant que pour sa propre compagnie (art. 43 des statuts signés par Richelieu le 22 févr. 1645).



manière dont la Cour de cassation comprend et utilise la notion d'obstacle insurmontable ne révélerait pas une discrimination fondée sur le genre des personnes, discrimination dont pâtiraient les femmes.

Au premier abord, l'on serait tenté de répondre par la négative à cette question. En effet, les critères permettant de caractériser un obstacle insurmontable ne reposent nullement sur le genre. Ainsi, comme nous l'avons mis plus haut en évidence, un obstacle insurmontable sera caractérisé toutes les fois que les auteurs de l'infraction ont, par des manœuvres avancées, efficacement empêché les personnes pouvant enclencher les poursuites de le faire. Dans cette définition, nulle occurrence du genre et donc, *a priori*, nulle discrimination. Un tel raisonnement serait toutefois un peu hâtif. Il omettrait en effet que la discrimination n'est pas seulement directe, elle peut aussi être indirecte et résulter de procédé conscient ou inconscient<sup>96</sup>. Pour mémoire, conformément à l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, « [c]onstitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ». Même si cette loi de 2008 ne concerne pas la matière pénale<sup>97</sup>, l'on peut appliquer à cette matière la définition qu'elle donne de la discrimination indirecte *via* l'interdiction générale des discriminations découlant de l'article 14 de la Convention, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne tant la discrimination directe qu'indirecte, en retenant de cette dernière une analyse proche de celle des institutions de l'Union européenne<sup>98</sup>. En outre, dès lors que sexe (ou l'identité de genre<sup>99</sup>), fait bien partie des motifs mentionnés par l'article 14, une discrimination indirecte pourrait en l'espèce être caractérisée s'il était établi, d'une part, que la notion d'obstacle insurmontable entraîne un désavantage particulier pour les femmes par rapport aux hommes et, d'autre part, que ce désavantage ne procède pas d'une distinction ayant un but légitime et dont la mise en œuvre serait proportionnée avec ce but. Ces deux conditions pourraient-elles être réunies en l'espèce et permettre de caractériser une discrimination indirecte ? C'est à cette question de droit prospectif que nous voudrions

---

<sup>96</sup> M. Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », *Rev. de droit du travail*, nov. 2015, p. 672-681, spé. p. 679.

<sup>97</sup> Loi du 27 mai 2008, préc., art. 4.

<sup>98</sup> CEDH, grande chambre, 13 nov. 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n°57325/00.

<sup>99</sup> La CEDH entend largement la notion de sexe, ce qui l'a par ainsi conduit à rechercher l'existence de discriminations fondée sur l'identité de genre dans le cas de personnes transgenres : arg. CEDH, grande chambre, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, § 98.

à présent répondre, en nous inscrivant dans la continuité de travaux prospectifs déjà menés il y a quelques années en matière de discrimination indirecte<sup>100</sup>.

Concernant la première condition, le simple fait que, dans les quelques affaires recensées, la notion d'obstacle insurmontable desserve davantage les femmes qu'elle ne les aide ne permet pas de conclure à l'existence d'un désavantage particulier. En effet, ce constat peut tenir à une simple coïncidence, la différence entre les hommes et les femmes pouvant être naturellement amenée à se réduire au fur et à mesure que les juridictions se prononceront sur des affaires mettant en œuvre la notion d'obstacle insurmontable. Pour qu'il y ait un désavantage particulier, il faudrait établir que le mécanisme mis en œuvre désavantage structurellement les femmes. Distinguons ici la situation de la femme auteure de l'infraction de la femme victime. L'examen des différentes affaires où la notion d'obstacle insurmontable a été mise en œuvre contre une femme auteure révèle qu'il s'agissait à chaque fois de crimes d'homicides. Or, l'examen des statistiques du Ministère de la justice révèle que les homicides sont, proportionnellement au nombre total d'infractions commises par chacun des deux sexes, autant commis par les hommes que par les femmes<sup>101</sup>. Dès lors, à l'égard de l'infraction d'homicide, la jurisprudence développée pour la notion d'obstacle insurmontable ne paraît pas défavoriser plus les femmes que les hommes. S'agissant ensuite des femmes victimes, à l'exception de la décision commentée, la notion d'obstacle insurmontable a été invoquée seulement dans des cas de viols. Les résultats de l'enquête *Violence et rapport de genre* révèle que le viol concerne 31 fois plus les femmes que les hommes<sup>102</sup>, étant précisé qu'il y a à peu près autant d'hommes que de femmes victimes de violences physiques et/ou sexuelles<sup>103</sup>. Dans ces conditions, il est permis de conclure que, à propos du viol, la notion d'obstacle insurmontable aboutit incontestablement à un désavantage particulier pour les femmes victimes de viol.

Ce désavantage particulier répond-il cependant à un but légitime et les moyens déployés par la Cour pour atteindre ce but sont-ils proportionnés ? Une réponse négative nous paraît s'imposer dans la mesure où il n'est pas possible de trouver un but légitime au carcan dans lequel la Cour enserme, en matière d'infractions relatives aux personnes, le report ou la suspension de la prescription. Il faut en effet rappeler que,

---

<sup>100</sup> Rappr. M. Mercat-Bruns, « La personne au prisme des discriminations indirectes », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 2475 à propos des personnes salariées ou en fin de vie.

<sup>101</sup> Les homicides représentent dans les deux cas 0,1 % des infractions commises : F. Büsch et O. Timbart, « Un traitement judiciaire différent entre hommes et femmes délinquants », *Infostat Justice*, mars 2017, n° 149, <[http://data.over-blog-kiwi.com/1/01/99/36/20170312/ob\\_cdf01a\\_delinquance-h-f.pdf](http://data.over-blog-kiwi.com/1/01/99/36/20170312/ob_cdf01a_delinquance-h-f.pdf)>, figure 3, p. 3.

<sup>102</sup> Il y a 0,31% de femmes violées contre 0,1% d'homme violés : C. Hamel *et al.*, « Viols et agressions sexuelles en France : premiers résultats de l'enquête Virage », *Population & Société*, n° 538, nov. 2016, <[https://www.ined.fr/fichier/s\\_rubrique/25953/538.population.societes.2016.novembre.fr.pdf](https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/25953/538.population.societes.2016.novembre.fr.pdf)>, tableau 1.

<sup>103</sup> Le chiffre était en 2011 de 5,5% pour les femmes et de 4,6% pour les hommes : T. Morin, L. Jaluzot et S. Picard, *Femmes et hommes face à la violence*, Insee Première, n° 1473, nov. 2013, <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/1280920>>.

jusqu'à la réforme du 23 février 2007 précitée, la possibilité de reporter le point de départ de la prescription n'avait été admise que pour un nombre limité d'infractions, souvent des délits d'atteintes aux biens<sup>104</sup>. Pour les autres infractions, en particulier les crimes d'homicide ou de viol, le *report* du point de départ de la prescription fut refusé, la Cour finissant néanmoins par accepter une *suspension* à la condition très étroite de preuve d'un obstacle insurmontable aux poursuites<sup>105</sup>. Or la doctrine, jetant un regard d'ensemble sur cette jurisprudence, n'a pas manqué de dénoncer une « *casuistique fluctuante et parfois incohérente* »<sup>106</sup> et aboutissant à des solutions « *surprenante[s]* »<sup>107</sup>. Pour une auteure, « [c]e système prétorien confus est l'objet de nombreuses critiques en raison notamment de sa création *contra legem* et de l'insécurité juridique qu'il génère. La répartition entre le report du point de départ et la suspension est poreuse et aléatoire au gré des décisions. En outre, la suspension pour des raisons factuelles repose sur une appréciation souveraine des juges, ce qui induit des solutions parfois surprenantes. Comment ne pas s'étonner que la suspension admise en l'espèce [dans l'arrêt d'Assemblée plénière précité de 2014] ait été refusée lors d'un arrêt de la Chambre criminelle en date du 18 décembre 2013, pour des faits de viol ? »<sup>108</sup>. Dans ces conditions, il ne semble exister aucun but légitime justifiant que, pour les infractions de viol et d'homicide, le délai de prescription soit moins facilement étendu qu'il ne l'est dans d'autres délits. Par conséquent, la deuxième condition d'une discrimination indirecte paraît remplie, ce qui permet donc de conclure que le présent arrêt manifeste également l'emprise d'un système de genre inégalitaire sur les magistrats, ceux-ci n'ayant pas vu le caractère discriminant la règle de droit sur laquelle s'appuyait leur solution.

---

<sup>104</sup> Sur toute cette jurisprudence, cf. C. Courtin, « Prescription de l'action publique », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, oct. 2015, nos 59-75

<sup>105</sup> Cass. crim. 19 sept. 2006, n° 06-83.963 pour un homicide ; la Cour n'évoque pas ici l'obstacle insurmontable. Cass. crim. 8 déc. 2013, préc. pour un viol et où la possibilité d'une suspension en cas d'obstacle insurmontable est évoquée mais rejetée.

<sup>106</sup> E. Raschel, « Amnésie de la victime d'un viol : refus du recul du point de départ de la prescription », *Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> févr. 2014, n° 32, p. 15.

<sup>107</sup> J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *AJ Pénal*, p. 30-32.

<sup>108</sup> A. Darsonville, « Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser "un système en crise" », *AJ pénal*, 2015, p. 36. Adde S. Détraz, « Les reculs jurisprudentiels du point de départ de la prescription de l'action publique : reporter ou suspendre ? », *Gaz. Pal.*, 19 mai 2015, n° 139, p. 4 : « la Cour de cassation ne tombe-t-elle pas de Charybde en Scylla, d'un côté en refusant de soumettre les crimes au régime jurisprudentiel de prescription façonné pour les délits, alors que la clandestinité devrait a priori produire les mêmes effets pour les deux catégories d'infractions, et de l'autre en instituant à la place une cause de suspension de portée générale, au risque de s'ériger ainsi en législateur ? ». Dans le même sens R. Méssa, « À propos du point de départ du délai de prescription de l'action publique et de la théorie dite des infractions clandestines », *Gaz. Pal.*, 5 avril 2014, n° 95, p. 11 ; J. Larrègue, « Report du point de départ du délai de prescription : la résistance de la cour d'appel de Paris », *Gaz. Palais*, 12 juill. 2014, n° 193, p. 8.

\*

\*

\*

Aux termes de ce commentaire, nous pouvons donc conclure que la décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 6 avril dernier, outre qu'elle constitue une violation du droit d'accès à un tribunal de la personne requérante, repose sur deux principaux biais (non intentionnels) qu'a pu révéler une analyse de l'arrêt au prisme du genre. D'abord une lecture des faits biaisée par l'emprise exercée sur les magistrats du système binaire du genre au sein duquel ils évoluent. Ensuite, l'application d'une règle de droit discriminante, dont la formulation révèle cette fois l'emprise sur les magistrats d'un système de genre inégalitaire, susceptible au demeurant de caractériser l'existence d'une discrimination systématique<sup>109</sup>. Pour ces trois raisons, il nous semble possible d'affirmer que la chambre criminelle, après hier la première chambre civile<sup>110</sup>, a accompli par cet arrêt une nouvelle « mutilation juridique » en privant les personnes intersexuées de leurs droits fondamentaux. Gageons que la personne requérante n'en restera pas là et poursuivra sa demande de reconnaissance devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

---

<sup>109</sup> Sur cette notion, cf. M. Mercat-Brun, « L'identification de la discrimination systémique », préc.

<sup>110</sup> Sur cette expression, cf. B. Moron-Puech, « Le rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *Rec. Dalloz*, p.1404- 1408.

**MARIE COUSSI**

*Le droit international de l'environnement à l'épreuve du genre*

---



**MARIE COUSSI**

*Elève-avocate à l'École de Formation des Barreaux de Paris, Marie Coussi entend exercer en droit de l'environnement et droit public. Elle suit par ailleurs une formation en études de genre à l'EHESS.*

*Cet article reprend pour l'essentiel le contenu d'un mémoire réalisé dans le cadre du Programme d'Initiation à la Recherche (PIR) de l'École de Droit de Sciences Po Paris et soutenu le 17 mai 2017. Ce travail de recherche s'attache à analyser l'objet et la portée normative des dispositions relatives au genre figurant dans les instruments de droit international de l'environnement (DIE), afin de discuter les enjeux et les limites de cette prise en compte du genre par le droit. Parmi une centaine de textes internationaux analysés – une aiguille dans la botte de foin des 1300 accords environnementaux multilatéraux existants –, une vingtaine ont été identifiés comme contenant des dispositions intégrant une perspective de genre. Ces dispositions évoquent tantôt l'objectif d'égalité de genre ou d'égalité des sexes, tantôt, sous une forme ou une autre, la spécificité des expériences féminines face à la dégradation de l'environnement. La portée normative de ces dispositions varie selon qu'elles sont inscrites dans des textes juridiquement contraignants ou non, selon les terminologies employées, leur place au sein des textes et leur traduction en droit interne. L'analyse se veut interdisciplinaire, s'inspirant des méthodes développées par les *feminist legal studies*. La méthodologie s'inscrit également dans un courant « critique » du droit, impliquant de regarder au-delà de la lettre des textes pour mettre à jour leurs systèmes de valeur implicites.*

## INTRODUCTION

« *S'interroger sur la trajectoire du féminisme en droit international depuis une trentaine d'années est à bien des égards s'interroger sur la dialectique entre pouvoir et idées, changement et continuité. Avant tout, et même si l'on peut toujours discuter le détail, cette trajectoire est celle d'un remarquable succès* ».

Moins médiatisée que les conférences précédentes et présentée comme une COP « *technique* » au « *bilan en demi-teinte*<sup>2</sup> », la 23<sup>ème</sup> Conférence des Parties<sup>3</sup> (COP23) de Bonn a pourtant marqué une avancée dans un domaine pour le moins méconnu : le genre. Si depuis la COP 18 de Doha en 2012, les questions de genre sont inscrites chaque année à l'ordre du jour de la réunion de la Conférence des Parties, organe suprême de décision de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), la dernière COP s'est démarquée en adoptant un tout premier « *Plan d'action en faveur de l'égalité des sexes* » ou, sous le titre anglais un brin plus accrocheur, « *Gender action Plan*<sup>4</sup> ». Cette décision opérationnelle s'adresse à toutes les parties prenantes à la CCNUCC – États Parties, secrétariat, entités des Nations Unies, organisations ayant le statut d'observateur – et a notamment pour objet de « *promouvoir des politiques climatiques favorisant l'égalité des sexes et l'intégration d'une perspective de genre dans la mise en œuvre de la Convention*<sup>5</sup> ».

Ces dernières années ont en effet vu émerger un objet de mobilisation inédit au sein des « *arènes climatiques* », qui ont très tôt constitué des forums privilégiés d'expression et d'échanges pour des acteurs issus de différents secteurs de la société civile.<sup>6</sup> Cette mobilisation associe deux enjeux majeurs du XXI<sup>ème</sup> siècle que sont la protection de l'environnement et l'égalité des sexes, enjeux reconnus comme des « *Objectifs de développement durable* » (ODD) par les Nations Unies. Le nombre

---

<sup>1</sup> F. Mégret, « Féminisme et droit international : le « féminisme de gouvernance » à l'épreuve du « féminisme critique » », in *Féminisme(s) et droit international, Études du Réseau Olympe* : Collection de l'ISGPS, vol.39, 2016, p.403.

<sup>2</sup> Voir notamment les propos de Nicolas Hulot, rapportés par le journal L'Express. *Climat: Nicolas Hulot déplore un "bilan en demi-teinte" pour la COP23* : L'Express, 21 novembre 2017, [[https://www.lexpress.fr/actualite/societe/environnement/climat-nicolas-hulot-deploire-un-bilan-en-demi-teinte-pour-la-cop23\\_1962607.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/environnement/climat-nicolas-hulot-deploire-un-bilan-en-demi-teinte-pour-la-cop23_1962607.html)]

<sup>3</sup> 23<sup>ème</sup> Conférence des Parties (COP23) à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CNUCC).

<sup>4</sup> Décision 3/CP.23, *Mise en place d'un plan d'action en faveur de l'égalité des sexes*, 17 novembre 2017, document n° FCCC/CP/2017/11/Add.1

<sup>5</sup> Plan d'action en faveur de l'égalité des sexes, *op.cit.*, §2. La Conférence appelle ainsi les parties prenantes à prendre en compte les questions de genre dans l'élaboration des politiques, plans et programmes en matière d'adaptation au changement climatique, d'atténuation de ses effets, de renforcement des capacités, de technologie et de financement.

<sup>6</sup> S. Aykut et A. Dahan, *Gouverner le Climat ? 20 ans de négociations internationales* : Presses de Sciences Po, 2015, p.345.

croissant de publications, conférences et événements entremêlant ces enjeux fait écho à l'inscription d'une problématique relativement nouvelle à l'agenda international : celle de l'intégration d'une perspective de genre dans les politiques environnementales et dans les textes de droit international de l'environnement (DIE).

L'intégration de dispositions relatives au genre<sup>7</sup> au sein des textes de DIE s'est faite progressivement, notamment sous l'impulsion d'universitaires, d'écologistes, de groupes de femmes et d'organisations féministes attirant l'attention des négociateurs sur ces thèmes<sup>8</sup> Les femmes ont ainsi été très impliquées dans le processus de préparation de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED) qui s'est tenue à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992, et qui peut être considérée comme le moment fondateur de l'inscription de la thématique « femmes, genre et environnement » au sein des textes juridiques internationaux.<sup>9</sup> Cette Conférence a en effet conduit à la conclusion de deux déclarations, de trois conventions et d'un programme d'action insistant tous sur le rôle des femmes dans la réalisation du développement durable. Par la suite, la Déclaration et le Programme d'Action de Beijing, adoptés en 1995 à l'issue de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes organisée par les Nations Unies<sup>10</sup>, ont appelés les gouvernements à prendre des mesures concernant notamment « *les disparités entre les hommes et les femmes dans le domaine de la gestion des ressources naturelles et de la préservation de l'environnement*<sup>11</sup> ». Quant à l'Accord de Paris, dernier grand traité adopté en matière environnementale en 2015, il mentionne l'objectif d'égalité des sexes et d'« *autonomisation des femmes* » à plusieurs reprises, tant dans le préambule que dans la partie opérationnelle du texte.

Comment comprendre ces dispositions ? Comment le droit international de l'environnement appréhende-t-il les rapports entre les problématiques environnementales et les questions de genre ? Quels sont les enjeux et les limites de cette prise en compte du genre par le droit ?

Ces questions appellent quelques cadrages théoriques. La prise de conscience environnementale à l'origine de la naissance du DIE dans les années 1960 s'accompagne d'une réflexion sur les rapports qu'entretiennent les êtres humains à la

---

<sup>7</sup> L'expression « *dispositions relatives au genre* » est employée dans ce travail de recherche pour désigner l'ensemble des dispositions juridiques contenues dans des instruments de droit international de l'environnement mentionnant explicitement l'égalité de genre, l'égalité des sexes ou, sous une forme ou une autre, le lien des femmes avec l'environnement.

<sup>8</sup> A. Rochette, « Le droit international de l'environnement est-il en crise ? Une perspective féministe » in L. Langevin (ed.), *Rapports sociaux de sexe /genre : repenser le droit*, Éditions des archives contemporaines, 2008, chapitres I et II.

<sup>9</sup> A. Rochette, *op.cit.*, p.174.

<sup>10</sup> ONU, *Déclaration et Programme d'action de Beijing*, quatrième conférence mondiale sur les femmes, Beijing, 4-15 septembre 1995.

<sup>11</sup> Programme d'action de Beijing, *op.cit.*, §44.

nature. Aux antipodes d'une vision utilitariste et anthropocentrique de la nature, se développent notamment des approches « écocentriques » qui insistent sur l'interdépendance entre les différents éléments d'un écosystème<sup>12</sup>, ou encore des approches éthiques posant la responsabilité des êtres humains dans la dégradation de la biosphère et le devoir de protection qui en découle<sup>13</sup>. Les théories de justice environnementale<sup>14</sup> sont sans doute les plus éclairantes pour penser les liens entre environnement, genre et droit. Elles partent du principe que les problèmes environnementaux peuvent être « *recentrés socialement*<sup>15</sup> ». Face à la détérioration de l'environnement et aux pollutions, nous ne serions pas égaux : il a été démontré que les populations les plus défavorisées en termes socio-économiques et vivant dans des écosystèmes particulièrement fragiles, sont les plus affectées<sup>16</sup>. De nombreux rapports soulignent en effet que la « vulnérabilité » et la résilience des populations face à la dégradation de l'environnement dépendent d'un ensemble de facteurs enchevêtrés, au rang desquels se trouvent le niveau de pauvreté, le statut social, les normes culturelles, le genre, l'éducation, le modèle de subsistance alimentaire, le contexte géographique, mais aussi les relations vis-à-vis des ressources domestiques en termes de capacités d'accès, de contrôle et de droit de propriété sur ces ressources.<sup>17</sup> Dénonçant les « inégalités écologiques<sup>18</sup> », les théories de justice environnementale posent comme objectif l'équité entre les êtres humains et entre les générations dans l'accès et le partage des ressources naturelles.

Dans cette perspective, une littérature scientifique de plus en plus abondante documente les liens entre genre et détérioration de l'environnement. Certains chercheurs constatent un impact différencié de la dégradation de l'environnement entre les femmes et les hommes et, plus encore, affirment que les problèmes environnementaux tendraient à exacerber les inégalités de genre existantes.<sup>19</sup> D'autres chercheurs mettent en avant la part importante occupée par les femmes dans les

---

<sup>12</sup> C. Larrère, « Les éthiques environnementales », *Natures Sciences Sociétés*, 2010/4, vol. 18, p. 408.

<sup>13</sup> Voir par exemple : H. Jonas, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique* : Le Cerf, 1995, p.190, cité par Laurent Neyret, « Le changement en droit de l'environnement » in *Le changement en droit*, Revue de droit d'Assas, 2015, n°10, p.253.

<sup>14</sup> Le concept de « justice environnementale » a d'ailleurs été utilisé à l'origine dans les années 1980 par des mouvements américains dénonçant l'installation d'usines polluantes ou de stockage de déchets toxiques dans des quartiers pauvres, composés essentiellement d'afro-américains et d'amérindiens.

<sup>15</sup> C. Larrère, « La justice environnementale », *Multitudes* 2009/1, n° 36, p.156.

<sup>16</sup> 5<sup>ème</sup> rapport du GIEC, 2014, disponible en ligne [[https://www.ipcc.ch/home\\_languages\\_main\\_french.shtml](https://www.ipcc.ch/home_languages_main_french.shtml)]

<sup>17</sup> Nellemann, C., Verma, R., and Hislop, L. (eds), *Women at the frontline of climate change: Gender risks and hopes. A Rapid Response Assessment* : United Nations Environment Programme, GRID-Arendal, 2011.

<sup>18</sup> C. Larrère, « La justice environnementale », *op.cit.*

<sup>19</sup> Voir en ce sens sur le réchauffement climatique : A. Brody, J. Demetriades, E. Esplen, *Gender and Climate Change: Mapping the Linkages – A Scoping Study on Knowledge and Gaps* : University of Sussex, Bridge, 2008, p.2.



travaux agricoles et la gestion des ressources naturelles. Rares sont toutefois les auteurs qui se sont intéressés au traitement juridique de la question et ont étudié les textes juridiques qui fleurissent sur le thème genre/environnement. Les rares études menées sur le sujet<sup>20</sup> s'inscrivent dans une approche critique féministe du droit international, approche qui émerge au début des années 1990, sous l'influence notamment des travaux de la juriste australienne Hilary Charlesworth<sup>21</sup>. Depuis, cette critique s'est développée et a irradié de nombreuses branches du droit international, en témoigne par exemple la prise en compte des violences sexuelles comme arme de guerre en droit pénal international. Le droit international de l'environnement constitue cependant un champ de recherche relativement inexploré. L'inscription du genre en DIE soulève pourtant un certain nombre de questions, parfois à la frontière du droit. Quels sont les effets potentiels des dispositifs juridiques visant l'égalité de genre ? Les normes atteignent-elles leur cible ? Est-il souhaitable de créer des dispositions spécifiques concernant le lien des femmes à l'environnement ? Dans quelle mesure des textes neutres en apparence peuvent-ils révéler des systèmes de valeurs ? La question, *in fine*, est celle du rôle que peut avoir le droit international de l'environnement dans la prévention et la correction des inégalités écologiques, en particulier des inégalités de genre face aux défis environnementaux.

Après une présentation des dispositions relatives au genre en DIE, classées et analysées selon leur objet (I), cet article s'attache à en étudier la portée normative et à en questionner l'effectivité au regard de l'objectif recherché d'égalité de genre (II).

## **I. DE LA DECLARATION DE RIO A L'ACCORD DE PARIS : PANORAMA DES DISPOSITIONS RELATIVES AU GENRE EN DIE**

Dès les années 1990, des dispositions relatives au genre ont été incorporées au sein d'instruments internationaux environnementaux, tant dans des textes de « droit souple » (déclarations, chartes, programmes d'action) que dans des conventions de portée sectorielle concernant un domaine spécifique de la protection environnementale (biodiversité, forêts, lutte contre la désertification, déchets, climat). L'analyse d'une vingtaine d'instruments internationaux<sup>22</sup> a permis d'identifier des

---

<sup>20</sup> Voir les ouvrages : A. Rochette, « Le droit international de l'environnement est-il en crise ? Une perspective féministe » in L. Langevin (ed.), *Rapports sociaux de sexe /genre : repenser le droit* : Éditions des archives contemporaines, 2008 ; A.-S. Tabau, « Féminismes et droit international de l'environnement » in *Féminisme(s) et droit international, Études du Réseau Olympe* : Collection de l'ISGPS, vol.39, 2016, pp. 443-447 ; C. Joyner et G. Little., « It's not nice to fool Mother Nature ! The Mystique of Feminist Approaches to International Environmental Law », *Boston University International Law Journal*, 1996, vol.14, n°2, pp.223-266.

<sup>21</sup> H. Charlesworth., *Sexe, genre et droit international* : Pedone, 2013. Ouvrage en français regroupant plusieurs articles.

<sup>22</sup> Pour les textes de droit souple : ONU, *Stratégies prospectives d'action de Nairobi pour la promotion de la femme*, 3<sup>ème</sup> conférence mondiale sur les femmes, 1985 ; Commission mondiale sur l'environnement et de développement de l'ONU, *Rapport Bruntland*, « *Notre avenir à tous* », Avril 1987 ; ONU, *Agenda 21*, Conférence de Rio de Janeiro (CNUED 1992a), 3-14 juin 1992 ; ONU, *Déclaration de Rio*, Conférence de Rio de Janeiro (CNUED 1992d), 3-14 juin 199 ; ONU, *Déclaration de principes sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de*

invariants mais aussi des dissemblances dans la formulation des dispositions, et partant, de proposer une typologie de ces dispositions selon leur objet. Si certaines dispositions tendent à différencier juridiquement les femmes des hommes, en affirmant la spécificité des expériences féminines face à la dégradation de l'environnement (A), d'autres au contraire entendent promouvoir une égalité de traitement des hommes et des femmes (B).

#### A. Différencier

Certaines dispositions invitent à reconnaître l'impact particulier de la dégradation de l'environnement sur les femmes (a) quand d'autres affirment positivement leur rôle vital dans la protection de l'environnement (b).

##### a. *Reconnaître l'impact particulier de la dégradation de l'environnement sur les femmes : un objectif de protection*

Quelques dispositions juridiques reconnaissent l'existence d'un impact différencié de la dégradation de l'environnement selon le genre. Dans les textes étudiés, cette différenciation ne renvoie toutefois qu'aux effets spécifiques sur les femmes, sans mentionner les hommes ou les minorités de genre. Ainsi, certains textes soulignent que les femmes seraient « *sérieusement affectées* »<sup>23</sup> ou « *exposées* »<sup>24</sup> aux dégradations de l'environnement. D'autres affirment que ces dégradations auraient un « *effet préjudiciable sur la vie des femmes* »<sup>25</sup> ou qu'elles causeraient « *des impacts souvent*

---

*forêts*, Conférence de Rio de Janeiro (CNUED 1992e), 3-14 juin 1992; PIED, *Déclaration de la Barbade*, Conférence mondiale du développement durable des petits États insulaires en développement, 1994; ONU, *Déclaration et Programme d'action de Beijing*, quatrième conférence mondiale sur les femmes, Beijing, 4-15 septembre 1995; ONU, *Charte de la Terre*, adoptée par la Commission de la Charte de la Terre, 2000; Association de droit international (70<sup>e</sup> conférence), *Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable*, New Delhi (Inde), 2002; ONU, *Déclaration de Johannesburg sur le développement durable*, Sommet mondial pour le développement durable « Rio+10 », Johannesburg, 26 août- 4 septembre 2002; ONU, *Déclaration Rio+20*, « *L'avenir que nous voulons* », Conférence des nations unies sur le développement durable, 20-22 juin 2012; UICN, Draft « *International Covenant on Environment and Development* », 27 septembre 2015; UICN, *Déclaration mondiale sur l'État de droit environnemental*, 1er Congrès Mondial du Droit de l'Environnement de l'IUCN, document final, 29 Avril 2016.

Pour les traités et conventions : *Convention sur la diversité biologique*, Conférence de Rio de Janeiro (CNUED 1992), 1992; *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, New York, 09 mai 1992; *Convention-cadre sur la lutte contre la désertification*, New York, 1994; *Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants*, Stockholm, 22 mai 2001; *Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes en Afrique*, Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples, Maputo, 2003; *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique*, Nagoya, 22 octobre 2010; *Accord de Paris*, Conférence de Paris sur le climat (COP21), Paris, 12 décembre 2015.

<sup>23</sup> *Stratégies prospectives d'action de Nairobi pour la promotion de la femme* (1985), §24.

<sup>24</sup> *Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants* (2001), Préambule.

<sup>25</sup> Agenda 21 (1992), §24.6.

*disproportionnés* »<sup>26</sup> sur elles. Dans le cadre de la CCNUCC, quelques décisions de la Conférence des Parties appellent à prendre en considération les femmes comme un groupe « *vulnérable* » face au changement climatique.<sup>27</sup> La majorité des textes ne font pas de distinction entre les femmes, à l'exception du plan Action 21 et des Stratégies prospectives d'action de Nairobi pour la promotion de la femme (1985) qui visent spécifiquement les femmes pauvres vivant dans des zones rurales touchées par la sécheresse. En outre, si le préambule de l'Accord de Paris évoque comme objectif « *l'autonomisation des femmes* », celles-ci ne sont mentionnées qu'après une longue énumération de groupes minoritaires – peuples autochtones, communautés locales, migrants, enfants, personnes handicapées – et de personnes dites « *en situation vulnérable* », ce qui a pour effet d'assimiler les femmes à ces groupes « *vulnérables* »<sup>28</sup>.

Ces dispositions reflètent en partie la littérature sur le sujet « *femmes et développement* »<sup>29</sup>. Le rapport du PNUE publié en 2011<sup>30</sup> souligne ainsi que la vulnérabilité des femmes face au changement climatique dans certaines sociétés tient à leur marginalisation économique et sociale, à leur exclusion des processus décisionnels et du droit de propriété et à la persistance de stéréotypes de genre<sup>31</sup>. Les conséquences différenciées du changement climatique s'expliquent aussi par la *division sexuée du travail*<sup>32</sup>, c'est à dire la répartition entre les hommes et les femmes des activités relatives à l'agriculture et à la gestion des ressources naturelles. La raréfaction des ressources naturelles contraint les femmes à modifier leur quotidien : elle augmente notamment les distances parcourues pour accéder à l'eau, aux plantes, au bois de chauffage, des tâches souvent considérées comme féminines<sup>33</sup>. Ce difficile accès aux ressources se fait au détriment de leur santé, tandis que l'accès aux soins et aux services manque cruellement dans certaines régions. Le rapport du PNUE évoque

---

<sup>26</sup> Déclaration mondiale sur l'État de droit environnemental (2016), Principe 8.

<sup>27</sup> B. Burns et J. Patouris, « United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) Decisions and Conclusions : Existing mandates and entry points for Gender Equality », in *Technical Guide for COP20*, Lima, (WEDO, IUCN, GGA), pp. V et VIII.

<sup>28</sup> Accord de Paris (2015), préambule: « Conscientes que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière et que, lorsqu'elles prennent des mesures face à ces changements, les Parties devraient respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'Homme, le droit à la santé, les droits des peuples autochtones, des communautés locales, des migrants, des enfants, des personnes handicapées et des personnes en situation vulnérable et le droit au développement, ainsi que l'égalité des sexes, l'autonomisation des femmes et l'équité entre les générations ».

<sup>29</sup> Annie Rochette, *op.cit.*, pp.170-171, sur l'explication des différentes approches.

<sup>30</sup> PNUE, *Women at the frontline of climate change: Gender risks and hopes. A Rapid Response Assessment*, *op.cit.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, p.6.

<sup>32</sup> D. Kergoat, « Division sexuelle du travail et rapports sociaux de sexe », in *Dictionnaire critique du féminisme* : PUF, 2000, p.35-44, sur le concept de division sexuée du travail ou division « sexuelle » du travail.

<sup>33</sup> PNUE, *op.cit.*, p. 30.

également des pratiques discriminatoires en matière de distribution alimentaire au sein des foyers ou des communautés. De manière très concrète, les femmes seraient aussi plus nombreuses à périr lors de catastrophes naturelles et ce pour un ensemble de raisons : parce que les techniques de « survie » ne leur sont traditionnellement pas apprises dans certaines régions (on ne leur apprend pas à nager ou à grimper aux arbres par exemple) ou parce qu'elles doivent demander l'autorisation à un homme pour sortir de la maison<sup>34</sup>. Plus encore, le réchauffement climatique et les catastrophes qu'il engendre *exacerberait* les inégalités de genre<sup>35</sup>. A la suite d'une catastrophe naturelle, les femmes vont ainsi être particulièrement exposées aux violences et au trafic d'êtres humains<sup>36</sup>. Les réseaux criminels organisés vont en effet profiter de l'éclatement des cellules familiales et communautaires ainsi que du relâchement des contrôles sociaux qui régulent ordinairement les comportements, pour exploiter les femmes. De plus, l'insécurité physique et économique dans laquelle peuvent se retrouver les femmes après un désastre écologique, peuvent les pousser à accepter les offres des trafiquants, qui leur font miroiter des emplois rémunérés<sup>37</sup>.

Ces éclaircissements apportés, quel type d'obligation juridique ces dispositions pourraient-elles faire naître ? Dans sa thèse, Marion Blondel explique que les textes de droit international faisant référence à la vulnérabilité de l'individu ont pour finalité d'assurer sa *protection*<sup>38</sup>. A défaut de plus de précisions dans les textes, il reviendrait au juge international de décider des moyens permettant de rendre cette protection adaptée et effective<sup>39</sup>. La progressive prise en compte du concept de vulnérabilité en droit international témoignerait selon Marion Blondel « *d'une conception juridique renouvelée de l'individu*<sup>40</sup> », reconnaissant l'individu dans sa singularité et non comme un être neutre ou « désubstantialisé<sup>41</sup> ». Suivant ce raisonnement, souligner l'impact de la dégradation de l'environnement sur certaines femmes renverrait à une exigence particulière de protection. Cependant, les textes de DIE, contrairement au régime des droits de l'homme, ne semblent pas créer de réelle obligation de protection à la charge

---

<sup>34</sup> PNUE, *op.cit.*, p.20.

V. aussi E. Neumayer et T. Plumper, « The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy, 1981-2002 » in *Annals of the Association of American Geographers*, 2007, n° 97, pp.551-566, qui démontrent clairement que plus la catastrophe naturelle est grave, plus l'impact est important sur l'espérance de vie des femmes, comparativement à celle des hommes.

<sup>35</sup> Brody et al., *op.cit.*, p.2.

<sup>36</sup> PNUE, *op.cit.*, p.46.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp.46-48.

<sup>38</sup> Marion Blondel, *La personne vulnérable en droit international*, Université de Bordeaux, 2015, p.17. Thèse sous la direction de A-M. Tournepiche et S. Sana-Chaillé de Néré, soutenue à Bordeaux le 3 décembre 2015.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p.253.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p.19.

des Etats. Seule la mise en place de quelques actions concrètes sont suggérées aux Etats par quelques textes, à l'instar des programmes d'action de Beijing et Action 21 qui les invitent à encourager la recherche et la collecte de données portant sur « *les effets de la dégradation de l'environnement, en particulier de la sécheresse, de la désertification, des produits chimiques toxiques et des conflits armés sur les femmes*<sup>42</sup> », en ciblant notamment « *les femmes ayant de faibles revenus, les femmes autochtones et les femmes appartenant à des minorités*<sup>43</sup> ».

b. *Affirmer le rôle vital joué par les femmes dans la gestion et la préservation de l'environnement*

Si seulement quelques textes internationaux reconnaissent l'impact différencié de la détérioration de l'environnement, un plus grand nombre affirme et reconnaît de manière positive le rôle central joué par les femmes dans la gestion et la préservation de l'environnement. Le Principe 20 de la Déclaration de Rio énonce ainsi clairement que « *les femmes ont un rôle vital dans la gestion de l'environnement et le développement* ». Les autres textes emploient une collection de synonymes, évoquant leur rôle « *important* »<sup>44</sup>, « *capital* »<sup>45</sup>, « *essentiel* »<sup>46</sup> ou « *de premier plan* »<sup>47</sup>. Certains, comme la Déclaration de la Barbade, évoquent un rôle général des femmes quand d'autres précisent qu'elles jouent un rôle « *dans la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique* »<sup>48</sup> ou « *dans la réalisation d'un développement durable* »<sup>49</sup>.

Donnons d'abord quelques éléments de contexte. Dans de nombreuses sociétés, et en particulier dans les milieux ruraux, les femmes jouent un rôle clef dans la production agricole et les activités de subsistance des foyers. Les études montrent que les femmes en Afrique sub-saharienne sont responsables de 75% de la production de nourriture des ménages<sup>50</sup>. Ce chiffre serait de 65% en Asie, bien que ce travail souvent non-payé et informel soit difficilement quantifiable<sup>51</sup>. Dans certaines régions, comme au Népal,

---

<sup>42</sup> Action 21 (1992), §24.8.c.

<sup>43</sup> Programme d'action de Beijing (1995), §256(c).

<sup>44</sup> Convention-cadre sur la lutte contre la désertification (1994), préambule ; Déclaration de la Barbade (1994), art.I.3

<sup>45</sup> Convention sur la diversité biologique (1992), Préambule.

<sup>46</sup> Déclaration Rio+20 « *L'avenir que nous voulons* » (2012), §45 ; Déclaration mondiale sur l'Etat de droit environnemental (UICN, 2016), Principe 8.

<sup>47</sup> Déclaration Rio+20 « *L'avenir que nous voulons* » (2012), §45.

<sup>48</sup> Convention sur la diversité biologique (1992), Préambule.

<sup>49</sup> Déclaration Rio+20 « *L'avenir que nous voulons* » (2012), §45 ; Déclaration mondiale sur l'Etat de droit environnemental (2016), Principe 8.

<sup>50</sup> PNUE, *op.cit.*, p. 30.

<sup>51</sup> FAO, *Gender dimensions of agricultural and rural development: differentiated pathways out of poverty*, 2010a.

on observe même une féminisation des pratiques agricoles, les hommes étant contraints de migrer vers les villes pour chercher du travail<sup>52</sup>. Les femmes peuvent s'occuper du petit bétail, de la cueillette, de l'approvisionnement en eau, en bois de chauffage, de la préparation des végétaux, des activités de cuisine et de ménage, même si leurs tâches varient évidemment selon les contextes géographiques et culturels. Elles peuvent ainsi avoir une grande influence sur les décisions relatives aux modes de consommation viables, à la réduction des déchets ou au recyclage. Ce rôle va de pair avec une connaissance avancée de leurs écosystèmes et en particulier certains savoir-faire très spécifiques<sup>53</sup>. En outre, ayant moins accès que les hommes aux technologies modernes telles que les semences améliorées, les engrais, les pesticides et les outils mécaniques, les femmes développent des stratégies d'adaptation concrètes pour faire face aux conséquences du changement climatique : diversification de l'agriculture, nouvelles techniques d'élevage mais aussi développement de petites infrastructures pour empêcher les crues<sup>54</sup>.

Il ne s'agit plus tant ici de protéger les femmes en tant que groupe vulnérable mais de reconnaître et valoriser leurs savoirs et leurs expériences. Or, dans un sens faible, « reconnaître » peut simplement signifier « admettre », « accepter pour vrai ». En ce sens, aucune obligation ne serait créée à la charge des États. De manière plus créative, on pourrait imaginer que cette reconnaissance du rôle des femmes appelle les États à prendre des mesures à la fois pour *préserver* leurs connaissances et savoir-faire traditionnels mais aussi pour *encourager* leurs actions. Le régime des droits de l'homme et en particulier des droits culturels et sociaux, peut s'avérer source d'inspiration. En effet, les instruments relatifs aux droits culturels consacrent non seulement un droit de chaque individu de participer à la vie culturelle<sup>55</sup> mais aussi, depuis la Déclaration de Vienne de 1993, un devoir des États de respecter la diversité culturelle<sup>56</sup>. Ces droits culturels peuvent être étroitement liés au rapport à l'environnement<sup>57</sup>. Reste que le droit positif n'en est pas à un tel degré de créativité, à l'exception peut-être du Protocole de Maputo qui prévoit que « les États prennent les

---

<sup>52</sup> PNUE, *op.cit.*, p.30.

<sup>53</sup> Rochette, *op.cit.*, p. 176, sur les savoir-faire liés à « la lutte contre les ravageurs, la conservation des sols et la valorisation et l'utilisation des ressources zoo- et phyto-génétiques ».

<sup>54</sup> M. A. Baten et N. A. Khan, *Gender Issue in Climate Change Discourse: Theory versus Reality*: Unnayan Onneshan, Dhaka, 2010, p. 8.

<sup>55</sup> Déclaration Universelle des droits de l'homme (1948), art.48 ; Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 15.

<sup>56</sup> Voir en ce sens : Déclaration de Vienne (1993), art.5.5 et art.19 ; Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle (2001).

<sup>57</sup> E. Polymenopoulou, « Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice », in *Leiden Journal of International Law* : Cambridge, 27.2, 2014, pp. 447-464, sur les affaires dans lesquelles la CIJ a apprécié les droits culturels en tenant compte de considérations environnementales. Par exemple : *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136.

*mesures nécessaires pour : (...) c) favoriser et protéger le développement de la connaissance des femmes dans le domaine des technologies indigènes<sup>58</sup> ». En dehors de ce texte, seuls les programmes Action 21 (Annexe IV) et de Beijing insistent, d'une part, sur la mise en place de « programmes et matériels pédagogiques » afin que « le rôle des femmes soit mis en valeur<sup>59</sup> » et, d'autre part, sur la nécessité de renforcer ce rôle en supprimant certaines barrières à la participation des femmes, par exemple en « leur ouvrant l'accès à une formation, à la terre, aux ressources naturelles et aux facteurs de production, au crédit, à des programmes de développement et à des structures coopératives<sup>60</sup> ».*

## B. Mettre sur un pied d'égalité

D'autres dispositions insistent au contraire sur la nécessité d'assurer la participation des femmes aux prises de décisions concernant l'environnement (a) et de prendre en compte et promouvoir de manière générale un objectif d'égalité des sexes (b). Ces approches, caractéristiques du « *gender mainstreaming* », visent une égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et ne distinguent les femmes que temporairement en vue d'atteindre cet objectif d'égalité.

### a. Assurer la pleine participation des femmes aux prises de décisions environnementales

Une partie des dispositions analysées affirment la nécessité d'assurer et d'encourager la participation des femmes. Cette participation peut être prévue de manière très générale, comme c'est le cas dans la Déclaration de Rio qui évoque la participation essentielle des femmes à « *la réalisation d'un développement durable<sup>61</sup> »*. En ce sens, le développement durable doit être inclusif, c'est-à-dire à la fois *bénéficiaire* à tous et *assurer la participation* de tous<sup>62</sup>. La majorité des textes sont cependant plus spécifiques et prévoient une participation des femmes à *tous les niveaux de décisions politiques* : du local au national et de la planification à la mise en œuvre des politiques environnementales<sup>63</sup>. Enfin, certains textes appellent à une participation *transversale* des femmes, c'est-à-dire dans tous les domaines de la société, pas seulement ceux qui concernent l'environnement<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> Protocole de Maputo (2003), art. 18(c).

<sup>59</sup> Action 21 (1992), §24.2.e.

<sup>60</sup> Programme d'action de Beijing (1995), §241.

<sup>61</sup> Déclaration de Rio (1992), Principe 20.

<sup>62</sup> Déclaration Rio+20, « *L'avenir que nous voulons* » (2012), §31.

<sup>63</sup> Déclaration de principes sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts (1992), art. 2.d. ; Convention sur la diversité biologique (1992), préambule ; Convention-cadre sur la lutte contre la désertification (1994), art. 10(f).

<sup>64</sup> L'Agenda 21 pose ainsi comme objectif une « *participation complète des femmes au développement durable et à la vie publique* » et la Déclaration de Johannesburg rappelle que les femmes devraient avoir

En effet, cette participation est loin aujourd'hui d'être une évidence. Les femmes restent sous-représentées dans les instances décisionnelles nationales et dans les processus de négociation des traités<sup>65</sup>. Pour rappeler quelques chiffres, la moyenne de sièges parlementaires occupés par des femmes dans le monde avoisine les 23%<sup>66</sup>. Dans les négociations climatiques internationales, les femmes ne représentent que 30% des délégués et moins de 20% des chefs de délégations<sup>67</sup>. Les femmes seraient également sous-représentées dans d'autres organismes officiels, notamment aux Nations Unies ainsi que dans les métiers d'expertise relatifs à la gestion de l'environnement traditionnellement masculins (ingénierie, sylviculture, sciences « dures »), sans oublier les conseils d'administration des multinationales et des institutions financières.

Comment appréhender juridiquement cet objectif de participation des femmes aux prises de décisions environnementales ? Considérée dans son sens le plus faible, la participation des femmes se traduit par un objectif de *parité* et peut conduire à l'instauration de quotas. Ainsi, de nombreux textes évoquent un objectif de *représentation paritaire* au sein des institutions créées dans le cadre des conventions environnementales, comme par exemples les comités de suivi, les comités d'expert ou le secrétariat. C'est le cas du comité d'expert chargé de faciliter et de contrôler l'application de l'Accord de Paris, dont la composition devra tenir « *compte de l'objectif d'un équilibre entre les sexes*<sup>68</sup> ». Lors de la COP 18 de 2012, la Conférence des Parties a reconnu que malgré les efforts des Parties, les femmes restaient sous-représentées dans les différents organes de la Convention. Le Programme de travail de Lima relatif au genre de 2014, et dans sa lignée, le « Gender action plan » de 2017, vont plus loin en exigeant des États Parties une représentation équilibrée des femmes au sein des délégations nationales<sup>69</sup>. Ces documents prévoient également que le secrétariat de la convention publie des statistiques relatives à cet objectif de parité dans son rapport annuel<sup>70</sup>.

Le concept de participation a également un sens spécifique en droit international de l'environnement. Il s'agit en effet d'un véritable principe du DIE <sup>71</sup>, consacré notamment par la Convention d'Aarhus, adoptée le 25 juin 1998 dans le cadre de la

---

« *les mêmes possibilités de participation et de prise de décisions dans les domaines économique, social et politique* » que les hommes.

<sup>65</sup> Rochette, *op.cit.*, p.180.

<sup>66</sup> Voir les chiffres établis par l'*Inter-Parliamentary Union* sur la base de données fournies par les parlements nationaux au 1<sup>er</sup> mars 2017, disponible en ligne [<http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>]

<sup>67</sup> Chiffres du rapport du Secrétariat, COP 9, 27 août 2013, doc n° FCCC/CP/2013/4

<sup>68</sup> Accord de Paris (2015), Décision, §103.

<sup>69</sup> *Programme de travail de Lima relatif au genre*, 6 décembre 2014, Doc n°FCCC/SBI/2014/L.43/Rev.1, §2; Plan d'action en faveur de l'égalité des sexes, §8.

<sup>70</sup> Programme de Travail de Lima, §4; Plan d'action en faveur de l'égalité des sexes, §11.

<sup>71</sup> Lavieille, *op.cit.*, p. 156, sur la notion de « principe de DIE ».



Commission économique des Nations Unies pour l'Europe. Cette Convention comporte trois piliers devant permettre aux individus de jouir pleinement de leur « droit à l'environnement ». Après un premier pilier relatif à l'information du public, le deuxième concerne la participation : le public doit pouvoir soumettre ses observations, faire valoir son point de vue à propos de toute activité ou décision susceptible d'impacter l'environnement. Cet avis doit être dûment pris en compte par les autorités publiques lors de la prise de décision (sans obligation de le respecter cependant<sup>72</sup>). Au-delà de la participation à des projets ponctuels, le public doit pouvoir participer à la phase d'élaboration des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes pouvant avoir un effet important sur l'environnement<sup>73</sup>. La participation du public implique donc la reconnaissance de droits procéduraux<sup>74</sup> à tous les citoyens et répond à « *la mise en œuvre de l'idéal démocratique et du principe d'égalité des citoyens*<sup>75</sup> ». Quel est alors l'intérêt de créer des dispositions portant *spécifiquement* sur la participation des femmes, pourtant comprises dans le principe général de participation du public ? Partant du constat d'une participation inégale des hommes et des femmes, ces dispositions tendraient à éliminer les obstacles structurels qui s'opposent à la participation pleine et entière des femmes. Ces obstacles peuvent être « *d'ordre constitutionnel, juridique, administratif, culturel, social et économique*<sup>76</sup> » et s'attachent aussi aux stéréotypes et aux comportements. Pour ne parler que des obstacles juridiques, Action 21 recommande aux gouvernements de commencer par ratifier les conventions internationales relatives aux droits des femmes et à l'interdiction des discriminations, comme la CEDAW<sup>77</sup>.

b. *Prendre en compte ou promouvoir l'égalité des sexes*

La dernière catégorie identifiée regroupe les dispositions faisant référence à l'objectif d'*égalité des sexes*, sans différencier hommes et femmes. Certains textes évoquent toutefois, immédiatement après l'objectif d'égalité, celui de l'*autonomisation* » (traduction française d'*empowerment*) ou de l'*émancipation* » des femmes. C'est le cas notamment de la Déclaration de Johannesburg<sup>78</sup>, de la Déclaration « Rio+20<sup>79</sup> », du *draft* de l'UICN<sup>80</sup> et du préambule de l'Accord de Paris. La Déclaration de la

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, art.6.

<sup>73</sup> *Ibid.*, art. 8.

<sup>74</sup> J.-P. Beurrier et A. C. Kiss, *Droit international de l'environnement* : Pedone, 4ème ed, 2010, p. 17, p.125.

<sup>75</sup> M. Bresson, « La participation : un concept constamment réinventé » in *Socio-logos*, 2014/9, mis en ligne le 4 mars 2014, consulté le 2 mai 2017, [<http://socio-logos.revues.org/2817>, p.2]

<sup>76</sup> Action 21 (1992), §24.2(c).

<sup>77</sup> Action 21 (1992), §§24.4 et 24.5.

<sup>78</sup> Déclaration de Johannesburg (2002), §20.

<sup>79</sup> Déclaration Rio+20, « *L'avenir que nous voulons* » (2012), §3.

<sup>80</sup> Draft UICN (2015), Préambule.

Barbade et la Déclaration mondiale sur l'État de droit environnemental font également explicitement référence aux femmes dans les dispositions relatives à l'égalité des sexes. Quelques textes, comme la Charte de la Terre, posent l'égalité des sexes comme *fondement* ou *condition* de la réalisation d'un développement durable. La Déclaration « Rio+20 » souligne l'importance de l'égalité des sexes dans la réalisation d'un développement durable sans pour autant la poser comme une condition de cette réalisation<sup>81</sup>. Enfin, plusieurs textes appellent à *intégrer* l'objectif d'égalité des sexes dans tous les aspects et politiques du développement durable<sup>82</sup>. C'est le cas notamment du « *Plan d'action en faveur de l'égalité des sexes* » élaboré à Bonn.

L'emploi du verbe « *intégrer* » est révélateur d'une approche dite de « *gender mainstreaming* ». Réjane Sénac<sup>83</sup> souligne en effet que le concept est souvent traduit en français par l'expression « *perspective intégrée d'égalité des sexes* » ou « *approche intégrée du genre* ». « *Terme vague aux contenus multiples* <sup>84</sup> », le *gender mainstreaming* est généralement compris comme l'intégration de la *perspective* – ou de *l'approche*<sup>85</sup> – de genre de manière transversale, dans l'ensemble des politiques publiques quel que soit leur domaine et dans l'ensemble de la vie sociale. Il serait devenu un véritable « mantra » dans les discours des organisations internationales et européennes<sup>86</sup>. Dans l'Accord de Paris, cette intégration transversale des questions de genre n'a été faite que partiellement. Dans la partie opérationnelle du texte, l'article 7(5) prévoit en effet que « *que l'action pour l'adaptation devrait suivre une démarche impulsée par les pays, sensible à l'égalité des sexes, participative et totalement transparente (...)* » et l'article 11 affirme que « *le renforcement des capacités (...) devrait (...) représenter un processus efficace, itératif, participatif, transversal et sensible à l'égalité des sexes* ». L'objectif d'égalité des sexes n'est ainsi prévu qu'en matière d'adaptation et de renforcement des capacités, contrairement aux attentes de la *Women Gender Constituency* (WGC) – l'un des neuf groupes officiels ayant le statut d'observateur aux négociations de la CCNUCC, réunissant toutes les associations et ONG impliquées sur les questions de genre – qui souhaitait qu'une perspective de genre soit adoptée dans chaque catégorie d'action couverte par le texte (adaptation, atténuation, financement, transfert des technologies, renforcement des capacités) et

---

<sup>81</sup> Déclaration Rio+20, « *L'avenir que nous voulons* » (2012), §31.

<sup>82</sup> Déclaration de New Delhi (2002), préambule ; Déclaration de Johannesburg (2002), §20 ; Draft UICN (2015), préambule ; Déclaration mondiale sur l'Etat de droit environnementale (2016), Principe 8.

<sup>83</sup> R. Sénac-Slawinski, « Le gender mainstreaming à l'épreuve de sa genèse et de sa traduction dans l'action publique en France » in *Politique européenne*, 2006/3, n° 20, p. 9.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p.10.

<sup>85</sup> *Id.*, sur le rapport produit en 1998 par le Groupe de Spécialiste du Conseil de l'Europe, qui retient l'expression « *approche intégrée de l'égalité* ».

<sup>86</sup> Charlesworth, *op.cit.*, p. 305.

que l'égalité des sexes et la participation des femmes figurent dans la « Partie C », correspondant aux objectifs généraux du traité<sup>87</sup>.

A noter par ailleurs que dans l'immense majorité des textes, y compris l'Accord de Paris, l'expression « *égalité des sexes* » est traduite en anglais par « *gender equality* ». Seule la Charte de la Terre évoque, dans sa version française, « *l'égalité et l'équité des genres*<sup>88</sup> ». Est-ce un choix délibéré ? Il se peut en effet que le caractère polysémique du concept de « genre » rebute les rédacteurs français. Il est également possible que, dans l'esprit des rédacteurs, « sexe » et « genre » s'emploient de manière indifférenciée, ce qui traduirait un manque de familiarité avec ces concepts. Enfin, l'expression « *sensible à l'égalité des sexes* », figurant dans l'Accord de Paris, pose question, d'autant que les versions anglaise et française diffèrent. La version anglaise évoque en effet une approche « *gender-responsive* » – approche visant à promouvoir des politiques égalitaires – alors que l'expression « *sensible à l'égalité des sexes* » correspondrait plutôt à l'expression anglaise « *gender-sensitive* » – qui implique de tenir compte des problématiques de genre. Doit-on simplement y voir une erreur de traduction ou cela reflète-il une volonté d'atténuation de la portée de ces dispositions par le rédacteur français ? En effet, comme le soulignent Burns et Patouris, les expressions *gender-responsive* et *gender-sensitive* ne renvoient pas au même niveau d'exigence<sup>89</sup>.

## **II. DEUX LECTURES D'UN MEME OBJET : QUESTIONNER LA PORTEE NORMATIVE ET L'EFFECTIVITE DES DISPOSITIONS RELATIVES AU GENRE EN DIE**

Les dispositions juridiques relatives au genre sont à ce stade des “Objets Juridiques Non Identifiés” (OJNI), objets normatifs « *dont le caractère juridique est douteux ou controversé, mais qui produisent en pratique ou tentent de produire des effets de régulation* »<sup>90</sup>. Afin d'éclairer leur portée normative et leur capacité réelle à corriger des inégalités de genre en matière environnementale, deux lectures complémentaires sont possibles. Une lecture juridique permet de questionner le caractère contraignant des dispositions relatives au genre en DIE (A). Les théories féministes viennent compléter l'analyse juridique en fournissant des outils conceptuels permettant de mieux saisir les enjeux et les limites de l'intégration du genre en DIE (B).

---

<sup>87</sup> WGC, « Position du Groupe Femmes et Genre sur le nouvel Accord Climat 2015 », 1<sup>er</sup> juin 2015, disponible en ligne [[http://womensgenderclimate.org/wp-content/uploads/2015/06/WGC\\_FINAL\\_FRA.pdf](http://womensgenderclimate.org/wp-content/uploads/2015/06/WGC_FINAL_FRA.pdf)]

<sup>88</sup> Charte de la Terre (2000), Principe 11.

<sup>89</sup> Bridget Burns et Joanna Patouris, « United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) Decisions and Conclusions: Existing mandates and entry points for Gender Equality », *Technical Guide for COP20*, (WEDO, IUCN, GGA), 2014, p. III.

<sup>90</sup> B. Frydman, « Comment penser le droit global ? » in B. Frydman. et J.Y. Cherot (dir.), *La Science du droit dans la globalisation* : Bruylant, coll. « Penser le droit », 2012, vol.15, p.20.

A. La lecture juridique

Afin de déterminer si les dispositions relatives au genre inscrites dans les textes internationaux ont une valeur contraignante pour les Etats ou si, au contraire, elles ne sont que des normes incitatives ou déclaratives, il convient d'examiner un certain nombre d'éléments, et notamment le type de textes dans lesquels ces dispositions se trouvent. Or, il s'avère que les dispositions relatives au genre en DIE sont essentiellement contenues dans des textes de droit souple (a) et, lorsqu'elles sont inscrites dans des conventions internationales, leur caractère contraignant est limité (b).

a. *Des dispositions contenues dans des instruments de droit souple*

Premièrement, le défaut d'effectivité des dispositions juridiques relatives au genre peut s'expliquer par leur prévalence au sein d'instruments de droit souple, non juridiquement contraignants. Les instruments de droit souple constituent, après les traités, les sources les plus fréquentes du droit international de l'environnement<sup>91</sup>. Dans un rapport publié en 2013 et consacré au sujet, le Conseil d'État précise d'ailleurs que le concept de *droit souple* a véritablement émergé dans la branche du droit international, ce qui est compréhensible puisqu'il n'existe pas d'autorité supranationale ayant le pouvoir d'imposer des normes aux États sans leur consentement<sup>92</sup>. Tous les textes de droit souple n'auraient cependant pas la même portée. Les auteurs distinguent généralement ces textes selon leur contenu, leur forme et les organes internationaux qui les émettent.

Tout d'abord, certains textes ont, de par leur contenu, vocation à s'appliquer universellement, comme la Déclaration de Rio qui concerne l'environnement et le développement durable de manière générale. D'autres, au contraire, n'ont qu'une portée sectorielle, comme par exemple la Déclaration de principes sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts, adoptée en même temps que la Déclaration de Rio. La portée de certains instruments est enfin limitée géographiquement, à l'instar de la Déclaration de la Barbade qui ne concerne que les États insulaires. Si l'on s'attache à la forme des textes, on note que les dispositions relatives au genre sont souvent contenues dans des « programmes » ou « plans d'action<sup>93</sup> », qui proposent des actions concrètes à mettre en œuvre par une série d'acteurs, étatiques comme non-étatiques, ou dans des déclarations de principes, comme la Déclaration de Rio, qui formulent des lignes générales à suivre et expriment

---

<sup>91</sup> P.-M. Dupuy et J. Viñuales, *Introduction au droit international de l'environnement* : Bruylant, 2015, p.228.

<sup>92</sup> Conseil d'État, Rapport « *Le droit souple* », 2013, p.24.

<sup>93</sup> Agenda 21, Programme d'Action de Beijing, Plan d'action en faveur de l'égalité des sexes.

« des valeurs sociales<sup>94</sup> » sur lesquelles les États sont prêts à s'accorder... mais pas nécessairement à s'obliger.

En ce qui concerne les institutions élaborant des instruments de droit souple, Jean-Pierre Beurier estime que seuls le Conseil de sécurité de l'ONU, l'OCDE et la Communauté européenne sont susceptibles d'émettre des résolutions, décisions ou directives en matière environnementale ayant caractère obligatoire pour les États membres. A ce jour, aucun de ces trois organes n'a semble-t-il émis de résolution obligatoire qui lierait les questions de genre au thème environnemental<sup>95</sup>. Il semble par ailleurs que les déclarations rendues à l'issue de conférences intergouvernementales revêtent une importance particulière puisqu'elles traduisent directement la volonté des différents États souverains présents à la conférence, à l'image de la Conférence de Rio de 1992. Ne sous-estimons pas pour autant la portée d'instruments de droit souple adoptés par d'autres types d'organisation<sup>96</sup>. Ainsi, le projet « *International Covenant on Environment and Development* » (2015) de l'Union Internationale de Conservation de la Nature (UICN) – ONG internationale composée de diverses ONG, de ministères et d'agences gouvernementales<sup>97</sup> – peut être source d'inspiration pour de futurs traités. Il a notamment inspiré le projet de Pacte mondial pour l'environnement, actuellement discuté aux Nations Unies qui, s'il était adopté, consacrerait pour la première fois dans un traité un ensemble de droits et de devoirs relatifs à l'environnement, à l'image des deux Pactes de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels.

Ainsi, la portée des dispositions juridiques relatives au genre peut varier selon les textes de droit souple dans lesquelles elles sont contenues. Si l'on considère tous ces critères conjointement, c'est sans doute le Principe 20 de la Déclaration de Rio qui a la plus grande portée normative. Cependant, la surreprésentation des dispositions relatives au genre dans des textes de *soft law* ne doit pas nous conduire à trop amoindrir leur importance, celles-ci pouvant permettre de faire émerger progressivement un consensus sur la question et pavant la voie vers l'adoption de normes juridiquement contraignantes.

b. *Des dispositions conventionnelles au caractère contraignant limité*

Quelques conventions internationales et traités, textes destinés à produire des effets juridiques<sup>98</sup>, contiennent également des dispositions relatives au genre. Cependant,

---

<sup>94</sup> Beurier, *op.cit.*, p.76.

<sup>95</sup> L'OCDE a toutefois publié des rapports. Voir par exemple le rapport intitulé « Liens entre pauvreté, environnement et égalité homme-femme », dossiers du CAD, vol.2, n°4, 2001, disponible en ligne [<http://www.oecd.org/fr/social/femmes-developpement/1960498.pdf>]

<sup>96</sup> Dupuy et Viñuales, *op.cit.*, pp.59-60.

<sup>97</sup> Beurier, *op.cit.*, p. 117.

<sup>98</sup> P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public* : Dalloz, 2014. p. 299.

ces instruments ont généralement un caractère sectoriel : ils ne concernent qu'une sphère spécifique de la protection de l'environnement – climat, déchets, biodiversité –, et sont souvent dotés de leur propre administration. Parmi les instruments analysés, on peut ainsi citer la Convention-cadre contre la désertification, la Convention sur la diversité biologique, la CCNUCC ou l'Accord de Paris. Cette segmentation est révélatrice des défaillances<sup>99</sup> du droit international de l'environnement. En effet, comme l'évoquent Dupuy et Viñuales, le DIE est sans doute la branche la plus « désarticulée<sup>100</sup> » du droit international, recouvrant des domaines très variés et en constante évolution<sup>101</sup>. Son caractère technique ajoute à son manque de lisibilité. De plus, le foisonnement institutionnel<sup>102</sup> comme conventionnel caractérisant le DIE – plus de 1300 accords environnementaux multilatéraux sont recensés à ce jour – peut conduire à des problèmes de cohérence entre les textes<sup>103</sup> et de coordination entre les organes chargés de veiller au respect des engagements.

Par ailleurs, les dispositions relatives au genre figurent souvent dans les préambules<sup>104</sup>, qui ne possèdent pas de force obligatoire. Le préambule constitue néanmoins un élément d'interprétation du traité<sup>105</sup> et peut permettre de déterminer son contexte « interne », autrement dit l'état d'esprit, l'intention des parties lors de l'adoption du traité. Ainsi par exemple, les dispositions contenues dans la Décision précédant l'Accord de Paris ne sont pas contraignantes en elles-mêmes, mais leur interprétation sera importante en ce qu'elle viendra préciser et opérationnaliser les dispositions de l'Accord<sup>106</sup>. La réitération d'une norme, même au sein de préambules, peut en outre révéler l'*opinio juris* des Etats.

En ce qui concerne la terminologie employée, seules les dispositions contenues dans la Convention-cadre sur la lutte contre la désertification semblent créer de véritables obligations à la charge des Etats. En effet, leur caractère contraignant est exprimé à

---

<sup>99</sup> Lavielle, *op.cit.*, p.141.

<sup>100</sup> Dupuy et Viñuales, *op.cit.*, p.5.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>102</sup> De nombreuses institutions ont en effet été créées pour assurer le respect des textes internationaux, avec des rôles respectifs plus ou moins bien définis : Programme des Nations Unies pour le développement, Commission de développement durable, Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, Fond pour l'environnement.

<sup>103</sup> Institut de droit international (IDI), *Procédures d'adoption et de mise en œuvre des règles en matière d'environnement*, Résolution du 4 septembre 1997, RBDI, n°1997/2 : « le développement du droit international de l'environnement s'est effectué d'une manière non coordonnée, se traduisant par des doubles emplois, des incohérences et des lacunes ».

<sup>104</sup> Convention-cadre sur la lutte contre la désertification (1994), Convention sur la diversité biologique (1992), Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (2001), Accord de Paris (2015).

<sup>105</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités (ONU), 23 mai 1969, art.31§2.

<sup>106</sup> S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, « L'accord de Paris : fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-obscur ? » in *Revue juridique de l'environnement*, 2016/1, p.27.

travers l'emploi du verbe « devoir » au présent de l'indicatif, ou d'un synonyme. Ainsi, au titre de l'article 5 de la convention, les Etats « *s'engagent à sensibiliser* » les femmes et à « *faciliter leur participation* » à l'action menée contre la désertification. L'article 10 prévoit quant à lui que les programmes d'action nationaux « *doivent prévoir* » cette participation. La rédaction de la Convention de Stockholm crée en comparaison des obligations plus souples puisque, au titre de cette Convention, chaque État, « *dans la mesure de ses moyens, favorise et facilite* » l'élaboration de programmes d'éducation et de sensibilisation à l'intention des femmes<sup>107</sup>. De la même façon, l'emploi du conditionnel dans l'Accord de Paris relativise grandement la portée des obligations relatives au genre<sup>108</sup>.

D'autres éléments peuvent venir relativiser le caractère contraignant des dispositions relatives au genre<sup>109</sup>. L'interprétation de ces dispositions pourrait notamment entrer en contradiction avec d'autres obligations consacrées par un traité ou avec des principes généraux de DIE. Par exemple, le Principe des responsabilités communes mais différenciées (PRCMD), qui se fonde sur la constatation que les pays ont atteint des stades différents de développement et qu'ils ont contribué et contribuent à des degrés variables à la dégradation de l'environnement, implique une différenciation des obligations entre les États<sup>110</sup>, se traduisant par des obligations moins contraignantes, des délais assouplis ou des mécanismes institutionnels prévoyant une assistance financière ou technologique envers certains pays<sup>111</sup>. L'Accord de Paris doit ainsi être appliqué conformément au PRCMD, principe qui structure véritablement l'Accord<sup>112</sup>. En ce sens, les dispositions relatives au genre contenues dans l'Accord devront tenir compte du PRCMD. Deux hypothèses peuvent alors être envisagées. Négativement, le PRCMD pourrait permettre à certains pays de relativiser et d'amoinrir la portée de leurs obligations liées à l'objectif d'égalité des sexes au motif par exemple qu'ils auraient d'autres besoins prioritaires, qu'ils n'auraient pas les moyens de mettre en place des politiques égalitaires ou encore que leurs spécificités culturelles se heurteraient à la vision de l'égalité femme-homme promue à l'échelle internationale.

---

<sup>107</sup> Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (2001), art. 10.

<sup>108</sup> Accord de Paris (2015), art. 7(5) : « Les Parties reconnaissent que l'action pour l'adaptation devrait suivre une démarche impulsée par les pays, sensible à l'égalité des sexes... ».

<sup>109</sup> Pour une analyse plus complète, il conviendrait également d'étudier dans quelle mesure les dispositions relatives au genre en DIE se sont vu reconnaître un effet direct en droit national, et sont donc invocables par les justiciables. La question des réserves émises par les États lors de l'adoption d'un traité est également intéressante. Rappelons à ce sujet que la CEDAW est l'instrument relatif aux droits humains contenant le plus de réserves, dont certaines sont d'ailleurs illicites en ce qu'elles portent sur des principes fondamentaux de la CEDAW comme l'interdiction de la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ces formes.

<sup>110</sup> S. Maljean-Dubois et P. Moraga, « Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans le régime international du climat », in *Les Cahiers de droit*, vol. 55, n°1, mars 2014, pp. 83-112.

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> Accord de Paris (2015), art.2.2 : « Le présent Accord sera appliqué conformément à l'équité et au principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents. »

De manière plus positive, le PRCMD peut permettre d'encourager la coopération entre pays dans la réalisation de cet objectif d'égalité. Le Programme de Lima encourage ainsi les Parties à appuyer les activités de formation et de sensibilisation à l'intention des pays les plus touchés par le changement climatique.

## B. La lecture féministe

L'effectivité d'une norme juridique peut s'expliquer par des critères juridiques, liés au caractère contraignant ou non de la norme, mais aussi, dans un sens plus général, par sa capacité à atteindre sa cible et à régler le problème pour lequel elle a été élaborée. Les études de genre et les différents courants féministes offrent en ce sens des grilles de lecture riches et contrastées, utiles pour mesurer l'étendue du débat. Certaines féministes plaident pour que les questions relatives au genre soient intégrées de manière transversale (*gender mainstreaming*), quand d'autres souhaiteraient au contraire que ces problématiques fassent l'objet de textes ou d'institutions spécifiques (a). De la même façon, alors que les mouvements féministes ont contribué à mettre en avant sur la scène internationale le rôle des femmes dans la protection de l'environnement, d'autres s'inquiètent du risque d'essentialisme inhérent à toute association entre les femmes et la nature (b). Enfin, les théories féministes intersectionnelles alertent contre les dangers de discours désignant les femmes comme une catégorie universelle (c).

### a. *L'égalité partout ? Les limites du gender mainstreaming*

Précisons d'abord, pour la clarté du propos, les contours du concept de « *gender mainstreaming* » et de son concept adverse, le « *sidestreaming* ». Le concept de *gender mainstreaming* fut d'abord développé dans le cadre des Nations Unies. On considère généralement que la première définition du concept a été donnée par la Déclaration de Beijing<sup>113</sup>. Le concept a été ensuite particulièrement appliqué dans le cadre de l'Union européenne<sup>114</sup>. En effet, le traité d'Amsterdam prévoit que « *pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes* »<sup>115</sup>. Réjane Sénac indique que la définition et l'interprétation de ce concept sont cependant très discutées et ce, aussi bien dans le champ de la théorie féministe que de la théorie juridique. Plus qu'un « *engagement juridique* » pour les États, il s'agirait surtout d'un « *nouvel*

---

<sup>113</sup> Déclaration de Beijing, §105 : « *Governments and other actors should promote an active and visible policy of mainstreaming a gender perspective in all policies and programmes, so that, before decisions are taken, an analysis is made of the effects for women and men, respectively.* ». L'article 105 a été traduit de la manière suivante en français : « *Les gouvernements et les autres acteurs devraient intégrer explicitement la problématique hommes-femmes dans leurs politiques et programmes, c'est-à-dire mesurer avant toute décision, ses éventuels effets sexospécifiques.* »

<sup>114</sup> S. Jacquot, « Le *gender mainstreaming* et l'Union européenne : de l'égalité d'impact des politiques publiques à l'impact sur les politiques d'égalité », in *Lien social et politique*, 2013/1, n°69, p.4.

<sup>115</sup> Traité d'Amsterdam, UE, 2 octobre 1997, art.3.2. Cité par Jacquot, *op.cit.*, p.3.



*instrument d'action publique*<sup>116</sup> » dont la mise en œuvre implique une diversité d'acteurs dans une multitude de secteurs.

Au *gender mainstreaming*, Hilary Charlesworth oppose le *sidestreaming* que l'on pourrait traduire par « spécialisation » en français<sup>117</sup>. Elle définit le phénomène de *sidestreaming* en droit international comme la création d'institutions et d'instruments qui s'intéressent spécifiquement aux droits des femmes ou à l'égalité des genres<sup>118</sup>. La CEDAW et les différentes institutions créées dans le cadre de cette Convention constituent des exemples types de ce phénomène de spécialisation en droit international. Le *sidestreaming* présente l'avantage de rendre visible sur la scène internationale les problèmes auxquels les femmes sont confrontées. En effet, si les individus ont été progressivement reconnus comme des sujets du droit international – au travers du régime des droits de l'Homme et du droit pénal international – les droits de l'Homme ont été conçus de manière universelle : tous les êtres humains, sans distinction, possèdent des droits naturels et inaliénables. Les problèmes auxquels les femmes seraient spécifiquement confrontées seraient alors « dilués » dans le discours général des droits humains<sup>119</sup>. Cependant, le *sidestreaming* ne s'est pour le moment pas révélé efficace selon Hilary Charlesworth. Au contraire, il semblerait qu'il conduise dans la pratique à l'élaboration de textes « fragiles » et à la création d'institutions manquant de ressources et très féminisées dans leur composition. La CEDAW en est là encore le meilleur exemple<sup>120</sup>, comme en témoignent notamment ses mécanismes de contrôle particulièrement peu contraignants. Cela aurait pour effet pervers de *marginaliser* les droits des femmes au sein du système du droit international, de les « *ghettoïser*<sup>121</sup> ». Le *gender mainstreaming* présenterait finalement l'avantage d'éviter ce phénomène de ghettoïsation en permettant aux questions de genre d'infiltrer l'ensemble des sphères du droit international et des politiques relatives à l'environnement.

Peut-on véritablement parler d'une tendance au *gender mainstreaming* en DIE ? Oui, car l'analyse des instruments contenant des dispositions relatives au genre montre clairement qu'aucun d'eux n'a spécifiquement pour objet « les femmes et l'environnement ». Les dispositions analysées témoignent d'une volonté d'intégration des questions de genre dans l'ensemble des textes du DIE et dans l'ensemble des champs couverts par chaque texte. Les trois Conventions de Rio sont ainsi révélatrices

---

<sup>116</sup> Jacquot, *op.cit.*, p.4.

<sup>117</sup> Charlesworth, *op.cit.*, p.12.

<sup>118</sup> *Id.*

<sup>119</sup> *Ibid.*, pp. 59-95.

<sup>120</sup> Site internet, OHCHR, sur les membres actuels à la CEDAW [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Membership.aspx>]

<sup>121</sup> L. Reanda, « The Commission on the Status of Women » in P. Alston (dir.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*: Oxford University Press, 1992, p. 274. Citée par H. Charlesworth, *op. cit.*, p.108.

d'une perspective de *gender mainstreaming*<sup>122</sup>. Toutefois, une étude analysant les différents rapports et programmes d'actions nationaux (« *reporting instruments* ») émis par les États dans le cadre de ces trois Conventions, révèle que les États, à quelques exceptions près, échouent à intégrer les questions de genre dans leurs agendas en matière de politique environnementale ou ne les intègrent que de manière fragmentée<sup>123</sup>. Même lorsque les États allouent un budget pour des activités favorisant l'égalité, ce budget reste très faible<sup>124</sup>. Ici réside en effet la première limite de l'approche de *gender mainstreaming* en DIE : il semblerait qu'elle se traduise rarement au niveau national par des politiques environnementales intégrant l'approche de genre.

En sus de cette critique relative à l'inefficacité du *mainstreaming*<sup>125</sup>, d'autres auteurs à l'instar d'Hilary Charlesworth, s'inquiètent d'une « *dé-radicalisation des revendications égalitaires féministes* ». Frédéric Mégret s'interroge également : « *et si le droit international n'avait pris en compte la question des femmes que pour mieux aseptiser la critique féministe ?*<sup>126</sup> ». Le *gender mainstreaming* est en effet souvent associé<sup>127</sup> à un objectif du féminisme dit *modéré, libéral*, ou « *féminisme de gouvernance*<sup>128</sup> ». Le féminisme « modéré » rejette tout traitement différentiel entre hommes et femmes, essentiellement dans la sphère publique, et se traduit par l'interdiction des discriminations. On y oppose classiquement le féminisme « culturel », qui appelle à prendre en compte les voix et les expériences particulières des femmes, et le féminisme « radical », qui pense l'inégalité en termes de domination des hommes sur les femmes. Or, selon Hilary Charlesworth, le féminisme modéré, attaché à *l'égalité de traitement* des hommes et des femmes, échoue à rendre compte des inégalités structurelles et à remettre en cause le système existant<sup>129</sup>. Assurer la parité et la représentation des femmes dans les instances internationales du droit de l'environnement est certes un objectif louable mais l'égalité *réelle* des genres requiert d'aller au-delà et d'adresser les barrières structurelles empêchant la participation des femmes à tous les niveaux de décisions<sup>130</sup>. Au-delà des limites du paradigme de l'égalité formelle, certaines féministes constatent que l'utilisation massive du concept de genre

---

<sup>122</sup> I. Castaneda, C. Aguilar et A. Rand, « Measurement and reporting: important elements of gender mainstreaming in environmental policies », in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2013, vol.22, n°3, p. 673.

<sup>123</sup> *Ibid.*, pp. 674-675.

<sup>124</sup> Par exemple, dans le cadre des programmes d'actions nationaux communiqués dans le cadre de la Convention-cadre sur la lutte contre la désertification, le budget alloué aux activités encourageant le rôle des femmes ne dépasserait pas 3% du budget total des États.

<sup>125</sup> S. Hennette Vauchez, « Préface », in H. Charlesworth, *op.cit.*, p. 13.

<sup>126</sup> Mégret, *op.cit.*, p. 406.

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> L'expression « *governance feminism* » a été utilisée par Janet Haley. Voir Mégret, *op.cit.*, p. 406.

<sup>129</sup> Charlesworth, *op.cit.*, p.105.

<sup>130</sup> Tabau, *op.cit.*, p. 465.

dans les arènes internationales pourrait conduire à sa « dépolitisation<sup>131</sup> ». Le concept de genre, « *absorbé bureaucratiquement*<sup>132</sup> », perdrait alors de son potentiel explicatif et normatif pour se réduire à un synonyme du mot « femmes » ou « sexe », à l'instar des confusions dans la traduction de l'Accord de Paris. En passant sous silence le terme de « genre », on manque l'occasion de se saisir d'un outil conceptuel puissant, permettant d'appréhender la complexité des dynamiques régissant les rapports sociaux entre hommes et femmes, au risque de rendre invisibles toutes les minorités sexuelles et de genre.

b. *Des femmes victimes ou protectrices ? Les risques d'essentialisme.*

Toutes les dispositions analysées dans le cadre de ce mémoire ne témoignent pas nécessairement d'une intégration transversale du genre en DIE. En effet, les dispositions renvoyant à la vulnérabilité des femmes et à leur rôle spécifique, semblent présupposer l'existence d'un lien spécifique entre les femmes et l'environnement. Elles courent ainsi le risque de l'essentialisme, c'est-à-dire le risque de réduire les femmes à l'une de leur caractéristique, considérée alors comme leur « *essence* », et de les figer dans un modèle unique.

Tout d'abord, les dispositions mettant en avant l'impact de la dégradation de l'environnement sur les femmes présentent le risque d'une victimisation des femmes et plus particulièrement des femmes vivant en milieu rural, dans les pays en voie de développement, souvent visées par les dispositions en question. Selon Annie Rochette, cette présentation des « *femmes des pays du Sud* » comme étant des « *victimes* » de la dégradation environnementale serait caractéristique du discours « *femme, environnement, développement* » tel que conçu au début des années 1980<sup>133</sup>. Annie Rochette précise cependant que, grâce au militantisme de féministes des pays du Sud, ce discours aurait évolué par la suite et tendrait désormais à peindre le portrait de femmes « *actrices* », « *gestionnaire et conservatrices* » de la biodiversité<sup>134</sup>. Il est vrai que, parmi les textes analysés, peu de dispositions juridiques empruntent finalement ce champ lexical de la « *vulnérabilité* ». A bien y regarder, il semblerait cependant que dans l'ensemble des textes, les dispositions relatives aux femmes suivent ou précèdent immédiatement des dispositions relatives aux « *populations autochtones* », aux « *jeunes* » ou encore aux « *populations locales* ». Cet agencement ne conduit-il pas inévitablement à une analogie entre ces différents groupes, souvent présentés comme « *défavorisés* » ou « *minoritaires* » ? Si une telle analogie peut permettre d'attirer l'attention sur les situations vécues par les femmes, elle peut aussi avoir pour effet de marginaliser les questions relatives au genre au sein des débats.

---

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> Mégret, *op.cit.*, p. 410.

<sup>133</sup> Rochette, *op.cit.*, p. 172 ; v.aussi Castaneda et al., *op.cit.*, p.671.

<sup>134</sup> Rochette, *op.cit.*, p.172.

Certaines féministes craignent également le risque d'essentialisme encouru par toute idée de l'existence d'un lien spécifique unissant les femmes à l'environnement. Annie Rochette souligne ainsi le « *malaise* » théorique<sup>135</sup> éprouvée par ces féministes à adhérer aux discours écologistes ou éco-féministes qui rapprochent d'une manière ou d'une autre les femmes et la nature. En effet, les féministes ont traditionnellement combattu les discours biologisants, qui renvoient l'explication de la place des femmes et de leurs « *rôles sociaux* » à des caractéristiques physiologiques, biologiques, psychologiques inhérentes, typiques des discours patriarcaux<sup>136</sup>. Ainsi, les dispositions juridiques affirmant un rôle vital des femmes dans la gestion de l'environnement peuvent poser problème à certaines féministes en ce qu'elles véhiculent et renforcent une certaine représentation de la féminité, réduisant les femmes à des « *protectrices* » de la nature. Cette image renvoie à des stéréotypes de genre répandus, associant la féminité à des qualités douces et maternelles. Or, comme il l'a été rappelé, le rôle joué par les femmes dans la gestion de l'environnement ne s'explique pas par des prédispositions féminines ou par un quelconque lien physiologique, mais plutôt par le phénomène de division sexuée du travail.

La double-casquette « femmes victimes » / « femmes protectrices » fait écho à l'observation de Bérénice Schramm qui constate le « voyeurisme » du droit international en général à l'égard des femmes, qu'il regarde « *comme objets de réglementation, les limitant par exemple à la seule posture de victimes et/ou mères*<sup>137</sup> ». Ces approches sont critiquées par les féministes anti-essentialistes, y voyant le risque de confondre « *les rapports sociaux avec des caractéristiques immuables*<sup>138</sup> ». Une approche essentialiste est en effet problématique en ce qu'elle empêche toute compréhension de ces rapports sociaux et donc toute restructuration de la vie sociale<sup>139</sup>.

### *c. Des femmes identiques ? La critique de l'universalisme.*

L'essentialisme a une deuxième dimension problématique. En effet, aux critiques portant sur la *naturalisation* du rapport des femmes à l'environnement se mêlent celles de l'*universalisme*. En effet, les dispositions juridiques analysées tendent à présenter les femmes comme un groupe homogène à l'échelle mondiale, évoquant « les femmes » de manière indifférenciée, voire de « la Femme » au singulier<sup>140</sup>, renforçant l'idée d'un modèle féminin unique valable partout dans le monde. Elles ne tiennent

---

<sup>135</sup> Rochette, *op.cit.*, p. 169.

<sup>136</sup> Charlesworth, *op.cit.*, p.151.

<sup>137</sup> B. K. Schramm, « (Re)voir Phryné devant l'aréopage de Jean-Léon Gérôme (1861) » in *Féminisme(s) et droit international, Etudes du Réseau Olympe* : Collection de l'ISGPS, vol.39, 2016, p. 16.

<sup>138</sup> Charlesworth, *op.cit.*, p151.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Déclaration Rio+20 (2012), §31 ; voir aussi les Stratégies prospectives d'action de Nairobi pour la promotion de la femme.

ainsi pas compte des différences sociales, culturelles, historiques entre les femmes et de l'intersection entre le genre et d'autres variables comme l'âge, l'ethnie, la classe sociale ou encore l'orientation sexuelle. Le concept d'*intersectionnalité*, développé à l'origine par Crenshaw<sup>141</sup> à propos des discriminations subies par les femmes afro-américaines issues des classes défavorisées, illustre en effet comment différentes variables s'imbriquent pour créer l'inégalité<sup>142</sup><sup>143</sup>.

Certaines féministes ont critiqué une vision dominante occidentale du droit international, présenté et expliqué comme un ordre normatif universel<sup>144</sup>. Elles dénoncent cette « mascarade » de l'universalisme qui rend le droit international aveugle aux disparités entre les groupes d'individus<sup>145</sup>. Cette analyse féministe pourrait être qualifiée de « *postmoderniste* », selon la classification établie par Sandra Harding<sup>146</sup>. Selon elle, le féminisme postmoderniste rejette en effet toute affirmation universelle et appelle à prendre en compte ce qu'elle appelle les « identités fracturées »<sup>147</sup>. Frédéric Mégret s'intéresse également à ce mouvement féministe qu'il nomme « *postféminisme* » ou « *féminisme révisionniste* » qui, bien que très hétérogène, partagerait une volonté de se placer en contradiction avec les trois principales écoles féministes (libérale, culturelle et radicale)<sup>148</sup>. Inspirée notamment par le *black feminism* et les théories *queer*, cette approche met notamment en avant « *la multiplicité des manières d'être femme et le rôle de la subjectivité dans la construction de l'identité*<sup>149</sup> ».

Hilary Charlesworth se demande alors : est-il vraiment possible de construire une critique féministe internationale qui puisse défendre le point de vue des femmes à l'échelle internationale ? Ou la critique féministe n'est-elle en réalité envisageable que *dans et pour* un contexte local donné ?

---

<sup>141</sup> K. Crenshaw « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », in *University of Chicago Legal Forum*, 1989/1, art 8, pp. 139-67

<sup>142</sup> Crenshaw parle par exemple d' « *interlocking systems of oppression* ».

<sup>143</sup> P. Hill Collins, *Black Feminist Thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment* : Routledge, 2000, 384 p, sur la notion de « matrice de domination », illustrant comment l'interconnexion entre tous ces "critères" est utilisée pour légitimer l'oppression de certains groupes.

<sup>144</sup> C. C. Joyner et G. E. Little, « It's not nice to fool Mother Nature! The Mystique of Feminist Approaches to International Environmental Law », in *Boston University International Law Journal*, 1996, vol.14, n°2 p. 231.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> S. Harding., « The science question in feminism », in *Cornwell university press*, 1986, p.27.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 28 : « It requires seeking a solidarity in our oppositions to the dangerous fictions of the naturalized, essentialized, uniquely « human » (read « manly ») and to the distortion and exploitation perpetrated on behalf of this fiction ».

<sup>148</sup> *Id.*

<sup>149</sup> *Ibid.*

Comment dépasser l'impasse qu'elle souligne très justement par cette métaphore : « *Est-ce qu'éviter le Scylla de l'essentialisme risque de mener au Charybde du relativisme*<sup>150</sup> ? ». Pour sortir de cette impasse, Hilary Charlesworth appelle à emprunter un chemin intermédiaire qui consiste à accepter les ambivalences à la fois du droit international et de la pensée féministe et à piocher dans la *gamme* des théories et stratégies existantes en fonction de l'objectif à atteindre. Il s'agirait de reconnaître le potentiel politique de tout concept ou principe « universel », utiles pour contrer « *des modèles universels contraires* », tout en développant des « *perspectives contextualisées*<sup>151</sup> ».

## CONCLUSION

Ainsi, les féministes et les mouvements de femmes ont incité le DIE à prendre en compte les dynamiques de genre, insistant sur le caractère indissociable des objectifs d'égalité et de protection de l'environnement. De nombreux textes depuis la CNUED à Rio intègrent ainsi des dispositions relatives au genre. Ces dispositions ont des contenus variés qui peuvent être interprétés comme renvoyant à des objectifs féministes différents. Certaines impliquent la reconnaissance de la *spécificité* des expériences des femmes. Le droit est alors différenciateur, il crée une catégorie distincte mais homogène, « *les femmes* », sur laquelle une attention particulière devrait être portée. Si elle permet de rendre les femmes *visibles* sur la scène internationale, une telle approche encourt cependant le risque de l'essentialisme. En définitive, elle peut conduire à amplifier la marginalisation de certaines femmes. D'autres dispositions au contraire, affirment un objectif général d'égalité des genres, qui doit être véritablement encouragé (« *gender-responsive* ») ou simplement pris en compte (« *gender-sensitive* ») dans l'ensemble des politiques, activités et projets ayant un impact sur l'environnement. A l'inverse, si ces dispositions peuvent permettre au genre d'imprégner l'ensemble des sphères sociales, on peut regretter le manque d'ambition politique du paradigme de l'égalité formelle.

La portée normative et le caractère contraignant des dispositions relatives au genre varient d'un texte à l'autre. Les dispositions contenues dans la Convention-cadre sur la lutte contre la désertification, la Convention sur la diversité biologique et l'Accord de Paris, revêtent une force contraignante plus importante que dans les autres textes. Cependant, il apparaît que, malgré leur caractère ancien et généralisé au sein des instruments internationaux, les dispositions visant à corriger les inégalités de genre ne sont pas reconnues comme des principes du DIE. Elles ne font d'ailleurs l'objet d'aucune analyse doctrinale<sup>152</sup> et ne sont même pas évoquées dans les manuels de DIE, ce qui est d'autant plus regrettable lorsque l'on constate la vitalité normative du DIE.

---

<sup>150</sup> Charlesworth, *op.cit.*, p.152.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>152</sup> Excepté dans l'ouvrage de Jorge Viñuales, « The Rio Declaration on Environment and Development : a commentary », *OUP Oxford*, 2015. Cet ouvrage propose en effet un commentaire article par article de la Déclaration de Rio. Le commentaire du Principe 20 relatif au rôle des femmes était inévitable.

De plus, elles souffrent de formulations trop vagues, imprécises et d'un langage peu astreignant. Elles pâtissent également des défaillances structurelles du DIE : son champ d'application sectoriel, sa difficulté à outrepasser les souverainetés étatiques et son défaut d'application résultant notamment de l'absence de mécanismes de sanction et du manque de moyens des États.

Néanmoins, le droit international de l'environnement porte en lui les germes de son amélioration. Son caractère décroisé altère la rigidité des distinctions traditionnelles faites entre droit international et domestique, droit public et privé, ou encore entre acteurs non-étatiques et étatiques. Le rôle joué par les ONG dans l'élaboration des normes du DIE conduit notamment à relativiser la toute-puissance des États et ouvre une fenêtre pour la participation des personnes les plus désavantagées. Si le DIE veut s'engager dans le chemin de la justice environnementale, il doit s'employer à approfondir les liens entre inégalités sociales et écologiques et à consacrer de véritables droits humains en matière d'environnement. Dans ce travail, les théories féministes du droit et les études de genre peuvent être utiles. En déplaçant l'analyse hors du cadre juridique, elles permettent de saisir ce que le droit ne peut voir seul et d'en révéler les systèmes de valeurs implicites. En soulignant la subjectivité du droit – qui, en matière de genre ou de sexualité, est rarement idéologiquement ou politiquement neutre<sup>153</sup> – elles invitent ainsi à le reconstruire.

---

<sup>153</sup> G. Delmas, S.-M. Maffesoli et S. Robbe, *Le traitement juridique du sexe* : Presses Universitaires de Sceaux, L'Harmattan, 2010.

**LUIS RIVERA VELEZ**

## *Le droit et les droits LGBTI en Amérique latine*

---



**LUIS RIVERA VELEZ**

*Doctorant au Centre d'études internationales (CERI) de Sciences Po. Enseignant sur la question des droits et les politiques publiques LGBTI en Amérique latine. Auteur du livre IVG, mariage égalitaire et cannabis en Uruguay (L'Harmattan, 2016).*

*D'apparence figé et stable, le droit a permis une évolution des droits pour les personnes LGBTI en Amérique latine grâce à la souplesse des juges qui l'ont interprété. Cette évolution est le résultat de l'utilisation de la sphère juridique comme « arme » de réclamation et comme stratégie de mobilisation de la part des citoyens et citoyennes (pas toujours organisés) qui ont décidé de revendiquer leurs droits en dehors de la structure binaire du genre et de la sexualité. Quels sont les facteurs qui ont contribué à ce changement ? Comment ces changements se sont-ils effectués ? Cet article cherche à montrer les caractéristiques qui ont permis l'évolution des droits LGBTI à travers les tribunaux en Amérique latine.*

Quand on est gay, lesbienne, bi, trans et/ou intersexe (LGBTI) en Amérique latine, aller devant un tribunal pour demander une protection de ses droits par l'État n'est pas un réflexe évident. La lutte pour les droits des personnes LGBTI est une lutte contestataire, en ce sens que l'État est le destinataire des revendications. Cet État s'est organisé pour être l'instigateur de la violence à travers des lois de criminalisation de la diversité, et a parfois lui-même violenté les personnes LGBTI<sup>1</sup>. Faire des institutions étatiques un espace légitime de la lutte LGBTI semble ainsi être une tâche sans espoir.

Pour autant, l'histoire de la « révolution » des droits LGBTI en Amérique latine est celle d'un succès progressif, et se poursuit devant les juridictions. Qu'il s'agisse de la dépénalisation de la sodomie ou de la légalisation du mariage entre personnes de

---

<sup>1</sup> Voir à ce sujet le rapport très complet de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* sur la "Violencia contra personas LGBTI", publié le 12 novembre 2015 .



même sexe, les cours latino-américaines ont joué un rôle réformateur, permettant une « révolution des droits »<sup>2</sup>. Quand la politique échoue, le droit et plus particulièrement la justice, peut devenir une forme de contestation utile pour la reconnaissance des droits. Comme le rappelle Liora Israël, « quand il s'agit de faire valoir 'des' droits, le droit est un outil susceptible de convaincre l'opinion et d'enrôler des institutions dans la défense d'une cause »<sup>3</sup>. Or, cette utilisation du droit comme « arme » ne va pas de soi : surtout dans les traditions de *civil law*, le droit est censé être clair et figé, afin que nul ne puisse l'ignorer.

Sur la question de l'utilisation du droit comme moteur du changement social. Compris dans son aspect de répertoire d'action collective<sup>4</sup>, l'utilisation du droit comme forme de revendication soulève le paradoxe de la défiance et de la reconnaissance. Défiance tout d'abord, car le droit sert de justification et permet la reproduction des discriminations et la non-reconnaissance des droits par les autorités publiques. Ceci implique qu'il faille changer le droit pour faire valoir des droits, et par définition, dans les régimes démocratiques, la séparation des pouvoirs exige que les juges restent à l'écart de la fonction législative. Toutefois, utiliser le droit comme une arme revient à le reconnaître et à le valoriser, car faire du droit et de la justice l'espace légitime de la lutte sociale revient aussi à accepter son rôle protecteur. Cet article interroge les manières avec lesquelles le droit a été utilisé pour permettre l'élargissement des droits LGBTI en Amérique latine.

### **I. LES FACTEURS DU CHANGEMENT : FAIRE DE DROIT UN BOUCLIER**

Afin de permettre aux mouvements LGBTI d'utiliser les tribunaux comme instrument de revendication politique, deux éléments ont été cruciaux. Premièrement, bien qu'externe aux mouvements LGBTI, les grandes réformes constitutionnelles des années 1990 ont profondément modifié le rapport de la société au droit. Deuxièmement, en interne, la nature des revendications de droits a évolué, allant d'une revendication de plus de tolérance sociétale vers une protection effective de la part de l'État.

Sans faire l'impasse sur les dynamiques nationales et les spécificités propres à chaque pays, on peut remarquer que les Constitutions latino-américaines ont été profondément transformées dans les années 1990, afin d'assurer une réelle protection des droits. D'après Rodrigo Uprimny, deux modifications ont permis cette évolution<sup>5</sup>. D'une part, une transformation de la partie dogmatique des Constitutions, où les

---

<sup>2</sup> O. Encarnación, *Out in the Periphery. Gay Rights revolution in Latin America* : Oxford University Press, 2016.

<sup>3</sup> L. Israël, *L'Arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009, p. 9.

<sup>4</sup> M. McCann, *Law and Social Movements: Contemporary Perspectives*, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, 2006, p. 17-38.

<sup>5</sup> R. Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes en América latina: tendencias y desafíos*, in C. Rodríguez (ed.), *El derecho en América Latina: Siglo veintiuno editores*, 2011, p. 109-138.

principes idéologiques qui orientent l'État et établissent les droits et devoirs du citoyen ont alors évolué pour inclure une prise en compte de l'hétérogénéité de la société – notamment les minorités ethniques – et consolider l'égalité devant la loi. De plus, à côté des droits politiques, ont été inclus dans les Constitutions des droits économiques, sociaux et culturels comme la santé, l'éducation, le logement, mais aussi des droits abstraits comme celui au libre développement de la personnalité.

D'autre part, la partie organique des Constitutions, laquelle définit les compétences et le rôle des institutions de l'État, a été modifiée dans l'objectif de consolider la vie démocratique, notamment à travers la création des formes de participation directe des citoyens, une introduction de la décentralisation et la consolidation de la séparation des pouvoirs. En ce sens, le pouvoir judiciaire s'est vu octroyer l'obligation de protéger et garantir les droits des citoyens et citoyennes. Les États d'Amérique latine se dotent alors de tribunaux constitutionnels, soit sous la forme d'une cour spécifique (Colombie), d'une chambre constitutionnelle rattachée à la Cour suprême (Costa Rica) ou en octroyant un rôle constitutionnel aux chambres traditionnelles de la Cour suprême (Mexique). Par ailleurs, les règles de procédure de contrôle de constitutionnalité sont modifiées, et le tribunal constitutionnel peut désormais être saisi par n'importe quel citoyen ou citoyenne sans faire appel à un avocat.

Parallèlement aux changements constitutionnels, c'est à l'intérieur même du mouvement LGBTI que des demandes dites positives sont devenues prioritaires. Issues majoritairement des mouvances de gauche, les premières revendications des mouvements peuvent être considérées comme négatives, c'est à dire en demandant que l'État s'abstienne de violenter et ne discrimine pas en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. La demande principale est donc la décriminalisation effective de la sodomie<sup>6</sup>, vue comme une intrusion de l'État dans la vie privée. Ainsi, en Équateur, après un emprisonnement massif de personnes homosexuelles suite à une opération policière, le Tribunal Constitutionnel a dépénalisé la sodomie « en moins de deux minutes »<sup>7</sup> en affirmant toutefois qu'« il est clair que si [l'homosexualité] ne doit pas être un comportement légalement punissable, la protection de la famille et des mineurs exige que ce ne soit pas une conduite socialement exaltable »<sup>8</sup>.

Dans le cas d'espèce, si l'on peut dénoter de la part des juges équatoriens un raisonnement homophobe, ceux-ci reconnaissent cependant que les personnes LGBTI sont des sujets des droits. En se référant à la conception du droit comme arme

---

<sup>6</sup> Suivant l'exemple français, beaucoup des pays, comme l'Argentine, légalisent la sodomie en l'enlevant des Codes civils d'inspiration napoléonienne. Toutefois, les rapports sexuels entre personnes de même sexe continuent à être moralement condamnés et persécutés grâce à des circulaires policières. Voir M. Pecheny et M. Petracchi, "Derechos humanos y sexualidad en la Argentina": *Horizontes antropológicos*, 12(26), 2006, p. 43-69.

<sup>7</sup> S. Argüello Pazmiño, « Du stigmatisme à la consigne. Une analyse du mouvement GLBT en Équateur »: *Problèmes d'Amérique latine*, 81/3, 2011, p. 83-99.

<sup>8</sup> Traduction libre de arrêt, en Équateur, No. 111-97-TC relatif à la dépénalisation de l'homosexualité.

développée par Richard Abel<sup>9</sup>, il est possible d'affirmer que le droit a été utilisé ici par les groupes LGBTI comme un bouclier, plutôt que comme une épée. Ce principe rappelle la conception originelle de la démocratie libérale telle qu'elle a été pensée par les philosophes des Lumières, qui voient le droit comme un instrument de protection vis-à-vis de l'Etat. Or, c'est cette victoire qui va inciter de nouvelles revendications pour des droits dits positifs : l'enjeu est que l'Etat devienne le garant des droits des personnes LGBTI, en utilisant le droit comme épée pour changer la loi.

C'est à partir de cette première dépénalisation que des demandes pour une criminalisation de l'homophobie et la transphobie, de même que pour la reconnaissance des droits (notamment patrimoniaux) des couples de même sexe commencent à être formulées. Or, ce type de demandes ne fait pas consensus. Au Mexique, par exemple, pendant la marche des fiertés de 1984, des groupes anarchistes demandent « l'euthanasie » du mouvement LGBTI<sup>10</sup>, alors qu'en Uruguay, au début des années 1990, lors de manifestations, pendant que certains groupes marchaient pour la légalisation des couples de même sexe, d'autres prônaient l'illégalité de ces institutions considérées comme patriarcales<sup>11</sup>. Les revendications pour une inclusion réelle et égalitaire deviennent toutefois la priorité des mouvements LGBTI, notamment car la communauté LGBTI le demande.

### **III. LE DROIT COMME EPEE : LE CAS DU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE**

A partir du début du XXI<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux latino-américains ont vu arriver des demandes de la part de différentes personnes pour la reconnaissance de leurs droits. Que ce soit pour réclamer l'héritage d'un partenaire de même sexe, demander à changer de nom et de sexe dans le registre civil en raison de son identité de genre, ou pour dénoncer une mutilation des organes génitaux d'enfants intersexes, les personnes LGBTI se sont emparées de leur constitution pour exiger des droits.

Parler du droit comme une épée revient plutôt à penser les litiges que les mouvements LGBTI envisagent et mènent pour provoquer des changements durables de la loi et inciter leurs gouvernements à s'engager dans des réformes légales. Regarder les cas sur la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans différents pays permet d'illustrer la diversité des stratégies procédurales possibles par le droit. Certes, chaque litige s'inscrit dans un cadre légal particulier et est plaidé de manière spécifique,

---

<sup>9</sup> R. Abel "Speaking Law to Power. Occasions for Cause Lawyering", dans A. Sarat et S. Scheingold (eds.) *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford University Press, 1998. // Cité dans Israel, op. cit., p. 29-31.

<sup>10</sup> A. Brito, "Por el derecho a todos los derechos", in M. Schuessler et M. Capistrán, *México se escribe con J: Temas de hoy*, p. 242.

<sup>11</sup> D. Sempol, *De los baños a la calle*: Random House Mondadori, 2013.

mais les voies empruntées par les activistes LGBTI peuvent être comparées afin de montrer que ce l'élément essentiel réside dans l'inventivité qui les caractérise.

Les cas les plus emblématiques d'une reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe par les cours sont ceux du Brésil et de la Colombie, où les tribunaux ont provoqué un changement de la législation à travers leur jurisprudence. Au Brésil, ce sont les mouvements de Rio, soutenus par le gouverneur de l'époque, qui ont demandé au Tribunal suprême d'explicitier la définition de « famille » en 2011. Dans leur définition, les juges développent la notion d'« affection », qui implique l'existence d'un lien amoureux entre les membres d'un couple, permettant ainsi la reconnaissance des couples de même sexe par l'amour, et non pas seulement car ils entretiennent une relation sexuelle. Cette définition va être reprise par le Conseil National de Justice, qui en 2013 a rendu le mariage légal dans tout le pays en levant l'interdiction de la part du registre civil de ne pas enregistrer les mariages des couples de même sexe. Cette interprétation du concept d'affection aura une grande importance dans l'arrêt *Obergefell v. Hodges* de la Cour suprême des Etats-Unis en 2015 qui légalise le mariage entre personnes de même sexe dans l'ensemble du pays en rappelant l'importance fondamentale du lien amoureux.

En Colombie, c'est la Cour constitutionnelle, qui depuis 2007 reconnaît tous les droits des couples de même sexe, sans pour autant les associer à l'institution du mariage. Cependant, des demandes citoyennes dénonçant une violation des droits continuaient à arriver, demandant, en dépit de cette reconnaissance, une évaluation par la Cour. Les juges ont alors décidé en 2011 de donner un ultimatum de deux ans au Parlement afin qu'il légifère sur le mariage égalitaire. Face à l'échec parlementaire pour voter une loi en 2013, quand un nouveau cas est transmis à la cour, les juges déclarent que leur jurisprudence fait acte de loi.

Cependant, malgré le caractère national des cours constitutionnelles, celles-ci peuvent aussi défendre l'autonomie des états fédérés pour légiférer comme elles le souhaitent. C'est le cas de la Cour suprême du Mexique qui, suite à la légalisation du mariage pour tous à Mexico en 2009, s'est prononcée à l'unanimité pour dire que (1) le gouvernement central ne peut pas interdire les compétences des états fédérés octroyées par la Constitution et surtout (2) que les droits octroyés par un état sont valables dans l'ensemble du territoire national. Au Mexique, suite à cette décision de la Cour, il n'est pas possible que deux personnes de même sexe se marient partout, mais une fois mariés, leur union est reconnue dans l'ensemble du pays.

Au Costa Rica, c'est l'utilisation de la justice supranationale qui semble permettre l'élargissement des droits des personnes LGBTI. Face à un blocage parlementaire des lois sur le mariage entre personnes de même sexe et sur la reconnaissance de l'identité de genre, le gouvernement a demandé à la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (*sic*) (CIDH) un avis consultatif sur la reconnaissance des droits des personnes LGBTI. Suivant sa jurisprudence, la Cour a émis, en janvier 2018, un avis affirmant que les Etats adhérant à la Convention américaine sont tenus de mettre en

place des politiques de protection des droits à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle. Plus particulièrement, la Cour conseille aux États d'instaurer des procédures de changement de nom et de sexe rapides et gratuites ainsi que l'adoption du mariage pour les personnes de même sexe.

Cette décision est vue comme un moyen pour résoudre des blocages nationaux relatifs à la reconnaissance des droits LGBTI, car à la suite de cette décision, le gouvernement du Costa Rica a affirmé sa volonté de mettre en place cet avis, et un juge au Panama a retiré un brouillon de sentence défavorable à la reconnaissance des couples de même sexe dans son pays. Cela nous invite à soulever la question des arrêts défavorables à la cause LGBTI, qui même s'ils s'avèrent moins discutés, sont toujours présents et fréquents.

#### **IV. QUAND LA JUSTICE ECHOUE : LES ENTRAVES AU LITIGE STRATEGIQUE SUR LES ENJEUX LGBTI**

Comme les décisions de justice interprètent les règles de droit, la reconnaissance des droits des personnes LGBTI n'est pas une évidence au sein de ces jeux interprétatifs. Comme cela a été vu précédemment, certains juges peuvent être homophobes et/ou transphobes, et, surtout, le système judiciaire a besoin d'être indépendant pour pouvoir s'opposer au gouvernement. Les entraves constitutionnelles que certains pays ont introduites à certains droits n'étant pas l'objet de ce développement, on peut tout de même citer les assemblées constituantes d'Equateur en 2008 et de Bolivie en 2009, qui ont décidé d'interdire constitutionnellement le mariage entre personnes de même sexe, empêchant ainsi toute mobilisation à travers les tribunaux. Dans d'autres pays pourtant, ce sont les juges eux-mêmes qui mettent un frein aux droits LGBTI.

Sur la question du conservatisme des juges, le cas chilien est parlant. En effet, peu ouverte à la questions des droits humains ou à l'inclusion des juges progressistes, la Cour suprême du Chili se déclare « apolitique » : son travail ne se réduirait qu'à l'application de la loi, sans l'évaluer ou l'interpréter. Aucune mise en cause du *statu quo* n'est donc possible dans ce contexte, ce qui a été révélé par le cas *Atala Riffo y niñas vs. Chile* où la CIDH a condamné le Chili après un procès où la Cour suprême avait refusé de donner la garde des enfants à une mère en raison de son homosexualité.

Par ailleurs, sur la question de l'autonomie de la justice, le Venezuela est l'exemple même du mauvais élève : accusé de corruption endémique, le système judiciaire a été mis en cause par une assemblée constituante, qui lui a retiré ses compétences en 1999. À la suite de cette décision, les juges de la Cour suprême ont décidé de démissionner, ou, selon les termes de la Présidente : « la cour se suicide pour éviter d'être assassinée »<sup>12</sup>. Par conséquent, à la suite de la nouvelle nomination, l'ensemble des juges désignés dans la Cour étaient proches du gouvernement et n'ont par la suite pris

---

<sup>12</sup> J. Aznares, *La presidenta del supremo venezolano dimite y da por enterrado el estado de derecho* : El País, 25 août 1999.

aucune décision qui pouvait s'écarter de la position gouvernementale sur la question des droits LGBTI.

De plus, avec la banalisation du discours des droits, l'homophobie et la transphobie peuvent se cacher derrière une façade favorable à l'élargissement des droits. Inscrits dans la lignée des interrogations de Gérard Rosenberg<sup>13</sup>, les avancées par le droit peuvent être à double tranchant. Le risque serait qu'un arrêt favorable à l'élargissement des droits provoque une baisse du militantisme de la part des gagnants et, à l'inverse, une activation des mouvements d'opposition qui se serviraient de l'arme du droit dans leur cause anti-LGBTI. Par exemple, en 2017, suite aux demandes d'une psychologue, un juge brésilien a autorisé la réouverture des thérapies dites de « conversion » des personnes homosexuelles en affirmant qu'on ne peut pas interdire l'accès à de telles thérapies à des personnes adultes consentantes et désireuses sans violer leur droit à la dignité humaine.

La question qui se pose donc est celle de la victoire d'une mobilisation. Tant que les violences contre les personnes LGBTI continuent à être très présentes, il est important que le litige stratégique soit combiné aux autres formes de mobilisation, pour pouvoir induire un changement culturel profond. C'est la société qui sortira gagnante d'un processus en faveur de plus de tolérance et de solidarité entre ses membres, et en attendant ces changements, le droit peut être un bouclier et une épée pour la défense des personnes LGBTI.

---

<sup>13</sup>. G. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change ?*: The University of Chicago Press, 1991.

**BERENICE K. SCHRAMM**

*(Se) raconter les approches féministes francophones du droit international<sup>1</sup>*

---



***BERENICE K. SCHRAMM***

*Bérénice K. Schramm is a researcher affiliated with the Cédim (UQÀM) and the Centre for Gender Studies (SOAS), and the coordinator of the OLYMPE network for francophone feminist approaches to international law. She holds a PhD in international law from the Graduate Institute of International Studies and Development (IHEID, Geneva) and was in 2015 the recipient of the prestigious Diploma of the Hague Academy of International Law. Through her bilingual (FR-EN) and wide-ranging research, she contributes to critical philosophy and epistemology of public international law.*

*Bérénice K. Schramm est chercheuse affiliée au Cédim (UQÀM) et au Centre d'études sur le genre (SOAS), et coordonnatrice du réseau OLYMPE pour les approches féministes francophones du droit international. Elle est titulaire d'un doctorat en droit international de l'Institut universitaire de hautes études internationales et du développement (IHEID, Genève) et a reçu en 2015 le prestigieux diplôme de l'Académie de droit international de La Haye. Par ses recherches bilingues (FR-EN) et de grande envergure, elle contribue à la*

---

<sup>1</sup> Je dédie cet article à Emmanuelle Tourme Jouannet qui a prononcé le « il était une fois ». Sans elle, il y aurait sans doute beaucoup moins à raconter.

*philosophie critique et à l'épistémologie du droit international public.*

*« L'erreur est répandue ; son origine serait sans doute assez facile à retrouver. Elle consiste à se convaincre que la connaissance commence par une définition ; la délimitation de son objet relèverait d'une sorte de postulat innocent. Le rêve de savoir de quoi on parle avant de l'avoir analysé, observé, recherché, conduit à ces impasses au fond desquelles ne siègent que quelques évidences emportées avec lui par l'audacieux explorateur... »*

*Christian Atias, Epistémologie Juridique 23 (2002)*

*« The risk, in other words, is that they will find what they are searching for - even though what they are searching for is little more than the construction of the logic of their own disciplinary frames. »*

*Pierre Schlag, The Enchantment of Reason 6 (1998)*

De l'audace, si ce n'est de la magie<sup>2</sup>, il en faut en effet pour parler d'un objet disciplinaire en pleine émergence, ou plutôt d'une bien nécessaire velléité épistémologique critique. À quel moment est-ce trop tôt ou en fin de compte déjà trop tard pour identifier la formation d'un espace discursif autonome, ou se réclamant comme tel ? Notre regard rétrospectif<sup>3</sup> n'est-il pas par essence limité par notre ancrage dans le présent et par nos aspirations futures, même encore inconscientes ? Existe-t-il de toute façon une science objective, un texte sur le texte qui soit détaché des conditions politiques de leur émergence respective ? Si notre propre aveuglement est très probable, la consubstantialité des deux reste cependant inéluctable et la responsabilité de l'épistémologue ou de l'historien de sa discipline est au cœur même de l'entreprise scientifique, même à rebours ou alors déjà en amont. Le « toujours déjà » derridien s'illustre ici dans le phénomène fondamental, mais souvent négligé, de l'itérabilité de la science comme auto-discours. D'autant plus dans le cas présent où la langue utilisée pour faire le récit à venir est celle qui constitue le critère épistémique même de son autonomisation. Quel sous-texte pour un récit en français au sujet d'un courant qui se dit francophone : l'effet tautologique n'est-il pas contradictoire, voire n'épuise-t-il pas déjà tout ce qu'il y aurait à dire ? Il y a quelque chose de presque théâtral dans cette annonce redondante ; il y a surtout, en fait, toute une autre histoire,

---

<sup>2</sup> Si on passe au crible décolonial l'affirmation de Geza Roheim et qu'on l'applique aux sociétés soit-disant non primitives, c'est-à-dire la nôtre, « la magie dans sa forme première originale est l'élément fondamental de la pensée, la phase initiale de toute activité... La tendance orientée vers l'objet (*libido* ou *destrudo*) est détournée et fixée sur le Moi (narcissisme secondaire) pour constituer des objets intermédiaires (culture) et ce faisant maîtriser la réalité, du seul fait de notre propre magie. » GEZA ROHEIM, *MAGIE ET SCHIZOPHRENIE*, 101-102 (1969) ; cité par JULIA KRISTEVA, *SEMEIOTIKE : RECHERCHES POUR UNE SEMANALYSE*, 13-14 à la note 5 (1969).

<sup>3</sup> CHRISTIAN ATIAS, *EPISTEMOLOGIE JURIDIQUE* 9 (2002).



presque indicible parce qu'allogène, qui sous-tend celle que l'on souhaite mettre au centre de la scène, celle des approches féministes *non*-francophones du droit international, lesquelles se limiteraient automatiquement aux approches *anglophones* donc. Dans tous les cas, on se retrouve avec des récits *a priori* simplistes et clivants qui méritent que l'on s'arrête, dans le cadre de cette réflexion, sur les particularismes, les chevauchements, et sur les conditions de possibilité.

C'est ce que veut suggérer la seconde épigraphe anglophone, posée en miroir dé/reformant de la première : quoique toutes deux pensées par des philosophes du droit hommes et blancs et ressortant donc à une critique plutôt feutrée de la politique épistémologique du droit, elles me semblent une remarquable entrée en matière à la façon d'une mise en abyme dans le sujet de l'avènement critique radical et translinguistique de nouvelles zones disciplinaires, quelle que soit leur légitimité à utiliser cette dernière étiquette. S'ils semblent dire la même chose sur la question de l'engendrement orienté du savoir, on comprend, si ce n'est en fait ressent, très vite, qu'ils écrivent depuis deux univers intellectuels différents. À l'incisive concision de l'un répond la poésie de l'autre et si l'on ne saurait nier que le discours est bien évidemment affaire de style individuel, le véhicule linguistique doit faire ici l'objet d'une attention toute particulière<sup>4</sup>. Mettant en jeu les thèses ethnolinguistiques trop souvent limitées à l'anthropologie, il est temps de s'interroger sur les conséquences que la production de savoir dans un idiome ou dans un autre a sur les contours, la texture et les silences d'un assemblage de connaissances procédant d'un même paradigme ou sous-paradigme. Compte tenu de l'antériorité des recherches faites en anglais dans le domaine, y a-t-il toujours déjà quelque chose que les chercheuses<sup>5</sup> féministes en droit

---

<sup>4</sup> D'ailleurs, si Pierre Schlag est parfaitement bilingue, il n'écrit qu'en anglais...

<sup>5</sup> Parce que le langage reste, et cet article en est une illustration comme tant d'autres, un espace de lutte politique, le choix des conventions linguistiques, particulièrement dans une langue où le genre grammatical a été un vecteur historique de propagation de valeurs patriarcales et cissexistes, est loin d'être une décision anodine. Preuve en est les derniers épisodes de la saga réactionnaire menée de front par l'Académie française (et parfois le gouvernement) au sujet de ce que l'on a communément, et sûrement à tort, appelé la « féminisation » de la langue française et qui ressort plutôt de fait à sa nécessaire « démasculinisation » ; L'ACADEMIE CONTRE LA LANGUE FRANÇAISE. LE DOSSIER DE LA FEMINISATION (Eliane Viennot, 2016). Dans ce contexte, et pour aller plus loin dans l'ouverture de notre langue à l'Altérité, je fais usage, dans le présent texte, d'une des formes de langage inclusif pour toutes les désignations et accords où le genre grammatical pourrait invisibiliser des identités de genre sous-représentées ou non-binaires/fluides. J'ai ainsi choisi la forme inclusive alternative proposée par UESG dans son « Petit Dico de français neutre/inclusif » qui date de 2016 (<http://uniqueensongenre.eklablog.fr/petit-dico-de-francais-neutre-inclusif-a120741542>): une nouvelle terminaison pour les mots y est construite, souvent avec le x, afin de permettre à toute personne, quelle que soit son identité de genre et sans qu'il ait à se genrer, de s'y retrouver dans toute sa singularité ; d'autres pronoms sont utilisés telle que « li » pour remplacer « le-la » ou encore « di » pour « du ». Il existe des formes moins visibles de langage inclusif telles que le langage épïcène qui usera de termes épïcènes donc (dont l'orthographe ne change pas selon le genre) ou de périphrases reposant sur la substantivisation ; ou encore le langage inclusif ayant recours aux moyens typographiques (tirets, point, ou encore point médian). (Il existe par ailleurs le langage neutre qui permet aux personnes non-binaires de se genrer de manière appropriée.) J'utiliserai du reste le point médian lorsque nécessaire ou plus pertinent, ainsi que la règle de l'accord de genre par proximité (et non par supériorité du masculin même minoritaire) ; cf. à ce dernier sujet, HAUT CONSEIL A L'EGALITE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, POUR UNE COMMUNICATION PUBLIQUE SANS STEREOTYPES DE SEXE. GUIDE PRATIQUE 25 (2016).

international peuvent dire en français qui ne l'aurait pas (déjà toujours) été en anglais ? Si l'effet d'antériorité des anglophones emporte également une avance épistémologique indéniable, je souhaite ici défendre (l'hypothèse, si ce n'est) la thèse selon laquelle l'apport des féministes allophones doit être mieux apprécié et soutenu et ainsi convier toutes les polyglottes (et monoglottes curieuses) à cultiver ces récits juridiques divers, variés et alternatifs. La diversité (linguistique) des voix fait de la critique féministe un exercice de déconstruction plus légitime et nuancé, produisant une déstabilisation plus efficace des structures discursives et matérielles de domination.

La dimension politique de l'engendrement discursif de la science exige que l'on mette en lumière un aspect trop souvent négligé de son positionnement, celui de sa matérialité linguistique et culturelle. Faisant écho à une nouvelle approche dans le domaine des sciences sociales, le présent article vise à poser les jalons d'une analyse transnationale (et translinguistique notamment) de la production de savoir au sein des approches féministes en droit international. Pour le dire autrement, « *[i]nstead of marveling at the apparent universality and 'placelessness' of scientific knowledge, scholars interested in the geographies of science have focused on the specific circumstances of scientific practices and on the ways in which the travels of scientists, resources, and ideas shape the production and circulation of scientific knowledge.* »<sup>6</sup> Cela suppose donc d'interroger la géographie (et la géopolitique) des généalogies du domaine concerné: pourquoi les féministes du droit international furent d'abord des anglophones et quelles spécificités pour leurs recherches et pour celles menées plus tardivement par leurs pair·e·s francophones ? Est-ce que le transfert de savoir par le biais de la traduction de textes ou de concepts implique toujours la création d'une nouvelle avenue épistémologique et possiblement disciplinaire ? Ou, bien au contraire, l'université mondialisée étant à présent anglophone et hermétique au reste et certains de ces couloirs parcourus par un type de chercheuses critiques, auquel j'appartiens, auquel vous appartenez sûrement également, on se retrouve toutes à parler la même langue, cet anglais *lingua franca* que l'on prononcerait juste dans des dialectes différents. Est-ce que le caractère distinctif des approches féministes francophones du droit international (qui s'appellent donc francophones et non pas juste « les approches féministes du droit international » (sous-entendu en français)) est un simple costume (de l'ordre du « folklorique ») ou une véritable identité (tout autant « folklorique » toutefois, comme si le costume et l'identité n'étaient pas par essence liés) ? En somme, et pour reprendre la brillante analyse que fait Clare Hemmings en anglais, « *it is often the particular that is fleshed out, while the dominant that is corrected remains intact. Correction is bound to treasure what is found at the stereotyping expense of what is jettisoned. What such geographical correctives miss are the ways in which dominant stories (Anglo-American or Western) traverse boundaries and operate in relation. They tend to substitute literal location for a politics of location* (Rich 1986), and in

---

<sup>6</sup> Peter Meusburger, David Livingstone & Heike Jöns, *Interdisciplinary Geographies of Knowledge*, in *GEOGRAPHIES OF SCIENCE IX* (2010).

*doing so perpetuate stereotypes about who lives where and how stories travel.* »<sup>7</sup> De sorte qu'il nous faut encore et toujours imaginer de meilleures façons de raconter ces histoires (de nous) autres.

C'est encore Clare Hemmings qui nous fournit un début de réponse depuis sa posture de féministe occidentale anglophone, elle-même consciente de sa part de responsabilité dans l'hégémonie de sa langue. Selon elle, il s'agit non pas d'analyser « *what other truer history we might write, but the politics that produce and sustain one version of history as more true than another.* »<sup>8</sup> C'est ce que je vais tenter de faire ici, depuis ma propre posture de chercheuse féministe bilingue. Faisant écho à l'appel d'Hemmings tout en visant deux objectifs, mon papier s'intéressera d'abord aux mécanismes et structures qui permettent l'effacement de certaines versions de l'histoire féministe (occidentale), en droit international, tout en dessinant, de l'autre, les contours d'une autre histoire, la francophone, mettant en avant ses spécificités, ses limites et ses potentialités. Pour ce faire, l'article sera organisé en trois moments. La première section proposera une cartographie de ces nouveaux champs d'études sur la base des généalogies transdisciplinaires et translinguistiques qui ont permis leur émergence, ainsi que sur celle des territoires qu'ils occupent actuellement et de ceux qu'ils pourraient explorer dans le futur. Plus pragmatique, le second moment sera consacré au rôle central que les stratégies institutionnelles et les nouvelles technologies jouent dans la production de savoir, à l'aune, entre autres, de la création en 2014 du réseau OLYMPE d'études féministes francophones du droit international. Pour conclure, la troisième section fournira un espace d'introspection sur mon propre rôle de « passeur·e » (le mot n'existant justement pas en anglais) de savoir et de cultures et sur l'avenir radicalement radieux que je souhaite à l'objet du présent article. Ceci dit, ce sera seulement à ce moment que nous, vous les lectorices et moi l'écrivaine, pourrons décider ensemble si le jeu en vaut la chandelle, si la magie a fonctionné, si les études féministes francophones du droit international existent bel et bien enfin.

#### **LES GEOGRAPHIES DES APPROCHES FEMINISTES DU DROIT INTERNATIONAL : DE L'ANGLOPHONE AU FRANCOPHONE ET VICE VERSA OU PAS**

Si elles sont en effet une discipline à part entière (ou en devenir), les approches féministes francophones du droit international sont une triple niche. En prendre la mesure et en explorer les recoins exige de traverser un certain nombre d'espaces discursifs et matériels disjoints et se chevauchant<sup>9</sup>, ceux notamment de la théorie féministe juridique *internationale*, de la théorie féministe juridique et de la théorie féministe *tout court*, toutes étant plus souvent que pas du tout formulées en anglais.

---

<sup>7</sup> Clare Hemmings, *Introduction*, in WHY STORIES MATTER: THE POLITICAL GRAMMAR OF FEMINIST THEORY 14 (2011).

<sup>8</sup> Ibid 15–16.

<sup>9</sup> Jean-Louis Fabiani fait état d'une « cartographie des savoirs » ; Jean-Louis Fabiani, *Du chaos des disciplines à la fin de l'ordre disciplinaire ?*, 153-154 PRATIQUES. LINGUISTIQUE, LITTÉRATURE, DIDACTIQUE 133 (2012).

On se rend ainsi déjà compte de l'inévitabilité de la politique linguistique comme vecteur de production (matérielle) du savoir. De sorte qu'on se retrouve à devoir reprendre à notre compte la définition des méthodes féministes du droit international qu'Hilary Charlesworth a donnée de manière précurseuse en anglais, c'est-à-dire le fait de « *seek[ing] to expose and question the limited bases of international law's claim to objectivity and impartiality and insist[ing] on the importance of gender relations as a category of analysis.* »<sup>10</sup> Si une grande partie de la littérature féministe (anglophone) en droit international s'est en fin de compte focalisée sur les problématiques liées aux femmes (y compris leurs droits et la violation de ceux-ci), ayant sa part de responsabilité dans l'avènement du *gender mainstreaming* néolibéral dans les institutions internationales<sup>11</sup> et ayant raté le coche du féminisme de biais structurel tel qu'il est en fait conçu par Charlesworth et ses consœurs<sup>12</sup>, on ne peut nier le fait que cette littérature a acquis aujourd'hui un statut disciplinaire, ou sub-disciplinaire à tout le moins.

Si, en effet, une discipline est un « un corps de savoir entendu comme articulation d'un objet, d'une méthode et d'un programme, d'un côté, et comme mode d'occupation reconnaissable d'une configuration plus vaste (*i.e.*, l'ensemble des opérations de savoir à un moment donné du temps) de l'autre »<sup>13</sup> et si, selon la thèse d'Andrew Abbott, les nouvelles disciplines naissent de divisions intra-disciplinaires due à des oppositions intergénérationnelles, les approches féministes du droit international (en anglais) semblent être qualifiées pour l'appellation, 25 ans après – le temps d'une génération – la parution dans le *American Journal of International Law* de l'article fondateur et éponyme de Hilary Charlesworth, Christine Chinkin et Shelley Wright<sup>14</sup>. Ceci étant dit, et bien plus dans le cas de ces approches que de ses paires qui ont émergé aussi lors du tournant linguistique postmoderne, l'identité disciplinaires des approches féministes du droit international n'a pas vraiment permis qu'elles ne fassent autre chose que se parler à elles-mêmes<sup>15</sup>, donnant tristement raison à leur figure de niche. La situation est toutefois bien plus dramatique du côté francophone. Toujours à la lumière de la définition fabianienne de discipline reprise plus haut, l'état de la recherche féministe en droit international en français est loin de constituer un ensemble disciplinaire

---

<sup>10</sup> Hilary Charlesworth, *Feminist Methods in International Law*, 93 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 379 (1999).

<sup>11</sup> Hilary Charlesworth, *Talking to Ourselves?: Feminist Scholarship in International Law*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW: BETWEEN RESISTANCE AND COMPLIANCE ? 30–31 (Sari Kouvo & Zoe Pearson eds, 2011).

<sup>12</sup> Ou encore notamment par Gina Heathcote ; cf. Loveday Hodson, *Book Review: Sari Kouvo and Zoe Pearson (eds.), Feminist Perspectives on Contemporary International Law: Between Resistance and Compliance / Gina Heathcote, The Law on the Use of Force: A Feminist Analysis*, 24 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1248 (2013).

<sup>13</sup> Fabiani (n 9) 133.

<sup>14</sup> Hilary Charlesworth, Christine M Chinkin & Shelley Wright, *Feminist Approaches to International Law*, 85 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 613 (1991).

<sup>15</sup> Charlesworth (n 11).

*stricto sensu*. Il semble qu'il s'agisse plutôt d'une collection de projets individuels qui mettent en œuvre l'approche féministe, ou la lentille genre dans certains domaines du droit international, selon l'expertise de chercheuse<sup>16</sup>.

Contrairement à ce que l'on peut observer chez les anglophones – et ici, je veux juste mettre en valeur certaines caractéristiques de l'organisation et du développement de la recherche féministe en anglais et pas faire du schéma anglophone le modèle à suivre – les géographies du savoir laissent une impression globalement mitigée. Si les belges et les québécoises se retrouvent généralement dans une même université, créant ces poches institutionnelles de réflexion féministe tout en se sentant sûrement isolé·e·s dans le contexte plus large des approches critiques dans leur département, les chercheuses françaises sont pour la plupart seul·e·s dans leur institution<sup>17</sup>. Une autre différence importante tient au type de méthode féministe utilisé ainsi qu'à leur représentativité. Jusqu'à présent, les perspectives postcoloniales et *queer*, et leurs représentantes, sont presque absentes de la littérature, illustrant encore une fois les schémas historiques d'invisibilisation épistémologique de la race et des sexualités non-hétéronormatives ou identités de genre non-binaires au sein du monde occidental, et ce au cœur même du creuset des approches critiques, selon le mythe de leur fondation<sup>18</sup>. Mes recherches ne m'ont permis d'identifier qu'une seule chercheuse, du reste située en dehors de l'occident, menant une réflexion féministe décoloniale en droit international en appuyant sa critique du droit international en Afrique sur des épistémologies africaines précoloniales<sup>19</sup>. De sorte que, à l'heure où j'écris, les approches féministes francophones du droit international sont un projet intellectuel à prédominance occidentale et plutôt peu *queer*.

Cet état de fait est loin d'être une coïncidence si l'on s'intéresse d'un peu plus près aux généalogies transdisciplinaires et translinguistiques qui ont permis aux internationalistes francophones de se mettre au féminisme. De manière significative, ces généalogies répondent à un certain nombre d'angles morts fondateurs de la culture (politique) française qui se sont ensuite traduits dans le champ juridique et ont modelé les potentialités et les limites de la critique à venir. Tout d'abord, et parce que le critère

---

<sup>16</sup> Li lecteurice pourra ainsi se référer aux travaux des auteurices suivantes. La liste qui suit ne se prétend pas exhaustive et se base sur les sujets de recherche des auteurices en question et/ou leur auto-identification. (À noter que les noms affublés d'une astérisque marquent les personnes dont la présentation institutionnelle est masculine.) Cf. en Belgique, Anne Lagerwall ; au Brésil, Licia Bosco ; en France, Marion Blondel, Laurence Burgogue-Larsen, Isabelle Fouchard, Dominique Gaurier\*, Stéphanie Hennette-Vauchez, Mathias Moschel\*, Benjamin Moron-Puech\*, Marc Pichard\*, Diane Roman ; au Québec, Canada, Anne D'Aoust, Rémi Bachand\*, Ahmed Hamida\*, Martin Gallié\*, Lucie Lamarche, Isabelle Masson, Frédéric Mégret\*, Annie Rochette, Anne Saris ; au Sénégal, Fatou Kiné Camara ; en Suisse : Djemila Carron, Michelle Cottier, Ferdinando Miranda\*.

<sup>17</sup> Sauf à prendre en compte certaines sous-entités institutionnelles transversales comme le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) à l'Université Paris Nanterre et dont une des thématiques est discriminations et approche juridique du genre ; <https://credof.parisnanterre.fr/>.

<sup>18</sup> Hemmings (n 7) 14–15.

<sup>19</sup> Communication de Fatou Kiné Camara.

de différenciation n'a pas encore fait l'objet d'une véritable problématisation, la question du langage (et de l'aire linguistique comme force épistémique) est ici bien sûr centrale<sup>20</sup>. Tout comme la recherche féministe en droit international en anglais ne se pense pas comme les approches féministes anglophones du droit international, étant aveugle à son propre positionnement linguistique et aux conséquences épistémologiques de celui-ci, leurs homologues francophones, tout aussi hégémoniques que les premières, et oublient trop souvent les soubassements géopolitiques du véhicule de leur réflexion. Il y a du reste quelque chose de politiquement incorrect à vouloir baptiser un projet de critique du droit international du nom d'une entreprise culturelle néocoloniale, celle de la « Francophonie »<sup>21</sup>. Il est pourtant difficile de faire autrement dans la mesure où le dénominateur commun des activités variées que le terme recouvre est bien la langue française et, dans cette perspective, un signe encourageant pour la possibilité d'une critique des dimensions impérialistes et aliénantes d'une culture transmise et reproduite à travers l'idiome en question<sup>22</sup>. Prenant pour objet le projet raciste à la base du colonialisme, les études postcoloniales émergent justement dans une pensée francophone (comme celle de Frantz Fanon) qui fut ensuite utilisée par les anglophones afin de déconstruire leur propre (post)colonialité. L'apport des chercheuses postcoloniales francophones au débat postcolonial mondial (ou plutôt anglophone) est ainsi une évidence, si ce n'est une nécessité et montre, au-delà des potentiels écueils néocoloniaux, la fécondité des entreprises intellectuelles translinguistiques pour le développement d'une critique plus nuancée et précise des ordres sociaux qui nous enserrent<sup>23</sup>.

La spécificité de la Francophonie se lit également dans la manière dont la pensée féministe a été articulée, particulièrement en France. En sus de la quasi-invisibilité, jusqu'à très récemment, de la question raciale dans l'analyse féministe française, les travaux fondateurs dans le domaine ont eu du mal à être transmis aux générations suivantes du fait d'une institutionnalisation faible des penseuses concernées, par

---

<sup>20</sup> Chantal Maillé dit du français qu'il s'agit « d'un territoire impensé » ; Chantal Maillé, *Approche intersectionnelle, théorie postcoloniale et questions de différence dans les féminismes anglo-saxons et francophones*, 33 POLITIQUE ET SOCIÉTÉS 52 (2014).

<sup>21</sup> Chantal Maillé, *Transnational Feminisms in Francophone Space*, 23 WOMEN: A CULTURAL REVIEW 64–65 (2012). Le président français actuel, Emmanuel Macron, a d'ailleurs suscité de nombreuses critiques depuis qu'il a lancé, à l'automne dernier, une nouvelle campagne de promotion de la langue française, mettant en avant « une vision nouvelle, décomplexée, de la *francophonie* et du multilinguisme », selon la formule qu'il a utilisée lors de son discours à l'occasion de la dernière Journée internationale de la Francophonie, le 20 mars 2018. Voir, par exemple, <https://www.nouvelobs.com/topnews/20180320.AFP7840/macron-presente-sa-vision-d-une-francophonie-decomplexee.html>

<sup>22</sup> Ibid 65.

<sup>23</sup> Ibid. Voir aussi Maillé (n 20) 48.

contraste avec leurs homologues anglophones<sup>24</sup>. Le féminisme français, le vrai<sup>25</sup>, est donc une entreprise scientifique (et politique) dont l'exportation a été plus réussie que la mise en œuvre au niveau national. Quoi qu'il en soit, il se caractérise encore de nos jours par l'accent qu'il met sur le genre au travers de la catégorie universelle des femmes qui n'est complexifiée que par le biais de l'analyse matérialiste, c'est-à-dire par la prise en compte de la classe et la déconstruction de la complicité du capitalisme et du patriarcat. En bref (et de manière exagérée ici), le féminisme français est aussi « républicain », en ce sens qu'il promeut une conception très étroite et simplificatrice, ou racisée, de l'humanité genrée, que le nationalisme idoine<sup>26</sup>. Cela a bien sûr d'importantes conséquences pour le féminisme dit francophone (et qui n'a, en général, pas incorporé les perspectives postcoloniales ou décoloniales) dans la mesure où il se retrouve, encore aujourd'hui sous l'influence des thèses centrales de son pendant métropolitain<sup>27</sup>.

Mais tout espoir n'est pas perdu si l'on prend la mesure (inévitabile) de la simplification et linéarisation du récit que nous venons de faire des généalogies en cause<sup>28</sup>. Le transfert de savoirs se fait rarement de manière unidirectionnelle, même si c'est ce que la rhétorique rassurante néocoloniale veut nous faire croire au cœur des espaces et époques impériales. Au-delà de la nécessité de démêler ce qui se joue derrière l'étiquette du féminisme francophone, ce que je ne ferai pas ici, la pensée féministe québécoise se prête bien à une première familiarisation avec la complexité du transfert de connaissances au travers des aires linguistiques, culturelles et doctrinales. Bien sûr, poser l'existence d'une pensée québécoise féministe à part entière est un positionnement politique et historique en soi. Ceci étant dit, ce qui nous intéresse plus particulièrement ici est le fait que les récits peuvent en fait diverger au sein même d'un ensemble disciplinaire spécifique. Ainsi de Chantal Maillé pour la théorie féministe et de Marie-Claire Belleau pour ce qui est de son hybride juridique qui ne partagent pas les mêmes conclusions et nous permettent de problématiser la relation métonymique avec laquelle nous avons décrit les rapports entre féminisme et féminisme juridique. Pour Chantal Maillé<sup>29</sup>, la pensée féministe québécoise a été principalement influencée par le féminisme français (y compris ses limites) tandis que pour Marie-Claire Belleau<sup>30</sup>, la théorie féministe en droit au Québec est de manière assez remarquable et presque ironique le produit de la littérature anglophone et de la littérature française

---

<sup>24</sup> Éléonore Lépinard, *Malaise dans le concept. Différence, identité et théorie féministe*, 39 CAHIERS DU GENRE 122–123 (2012).

<sup>25</sup> Christine Delphy, *L'invention du "French Feminism": Une Démarche Essentielle*, in 2 L'ENNEMI PRINCIPAL (2013).

<sup>26</sup> Lépinard (n 24) 130.

<sup>27</sup> Maillé (n 20) 54–55.

<sup>28</sup> Hemmings (n 7) 14–15.

<sup>29</sup> Maillé (n 21) 69–70.

<sup>30</sup> Marie-Claire Belleau, *Féminisme Juridique "distinct" ? Comparaison Entre Le Québec et Le ROC ("Rest of Canada")*, 35 REVUE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE SHERBROOKE 444–445 (2005).

telle qu'elle a été comprise par la première (à travers, cette fois-ci, l'invention du « *French feminism* »)<sup>31</sup>. Ces influences spécifiques expliquent peut-être alors la plus grande part de chercheuses féministes en droit au Québec (et en Belgique) plutôt qu'en France : territoires « satellites » de la Francophonie, ils se retrouvent donc sous l'influence d'autres références (culturelles, politiques et scientifiques) que la métropole qui se trouve, c'est son privilège et sa perte, au milieu de son propre empire.

C'est dans cette perspective qu'il nous faut à présent retourner explorer les géographies désertées de la recherche féministe francophone en droit (international) afin de mieux comprendre les spécificités du domaine juridique (international) pour la critique féministe. La vitalité des études féministes et de genre dans le milieu universitaire occidental (et notamment chez les anglophones) – c'est le milieu que je connais et que je peux en conséquence décrire – est sans doute une cause de réjouissance, d'autant plus au vu de leur croissance rapide et de leur institutionnalisation plutôt réussie<sup>32</sup>. Pourtant, cette victoire (épistémique limitée) n'a pas son pendant dans le reste de l'université. Si les frontières disciplinaires sont plus perméables qu'on ne veut le faire croire<sup>33</sup>, ce qui a ainsi permis aux méthodes féministes d'influencer, si ce n'est de renouveler la sociologie, l'anthropologie, la géographie et la théorie politique notamment, d'autres disciplines, telles les sciences de la nature, se sont montrées beaucoup plus réfractaires à un tel questionnement. Du côté des sciences sociales, c'est bien le droit qui est coupable d'une telle attitude. Le droit est en effet un des exemples les plus frappants de la collusion entre un projet politique et un projet scientifique en vue de subjuguier notre environnement humain et naturel. Pour le dire autrement, les facultés de droit (occidentales) sont des bastions historiques du pouvoir masculin (et pour le maintien de la suprématie blanche en particulier), et sont organisées autour de et obsédées par la validité de la vérité qu'elles contribuent à produire et à légitimer à propos du monde<sup>34</sup>. N'y a-t-il en effet pas quelque chose d'incroyablement puissant dans la tautologie que constitue un savoir scientifique recouvrant (un certain type) de vérité socialement validée ?<sup>35</sup> Sans doute le droit a-t-il aussi été un instrument de lutte contre le patriarcat (et la suprématie blanche et leur entente respective<sup>36</sup> *inter alia*). Il n'en demeure pas moins que les milieux juridiques universitaires sont encore très

---

<sup>31</sup> Delphy (n 25).

<sup>32</sup> Mais tout est loin d'être gagné ; Hemmings (n 7) 10.

<sup>33</sup> Fabiani (n 9) 132–133.

<sup>34</sup> Michelle Boivin, *Le Féminisme En Capsule: Un Aperçu Critique Du Droit*, 5 CANADIAN JOURNAL OF WOMEN AND THE LAW 392 (1992); Anne Revillard et al., *A La Recherche D'une Analyse Féministe Du Droit Dans Les Écrits Francophones*, 28 NOUVELLES QUESTIONS FÉMINISTES 6 (2009) .

<sup>35</sup> Régine Dhoquois, *La recherche féministe à l'université dans le domaine du droit*, 10 LES CAHIERS DU CEDREF para. 22 (2001).

<sup>36</sup> Kimberlé Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *FEMINIST LEGAL STUDIES: CRITICAL CONCEPTS IN LAW* (Joanne Conaghan ed., 2009).



fermés (ou considérés, à l'époque, comme ne valant pas l'effort d'infiltration), ce qui explique leur relative et endémique immunité (et impunité)<sup>37</sup>.

Cela permet également d'expliquer l'histoire récente du féminisme juridique (international), que ce soit dans l'occident anglophone ou francophone – quoique le second est connu pour son retard supplémentaire. Dans l'occident anglophone, le récit officiel de l'avènement des études juridiques féministes identifie trois étapes consécutives, faisant très justement écho à ce que Clare Hemmings appelle le « *interlocking narratives of progress, loss and return* »<sup>38</sup>. S'il faudrait consacrer une recherche en soi à ces silences et récits patriarcaux ou féministes sous-jacents, je me servirai ici de cette représentation quelque peu simpliste mais très éclairante pour la suite de mon propos. Quant à la première phase, courant sur presque deux siècles et ayant pris fin dans les années 80, elle a pris pour objet le monopole exercé par les hommes sur le droit qui s'est traduit par une exclusion politico-juridique des femmes ; la seconde, recouvrant la fin des années 70 et les années 80, s'est attachée à mettre au jour les structures juridiques et sociales patriarcales perpétuant l'inégalité des femmes ; la troisième, débutée à la fin des années 80, a repris à son compte les approches postmodernes afin d'interroger la prétention du droit, qu'elle considère comme intrinsèquement masculin, à l'objectivité et à la rationalité, et sa capacité à n'engendrer que des pratiques/situations genrées voire sexistes<sup>39</sup>. Comme on l'a indiqué plus haut, c'est seulement dans les années 90 que les internationalistes, en Australie plus particulièrement, se sont jointes au mouvement et ont mis en œuvre une analyse critique du droit international sur la base du féminisme juridique ou du féminisme tout court. Du côté francophone, les développements ont été beaucoup plus modestes et ont émergé, en droit, à la fin des années 90 en France et au Québec<sup>40</sup> ; dans tous les cas, jusqu'à maintenant, il n'y pas eu à ma connaissance de véritable histoire (universitaire) écrite à notre sujet. En droit international, la situation est identique si ce n'est même encore plus limitée puisque c'est seulement en 2011 que la Société française pour le droit international a organisé une journée d'études sur « Femmes et droit international »<sup>41</sup>.

Du reste, si le féminisme n'est pas antithétique avec la culture française, la scène féministe française présente cependant trois particularités qui expliquent cette relation peu aisée. Il apparaît d'abord que le féminisme (juridique) francophone est un phénomène (tardif) militant plutôt qu'universitaire, produisant plus de praticiennes

---

<sup>37</sup> Laure Bereni et al., *Entre contrainte et ressource : les mouvements féministes face au droit*, 29 NOUVELLES QUESTIONS FÉMINISTES 6 (2010).

<sup>38</sup> Hemmings (n 7) 3.

<sup>39</sup> HILAIRE BARNETT, *INTRODUCTION TO FEMINIST JURISPRUDENCE*, 5-7 (1998).

<sup>40</sup> Revillard et al. (n 34) 5. Pour des références plus anciennes et ponctuelles sur la recherche féministe en droit et à propos du droit, voir Dhoquois (n 35) para 2.

<sup>41</sup> Les actes n'ont jamais, à ma connaissance, été publiés ; pour le programme, voir [http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/colloques/Femmes\\_et\\_DI.pdf](http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/colloques/Femmes_et_DI.pdf).

féministes – il suffit ainsi de penser à la regrettée Simone Veil, avocate et politicienne, et à sa lutte pour le droit à l’avortement en France – que de féministes d’université<sup>42</sup>. À cela, il faut ajouter la quasi-absence de penseuses féministes (originelles) dans le monde académique ou le manque de reconnaissance à leur égard (expliquant peut-être alors leur exportation réussie dans le monde anglophone plus ouvert et friand de leurs thèses), et le fait que le féminisme de tradition française tend à une grande abstraction et/ou à un fort positivisme<sup>43</sup>, rendant leur traduction au sein du monde universitaire, vers d’autres disciplines, ainsi qu’en dehors en direction de corps sociaux plus larges (et non élitaires) difficile. À tout cela, il faut encore ajouter le fort sentiment corporatiste et l’organisation médiévale et conservatrice des facultés de droit (françaises et francophones, ces dernières s’étant construites sur le modèles des premières) : dans ces espaces, il est donc difficile si ce n’est impossible de se dire féministe, voire peut-être même dangereux en termes de carrière ou pour sa propre santé mentale, ou sans prendre le risque de faire face à des attitudes réactionnaires de la part des collègues ou des étudiantes elleux-mêmes, souvent tout aussi zélé·e·s que leurs aîné·e·s à défendre l’ordre établi, à tout le moins dans les années 90<sup>44</sup>. Sans doute les choses ont-elles évolué depuis lors (en droit international notamment), grâce entre autres à l’apparition du *gender mainstreaming* dans les institutions internationales<sup>45</sup>. Toutefois, le souhait formulé en 1999 par Hilary Charlesworth (et par d’autres avant au Québec) d’être enfin considérée comme une internationaliste à part entière et pas juste une féministe est loin d’être encore réalisé pour bon nombre d’entre nous, même si pour elle (et pour certaines francophones)<sup>46</sup>, c’est enfin le cas.

#### **LE CYBER-DEVENIR INSTITUTIONNEL COMME STRATEGIE D’OCCUPATION POUR LES APPROCHES FEMINISTES DU DROIT INTERNATIONAL**

Faisant ironiquement référence au projet colonial du droit international<sup>47</sup>, on a ainsi exploré le territoire des approches féministes du droit international et pris la mesure du désert qu’est encore celui que les pair·e·s francophones ont commencé à occuper. Cette première exploration reposait sur une définition téléologique de l’espace disciplinaire ; arrivé·e·s à ce stade de notre récit (magique), il me faut compléter ladite définition avec sa dimension communicationnelle. Une discipline n’est en effet jamais un objet transcendantal seulement ; il s’agit plutôt en fait d’un « vaste réseau d’échanges de personnes, de notions et de flux de matière, [et] elle s’inscrit dans des

---

<sup>42</sup> Revillard et al. (n 34) 5–6; Dhoquois (n 35)

<sup>43</sup> Dhoquois (n 35) 6.

<sup>44</sup> Ibid 17; Boivin (n 34) 389–395. Il semblerait que cela soit encore le cas, quoique de manière plus ténue et limitée à certaines des institutions les plus conservatrices.

<sup>45</sup> Marysia Zalewski, “I Don’t Even Know What Gender Is”: A Discussion of the Connections between Gender, Gender Mainstreaming and Feminist Theory, 36 REVIEW OF INTERNATIONAL STUDIES 3 (2010).

<sup>46</sup> Charlesworth (n 10) 379; Boivin (n 34) 387.

<sup>47</sup> En vue justement d’inviter li lectrice à interroger les ensembles disciplinaires, à la suite de Fabiani (n 9) 135.

réticulations plus vastes qui supposent des modes d'articulation toujours instables. »<sup>48</sup> Les contours des disciplines ne sont jamais aussi rigides et solides qu'on les décrit ; de même, leur émergence est toujours un projet politique porté non seulement par une volonté collective mais également par le soutien d'institutions qui peut prendre la forme de contributions directes ou d'absence d'entraves. Les études féministes francophones du droit international (en devenir) constituent une illustration toute convaincante de l'importance de ces forces structurelles. Quoiqu'encore inarticulé à ce moment précis, mon propre désir de contribuer à ce type d'approches s'associa un après-midi à un nombre certains d'autres volontés, et une en particulier, laquelle a depuis fait en sorte de poser les fondements (institutionnels et épistémologiques) d'un réseau et programme de recherche en études transjuridiques, de genre et féministes appelé OLYMPE, d'après la figure féministe historique de la Révolution française, Olympe de Gouges (1748-1793). Ce réseau est en effet né à Paris, le 25 janvier 2014, lors d'une discussion collective entre une cinquantaine de jeunes et moins jeunes chercheuses réuni·e·s le matin à l'occasion d'une table-ronde en l'honneur d'Hilary Charlesworth et de son travail, et de la publication en français d'un recueil de ses textes les plus importants<sup>49</sup>. Menée par Emmanuelle Tourme Jouannet, professeure de droit international à la Sorbonne à l'époque et à présent à Sciences Po Paris, cette initiative double, celle de traduire et célébrer une des mères des approches féministes du droit international, et de créer un réseau en vue de les faire connaître en France, est loin d'être une lubie de passage. Si ses recherches en philosophie du droit ressortent plus d'un humanisme éclairé et inclusif que de la mise en œuvre des méthodes féministes à proprement parler, Emmanuelle Tourme Jouannet s'est depuis toujours mise en quête de nouvelles approches afin de promouvoir la justice internationale d'un point de vue critique en français. Usant de son statut (et des ressources qui vont avec) de professeure en poste dans une des universités les plus prestigieuses du pays ainsi que de ses connections avec des chercheuses critiques du monde entier, elle a donné à OLYMPE et ses futur·e·s membres, une plateforme solide depuis laquelle débiter cette nécessaire entreprise, ralliant les chercheuses isolé·e·s et inspirant les autres.

En vue de promouvoir les études féministes et de genre transdisciplinaires en droit international dans le monde francophone, OLYMPE poursuit quatre objectifs : (1) faire découvrir les travaux féministes en droit international au monde francophone et en proposer une critique à l'aune de la très riche tradition féministe francophone afin de développer de nouvelles études en ce domaine en droit international ; (2) activement contribuer à la mise en œuvre d'une approche intégrée de la dimension de genre aux plans normatif et institutionnel du droit international afin de renforcer l'égalité sociale et économique des personnes quelle que soit leur identité, le tout en faisant du genre un élément explicite et incontournable du contenu des politiques internationales ; (3) interroger les dimensions globales de ce que l'on appelle désormais la gouvernance

---

<sup>48</sup> Ibid 133.

<sup>49</sup> HILARY CHARLESWORTH, *SEXE, GENRE ET DROIT INTERNATIONAL* (Stéphanie Hennette-Vauchez préf., 2013).

féministe, et identifier des solutions aux impasses que le « *gender mainstreaming* » a déjà engendrées ; et (4) bâtir une plateforme institutionnelle sur laquelle un réseau de chercheuses, praticiens et autres professionnel-le-s intéressé-e-s par ces questions pourra s'appuyer en vue de contribuer à la mise en œuvre des objectifs susmentionnés<sup>50</sup>. Avec plus de 90 membres du monde entier et de diverses professions bien qu'une majorité d'entre eux soient des universitaires, OLYMPE a déjà mis en marche un certain nombre d'activités en vue de réaliser son ambitieux programme d'action. En sus de son site internet, monté de manière indépendante sur une plateforme de blog, et qui présente les diverses applications thématiques du féminisme en droit international et sa page Facebook qui fait de la veille informative concernant les événements académiques et politiques en lien avec la lutte féministe (et féministe juridique) dans le monde francophone et ailleurs, OLYMPE a déjà organisé, à deux reprises, un atelier dans le cadre de la Semaine doctorale intensive de Sciences Po Paris : le premier portait sur les féminismes africains et postcoloniaux en lien avec le droit (international) et le second sur les droits LGBT et les approches *queer* du droit international<sup>51</sup>. Mettant en avant le travail de chercheuses dans ces domaines et ouvrant le débat sur ces sujets (en français et en anglais), ces ateliers ont permis à un public universitaire de se familiariser avec ces sous-domaines des études féministes, contribuant de manière utile à la complexification de la pensée juridique et internationaliste féministe en français (et en anglais).

OLYMPE a par ailleurs fait œuvre de manière plus tangible encore, sous la forme d'une première publication collective parue au mois de mai 2016 et intitulée *Féminisme(s) et droit international. Études du réseau Olympe*<sup>52</sup>. Co-dirigé par Emmanuelle Tourme Jouannet, Laurence Burgorgue-Larsen, Horatia Muir Watt et Hélène Ruiz Fabri, l'ouvrage rassemble 14 chapitres donnant à voir un premier état des lieux utile de la recherche féministe en droit international et relations internationales en français. Plutôt éclectiques, les 14 chapitres s'articulent autour de trois thèmes, l'historique, le théorique et le thématique, et sont précédés d'une introduction critique de la peinture choisie pour illustration et suivis d'un épilogue introspectif faisant le récit féministe de l'expérience de bureau et de terrain d'une chargée de la protection des réfugié-e-s<sup>53</sup>. Suite à cette première publication, OLYMPE travaille sur un second ouvrage, lui aussi collectif, et qui portera sur les droits LGBT et les approches *queer* du droit

---

<sup>50</sup> Voir à <https://olympereseauinternational.wordpress.com/a-propos/le-programme-et-le-reseau/>.

<sup>51</sup> Pour des résumés de ces ateliers, cf. <https://olympereseauinternational.wordpress.com/2015/06/15/wed-17-june-workshop-on-black-and-postcolonial-feminisms-and-the-law-at-sciences-po-paris/> et <https://olympereseauinternational.wordpress.com/2016/08/08/olympe-un-atelier-reussi-sur-la-question-lgtbqueer-en-droit-international/>

<sup>52</sup> *FEMINISME(S) ET DROIT INTERNATIONAL: ÉTUDES DU RESEAU OLYMPE* (Emmanuelle Jouannet et al. éd., 2016).

<sup>53</sup> Un résumé en anglais du livre est disponible ici : <https://ilg2.org/2016/08/25/introducing-olympes-first-collective-book-feminismes-et-droit-international-2016/>.

international<sup>54</sup>. Si ces ouvrages participent indéniablement à l'enrichissement de la réflexion au sein des approches critiques du droit international en français, et peut-être même en anglais pour les lectrices capables, il reste difficile d'en mesurer l'impact en termes de progrès scientifique. La science est une entreprise pleine de sérendipité qui se construit à l'aune de rencontres physiques ou textuelles, de rêves enfouis ou réalisés, d'idées individuelles ou collectives, et ce en particulier à notre cyber-époque où le papier n'est peut-être plus la meilleure mesure du succès épistémologique<sup>55</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'existence des études féministes francophones du droit international peut être mesurée à sa dynamique virtualité, se faisant une illustration supplémentaire de l'inévitable enchevêtrement de la production du savoir avec le progrès technologique, notamment dans les 20 dernières années pour les sciences sociales. A cet égard et prenant exemple sur le très florissant blog *International Law Grrls* <sup>56</sup>, lequel s'est justement récemment ouvert aux publications en français et en espagnol, OLYMPE essaie d'occuper sa propre cyber-niche sur la toile où, de plus en plus, la science, si ce n'est de fait une version vulgarisée du discours universitaire, est rendue accessible et est débattue. Ainsi sont mis en lumière de nouveaux modes et territoires de production du savoir scientifique, lesquels expliquent aussi en partie l'état du développement et de la diffusion des approches féministes (francophones et anglophones) du droit international.

Si l'utilisation récente d'Internet, et notamment des réseaux sociaux, par les chercheuses et les institutions universitaires est sans doute une nouveauté du point de vue formel, les technologies, des plus anciennes avec l'imprimerie aux plus nouvelles avec la digitalisation des ressources bibliothécaires ou des méthodes d'enseignement, n'ont de fait jamais cessé de façonner, de manière quasi-ontologique, la production du savoir (notamment écrit)<sup>57</sup>. Cette dernière mutation pose toutefois, pour la production et la diffusion du savoir contemporain, des questions uniques à l'époque où elle prend place. C'est ce que l'inventeur de la notion de « condition postmoderne » montre dans son ouvrage séminal et éponyme et sur la base duquel D. Peraya s'essaie à évaluer les tenants et aboutissants de cette mutation pour la science actuelle<sup>58</sup>. Il rappelle ainsi la distinction que fait Lyotard entre discours scientifique et narratif, le premier

---

<sup>54</sup> Cf. l'appel à contribution publié sur le site d'OLYMPE; <https://olympereseauinternational.wordpress.com/2016/09/02/second-ouvrage-dolymppe-appel-a-contributions-les-approches-queer-du-droit-international/>. La future publication de cet ouvrage devrait également donner lieu à un colloque rassemblant les contributeurices et des acteurices militantes et praticiennes du domaine ; entretien avec Emmanuelle Tourme Jouannet.

<sup>55</sup> Au 14 mai 2018 et selon une communication de la maison d'édition, il a été vendu 98 exemplaires du premier ouvrage d'OLYMPE. (Il m'a été en revanche impossible, pour l'instant, de me procurer les chiffres de ventes du recueil des traductions d'Hilary Charlesworth.)

<sup>56</sup> Il a d'ailleurs célébré, en mars 2017, son dixième anniversaire en organisant une grande conférence internationale; cf. <https://ilg2.org/>.

<sup>57</sup> Daniel Peraya, *Quel impact les technologies ont-elles sur la production et la diffusion des connaissances*, 17 QUESTIONS DE COMMUNICATION 90 (2012).

<sup>58</sup> Ibid.

achoppant à la vérité comme condition de validité tandis que la validité du second s'inscrit dans la légitimité du groupe social dont il émane et où il est réitéré. Peraya fait alors le parallèle entre cette distinction et la mutation que les nouvelles technologies ont elles-mêmes connue entre la version 1.0 du Web et sa version 2.0 actuelle : l'horizontalité de cette dernière est ainsi synonyme de pratiques de production et de diffusion des savoirs qui relèvent plus des savoirs narratifs que scientifiques<sup>59</sup>. De là et s'intéressant à l'éventail de nouvelles pratiques mises en œuvre par les enseignanxes, les étudianxes ou encore certaines institutions, l'auteur montre que les usages ne sont pas monolithiques et qu'un même acteur peut, selon les occasions, les infrastructures en présence ou les objectifs recherchés, utiliser des pratiques relevant de la pragmatique des savoirs narratifs ou des savoirs scientifiques. Du reste, le choix peut être orienté par la familiarité que l'acteurice aura avec certaines pratiques de type narratif qu'il met déjà en œuvre dans sa vie privée<sup>60</sup>.

Cette dernière conclusion finit de dresser un tableau tout à fait remarquable de la relation complexe et organique qui existe entre production et diffusion du savoir: quadrillé par la symétrie des paires antinomiques « scientifique/narratif » et « public/privé » (ou déclinée en « centre/périphérie »), ce tableau, instructif à bien des égards, donne en plus à voir leur dimension profondément genrée. On y retrouve en filigrane la hiérarchie qui organise la valeur sociétale (et, partant, économique) du savoir, dans le monde moderne et, dans une certaine mesure, dans le monde postmoderne : tout comme pour les modes d'organisation du travail, le savoir scientifique (masculin) issu des institutions dont les protocoles de recherche ont été objectivement établis et répliqués par les expertes qui les composent l'emporte sur le savoir communautaire (féminin) infusé par dans les sphères domestiques par des personnes dont l'expertise sera dite amateur. Si la lecture que fait Peraya, sur la base de Lyotard, du rapport entre technologies et pragmatiques de la production et de la diffusion du savoir permet de mettre en lumière les dynamiques, plus ou moins importantes, de (contre-)pouvoir que l'avènement du Web 2.0 a engendrées dans le cadre universitaire, la mise au jour de la dimension genrée inavouée de cette lecture contribue à souligner les ressources importantes que les technologies opérant une pragmatique de type narratif constituent précisément pour des chercheuses qui se trouvent à la marge ou étudient des sujets « marginalisés », comme la question du genre ou du féminisme. D'autant plus que, à la manière d'un cercle qui sera vicieux ou vertueux, selon d'où on regarde, les penseuses critiques (y compris féministes) ont depuis toujours remis en cause l'objectivité du positivisme scientifique comme condition suffisante et efficace pour l'établissement d'un savoir équivalent alors à la vérité<sup>61</sup>. De sorte que cette préférence épistémologique (et politique) pour le narratif – et qui s'insurge contre le scientifique – trouve ainsi des plateformes de communication

---

<sup>59</sup> Ibid, 96.

<sup>60</sup> Ibid, 97-99.

<sup>61</sup> Sandra Harding, *Rethinking Standpoint Epistemology: What is "Strong Objectivity"?* in KNOWLEDGE AND INQUIRY. READINGS IN EPISTEMOLOGY 355-356 (K. Brad Way ed., 2002).

à son aune<sup>62</sup>, dont l'efficacité et la portée dépassent largement, c'est certain, les plateformes papier qui ont précédés l'invention de la toile.

Mais tout est encore loin d'être gagné : si la démocratisation de la production narrative du savoir par le biais des nouvelles technologies est une tendance indéniable de l'université globale contemporaine et promet une science plus « ouverte »<sup>63</sup>, la production de type scientifique, et donc élitaire, reste dominante, que ce soit en volume ou en légitimité : la publication dans certaines prestigieuses revues papier à présent digitalisées restent la seule avenue crédible pour, si cela est même possible, faire entendre et grandir des jeunes et/ou radicales voix ; la digitalisation de ces plateformes s'est par ailleurs accompagnée de leur fermeture accrue<sup>64</sup>. Si la hiérarchie de la production (universitaire) des savoirs a été quelque peu déstabilisée par, notamment, l'intégration de formes discursives auparavant privées, cela s'est fait, pour l'instant encore, de manière très limitée ou seulement complémentaires, ou encore au prix d'une récupération (à tout le moins cosmétique) de ces dernières par l'establishment néolibéral et patriarcal des institutions académiques et commerciales qui collaborent avec<sup>65</sup>. Ainsi, en attendant la révolution du système académique, c'est-à-dire un changement structurel profond des formes de production et de diffusion du savoir qui dépasse la simple adoption de gadgets technologiques, on se(nous) (re-)posera donc, avec un pessimisme non-pas dénué d'une pointe d'idéalisme, la question de l'archivage comme pendant de la stratégie d'occupation même liminale. Plus qu'un choix, le recours aux nouvelles technologies se révèle être la seule solution face à la censure insidieuse d'un système conservateur qui refuse la parole à ceux qui le questionnent trop. De sorte que, pour reprendre les mots puissants de Kate Eichhorn, « *[t]o write in the digital age is to write in the archive.* »<sup>66</sup> En effet, « *[t]he creation of archives is [in fact] part and parcel of how we produce and legitimize knowledge and make our voices audible in the public sphere. Rather than a destination for knowledge already produced or a place to recover histories and ideas placed under erasure, making archives is frequently where our knowledge production begins.* »<sup>67</sup> Deux pages plus loin, elle en arrive à décrire les archives et la pratique de leur constitution comme « *the primary apparatus through which we have continued to authorize new forms of*

---

<sup>62</sup> En droit international, le groupe Facebook ATLAS Network (<https://www.facebook.com/groups/the.atlas.network/>) ou encore le récent WILNET (Women of International Law Network ; <http://www.wilnet.manchester.ac.uk/>), basé à l'Université de Manchester en sont des exemples parlants.

<sup>63</sup> Au sens de « open science » ; Nick Pearce, Martin Weller, Eileen Scanlon, & Melanie Ashleigh, *Digital Scholarship Considered: How New Technologies Could Transform Academic Work*, 16 IN EDUCATION 37 (2010).

<sup>64</sup> Ibid., 34 et 40.

<sup>65</sup> Cornelius Puschmann, *(Micro)Blogging Science? Notes on Potentials and Constraints of New Forms of Scholarly Communication*, OPENING SCIENCE 104 (2014).

<sup>66</sup> Kate Eichhorn, *D.I.Y. Collectors, Archiving Scholars, and Activist Librarians: Legitimizing Feminist Knowledge and Cultural Production*, 39 WOMEN'S STUDIES 641 (2010).

<sup>67</sup> Ibid., 625.

*feminist knowledge and cultural production at a time when prevailing political forces have often suggested that feminism is no longer relevant or necessary.* »<sup>68</sup>

N'est-ce pas justement ce qui est à craindre avec le succès – tout relatif, c'est entendu – du *gender mainstreaming* dans les organisations internationales et dans les programmes de développement ? N'est-ce pas alors justement la raison pour laquelle nous devons ainsi continuer d'archiver notre avènement, c'est-à-dire concrètement performer notre existence sur toutes les scènes que l'on aura inventées et que l'on nous aura laissé occuper, ne serait-ce qu'un instant ? Et surtout, faire nôtre la méfiance constitutive de l'éminente bell hooks qui, trop consciente de la vulnérabilité de l'archive féministe Noire, rappelle, lorsqu'elle est pressée par ses collègues d'investir les plateformes digitales, que ce qu'on y produit peut disparaître en une pression du doigt, alors que le papier, lui, reste si on y fait attention<sup>69</sup>. Alors, oui, il faudra échanger et débattre ; mais il faut avant tout continuer à écrire et ce, sur divers supports, dont le papier, comme dans ce numéro spécial de la *Sciences Po Law Review*. C'est d'ailleurs bien ce type de stratégie multimodale qui a été mise en œuvre, depuis le début, par OLYMPE, on l'a vu plus haut, et qui a permis sa pérennisation en l'absence de structures institutionnelles à proprement parler. Par contraste, et parce OLYMPE est loin d'être à lui tout seul les études féministes francophones du droit international, quoique son histoire particulière et les activités qu'il mène explique la facile métonymie, l'organisation par la Société française pour le droit international d'une journée d'études consacrée à la question des femmes en droit international, en 2011, n'a donné suite, on l'a dit plus haut, à aucune publication ou autre archive digitale. Sujet au demeurant peu abordé au sein de la Société, l'évènement risque ainsi, faute de trace, de disparaître de la mémoire institutionnelle de la Société et donc de la discipline encore fort conservatrice. Plus avant-garde car peut-être moins francophone, la Société européenne de droit international, statutairement bilingue (anglais-français), a vu, elle, la création en 2008 d'un groupe de réflexion spécial sur « Féminisme et droit international » qui possède une page en ligne sur le site de la Société qui redirige le lecteurice vers un blog indépendant<sup>70</sup>. Jusqu'en 2016, les deux coordinatrices du groupe étant anglophones avec seulement une connaissance passive du français, les activités mises en place par le groupe se déroulaient généralement en anglais. Après cette date, ma présence dans le groupe ainsi que celle d'une autre collègue parlant le

---

<sup>68</sup> Ibid, 627.

<sup>69</sup> *Black Female Voices: Who is Listening - A public dialogue between bell hooks + Melissa Harris-Perry*, The New School, 8 novembre 2013, <https://www.youtube.com/watch?v=5OmgqXao1ng> (à partir de 56'40). Ce savoir expérientiel partagé ici par hooks est d'une importance historique et politique fondamentale, que ce soit en lien avec l'étude et le démantèlement du patriarcat raciste ou avec l'analyse des censures racistes inhérentes au mouvement féministe. (C'est d'ailleurs bien la critique que l'on pourrait faire à la réflexion de Eichhorn utilisée un peu plus haut sur la question de l'archivage (cf. note *supra*): jamais la race n'y est mentionnée comme facteur supplémentaire ou spécifique d'invisibilisation mémorielle alors que l'auteure intervient précisément dans une conférence qui s'attache notamment à poser l'ébauche d'une histoire intellectuelle des femmes Noires, démontrant encore une fois toute l'importance d'une approche postcoloniale de la question du genre.)

<sup>70</sup> Cf. <https://igfemlaw.wordpress.com/>.



français, Emily Jones, a permis la co-organisation de panels résolument bilingues lors des conférences annuelles de la Société de 2016 et 2017<sup>71</sup>. Il est du reste permis de se demander si cette présence décennale n'a pas contribué, même de manière indirecte, au fait remarquable que la conférence annuelle de 2018 sera ouverte par un panel féministe déconstruisant le thème retenu, pertinent à cet égard, qui est celui de l'universalisme en droit international<sup>72</sup>.

Les stratégies d'occupation sont ainsi nombreuses et variées, les quelques exemples précédents viennent de nous le montrer. Une constante demeure, on l'aura compris : moins le soutien institutionnel est important, plus le recours aux stratégies de type narratif sera répandu. A l'inverse, une autre initiative en matière de pensée juridique féministe en France nous le prouve, il arrive, certes rarement, que l'institution universitaire soutienne des projets de ce type, ce qui se traduit par le choix d'une plateforme digitale plus traditionnelle (pragmatique scientifique) – un site internet (non-modelé sur la base d'un blog) – plutôt, justement, que le recours aux réseaux sociaux (pragmatique narrative). Il s'agit du projet de recherche REGINE (pour « Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe »). De 2011 à 2015, et grâce au financement de l'Agence nationale de la recherche française (ANR), ce projet, basé au sein des universités de Paris Ouest Nanterre La Défense et Lille 2, a associé des enseignanxes-chercheuses et des doctoranxes menant leurs recherches dans toutes les branches du droit (civil, public, pénal et international), en vue d'ancrer la théorie féministe du droit dans le paysage de la recherche juridique française. Cet objectif a été décliné en trois axes de recherche successifs : d'abord et au vu justement des lacunes de la recherche française en droit dans ce domaine, le projet vise à l'acculturation de la théorie féministe du droit (français et européen ou international d'ailleurs) dans les facultés françaises qui, selon les auteurices du projet, sont à la traîne par rapport à leurs paires étrangères ; ensuite, et de manière plus concrète, le projet souhaitait « passer des pans entiers du droit français au crible de la perspective de genre, dans le but de dévoiler, le cas échéant, la manière dont ils façonnent l'(in)égalité de genre » ; enfin, et s'appuyant sur les étapes précédentes, le projet proposa de repenser le droit par le genre, en s'intéressant plus particulièrement à certains concepts-clé de la discipline telles que les droits «de l'homme»<sup>73</sup>, ou encore aux méthodes et contenus d'enseignement du droit et pour finir aux possibles retombées d'une telle critique en matière de recherche-action. Extrêmement novateur et ambitieux, ce projet, dont les initiateurices souhaitent voir le redémarrage<sup>74</sup>, a

---

<sup>71</sup> “The Gendered Imaginaries of Crisis in International Law”, agora organisée par le *Feminism and International Law Interest Group*, European Society of International Law, Annual Conference, Riga, 7-10 September 2016. Les notes de la rencontre sont disponibles à <https://igfemlaw.wordpress.com/2016/09/14/reflections-on-the-gendered-imaginaries-of-crisis-in-international-law-agora-the-2016-esil-annual-conference-riga-latvia/>.

<sup>72</sup> Cf. <http://www.esilconference2018.com/programme/>.

<sup>73</sup> C'est l'expression employée dans le descriptif du projet lui-même.

<sup>74</sup> Communication de Diane Roman.

permis notamment la publication de trois ouvrages collectifs d'une importance scientifique (épistémologique et institutionnelle) indéniable : REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013 ; REGINE, *La loi & le genre. Études critiques de droit français*, Ed. du CNRS, 2014 ; REGINE, *Droit et Genre: Ressources Pédagogiques*, Dalloz, 2016<sup>75</sup>. Et même s'ils ne touchent au droit international que par la bande ou pas du tout, ils ont permis d'inscrire de manière durable la pertinence du questionnement de genre dans le domaine du droit en France, ce qui ne saurait qu'être bénéfique aux internationalistes qui forment une sous-catégorie institutionnelle de la discipline.

C'est le même succès que l'on souhaite à une autre initiative ayant vu le jour en Suisse romande en 2016, savoir la création à l'Université de Genève d'un nouveau réseau intitulé «Droit, genre et sexualités» et dont le but premier est de pousser les universitaires, les politiques locaux et internationaux et les militanxes à réfléchir à l'importance d'une approche genrée en droit<sup>76</sup>. L'inauguration du réseau a pris la forme d'une première séance publique de mise en commun suivie d'une grande conférence de l'Université de Genève donnée en anglais (avec traduction simultanée en français) par Ratna Kapur, sur le thème de « Genre et droits humains. Succès, échec ou nouvel impérialisme ? »<sup>77</sup> Une première dans l'histoire de l'Université de Genève, jamais un événement portant sur du féminisme postcolonial (en lien avec les droits humains) n'avait eu un tel accueil (ni un tel soutien institutionnel). Il a d'ailleurs mené à la mise en place, depuis l'année dernière, d'une école d'été bilingue et postcoloniale en genre et droits humains<sup>78</sup>, illustrant l'impact réel sur la production et le transfert de savoirs que peut avoir l'invitation amicale à la perturbation critique des espaces conservateurs. Le réseau, qui possède une page sur le site internet du Bureau de l'égalité de l'Université de Genève (tout un symbole au niveau politique et institutionnel), a depuis lors organisé deux ateliers de réflexions ainsi qu'une matinée d'études, et travaille actuellement à la création d'outils de formation continue à destination des enseignanxes de l'université ou des avocaxes de la place<sup>79</sup>. Il faut ainsi espérer que ces initiatives sèment le grain d'une future génération d'internationalistes féministes dans

---

<sup>75</sup> Sans compter toutes les autres publications individuelles des membres du projet.

<sup>76</sup> Les notes du premier atelier sont disponibles à <https://olympereseauinternational.files.wordpress.com/2016/08/rapport-secc81ance-12-mai-2016.pdf>. En 2017, le groupe de réflexion a organisé un événement en marge de la conférence annuelle de Naples sur le thème « Whose Global Public Goods, Global Commons and Fundamental Values? » ; <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/feminism.pdf>.

<sup>77</sup> Voir <http://www.unige.ch/public/archives/2016/genreetdroitshumains/>. Une vidéo de la conférence est disponible <http://www.unige.ch/droit/actus/old2016/GenreEtDroitsHumains-1.html>.

<sup>78</sup> Cf. la *summer school* sur « Human Rights, Gender and Alterity » ; <http://www5.unige.ch/genevasummerschools/programme/courses/Human-Rights-Gender-Alterity>.

<sup>79</sup> Cf. <https://www.unige.ch/rectorat/egalite/egalite-et-cite/reseau-droit-genre-et-sexualites/>.

une cité où ces questions y sont bureaucratiquement et quotidiennement décidées<sup>80</sup>. En attendant, il nous faut continuer de construire et de dégager ces espaces physiques et digitaux accueillants ce type de réflexion. Dans cette perspective, un autre espace à investir dans le futur serait sans doute celui des revues scientifiques dans la mesure où elles sont, jusqu'à présent, plutôt fermées à, ou juste ignorantes de ces approches et ce, sûrement pour de « bonnes » raisons<sup>81</sup>.

#### **ENTRE FUTUR ET PASSE, LE NOUS (NON-)DISCIPLINAIRE ET LE MOI DISCIPLINE POUR DES ETUDES FEMINISTES FRANCOPHONES DU DROIT INTERNATIONAL EN DEVENIR**

La recherche critique et traditionnelle en droit international se faisant de plus en plus en anglais, mener un travail scientifique en français, et contribuer à l'émergence et au maintien de la pensée féministe en droit international aux marges exige un certain labeur et engagement. Arrivé·e·s à ce stade du récit de ce début d'une histoire (collective) des études féministes francophones du droit international (en devenir) que j'ai fait depuis la première page d'une manière plutôt détachée, j'espère que ma prestidigitacion épistémologique a convaincu. Un tel succès donnerait ainsi une véritable identité scientifique à ce qui n'est peut-être en fait qu'une modeste et fragile initiative regroupant quelques personnes et parfois une volonté collective en vue de l'utopie que constitue ces études imaginées. Quoi qu'il en soit et quoi qu'il advienne et, dans un mouvement véritablement féministe, pour retourner le regard soit-disant objectivant sur le sujet qui raconte depuis les coulisses, il est temps que nous interroguions ma propre pratique narrative et ses possibles effets gnoséologiques. En effet, qui suis-je pour faire un tel récit ? Sans aucun doute, une actrice très investie dans l'entreprise que je décris avec autant de passion <sup>82</sup>. Et de fait, en tant qu'épistémologue féministe post/dé-coloniale du droit international bilingue, j'ai des

---

<sup>80</sup> Cf., par exemple, la dernière table-ronde bilingue portant sur les droits LGBTQIA à l'aune de la Convention sur l'élimination des discriminations faites aux femmes ; <http://www.unige.ch/etudes-genre/fr/actualites/cedaw/>.

<sup>81</sup> Anne Lagerwall, *La Revue Belge de Droit International: Une Affaire D'hommes Qui N'aimaient Pas Les Femmes ?*, 1-2 REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL 25 (2015). A l'heure actuelle, il n'existe pas de revue spécialisée, que ce soit en français ou en anglais, en approches féministes du droit international. On compte, en revanche, un grand nombre de revues juridiques féministes ou portant sur le genre (ou les femmes) et le droit en anglais (notamment aux Etats-Unis). Pour ce qui est de l'aire francophone et si le constat peut paraître amer, il reste bien entendu d'autres façons de publier, notamment dans le cadre de revues féministes ou de féminisme juridique et/ou en genre et droit : respectivement et de manière non exhaustive pour les premières, *NOUVELLES QUESTIONS FEMINISTES*, *RECHERCHES FEMINISTES*, *LES CAHIERS DU CEDREF*, *LES CAHIERS DU GENRE*, *COMMENT S'EN SORTIR* OU ENCORE *LA REVUE FEMMES ET DROIT / CANADIAN JOURNAL OF WOMEN AND THE LAW*. Ces plateformes de publications peuvent toutefois s'avérer limitées de deux manières : d'une part, et pour ce qui est des revues féministes ou de genre, l'hybridité ou le caractère *sui generis* de l'analyse juridique (même entreprise sous la lentille genre) peut déstabiliser des comités de lecture ancrés dans des paradigmes méthodologiques de sciences sociales « pures » ; de l'autre, pour ce qui est de la seule revue francophone en féminisme juridique que l'on a identifiée, et son titre en anglais le révèle plus particulièrement, elle semble vouloir privilégier les recherches en provenance ou au sujet du Canada.

<sup>82</sup> Très modestement parlant, une version positive d'une Clare Hemmings prenant conscience avec colère et tristesse de sa propre responsabilité dans les récits des histoires féministes qu'elle pose elle-même sur le papier ; Hemmings (n 7) 25-26.

intérêts évidents dans la réussite du projet envisagé. Alors que j'ai été formée en droit international dans une institution historiquement bilingue (et conservatrice), j'ai eu l'opportunité de réaliser de manière très personnelle toute l'importance de la production translinguistique du savoir en vue d'une meilleure maîtrise de la discipline en jeu. Loin d'être féministes, les auteur·e·s que j'ai eu·e·s à lire et les professeur·e·s que j'ai écouté·e·s en français et en anglais ont tous à leur manière contribué à ce que j'ai une connaissance étendue et nuancée de la matière et ont fait de moi, une francophone de langue maternelle, une adepte convaincue du bilinguisme (et plurilinguisme lorsque cela est possible) en droit international. Lorsque j'ai commencé à me familiariser avec la littérature en féminisme juridique, j'ai très rapidement été fascinée par la richesse et la qualité des recherches publiées en anglais et y ai appris une grande partie de ce que je sais aujourd'hui. C'est seulement plus tard que j'ai pris conscience des limitations de mon aveuglement : alors que je ne faisais pas cas de ce qui était écrit dans une autre langue que l'anglais (et en particulier en provenance de l'occident), j'ai contribué au non-développement ou encore à l'invisibilisation de la recherche produite ailleurs ou encore dans ces espaces mais en français.

Cette attitude s'est en fait très rapidement fait l'écho d'une idée que j'ai rejetée plus haut (mais que j'ai adoptée par le passé) et qui est celle de la disjonction entre culture française et féminisme juridique. J'étais persuadée qu'il n'y avait rien de plus avant-garde, de plus progressiste, de plus « *in* » que le (*legal*) *feminism*, par opposition au féminisme (juridique), sauf lorsqu'il s'agissait de rendre hommage, même dans le cadre d'une note de bas de page et en bons ex-hégémoniques que nous sommes, à des figures historiques telles que De Beauvoir ou Kristeva. Si « nous » valons bien une citation, nous sommes déjà trop « vieilles » pour mériter une vraie et directe réflexion (en dehors du circulaire, artificiel et translinguistique « *French feminism* »). De la même manière et du fait des tendances néocoloniales de la Francophonie, j'ai dû ainsi faire l'auto-critique de mon bilinguisme. Si j'essaie de contribuer à la recherche en français avec mes propres écrits et en citant d'autres travaux francophones, je me suis rendu compte que le féminisme en droit international se limitait souvent aux productions intellectuelles en provenance de l'occident, pour ne pas dire la France seulement. C'est pourtant oublier que la Francophonie recouvre plus de 80 pays et 900 millions de locuteurices dont une grande partie se trouve sur le continent africain<sup>83</sup>. De sorte qu'il est plus que temps d'inclure toutes les actrices dans une conversation qui se voudrait vraiment globale, d'autant plus au sein d'un projet intellectuel qui souhaite entre autres interroger le discours (néo-)colonial sur le monde. Pour que le droit international se retrouve sous le « regard francophone », il faudrait rendre un hommage translinguistique à Chandra Talpade Mohanty et enfin contribuer à la réflexion postcoloniale sur la façon dont (et la langue avec laquelle) on a de parler du droit international<sup>84</sup>. Il s'agirait ainsi de bien plus que d'une simple traduction : il

---

<sup>83</sup> Cf. <http://www.francophonie.org/-80-Etats-et-gouvernements-.html>.

<sup>84</sup> Chandra Talpade Mohanty, *Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourse*, 30 FEMINIST REVIEW 61 (1988).

faudrait se mettre en quête de ces écrits qui existent peut-être déjà quelque part<sup>85</sup>, sous une forme ou une autre et les rendre visibles à l'aide de divers projets éditoriaux au sein de l'occident auto-centré et ignorant. Et même sans parler de revue de littérature ou de recensions, il y aurait déjà beaucoup à faire du côté de la politique de citation comme espace discursif où les relations de pouvoir se superposent également : le problème réside tout autant dans la langue que dans la position au cœur même de ces espaces linguistiques<sup>86</sup>.

En tant que coordinatrice du réseau OLYMPE, j'ai eu grand plaisir, avec l'aide d'autres allié·e·s plus ponctuel·le·s<sup>87</sup>, à être la petite main invisible d'un grand nombre d'activités et d'autres initiatives pour lesquelles j'ai écrit des textes, des courriels, mis en place des ateliers et des sites internet, et surtout ai traduit des documents, des posts de blogs, des appels à contribution, des posters de conférence etc. Le travail de traduction au sein de projets scientifiques est loin d'être anodin, bien au contraire, surtout lorsque la masse critique de chercheuses intéressé·e·s par les sujets abordés se trouvent peut-être dans une aire linguistique différente et dominante. Si cela peut sembler évident à un certain nombre d'entre nous qui menons déjà de telles activités scientifiques translinguistiquement, je crains que le grand potentiel épistémologique du travail de traduction, d'autant plus lorsque l'on se situe dans une perspective critique qui cherche à mettre en lumière les mécanismes (discursifs et matériels) d'aliénation, ne soit ignoré par la plupart des chercheuse·s monoglottes. L'exemple le plus frappant à cet égard serait la question du genre grammatical en français – et mon recours ici au langage inclusif en est une illustration convaincante, je l'espère, sans parler du tabou terminologique et intellectuel qui entoure la race, cela a été mentionné plus haut. Parler et écrire en français au sujet des approches féministes du droit international revient ainsi presque à penser neuf en utilisant des images et des notions étrangères au langage véhicule. Comment fait-on ? Comment s'assurer que l'on ne colonise par la pensée francophone avec des tropes anglophone (et vice versa) ? Une première réponse nous est donnée par Éléonore Lépinard à propos des limites actuelles du féminisme français universaliste lorsqu'elle suggère que nous fassions preuve d'« imagination théorique » en faveur d'un « sujet-multitudes » pour ce dernier<sup>88</sup>, ou encore par Mohanty qui appelle à une pratique du féminisme transnational de solidarité qui n'effacent pas nos différences et ne recréent pas des hiérarchies<sup>89</sup>. Oui, construisons ensemble ce féminisme francophone « atypique »<sup>90</sup>,

---

<sup>85</sup> Comme ce fut le cas avec ma rencontre (pour l'instant virtuelle, d'ailleurs) avec Fatou Kiné Camara.

<sup>86</sup> Jasbir K Puar, *Homonationalism As Assemblage: Viral Travels, Affective Sexualities*, 4 JINDAL GLOBAL LAW REVIEW 29–30 à la note 22 (2013).

<sup>87</sup> Mes remerciements vont à Emily Jones, Oriane-Jill Aoust, Adèle Bourgin, Noémie Danos, Aurélia de Tonnac, Anna Mimoglou et Pauline Hoerner pour leur précieuse contribution au fonctionnement et/ou aux activités du réseau OLYMPE.

<sup>88</sup> Lépinard (n 24) 130.

<sup>89</sup> Maillé (n 20) 56.

<sup>90</sup> Communication de Fatou Kiné Camara.

un féminisme qui serait plus rhizomatique que centralisé tout en faisant justice aux formes historiques de mises sous silence et aux censures impensées<sup>91</sup>. Dans ce plurilogue, ce récit collectif assumé, il nous faut faire en sorte d'avoir plusieurs points de référence afin que ce modeste et « *playful world-travelling* »<sup>92</sup> soit un mouvement ouvert, inclusif, qui contribue, à sa manière, à la révolution féministe postcoloniale en général, et en droit (international) plus particulièrement.

---

<sup>91</sup> Je dois avouer, dans cette avant-dernière note, que les hasards, ou plutôt l'état actuel des structures scientifiques, ont fait que j'ai d'abord rédigé cette réflexion en anglais. Ce que vous lisez est donc une traduction (adaptation?) de quelque chose que j'ai pensé en premier, et de manière ironique mais aussi stratégique, en anglais. Quelles frontières disciplinaires, linguistiques, conceptuelles ? Quelle(s) versions de la vérité ou quelle(s) vérité(s) pour le discours scientifique ? Et quelles plateformes pour la(es) diffuser ? Si mon récit s'achève ici, la réflexion ne fait, elle, que commencer.

<sup>92</sup> María Lugones, *Playfulness, "World"-Travelling, and Loving Perception*, 2 HYPATIA 3 (1987).

**LOUIS HILL**

*L'éthique du care et le souci du particulier : vers une épistémologie juridique féministe*

---



**LOUIS HILL**

*Etudiant en Master Droit Public Economique à l'Ecole de droit de Sciences Po, Titulaire d'une licence de Philosophie à Paris IV et du diplôme du Collège Universitaire de Sciences Po.*

Dans son ouvrage majeur *Une voix différente. Pour une éthique du care*<sup>1</sup>, Carol Gilligan met en cause le caractère genré et situé de l'éthique de la justice telle qu'elle a été communément développée et discutée en philosophie. Elle a notamment défendu l'idée selon laquelle, malgré l'apparente neutralité et impartialité qui semble caractériser le discours éthique traditionnel, le formalisme qui accompagne les éthiques de la justice traduit en réalité, sur le plan méta-éthique, un choix téléologique consistant à situer la normativité dans la discussion désincarnée de normes abstraites. Prenant pour cible les éthiques rationalistes dominantes, elle dénonce notamment l'accent mis sur l'autonomie individuelle tout en soulignant le caractère téléologiquement situé d'un tel choix normatif.

Fort de cet exercice critique, Carol Gilligan met en lumière l'existence d'une voix différente dans le débat éthique. Alors que les éthiques de la justice privilégient un discours éthique formel prenant pour objet l'élaboration de règles impersonnelles, qu'il ne resterait plus qu'à appliquer aux situations concrètes, l'éthique qu'incarne cette voix différente prend précisément pour objet notre façon de construire les problèmes moraux et de percevoir les situations concrètes. La philosophe américaine propose alors une première théorisation de cette éthique alternative. Celle-ci consisterait principalement à faire preuve de sollicitude et d'attention à l'égard des autres dans la construction même des problèmes moraux. En d'autres termes, le mouvement

---

<sup>1</sup> C. Gilligan, *Une voix différente. Pour une éthique du care* : Flammarion, 2008

théorique proposé par Gilligan consiste à déplacer le *topos* de la normativité. Au lieu de la situer dans l'élaboration de principes de justice relatifs aux droits individuels, elle entend replacer l'éthique dans l'immanence des situations ordinaire<sup>2</sup>, au sein desquelles se nouent des relations sociales qui importent aux agents.

Enfin, Carol Gilligan démontre empiriquement, à travers la conduite d'une série d'entretiens, que cette voix différente possède un genre. Elle incarne, selon elle, la voix des femmes dont le rôle, consacré par une certaine division du travail social, consistait précisément à prendre soin des autres. Il convient néanmoins de souligner que cette différenciation ne doit pas être perçue comme une manifestation d'un quelconque essentialisme. Il ne s'agit en effet pas de prétendre découvrir l'essence des genres mais plutôt de souligner que la domination masculine a écarté du débat éthique une voix différente, qui de façon contingente et en vertu de certains développements historiques, se trouve être la voix d'une classe déterminée de la population<sup>3</sup>.

Dès lors que ce mouvement consiste précisément à dénoncer le caractère juridicisé d'un discours éthique traditionnel qui prend pour objet l'élaboration de normes abstraites et de principes formels de justice, la critique de Carol Gilligan n'a pas tardé à retenir l'attention des théoriciens du droit. Ces derniers ont notamment mis en exergue le caractère aliénant du discours juridique<sup>4</sup>, peu attentif à cette voix différente, celle des femmes, dans le débat juridique. Selon cette approche, l'introduction de cette éthique féminine dans le droit se traduirait par l'adoption d'une démarche juridique *in concreto* véritablement attentive aux circonstances individuelles de chaque espèce<sup>5</sup>. Une telle révolution épistémologique passerait ainsi par la pleine prise en compte de la singularité et de la diversité des relations sociales tissées contextuellement par les justiciables.

Cependant, ce mouvement révolutionnaire a, semble-t-il, présenté une vision caricaturale du raisonnement juridique. En mettant l'accent sur le formalisme qui caractérise la pensée juridique, une telle présentation a en effet contribué à occulter le véritable esprit du particulier qui anime l'épistémologie d'une tradition juridique qui refuse continuellement de céder à la tentation de la catégorisation juridique : la *Common Law*. Tel est notamment l'un des mérites du droit comparé que d'avoir pu faire ressortir avec vigueur le souci du particulier et de la diversité sociale qui habite

---

<sup>2</sup> S. Laugier, "L'éthique du care en trois subversions", in *Multitudes*, 2010/3, n°42, Associations multitudes, 2010, pp. 112-125

<sup>3</sup> S. M. Walker and Christopher D. Wall, "Feminist Jurisprudence: Justice and care", in *Brigham Young University Journal of Public Law*, Volume 11, Issue 2, Article 5, p. 280

<sup>4</sup> Voir R. West, "Jurisprudence and Gender", in *University of Chicago Law Review*, 1, 55 U, 1988

<sup>5</sup> S. M. Walker and C. D. Wall, "Feminist Jurisprudence: Justice and care", in *Brigham Young University Journal of Public Law*, Volume 11, Issue 2, Article 5, P. 277 : "this feminine jurisprudence with its ethic of care is one in which discretion and individual circumstances take the fore in a judicial decision".



cette culture juridique<sup>6</sup>. Si tel ne semble pas être le cas de l'épistémè qui prévaut sur le continent, une conversion à une épistémologie du « care » donnant toute sa place à la voix féminine dans le débat juridique invite le juriste civiliste à se tourner vers son voisin d'Outre-Manche.

Il convient dès lors de s'intéresser à la viabilité d'un tel apport de la discipline comparative en interrogeant la réelle capacité de la *Common Law* à accueillir une épistémologie véritablement attentive à la voix féminine, telle que présentée par Carol Gilligan.

Il s'agira ainsi de montrer qu'une conversion à une épistémologie du « care » consisterait à incorporer dans le droit un véritable souci du particulier (I). Dans un second temps, il conviendra de mettre en exergue la richesse des outils juridiques dont dispose la *Common Law* pour consacrer un tel esprit particulariste. Il conviendra d'examiner le particularisme qui caractérise l'épistémologie du *Common Law* (II) avant de s'attarder sur les instruments juridiques permettant au *Common Lawyer* de matérialiser ce choix épistémologique, à savoir l'imagination (III) et divers outils de mise en perspective (IV). Enfin, il sera nécessaire de montrer que la simple présence de ces outils particularistes ne peut toutefois suffire à concrétiser cette conversion vers une épistémologie du care (V).

## **I. L'ÉTHIQUE DU CARE ET LE SOUCI DU PARTICULIER**

L'éthique du care développée par Carol Gilligan entend principalement mettre en cause la forme même du débat moral tel qu'il a été traditionnellement mené en philosophie. Cette critique se fonde sur le constat du caractère genré de l'universalisme abstrait qui tend à transformer le débat éthique en un désaccord portant sur l'élaboration et l'application de règles impersonnelles à des situations concrètes. En affirmant la primauté de l'attention à l'autre, cette éthique revendique avant tout le primat du particulier dans le débat éthique.

L'éthique du care s'inscrit en effet dans un débat méta-éthique quant au *topos* de la normativité. A l'inverse des éthiques traditionnelles qui entendent établir des modèles abstraits et impersonnels de comportement, fondés sur le modèle de la législation<sup>7</sup>, l'éthique du care entend replacer la normativité dans l'immanence même des situations dans lesquelles les propositions éthiques ont un sens. Ce déplacement méta-éthique s'enracine en particulier dans la reconnaissance de l'importance de l'attention en éthique. Là où les éthiques traditionnelles se sont contentées de raisonner *in abstracto*, l'éthique du care met en exergue le caractère plus ou moins attentionné ou

---

<sup>6</sup> G. Samuel, P. Legrand, *Introduction au Common Law : La découverte*, 1999, Chapitre IV

<sup>7</sup> S. Laugier, "Pourquoi des théories morales?", in *Cités*, 2001/1 (n°5), Presses Universitaires de France, Paris, 2001

attentif de l'*homo ethicus*. Comme l'a notamment souligné Lawrence Blum<sup>8</sup>, les principes de justice dépendent dans leur application même de la perception des données d'un problème. Or un déficit d'attention qui - résulterait notamment d'un manque d'éducation au sensible - peut empêcher un sujet moral de percevoir certaines données d'un problème. Lawrence Blum donne l'exemple d'un homme convaincu par la cause de l'antiracisme mais incapable d'identifier le caractère raciste d'un comportement<sup>9</sup>.

De la même manière, les dilemmes moraux et expériences de pensée auxquels les éthiques traditionnelles ont fréquemment recours ignorent la pertinence morale de la perception<sup>10</sup>. Pourtant, en pratique, le sujet moral peut être plus ou moins attentif à certaines données d'un problème, ce qui, à l'évidence, semble constituer un fait moralement pertinent. Ainsi, lorsque la petite Amy de Carol Gilligan se voit présenter un dilemme moral l'invitant à arbitrer entre l'obligation de ne pas voler la propriété d'autrui et celle de sauver la vie d'un être cher, elle refuse de répondre au problème posé en imaginant notamment des solutions alternatives à celles qui lui étaient présentées. Elle décide également de s'attarder plus longuement sur les conséquences, sur le plan relationnel, des deux alternatives proposées. Elle privilégie alors une solution fondée sur « *la communication dans les rapports humains* »<sup>11</sup>, là où son homologue masculin, s'inspirant du raisonnement mathématique, tranche simplement entre les deux alternatives. Comme le note Sandra Laugier, « *le jugement moral d'Amy (...) est fondé sur l'attention à toutes les données du problème, il constitue en cela une alternative intéressante au raisonnement moral* »<sup>12</sup>. Cet exemple démontre, outre le caractère genré du débat méta-éthique, l'absurdité qui consiste à exclure du débat moral la question de la perception de la situation morale litigieuse, qui repose sur cette faculté cognitive sélective qu'est l'attention.

Or l'attention que porte l'agent moral aux données qui composent les situations morales est déterminée par ce qui lui importe, c'est-à-dire par l'existence de centres d'attention qui déterminent sa perception des situations. C'est précisément pourquoi l'éthique du care invite l'agent moral à développer une sensibilité au particulier lui permettant de voir ce qui importe dans chaque situation litigieuse. Être attentif à autrui en contexte implique en effet de ne pas surimposer sa perception de ce qui importe mais plutôt d'accepter d'être éduqué à la diversité du sensible en respectant

---

<sup>8</sup> L. Blum, "Moral perception and particularity", in *Ethics*, Vol. 101, No.4, The University of Chicago Press, 1991, pp. 701-725

<sup>9</sup> *Ibid*

<sup>10</sup> *Ibid*

<sup>11</sup> S. Laugier, "L'éthique du care en trois subversions", in *Multitudes*, 2010/3, n°42, Associations multitudes, 2010, pp. 112-125

<sup>12</sup> *Ibid*

notamment l'injonction suivante : « *keep in mind the particularity of situations* »<sup>13</sup>. Il s'agit alors d'être attentif à ce que l'on ne voit pas par un trop-plein de familiarité<sup>14</sup>, c'est-à-dire de faire porter notre attention sur l'ordinaire. L'éthique du care propose alors, sur le plan méta-éthique, un « *déplacement du juste à l'important* »<sup>15</sup>.

Plus précisément, Carol Gilligan souligne la nécessité de reconnaître l'importance des autres dans nos vies malgré le déficit d'attention accordée à cette dimension proprement humaine de la vie ordinaire au sein des morales traditionnelles. Il convient ainsi de porter, dans un premier temps, une attention toute particulière à l'autre, ses expressions, ses intérêts, son langage qui s'inscrivent dans des formes de vie plus ou moins partagées<sup>16</sup>. Pour ce faire, il est par conséquent nécessaire d'éduquer constamment sa sensibilité en tentant d'appréhender, par l'imagination notamment<sup>17</sup>, différentes visions du monde et façons d'être, propres à autrui. Cette attention aux autres dans nos vies invite donc l'éthique à adopter un vocabulaire normatif particulariste, c'est-à-dire un lexique capable de prendre en compte la dimension proprement personnelle des situations morales.

Enfin, une attention pleinement respectueuse des autres et de la singularité des situations consisterait également à changer ses manières de voir les problèmes éthiques en déplaçant constamment, en fonction des situations, et de façon contextuelle, ses centres d'attention ou « *focal points* »<sup>18</sup>. La rigidité des principes abstraits de justice ne semble, à l'évidence, pas permettre une telle adaptation de nos « *points d'entrée dans les situations morales* ». A l'inverse, une éthique particulariste, fondée sur la nécessité de reconnaître la diversité des situations morales et des manières de percevoir, semble plus à même de promouvoir cette éducation au sensible que semble exiger l'éthique du care.

Au regard de ce qui précède, force est de constater le caractère, semble-t-il, inadapté du raisonnement juridique à l'expression de la voix différente exprimée par Carol Gilligan. En effet, comme le soulignent les exemples précédents, cette éthique s'inscrit dans un véritable souci du particulier qui ne paraît pas pouvoir être réconcilié avec un discours juridique qui entend promouvoir l'impartialité et la sécurité juridique et qui

---

<sup>13</sup> L. Blum, "Moral perception and particularity", in *Ethics*, Vol. 101, No.4, The University of Chicago Press, 1991, p. 720

<sup>14</sup> S. Laugier, "L'éthique du care en trois subversions", in *Multitudes*, 2010/3, n°42, Associations multitudes, 2010, pp. 112-125

<sup>15</sup> *Ibid*

<sup>16</sup> S. Cavell, *Une nouvelle Amérique encore inapprochable* : L'éclat, 1991, p. 46

<sup>17</sup> M. Gibert, *L'imagination en morale* : Hermann, 2014, sur le rôle de l'imagination dans la perception morale

<sup>18</sup> E. Goffman, *Les cadres de l'expérience* : Minuit, Paris, 1991, p. 34, sur la notion d'effets de cadrages et de centres d'attention

repose, à première vue, sur le déploiement d'opérations de généralisation et de catégorisation du réel<sup>19</sup>.

Toutefois, ce constat semble procéder d'une certaine caricature de la pensée juridique. Il s'agira par conséquent de prendre acte des enseignements du droit comparé en la matière afin de souligner la richesse des possibilités du phénomène juridique. Plus précisément, la question de la virtualité du discours juridique telle qu'abordée en droit comparé<sup>20</sup> met en exergue la viabilité des outils juridiques dont dispose le juge du *Common Law* pour accueillir le particularisme qu'entend promouvoir l'éthique du care.

## II. L'ATTENTION AU PARTICULIER ET LA VIRTUALITE DU DISCOURS JURIDIQUE

La forme même du discours juridique de la *Common Law* couplée à une injonction constante de saisir la diversité des situations semblent fournir une épistémologie apte à accueillir une éthique particulariste telle que l'exige l'éthique du care.

En effet, comme l'a souligné Geoffrey Samuel<sup>21</sup>, le discours de *Common Law* entretient un lien étroit avec le langage ordinaire. Contrairement à son voisin d'Outre-Manche, le *Common Lawyer* a fréquemment recours à des concepts qui existent tant dans le monde juridique que dans le monde réel. Une telle immédiateté résulte notamment d'un déficit de catégorisation, qui a parfois été décrié au sein même de cette culture juridique<sup>22</sup>. En l'absence d'une taxonomie telle qu'elle peut exister en droit civil, le *Common Lawyer* possède une plus grande latitude dans l'appréciation des faits et des situations. Ainsi, son attention est constamment orientée vers différentes directions, en fonction des circonstances de l'espèce et ne semble pas être nécessairement déterminée par des *focal points* rigides qui préexisteraient à l'exercice de la qualification juridique. C'est ainsi que Lord Macmillan a pu affirmer que : "*the common law is a practical code adapted to deal with the manifold diversities of human life and as a great American judge has reminded us the life of the law has not been logic; it has been experience*"<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> L. Bender, "A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort", in *Journal of Legal Education*, 3, 1988, pp.34-35: "*they are taught to reject their emotions, instincts, and ethics, and to view accidents and tragedies abstractly, removed from their social and particularized contexts and to apply instead rationally-derived universal principles and a vision of human nature as atomistic and as free from constraint as possible*"

<sup>20</sup> G. Samuel, "Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences", in M. Von Hoecke, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, 2004

<sup>21</sup> *Ibid*

<sup>22</sup> P. Birks, "Adjudication and interpretation in the Common Law: a century of change", in *Legal Studies*, Vol. 14, p.156

<sup>23</sup> Lord Macmillan, *Read V Lyons* [1947], A.C. 156

Cet esprit particulariste s'incarne également dans la nature *in concreto* du jugement de *Common Law* qui peine à faire émerger des *ratio decidendi* pleinement identifiables et susceptibles d'être abstraites de leur litige d'origine. Comme le souligne par exemple le fondateur du mouvement *Law and littérature*, James Boyd White<sup>24</sup>, chaque jugement reconstruit un discours juridique qui lui est particulier. Chaque *ratio decidendi* ne semble ainsi avoir de sens qu'au sein de chaque instance particulière qui a vu naître la solution juridique et qui reconstruit le langage juridique opportunément<sup>25</sup>. Le désaccord juridique au stade de la qualification semble alors procéder d'une confrontation de différentes manières de percevoir et de comprendre les faits de chaque espèce. Dans ce conflit de visions du monde, le *Common Lawyer* se fonde davantage sur la perception de l'homme ordinaire que sur une catégorisation stricte et préétablie de la réalité<sup>26</sup>.

De surcroît, cet attachement à la singularité de chaque espèce conduit fréquemment le *Common Lawyer* à faire émerger la règle de droit directement des faits de l'espèce, conformément à l'adage romain « *Res Ipsa Loquitur* ». Cette technique qui se fonde notamment sur l'exercice du sens commun et sur l'expérience commune de la communauté consiste notamment à appréhender les faits de l'espèce dans un contexte social et institutionnel qui leur accorde une valeur normative. C'est précisément en ce sens que la *Common Law* « ne trouve pas sa source ailleurs que dans la vie de la communauté juridique et de l'ensemble de la société »<sup>27</sup>.

Fort de ce particularisme conceptuel, la *Common Law* a développé plusieurs outils pour éduquer la sensibilité du juriste à la singularité des faits, c'est-à-dire pour affiner son attention à l'ensemble des données du problème et adapter sa perception à la diversité des situations en tentant de saisir leur pleine singularité. Nous nous intéresserons par conséquent au rôle joué par l'imagination dans le raisonnement de *Common Law* (III) ainsi qu'à l'utilisation d'outils de mise en perspective (IV).

### III. LE SOUCI DU PARTICULIER ET LE ROLE DE L'IMAGINATION

Le premier outil par lequel le juriste britannique entend éduquer constamment son attention à l'ensemble des données d'un problème, à l'instar de la petite Amy de Carol Gilligan, réside en effet dans l'usage d'une faculté bien connue des juristes<sup>28</sup> : l'imagination. Celle-ci semble jouer une double fonction au sein du raisonnement juridique de *Common Law*.

---

<sup>24</sup> J. B. White, *Heracles' Bow, Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*: The University of Wisconsin Press, 1985, p. 87

<sup>25</sup> T. Murphy, *The oldest Social Science ?*: Oxford University Press, 1997, pp. 114-118

<sup>26</sup> G. Samuel, P. Legrand, *Introduction au Common Law : La découverte*, 1999, p. 61

<sup>27</sup> G. Samuel, P. Legrand, *Introduction au Common Law : La découverte*, 1999, p. 61

<sup>28</sup> G. Cornu, *L'imagination à bon droit ?* : Les éditions Thémis, 1998

Tout d'abord, par l'usage de l'imagination, le juriste de *Common Law* entend rendre à des éléments juridiquement pertinents leur saillance perceptive. Une telle fonction, qui a notamment attiré la récente attention des éthiciens<sup>29</sup>, se fonde sur le constat dressé plus haut selon lequel la normativité se joue également dans des manières de percevoir les situations litigieuses. Plus précisément, l'imagination permet d'appréhender des données communément occultées dans la perception d'une situation. Elle vient en d'autres termes combler un déficit d'attention.

Une telle opération intellectuelle a notamment été déployée par Lady Hale dans *Woodland v Essex County Council*<sup>30</sup>. Dans cette affaire, une élève avait été grièvement blessée dans le cadre d'une leçon de natation organisée par son école. Ce dommage physique était le résultat de l'imprudence des maîtres-nageurs qui avaient la charge d'assurer le bon déroulement desdites leçons. Toutefois, aucune relation contractuelle n'existait entre l'élève et les maîtres-nageurs, de telle sorte que l'élève ne pouvait pas demander la réparation du dommage sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Il était alors question d'invoquer la responsabilité du fait d'autrui ou *vicarious liability*. Toutefois, les maîtres-nageurs n'étaient pas employés directement par l'école, ce qui impliquait que l'école ne pouvait, en vertu de l'état de la jurisprudence au moment des faits, être responsable pour les agissements de ceux-ci.

La reconnaissance de l'existence d'une obligation non-déléguable, *non-delegable duty*, qui incomberait à l'école à l'égard de ses élèves, aurait toutefois empêché celle-ci d'invoquer le recours à un contracteur indépendant pour se voir exonérer de toute responsabilité. L'existence d'une telle obligation devait notamment être établie au regard de la nature de la relation entre l'école et ses élèves. La question était par conséquent de savoir si l'école avait l'obligation de prémunir une classe d'individus (ses élèves) contre la survenance du type de dangers intéressant cette affaire.

Les juges étaient donc chargés de déterminer si une telle obligation pouvait être inférée des faits de l'espèce. Alors que la Cour d'appel avait estimé que tel n'était pas le cas, la Cour Suprême a tranché en faveur de la reconnaissance de cette obligation. La Cour d'appel avait notamment comparé la situation litigieuse à celle qui émanerait d'une sortie scolaire dans un zoo et dans le cadre de laquelle un animal se serait échappé de sa cloison, causant un préjudice physique à certains élèves. Cette analogie visait à mettre en évidence le caractère extracurriculaire du contexte litigieux qui tendait, selon la Cour d'Appel, à souligner qu'aucune obligation ne pouvait raisonnablement être déduite des faits litigieux.

Toutefois, Lady Hale usa de son imagination en replaçant la situation dans un contexte social plus large, celui de l'éducation nationale. L'expérience de pensée construite par

---

<sup>29</sup> S. Chavell, "L'imagination en morale dans la philosophie contemporaine anglaise", in *Revue Philosophique de la France et de l'étranger*, 2011/4 (Tome 136), PUF, 2011

<sup>30</sup> *Woodland v Essex County Council*, 2013, UKSC 66

Lady Hale s'articula autour de trois scénarios. Dans le premier, la victime du dommage était liée par un contrat à une école privée dispensant ses propres cours de natation. Dans le second scénario, la victime était une élève poursuivant son éducation au sein d'une école publique suffisamment fortunée pour embaucher ses propres maîtres-nageurs. Enfin, le troisième scénario représente les faits de la situation litigieuse. Comme l'a souligné Lady Hale, il résulte de la décision de la Cour d'appel que seules les deux premières victimes seraient susceptibles d'engager la responsabilité de l'école, sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou du fait de ses employés.

Cette expérience de pensée permet notamment de replacer la situation en cause dans un contexte social plus large qui fait état des importantes inégalités qui existent en matière d'éducation. Un tel recadrage<sup>31</sup> de la perception a permis à la juge de la Cour Suprême de mettre en exergue, outre l'injustice de la décision de la Cour d'appel, le fait que les élèves sont des individus vulnérables tenus de se rendre à l'école ; qu'ils doivent, de plus, obéir à leurs enseignants et au personnel éducatif ; que, dans le cadre de leur éducation, l'école a entendu dispenser des cours de natation ; et enfin que ni les élèves, ni leurs parents, n'ont la possibilité d'exercer un quelconque contrôle quant aux modalités de la tenue des dites leçons de natation.

C'est par le recours à l'imagination que Lady Hale a ainsi pu donner une saillance perceptive à des faits sociaux qui n'avaient pas, semble-t-il, été pleinement perçus par la Cour d'appel. En mettant l'accent non seulement sur la vulnérabilité des élèves dont l'école a la charge mais également sur le caractère proprement curriculaire des cours de natation, Lady Hale a pu démontrer que la nature particulière de la relation liant l'école et ses élèves était suffisante pour que soit établie l'obligation, incombant à l'école, de s'assurer de la bonne supervision des élèves dans le contexte litigieux.

Un tel usage de l'imagination souligne également la vigueur de la seconde fonction que l'imagination est susceptible de jouer dans le raisonnement juridique, à savoir la remise en cause de la viabilité des distinctions factuelles préétablies par le droit. S'agissant par exemple des distinctions fondées sur la nature contractuelle entre l'école et ses élèves ou l'école et les maîtres-nageurs, Lady Hale a souligné que ces distinctions risquaient de susciter, en l'espèce, la perplexité du « *man on the underground* ». Ce constat lui a notamment permis de mettre en lumière la nécessité de percevoir les faits de l'espèce à travers des centres d'attention différents, capables de saisir la singularité de l'espèce litigieuse. Ainsi, l'imagination semble consacrer une épistémologie juridique véritablement attentive à la question de la perception particulière des situations. Or c'est précisément une telle éducation au sensible qu'entend promouvoir l'éthique du care.

---

<sup>31</sup> M. Gibert, *L'imagination en morale* : Hermann, 2014, Chapitre IV

#### **IV. LE SOUCI DU PARTICULIER ET LE RECOURS A DES OUTILS DE MISE EN PERSPECTIVE**

L'esprit particulariste propre au *Common Law* se traduit également par la construction de standards de mise en perspective. Ces outils permettent notamment au juge d'incorporer la perception ordinaire dans le raisonnement juridique par la construction d'une figure hypothétique dont le rôle est de mettre en perspective les faits de l'espèce litigieuse tout en préservant leur pleine singularité.

Tout d'abord, ces outils permettent au *Common Lawyer* d'adapter certains standards de comportement à la diversité des formes de vie. Outre la figure de l'homme raisonnable, le raisonnement du *Common Lawyer* compose avec d'autres personnages fictifs comme le « *right-thinking member of society* » ou le « *reasonably well-informed and normally-diligent tenderer* ». Si ces standards peuvent être perçus comme la consécration, au contraire, d'une certaine dépersonnalisation des situations, par le recours à un personnage fictif censé représenter la normalité<sup>32</sup>, il convient de souligner qu'ils s'inscrivent néanmoins dans une culture du particulier. Ces figures se construisent en effet *in concreto*, en fonction des circonstances de chaque espèce<sup>33</sup>.

De surcroît, dans la mesure où ces standards se fondent sur un certain exercice du sens commun<sup>34</sup>, ils semblent fonctionner contextuellement, en fonction des expériences de chacun et de la perception que chacun peut avoir de ce qui est important dans chaque situation litigieuse. S'agissant par exemple de la figure de l'homme raisonnable, le philosophe du droit John Gardner note précisément que dès lors que la construction de ce personnage fictif est appréhendée comme une question de fait et non de droit, les généralisations effectuées en son nom ne fixent aucun standard ou précédent et semblent donc résulter d'une démarche *in concreto*<sup>35</sup>.

De plus, dans la détermination même des attributs de ces personnages hypothétiques, le juge multiplie fréquemment les différentes perspectives possibles en dessinant différents visages de la normalité, celle par exemple de l'homme ordinaire, du métaphysicien ordinaire ou du grammairien normal<sup>36</sup>. Cette attention à la diversité des situations suggère que ces standards sont aptes à accueillir l'esprit particulariste qu'implique une éthique du care. Ils invitent en effet le juriste à éduquer sa sensibilité

---

<sup>32</sup> J. Gardner, "The many faces of the reasonable person" in *The Law Quarterly Review*, 131, 2015, pp. 563- 584

<sup>33</sup> M. Del Mar, "Common virtue and the perspectival imagination: Adam Smith and common law reasoning", in *Jurisprudence*, 9:1, 2018, pp. 58-70

<sup>34</sup> G. Samuel, P. Legrand, *Introduction au Common Law : La découverte*, 1999, p. 60

<sup>35</sup> J. Gardner, "The many faces of the reasonable person" in *The Law Quarterly Review*, 131, 2015, P. 574: "Once the question of what a reasonable person would have thought or done or said or decided (etc.) is classified as a question of fact, the generalisations made in the name of the reasonable person are not legal generalisations. They do not enter the law. They are used by the law to avoid the need for a legal generalisation to be made".

<sup>36</sup> *Re Rowland* [1963], Ch 1 (CA)



en faisant constamment porter son attention sur une grande variété de faits, tous susceptibles de composer une situation concrète. Ils permettent de donner une saillance perceptible « à toutes les données du problème »<sup>37</sup>.

Ces standards manifestent également une attention particulière à l'ordinaire et donc à ce qui importe pour les agents dans chaque contexte. Comme le souligne un juriste civiliste s'intéressant, dans une perspective comparative, à la figure du bon père de famille, le *Common Lawyer* construit de telles fictions « à partir des données de l'expérience vécue »<sup>38</sup>. La forme même de ces outils de mise en perspective semble donc particulièrement adaptée pour accueillir une épistémologie fondée sur l'injonction d'être attentif aux autres et à la nature des relations sociales tissées dans le quotidien. Tel est par exemple le cas du « *right-thinking member of society* » qui habite le droit de la diffamation. Ce dernier constitue en effet un personnage, doté d'une certaine sensibilité, attentif aux normes sociales de courtoisie qui le lient aux autres membres de la société<sup>39</sup>. Force est donc de constater que ces outils de mise en perspective sont susceptibles d'incarner un esprit du particulier qui situe, à l'instar de l'éthique du care, la normativité dans la perception et la description même des situations.

Si ces outils juridiques constituent des dispositifs adéquats pour envisager pleinement une conversion vers une épistémologie juridique du « care », l'exemple britannique semble néanmoins suggérer que la mise en place de ces dispositifs ne suffit pas, à elle seule, à garantir l'avènement d'une telle révolution épistémologique.

## V. LA NECESSITE D'UN VERITABLE CONTENU RELATIONNEL

Si les possibilités du phénomène juridique, mises en lumière par l'analyse comparative effectuée plus haut, soulignent la capacité du droit à s'accommoder d'un véritable souci du particulier et de l'ordinaire, il apparaît toutefois que la simple consécration d'un esprit particulariste ne peut toutefois suffire à importer une éthique du care au sein de la pensée juridique.

En effet, outre son caractère *in concreto*, l'éthique du care implique une attention particulière à la richesse des relations sociales. Ainsi, si notre étude du rôle de l'imagination dans le raisonnement de *Common Law* a permis de mettre en exergue le véritable souci de l'autre qui a animé l'opinion de Lady Hale dans *Woodland*, il semble, à l'évidence, impossible de garantir *a priori* que cette faculté sera toujours utilisée dans ce même sens. Rien ne semble en effet empêcher un usage de l'imagination qui perdrait

---

<sup>37</sup> S. Laugier, "L'éthique du care en trois subversions", in *Multitudes*, 2010/3, n°42, Associations multitudes, 2010, pp. 112-125

<sup>38</sup> S. Seyrat, "Le bon père de famille", Thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de Denis Tallon, Université Panthéon-Assas, Paris, 1985, p. 248

<sup>39</sup> J. Gardner, "The many faces of the reasonable person" in *The Law Quarterly Review*, 131, 2015, pp. 563-584

de vue la question de l'autre. Toutefois, en éduquant le juriste à la diversité des agencements sociaux et à la singularité des faits de chaque espèce litigieuse, cette faculté semble particulièrement apte à consacrer une épistémologie juridique du « *care* ».

De la même manière, si les outils de mise en perspective dont dispose le *Common Lawyer* manifestent ce même souci du particulier, de la diversité sociale et de l'ordinaire, requis par l'éthique du care, rien ne s'oppose à ce que ces mêmes outils soient utilisés dans un esprit contraire. Tel est notamment le cas de la figure de l'homme raisonnable qui importe dans le raisonnement juridique la fiction de l'*homo economicus* au détriment de son homologue plus soucieux des autres, l'*homo ethicus*. Cette importation consacre juridiquement une vision dégradée des activités de « *care* ».

La figure de l'homme raisonnable est en effet construite sur le fondement d'une conception masculine de la normalité<sup>40</sup>. Si la notion de *reasonableness* permet d'assurer la prise en compte des intérêts d'autrui dans la poursuite des intérêts égoïstes de chacun<sup>41</sup>, il apparaît néanmoins qu'en se fondant sur une conception genrée de la normalité, cette notion fixe un standard de « *care* » en deçà du standard qu'entend précisément promouvoir l'éthique féminine. L'homme raisonnable imaginé par les juges est alors un homme qui peine parfois à être véritablement attentif aux besoins et émotions de ses alter egos.

Le constat du caractère imparfait de cet homme normal s'enracine notamment dans une vision dégradée de la vie en commun représentant, supposément, la normalité. Les juges estiment en effet que « *the reasonable person is capable of making mistakes and errors of judgment, of being selfish, of being afraid* »<sup>42</sup>. Loin d'incarner la normalité, un tel déficit d'attention, dont est susceptible de faire preuve l'homme raisonnable, semble donc donner une voix à la masculinité.

C'est précisément pourquoi certains théoriciens du droit ont proposé de remplacer ce standard par celui du « *caring neighbour* »<sup>43</sup>. Là où la figure de l'homme raisonnable entend mettre l'accent sur des standards de prudence et de rationalité, la fiction du

---

<sup>40</sup> *Ibid*

<sup>41</sup> G. C. Keating, "Reasonableness and Rationality in Negligence Theory", in *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 2, 1996, p. 372

<sup>42</sup> F. Harper, F. James Jr, Oscar S Gray, *The Law of Torts*, volume 3: Aspen Publishers, 1986, 2ème édition, p. 389

<sup>43</sup> See L. Bender, "Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities", 1990, *Duke L.J.*, 848, 905 ; See also Sherrine M. Walker and Christopher D. Wall, "Feminist Jurisprudence: Justice and care", in *Brigham Young University Journal of Public Law*, Volume 11, Issue 2, Article 5, p. 280

*caring neighbour* vise au contraire à promouvoir un standard de justification<sup>44</sup> plus soucieux des exigences relationnelles qu'impliquent la vie en société.

Comme le souligne toutefois le Juge Posner, une telle transformation aurait néanmoins pour effet d'alléger considérablement le standard de preuve requis pour caractériser l'existence d'un comportement fautif<sup>45</sup>. Cet allègement reviendrait en effet selon lui à étendre le champ de la responsabilité sans faute. Cette dernière réalité souligne le caractère problématique de l'exercice consistant à donner un véritable contenu relationnel ou « *caring* » aux normes juridiques.

## VI. CONCLUSION

Il était ainsi question d'interroger la possibilité d'une conversion vers une épistémologie du « *care* » capable de donner une voix à la féminité dans le débat juridique. Nous avons souligné qu'une telle conversion impliquait nécessairement la consécration dans le droit d'un véritable souci du particulier capable d'éduquer le juriste à la singularité et à la diversité des faits de chaque espèce.

Or, c'est précisément un tel particularisme que semble incarner l'esprit même du *Common Lawyer* qui dispose d'une pluralité saisissante d'outils juridiques pour penser la diversité des agencements sociaux et sociétaux. Le rôle phare que joue l'imagination dans cette tradition juridique permet au *Common Lawyer* d'éduquer sa sensibilité en altérant constamment ses centres d'attention afin de percevoir ce qui importe dans une multiplicité de situations ordinaires. L'usage d'une telle faculté imaginative au sein de la pensée juridique tend à replacer la normativité dans la perception même des situations, conformément à la démarche promue par l'éthique du care. Les multiples standards de justification, avec lesquels le *Common Lawyer* compose fréquemment, l'invitent également à adopter une méthodologie *in concreto*, à l'occasion de laquelle ce dernier est notamment amené à porter la voix de l'homme ordinaire.

Cependant la simple présence de ces outils ne semble pas suffire à introduire une éthique du care dans le raisonnement juridique. Rien ne semble en effet garantir, *a priori*, que ces outils, manifestant un souci du particulier, participent également d'un souci de l'autre. Un tel manque de sollicitude caractérise par exemple le comportement de cet individu emblématique qu'est la personne raisonnable. En adoptant une conception masculine de la normalité, les juges de *Common Law* semblent en effet avoir établi un standard de justification qui, malgré son particularisme, témoigne d'un défaut de « *care* ». Une telle conclusion ne doit toutefois pas nous conduire à occulter le constat selon lequel les outils juridiques dont dispose le *Common Lawyer*

---

<sup>44</sup> J. Gardner, "The many faces of the reasonable person" in *The Law Quarterly Review*, 131, 2015, pp. 563- 584, sur l'assimilation du reasonable person à un standard de justification.

<sup>45</sup> R. Posner, "Conservative Feminism", *University of Chicago Legal Forum*, 191. 212, 1989, p. 214

matérialisent un véritable souci du particulier dont une épistémologie du « *care* » ne peut se passer.

Toutefois, le caractère problématique de l'exercice consistant à incorporer, au sein des normes juridiques, un contenu relationnel pleinement respectueux du « *care* », suggère que l'apport principal de l'éthique du care réside dans l'invitation faite au juriste de se saisir pleinement de la richesse de la pensée juridique afin d'éduquer sa sensibilité à la diversité des formes de vie<sup>46</sup>. Une conversion à une épistémologie du care enjoint en effet le juriste à reconnaître que la normativité se joue également au sein de la perception même des situations litigieuses. Plus que l'écoute d'une voix différente dans le raisonnement juridique, une épistémologie juridique féministe consisterait alors à consacrer juridiquement une vision différente de la normativité et de la réalité imaginée par le droit.

---

<sup>46</sup> S. Laugier, "L'éthique du care en trois subversions", in *Multitudes*, 2010/3, n°42, Associations multitudes, 2010, pp. 112-125

**LOÏC AZOULAI**

## *Le droit hors catégories*

---



### ***LOÏC AZOULAI***

*Loïc Azoulai est Professeur de droit public et spécialiste de Droit européen.*

*Après avoir suivi des études de droit à l'Université de Nice et à l'Académie européenne de théorie du droit à Bruxelles, il obtient le doctorat en droit de l'Institut universitaire européen de Florence en 2000. Chargé de cours à l'Université de Saint-Etienne, il est nommé maître de conférences à l'Université de Paris 2 Panthéon-Assas puis Professeur de droit public à l'Université de Rouen. Détaché de l'Université, il travaille en qualité de référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne auprès du cabinet de l'avocat général Poiares Maduro de 2003 à 2006. Il est nommé Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas en 2006. De 2010 à 2015, il occupe la Chaire de Droit de l'Union européenne de l'Institut universitaire européen (IUE) de 2010 à 2015.*

*Durant cette période, il est l'un des directeurs de l'Académie de droit européen et directeur du Centre de coopération judiciaire de l'IUE. Il rejoint l'École de droit de Sciences Po en septembre 2015.*

*Il est membre du comité scientifique de différentes revues juridiques. Il est membre du comité éditorial de la Common Market Law*

*Review et de la Revue trimestrielle de droit européen.*

*Il est titulaire d'une Chaire d'excellence Sorbonne Paris Cité intitulée « Manières d'être Européen. Régimes juridiques, modes d'appartenance, formes d'existence ».*

Je ne ferai pas œuvre de commentateur, exposant, disséquant et critiquant les éléments de l'analyse développée par Louis Hill dans ce texte. J'aurais même renoncé à écrire ces lignes, le texte qui précède n'en ayant nullement besoin, si telle n'était la règle du jeu posée par la Revue : qu'un texte d'un auteur encore méconnu ne se présente point seul, exposé au risque de ne pas être pleinement considéré. J'ai donc plaisir à accompagner, ou plutôt à prolonger ce texte et la pensée nouvelle qui s'exprime en lui par les quelques remarques qui suivent.

Son argument est simple. Il a deux branches. Contrairement à ce que les auteurs qui développent une éthique du care semblent penser, cette branche de la philosophie morale a bien une possible traduction en droit. Et celle-ci se trouve dans une série de caractères propres à la culture juridique de la Common Law : l'attention au particulier, la faculté d'imagination, la construction de standards indexés sur les données de l'expérience vécue.

Je suggère de distinguer les deux branches de l'argument. Je m'attache plus précisément à la première, à mes yeux la plus difficile et la plus importante. Elle pose le problème de savoir si le droit est capable d'adopter « un mode de pensée plus contextuel et narratif que formel et abstrait » (Carol Gilligan). Selon l'éthique du care, ce mode de pensée est la condition pour qu'apparaissent sur la scène de la vie sociale des voix différentes, des voix vulnérables ou marginales, évincées ou occultées. Que ce soit dans sa pensée ou dans sa pratique, le droit est-il capable d'embrasser cette exigence ? Est-il capable de procéder autrement que « le déploiement d'opérations de généralisation et de catégorisation du réel » (Louis Hill) ? Est-il capable de se saisir de l'ordinaire des situations intimes et des relations sociales qui comptent vraiment pour les individus ? Est-il sensible aux trajectoires de vie les plus éloignées des situations habituellement saisies par les institutions juridiques, économiques, sociales et politiques ?

Ce questionnement prend le contre-pied d'une représentation, fort commune dans les sciences sociales, selon laquelle le droit fabrique des formes de vie abstraites et standardisées, séparées de la scène de la vie quotidienne. Sur ce point, les écrits de Pierre Bourdieu sur le droit et ses formes sont les plus connus. Citons : « *la formalisation, entendue aussi bien au sens de la logique ou de la mathématique qu'au sens juridique, est ce qui permet de passer d'une logique qui est immergée dans le cas particulier à une logique indépendante du cas particulier* » (« Habitus, code et

codification », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, p 43). Ce que vise Bourdieu, c'est ce qu'il appelle « *le juridisme* », c'est-à-dire la tendance à décrire le monde social dans le langage des catégories générales et de la règle. C'est cette vision que partage, semble-t-il, l'éthique du care. Le droit s'inscrit dans le réel par les moyens de la formalisation et de la catégorisation. Il établit ses règles, ses catégories et ses modèles de conduite et d'action. Ceux-ci sans rapport évident avec les pratiques, les catégories et les exigences de conduite de la vie ordinaire. S'il est bien vrai que les catégories juridiques atteignent et façonnent le réel, c'est que le droit s'attache en outre tout un ensemble de procédures concrètes de mise en œuvre, c'est aussi qu'il mobilise les représentations collectives dominantes que la société produit en s'organisant. En fait, le droit assigne des rôles aux individus et il les inscrit dans des structures sociales (la famille, le marché, le travail, la profession, l'éducation, etc.) entre lesquelles se répartissent les objets d'attachement (les biens, les valeurs, les liens). Ainsi se trouvent stabilisés des types d'individualités et des modes de relations sociales (sur tous ces points, la recherche a été récemment relancée par des ouvrages coordonnés par Paul Dresch sous un titre commun, *Legalism*).

La difficulté naît du fait que ce processus de formalisation juridique a pour résultat d'occulter certaines pratiques signifiantes pour les individus et les groupes sociaux, et notamment les pratiques des groupes minoritaires (les femmes, les étrangers...) et les situations des plus fragiles, ceux qui sont exclus des processus d'intégration sociale. L'éthique du care emporte une critique sociale du droit. Mais elle va plus loin : elle emporte une critique de type anthropologique. Procédant ainsi, le droit est conduit à ignorer tout ce qui constitue l'arrière-plan des relations sociales, tout le registre des comportements et des sentiments, des affects et des émotions, des gestes et des expressions qui forment la texture de la vie humaine. Le droit a tendance à organiser l'expulsion de données pertinentes de la vie ordinaire de l'aire d'action qu'il définit. Il élude les données qui ont tendance à perturber les modes de classification des êtres humains que la société privilégie : masculin/féminin, national/étranger, travailleur/non-travailleur, parent/enfant, « bon citoyen »/« mauvais citoyen », aidant/aidé, etc. En ce sens, il réprime tout un ensemble de situations existantes existentiellement mais « inclassables » socialement et juridiquement. Il impose le maintien effectif de ses formes et de l'ordre social que celles-ci véhiculent, sans considération pour ce qui se manifeste silencieusement au niveau des formes concrètes de la vie ordinaire.

D'où l'importance de la question posée par Louis Hill dans ce texte. Comment loger dans le droit ce souci du quotidien, de particulier et de l'intime ? Comment organiser dans le droit, ordre catégoriel, la suspension des opérations de catégorisation ? Comment s'écarter, dans la pratique même du droit, du travail particulier d'abstraction qui caractérise l'analyse juridique ? L'analyse juridique semble impropre à opérer cet écart : elle prend appui sur des faits déjà traités et elle impose à ces faits une qualification au travers de systèmes d'interprétation inséparables de systèmes d'action sociale prédéterminés. Dans son texte, cependant, Louis Hill donne des exemples dans lesquels les acteurs du droit ont été capables de mener un travail

alternatif pour se saisir de situations sensibles de la vie ordinaire, a priori inqualifiables selon les catégories classiques du droit. Cela suppose notamment de développer des capacités d'attention et des formes de raisonnement fondées sur la prise en considération de l'ensemble des données d'un problème ; cela passe par des opérations de « recadrage » qui supposent d'élargir la manière de considérer les faits et les causes. Au moyen de ces opérations alternatives les données enfouies sous des opérations classiques de qualification resurgissent.

Ces indications sont précieuses. Pour ne pas être confondues avec de simples cas d'équité, elles appellent elles-mêmes une mise en forme. Cette formalisation de l'éthique du care, Louis Hill pense la trouver dans la pensée de la Common Law. La Common Law, pensée alternative du droit. C'est la seconde branche de son argument. Celle avec laquelle je suis moins à l'aise. Pour deux raisons, énoncées brièvement. La première est qu'il ne me semble pas que le souci du particulier soit le lot privilégié de la Common Law. Ce souci, ou plutôt cette tension entre le particulier et le général, entre le concret et l'abstrait, traverse toute la tradition européenne du droit, depuis l'analyse de l'équité chez Aristote, en passant par l'émergence de l'éthique casuistique dans la chrétienté européenne (sur quoi nous renseigne le livre tout récent d'Alain Boureau intitulé *L'errance des normes. Eléments d'éthique scolastique (1220-1320)*), jusqu'à la théorie de l'argumentation en morale et en droit de Klaus Günther ou la pensée du droit et de la justice de Jacques Derrida.

L'autre raison de mon scepticisme est, de loin, la plus importante. Louis Hill semble voir dans la Common Law, pour l'essentiel, la construction de fictions formées « à partir des données de l'expérience vécue ». Or cela revient précisément à maintenir le droit dans sa fonction classique, auxiliaire, de reflet de la vie sociale ou de révélation des traits culturels à l'œuvre par ailleurs dans la société. Une telle conception n'est pas à même de faire surgir la richesse des relations humaines et sociales que l'éthique du care essaie de formuler. Au contraire, elle est condamnée à reconduire la normativité du droit au fait social entendu comme « fait majoritaire », comme ensemble de perceptions stéréotypées de la vie sociale. Cela apparaît clairement dans la construction jurisprudentielle du standard de « l'homme raisonnable », homme « ordinaire ». Aussi sympathique soit-il, aussi éloigné (ou peu éloigné) soit-il de *l'homo economicus*, aussi perturbant soit-il pour la distinction entre fait et droit, il conserve tous les traits du plus parfait conservatisme social.

Au fond, à mes yeux, la distinction ne passe pas entre un droit continental abstrait et la Common Law concrète mais, en chaque tradition, entre une manière d'envisager et de pratiquer le droit qui le considère comme un reflet de la vie sociale et une approche qui lui reconnaît une part constructive, constitutive, de la vie humaine et sociale. Dans un texte encore trop méconnu, *Fact and Law in Comparative Perspective* publié dans l'ouvrage *Local Knowledge* en 1983, Clifford Geertz l'exprimait ainsi : « *l'idée selon laquelle les mécanismes du droit ne sont effectivement appliqués que quand un consensus antérieur leur garantit leur force sociale vient (...) d'une vision du droit (...) comme étant le reflet passif de la communauté dans laquelle il existe (...). Mais c'est négliger le fait que le droit, plus qu'un simple soutien technique d'une société*



*accomplie moralement (ou immoralement), en est une part active (...). Le droit, même sous la forme technocratique qu'on lui connaît, est constitutif* » ; il contribue par lui-même à la définition de styles d'existence, et il le fait dans un contexte où « *fait défaut de façon spectaculaire un accord sur les choses fondamentales* ». De ce point de vue, la question n'est pas de savoir si le droit a accès à la vie ordinaire ; la question est d'explorer les différentes manières dont cet accès est opéré. Soit sous la forme classique d'un savoir technique et de représentations enregistrant les catégories stabilisées de la vie sociale, soit sous la forme alternative d'une invention conceptuelle proche de la mobilité du langage de la vie ordinaire, où peuvent se manifester des styles d'existence individuelle et de modes de relations sociales non conventionnels. Car – et c'est d'ailleurs ce que montre le texte de Louis Hill pour finir – l'éthique du care ne repose pas sur de purs mouvements compassionnels ; elle repose sur un travail constant de reclassification et de conceptualisation des situations concrètes. C'est ce travail qui fera surgir des catégories telles que dépendance, la vulnérabilité ou le besoin ; c'est lui qui générera, au contact de cas concrets, des opérations de qualification inattendues.

Nigel Simmonds remarque, à juste titre, que « *le particulier absolu est lui-même encore une abstraction, en fait la plus abstraite des abstractions* » (« Judgment and Mercy », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, p. 65). Avec le souci du particulier, nous ne quittons pas le monde des catégories, des abstractions et des normes. De fait, nous ne quittons pas le monde du droit. Cependant, nous cherchons à donner à l'analyse juridique l'allure d'une analyse qui résiste à la conceptualité technique et à la normativité distante propres au droit. Opération difficile, peut-être impossible. Mais c'est la crête – *hill* – sur laquelle, me semble-t-il, le texte de Louis Hill nous invite à nous tenir.

**ALINE RIVERA MALDONADO**

*La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

---



**ALINE RIVERA MALDONADO**

*Avocate mexicaine depuis 2004 et doctorante en droit public, Aline RIVERA MALDONADO est spécialiste en droit international des droits humains, notamment dans le domaine des droits des femmes, de la non-discrimination et de la lutte contre la pauvreté. Elle collabore également avec plusieurs organisations de défense des droits humains et environnementaux au Mexique.*

*À Berta Cáceres, pour son exemple de lutte pour la vie et pour le commun.*

Lorsque le droit international des droits humains (DIDH) est analysé du point de vue des femmes les plus défavorisées, appauvries ou issues des secteurs populaires ou précarisés, cette analyse révèle plusieurs phénomènes, souvent contradictoires, qui sont restés pratiquement invisibles pour l'ensemble de la doctrine en la matière. Ces phénomènes permettent néanmoins de comprendre davantage le monde dans lequel nous vivons actuellement et par leur nature, spécificité et importance, méritent d'être étudiés avec urgence à la lumière des théories féministes.

À cet égard, il est possible de constater *prima facie* une forte divergence entre, d'une part, la profusion de dispositifs juridiques qui visent à garantir la protection *universelle* des droits humains, et d'autre part, la protection *effective* ou réelle de ces droits ; spécialement pour ce qui est des femmes et en particulier des plus défavorisées ou celles qui sont confrontées à des discriminations multiples et intersectionnelles. Dès l'adoption de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, il existe en effet au sein du droit international positif une multiplicité de mécanismes juridiques destinés à protéger et garantir le plein exercice des droits de *toutes* les personnes sans discrimination aucune. Cette protection s'avère

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

particulièrement importante lorsqu'il s'agit des personnes et des groupes les plus désavantagés, vulnérables aux violations répétées de ces droits ou historiquement surexposés aux multiples phénomènes discriminatoires, comme cela a été le cas pour les femmes<sup>1</sup>. Ainsi, à l'instar de la plupart des textes constitutionnels, l'ensemble des traités et des instruments internationaux en matière de droits humains consacrent aujourd'hui le principe d'égalité ainsi que des clauses expresses interdisant la discrimination dans l'exercice des droits juridiquement reconnus<sup>2</sup>.

C'est le cas des droits civils et politiques mais également des droits sociaux, lesquels entrent directement en jeu lorsqu'il s'agit de garantir les conditions matérielles d'existence qui vont permettre aux personnes d'atteindre un bien-être permanent et de jouir d'un niveau de vie adéquat et digne. En l'occurrence des droits à l'alimentation, au logement, à l'eau, à la santé, à des conditions dignes de travail et à la sécurité sociale mais également à un environnement sain<sup>3</sup>. Ils s'érigent en ce sens comme des conditions préalables au plein exercice d'autres droits humains<sup>4</sup>. En effet, tel que la Cour interaméricaine et les derniers travaux du Comité des droits de l'Homme (CCPR) l'ont mis en exergue, si l'on ne dispose pas des moyens essentiels pour garantir le droit à l'existence digne des personnes, tous les autres droits apparaissent dénués de sens<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour ce qui est des discriminations multiples et intersectionnelles voir A. Rivera, « À l'intersection des discriminations structurelles : la Convention et la protection des groupes vulnérables », in D. Roman, (dir.), *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* : Pedone, 2014, p. 149 et ss.

<sup>2</sup> Notamment en raison du sexe et de la condition socioéconomique mais également de la couleur de peau ou de l'origine de leurs titulaires.

<sup>3</sup> À cet égard, l'article 25.1 de la Déclaration Universelle reconnaît que le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant cherche à « assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux [...] la sécurité [sociale] en cas de[s] risques de la vie] ou dans les [...] cas de perte de ses moyens de subsistance [...] ». Sur le contenu normatif de ce droit et son lien avec d'autres droits sociaux voir A. Eide, « Adequate standard of living », in D. Moeckli, Daniel et al. (eds.), *International Human Rights Law* : Oxford University Press, 2ème éd., 2014 (2010).

<sup>4</sup> Voir à ce sujet H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* : Princeton University Press, 2ème éd., 1996 ; L. Ferrajoli, *Principia-Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. « Teoría de la democracia » (Vol. II)* : Trotta, 2013 (2007), p. 383 et ss., ainsi que les travaux respectifs de Martha Nussbaum et Amartya Sen. Si nous prôtons l'indivisibilité et l'interdépendance de tous les droits humains, il ne faut pas oublier, comme le signale le Rapporteur spécial sur les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté, que la protection des « droits économiques et sociaux joue [...] un rôle central dans le cadre de mesures visant à lutter contre les inégalités extrêmes et leurs conséquences », car, comme il vient d'être souligné, le plein exercice de ces droits est directement lié à la subsistance des personnes. P. Alston, *Rapport du Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'Homme [relatif aux droits économiques et sociaux comme des droits de l'Homme et leur rôle dans la lutte contre la pauvreté]*, A/HRC/32/31, 28 avril 2016, al. 15 (les italiques sont les nôtres).

<sup>5</sup> Voir en ce sens l'arrêt emblématique de la Cour IDH, *Caso de los « Niños de la Calle » (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala*, arrêt du 19 novembre 1999, al. 144 et la dernière Observation générale du CCPR, *General Comment no. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life* [Revised draft. Advance Unedited version], Adopted on First Reading during the 120th Session, juillet 2017, al. 2. Le Comité souligne que le droit à la vie doit être également interprété comme le droit de « vivre dans la dignité » et ce, sans distinction d'aucune sorte. Ceci oblige les États à mettre fin à des situations pouvant menacer ce droit à vivre dans la dignité, comme c'est le

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

Le droit international des droits humains, dont découlent des obligations juridiques spécifiques pour les États parties, possède ainsi tout un éventail de normes et de dispositifs voués à garantir que *toutes* les personnes puissent exercer pleinement et en conditions d'égalité tous les droits humains qui vont leur permettre de mener « une vie qui vaut la peine d'être vécue »<sup>6</sup>.

Cependant, le cadre juridique international de protection des droits humains contraste aujourd'hui fortement avec les phénomènes de la pauvreté et de l'augmentation sans précédent des inégalités socioéconomiques et de la concentration excessive des richesses par quelques-uns<sup>7</sup>. Ce cadre diverge également avec l'ampleur croissante et préoccupante d'un phénomène transnational de précarisation et de détérioration généralisée des conditions de vie de la population. Ces phénomènes touchent de plus en plus de gens (même ceux qui pensaient ne jamais pouvoir être atteints par ce type d'infortunes<sup>8</sup>) et notamment les femmes des secteurs populaires, déjà défavorisées ou plus vulnérables à la discrimination, aussi bien dans les zones rurales que dans les

---

cas de la pauvreté, de la faim ou de la pollution environnementale (al. 3 et 30, respectivement. Trad. libre de l'anglais).

<sup>6</sup> A. Pérez, *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida* : Traficantes de Sueños, 2014, p. 77 et ss. (trad. libre de l'espagnol, les italiques sont les nôtres). Cette expression est en effet empruntée à A. Pérez Orozco. L'auteur la formule à partir des postulats philosophiques des paradigmes autochtones et communautaires latinoaméricains, notamment des peuples Quechua et Aymara. Les idées de « *Sumak Kawsay* » ou « *Suma Qamaña* » évoquent ainsi respectivement un « bien-vivre », un « vivre-bien » et sont logiquement contraires à l'idée de « mal-être » ou de « mal-vivre ». Si les modalités concrètes pour atteindre ce « bien-vivre » font encore actuellement l'objet d'un large débat dans la région et sont dans un processus de constante redéfinition, il est cependant possible d'identifier quelques éléments fondamentaux qui sont immanentes à cette cosmogonie, à savoir, la recherche constante du bien-être collectif –et non seulement individuel–, ce qui implique à son tour de veiller d'une manière *coopérative* et *collective* au bien-être des autres et ce, dans l'harmonie et le respect intrinsèque de la nature.

<sup>7</sup> Il est aujourd'hui ouvertement affirmé que le système économique et financier hégémonique a entraîné, entre autres, la mise en place de ce qui a été dénoncé comme « l'économie du 1% ». Depuis l'année 2015, elle désigne le fait que, 1% de la population mondiale possède plus de richesses que les 99% de la population restante. Voir en ce sens Oxfam International, *An Economy For the 1%*, Oxfam Briefing Paper, janvier 2016. Il faut néanmoins souligner que depuis le Sommet mondial pour le développement social tenu à Copenhague en 1995, la communauté internationale reconnaissait déjà que « partout dans le monde [il y avait une...] expansion de la prospérité pour les uns, mais malheureusement aussi [...] l'expansion d'une pauvreté sans nom pour les autres ». Nations Unies, *Rapport du Sommet mondial pour le développement social*, A/CONF.166/9, Copenhague, 19 Avril 1995, al. 13.

<sup>8</sup> Face à l'extrême fragilité des personnes dans cette époque marquée par les multiples crises économiques, financières et écologiques, par la précarisation et par la multiplication des risques de la vie, des auteurs comme M. Fineman ont affirmé que la vulnérabilité humaine doit être appréhendée aujourd'hui comme une notion « universelle et constante » qui est inhérente à la condition humaine. En effet, plusieurs cas montrent que *toute* personne est potentiellement vulnérable face à ce type de phénomènes. En ce sens, l'auteur considère que les États devraient prendre en compte les « vulnérabilités communes » des personnes et substituer ainsi le sujet abstrait et autonome des droits humains par un « sujet vulnérable ». M. A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition* : The Yale Journal of Law and Feminism, 2008, vol. 20, no. 1. Pour une actualisation de cette théorie voir M. A. Fineman et A. Grear (éds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* : Routledge, 2016.

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

zones urbaines<sup>9</sup>. En effet, on peut constater que la protection *effective* de leurs droits humains, et particulièrement de leurs droits sociaux, n'a pas connu d'améliorations majeures suite à la mise en place des politiques promues pour assurer « le développement » et une croissance économique soutenue ainsi que pour combattre la pauvreté et la précarisation. En définitive, dans beaucoup de cas c'est même exactement l'effet inverse qui s'est produit, tant dans les pays du Nord que les pays du Sud<sup>10</sup>.

L'appauvrissement, la précarisation, la misère et les inégalités violent et compromettent à différents degrés « les droits les plus élémentaires relatifs à l'intégrité de la personne, à ses droits civils et politiques, sociaux[, environnementaux] et culturels[, lesquels] sont loin d'être satisfaits [et pleinement protégés] dans une large majorité [...des latitudes] de la planète », et c'est une situation qui s'accroît lorsqu'on parle des droits des femmes les plus défavorisées et confrontées à des discriminations multiples<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Plusieurs études confirment que la probabilité d'être exposé à la pauvreté et à la précarité est beaucoup plus élevée pour les femmes, et notamment pour celles qui sont déjà défavorisées ou confrontées à des discriminations multiples et intersectionnelles. En ce sens voir par exemple Oxfam International, *Women and the 1%*, Oxfam Briefing Paper, avril 2016.

<sup>10</sup> À cet égard, le Comité CEDAW s'est montré « préoccupé par la tendance actuelle du développement rural et par la dégradation des conditions de vie dans les zones rurales, en particulier parmi les populations autochtones [...Car, en dépit de la mise en place de multiples politiques de développement, dans beaucoup d'États du Sud...] les femmes rurales n'ont encore qu'un accès limité, voire nul, au logement, aux services et infrastructures de base, y compris à l'eau potable et aux installations d'assainissement adéquates, et [...] la propriété foncière reste concentrée entre les mains de quelques personnes, ce qui limite les possibilités de revenus et d'emploi des femmes ». Comité CEDAW, *Observations finales Guatemala 2017*, CEDAW/C/GTM/8-9, al. 40. Dans un sens identique, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits des populations autochtones a confirmé qu'« au cours des dernières décennies, des politiques de développement et de conservation inappropriées ont entraîné une aggravation des violations de[s...] droits économiques, sociaux et culturels [de ces peuples et communautés] », ce qui touche particulièrement les femmes autochtones. R. Stavenhagen, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'Homme et des libertés fondamentales des populations autochtones (Mission au Kenya)*, A/HRC/4/32/Add.3, 26 février 2007. De même, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR, selon son sigle en anglais) est aussi « préoccupé par le non-respect général des droits économiques, sociaux et culturels des personnes déplacées dans l'État partie à la suite [...] de projets de développement ou de protection de l'environnement ». CESCR, *Observations finales sur le rapport du Kenya (2016)*, E/C.12/KEN/CO/2-5, 6 avril 2016, al. 11.

<sup>11</sup> P. M. Dupuy, « L'avenir des droits de la personne. Perte de sens ou oubli de l'essentiel ? », in *Réciprocité et universalité : Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme. Mélanges en l'honneur du professeur E. Decaux* : Pedone, 2017, p. 1156. À cet égard, le Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté insiste sur le fait que « les inégalités économiques portent atteinte aux droits civils et politiques, [aussi bien qu'elles nuisent...] à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels ». Voir en ce sens P. Alston, *Rapport du Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'Homme [relatif au lien existant entre l'extrême pauvreté et les inégalités extrêmes]*, A/HRC/29/31, 27 mai 2015, al. 26. Pour ce qui concerne spécifiquement les femmes, le Comité CEDAW considère « comme indicateurs de la pauvreté, [...entre autres,] les taux d'analphabétisme élevés, la faible scolarisation et les taux élevés d'abandon scolaire, le piètre accès aux soins de santé, [...] et le manque d'accès à la terre, au logement, aux possibilités de formation à des activités génératrices de revenus et

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

On observe en effet que ce type de phénomènes est en grande partie le résultat des effets négatifs du modèle économique dominant qui a été mis œuvre depuis les années 1970 et qui s'est consolidé avec la chute du mur de Berlin. Car, loin de privilégier la sauvegarde universelle de tous les droits, de la dignité humaine et de la préservation de la nature, ce modèle tend à placer au centre des préoccupations la croissance économique illimitée et soutenue, la productivité, la performance du marché et le profit financier maximal. En théorie, il devait bénéficier dans une juste mesure à *tous* les membres de la société, y compris aux personnes et aux pays les plus défavorisés. En ce sens, on évoque de manière récurrente « l'effet de ruissellement » (« *trickle down effect* »). Métaphoriquement parlant, il renvoie à l'idée que l'accroissement général des richesses va bénéficier à toutes les couches sociales et réduire en conséquence la pauvreté et les inégalités<sup>12</sup>.

À l'instar de la logique des lois « libres » et « spontanées » du marché, il est ainsi considéré que la richesse produite par la croissance économique va nécessairement générer, de manière automatique, une répartition générale de ses bénéfices, en améliorant ainsi, monétairement parlant, le niveau de vie des classes les plus défavorisées. Pour ce qui est des femmes, ceci « est tenu pour acquis », notamment à partir du Sommet mondial pour le développement social de Copenhague (1995)<sup>13</sup>. Selon cette logique (souvent présentée comme la seule voie possible à suivre), si l'on veut améliorer au maximum les conditions de vie des personnes et des femmes confrontées à la pauvreté et la précarité, toute intervention étatique et normative à ce sujet doit viser prioritairement à soutenir ce modèle économique, en laissant ainsi de côté le thème central de la protection des droits humains, notamment des secteurs les plus défavorisés et confrontés à la discrimination. En effet, dans ce schéma il est estimé que l'intégration de *toutes* les personnes à l'économie marchande –et notamment des femmes les plus défavorisées– augmentera la productivité, la croissance globale, le revenu et la consommation des individus, qui pourront désormais satisfaire pleinement leurs besoins *dans le cadre du marché*; même si dans certaines

---

aux services sociaux de base ». Comité CEDAW, *Observations finales Bolivie 2008*, CEDAW/C/BOL/2-4, al. 11.

<sup>12</sup> Pour appréhender les caractéristiques et les modalités dudit modèle voir par exemple le « Consensus de Monterrey » in Nations Unies, *Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement*, Monterrey (Mexique), A/CONF.198/11, 18-22 mars 2002, al. 3, 10, 14 et 20. Il est intéressant de souligner qu'en plus des délégations étatiques et des représentants des Nations Unies, la Banque mondiale (BM), le Fond monétaire international (FMI) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont également participé à ce Sommet ainsi qu'aux deux Conférences suivantes sur le financement du développement tenues en 2009 et en 2015.

<sup>13</sup> L. Lamarche, *Beijing 1995 : Chronique rétrospective : Relations*, 1996, vol. 623, p. 218. Cette logique a été confirmée par toutes les Conférences onusiennes subséquentes en matière de « développement », mais également par les Conférences relatives au financement du développement. Voir par exemple, Nations Unies, *Résultats de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable « Rio +20 » : L'avenir que nous voulons*, A/CONF.216/L.1, 19 juin 2012, notamment les alinéas 45 et 62.

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

circonstances les effets pervers de cette logique peuvent compromettre la protection des droits des personnes et de l'environnement<sup>14</sup>.

Bien que ce modèle ait toujours prôné l'égalité d'opportunités et la possibilité pour toutes les personnes (et pays) d'accéder au bien-être, à la prospérité et à la liberté, la réalité est que dans bon nombre de cas son *modus operandi* et ses résultats s'avèrent aujourd'hui paradoxalement contraires aux effets souhaités. De plus, comme le montrent plusieurs études, il semblerait qu'au cours des seules cinquante dernières années ils ont produit non seulement plus d'inégalité et de pauvreté, mais ont également eu des conséquences dramatiques sur la vie et les droits des personnes et des femmes les plus défavorisées et confrontées à la discrimination, tout autant que sur l'environnement<sup>15</sup>. De sorte que, si de nos jours « la planète croule sous les richesses » matérielles, naturelles et technologiques pouvant nourrir, loger, préserver la santé, le bien-être et la liberté et générer des conditions de vie dignes pour *tous*, « le massacre quotidien de la faim, [des maladies guérissables et de la dévastation de la

---

<sup>14</sup> Il faut remarquer que la tendance dominante de ce modèle économique et ses partisans ne questionnent ni la disparité disproportionnée dans l'accès effectif aux droits, ni l'excessive accumulation de la richesse par quelques individus, ni la destruction progressive de l'environnement, ni le désengagement fiscal et social des entreprises, ni le fait que les crises économiques et financières ne sont plus une *exception*, mais deviennent aujourd'hui la norme, ou le fait que lorsqu'il y a « peu de croissance », seules les classes favorisées auront accès aux bénéfices économiques car, comme le rappelle B. Lautier, selon cette logique « il n'est pas question de redistribuer [les richesses,] le patrimoine, ou les revenus présents, mais uniquement les fruits de la croissance économique ». B. Lautier, *Pourquoi faut-il aider les pauvres. Une étude critique du discours de la Banque Mondiale sur la pauvreté* : Tiers-Monde, 2002, t. 43, n° 169, p. 147.

<sup>15</sup> Voir en ce sens les travaux de V. Shiva, S. Federici, L. Lamarche, J. Falquet, D. Elson, J. Ziegler, G. Pisarello ou N. Kabeer entre autres. Ce dernier auteur confirme en ce sens que les politiques de développement promues dès la fin de la Seconde guerre « privilégient nettement la croissance économique. Le développement est même assimilé à la croissance économique, [...Et, si] dès la fin des années 1960, il apparaît clairement que cette stratégie n'a pas réussi à faire reculer la pauvreté et les inégalités autant qu'on l'avait escompté », ce modèle continue néanmoins à être promu et exalté par les traités de libre-échange et les institutions économiques et financières internationales, particulièrement dans les pays périphériques ou confrontés aux crises économiques. N. Kabeer, *Intégration de la dimension genre à la lutte contre la pauvreté et objectifs du millénaire pour le développement. Manuel à l'intention des instances de décision et d'intervention* : Presses de l'Université Laval-L'Harmattan-Centre de recherches pour le développement international, 2005 (2003), p. 5. De la même manière, l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure sur le plein exercice des droits de l'Homme confirme que « les faits réfutent l'argument de la Banque mondiale et du FMI selon lequel les [politiques de développement économique ...] font reculer la misère [...Car notamment plusieurs pays du Sud] ont au contraire replongé dans des inégalités croissantes, la dégradation écologique, la désindustrialisation et la misère [...Ainsi,] les mises en garde se multiplient face à la détérioration catastrophique des conditions de vie des pauvres qui ne cessent de se dégrader en dépit –et parfois à cause– des programmes d'ajustement structurel ». F. Cheru, *Effets des politiques d'Ajustement structurel sur la jouissance effective des droits de l'Homme. Rapport de l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'Homme, particulièrement des droits économiques, sociaux et culturels*, E/CN.4/1999/50, 24 février 1999, al. 50, 52 et 57, respectivement.

planète] se poursuit [néanmoins] dans une normalité glacée », la plupart du temps au nom de la croissance économique et du « développement »<sup>16</sup>.

La mise en place de ce modèle économique a déclenché d'autres processus, spécifiques à notre époque, qui ne peuvent pas être ignorés dans cette analyse, comme c'est le cas des multiples crises économiques et de la forte crise écologique globale qui sont en train de générer, sous toutes les latitudes, une précarisation générale des conditions d'existence des personnes. De même, on peut citer ce qu'une partie de la théorie appelle « la crise de la reproduction » de la vie<sup>17</sup>, face à laquelle les femmes des secteurs populaires et défavorisés sont en train de jouer un rôle majeur, notamment en ce qui concerne la protection des droits sociaux.

## **I. LA CRISE ECOLOGIQUE ET LA DESTRUCTION DES MOYENS D'EXISTENCE DES PERSONNES**

Dans ce contexte, il faut tout d'abord évoquer la destruction et la pollution exponentielles des ressources naturelles et communes<sup>18</sup>. Car, jamais, sans doute, la vie et la planète n'ont été autant menacées qu'aujourd'hui<sup>19</sup>. En effet, les catastrophes écologiques et la crise climatique globale résultant de l'exploitation illimitée, de l'activité humaine incontrôlée et des « mégaprojets » de développement, d'industrialisation et d'urbanisation, visant uniquement à tirer le plus grand profit

---

<sup>16</sup> J. Ziegler, *L'empire de la honte* : Fayard, 2014 (2007), p. 17. L'ancien Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation insiste sur le fait que « la faim, les épidémies, la soif et les conflits locaux dus à la misère détruisent chaque année presque autant d'hommes, d'enfants et de femmes que la Seconde Guerre mondiale pendant six ans ». *Les nouveaux maîtres du monde: et ceux qui leur résistent* : Fayard, 2002, p. 130. De même, il montre que la crise alimentaire et la pauvreté dans les pays périphériques ne peuvent pas être expliquées sans tenir compte de phénomènes économiques tels que la spéculation financière sur les denrées alimentaires et les produits de base, l'utilisation de ces denrées pour produire des agro-carburants en générant la flambée des prix, la libéralisation de l'agriculture, la création d'une extrême dépendance aux évolutions des marchés internationaux ou la production ciblée de matières premières visant à fournir les pays du Nord et les entreprises transnationales (et non pas la subsistance). Ces phénomènes mettent en péril la sécurité alimentaire des personnes affectées, en les dépossédant de leurs moyens d'existence et en générant ainsi des milliers de « réfugiés de la faim » qui sont forcés de migrer de leurs territoires pour trouver d'autres alternatives pour vivre. Voir en ce sens, *Preliminary report to the drafting group of the Human Rights Council Advisory Committee on the Right to Food (Working paper)*, A/HRC/AC/2/CRP.2, 19 janvier 2009.

<sup>17</sup> Cette notion évoque la tendance globale à la destruction ou suppression progressive des moyens matériels d'existence (ou des formes de reproduction) des personnes, tels que la terre, les ressources naturelles et communes, le travail, le revenu régulier ainsi que d'autres droits sociaux autrefois protégés par le biais des services publics et des aides sociales mais qui sont actuellement en train de disparaître. Ceci signifie que de plus en plus de personnes ont du mal à vivre de manière autonome. Cette notion peut également s'étendre aux obstacles à la reproduction de la vie non humaine, en raison de la crise écologique globale. Voir en ce sens les travaux de S. Federici.

<sup>18</sup> Notamment de la terre, de l'eau, de l'air, des forêts, des champs, des mers, des rivières, de la flore et la faune mais aussi des semences.

<sup>19</sup> Cette exploitation et destruction environnementale sans précédents a été qualifiée par certains auteurs comme un « écocide » qui devrait être à ce titre considéré et poursuivi comme un crime international. À ce sujet voir par exemple L. Neyret (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide: Le droit pénal au secours de l'environnement* : Bruylant, 2015.



## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

économique, se multiplient progressivement sous toutes les latitudes et sont encore plus aigües dans les zones périphériques, populaires et marginales<sup>20</sup>. Et ce en dépit du fait que la conservation et l'accès durable et égalitaire à ces ressources sont cruciaux pour assurer la reproduction de la vie humaine et non humaine à l'échelle globale ainsi que pour garantir l'exercice de certains droits humains particulièrement liés à la subsistance<sup>21</sup>, notamment pour ce qui est des personnes et des femmes qui dépendent directement de la terre et des ressources naturelles et communes pour vivre<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Si des « mégaprojets » d'infrastructures tels que les aéroports, les autoroutes, les projets d'urbanisation massive et soutenue, les barrages hydroélectriques et thermoélectriques, les oléoducs, gazoducs et aqueducs, ou les industries d'extraction et d'exploitation minières, pétrolières, forestières, aquifères et manufacturières; ou encore l'agro-business et la monoculture, sont très souvent réalisés en détruisant et polluant l'environnement et en violant gravement les droits des personnes, des peuples et des communautés les plus défavorisés présents dans les pays périphériques, considérés comme « sous-développés » ou « en voie de développement », ceux-ci ont été particulièrement soutenus et mis en place en argumentant qu'ils constituent les meilleurs moyens de promouvoir le progrès, la croissance et le développement économiques. En effet, il ne faut pas oublier que la plupart de ces pays étaient des anciennes colonies, dont les grands empires coloniaux avaient déjà pu tirer un profit colossal des ressources et des richesses communes, naturelles et matérielles. Après leur indépendance, ces pays sont devenus désormais des nouveaux et vastes marchés pouvant être maintenant exploités de façon illimitée par les puissances internationales. Ils sont ainsi encouragés à accroître leur revenu en tirant parti de leurs ressources naturelles. De sorte que, « le développement est à l'origine une préoccupation des pays riches et non pas des pays pauvres. [...] C'est pourquoi, dans la pratique] l'état de sous-développement [...] est] maintenu [...] par un système économique qui continue d'instaurer une dépendance constante de la périphérie [...] au profit du centre [...] Ainsi,] le développement des uns [...] continue de produire le sous-développement des autres », et ce, au prix de la vie humaine et non humaine. E. T. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance* : Pedone, 2011, p. 16 et 24, respectivement.

<sup>21</sup> La Cour Interaméricaine a déjà engagé en ce sens la responsabilité de l'État équatorien car, en raison d'une concession pétrolière visant le « développement » économique, il « a mis gravement en péril les droits à la vie et à l'intégrité personnelle [...] du Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku » puisque, tel que les requérants l'avaient dénoncé, « le manque d'accès aux territoires [a] empêché] les communautés autochtones d'utiliser et de profiter des ressources naturelles nécessaires pour assurer leur subsistance, [...] et] les [a] expos[é] à des conditions de vie précaires voire infrahumaines en les plaçant dans des situations de vulnérabilité extrême pouvant entraîner des multiples violations de leurs droits humains [...] ». CourIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, arrêt du 27 juin 2012, al. 147 (trad. libre de l'espagnol). À ce sujet le Comité de droits sociaux a également indiqué que « l'augmentation rapide des concessions foncières octroyées [par les États au secteur privé] à des fins d'exploitation économique [...] –jusque dans des zones protégées– est le principal facteur de dégradation des ressources naturelles, qui a des effets préjudiciables sur l'écologie et la biodiversité, entraînant le déplacement de peuples autochtones de leurs terres sans aucune possibilité d'une juste indemnisation ni d'une possible réinstallation, et la perte de moyens de subsistance pour les communautés rurales qui dépendent des ressources de la terre et des forêts pour leur survie. [Une situation qui s'aggrave lorsqu'il s'agit des femmes] ». CESCR, *Observations finales Cambodge 2009*, E/C.12/KHM/CO/1, 12 juin 2009, al. 15.

<sup>22</sup> Tel qu'il a été souligné par différents rapporteurs spéciaux des Nations Unies, les femmes, les personnes « marginalisées du fait de la pauvreté », les peuples autochtones, et d'autres groupes surexposés à des discriminations multiples, sont beaucoup plus vulnérables face à la dévastation environnementale et aux crises écologiques. Sur ce sujet et sur les effets de l'environnement sur la jouissance des droits humains voir F. Ksentini, « *Droits de l'Homme et environnement* ». *Rapport final de la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'Homme et l'environnement*, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 26 juillet 1994. Pour ce qui est des obligations des États relatives aux personnes appartenant à des groupes vulnérables en matière d'environnement voir J. Knox, *Rapport de situation de l'Expert indépendant chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'Homme se rapportant aux*

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

De même, il existe une préoccupante augmentation des cas de harcèlement, de persécution et de disparition visant les défenseurs de l'environnement et des droits environnementaux face aux intérêts économiques internationaux, qui restent très souvent impunis<sup>23</sup>. Face à cette grave situation, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des défenseurs des droits de l'Homme a souligné « que la plupart des personnes et des groupes en butte à des menaces sont ceux qui s'opposent à l'accaparement des terres, aux industries extractives, au commerce industriel du bois et aux projets de développement à grande échelle [...] qui menacent jusqu'à leurs moyens de subsistance et leur existence [en devenant...] la cible [...] d'agressions de la part des États et des entreprises, qui les qualifient *d'opposants au développement*. Pourtant, ces défenseurs cherchent souvent à préserver les ressources naturelles et à assurer une approche globale et à long terme pour le développement, dans laquelle les terres, l'eau, l'air et les forêts ne sont pas réduits à l'état de simples marchandises commercialisables [...] »<sup>24</sup>.

En définitive, nous assistons à un processus continu d'*appropriation privée* et de marchandisation des richesses naturelles et communes. Dans la même mesure que l'aggravation de ce phénomène menace la survie d'une grande partie de l'humanité et de la planète même, elle renforce et augmente les inégalités et la vulnérabilité des groupes et des personnes les plus défavorisés face à la pauvreté, à la discrimination et aux violations des droits, comme c'est le cas des femmes confrontées à des discriminations multiples<sup>25</sup>. À cet égard, le Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'Homme, confirme que « loin d'apporter des bienfaits, l'exploitation [privée et illimitée] des ressources naturelles a été fréquemment mise en cause dans des atteintes aux droits de l'Homme, des empiétements sur les terres et les moyens d'existence des communautés, des expulsions massives, la pollution et la dégradation

---

*moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/HRC/25/53, 30 décembre 2013, al. 69 et ss.

<sup>23</sup> Ce fut le cas de l'assassinat de l'activiste autochtone Berta Cáceres en 2016, qui avait mené une longue lutte contre la privatisation et la destruction des ressources naturelles au Honduras. C'est également le cas des 200 autres militants écologistes qui ont disparu dans la même année à travers le monde, notamment dans les pays du Sud.

<sup>24</sup> M. Forst, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'Homme [relatif à la situation des défenseurs des droits environnementaux]*, A/71/281, 3 août 2016, al. 31 et 48, respectivement (les italiques sont les nôtres).

<sup>25</sup> Le Comité CEDAW a dénoncé à ce sujet que le phénomène d'appropriation des terres et des ressources naturelles a un impact particulier sur « les groupes défavorisés de femmes et de filles ». Pour ce qui est des femmes autochtones habitant dans les zones rurales, il « les prive de leurs moyens de subsistance », et dans d'autres cas, génère de « la violence sexuelle et sexiste à des fins d'appropriation illicite de terres [et d'autres ressources] ». Comité CEDAW, *Observations finales Cameroun 2014*, CEDAW/C/CMR/4-5 et *Observations finales Bangladesh 2016*, CEDAW/C/BGD/8, al. 40-a, respectivement. Sur le plan théorique voir, entre autres, B. Agarwal, *Rural women, poverty and natural resources : Sustenance, sustainability and struggle for change* : Economic and Political Weekly, 1989, vol. 24, no. 43.

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

de l'environnement, [et ...] des violations des droits à la santé, au logement, à l'alimentation et à l'eau »<sup>26</sup>.

Ces phénomènes d'appropriation des ressources et des richesses communes, naturelles et matérielles, s'inscrivent dans un cycle historique beaucoup plus large qui a connu un essor dès la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, et atteint aujourd'hui une ampleur jamais vue auparavant. En effet, certains auteurs considèrent que le système économique mondial actuel se fonde en grande partie sur cette pratique, qui serait l'une des grandes sources des inégalités et de la pauvreté. Et ce, notamment parce qu'elle produit un phénomène constant appelé l'« accumulation par la dépossession »<sup>27</sup>, mais aussi des « nouveaux *enclosures* »<sup>28</sup>, qui génèrent à leur tour la marchandisation de tous les aspects de la vie humaine et non humaine ainsi que l'expropriation violente des moyens d'existence des personnes et l'appauvrissement et la précarisation de leurs vies, sans même parler de la violation massive de leurs droits fondamentaux. Cela est d'autant plus vrai pour les secteurs sociaux déjà défavorisés, comme c'est le cas de certains groupes de femmes qui sont confrontés de façon disproportionnée aux effets négatifs de ces processus<sup>29</sup>.

Face à ce type de constats, une partie de la doctrine considère que ce phénomène d'appropriation privée des ressources communes constitue même l'un des traits caractéristiques de notre époque actuelle, laquelle, bien au-delà d'être « l'ère des

---

<sup>26</sup> M. Sepúlveda, *Rapport de la rapporteuse spéciale sur l'extrême pauvreté et les droits de l'Homme [relatif aux politiques fiscales et à la réalisation des droits de l'Homme]*, A/HRC/26/28, 22 mai 2014, al. 70.

<sup>27</sup> D. Harvey, « The 'New' Imperialism: Accumulation by Dispossession », *Socialist Register*, 2004, pp. 63-87. L'auteur considère qu'à partir des années 1970 notamment, les logiques globales dominantes favorisent, au moyen de la *privatisation* des ressources, la « dépossession » des richesses des personnes et donc leur appauvrissement. Ce processus a permis à son tour à un groupe très restreint d'individus de s'enrichir de manière exponentielle.

<sup>28</sup> Ce terme emprunté de l'anglais « *enclosure* » ou « *inclosure* » est couramment utilisé par une partie de la doctrine pour désigner le processus légal, débuté au XV<sup>ème</sup> siècle en Angleterre, par lequel certains individus s'approprièrent des espaces autrefois collectifs, notamment des terres, des richesses et des ressources communes et naturelles, en les « clôturant » afin de privatiser leur utilisation. Pour certains auteurs, ce processus d'appropriation et de privatisation est non seulement d'actualité, mais échappe totalement au contrôle des États. À ce sujet voir par exemple, Midnight Collective, « Introduction to the new enclosures », *Midnight Notes Collective*, no. 10, 1990, pp. 1-9 et M. Mies et V. Bennholdt-Thomsen, *Defending, Reclaiming and Reinventing the Commons* : Canadian Journal of Development Studies-Revue canadienne d'études du développement, 2001, vol. 22, no. 4, pp. 997-1023.

<sup>29</sup> À cet égard voir notamment les travaux de S. Federici, notamment *The Debt Crisis, Africa & the New Enclosures* : Midnight Notes, 1990, n° 10, pp. 10-17 et *Caliban and the Witch. Women, the body and primitive accumulation* : Autonomedia, 2004, p. 102 et ss.

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

droits » évoquée par N. Bobbio<sup>30</sup>, a été qualifiée en ce sens comme « l'ère de l'extraction »<sup>31</sup>, voire « l'ère de la dépossession »<sup>32</sup>.

### **II. LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX DANS LE CADRE DE LA PRIVATISATION DE L'ÉTAT**

Cette tendance à la privatisation et à la marchandisation des biens et des ressources est également de plus en plus marquée au sein des États, notamment pour ce qui touche à la protection des droits sociaux et à l'accès au bien-être. Force est de constater que la logique du marché, de la croissance illimitée et du profit maximum occupe également une place toujours plus prépondérante dans le discours et la pratique des gouvernements en façonnant progressivement le contenu des politiques sociales et des réformes constitutionnelles et législatives contemporaines. À l'heure actuelle, tant au Nord comme au Sud, les États s'efforcent ainsi de se conformer davantage à la *lex mercatoria* et aux lignes directrices des institutions économiques et financières internationales en vue de réaliser des économies sur les dépenses publiques et d'augmenter en productivité et en concurrence (notamment en temps de crise et de récession), au lieu de renforcer les mécanismes de protection universelle et effective des droits des personnes et de l'environnement pour s'acquitter pleinement de leurs obligations juridiques<sup>33</sup>.

On constate ainsi un virage global du « bien-être vers l'efficacité économique »<sup>34</sup> dans lequel il est de plus en plus couramment affirmé par les États et les dites institutions que la privatisation de la santé, de l'éducation, de l'approvisionnement en eau, du logement social ou de la sécurité sociale, permettrait que ces « services » deviennent non seulement plus performants mais surtout plus rentables et, de ce fait, capables de

---

<sup>30</sup> V. N. Bobbio, *The Age of Rights* : Polity Press, 1996, notamment le chapitre 6 qui donne son nom à l'ouvrage.

<sup>31</sup> S. Sassen, *Expulsions: Brutality and complexity in the Global Economy*: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014 (trad. libre de l'anglais). Sassen juge que l'une des caractéristiques de la période actuelle est que le système économique dominant est « extractif ». En effet, une logique « extractiviste » considère les ressources naturelles comme inépuisables et soutient donc leur surexploitation et *extraction* illimitée. Ceci entraîne à son tour la mise en place de mécanismes *d'expulsion* des personnes et des communautés de leurs terres, de leurs quartiers, voire même du système lui-même, afin de pouvoir accéder aux dites ressources. Ceci génère également d'autres épiphénomènes comme la destruction des modes de vie et des moyens d'existence des personnes ou la migration forcée. À ce propos voir également M. Mies et V. Bennholdt-Thomsen, *The Subsistence Perspective. Beyond the globalised economy* : Zed Books, 1999. Pour ce qui est des « logiques extractivistes » et du discours critique à ce sujet particulièrement présent en Amérique latine, voir M. Svampa, « Resource extractivism and alternatives : Latin American perspectives on development », in *Beyond Development Alternative visions from Latin America* : Rosa Luxemburg Foundation, 2013, p. 117 et ss.

<sup>32</sup> A. Gilly, *El tiempo del despojo : poder y territorio* : Observatorio Social de América Latina, 2014, vol. 35, pp. 27-37 (trad. libre de l'espagnol).

<sup>33</sup> Voir en ce sens les divers travaux de A. Supiot et de G. Pisarello.

<sup>34</sup> N. Kabber, *Reversed Realities: Gender Hierarchies in Development Thought*: Verso, 2003 (1994), p. 4.

*La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

combler le déficit budgétaire et les possibles failles et carences imputables à l'administration publique.

Le marché est donc globalement présenté comme le moyen idéal pour rendre effectifs les droits humains, et notamment les droits sociaux. Pourtant, le Rapporteur spécial sur le droit à un logement convenable a soulevé que les « études actuelles sur les effets des privatisations [des droits sociaux montrent...] que, dans la plupart des cas, [non seulement] il n'y a pas eu d'amélioration de la qualité et de la couverture des services pour les groupes vulnérables [...mais que] lorsqu'une [...] partie de la population vit dans la pauvreté[et, et n'a pas les moyens pour les « acheter »,...] ces groupes risquent de ne pas avoir accès [ni] aux services [essentiels] dont ils ont besoin [ni à l'aide et à la protection de l'État en ce sens...] »<sup>35</sup>. D'une part, ceci aggrave fortement le sort et le bien-être des personnes et des femmes les plus démunies et, d'autre part, cela creuse les inégalités sociales et l'écart entre les segments les plus riches de la population et les plus défavorisés.

Ainsi, on assiste à un processus global qui a connu une forte accélération à partir des années 1970 et que certains théoriciens ont qualifié de « désétatisation »<sup>36</sup>, ou d'effacement graduel de l'État en tant que garant du bien-être collectif (et environnemental). D'autres auteurs l'ont défini comme la « crise » du paradigme social ou providence<sup>37</sup>, alors qu'une autre partie de la doctrine le voit plutôt comme un

---

<sup>35</sup> M. Kothari, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à un logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant [relatif à la réalisation du droit au logement]*, E/CN.4/2002/59, 1 mars 2002, al. 56 et 58, respectivement. Le Rapporteur souligne qu'avec cette tendance à la privatisation « on risque d'accorder une priorité beaucoup plus élevée au taux de rentabilité [...] qu'à la réduction de la pauvreté ou à l'amélioration [...] des conditions de vie [des groupes les plus défavorisés qui...] ne peuvent [pas] payer le même prix pour les services ». Il cite en ce sens le cas de la ville de Cochabamba en Bolivie, où suite aux exigences de la Banque mondiale visant la privatisation du système d'eau « le tarif de [cette ressource...] a immédiatement augmenté, passant d'un niveau négligeable [...] à environ 20 % du revenu mensuel d'un ménage » (al. 59-60). De la même manière, le CESCR s'est montré très préoccupé au sujet des effets néfastes de la privatisation et de la réduction des dépenses sociales résultant des Programmes d'Ajustement Structurel et des politiques d'austérité. Ainsi, il affirme que « ces mesures affectent davantage les groupes défavorisés et marginalisés dans l'exercice de leurs droits économiques, sociaux et culturels ». CESCR, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique de Chypre*, E/C.12/CYP/CO/6, 28 octobre 2016.

<sup>36</sup> L. Lamarche, « L'économie sociale : Un modèle de développement au service de l'État désétatisé », in L. Boivin et M. Fortier (éds.), *L'économie sociale : l'avenir d'une illusion* : Fides, 1997.

<sup>37</sup> Voir en ce sens J. Habermas, *The new obscurity: The crisis of the Welfare State and the exhaustion of utopian energies: Philosophy & Social Criticism*, 1986, vol. 11, no. 2, pp. 1-18. Pour des auteurs comme G. Pisarello, la crise de l'État-providence « traditionnel » et du constitutionnalisme social de la post-guerre est le résultat direct des politiques mises en place pour faire face à la crise économique des années 1970 qui ont minimisé la portée juridique des dispositions protectrices des droits sociaux. Voir en ce sens G. Pisarello, *El constitucionalismo social ante la crisis : Entre la agonía y la refundación republicano-democrática* : Revista derecho del Estado, 2012, no. 27, pp. 55-75. Sur les caractéristiques générales des États-providence, voir le classique G. Esping-Andersen, *Les trois mondes de l'État-providence : Essai sur le capitalisme moderne* : PUF, 2015 (1990) et F. X. Merrien, *L'État-providence* : PUF, 2007 (1997), 3<sup>ème</sup> éd.

*La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

« processus [qui] ne signifie nullement la disparition de l'État, mais [...] plutôt sa *privatisation* »<sup>38</sup>.

En effet, là où auparavant l'État devait mettre en place les moyens pour garantir un accès égalitaire à l'exercice des droits juridiquement consacrés, en protégeant, avec plus ou moins de force selon les États, les citoyens face aux risques de la vie et au pouvoir « des plus forts » ; il a tendance, aujourd'hui, à responsabiliser plus fortement les citoyens pour qu'ils assument de façon autonome cette protection, notamment pour ce qui est des droits sociaux. Les États (et les institutions financières internationales) attendent ainsi de la part des personnes qu'elles « se débrouillent seules » pour acquérir –notamment dans le cadre *du marché*– les moyens pour accéder à l'exercice de droits indispensables à leur subsistance et à un niveau de vie digne. Ceci implique la défense d'un modèle qui, dans beaucoup de cas, continue à être affiché comme « social », mais dans lequel « la responsabilité [*publique...*] d'assurer la durabilité de la vie [humaine et non humaine] est [en réalité] inexistante [...] » et laisse les personnes et les femmes les plus défavorisées, et historiquement confrontées à la discrimination, dépourvues de toute protection étatique<sup>39</sup>.

Dans un contexte de crise économique et écologique qui, de nos jours, semble parfois s'imposer comme un phénomène *permanent*<sup>40</sup>, la responsabilité du bien-être, de la subsistance des personnes et de la protection des droits sociaux, est progressivement en train d'être transférée du domaine *public ou étatique* vers la sphère privée avec le risque qu'elle soit, à terme, remplacée par une *protection privée* dont les femmes, et particulièrement celles qui sont issues des secteurs populaires et défavorisés, joueraient un rôle essentiel.

À ce sujet, il faut noter que plusieurs théoriciennes féministes avaient déjà dénoncé le caractère « familialiste » sur lequel repose, en grande partie, le paradigme social de l'État qui est aujourd'hui en crise. En effet, la plupart des modèles étatiques tendent à considérer que, *de facto*, le principal « agent de bien-être » est la famille (et non pas l'État en tant que tel), qui est « naturellement » censée satisfaire les besoins matériels

---

<sup>38</sup> A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, Seuil, 2010, p. 40 (les italiques sont les nôtres). A. Supiot insiste sur le fait que « l'inexorable » déclin du paradigme étatique providentialiste, qui « n'est qu'un moment dans la longue histoire des solidarités humaines », n'implique aucunement la fin de la quête de la justice sociale, bien au contraire. *Grandeur et misère de l'État social : Leçon inaugurale prononcée le jeudi 29 novembre 2012* : Collège de France, 2013.

<sup>39</sup> A. Pérez, *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida...op. cit.*, p. 96 (trad. libre de l'espagnol). S. Federici définit ce processus comme la « financiarisation de la reproduction » de la vie. Car à partir des années 1970, l'État a arrêté d'investir dans la reproduction des personnes pour se concentrer sur la croissance économique. Voir en sens identique N. Fraser, *Le féminisme en mouvements. Des années 1960 à l'ère néolibérale* : La Découverte, 2012.

<sup>40</sup> B. De Sousa Santos rappelle à ce sujet que la « crise », qui est censée être un phénomène passager, semble être actuellement « permanente », et de ce fait, elle est devenue non seulement l'explication de tous les maux sociaux mais également la justification de la mise en place de tout type de mesures portant atteinte aux droits humains, et notamment aux droits sociaux.

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

nécessaires à l'existence de ses membres<sup>41</sup>. En ce sens, le rôle de la solidarité familiale est crucial pour ce qui touche à la subsistance et à l'exercice des droits sociaux, notamment en temps de crise économique, sociale et étatique, lorsqu'il y a une diminution généralisée des services publics et des aides sociales. Ces théories ont permis de montrer, entre autres, que le rôle fondamental des familles « comme fournisseurs 'privés' du bien-être [(welfare)] » avait été totalement ignoré au profit du marché et de l'État, mais surtout, que cette logique avait historiquement occulté le fait que, dans la plupart des cas, ce sont majoritairement les femmes qui ont la responsabilité de générer les conditions de bien-être à l'intérieur des familles, notamment grâce au travail gratuit qu'elles effectuent quotidiennement pour assurer la reproduction de la vie<sup>42</sup>.

Mais, il est nécessaire de souligner à cet égard que lorsqu'il s'agit des femmes des secteurs populaires ou confrontés à la précarisation et à la pauvreté, ce rôle est encore plus important<sup>43</sup>. Cependant, contrairement à ce qui est attendu par les États et les institutions financières internationales, elles assurent la subsistance, l'exercice de certains droits sociaux et le bien-être de leurs familles et communautés par le biais de l'organisation sociale et de *l'agir en collectif*, en créant ainsi des nouveaux systèmes de solidarité qui visent à garantir *par le bas* la durabilité de la vie (non seulement des personnes mais également de la planète), et ceci en dehors du cadre du marché et de l'État. Dans un contexte généralisé de crise économique et écologique, ces femmes ont ainsi été obligées de mettre en place par *elles-mêmes* des stratégies autonomes et coopératives afin de rendre effectifs les droits humains reconnus dans les textes juridiques en la matière. C'est le cas par exemple de la mise en place de projets collectifs tels que les jardins communautaires, les potagers urbains ou les cantines populaires dans lesquels elles mettent en commun toutes leurs ressources dans le but de pouvoir

---

<sup>41</sup> Il est intéressant de souligner que R. Castel évoque en ce sens la notion de « famille providence », dont la solidarité est en effet considérée comme « naturelle », notamment pour ce qui est de l'assistance sociale aux membres les plus nécessiteux. Cependant, pour l'auteur, cette forme de solidarité relève d'une sorte de « sociabilité primaire » qui, en théorie, a déjà été dépassée. R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat* : Fayard, 1995 (notamment le chapitre 1).

<sup>42</sup> A. Orloff, *Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States*: American Sociological Review, 1993, vol. 58, no. 3, p. 312 (trad. libre de l'anglais). Voir également en ce sens les travaux de N. Fraser et D. Sainsbury.

<sup>43</sup> Particulièrement au sein des secteurs populaires confrontés à la précarité, tant dans les zones rurales que dans les zones urbaines, la tradition et d'autres contraintes socioculturelles assignent presque systématiquement aux femmes la responsabilité des activités de subsistance de la famille ainsi que tout ce qui concerne le foyer et les enfants, en incluant par exemple l'agriculture de subsistance, l'approvisionnement en eau ou la cuisine. Nous considérons que cela a d'une certaine manière façonné leurs luttes et leurs rapports avec les droits. En effet, dans ces secteurs, les femmes tendent très souvent à revendiquer, en premier lieu, des meilleures conditions de vie pour leurs familles, quartiers et communautés avant de revendiquer leur émancipation et leurs droits au sens purement individuel du terme. À ce sujet voir A. Rivera, « L'impact de la tradition et des stéréotypes de genre sur les droits des femmes en Amérique latine : une longue histoire de discrimination », in E. Bottini et A. Basset (dirs.), *Les usages de la tradition dans le droit. (Actes de la journée d'études du Centre de théorie du droit)* : M. & M., 2015, pp. 31-51.

## *La protection des droits sociaux des femmes dans un contexte de précarisation de la vie et de crise économique et écologique*

nourrir leurs familles en contextes de pauvreté et précarité. C'est également le cas lors de l'occupation et de la défense de terrains ou de logements vides dans le but d'avoir un accès, même limité, à la terre, au logement et aux ressources naturelles comme l'eau et les plantes médicinales et comestibles. C'est, enfin, également le cas lors de la construction informelle d'écoles populaires et de centres de santé communautaires dans les zones marginales<sup>44</sup> quand l'État n'a pas été garant des droits à la santé et à l'éducation.

Alors que ce type d'actions permet d'exercer certains droits, ou de protéger et de conserver la « vie » (humaine et non-humaine) en constituant parfois les seules solutions face à la faim, à la maladie ou au manque de logement, d'eau ou de terre à cultiver, celles-ci sont souvent considérées comme *illégal*es ou *extralégales* et sont (à tort) pénalisées par les États. Néanmoins, au regard du droit international des droits humains, les États sont obligés de respecter ces actions, et ce particulièrement dans une époque où les gens ne sont plus autonomes pour subsister. Car toutes les personnes ont un droit à mener une existence digne, et ce droit est « la première raison d'être de l'artifice juridique et étatique », sans laquelle il risque de perdre tout son sens<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> À propos des multiples stratégies en ce sens et du rôle fondamental des femmes dans la protection des droits particulièrement liés à la subsistance voir A. Rivera, « Les stratégies de (auto)protection des droits des femmes face à la pauvreté. Analyse du droit international des droits humains », in H. Trigoudja et M. Jänterä-Jareborg (éds.), *Les droits des femmes et l'élimination de la discrimination* : Brill-Nijhoff, Col. Center for Studies and Research of The Hague Academy of International Law/Centre d'Étude et de Recherche de l'Académie de Droit International de La Haye, 2016, pp. 299-354 ; et « Las luchas y las estrategias de las mujeres ante la pobreza y las paradojas de los derechos humanos », in M. Burgos et R. Gutiérrez, *Derechos, democracia y pueblos. Debates desde el republicanismo democrático y el pluralismo jurídico* : Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ-UNAM), (à paraître).

<sup>45</sup> L. Ferrajoli, *Principia-Iuris. Teoría del derecho y de la democracia...op. cit.*, p. 379 (trad. libre de l'espagnol).



**FELICIA A. HENDERSON**

*Legal Approaches to Difference within Difference*

---



***FELICIA A. HENDERSON***

*Felicia A. Henderson, independent leadership consultant, specializes in corporate governance. Founder of her own leadership consulting company, her practice focuses on advising executives and boards on decision-making and interpersonal dynamics in business and non-profit organizations. Felicia A. Henderson is also a lecturer at Sciences Po where she teaches courses on corporate law and governance, comparative equality law and organizational behavior. Although she no longer actively practices law, Felicia has been a member of the bar of the State of New York since 1998.*

*Felicia A. Henderson received a Bachelor of Arts, cum laude, from Duke University in 1994 and her J.D., cum laude, from Harvard Law School in 1997. She also received a master's degree, with distinction, in Consulting and Coaching for Change from INSEAD Business School. While at Harvard Law School, she served as Editor-in-Chief of the Harvard Women's Law Journal (Vol. 20).*

*Ain't I a woman?*

These words are invariably, but erroneously,<sup>1</sup> attributed to Sojourner Truth, a Black woman liberated from slavery who, beginning in the 1830s, became a vocal abolitionist and women's rights advocate in the United States. That Truth's most famous speech was loosely transcribed,<sup>2</sup> published and, some argue, deliberately manipulated<sup>3</sup> by white abolitionist and women's rights advocate Frances D. Gage provides a poignant early example of the homogenizing force of the women's movement. Gage distorted<sup>4</sup> Truth's voice and message, instrumentalizing Truth's highly-personalized negation of claims of women's physical inferiority, to serve the broader women's movement while caricaturing the former slave's authentic lived experience and muting Truth's effectiveness as an activist for the specific situation of Black women.

This article considers the harmful effects of a homogenized women's movement. The article briefly reviews the "sameness" and "difference" stages of gender equality reforms in the United States before turning to a discussion of the interaction between legal reform and gendered social norms. This discussion considers social norms for three populations, overlapping concentrically – women as a group distinct from men, social identity groups within the broader category of "woman," and individual women – and the interplay of laws relating to pregnancy and parental leave and to board diversity with social norms at each of these levels. As US lawmakers and corporations are urged to consider legal reform and adopt policies in these areas, the article concludes with a discussion of legal and policy approaches that could be used to undermine gendered social norms, allowing for fuller recognition and protection of heterogeneity among women, i.e., "difference within difference."

**TAKING ACCOUNT OF WOMEN'S DIFFERENCE FROM MEN**

The pursuit of gender equality in the law<sup>5</sup> proceeded in stages. At the time of their respective foundings, Western democracies did not allow for women's participation in the legislative process, and male lawmakers generally did not consider the potentially

---

<sup>1</sup> A contemporaneous transcription of Truth's 1851 speech at a women's rights convention in Akron, Ohio appeared in the New Lisbon, Ohio newspaper the *Anti-Slavery Bugle*. Marius Robinson, *Women's Rights Convention: Sojourner Truth*, 6 ANTI-SLAVERY BUGLE, Jun. 21, 1851 at 160.

<sup>2</sup> The transcription that is most often cited as Truth's "original" speech appeared in the New York *Independent* in 1863. Frances D. Gage, *Sojourner Truth*, N.Y. INDEPENDENT, Apr. 23, 1863 at 1

<sup>3</sup> Michael Phillips-Anderson, *Sojourner Truth*, "Address at the Woman's Rights Convention in Akron, Ohio," (29 May 1851), 7 VOICES OF DEMOCRACY 21, 34 (2012).

<sup>4</sup> In addition to completely changing the words, Gage attributed a Southern slave accent and dialect to Truth, who had been enslaved and lived most of her early life in upstate New York. Gage even put the n\* word into her version of the speech not once but twice, preferring, it seems, to use the racist epithet in place of Truth's straightforward use of the word slave. *Reminiscences by Frances D. Gage: Sojourner Truth* in E. STANTON, S. ANTHONY & M. GAGE, 1 HISTORY OF WOMAN SUFFRAGE 115-117 (1882).

<sup>5</sup> The focus of this article is on women's rights as economic actors and workers, what Joan Williams refers to as "the work/family axis of gender." Joan C. Williams, *Reconstructive Feminism: Changing the Way We Think About Gender and Work Thirty Years After the PDA*, 21 Yale Journal of Law & Feminism 79, 88 (2009).

distinct needs or interests of the women who would be subject to the law.<sup>6</sup> Laws that did take account of sex most often denied to women certain rights and privileges, such as voting,<sup>7</sup> property ownership<sup>8</sup> or access to certain professions,<sup>9</sup> on the basis of woman's purported intellectual or physical inferiority to man.<sup>10</sup>

Faced with such unequal treatment, early efforts at legal reform focused on securing women's *formal* equality<sup>11</sup> or equal treatment under the law. In the United States, success at attaining equal treatment for women is seen, first, in the extension of the federal right to vote to women in 1920<sup>12</sup> and, then, in measures such as the adoption of the Equal Pay Act of 1963,<sup>13</sup> and the invalidation of a host of sex-based classifications by the U.S. Supreme Court in the 1970s.<sup>14</sup> Writing in *Craig v. Boren*, Justice Brennan indicated that, in the wake of prior Supreme Court decisions, instead of relying on:

---

<sup>6</sup> For a discussion of women's exclusion from the founding of the United States, see e.g., Catherine A. MacKinnon, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100 YALE LAW JOURNAL 1281, 1281–1283 (1991).

<sup>7</sup> See *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (1875) (upholding state prohibition on women's vote because voting was not a constitutionally protected right)

<sup>8</sup> Prior to adoption of the New York Married Women's Property Act (1848) and legislation modeled on this act in other states, laws relating to married women's property tended to adhere to the English common law. Blackstone provides a clear description of the relevant English common law principles:

VI. A sixth method of acquiring property in goods and chattels is by marriage; whereby those chattels, which belonged formerly to the wife, are by act of law vested in the husband, with the same degree of property and the same powers as the wife when sole had over them.

This depends entirely on the notion of a unity of person between the husband and wife; it being held that they are one person in law, so that the very being and existence of the woman is suspended during the coverture, or entirely merged or incorporated in that of the husband.

WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND IN FOUR BOOKS, VOL I 557 (1893).

<sup>9</sup> See e.g., *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130 (1872) (allowing exclusion of women from the legal profession); *Muller v. State of Oregon*, 208 U.S. 412 (1908) (upholding "protective" law that prevented women from working "long" hours).

<sup>10</sup> Justice Bradley's concurring opinion in *Bradwell* plainly states: "The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life," *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130, 141 (1872) (Bradley, concurring). Similarly, in *Muller*, Justice Brewer indicated: "That woman's physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence is obvious..., she is not an equal competitor with her brother," *Muller v. State of Oregon*, 208 U.S. 412, 421–422 (1908).

<sup>11</sup> "Formal equality" derives from the Aristotelian principle that likes should be treated alike and is used to describe legal frameworks in which all similarly-situated subjects of the law are treated identically, without regard to irrelevant differences between them.

<sup>12</sup> U.S. CONST. amend. XIX.

<sup>13</sup> 29 U.S.C. §206(d).

<sup>14</sup> See, e.g., *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971) (first case to overturn sex-based distinction by invalidating automatic preference given to men to serve as estate administrators); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973) (invalidating stricter requirements for male spouses to qualify as "dependents" of female members of the armed forces); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975) (invalidating grant of survivor benefits under Social Security to widows but not to widowers).

*the weak congruence between gender and the characteristic or trait that gender purported to represent, it was necessary that the legislatures choose either to realign their substantive laws in a gender-neutral fashion or to adopt procedures for identifying those instances where the sex-centered generalization actually comported with fact.*<sup>15</sup>

Having gained some measure of formal equality, women's rights advocates focused on obtaining *substantive* equality, or differentiated treatment under the law explicitly designed to take account of the actual disadvantages related to women's difference.<sup>16</sup> Rather than engaging in the historical practice of "sex-role pigeon-holing"<sup>17</sup> or applying purportedly gender-neutral laws,<sup>18</sup> lawmakers were importuned to create laws that addressed the real<sup>19</sup> ways that womanhood might require special consideration under the law. Examples of legal advancements in this vein include the Pregnancy Discrimination Act of 1978<sup>20</sup> and the *Johnson v. Transportation Agency* decision upholding an affirmative action plan that took sex into account in employment decisions.<sup>21</sup>

The legal reforms spurred by the women's rights movement are certainly to be lauded. Nevertheless, in the quest for a legal system that is more substantively equal for all subjects of the law, unintended and potentially harmful consequences of women's rights laws must be examined to allow for further adaptation and refinement of the law. This article focuses on the potential harms to *women*, leaving aside reflexive arguments about the potential unfairness to men stemming from laws intended to advance women's rights.

---

<sup>15</sup> *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 199 (1976) (introduced "intermediate" review standard for sex-based distinctions).

<sup>16</sup> "Substantive equality" has proved more difficult to define than formal equality. See Sandra Fredman, *Substantive Equality Revisited*, 14 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 712 (2016) (discussing differing conceptions of substantive equality and proposing a multi-dimensional analytic framework).

<sup>17</sup> A term attributed to Ruth Bader Ginsburg. Wendy W. Williams, *Ruth Bader Ginsburg's Equal Protection Clause: 1970-80*, 25 Columbia Journal of Gender & Law 41 (2013).

<sup>18</sup> MacKinnon argues: "Gender neutrality is ... simply the male standard." CATHERINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED 34 (1987).

<sup>19</sup> Freedman argues: "The adjective 'real' implies not only that these differences are caused by nature or biology, but also that the impact of sex differences on people's lives is natural and inevitable, rather than culturally determined." Anne E. Freedman, *Sex Equality, Sex Differences, and the Supreme Court*, 92 Yale Law Journal 913, 945 (1983).

<sup>20</sup> 42 U.S.C. 2000e(k). While the Pregnancy Discrimination Act (PDA) recognizes pregnancy discrimination as unlawful sex discrimination because only women can become pregnant (difference), it arguably adopts a "likes to likes" sameness approach in mandating that "women affected by pregnancy, childbirth or related medical conditions ... be treated the same for all employment-related purposes ... as [non-pregnant workers who are] similar in the ability or inability to work." *Ibid.*

<sup>21</sup> *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987).

### **IGNORING WOMEN'S DIFFERENCE FROM EACH OTHER**

The potential harms to women from the very laws intended to benefit them relate principally to the reification of stereotypes through their enshrinement in the law. These stereotypes operate on two levels.

First, acceptance of gendered social norms may be reinforced.<sup>22</sup> When clumsily designed, laws intended to protect or promote women by recognizing the biological imperatives of womanhood or the pervasive inferior position or under-representation of women often perpetuate culturally-defined expectations of how women are supposed to behave, expectations which are not justified by biological necessity or which are premised on a reality that is culturally or structurally imposed but mistakenly believed to be inevitable or voluntarily chosen. Put simply, an assumption of too much “natural” difference between women and men masks and extends the man-made roots of much of this difference.

Additionally, and perhaps more subtly, the false homogenization of women on which “women’s” rights are frequently grounded operates to exclude some women from the full protection of the law.<sup>23</sup> In the same way that laws designed from the perspective of the male subject may have an adverse impact on women, laws mistakenly premised on a fundamental similarity among women may have an adverse impact on those women who are different from the “normal” woman subject for whom the law is designed. Again, put simply, an assumption of an essential sameness among women masks and penalizes differences among them.

This section begins with a brief summary of the relationship between law and social norm formation before proceeding to an examination of the potential effects of this process on all women, then to an examination of the effects on particular groups of women and, finally, to an examination of the effects on individual women.

#### *Law and Social Norms*

This article uses the definition of “social norm” proposed by Richard Posner – “a rule that is neither promulgated by an official source, such as a court or a legislature, nor enforced by the threat of legal sanctions, yet is regularly complied with”<sup>24</sup> – including Posner’s rejection of the requirement that the “norm be internalized as a preference.”<sup>25</sup> As this definition implies, social norms are distinct from legal norms. Social norms develop without deliberate planning and emerge from interactions between individuals.<sup>26</sup> Social norms define what constitutes acceptable or appropriate behavior

---

<sup>22</sup> See *infra* notes 32-43 and accompanying text.

<sup>23</sup> See *infra* notes 44-62 and 66-71 and accompanying text.

<sup>24</sup> Richard A. Posner, *Social Norms and the Law: An Economic Approach*, 87 AMERICAN ECONOMICS REVIEW 365, 365 (1997)

<sup>25</sup> *Ibid.* at 365 n.1.

<sup>26</sup> Cristina Bicchieri & Ryan Muldoon, *Social Norms*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), retrieved from

and who belongs to the referent social group.<sup>27</sup> Compliance may arise from internal processes or external incentives or threats.<sup>28</sup> Deviation from important social norms results in sanctions such as guilt or shame, disapproval or ridicule, and in extreme cases exclusion or violence.<sup>29</sup>

Social norms typically predate law, and law “is always imposed against a background stream of”<sup>30</sup> social norms. Law can either buttress or subvert the associated social norm, and Eric Posner suggests that the extent of this “interference” is an important consideration in determining the desirability of a legal rule.<sup>31</sup> The remainder of this section considers how laws on maternity and pregnancy leave and on gender diversity on boards “interfere” with various social norms.

### *Gender Norms and Roles*

According to social role theory, gender norms create sex-based expectations about proper behavior for women and men. These expectations, then, foster differentiated behavior in women and men.<sup>32</sup> The term “gender roles” refers to the culturally-defined shared set of expected behaviors for each sex; the fact that these behaviors are routinely enacted by women or men, respectively, strengthening the perception that these behaviors are natural. Gender roles may, however, be based on gender stereotypes, such as women’s supposed weakness or emotionality. They may stem from biological realities that are exaggerated and extended beyond biological necessity, such as infirmity during pregnancy. Gender roles may also be grounded in power dynamics; for example, “wives” may routinely assume a submissive role in marriage because of woman’s greater risk of poverty in case of divorce.<sup>33</sup> This article uses the term “gendered norms” to refer to those norms that consciously or unconsciously reinforce women’s subordination.

Traditional gender roles assign a nurturer role to women; women are mothers and caregivers. That women and only women can become pregnant, bear children and breastfeed is a biological fact. That some pregnant women experience physical

---

<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/social-norms/>; Rachel I. McDonald & Christian S. Crandall, *Social Norms and Social Influence*, 3 CURRENT OPINION IN BEHAVIORAL SCIENCE 147 (2015).

<sup>27</sup> McDonald & Crandall *supra* note 26.

<sup>28</sup> R. Posner *supra* note 24.

<sup>29</sup> McDonald & Crandall *supra* note 26; ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS 4 (2000).

<sup>30</sup> E. Posner *supra* note 29 at 4.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> See Alice H. Eagly, Wendy Wood & Amanda B. Diekmann. *Social role Theory of Sex Differences and Similarities: A Current Appraisal* in THE DEVELOPMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY OF GENDER 123-174 (2000).

<sup>33</sup> For a succinct overview of gender roles, see Amy Blackstone, *Gender Roles and Society* in HUMAN ECOLOGY: AN ENCYCLOPEDIA OF CHILDREN, FAMILIES, COMMUNITIES, AND ENVIRONMENTS 335-338 (2003).

impairment that prevents their carrying out work-related tasks is also a biological fact, as is the fact that some women are able to work productively through their entire pregnancies. The expectation that women should care for their children, including those yet to be born, by not working late into their pregnancies and by not returning to work too quickly (or at all) after giving birth is a gendered norm.<sup>34</sup> Pregnancy and parental leave laws can interfere with these norms either by reinforcing the nurturer role for women or by challenging this traditional notion. Laws that mandate pregnancy leave regardless of physical impairment or that mandate or reward maternity leave with no or asymmetric mandates or rewards for paternity leave may serve to reinforce these norms.<sup>35</sup> Such laws harm women by strengthening gendered norms that contribute to the domestication of mothers.

Traditional gender roles also assign a collaborative role to women; women are conciliatory and seek communal outcomes. These traditional gender roles extend beyond the family sphere and into the workplace. Some researchers suggest that women leaders “tend to be more democratic and participative ... compared with male leaders.”<sup>36</sup> Early research into gender diversity on boards suggested that women directors were valued for their ability to “generate more productive discourse,”<sup>37</sup> their “participative management style”<sup>38</sup> and their “higher sensitivity compared to male peers.”<sup>39</sup> It is reasonable to conclude that these collaborative behaviors or the high value placed upon them reflect the influence of traditional gender norms on women who enact these roles and on those who evaluate them. Laws or policies premised implicitly or explicitly on the expectation that female directors will behave in different, more supportive ways than their male counterparts<sup>40</sup> may harm women by reinforcing the gendered collaboration norm. Specific consequences of this norm include, for those

---

<sup>34</sup> This statement assumes no medical factors, whether biological or psychological, affect the mother’s health or impair her ability to perform her job functions.

<sup>35</sup> Many parental leave laws are structured to provide significantly more leave time to mothers than is provided to fathers. Also, in many countries the percentage of salary that is covered by leave pay is higher for mothers than for fathers. Such asymmetric measures, particularly when both longer leave and higher pay are provided to women, convey the message that it is the woman’s role to take care of the child. For example, the United Kingdom, allows for up to 52 weeks of leave for mothers with 90% wage coverage with no ceiling on payments during the first six weeks, but only 2 weeks of leave for fathers with 90% wage replacement subject to a cap. For an overview of pregnancy and parental leave policies in the OECD countries, see Organization for Economic Cooperation and Development, *Key Characteristics of Parental Leave Systems* in OECD Family Database (Oct. 26, 2017) available at [http://www.oecd.org/els/soc/PF2\\_1\\_Parental\\_leave\\_systems.pdf](http://www.oecd.org/els/soc/PF2_1_Parental_leave_systems.pdf).

<sup>36</sup> Sabina Nielsen & Morten Huse, *The Contribution of Women on Boards of Directors: Going beyond the Surface*, 18 CORPORATE GOVERNANCE: AN INTERNATIONAL REVIEW 136, 138 (2010)

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> See, e.g., Assemblée Nationale, *PROPOSITION DE LOI relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d’administration et de surveillance et à l’égalité professionnelle (dite Loi Copé-Zimmerman)*, Law No. 2011-103 of January 27, 2011, J.O. January 28, 2011 (suggesting diverse boards will be more “sensitive” to equality issues).

women leaders who comply, lower evaluations of effectiveness<sup>41</sup> or secondary roles within the board<sup>42</sup> and, for those women leaders who violate the norm, more severe punishment.<sup>43</sup>

### *Majority Social Identity Norms*

Social identity refers to categories, such as gender, race, social class, or sexuality, in which an individual claims membership and which are personally meaningful to the individual.<sup>44</sup> Each person belongs to multiple social categories simultaneously,<sup>45</sup> and the relative salience of a given social category may vary among seemingly identical individuals<sup>46</sup> and within the same individual in different contexts.<sup>47</sup> The intersectionality perspective suggests that the interaction among social identities and the consequences of membership in multiple categories “profoundly influence one’s beliefs about and experience of gender.”<sup>48</sup>

Specific to anti-discrimination law, Kimberle Crenshaw rejected a “single axis framework” in feminist theory that considers only gender.<sup>49</sup> Crenshaw argued further that “feminist theory ... evolves from a white racial context that is seldom acknowledged.”<sup>50</sup> Further critiques labeled feminist scholarship as focused exclusively

---

<sup>41</sup> These lowered evaluations may result from perceptions of tokenism or from the lesser value afforded to “women’s” leadership roles. For tokenism, see e.g., Beate Elstad & Gro Ladegard, *Women on Corporate Boards: Key Influencers or Tokens?*, J. MGMT & GOVERNANCE, Nov. 24, 2010. For the value of women’s leadership roles, see, e.g., Herminia Ibarra & Otilia Obodaru, *Women and the Vision Thing*, 87 HARVARD BUSINESS REVIEW 62, 69–70 (2009) (describing Catalyst study in which “supporting others” ranks lowest in list of desired leadership traits).

<sup>42</sup> See e.g., R. Adams & D. Ferreira, *Women in the Boardroom and their Impact on Governance and Performance*; 94 J. Fin. Econ. 291 (2009) (showing that while female directors are more likely to sit on monitoring-related committees they are less likely to sit on the powerful compensation committee)

<sup>43</sup> See, e.g., Deborah A. Prentice & Erica Carranza, *What Women and Men Should Be, Shouldn’t Be, Are Allowed to Be, and Don’t Have to Be: The Contents of Prescriptive Gender Stereotypes*, 26 Psych Women Q. 269 (2002); Laurie A. Rudman, Corinne A. Moss-Racusin, Peter Glick, and Julie E. Phelan, *Reactions to Vanguard: Advances in Backlash Theory*, ADVANCES IN EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY, VOL. 45 at 167–227 (2012).

<sup>44</sup> Stephanie A. Shields, *Gender: An Intersectionality Perspective*, 59 SEX ROLES 301 (2008).

<sup>45</sup> Elizabeth R. Cole, *Intersectionality and Research in Psychology*, 64 AMERICAN PSYCHOLOGIST 170 (2009).

<sup>46</sup> For example, two African-American women may vary in the relative importance that each assigns to race and gender as determinants of her social identity.

<sup>47</sup> For example, race may become more salient for an individual (and for those around her) when she finds herself in the racial minority within a group or organization.

<sup>48</sup> Shields *supra* note 44 at 301.

<sup>49</sup> Kimberle Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 University of Chicago Legal Forum 139 (1989).

<sup>50</sup> *Ibid* at 154.



on middle-class, educated white women.<sup>51</sup> The result of this exclusive focus is that legal reforms spurred by this theoretical stance benefit only women who are, or can be sufficiently similar to, the women whose social identity is reflected in the law. To paraphrase Mackinnon: *Why should all women have to be like majority women to get the rights they have?*<sup>52</sup>

Race and class, among other social categories, create significant heterogeneity among women and the circumstances in which they encounter pregnancy and maternity. In the United States, while only about one in four white households with children under the age of 18 are single-parent families, the corresponding figure for African-American households is three in five.<sup>53</sup> Similarly, the median household income for white families in 2016 was just over \$65,000 while the median household income for African-American families was under \$39,500.<sup>54</sup> Pregnancy and parental leave advocacy that focuses on obtaining only “job-protected” leave ignores the financial realities of many working mothers.<sup>55</sup> Leave laws and policies that provide minimal or no financial coverage or only partial wage replacement are beneficial only to women who have a second source of income in the home or who have been able to bank sufficient savings or vacation to “afford” to take time off.<sup>56</sup> Many working mothers face financial precariousness if they take insufficiently paid leave. If the social norm is that mothers take their hard-won leave, women who do not take leave (because they cannot) may endure social condemnation as “bad mothers.”<sup>57</sup> Faced with such a lose-

---

<sup>51</sup> For summaries of these critiques, see Shields *supra* note 44 at 302–304; Cole *supra* note 43 at 170–171.

<sup>52</sup> Mackinnon, *Reflections supra* note 5, at 1287 (“Why should anyone to have to be like white men to get what they have, given that white men do not have to be like anyone except each other to have it?”). Crenshaw makes a similar point: “Black women...can receive protection only to the extent their experiences are recognizably similar to those whose experiences tend to be reflected in antidiscrimination doctrine,” *supra* note 49 at 152.

<sup>53</sup> U.S. Census Bureau, *Current Population Survey: 2017 Annual Social and Economic (ASEC) Supplement*, Nov. 15, 2017.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> In the United States, the Family and Medical Leave Act of 1993 provides up to 12 weeks of job-protected unpaid leave for eligible employees. 29 U.S.C. §2601.

<sup>56</sup> In the absence of federal action, various US states have provided for maternity leave with varying degrees of compensation. For an overview of state laws, see National Conference of State Legislatures, *State Family and Medical Leave Laws*, July 9, 2016 available at <http://www.ncsl.org/research/labor-and-employment/state-family-and-medical-leave-laws.aspx>. Similarly, many companies have voluntarily provided maternity leave to employees, often with varying degrees of compensation depending on an employee’s rank and employment status. Such policies have been criticized for excluding those women who would most benefit. See, e.g., Ashley May, *Paid Family Leave is an Elite Benefit in the U.S.*, USA TODAY, May 18, 2017.

<sup>57</sup> The public disapproval of then French Justice Minister Rachida Dati’s return to work five days after giving birth is a high-profile example of this condemnation. See *Une majorité de Français désapprouve le retour au travail très rapide de Rachida Dati*, LE MONDE, Jan. 11, 2009. In addition to social condemnation, mothers with limited financial resources often face increased scrutiny from social services agencies. See Emma S. Ketteringham, *Live in a Poor Neighborhood? Better Be a Perfect Parent*. THE NEW YORK TIMES, Aug. 22, 2017.

lose choice, mothers who are not members of the professional, upper-middle class rightly feel excluded from enjoying the full benefit of these “women’s” rights.<sup>58</sup>

At the other end of the financial spectrum, by their very nature, diversity initiatives to increase women’s representation of boards of directors confer direct benefits on only a fraction of women. While the social class distinction is largely unavoidable, the question becomes what other social identities confer majority status within the small sub-group of elite women who might reasonably be considered for board positions. Some amount of heterogeneity remains with respect to those demographic characteristics that existing board directors find salient. In addition to race/ethnicity, dimensions of diversity that existing directors use to categorize new directors include age and educational background.<sup>59</sup> Faced with a legal obligation or other external pressure to include women, boards may succumb to in-group preference by selecting only those women who are *least* different from existing board members, meaning white women over the age of 60 with elite educational backgrounds.<sup>60</sup> Poorly-designed gender quotas or diversity initiatives operate to exclude non-“majority” women from the full benefit of these reforms. Laws and policies that focus solely on obtaining board seats for “women,” without concurrent measures to improve boards’ diversity beliefs<sup>61</sup> or legal adoption of limits on the number of board mandates one person may hold, result in a tiny fraction of the pool of qualified women sitting on multiple boards.<sup>62</sup> Women who are otherwise qualified for board service rightly feel excluded from the progress of the law.

#### *Ideal Feminine Attribute Norms*

While group and sub-group characterizations of women, may have harmful effects on women generally or on women who are members of specific social groups, group characterizations also harm individual women. Gender norms not only confine women

---

<sup>58</sup> Faced with higher rates of poverty, persistent discrimination in the workplace and higher rates of maternal mortality, among numerous other disadvantages as compared to white women, women of color may question whether parental leave can be viewed as a stand-alone issue or whether it is the most pressing issue for advocacy.

<sup>59</sup> The focus here is on factors that correspond to broader social identity categories. Studies show that additional factors such as functional area of expertise, top executive experience and industry background may also be salient dimensions of diversity for members of boards of directors. David H. Zhu, Wei Shen & Amy J. Hillman, *Recategorization into the In-Group: The Appointment of Demographically Different New Directors and Their Subsequent Positions on Corporate Boards*, 59 ADMIN. SCI. Q. 240 (2014).

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Jakob Luring & Florence Villesèche, *The Performance of Gender Diverse Teams: What Is the Relation between Diversity Attitudes and Degree of Diversity?* EUROPEAN MANAGEMENT REVIEW, Dec. 15, 2017.

<sup>62</sup> This result was observed in Norway immediately following adoption of their gender quota laws, with the women serving on multiple boards earning the moniker the “Golden Skirts,” including one who sat on a startling 179 boards. See Anne Sweigart, *Women on Board for Change: The Norway Model of Boardroom Quotas As a Tool for Progress in the United States and Canada*, 32 NORTHWESTERN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW & BUSINESS 81A, 83A (2012).

to specific roles (*what*) they are permitted to do) but also dictate the manner in which women are to perform those roles (*how* they are permitted to be) – not simply care-giving, but care-giving with a smile.

“Women are ... than men.” Assuming care is taken to avoid a stereotype, the way one completes this comparison may reflect a biological difference or a documented gender difference in behaviors, attitudes or personality traits. In either case, the statement is likely an oversimplification and will be untrue for some women and for some men. Psychological and behavioral studies focus on identifying differences between genders to such an extent that difference graduates from having *descriptive* power to having *explanatory* power.<sup>63</sup> The average differences observed in populations of men and women are endowed with the capacity to predict how each woman will be and eventually to dictate how each woman ought to be.<sup>64</sup> This dangerous oversimplification ignores the reality that “there is no single identity category that satisfactorily describes how we respond to our social environment or are responded to by others.”<sup>65</sup>

In the case of pregnancy and parental leave, women’s “maternal” needs and “motherly” desires are homogenized; assuming that all women *want* time off ignores the reality that many women will actually prefer to return to the workplace quickly and to continue working full-time. Women who express such attitudes either are disbelieved and treated as brainwashed victims who have succumbed to the norms of their unforgiving workplace or are scorned and branded as careerists who have chosen professional advancement over their children’s wellbeing. This questioning of a mother’s authentic desire to work outside the home may be a form of projection; mothers who have internalized the caregiver social norm unthinkingly comply with the obligation to remain at home while suggesting that mothers who choose to work unthinkingly comply with an obligation to “get back to work.”<sup>66</sup> Mandatory leave laws entirely erase the possibility that an individual woman might have a contrary desire.

The homogenizing process of gender quotas is more subtle but often equally as effective. When a woman joins a previously all-male board, two parallel processes occur: the board is observing and adapting to the woman and the woman is observing and adapting to the board. From the board’s perspective, research suggests that the woman will initially be categorized as an “other,” a member of the out-group.<sup>67</sup>

From the female director’s perspective, she is seeking to be an effective board member, which requires full integration. The extent to which a woman notices any initial

---

<sup>63</sup> Shields *supra* note 44 at 304-305.

<sup>64</sup> Ibid at 305.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Richard Posner argues that “norm internalization reduces human freedom” in that a person who has fully internalized a norm does not freely make a choice and instead engages in “*unquestioning* obedience.” R. Posner *supra* note 24 at 367.

<sup>67</sup> Zhu et al *supra* note 59.

separateness or unfavorable treatment<sup>68</sup> and the strategies she employs to minimize it will vary based on individual psychological factors.<sup>69</sup> Research indicates that some women are more comfortable when a critical mass of (usually three) female directors is present, while others are comfortable and even proud of their “first and only” woman status.<sup>70</sup> When board quotas are structured to allow a gradual phase-in of parity requirements, first and only status will be more prevalent. The danger with such an outcome is that, without a diversity of parallel experiences, the success narratives told by these women become the blueprint or norm for future women who want to succeed on boards.<sup>71</sup> A failure to recognize that different sensitivities and coping styles exist may lead aspiring women directors to struggle to adopt the “majority” coping model rather than developing coping mechanisms more adapted to their individual styles, negatively impacting the resilience of these women. Even the legitimacy of other styles may be questioned in the same way that the legitimacy of desires other than staying at home with one’s children is questioned.

#### **TAKING ACCOUNT OF DIFFERENCE WITHIN DIFFERENCE**

While unthinkingly designed laws and policies may reinforce gendered roles, ignore the impact of intersectional social identities or devalue psychological differences among women, laws and policies can be crafted to challenge damaging norms and to respect difference within difference.

The design of pregnancy and parental leave laws and policies can challenge gender, social identity and individual attribute norms in several ways. Rather than being mandatory, pregnancy leave based on actual ability to work challenges the myth of pregnant women as fragile and incapable of work and the implicit message that care for the yet-to-be-born child is the woman’s paramount role. The current U.S. approach, which requires employers to provide accommodation or leave to pregnant women only if “similarly-situated” non-pregnant workers have similar benefits,<sup>72</sup> is constrained by U.S. constitutional considerations<sup>73</sup> and is in some ways a vestige of the

---

<sup>68</sup> Research suggests that first-time female directors receive less mentoring from other directors about core board norms than first-time male directors. Michael L. McDonald & James D. Westphal, *Access Denied: Low Mentoring of Women and Minority First-Time Directors and Its Negative Effects on Appointments to Additional Boards*, 56 ACADEMY OF MANAGEMENT JOURNAL 1169 (2013).

<sup>69</sup> See e.g., Elizabeth C. Pinel, *Stigma Consciousness: The Psychological Legacy of Social Stereotypes*, 76 JOURNAL OF PERSONALITY & SOCIAL PSYCHOLOGY 114 (1999); Carol T. Miller & Cheryl R. Kaiser, *A Theoretical Perspective on Coping with Stigma*, 57 J. Soc. Issues 73 (2001).

<sup>70</sup> Lissa Lamkin Broome, John M. Conley, & Kimberly D. Krawiec, *Does Critical Mass Matter? Views From the Boardroom*, 34 SEATTLE UNIVERSITY LAW REVIEW 1049, 1079–1080 (2011).

<sup>71</sup> Considering the likelihood of a small, demographically homogeneous pool of female directors (see discussion *supra*), the potential that female director success narratives do not reflect the full range of women’s sensitivities and coping styles is high.

<sup>72</sup> Pregnancy Discrimination Act of 1978, 42 U.S.C. 2000e(k).

<sup>73</sup> During discussions of pregnancy leave in comparative equality law classes, European students are often baffled by tales of former U.S. colleagues who worked right up to their due dates. The U.S. Supreme Court has found mandatory pregnancy leave to be unconstitutional. *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974).

sameness/difference approaches discussed earlier. Rather than requiring that pregnant women be granted formal equality with similarly-situated non-pregnant workers, the law can be improved by requiring employers to provide paid, job-protected leave specifically to pregnant women in case of demonstrated impairment. This approach recognizes that real biological difference may sometimes, but does not always, lead to a temporary inability to work.

Similarly, leave that is symmetric, compensated and taken at the option of the parent can begin to challenge the various norms surrounding motherhood. The mother as primary caregiver norm can be challenged by providing symmetric rights to fathers so that fathers are allowed and encouraged to care for their children.<sup>74</sup> The working mother as (white) working professional norm can be challenged by providing adequate compensation, which enhances the ability of women from all social classes to benefit. Finally, the mother as enthusiastic caregiver norm can be challenged by allowing women to opt out<sup>75</sup> of all or a portion of the leave; this optional feature signals that other choices are possible and socially acceptable. Gender role, intersectional and individual psychological factors are each taken into account in this design.

The design of board diversity laws and policies can also challenge gender, social identity and individual attribute norms. The stated purpose of seeking board diversity can affect what role women will be expected to play as directors. Rather than implying that female directors add more compassionate voices or otherwise behave differently than male directors, policymakers should emphasize that gender equality is simply the right thing to do.<sup>76</sup> To broaden the pool of women candidates and increase diversity among female directors, measures can be implemented to force or incentivize boards to look beyond the list of usual “least different” suspects. A cap on the number of simultaneous board mandates that a director may hold would prevent the concentration of benefits in the hands of a few women. Similarly, requiring companies to disclose demographic information about all potential directors considered during the search process would pressure boards to engage in more inclusive searches.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> In Iceland, for example, each parent receives a non-assignable three-month maternity/paternity leave period with an additional shared three month period that they may allocate between them as they choose. ACT ON MATERNITY/PATERNITY LEAVE AND PARENTAL LEAVE, No. 95/2000.

<sup>75</sup> The proposal to structure law and policy so that leave is the default position recognizes the pressures that workers may face from employers to forego or shorten their parental leave. Although this proposal does not go as far toward combating the social norm as would an “opt-in” provision, it does preserve employee choice. In either case, monitoring rates of opt-out/opt-in to detect statistical anomalies could allow for corrective action where employer pressure is suspected. For a discussion of the benefits, drawbacks and policy considerations associated with mandatory and non-mandatory parental leave, see Julie C. Suk, *From Antidiscrimination to Equality: Stereotypes and the Life Cycle in the United States and Europe*, 60 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 75 (2012).

<sup>76</sup> Immediately prior to the vote on Norway’s gender quota law the Minister of Trade and Industry stated that he was “sick and tired of the male dominance of business life.” Kristen Carroll, *Norway’s Companies Act: A 10-Year Look at Gender Equality*, 26 PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW 68, 69 (2014).

<sup>77</sup> The current disclosure rules in the United States contain a requirement for companies to disclose whether the company has a policy for identifying diverse director nominees and if so how the policy

Additionally, sensitivity and bias training for sitting board members can reduce the effects of in-group preference.

To allow for a variety of success narratives to emerge potentially increasing the number of women who are capable of being resilient in on male-dominated boards of directors, the number of women on boards must increase. Carefully-designed quotas demonstrably achieve this result by breaking the stagnation of diversity numbers that occurs with soft diversity targets.<sup>78</sup> Nevertheless, phase-in quotas, which allow a transition period for companies to reach the target, permit recruiting from a narrower pool during the first years after their adoption (failing to account for intersectionality); they also create the “first and only” dynamic that generates a uniform coping model (failing to account for variation in individual attributes). Quotas with short transition periods or immediate application would decrease these potential effects.

Victory in the fight for adoption of many of the above measures in the United States will be difficult. Still, the women’s rights movement must adapt and expand its advocacy to take account of the multiple lived experiences encompassed within the notion of womanhood. Legal reforms promoting greater gender equality will be truly inclusive when *all* women can confidently proclaim the authentic words of Sojourner Truth:

*I am a woman’s rights.*<sup>79</sup>

---

is implemented and how its effectiveness is assessed. 17 C.F.R. 229.407(c). In a June 2016 speech, then Chairperson of the U.S. Securities and Exchange Commission indicated that this rule had resulted in mostly vague disclosures with few companies disclosing a formal diversity policy and various definitions of “diversity” being used. She indicated that a more robust rule was needed and preliminary recommendations were in preparation. Mary Jo White, *Keynote Address, International Corporate Governance Network Annual Conference: Focusing the Lens of Disclosure to Set the Path Forward on Board Diversity, Non-GAAP, and Sustainability*, June 27, 2016. Unfortunately, her successor does not appear to have pursued this initiative with great vigor. See Ning Chiu, *Congressional Lawmakers Push SEC Chairman to Focus on Board Diversity Disclosure*, HARVARD LAW SCHOOL FORUM ON CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL REGULATION, July 6, 2017.

<sup>78</sup> This article does not advocate for legal reform mandating gender quotas on boards of US corporations. Should, however, individual companies voluntarily adopt such policies or, as is more common, should trade groups, such as the Conference Board or the National Association of Corporate Directors, or activist shareholders promote policies requiring diverse board representation, the considerations raised in this article should be considered when designing such policies.

<sup>79</sup> Robinson *supra* note 1.

**MAËVA ATCHIAMAN & MAXENCE JABOULET-VERCHERRE**

*Un prénom qui fait mauvais genre*

---



**MAËVA ATCHIAMAN**

*Maëva Atchiaman est actuellement étudiante au sein du Master 2 Droit des personnes et de la famille de l'Université Panthéon-Sorbonne. Cette spécialisation ne l'empêche pas de s'intéresser à d'autres domaines et plus particulièrement au Droit international humanitaire. Elle fait également partie des auteurs ayant participé à la rédaction de l'ouvrage « La recherche scientifique : un droit fondamental ? ».*



**MAXENCE JABOULET-VERCHERRE**

*Maxence Jaboulet-Vercherre est élève-avocat à l'École de Formation du Barreau de Paris et étudiant à Sciences Po Paris en Master Finance et Stratégie. Bien que spécialisé en Droit bancaire et financier, il n'hésite pas à partager une réflexion juridique sur les sujets de société.*

*L'article qui suit a reçu un avis favorable pour publication de la part du Professeur Leroyer, professeur agrégée de l'université Paris-I et directrice des Masters 2 "Personne et famille" et "Droit notarial" de cette université.*

“ - Camille

- C'est un garçon

- Camille, c'est fille et garçon

- Moi, c'est garçon et garçon”

Ce dialogue entre Vincent et Elisabeth, issu de la pièce du théâtre *Le prénom*<sup>1</sup>, démontre que le choix du prénom inclut des considérations de sexe mais aussi que les avis sur le genre attribué à un prénom peuvent diverger. Certains prénoms présentent un certain degré d'ambivalence et sont utilisés tant pour un garçon que pour une fille comme Camille. Il semble que le procureur de la République ait rejeté cette idée pour le prénom Liam.

En l'espèce, des parents ont souhaité prénommer leur fille Liam. L'officier d'état civil a demandé à la mère de choisir un deuxième prénom qui serait plus féminin (et donc en adéquation avec le sexe biologique du nouveau-né). Après son refus de prendre seule une décision d'une telle importance, l'officier d'état civil a avisé le procureur de la République du fait que ce prénom lui paraissait contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette faculté lui est octroyée par l'article 57 du Code civil.

En vertu de ce même article, le procureur a saisi le Juge aux affaires familiales territorialement compétent au motif que Liam était « un prénom usuellement masculin » et que ce choix serait « de nature à créer un risque de confusion de genre. Contraire à l'intérêt de l'enfant, il pourrait lui porter préjudice dans ses relations sociales ».

Trois points concernant l'argumentation du procureur de la République peuvent être soulevés. Tout d'abord, il fait une référence aux usages en matière de prénom. La notion d'usage se définit juridiquement comme des règles d'usage auxquelles les personnes se réfèrent tacitement dans leur acte juridique<sup>2</sup>. C'est donc sur la pratique que la procureur de la République et adopte ainsi une approche factuelle. Ensuite, il est remarquable qu'il n'évoque qu'un risque de préjudice pour l'enfant. Il convient de se questionner sur l'importance de ce risque encouru par l'enfant et si le risque est assez élevé pour demander aux parents de changer le prénom de leur enfant. Enfin, il évoque un “préjudice dans ses relations sociales”, il semble donc mettre le genre au coeur même de la construction des interactions de l'enfant avec les autres.

Mais plus encore, le procureur de la République établit le postulat qu'il existe un lien direct entre sexe biologique et genre. En d'autres termes, en adoptant une telle vision,

---

<sup>1</sup> M. Delaporte et A. de la Patellière, *Le Prénom*, script, p.38.

<sup>2</sup> S. Guinchard, T. Debard, “Usage” in *Lexique des termes juridiques*, 2017, p. 1145-1146.



il considère que le sexe biologique inclut intrinsèquement le développement d'un comportement sexué déterminé. Cette idée vient à l'encontre de l'ensemble de certaines théories sur le genre notamment la théorie *queer* selon laquelle le genre des individus est complètement détaché du sexe biologique des individus<sup>3</sup>.

Deux questions se posent donc : d'une part, un prénom est-il de nature à créer à lui seul une confusion des genres ? et d'autre part, un risque de confusion du genre est-il contraire à l'intérêt de l'enfant ?

Malgré les motifs du procureur, la préconisation de l'adéquation entre le sexe biologique et le genre du prénom (I) et le fait qu'une le non-respect de cette préconisation soit de nature à créer un risque de confusion des genres contraire à l'intérêt de l'enfant (II) peuvent cependant être discutés.

## **I. UNE ADEQUATION PRECONISEE ENTRE LE SEXE BIOLOGIQUE ET LE GENRE DU PRENOM**

Le procureur de la République semble préconiser une adéquation entre le sexe biologique et le genre du prénom, une telle argumentation a vraisemblablement pour fondement le fait que le prénom soit un élément de l'identité sociale de l'individu (A) mais également que le genre soit un élément déterminant dans la construction des rapports entre l'individu et autrui (B).

### **A. Le prénom, élément de l'identité sociale de l'individu**

Au delà de sa fonction juridique d'identification de l'individu, le prénom est également considéré par les psychologues comme étant un "élément intrinsèque du soi privé et social" qui influence à la fois la construction d'interactions sociales avec autrui mais également le premier jugement que les autres se font de l'individu.

Lors du choix du prénom, les parents expriment un choix important par le prénom qu'ils attribuent à leur enfant. Ce choix peut d'ailleurs être motivé par de multiples motifs. La volonté de rendre hommage à une personne, qu'elle soit de la famille, une connaissance ou une célébrité en est un. Mais la perception que les autres auront du prénom est souvent un élément déterminant. En premier lieu, l'aspect esthétique est souvent important pour les parents. Cependant, la prise en compte de l'esthétisme n'est pas pris en compte de la même manière par les parents dans le cas où le nouveau-né est une fille ou un garçon. Des études menées par Otta<sup>4</sup> montrent que la sonorité du prénom est davantage prise en compte dans le cas où l'enfant serait une fille, alors que dans le cas où l'enfant serait un garçon des considérations d'honneur et d'hommage

---

<sup>3</sup> Judith Butler, *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*, trad. de l'américain par C. Kraus. Paris, Éd. La Découverte, 2005.

<sup>4</sup> Otta E. (1997): "Assigning a name to a child: Gender differences in two overlapping generations", *The Journal of Psychology*, 131, p. 133-142 cité dans Gueguen, Nicolas, Maya Dufourcq-Brana, et Alexandre Pascual. « Le prénom : un élément de l'identité participant à l'évaluation de soi et d'autrui », *Les Cahiers Internationaux de Psychologie Sociale*, vol. numéro 65, no. 1, 2005, pp. 33-44.

priment. C'est la raison pour laquelle le prénom Mohammed pour un enfant dont le nom était Merah avait été refusé à des parents en novembre 2016. L'association de ces noms et prénoms aurait en effet pu montrer un hommage pour un criminel tristement célèbre, contraire à l'intérêt de l'enfant.

En second lieu, l'aspect social importe souvent aux parents. Le prénom est souvent l'un des premiers contacts avec nos pairs et peut être révélateur d'une origine sociale ou géographique par exemple.

Enfin, il est vrai que le prénom qui est porté par l'individu est de nature à donner des indications sur son sexe ou sur son genre lorsque les deux sont disjoints. L'hypothèse la plus illustratrice est celle des personnes transexuelles, pour qui le changement de prénom est une manière d'affirmer l'appartenance à l'autre sexe et le rejet de leur sexe de naissance. Cette corrélation entre sexe juridique et prénom se retrouve dans la loi J21<sup>5</sup> dans la mesure où cette législation a permis de faciliter le changement de sexe juridique et a facilité le changement de prénom dans le même temps. Prénom et sexe juridique semblent donc étroitement liés.

Aujourd'hui, c'est le genre qui semble conduire à une distinction entre les prénoms. Cependant, sous la Rome antique, le choix du prénom permettait de déterminer le sexe de l'individu duquel découlait l'existence de droits propres au sexe. En effet, il revenait au père de choisir le prénom de l'enfant, ce choix symbolisait la reconnaissance de l'enfant par le père au cours du « *dies lustricus* » et lui attribuait une place particulière au sein de la société<sup>6</sup> mais il définissait également s'il s'agissait d'un garçon ou d'une fille<sup>7</sup>. En effet, dans le cas où l'enfant était de sexe féminin, ce dernier prenait le prénom du père féminisé. Cependant, il est possible de comprendre cette importance du genre dans une société aussi hiérarchisée que la société romaine où les droits des femmes n'existaient pas.

#### B. Le genre, élément déterminant dans la construction des rapports interpersonnels

Pour justifier sa demande de suppression du prénom Liam, le procureur de la République soutient que le genre du prénom "usuellement masculin" serait de nature à être préjudiciable dans la construction des rapports de l'enfant avec d'autres individus. Il érige donc le genre en élément déterminant - ou à tout le moins central - de la construction des relations interpersonnelles. Une telle conception s'inscrit dans

---

<sup>5</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>6</sup> L. Poznanski, A propos de la collaboration du nom dans la Rome antique *in* Revue de l'histoire des religions, tome 194, n°2, 1978, pp. 113-127, p. 121.

<sup>7</sup> Dans le cas d'un enfant né avec une ambiguïté sexuelle, c'est à l'occasion du *dies lustricus* que le père définissait le « vrai sexe » de l'enfant et son appartenance au sexe féminin ou masculin.

l'idée selon laquelle le genre se construit<sup>8</sup> en établissant à la fois des “identités” et des “dispositions sexuées, c'est-à-dire des manières durables d'agir, de penser et de percevoir, socialement codées comme féminines ou masculines et attendues d'un sexe plus que de l'autre.”. En d'autres termes, l'enfant naît avec un sexe biologique et de ce sexe va découler une éducation genrée consciente ou non. Cette éducation genrée se fait en fonction du sexe de naissance de l'enfant sans prise en considération du ressenti de l'enfant.

La célèbre citation de Simone de Beauvoir “on ne naît pas femme, on le devient”, illustre parfaitement le fait que le genre passe par un apprentissage spécifique attribuant des comportements stéréotypés à chacun des sexes en leur attribuant un modèle. Cette construction n'est pas propre au “deuxième sexe” puisque que, comme le souligne Elisabeth Badinter dans son ouvrage *XY, de l'identité masculine*<sup>9</sup>, les hommes sont soumis aux mêmes exigences.

L'ensemble des individus d'une même société étant baignés dans cet univers genré, ils attendent d'autrui un certain comportement en fonction de son sexe de naissance. En effet, il est fréquent, face à un individu présentant un aspect masculin mais arborant des “vêtements féminins” et adoptant des “attitudes féminines”, de se demander s'il s'agit d'un homme ou d'une femme !

En évoquant la possibilité d'une confusion des genres, le procureur de la République considère que le prénom avec une connotation masculine serait de nature à faire provoquer une attente chez autrui qui serait en contradiction avec la vérité biologique.

Par ailleurs, il est notable qu'un tel point de vue paraît exclure la possibilité pour l'enfant de s'autodéterminer et de ne pas être enfermé dans des stéréotypes sociétaux. Certains auteurs comme John Holt soutiennent cette théorie et considèrent qu'il faut laisser une autonomie totale à l'enfant. Si une telle autodétermination peut être extrême, la suppression d'une éducation genrée dans les premières années de la vie de l'enfant serait de nature à permettre un meilleur épanouissement de l'individu.

Si l'adéquation le prénom et le genre sont tous deux particulièrement important pour la construction sociale de l'individu, le fait que l'inadéquation entre le sexe biologique et le genre du prénom serait de nature à entraîner une confusion des genres contraire à l'intérêt de l'enfant demeure discutable (II).

---

<sup>8</sup> Sociologie des enfants, Martine Court, V Enfances au féminin, enfances au masculin, éditions La découverte, 2017.

<sup>9</sup> E. Badinter, *De l'identité masculine*, Odile Jacob (éd.), 1992.

## **II. UNE INADEQUATION ENTRE LE SEXE BIOLOGIQUE ET LE GENRE DU PRENOM SOURCE D'UNE CONFUSION DU GENRE CONTRAIRE A L'INTERET DE L'ENFANT**

Force est de constater que la notion d'intérêt de l'enfant est une notion entourée de flou qui vient limiter la liberté des parents de choisir le prénom de l'enfant (A). Dans la mesure où le prénom ne semble pas un élément déterminant du genre de l'enfant (B), la contrariété d'une confusion de genre à l'intérêt de l'enfant semble absente.

### **A. L'intérêt de l'enfant, limite floue à la liberté des parents**

L'article 57 du Code civil indique deux limites à la liberté de choix des parents : la méconnaissance du droit des tiers et la contrariété à l'intérêt de l'enfant. Si la méconnaissance du droit des tiers consiste principalement à l'utilisation d'un nom patronymique comme prénom, la contrariété à l'intérêt de l'enfant est une notion plus protéiforme en partie en raison de son caractère très factuel.

Ce caractère explique d'ailleurs qu'en la matière, l'appréciation des juges du fond soit souveraine. Le prénom "Gilou" a ainsi pu être refusé, considéré comme trop enfantin<sup>10</sup>. A l'inverse, le prénom "Zébulon" a pu être accepté<sup>11</sup>.

Cette appréciation très factuelle et casuistique participe à la complexité de la délimitation de la notion de l'intérêt de l'enfant. Au sein de la jurisprudence, il est possible de noter que les juges utilisent, dans certaines espèces, la notion d'intérêt de l'enfant et dans d'autres plus récentes celle d'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, dans un arrêt de 2012, la Cour de cassation a jugé que le prénom Titeuf avait pu être refusé en raison de sa contrariété à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>12</sup>. Tandis que le premier est issu du droit interne et plus particulièrement du code civil<sup>13</sup>, le second est issu de la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989. L'intérêt supérieur de l'enfant ferait la promotion d'une supériorité totale de l'intérêt de l'enfant, notamment vis-à-vis de l'intérêt général. En matière de prénom, ces considérations doctrinales ont cependant peu de portée. Pour autant, certains considèrent même que cette notion revêt un certain flou conceptuel<sup>14</sup> qui la rend difficilement cernable et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique.

L'intérêt de l'enfant peut cependant être expliqué en des termes très simples : il s'agit de juger ce qui est favorable à l'enfant. Un prénom contraire à l'intérêt de l'enfant lui serait donc particulièrement défavorable. Il s'agit donc d'un cas où le choix des parents,

---

<sup>10</sup> CA Lyon, 3 mars 1981, RTD civ, 1981 p. 831.

<sup>11</sup> CA Besançon, 18 novembre 1999, D. 2001, IV, 2655.

<sup>12</sup> Cass. 1e civ., 15 février 2012, Bulletin civ I N°32.

<sup>13</sup> Par exemple l'article 373-2-1 du Code civil.

<sup>14</sup> G. Lebreton, "Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit français", CRDF, n°2, 2003, p.77-86.

suyant pourtant ce qu'ils considèrent comme l'intérêt de leur enfant, est remis en cause, d'abord par l'officier d'état civil, puis le ministère public et enfin par le Juge au affaires familiales pour protéger l'enfant d'une décision qui lui sera appliquée. Cette protection justifie le caractère très factuel du contrôle, assurant la souveraineté de l'appréciation des juges du fond en la matière. Cependant, considération subjective, la contrariété à l'intérêt de l'enfant peut parfois se fonder sur des considérations particulièrement discutées telles que la confusion de genre que nous avons évoqué évoqué en amont.

Il semble impossible de nier que le prénom joue un rôle dans les relations que l'enfant entretient avec les autres, cependant, il nous semble excessif de le considérer comme le critère prépondérant de la détermination du genre (B).

#### B. L'insuffisance du prénom dans la détermination du genre de l'enfant

La demande de suppression d'un prénom "usuellement masculin" attribué à une personne de sexe féminin semble ériger le prénom en élément fondamental de la caractérisation du genre. Cependant, il semble que dans la construction complexe du genre d'un individu, la place du prénom soit en réalité assez réduite.

En effet, si les facteurs de cette construction sont assurément multiples, plusieurs se distinguent comme fondamentaux. C'est le cas de la famille qui influence le genre de l'enfant en raison de reproduction sociales mais également de réactions et d'injonctions<sup>15</sup>. Le comportement des parents semble également différer selon le sexe de l'enfant, attribuant des qualités différentes, percevant différemment des comportements identiques, ou exigeant des tâches domestiques différentes<sup>16</sup>.

De même, l'environnement matériel des enfants a une influence sur le genre. Les vêtements, jouets et autres objets du quotidien de l'enfant, choisis par les parents, sont très souvent genrés et participent à la construction du genre.

Les loisirs sont également "différenciés et différenciateurs"<sup>17</sup> puisqu'ils sont polarisés selon le sexe de l'enfant dans leur écrasante majorité et participent du genre : ils sont ce que l'on attend qu'un enfant de tel sexe fasse ou pas.

Depuis la loi J21 de novembre 2016, un mouvement de détachement entre le sexe biologique et le genre de l'individu semble se dessiner. Depuis cette loi les personnes transexuelles n'ont en effet plus l'obligation de subir une opération de chirurgie modifiant durablement leurs organes sexuels afin de changer de sexe à l'état civil. Le changement biologique par le biais d'une opération de chirurgie devient donc une

---

<sup>15</sup>Martine Court, *Sociologie des enfants*, V Enfances au féminin, enfances au masculin, éditions La découverte, 2017, p.90.

<sup>16</sup> *ibid*, p.91-92.

<sup>17</sup> *ibid*, p.99.

simple possibilité. Une telle faculté laissée aux personnes transsexuelles démontre que le sexe biologique n'est plus nécessairement en lien direct avec le sexe juridique inscrit à l'état civil de la personne. Le genre prend donc toute son importance puisque c'est en fonction du comportement adopté que le sexe juridique pourra être déterminé. Toute la dimension de "construction sociale" du genre, de ce "sexe social" apparaît. Le prénom bien qu'il ait une importance ne suffit pas à attribuer un genre à l'individu. Enfin, pour continuer le parallèle avec les personnes transsexuelles, il est remarquable qu'aucune obligation de changement de prénom ne pèse sur elles lors du changement de sexe biologique.

En conclusion, si l'adéquation le prénom et le genre sont tous deux particulièrement important pour la construction sociale de l'individu, le fait que l'inadéquation entre le sexe biologique et le genre du prénom serait de nature à entraîner une confusion des genres contraire à l'intérêt de l'enfant demeure particulièrement discutable. Dans le cas d'espèce, le prénom Liam ne paraît pas présenter un rattachement au sexe masculin aussi fort que "Robert" ou "Paul" malgré sa popularité croissante. On peut donc douter particulièrement du risque de confusion de genre provoqué par ce prénom.

**MARIE-AIMEE PEYRON**

*Les avocates vers un féminisme de conquête*

---



***MARIE-AIMEE PEYRON***

*Marie-Aimée PEYRON a effectué des études de droit (Maitrise « Carrières judiciaires » à Assas) et prête serment le 20 décembre 1989. Elle entre au Cabinet de Jean-Bernard THOMAS (SCP THOMAS et Associés) au sein du département « Contentieux, Affaires et Social et y demeurera de 1989 à 1996, comme collaboratrice puis comme associée. Par la suite, elle entrera au sein de la SCP NATAF et FAGENBAUM (1996 à 1997) puis rejoindra, en 1998, le Cabinet fondé par Christian HAUSMANN. Elle devient associée au sein de la SELARL HAUSMANN-Cabinet SQUIRE PATTON BOGGS, en charge du département « Contentieux-Arbitrage » depuis le 1er janvier 1998.*

*Parallèlement, Marie-Aimée PEYRON sera successivement membre de la Commission permanente de l'Union des Jeunes Avocats de Paris (UJA) dont elle deviendra la Présidente en 1995, puis Vice-Présidente d'honneur ; Vice-Présidente de la Fédération de l'Union des Jeunes Avocats de 1996 à 1999, puis membre d'honneur ; élue membre du Conseil de l'Ordre des avocats de Paris en 2002. A ce titre, elle se verra confier la « Commission Déontologie » et assurera les fonctions de « Secrétaire du Conseil de l'Ordre. Elle sera également élue membre du Conseil National des Barreaux (CNB) de 2006 à 2008, Vice-Présidente élue du*

*CNB de 2009 à 2010, et secrétaire du CNB de 2015 à 2017.*

*Elle est aujourd'hui, depuis le 1er janvier 2018, Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris lequel compte près de 30.000 avocats.*

Le 10 décembre 1948, les 58 États Membres qui constituaient alors l'Assemblée Générale des Nations Unies adoptaient la « Déclaration Universelle des Droits de l'Homme » à Paris, au Palais de Chaillot.

Aux termes de l'article 2-1 de cette Déclaration, il est affirmé sans la moindre réserve ni la moindre ambiguïté que les droits et les libertés qui y sont consacrés revêtent un caractère universel, fustigeant ainsi toute distinction, notamment celle à raison du sexe.

Hernán Santa Cruz du Chili, membre du sous-comité de rédaction, écrit :

*« J'ai eu le sentiment très clair que je participais à un événement d'une portée vraiment historique au cours duquel un consensus s'était fait sur la valeur suprême de la personne humaine, une valeur qui n'a pas trouvé son origine dans la décision d'une puissance de ce monde, mais plutôt du fait même de son existence qui a donné naissance au droit inaliénable de vivre à l'abri du besoin et de l'oppression et de développer pleinement sa personnalité. Il y avait dans la grande salle...une atmosphère de solidarité et de fraternité authentiques entre des hommes et des femmes de toutes latitudes, une atmosphère que je n'ai jamais retrouvée dans une quelconque instance internationale ».*

Si nous ne pouvons que nous féliciter d'évènements tels que l'adoption de la « Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », force est de constater l'existence de résistances s'agissant de l'avènement de la parité Hommes/Femmes.

Egalité, équité, parité...

Trois concepts dont le contenu diffère.

L'égalité englobe celle des chances.

L'équité tend à corriger les inégalités afin d'aboutir à l'égalité des chances.

La parité induit que chaque sexe doit être représenté à égalité.

Elle est un instrument au service de l'égalité.

Et c'est sans doute là que se niche la difficulté.



## *Les avocates vers un féminisme de conquête*

Nous convoquons la parité Hommes/Femmes, ce qui suppose que tout doit être mis en œuvre afin que l'égalité soit enfin une réalité.

Cette mise en œuvre se heurte à une culture et à des traditions fortement enracinées et que nous peinons à faire évoluer.

Il suffit pour s'en convaincre de nous remémorer le nombre de textes ayant trait à la parité Hommes/Femmes.

Neuf textes normatifs ont été nécessaires afin d'instaurer la parité en politique :

Le premier remonte à l'ordonnance du 21 avril 1944 qui énonce que les femmes sont électrices et éligibles dans les mêmes conditions que les hommes.

La loi du 4 août 2014 institue, quant à elle, l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, prônant le principe d'égal accès aux responsabilités politiques et à tous les secteurs de la vie sociale, et, renforçant la lutte contre les violences faites aux femmes.

Une loi précédée par la loi Roudy du 13 juillet 1983 destinée à lutter contre la discrimination envers les femmes sur l'accès à l'emploi et un salaire égal.

Le plafond de verre dont nous déplorons la persistance au sein de notre société affecte la profession d'avocat.

Un constat d'autant plus sujet à réflexion que le Barreau de Paris est composé à cinquante-quatre pour cent de femmes.

Les femmes intègrent des petites structures spécialisées en droit de la famille, en droit social.

Elles sont encore insuffisamment associées dans des cabinets dits d'affaires, et y restent en qualité de collaboratrices.

Les chiffres nous parlent :

Les femmes représentent trente-deux pour cent des associés, vingt pour cent seulement d'entre elles sont associées au sein des cabinets internationaux.

En revanche, la proportion de collaboratrices se monte à soixante pour cent...

A compétence et expertise égales, leur rémunération est inférieure en moyenne de cinquante pour cent à leurs homologues masculins.

C'est dire qu'un fossé sépare l'égalité juridique de l'inégalité de fait.

Et pourtant, la France n'a guère appréhendé, contrairement aux Etats-Unis, le concept de discrimination positive qui tend à mettre en œuvre des inégalités de traitement favorables à certaines catégories défavorisées.

Notre objectif consiste à raisonner de manière positive, en terme de réformes égalitaires, sans perdre de vue un seul instant que les femmes sont des êtres humains à part entière et ne constituent nullement une catégorie induisant de facto la notion même de discrimination.

C'est en amont qu'il convient de rechercher les facteurs de blocage.

Des facteurs de blocage dont nous pouvons facilement imaginer qu'ils résultent d'une forme de déterminisme lié à notre éducation.

Il s'agit donc de faire évoluer les mentalités dès l'enfance, au sein de la famille, de l'école, des collègues, de mettre fin aux stéréotypes.

Les hommes pratiquent la censure, les femmes l'autocensure.

Dès 1897, le sociologue Émile Durkheim a souligné que la division entre hommes et femmes n'était pas réductible à une différence biologique.

Il est allé jusqu'à remettre en cause le dualisme même en lui trouvant des causes historiques qui ont « *déterminé les sexes à se séparer et à former en quelque sorte deux sociétés dans la société* ».

Nous ne pouvons qu'abonder dans ce sens.

C'est précisément dans cet esprit que le Barreau de Paris a initié de nombreuses actions destinées à réduire la fracture existante.

Lors d'un récent colloque « *Violences, sexisme, inégalités : briser les tabous et agir pour les droits des femmes* », le Barreau de Paris a présenté un grand nombre de réformes destinées à mettre fin aux comportements déviants au sein de la profession d'avocat.

Un plan d'action a été adopté à l'unanimité, le 6 mars dernier, par le Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris.

Ce plan d'actions a pour objectif de prévenir les agissements contraires à l'égalité, inciter les cabinets à la développer, sanctionner tout manquement.

Des formations ont été mises en place afin de sensibiliser la profession et notre Règlement Intérieur s'est étoffé d'un principe « *Egalité* », les termes de harcèlement, de discrimination et d'agissements sexistes ayant été intégrés dans ce qui constitue la norme à respecter.

Bien évidemment, le Barreau de Paris s'est ému de ce que les avocates victimes de discriminations et de harcèlements sexuels ne libèrent pas leurs paroles.

*Les avocates vers un féminisme de conquête*

Nous avons créé un référent « harcèlement et discrimination » tant à l'Ecole de Formation du Barreau qu'au sein de l'Ordre, aux côtés de la Commission ordinale « Egalité et lutte contre les discriminations et le harcèlement ».

Nous organiserons prochainement les Assises de l'Egalité à Paris.

Alors même que les avocats sont garants de l'Etat de droit et des principes essentiels de notre Démocratie, il est essentiel que leur combat consiste également à éradiquer, en leur sein, tout comportement de nature à laisser perdurer les inégalités, les violences sexistes et sexuelles.

Nous rappelant sans cesse que « *Ce qui nous rassemble est plus fort que ce qui nous divise* ».

**CHORALYNE DUMESNIL**

*Application de l'article 611-1 du code pénal portant sur la contravention de « pénalisation des clients de personnes prostituées »<sup>1</sup>*

---



**CHORALYNE DUMESNIL**

*Choralynne Dumesnil est Docteure en Droit et Avocate au Barreau de Paris. Ses domaines de compétence sont le droit de la propriété intellectuelle et le contentieux des violences sexuelles et conjugales. Sa thèse doctorale sur « Des enseignements juridiques de l'Inde : voyage au-delà du miroir du droit, Réflexions issues de l'observation du brevetage en Inde dans le secteur pharmaceutique » a été soutenue après une année d'étude à Harvard Law School. Elle enseigne un cours portant sur le traitement judiciaire des violences sexuelles (en anglais) au sein du Cycle Pluridisciplinaire d'Études Supérieures de Paris Sciences et Lettres.*

Le 3 octobre 2017, cinq hommes ont comparu devant le Tribunal de Police de Fontainebleau, poursuivis sur le fondement de la contravention visée à l'article 611-1 du code pénal.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ces termes ne figurent pas dans la loi, ni dans le code pénal, mais dans les travaux des commissions parlementaires.

<sup>2</sup> Article 611-1 code pénal : « *Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe.* », ajouté au code pénal par la loi n°2016-444 du 13 avril 2016 « *visant à renforcer la lutte contre le système*

*Application de l'article 611-1 du code pénal portant sur la contravention de « pénalisation des clients de personnes prostituées »*

Je représentais l'association les *Équipes d'Action Contre le Proxénétisme*<sup>3</sup>, qui se constitua partie civile dans ces cinq dossiers.

Les cinq prévenus ont été interpellés au printemps 2017 par les services de police dans la forêt de Fontainebleau. Ces derniers ont relevé leur identité et leur ont posé les questions suivantes : « *Reconnaissez-vous avoir sollicité/accepté une prestation sexuelle tarifée auprès d'une personne prostituée que vous me dites se nommer Madame (...). Quelle somme lui avez-vous remise et quel rapport sexuel avez-vous eu ?* ».

Chacune des femmes a été interrogée lors de l'interpellation des prévenus, leurs identités ont été relevées et la question suivante leur a été posée : « *Quelle somme d'argent vous a remis Monsieur (...) en échange de quelle prestation sexuelle ?* ». Chacune a répondu en indiquant « *30, 40 ou 50 euros* » et « *fellation* » ou « *l'amour* ».

Les trois hommes qui, devant le Tribunal, reconnurent avoir commis ce pourquoi ils étaient poursuivis, furent condamnés. Les deux hommes qui nièrent furent relaxés. Injustice **(I)**.

La constitution de partie civile de l'association *Équipes d'Action Contre le Proxénétisme* a été déclarée irrecevable en raison de l'absence de l'article 611-1 du code pénal parmi les infractions visées à l'article 2-22 du code de procédure pénale. Cette irrecevabilité de la constitution de partie civile des *Équipes d'Action Contre le Proxénétisme* invite à l'analyse du fondement de la modification de cet article **(II)**.

### **I. DE L'AUDIENCE AUX JUGEMENTS**

Les cinq comparutions auxquelles j'ai assisté devant le Tribunal **(1)** ont donné lieu au prononcé de jugements dont la comparaison révèle l'incohérence non justifiée du Tribunal **(2)**.

#### 1. Les cinq comparutions devant le Tribunal

À la barre, le premier prévenu reconnut les faits. Il se présenta en insistant sur le sentiment de culpabilité qu'il ressentait en se présentant devant ce tribunal, en présence d'une foule dont il a précisé sentir la lourde présence.

Son avocat insista : « *Vraiment, il est désolé, il a terriblement honte de se présenter devant le tribunal* ».

---

*prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées* ». Les termes utilisés par cet article nécessiteraient des analyses et commentaires que cet article ne permet pas d'accueillir.

<sup>3</sup> Association créée en 1959, et reconnue d'utilité publique en 1970.

*Application de l'article 611-1 du code pénal portant sur la contravention de « pénalisation des clients de personnes prostituées »*

Trois heures plus tard, la Présidente du Tribunal de police dispensa de peine cet homme en prononçant la formule suivante :

*« Attendu qu'il résulte des débats de l'audience et des pièces versées à la procédure que Monsieur a bien commis les faits qui lui sont reprochés, il convient de l'en déclarer coupable et de prononcer une dispense de peine (article 132-59 du code pénal). »*

Le deuxième prévenu qui fut appelé à la barre avait refusé d'être assisté par un avocat. Il reconnut également les faits : *« Le soir, en rentrant du travail, (il) s'arrête dans le bois »*. Il ajouta : *« En raison de cette procédure, ma femme est au courant, elle a vu la lettre du tribunal, depuis elle est en colère et nous allons divorcer. J'ai deux enfants en bas âge. C'est terrible cette procédure. »*

Trois heures plus tard, la Présidente du Tribunal de police le condamna en prononçant la formule suivante :

*« Attendu qu'il résulte des débats de l'audience et des pièces versées à la procédure que Monsieur a bien commis les faits qui lui sont reprochés, il convient de l'en déclarer coupable et d'entrer en voie de condamnation à son encontre, en l'obligeant à accomplir un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels dans un délai de 6 mois à titre de peine principale, à ses frais (180,00 euros). »*

Le troisième prévenu qui fut appelé à la barre était assisté d'un avocat. Il nia avoir commis ce pourquoi il était poursuivi et maintint l'explication qu'il avait donnée aux services de police lors de son interpellation.

Il indiquait être entré en contact avec *« Madame [...], sise Bois de Fontainebleau, énième arbre, Xième virage »*.

Cependant, il précisa : *« (Il) n'entendait pas vraiment procéder à quoique ce soit avec Madame, (il) souhaitait simplement avoir des conseils, en raison de difficultés rencontrées avec son épouse depuis plusieurs mois, après la naissance d'un enfant. »*

Son avocat insista sur *« l'émotion »* ressentie par son client en raison de sa convocation devant ce tribunal, et ajouta que ce dernier regrettait s'être rendu sur le lieu de son interpellation, quoi qu'il maintint avoir seulement donné de l'argent à *Madame* mais n'avoir pas procédé à *« quoi que ce soit »*.

Trois heures plus tard, la Présidente du Tribunal de police le condamna, *« sur les mêmes fondements que le précédent »*.

Les deux derniers prévenus qui furent appelés à la barre nièrent avoir commis ce pourquoi ils étaient renvoyés devant le tribunal de police.

*Application de l'article 611-1 du code pénal portant sur la contravention de « pénalisation des clients de personnes prostituées »*

Le quatrième affirma se promener en forêt, « à la recherche de bois de cerfs », lorsque les services de police procédèrent à son interpellation. Devant le tribunal, se présentant sans l'assistance d'un avocat, il insista : « *Cette procédure est insoutenable, si on ne peut même plus se promener tranquillement en forêt, où va-t-on ?* ».

Pourtant, les services de police l'avaient bien interpellé sortant du bois aux côtés de Madame (...), qui fut interrogée et affirma aux services de police avoir reçu 30 euros de la part de Monsieur, qui voulait une fellation.

Le dernier affirma : « *A l'arrivée des services de police, je n'avais encore rien fait ce jour-là.* »

Selon ces deux prévenus, les services de police avaient fait une erreur et les femmes interrogées mentaient.

Trois heures plus tard, la Présidente du Tribunal de police relaxa ces deux prévenus en prononçant la formule suivante :

*« Attendu qu'il ne résulte pas des débats de l'audience et des pièces versées à la procédure que les faits soient imputables à Monsieur ou qu'ils constituent une infraction pénale ou qu'ils soient établis conformément à l'article 541 du code de procédure pénale ».*<sup>4</sup>

## 2. L'incohérence des jugements

Les trois prévenus qui ont reconnu à l'audience ont été déclarés coupables.

Seul l'un d'entre eux a bénéficié d'une dispense de peine. C'est celui qui a indiqué se sentir particulièrement honteux devant le Tribunal.

Les deux prévenus qui ont nié à l'audience ont été relaxés.

La motivation des deux jugements prononcés est fondée sur les débats à l'audience et les pièces versées au débat qui ne permettraient pas d'établir la culpabilité des prévenus.

Les jugements de relaxe ne trouvent leur fondement que dans l'absence de reconnaissance des prévenus à l'audience.

---

<sup>4</sup> Article 541 code de procédure pénale : « *Si le tribunal de police estime que le fait ne constitue aucune infraction à la loi pénale, ou que le fait n'est pas établi, ou qu'il n'est pas imputable au prévenu, il renvoie celui-ci des fins de la poursuite* ».

*Application de l'article 611-1 du code pénal portant sur la contravention de « pénalisation des clients de personnes prostituées »*

Aucune disposition du code pénal ne conditionne la déclaration de la culpabilité des prévenus à leur reconnaissance. La décision ainsi rendue par le Tribunal de police de Fontainebleau est incohérente.

## **II. LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE DE L'ASSOCIATION *ÉQUIPES D'ACTION CONTRE LE PROXENÉTISME***

L'association *Équipes d'Action Contre le Proxénétisme* a été déclarée irrecevable en sa constitution de partie civile, en application de l'article 2-22 du code de procédure pénale **(1)**. L'analyse de la loi du 13 avril 2016 et de l'article 2-22 du code de procédure pénale montre qu'une modification de ce dernier peut être fondée sur l'action sociale en faveur des personnes prostituées et l'accompagnement de celles-ci **(2)**.

### **1. L'irrecevabilité de la constitution de partie civile des *Équipes d'Action* contre le Proxénétisme**

Le tribunal a motivé son jugement d'irrecevabilité en précisant seulement que l'article 611-1 du code pénal ne figure pas parmi les infractions visées à l'article 2-22 du code de procédure pénale.<sup>5</sup>

Par ailleurs, l'article 611-1 du code pénal est issu de la loi « *visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées* ». Ni cet article, ni le titre de la loi ne visent le proxénétisme.

Dans la loi française, l'infraction portant sur « *la pénalisation des clients de personnes prostituées* » ne fait pas partie des instruments juridiques de lutte contre le proxénétisme et la loi française distingue explicitement la « *lutte contre le système prostitutionnel* » de la lutte contre le proxénétisme.

### **2. La modification de l'article 2-22 du code de procédure pénale**

L'article 611-1 du code pénal ne mentionne en lui-même aucun des termes de l'article 2-22 du code de procédure pénale. Par contre, cet article est issu de la loi n°2016-444 du 13 avril 2016 « *visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées* ».

---

<sup>5</sup> Article 2-22 code de procédure pénale : « *Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits dont l'objet statutaire comporte la lutte contre l'esclavage, la traite des êtres humains, le proxénétisme ou l'action sociale en faveur des personnes prostituées peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions réprimées par les articles 224-1 A à 224-1 C, 225- 4-1 à 225-4-9, 225-5 à 225-12-2, 225-14-1 et 225-14-2 du code pénal, lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée. Toutefois, l'association n'est recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la victime. Si celle-ci est un mineur ou un majeur protégé, l'accord est donné par son représentant légal. Si l'association mentionnée au premier alinéa du présent article est reconnue d'utilité publique, son action est recevable y compris sans l'accord de la victime. Toute fondation reconnue d'utilité publique peut exercer les droits reconnus à la partie civile dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves que l'association mentionnée au présent article.* »



*Application de l'article 611-1 du code pénal portant sur la contravention de « pénalisation des clients de personnes prostituées »*

« *L'action sociale en faveur des personnes prostituées* » (article 2-22 code de procédure pénale) correspond à « *l'accompagnement des personnes prostituées* » (Titre de la loi du 13 avril 2016 dont est issu l'article 611-1 du code pénal), aussi l'article 611-1 du code pénal devrait figurer parmi les infractions visées à l'article 2-22 du code de procédure pénale sur ce fondement.

Une telle modification du code de procédure pénale fonderait la recevabilité de la constitution de partie civile de l'association *Équipes d'Action Contre le Proxénétisme*, dont les statuts visent en leur objet « *l'action sociale en faveur des personnes prostituées* ».

---

PRIX

*Sciences Po Law School Annual  
Graduate Conference*

—

*Law and Disruption*

---

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

**TIEN-HSIN WANG**

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

---



**TIEN-HSIN WANG**

*Tien-hsin Wang obtained a double major in law and political science in National Taiwan University, and determined to base her view of law on social science and an international scale. She received influences from American legal studies in Duke Law School, NC, where she completed an LL.M. degree. Endeavoring in researching intellectual property rights, she starts her Ph.D. studies on the convergence of patent law and competition law in Munich, Germany around the start of 2018. She has an extensive and fundamental knowledge on various kinds of intellectual property laws and sui generis intellectual property rights.*

## **INTRODUCTION**

In April, 2018, Facebook CEO Mark Zuckerberg was grilled by members of Congress in the United States Capitol in Washington, D.C. in a series of questions about the company’s best effort to protect privacy and act against Russian interference in the 2016 election. The American magazine *Wired*, made a key report about “the most tumultuous two years of Facebook’s existence,”<sup>1</sup> describing how Zuckerberg put his head in a noose by refusing to define Facebook as a hybrid of news and social media. For the reason that Facebook merely considers itself as “a technology company—one that has built a ‘platform for all ideas’,”<sup>2</sup> it allows the News Feed Algorithm to respond

---

<sup>1</sup> Nicholas Thompson & Fred Vogelstein, *Inside the Two Years That Shook Facebook—and the World*, WIRED (Feb. 12, 2018), available at <https://www.wired.com/story/inside-facebook-mark-zuckerberg-2-years-of-hell/> (last visited Apr. 29, 2018).

<sup>2</sup> *Id.*

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

to what the company deems the most important “kind” of information for the users. However, those contents in the information flow are sometimes cheaply generated by what we called “content farms” and can be intentionally manipulated by data analytics firms, such as Cambridge Analytica.

According to the report by Hannes Grassegger and Mikael Krogerus in 2016,<sup>3</sup> an Assistant Professor at Stanford Graduate School of Business, Michal Kosinski, developed a method called psychometrics to categorize and predict online actions of individuals. Unfortunately, one day Kosinski woke up, found the UK voted to leave the EU, and received emails from friends asking how Cambridge Analytica obtained Kosinski’s methods to analyze people.<sup>4</sup> That is actually everyone’s question: everyone thinks Cambridge Analytica is dangerous, but no one can describe in great detail what it has done. Just the same as what we are facing now: everyone thinks Big Data is an ever-changing and far-reaching technology, but no one exactly knows why intellectual property (IP) laws should play an important part in regulating Big Data. Here, in a downright way, the issue is: is the function of IP laws “disrupted” or “undisrupted” by the News Feed Algorithm?

The insight to answer this question may be obtained from the classical debate, “law of the horse,”<sup>5</sup> between Judge Easterbrook of the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit and Professor Lawrence Lessig: do we have a special need to adjust IP laws specially for Big Data, or we should go back to the basics: what is IP law in general and what kind of role does IP play in the society and cyber-society? Significantly, the News Feed Algorithm is targeting the mass who read the information, while IP laws are about the protection of Big Data companies’ valuable IP assets, such as patent protection for the algorithm.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Hannes Grassegger & Mikael Krogerus, *The Data That Turned the World Upside Down*, MOTHERBOARD (Jan. 28, 2017), [https://motherboard.vice.com/en\\_us/article/mg9vvn/how-our-likes-helped-trump-win](https://motherboard.vice.com/en_us/article/mg9vvn/how-our-likes-helped-trump-win) (last visited Apr. 27, 2018).

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> See Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207 (1996) [hereinafter Easterbrook, *Cyberspace and Horse*]. See also Lawrence Lessig, Commentary, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501 (1999) [hereinafter Lessig, *What Cyberlaw Might Teach*].

<sup>6</sup> An algorithm is defined as “[a]n algorithm's output is the solution to the problem the algorithm has been designed to answer.” For what is an algorithm, see generally Matthew Adam Bruckner, *The Promise and Perils of Algorithmic Lenders' Use of Big Data*, 93 CHI.-KENT L. REV. 3, 7-11 (2018). For a succinct distinction between a program and an algorithm, Professor Philip Leith defines it simply as:

Program = Algorithm + Data Representation. See PHILIP LEITH, *SOFTWARE AND PATENTS IN EUROPE* 44 (2007).

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

For example, Zuckerberg was asked by Senator Lindsey O. Graham if he considers Facebook as a monopolist.<sup>7</sup> Under the premise of the Facebook having a dominant position in the relevant market, is it possible for a court to issue an order determining Facebook should share the information its algorithm in order to foster competitors’ ability to compete with Facebook? Furthermore, Senator Richard Blumenthal accused Facebook of violating the Federal Trade Commission’s consent decree because it transferred user information to Cambridge Analytica.<sup>8</sup> Does the Federal Trade Commission have the right to entail Facebook to disclose certain information that is protected by trade secrets laws based on transparency requirements? Another phenomenon is very intriguing: Big Data companies usually desire high protection of their algorithms, but content farm firms usually do assign high value to the contents they produce. As Senator John Cornyn asserts, Facebook is *de facto* “responsible” for the contents on its platform,<sup>9</sup> does it mean that under special circumstances, the right of copyright holders who produce the content will automatically shift to Facebook?

All the issues have the same concern: does public law have the supremacy to “disrupt” private property protection?

## **FAKE NEWS, THE NEWS FEED ALGORITHM, AND THE HARM**

### **What Is Fake News?**

Although the President of U.S., Donald Trump unflaggingly uses this term to repine mainstream news media’s belittling him through inadequate coverage of his whole doings,<sup>10</sup> the term commonly refers to factually inaccurate stories or spurious information.<sup>11</sup> The term “content farms,” usually refers to online self-publishing platforms who provide articles written by a large pool of freelancers to attract maximum traffic. The freelance articles offer a variety of information, such as common sense, casual introduction of knowledge, summary of new events, personal opinions, gossips, conspiracies, and also common misconceptions, which altogether do not necessarily intend to initiate political support of certain ideologies. On the other hand, fake news farms usually fabricate confusing stories resembling credible journalism with apocryphal descriptions and conclusions. Overuse may render the term

---

<sup>7</sup> Jennifer Rubin, *9 takeaways from Zuckerberg’s testimony before Congress*, THE WASHINGTON POST (Apr. 10, 2018), [https://www.washingtonpost.com/blogs/right-turn/wp/2018/04/10/zuckerbergs-testimony-congress-flies-blind/?utm\\_term=.fcoe6aaa0bfa](https://www.washingtonpost.com/blogs/right-turn/wp/2018/04/10/zuckerbergs-testimony-congress-flies-blind/?utm_term=.fcoe6aaa0bfa).

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> See Lili Levi, *Real Fake News and Fake Fake News*, 16 FIRST AMEND. L. REV. 232, 258-62 (2017).

<sup>11</sup> Clay Calvert & Austin Vining, *Filtering Fake News through a Lens of Supreme Court Observations and Adages*, 16 FIRST AMEND. L. REV. 153, 153-159 (2017).

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

meaningless, thus, Calvert and Vining argue that “fake news involves only deliberate falsities, not accidental errors or innocent mistakes.”<sup>12</sup>

The most important thing for this new cascade of generating contents is neither about the quality of writing, nor about authors’ personal perspectives or horizons, but about the number of clicks and the viral spread of content marketing. Should we concern a double whammy that people refuse to believe credible sources countering fake news, as the saying teaches: you can lead a horse to water, but you can't make it drink? Consequently, does it mean that regulators should leave those fooled by fake news alone as governments are not responsible for the speech delivered by swindlers? Is it a fact merely as what Calvert and Vining argue: “[o]ne person's fake news, after all, is another's entertainment, [o]r another's satire or bias or spin or lie or libel”?<sup>13</sup>

Nonetheless, the issue of “fake news” is not only about users’ ability to detect fake news, but also about the ability of “writers of the code” to control users, and the influence generated by those who have the ability to manipulate the code. As Professor Lessig adumbrated before the millennium: if the code has the ability to displace values in the law,<sup>14</sup> then this disruption should cause the attention of legislators and regulators to reinstate public law values.

#### **THE FUNCTION OF FAKE NEWS AND THE NEWS FEED ALGORITHM**

Encountering the vicissitudes of the traditional printing industry, news publishers turned to the help of the newfangled cutting-age technology: social media. Not knowing whether their new business partner, Mark Zuckerberg was a messiah or a wicked scalper, news publishers were on board of the nascent Facebook Journalism Project.<sup>15</sup> In an attempt to defeat Twitter, Zuckerberg decided that the piece of news story would be presented to users the same way as their friends’ pets and drinking pictures.<sup>16</sup> For the sake of such function called “filter bubble” or “echo chambers,” users in a social network might see different updates on their news feeds.<sup>17</sup>

Apparently, the News Feed Algorithm has never been a purely neutral platform.<sup>18</sup> In 2014, Facebook introduced “the Trending Topics feature”<sup>19</sup> to curate “popular” news

---

<sup>12</sup> *Id.* at 160.

<sup>13</sup> Calvert & Vining, *supra* note 11, at 156.

<sup>14</sup> Lessig, *What Cyberlaw Might Teach*, *supra* note 5, at 530.

<sup>15</sup> Thompson & Vogelstein, *supra* note 1.

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> Engin Bozdag, *Bias in algorithmic filtering and personalization*, 15 ETHICS & INF. TECH. 209, 209 (2013).

<sup>18</sup> *See* Bruckner, *supra* note 6, at 14.

<sup>19</sup> Jessica Guynn, *Facebook releases 28-page doc to fight Trending Topics bias charge*, USA TODAY (May 12, 2016), <https://www.usatoday.com/story/tech/news/2016/05/12/facebook-editorial-team-has-big-say-in-trending-topics/84286614/>.

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

for Facebook users.<sup>20</sup> When users opened Facebook, the function executed to show popular news subjects to users. Criticized as suppressing conservative news for an incidental leak to the technology topic site, Gizmodo, the Trending Topics feature was adjusted, monitored, and finally abandoned in August 2016.<sup>21</sup> Before that, Facebook announced the News Feed Algorithm would favor posts by the friends and family of users over publishers almost at the end of June in 2016.<sup>22</sup>

The initial idea that Facebook can function as “a platform of neutrality” finally becomes a 21st-century mythology. The previous Utopian theory “often considers the online information intermediaries themselves as neutral or treats a web service only as an algorithm, operating without human bias.”<sup>23</sup> Nevertheless, the Trending Topics feature was not a pure algorithm, and a group of moderators with journalism experience was hired to attune the selected posts partially in an effort to prevent “fake news.”<sup>24</sup> Once, Facebook did engage in stepping up “self-regulatory” efforts to “reduce misinformation in three areas: disrupting economic incentives in the advertising space; calling out ‘fake news’ in users’ news feeds; and helping provide tools for information literacy.”<sup>25</sup> According to Wired, it is actually an intentional interference to inject liberal stories in an unsophisticated manner.<sup>26</sup> Under relentless attacks of human bias, the company at last decided to show its contrition and submitted itself to “the entire American right wing.”<sup>27</sup> Once bitten, twice shy — the “self-regulatory” efforts eventually experienced an unprecedented fiasco.

All the disputes arise from the techno-optimism of the CEO of the company. To summarize, even though the algorithm can tailor the way to present information based on user behaviors, it cannot verify the information; even though the algorithm can perceive the importance of the piece of information through machine learning, it cannot assess its weight to all the successive political events. Structurally, falsehoods and facts are all circulated via the same screen. After all, the boundary of tremendous insignificant information is unrestricted, while users only have limited sight, screen size, concentration, and time. Although Zuckerberg believed Facebook and social

---

<sup>20</sup> Hannah Kuchler, *Facebook makes changes to Trending Topics team*, FINANCIAL TIMES (May 24, 2016), <https://www.ft.com/content/c8c24620-2137-11e6-aa98-db1e01fabcoc>.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> Mike Isaac & Sydney Ember, *Facebook to Change News Feed to Focus on Friends and Family*, THE NEW YORK TIMES (June 29, 2016), <https://www.nytimes.com/2016/06/30/technology/facebook-to-change-news-feed-to-focus-on-friends-and-family.html>.

<sup>23</sup> Bozdag, *supra* note 17, at 210.

<sup>24</sup> See Thompson & Vogelstein, *supra* note 1.

<sup>25</sup> Levi, *supra* note 10, at 287.

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Id.*

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

media rarely influence how people vote,<sup>28</sup> a BuzzFeed News analysis claims that just before the 2016 election, fake news shares surpassed the shares of mainstream media in the U.S., such as the New York Times, Washington Post, Huffington Post.<sup>29</sup>

Furthermore, the use of “social bots” exacerbates users’ recognition of facts. Part of users’ attention depends upon the numbers of third parties’ share and how many times users press the “Like” button below the post. Social bots are computer programs that create fake user accounts and mimic real users on social media networks.<sup>30</sup> The research result of Boshmaf et al. demonstrates that users would accept the friendship invitations from social bots and thus creates egregious privacy concerns because the bots can grab privacy information from users’ accounts.<sup>31</sup>

The issue is virtually how users perceive and respond to the bias that an algorithm influences their online experiences. Still and all, it is possible for users to apprehend the existence of social bots but it is more difficult to analyze how many “Likes” are fake because users often do not examine all the accounts clicking “Likes.” The harm of social bots can be observed from several aspects: first, they may inflate faux support for political candidates by inserting social media posts pointing to fake news farms.<sup>32</sup> Second, they can produce credible contents by imitating less complicated social patterns.<sup>33</sup> If human emotions are contagious among social media,<sup>34</sup> then it can be substantially perilous, especially when users do not discover what they see is only a “cyber-mirage” created and distorted by programmed robots.

According to Jonathan Albright, the research director at Columbia’s Tow Center for Digital Journalism, a “fake news propaganda network” is created by unknown political propaganda machines, including viral hoax engines (probably from bots generating huge numbers of posts) over Google, YouTube, Wikipedia, and Amazon.com, to

---

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> Craig Silverman, *This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook*, BUZZFEED (Nov. 16, 2016), [https://www.buzzfeed.com/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook?utm\\_term=.wfdXVqB6z#.ibLyanJVr](https://www.buzzfeed.com/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook?utm_term=.wfdXVqB6z#.ibLyanJVr) (last visited Apr. 28, 2018).

<sup>30</sup> See Yazan Boshmaf et al., *The Socialbot Network: When Bots Socialize for Fame and Money*, in ACSAC '11 PROCEEDINGS OF THE 27TH ANNUAL COMPUTER SECURITY APPLICATIONS CONFERENCE 93, 93 (2011).

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> Notably, there are also examples of how bots attacked transactions and influenced stock prices. See Emilio Ferrara et al., *The Rise of Social Bots*, 59 COMM. OF THE ACM 96 (2016), available at <https://cacm.acm.org/magazines/2016/7/204021-the-rise-of-social-bots/fulltext>.

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> See Adam D. I. Kramer et al., *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, June 2 PNAS 8788, 8790 (2014).



*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

produce enormous inbound hyperlinks in relation to “alt-right” ideas.<sup>35</sup> What he identifies is a systematic “ecosystem of real-time propaganda,” which means the system is highly structured.<sup>36</sup> Facebook is just another amplification device to assist the spread of all these contents.<sup>37</sup> However, similar networks or “ecosystem” systematically spreading or “correcting” the opposite ideas are far more less than social bots and artificial accounts.<sup>38</sup> Nevertheless, supporters of “self-correcting” or self-regulatory measures<sup>39</sup> against fake news have not explained the reason why these efforts cannot proliferate as swift and massive as fake news.

In March, 2018, a whistle-blower, Christopher Wylie, confessed to the Observer how the voter-profiling company, Cambridge Analytica, has exploited the software developers’ instrument, Graph API (Application Programming Interface) of Facebook to harvest millions of people’s profile data.<sup>40</sup> The process was completed through an app called “thisisyourdigitallife” to attract users to consent and share personal information of users and friends to the company.<sup>41</sup> The billionaire Robert Mercer, the owner of Cambridge Analytica, demanded Christopher Wylie to present a faster result to “model Trump voters.”<sup>42</sup> Wylie and his team soon discovered that psychographic modeling techniques (developed by the Cambridge University’s Psychometrics Centre) helped them to categorize personality traits based on what users had liked on Facebook, and to “design” political messages suitable for those users.<sup>43</sup>

While this invisible hand behind Brexit and President Trump’s 2016 campaign was caught (despite denials), the former employee, Wylie, did not release enough

---

<sup>35</sup> See Jonathan Albright, *The #Election2016 Micro-Propaganda Machine*, MEDIUM (Nov. 18, 2016), <https://medium.com/@d1gi/the-election2016-micro-propaganda-machine-383449cc1fba> (last visited Apr. 29, 2018).

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> Cadwalladr, *supra* note 40.

<sup>38</sup> Ali K. Chaudhry et al., *Stance Detection for the Fake News Challenge: Identifying Textual Relationships with Deep Neural Nets*, available at <https://web.stanford.edu/class/cs224n/reports/2760230.pdf>.

<sup>39</sup> See Levi, *supra* note 10, at 285.

<sup>40</sup> See Mathew Rosenberg, Nicholas Confessore & Carole Cadwalladr, *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*, THE NEW YORK TIMES (Mar. 17, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. See also Carole Cadwalladr & Emma Graham-Harrison, *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*, THE GUARDIAN (Mar. 17, 2018), <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>; Jonathan Albright, *The Graph API: Key Points in the Facebook and Cambridge Analytica Debacle*, MEDIUM (Mar 21, 2018), <https://medium.com/tow-center/the-graph-api-key-points-in-the-facebook-and-cambridge-analytica-debacle-b69fe692d747>.

<sup>41</sup> Rosenberg, Confessore & Cadwalladr, *supra* note 40.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *Id.*

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

information about how his team tailored suitable political messages for users on Facebook. Perhaps by exposing all these targeted users to more advertisements, hyperlinks and websites, users would automatically avail themselves to the contents of the advertised political ideas (by clicking the links and reading the contents) through what Professor Lawrence Lessig termed as “code/architecture.”

The term “code” is defined by Professor Lessig in this way: “code refers to the software and hardware that constitute cyberspace as it is — or, more accurately, the rules and instructions embedded in the software and hardware that together constitute cyberspace as it is.”<sup>44</sup> From his perspective, code is a kind of functional “architecture” which determines the features of a network where information and user behaviors “flow automatically from the structures imposed in the code.”<sup>45</sup> As such, political propaganda can use the code/architecture of the network to expose the political contents to users and to target the more susceptible users to fake news. Finally, the code/structure will direct targeted users to the political propaganda. Significantly, the writers of the code “can construct an alternative regime for enforcing voluntary constraints,”<sup>46</sup> and if the constraints are harmful, the space for law to step in would emerge eventually.

#### **THE NON-TRANSPARENT ALGORITHMIC CRISIS**

As algorithms are used to identify trends in large sets of data by classifying patterns and similarities, the complexity in the society is inherently difficult to be epitomized in an algorithm. Given the fact that algorithm-writing skills are improving, algorithms themselves are evolving as technology improves. For example, programmers are trying to create “a learning algorithm” that will train itself to evaluate and predict the likelihood of borrower's repayment.<sup>47</sup> As a result, Professor Bruckner noted there is a “black box” problem in the algorithm, where only programmers can examine inputs (e.g. vast amounts of data) and output (calculated result).<sup>48</sup> Under the context of banks’ using algorithms to evaluate a prospective borrower, the problem of racial discrimination exists, as an algorithm “might nevertheless discriminate against a prospective borrower by using proxies for race.”<sup>49</sup> Significantly, this means that using such new instruments, undertakings might successfully avoid traditional costly regulations.<sup>50</sup> This bias is particularly likely to occur when programmers translate an

---

<sup>44</sup> Lessig, *What Cyberlaw Might Teach*, *supra* note 5, at 506 n.15.

<sup>45</sup> *See id.* at 530.

<sup>46</sup> *Id.* at 529.

<sup>47</sup> Bruckner, *supra* note 6, at 16.

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.* at 29.

<sup>50</sup> *Id.* at 21-22.

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

amorphous problem in reality into a task for an algorithm to solve and use disadvantaged classes as proxies.<sup>51</sup>

Generally, such non-transparent disparity is because of “human bias bleeding into algorithmic decision-making processes.”<sup>52</sup> The “machine” (possibly an algorithm, or an A.I.), is not only “trained” by the data fed by humans, but also initially “learned” from humans who wrote the code. As a result, there are chances that algorithms inherit bias due to human impressions.<sup>53</sup> The use of predictive models to foretell personal financial performance is only an example.<sup>54</sup> Eventually, human data analysts must determine the meaning “by weeding out results the analyst might consider as random, wrong, or insignificant.”<sup>55</sup>

However, there are many levels of transparency<sup>56</sup> involved regarding the issue of fake news: transparency of privacy, transparency of how the algorithm work, transparency of Facebook’s relationships with content distributors, transparency of Facebook’s relationships with analyst firms, and transparency of the use of social bots. In a nut shell, the issue is illustrated by what Professor Zarsky concludes:

*[f]irst, that automated predictions are upon us, affecting our lives constantly even without us noticing. Second, that the lack of transparency in these practices generates serious concerns that mobilize the public and lead to regulatory and even legislative responses. Third, that without proper understanding of how the process works and what transparency should be achieving, opacity will remain intact.*<sup>57</sup>

---

<sup>51</sup> See Solon Barocas & Andrew D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, 104 CAL. L. REV. 671, 682 (2016).

<sup>52</sup> Bruckner, *supra* note 6, at 25.

<sup>53</sup> See Tal Z. Zarsky, *Transparent Predictions*, 2013 U. ILL. L. REV. 1503, 1518 (2013).

<sup>54</sup> See *id.* at 1521-30.

<sup>55</sup> *Id.* at 1518.

<sup>56</sup> For the political concept and the distinguishment between transparency and accountability, see *Id.* at 1533-34. In addition, Professor Lawrence Lessig broadens the theory of transparency from (1) shame, and (2) the point of view of the U.S. Supreme Court Justice Brandeis’ book, “Other People’s Money,” to explain how transparency can make a market more efficient. See Lawrence Lessig, *Against Transparency*, THE NEW REPUBLIC (Oct. 9, 2009), <https://newrepublic.com/article/70097/against-transparency> (last visited May, 5, 2018).

<sup>57</sup> Zarsky, *supra* note 53, at 1513.

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

#### **AUTONOMY IN THE FILTER BUBBLE?**

The issue of the link between the News Feed Algorithm and fake news is: is this nothing but a “speech-based phenomenon”<sup>58</sup>? Censorship or regulation is virtually infeasible not only because an opinion does not produce a direct harm to safety and property, but also because government should not act as a paternalistic role to spread the truth.<sup>59</sup> To the extreme, “some people inevitably will be duped by fake news, no matter how much education they receive about it and how many digital-media literacy classes schools offer.”<sup>60</sup>

Certainly, “trust builds privacy, or privacy builds trust.”<sup>61</sup> However, the question can expand to another one: to what extent, should you trust? Do people have a natural propensity to trust? Or the expectations to trust others are unrealistic? The present mainstream media also struggled over a period of time to gain reader and audience’s trust — a matter of both attention and trust.<sup>62</sup> Accordingly, Calvert and Vining argue: “believing something that is objectively verifiable as false is not a legally cognizable harm.”<sup>63</sup> The fear may spread irrationally as if in the haunted era when “men feared witches and burnt women.”<sup>64</sup> Therefore, they argue:

*[t]here may, however, be some benefit to having fake news circulate in the metaphorical marketplace of ideas . . . This, of course, is where enhanced media literacy efforts in public schools come into play. Such endeavors should not only raise awareness about the mere existence of fake news in the marketplace of ideas but also strive to teach minors ways of detecting it.*<sup>65</sup>

Nevertheless, first, it is still possible to argue that the News Feed Algorithm has weakened users’ judgment by directing them a certain kind of like-minded fake news. Secondly, Facebook claims it profits from advertising, so do the content and fake news farms. Although “fake news” has a strong political character, it is also a newly developed business model, not by selling contents themselves, but to catch attention from the internet users. It is Janus-faced. Just as how television, broadcast, and journalism work, these content farms apply a similar business model to gain

---

<sup>58</sup> Calvert & Vining, *supra* note 11, at 161.

<sup>59</sup> *Id.* at 174.

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> Ari Ezra Waldman, *Privacy, Sharing, and Trust: The Facebook Study*, 67 CASE W. RES. L. REV. 193, 205 (2016).

<sup>62</sup> Calvert & Vining, *supra* note 11, at 177.

<sup>63</sup> *Id.* at 160.

<sup>64</sup> *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 376 (1927) (Brandeis, J., concurring).

<sup>65</sup> Calvert & Vining, *supra* note 11, at 170.

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

advertisement profits and Facebook is exactly the same network to broadcast “news” by the cooperation with these “Page” publishers.

In the past times, journalism has enjoyed great freedom because people who cherish their own publicity can decide whether to pursue a legal enforcement, civil or criminal, against an intentional detractor over slander and libel. Although defamation laws differ per jurisdiction, at least a civil defamation law enforcement is prevalently possible. The popularization of social networking sites (SNS) elevates the difficulty for such legal enforcement for three reasons: (1) the virus-like manner of dissemination; (2) the quasi-anonymous nature of the internet; and (3) the difficulty for an individual to trace the harm spread over the internet. Whereas defamation laws are closely related to the protection of the reputations of others,<sup>66</sup> the prevalence of SNS and other uses of faux proliferation technologies have created a substantial problem to enforce the right.

One may be tempted to argue that fake news will lead voters to the pursuit of truth by encouraging free speech rather than the spread of false ideas,<sup>67</sup> because “truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market,” as stated by the U.S. Justice Holmes.<sup>68</sup> From this point of view, all users should have the ability to distinguish and be responsible for what they spread. When users are scrolling their News Feed — where links, comments, clips, and photos distributed on Facebook, they should not value the posts only by the number of “Likes.” Nonetheless, criticisms of the metaphorical marketplace of ideas challenge that the metaphor only advances the ability of speakers to dominate, rather than the audiences’ ability to understand the viewpoint.<sup>69</sup> Yet “hate speech”<sup>70</sup> or “falsehood” may fall into the category of “the market failure of ideas.” If “facts” are the nitty-gritty of the fake news issue, the metaphor may fall short of its function because it is “the marketplace of ideas, not the marketplace of facts.”<sup>71</sup>

The News Feed Algorithm has proved that social media is simply not an ideal “marketplace of ideas” because the weight/privilege of each piece of news is non-transparently determined by an algorithm. In the writings of John Stuart Mill’s political theory in *On Liberty*, scholars traced the origin of the metaphorical marketplace of ideas.<sup>72</sup> Could it be that the bias of an algorithm or the human bias to

---

<sup>66</sup> See Thilo Marauhn, *Freedom of Expression, Freedom of Assembly, and Associations*, in EUROPEAN FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS 97, 107-108 (Dirk Ehlers & Ulrich Becker eds. 2007).

<sup>67</sup> See Calvert & Vining, *supra* note 11, at 170 (describing there may be “some benefit to having fake news circulate in the metaphorical marketplace of ideas”).

<sup>68</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

<sup>69</sup> Joseph Blocher, *Institutions in the Marketplace of Ideas*, 57 DUKE L.J. 821, 832 n.40 (2008).

<sup>70</sup> *Id.* at 835.

<sup>71</sup> Calvert & Vining, *supra* note 11, at 170.

<sup>72</sup> See Jill Gordon, *John Stuart Mill and the “Marketplace of Ideas”*, 23 SOC. THEORY & PRAC. 235 (1997).

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

adjust an algorithm is merely a form of “social discomfort” that J.S. Mill considered not a genuine harm to the society?<sup>73</sup> Or “individual independence” has already been impaired by such bias with gradually heavier traffic of Facebook posts day by day? As J.S. Mill posited:

*[t]here is a limit to the legitimate interference of collective opinion with individual independence; and to find that limit, and maintain it against encroachment, is as indispensable to a good condition of human affairs as protection against political despotism.<sup>74</sup>*

J.S. Mill focused on an independent individual’s capability to make autonomous choices on the exercise of one’s perception, judgement, and mental activity.<sup>75</sup> To Mill, the unhampered exercise of choice is an indispensable component of self-fulfillment.<sup>76</sup> The non-volitional choices made by an Algorithm and faux “Likes” can be viewed as negative effects on individual independence. Hence, a person can exercise such autonomous choices in the context of sharing journalism on Facebook only when she can perceive the function of the News Feed Algorithm and the use of social bots in a correct sense. As Professor Pasquale argue:

*Reasonable individuals can differ about the degree to which such harms are deserved and how much autonomy intermediaries should have in gathering data and presenting results. However, there should be some basic protections for those affected by the new automated reputation creation.<sup>77</sup>*

The autonomous choices by users under the influence of an Algorithm should be free from “a conceptual muddle and an open technical design problem,” as Dwork and Mulligan declare: “[w]e want to harness the power of the hive brain to expand our horizons, not trap us in patterns that perpetuate the basest or narrowest versions of ourselves.”<sup>78</sup> The core issue about preserving users’ autonomy is to tackle the

---

<sup>73</sup> See Frederick Schauer, *On the Relation between Chapters One and Two of John Stuart Mill’s on Liberty*, 39 CAP. U. L. REV. 571, 574 (2011). See also Calvert & Vining, *supra* note 11, at 161.

<sup>74</sup> JOHN STUART MILL, *ON LIBERTY* 63 (Gertrude Himmelfarb ed., Penguin Books, 1977) (1859).

<sup>75</sup> R.F.Khan, *J.S.Mill: ethics and politics*, in ROUTLEDGE HISTORY OF PHILOSOPHY VOLUME VII: THE NINETEENTH CENTURY 51, 58 (C.L.Ten, ed. 1994).

<sup>76</sup> Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution*, 58 NOTRE DAME L. REV. 445, 457-58 (1983).

<sup>77</sup> Frank Pasquale, *Beyond Innovation and Competition: The Need for Qualified Transparency in Internet Intermediaries*, 104 NW. U. L. REV. 105, 115 (2010).

<sup>78</sup> Cynthia Dwork & Deirdre K. Mulligan, *It’s Not Privacy, and It’s Not Fair*, 66 STAN. L. REV. ONLINE 35, 29-40 (2013).

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

information asymmetry brought by the ability of algorithms to access and analyze behavioral data on users.<sup>79</sup> The complexity of algorithms has developed far beyond the time when engineers created the structure that allows packages of data through internet protocols. Even computer scientists cannot fully comprehend the impacts of advanced algorithms<sup>80</sup> and the outcome of Facebook’s manipulation of the propensity to share through the technical design.<sup>81</sup> However, if perils do exist, “we should worry if architectures of code become imbalanced . . . [and] if they respect private values but displace public values,” as Professor Lessig warns.<sup>82</sup>

## **THE ROLE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN AN ERA OF FAKE NEWS**

### **The Creation and Purpose of IP Law**

With the Cyberspace newly created, scholars and commentators were worried about its governance. Judge Easterbrook provided two means to deal with problems regarding the creation of the Cyberspace: “create property rights where now there are none; and facilitate the formation of bargaining institutions.”<sup>83</sup> According to his belief, a right allocation of rights can assist to create an aftermarket, and programmers can write protocols to control and conserve transaction cost.<sup>84</sup>

Earlier than the conclusion, Judge Easterbrook strongly argued in another article, “Intellectual Property is Still Property,” and asserted that the creation of IPR is because of “the lure of extra return induces extra invention — valuable invention.”<sup>85</sup> This is the classic point of view in the U.S. tradition as regards whether intellectual property is a socially useful instrument to stimulate innovation, because the U.S. point of view of patent and copyright was not built on a natural rights justification of ownership.<sup>86</sup> Utilitarianism have been the dominant justification for American patent and copyright law.<sup>87</sup> Conversely, the concept that an idea can be owned is “a child of the European

---

<sup>79</sup> Bruno Lepri et al., *Fair, Transparent, and Accountable Algorithmic Decision-making Processes The Premise, the Proposed Solutions, and the Open Challenge*, 2017 PHIL. & TECH. 1, 9 (2017).

<sup>80</sup> Philip Hacker & Bilyana Petkova, *Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and New Regulatory Frontiers*, 15 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. [i], 17 (2017).

<sup>81</sup> Waldman, *supra* note 61, at 206.

<sup>82</sup> Lessig, *What Cyberlaw Might Teach*, *supra* note 5, at 528.

<sup>83</sup> Easterbrook, *Cyberspace and Horse*, *supra* note 5, at 216.

<sup>84</sup> *Id.* at 212-13.

<sup>85</sup> Frank H. Easterbrook, *Intellectual Property is Still Property*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL’Y 108, 110 (1990) [hereinafter Easterbrook, *Still Property*]. *But cf.* Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX L. REV. 1031 (2005).

<sup>86</sup> There is a debate over the “traditional” roots of utilitarian foundations for IP in the U.S. as Professor Robert Merges declared he found the traditional utilitarian view empty. *See* Oskar Liivak, *A Crisis of Faith & the Scientific Future of Patent Theory*, 90 ST. JOHN’S L. REV. 639, 640-41 (2017).

<sup>87</sup> *See e.g.*, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 307 (1980); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 558 (1985).

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

Enlightenment.”<sup>88</sup> In 1777, the French king granted a privilege under the category of “*privilèges d’auteur*,”<sup>89</sup> as a prototype of copyright. On the other hand, the Lockean view of natural right for IP was taken over by the utilitarian doctrine of a public good in an 1774 court decision in England.<sup>90</sup> A French legislation followed the view of limited rights in 1793 and established a new balance between the literary right of authors and public interest.<sup>91</sup> In Germany, Baden state first granted copyright to authors in 1806 and Bavaria first used the term “*Rechten des Urhebers*” (authors’ rights) in 1813.<sup>92</sup> Conversely, patent bears less cultural expectation historically because *patent letters* were issued to individuals to increase foreign trade and to train skillful apprentices at the time of Queen Elizabeth in England.<sup>93</sup> Due to the restriction of international free trade and the commercial interests of industrialists, Chancellor Bismark of the Prussia once challenged the legislation of patent protection in 1868.<sup>94</sup> In the center of the debate, some German and Swiss economists and writers supported patent protection primarily for the reason that “patents are the cheapest and most effective means of providing these incentive”<sup>95</sup> to encourage industrial progress in the 19th century. These are the historical clues of the spreading of the IP instrumentalist view in Europe.

Emphatically, the American utilitarian/instrumental view is largely the result of the interpretation of the Congressional power of the Article 1, Section 8, Clause 8 of the U.S. Constitution to further “the progress of science and useful arts.”<sup>96</sup> Therefore, the Constitutional provision authorizing Congress to grant limited rights with the aim to advance science and technology predefines at least the mandate of the Copyright and Patent Acts. The grant of exclusive right is an exchange of positive social benefits, such as providing incentives to create valuable works, facilitating bargaining between IP owners and others, granting creators of information rights of control,<sup>97</sup> enabling price

---

<sup>88</sup> See Carla Hesse, *The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance*, 131 DAEDALUS 26, 26 (2002).

<sup>89</sup> *Id.* at 38.

<sup>90</sup> *Id.* (“But *Donaldson v. Becket* in 1774 reversed this decision, and definitively established as British law the compromise concept of a ‘limited property right’ in the unique expression of an idea.”).

<sup>91</sup> *Id.* at 39.

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> See Adam Mossoff, *Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History*, 52 HASTINGS L.J. 1255, 1257, 1260 (2001).

<sup>94</sup> See Fritz Machlup & Edith Penrose, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, 10 J. ECON. HISTORY 1, 4 (1950). *But cf.* Adam Mossoff, *Who Cares What Thomas Jefferson Thought about Patents - Reevaluating the Patent Privilege in Historical Context*, 92 CORNELL L. REV. 953, 957 (2007).

<sup>95</sup> Machlup & Penrose, *supra* note 94, at 21.

<sup>96</sup> U.S. CONST. art I, § 8, cl. 8.

<sup>97</sup> See R. Polk Wagner, *Information Wants to Be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control*, 103 COLUM. L. REV. 995, 1024 (2003).



*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

discrimination,<sup>98</sup> disclosing useful inventions, funding research and development expenditures, and generating any financial income for inventors, etc. If the protection of inventions or ideas cannot achieve any of the public interests, then the inventions or ideas should go back to the public domain to be freely exploited by any person.

By and large, software and algorithms are protected through copyright law as “literary works,” and copyright protection is harmonized under the Directive on the Legal Protection of Computer Programs in the EU.<sup>99</sup> Notwithstanding the fact that arts. 52(2)(c) and 52(3) of the European Patent Convention (EPC)<sup>100</sup> excludes granting protection over “software as such,” the practice of the European Patent Office (EPO) allows applications both having a technical character and satisfying the inventive step requirement under art. 56 of the EPC.<sup>101</sup> If the application is a method to conduct business, such as the financial predictive algorithm, it might be rejected by the EPO as the consequence of applying the exclusion of the EPC. However, if it is a “Computer Implemented Invention,” it would be deemed as having a technical character.<sup>102</sup> As a consequence, the News Feed Algorithm might not satisfy both categories, but other algorithms designed to initiate more industrial operation can obtain patent protection for twenty years.

Typically, scholars believe that inventors disclose her inventions for twenty years exclusivity as “the patent regime should primarily be construed as a tool for incentivizing the invention.”<sup>103</sup> However, due to the special ecology of computer science inventions, it creates a hurdle for drafters of the patent applications to appropriately describe the invention.<sup>104</sup> Particularly, charts are important to disclose the invention.<sup>105</sup> Furthermore, source or object code, flowcharts, and detailed descriptions are not necessary if the high-level functional description can serve the

---

<sup>98</sup> Easterbrook, *Still Property*, *supra* note 85, at 112.

<sup>99</sup> Council Directive 91/250 of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs, 1991 O.J. (L 122) 42.

<sup>100</sup> Convention on the Grant of European Patents, Jan. 11, 1978, art. 52(2)(c), 52(3), 1065 U.N.T.S. 199, 272 (“schemes, rules and methods for performing mental acts, playing games or doing business, and programs for computers;”) [hereinafter the EPC].

<sup>101</sup> *Id.* art. 56.

<sup>102</sup> See Reinier Bakels et al., *Study of the effects of allowing patent claims for computer-implemented inventions: Final Report and Recommendations* (June 2008), available at [http://publications.europa.eu/resource/genpub/PUB\\_KK0114632ENN.1.1](http://publications.europa.eu/resource/genpub/PUB_KK0114632ENN.1.1).

<sup>103</sup> Alan Devlin, *The Misunderstood Function of Disclosure in Patent Law*, 23 HARV. J. L. & TECH. 401, 404, 407-10 (2010); See also Jeanne C. Fromer, *Patent Disclosure*, 94 IOWA L. REV. 539 (2009); Lisa Larrimore Ouellette, *Do Patents Disclose Useful Information?*, 25 HARV. J. L. & TECH. 545 (2012).

<sup>104</sup> See LEITH, *supra* note 6, at 55-65.

<sup>105</sup> *Id.*

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

purpose to specify the invention.<sup>106</sup> This means the invention is described in an abstract manner and the codes can acquire protection if “a person skilled in the art” is objectively able to indicate the progress of the invention. Consequently, patent “disclosure” may offer very little help to solve the transparency issue discussed in Part II, as an ill-suited device to offer regulatory assistance. Presumably, it is very difficult to discover those biases by merely reading patent claims.

**WHEN IP LAW MEETS CYBER LAW IN AN SNS AGE**

Although there are academic literature casting doubt on the excludability of IP<sup>107</sup> due to the non-rivalry nature of knowledge,<sup>108</sup> scholars generally agree that an intellectual property right (IPR) owner has exclusive control only over the protected scope of rights.<sup>109</sup> Given that IP right has the characteristic of property right, the essentialist view usually asserts that “the right to exclude” is the core attribute of property.<sup>110</sup> As Balganesch indicates, “the right to exclude in the context of both tangible and intangible property has come to be associated with an entitlement to exclusionary (injunctive) relief.”<sup>111</sup> To exercise her right, an IP owner can ask a court to enforce her right by granting an injunctive relief. This conclusion is observed from the “function” aspect of IP and becomes the classic point of view because IP functions as a “property” right. Therefore, what IP right secures is only “a negative right” to exclude others from utilizing the good without a license.<sup>112</sup>

Nevertheless, in the Cyberspace, the owner of IP would only exercise this “right to exclude” to exclude others’ use when the information is useful or meaningful, either to the public or to the individual owner of the right, such as using a piece of musical work in an online political advertising video.<sup>113</sup> Generally, publicity can be both useful and

---

<sup>106</sup> Julie E. Cohen & Mark A. Lemley, *Patent Scope and Innovation in the Software Industry*, 89 CALIF. L. REV. 1, 24 fn.87 (2001). See also John R. Allison & Ronald J. Mann, *The Disputed Quality of Software Patents*, 85 WASH. U. L. REV. 297, 334-35 (2007).

<sup>107</sup> Amy Kapczynski & Talha Syed, *The Continuum of Excludability and the Limits of Patents*, 122 YALE L. J. 190 (2013).

<sup>108</sup> See Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX L. REV. 1031 (2005).

<sup>109</sup> See e.g. Jeanne C. Fromer, *Claiming Intellectual Property*, 76 U. CHI. L. REV. 719 (2009). But cf. Michael A. Carrier, *Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm*, 54 DUKE L.J. 1 (2004); Shyamkrishna Balganesch, *The Pragmatic Incrementalism of Common Law Intellectual Property*, 63 VAND. L. REV. 1543 (2010); Julie E. Cohen, *What Kind of Property Is Intellectual Property*, 52 HOUS. L. REV. 691 (2014).

<sup>110</sup> See Thomas W. Merrill, *Property and the Right to Exclude*, 77 NEB. L. REV. 730, 734-36 (1998).

<sup>111</sup> Shyamkrishna Balganesch, *Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability, and Automatic Injunctions*, 31 HARV. J. L. & PUB. POL’Y 593, 598 (2008).

<sup>112</sup> Adam Mossof, *Exclusion and Exclusive Use in Patent Law*, 22 HARV. J. L. & TECH. 321, 322 (2009).

<sup>113</sup> See Taylor L. Condit, *The Need for Songwriters’ Control: A Proposal to Prevent Unwanted Uses of Musical Compositions at Political Rallies*, 47 SW. L. REV. 207 (2017).

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

meaningful.<sup>114</sup> Due to such function of IP rights, sometimes right holders assert the right to exclude not for the purpose of preserving financial interests to the creators, but for the purpose of excluding unwanted use of certain information after the exhaustion of other possible legal means.<sup>115</sup> For example, the famous novelist J.D. Salinger asserted copyright over the disclosure of his personal letters in a biography.<sup>116</sup> Particularly, courts would accept this strategy in some cases if the information is uploaded online as digital recordings technologies are quite common. In the U.S. case, *Garcia v. Google, Inc.*,<sup>117</sup> the actress Cindy Lee Garcia sued Google to remove a controversial film performed by her from YouTube because she received death threats caused by an anti-Islam wrangle. Whereas these lawsuits involve the protection of reputation and publicity, another category of lawsuits related to using IP exclusion emerge from personal sexual imagery and pornography photographs spread online.<sup>118</sup>

With respect to court’s evaluation of these atypical cases, Professor Fromer argues if courts consider the motives mismatching the IP system, it “can impose greater cost on society than the intellectual property laws had anticipated without concomitant benefit.”<sup>119</sup> Inasmuch as exercising the right to exclude influences the protected market and the interests of the protected product, asserting privacy or reputational interests can distort courts’ task to assess the effects on incentives to create and dissemination of the works or technologies.<sup>120</sup> The contingency resides in (1) the judicial cost concerned, (2) the difficulty for the courts to assess, and (3) the discords between the ill-fitting motivations and the IP system.<sup>121</sup>

By contrast, Professor Chon argues that copyright owners have various legitimate interests to exercise control of the copyrighted materials over “the decentralized technical architecture of digital networks.”<sup>122</sup> Even though this kind of control may be justified by the human right aspects of copyright law,<sup>123</sup> using IP rights to exclude may create difficulty if the number of owners is multiplied. For instance, some privacy

---

<sup>114</sup> For a deeper discussion about digital phenomenon, see David Lat & Zach Shemtob, *Public Figurehood in the Digital Age*, 9 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 403 (2011).

<sup>115</sup> See Jeanne C. Fromer, *Should the Law Care Why Intellectual Property Rights Have Been Asserted*, 53 HOUS. L. REV. 549, 556-74 (2015) [hereinafter Fromer, *Should the Law Care*].

<sup>116</sup> *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987).

<sup>117</sup> See *e.g.* *Garcia v. Google, Inc.*, 766 F.3d 929 (9th Cir. 2014), rev'd en banc, 786 F.3d 733 (9th Cir. 2015).

<sup>118</sup> See Andrew Gilden, *Punishing Sexual Fantasy*, 58 WM. & MARY L. REV. 419, 490 n.374 (2016). See also *Bollea v. Gawker Media, LLC*, 913 F. Supp. 2d 1325 (M.D. Fla. 2012).

<sup>119</sup> Fromer, *Should the Law Care*, *supra* note 115, at 587.

<sup>120</sup> *Id.* at 587-90.

<sup>121</sup> *Id.* at 590-91.

<sup>122</sup> Margaret Chon, *Copyright's Other Functions*, 15 CHI.-KENT J. INTELL. PROP. 364, 365 (2016).

<sup>123</sup> See Margaret Chon, *Copyright and Capability for Education*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 803 (2007).

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

information is not “useful” or relevant on the personal scale but can have unexpected significance on a massive scale. However, an individual cannot claim IP rights over “the accumulation of everyone’s information/creation,” such as analysis based on Big Data, or exclude such uses producing negative effects to the society or community. Notwithstanding the fact that IP scholars often discuss a “socially optimal dissemination of information,”<sup>124</sup> IP is not very useful to deter a virus-like spread when an IP owner herself has no intention to stop the dissemination, such as the spread of fake news. From a practical standpoint, IP only has the function to preserve the exclusive right to IP owners exclusively to exclude access to information, but not to increase access to information, or to adjust the contents of information.<sup>125</sup> Specifically, IP laws have the function to disrupt the spread of protected information of projects, but not the spread of misbelief, illusion and rumors. As a consequence, IP laws are ill-devised tools to regulate issues related to fake news issues.

**CONCLUSION: MILLIONS OF PEOPLE CAN'T BE WRONG: BUT HOW MANY OF THEM ARE “FAKE”?**

As discussed above, IP laws are viewed as instrumental by some scholars. Although IP laws are discussed expressively during the millennium, this article argues that IP laws do not regulate all issues produced by the progress of technology. In a Cyber-utopian era, the dispute arose between IP law and Cyber law for the view of the nascent Cyberspace as a new soil for free and creative endeavors and anonymously collaborative projects (and it still functioning this way today). For some software engineers and scholars at that time, overemphasizing the economic interests generated by IP could seriously impair intellectual and innovative activities online.<sup>126</sup> The ideal view is that Cyberspace’s self-regulation is “the perfection of liberal rule” because the pervasive quasi-state institutions in Cyberspace advance individual liberty, popular sovereignty, self-defining communism, and consent.<sup>127</sup>

In the current context of pervasive e-commerce, nevertheless, “[c]ompanies push to keep exclusive access to their own data, even when serious concerns arise about their products.”<sup>128</sup> Algorithms may have successfully worked to escape many of the costly regulations that traditional undertakings must endure. It brings the worries about

---

<sup>124</sup> Steve P. Calandrillo, *An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System*, 9 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 301, 355 (1998).

<sup>125</sup> *But cf.* Ignacio N. Cofone, *The Dynamic Effect of Information Privacy Law*, 18 MINN. J.L. SCI. & TECH. 517, 557-58 (2017).

<sup>126</sup> *See e.g.* Steve P. Calandrillo, *An Economic Analysis of Intellectual Property Rights: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System*, 9 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 301, 312 (1998).

<sup>127</sup> Dan Hunter, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 CAL. L. REV. 439, 450 (2003).

<sup>128</sup> Frank Pasquale, *Grand Bargains for Big Data: The Emerging Law of Health Information*, 72 MD. L. REV. 682, 689 (2013).

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

artificial intelligence and machine learning’s impact on human liberty. What is true for the present information society is the internet reflects the reality in society but not creates a non-virtual isolated Cyberspace. Consequently, Cyberspace should be viewed under the analogy, “Cyberspace as space,” from how Judge Easterbrook described it:

*[L]ots of cases deal with sales of horses; others deal with people kicked by horses; still more deal with the licensing and racing of horses...[a]ny effort to collect these strands into a course on ‘The Law of the Horse’ is doomed to be shallow and to miss unifying principles.<sup>129</sup>*

*And:*

*[o]nly by putting the law of the horse in the context of broader rules about commercial endeavors could one really understand the law about horses.<sup>130</sup>*

If we only view from the perspective of IP laws, “the broader currents” is about incentives and innovation. Looking at activities in the Cyberspace, “the broader currents” rather refers to “commercial endeavors.” Whether fake news should be regulated also depends on what kind of “commercial endeavors” these contents farm (including fake news farms) are focusing on. The answer is because they provide a “space, place, platform, or network” for commercial advertisement. While some argue for the difficulty to regulate Cyberspace as software may route around a regulation,<sup>131</sup> Professor Ohm supports the possibility and endurance of the internet to be regulated for the long term, just as Google survives over “the right to forget.”<sup>132</sup> “Regulation can shape the internet, but it is not likely to kill it,” as he asserts.<sup>133</sup>

Inasmuch as using a learning algorithm and Big Data is a novel business mode, it creates the hurdles for regulators to surveillance in a traditional manner. The problem is using what legal instrument can achieve the purpose of regulation. The EU now uses the General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>134</sup> as the basic legal instrument or platform for data protection. As reflected in the above passages, there are some concerns regarding IP. Firstly, can companies assert IP rights, including trade secret

---

<sup>129</sup> Easterbrook, *Cyberspace and Horse*, *supra* note 5, at 207.

<sup>130</sup> *Id.* at 208.

<sup>131</sup> Paul Ohm, *We Couldn't Kill the Internet If We Tried*, 130 HARV. L. REV. F. 79, 80 (2016).

<sup>132</sup> *Id.* at 84.

<sup>133</sup> *Id.*

<sup>134</sup> Regulation (EU) 2016/679, of the European Parliament and the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 2016 O.J. (L 119) 1 [hereinafter GDPR].

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

protection to refuse to disclose information? The GDPR seems to place the protection of personal data over the protection of IPR, as the recital of the GDPR considers only when the data subject “adversely affect the rights” then the right holder can refuse to “provide remote access to a secure system.”<sup>135</sup> Yet scholars argue that the language of the recital can be murky.<sup>136</sup>

Secondly, the law of the horse tells us that there are “unifying principles” regarding the regulation of the matters related to data: there are laws dealing with the competition of horses; others dealing with the advertisement of selling horses; still more dealing with reporting the race of horses. This means regulators can choose a legal instrument related to the purpose of regulation. Notably, different regulatory tools may lead to the conflicts with the GDPR. Fake “news” is not only “news,” maybe it combines something else, for example, advertisement. It is commercial speech. For example, if Facebook profits from advertising, then maybe its algorithm should subject to regulation related to commercial advertisement.

Despite that there are security problems when a third party can access privacy information on Facebook, Facebook may act as a dominant firm under the definition of art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).<sup>137</sup> Nevertheless, it is never *per se* illegal to be a monopolist. Particularly, the harm of non-transparent algorithm of fake news is not the harm related to art. 102 of the TFEU. However, it may create a difficulty to define which software or SNS is Facebook’s competitor for its integrated functions. Nevertheless, if a member state of the EU considers it can be very dangerous if the monopolist has the power to inhibit consumers’ access to competitors’ software, it remains possible to employ competition law regarding consumers’ access to other social media websites. Significantly, the purpose of competition law is to expose consumer to the “products” instead of the “contents” exhibited on the product. The problem is also likely to happen if Facebook abuses its dominant position to impose unfair terms on a Page publisher. An interesting point is the evaluation of merger under competition law. In particular, the influence to innovation incentives and future R&D are evaluated in a merger review.<sup>138</sup> Nonetheless, there is no proposal on the regulation regarding the acquisition of data in a merger, such as the perils of using data in violation to the original consensus from consumers.

---

<sup>135</sup> GDPR, recital 63.

<sup>136</sup> See Lilian Edwards & Michael Veale, *Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, 16 DUKE L. & TECH. REV. 18, 53 (2017).

<sup>137</sup> Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 102, Mar. 3, 2010, 2010 O.J. (C 83) 91 [hereinafter TFEU].

<sup>138</sup> See *e.g.* Case COMP/M.7932, Dow/Dupont, Comm'n Decision (Mar. 27, 2017)

*Is intellectual property “disrupted” by the algorithm that feeds you information in an era of fake news?*

Thirdly, the regulation is about disclosing how biased algorithms function to consumers as to increase algorithmic transparency.<sup>139</sup> Data subjects have the right to access background data under the GDPR.<sup>140</sup> The provisions of arts. 12-14 are termed as the “right to explain,”<sup>141</sup> and the recital entails that a data subject can require “an explanation of the decision reached after assessment” by an algorithm.<sup>142</sup> Concluding that the user-driven structure and the legislative structure of an explanation right may not be feasible, Edwards and Veale indicate that the GDPR might “go beyond the individual to focus a priori on the creation of better algorithms.”<sup>143</sup> This article argues that the user-driven structure might be ineffective because a horse will not automatically lead itself to drink water (believe the truth), if it does not even notice that it is blindfolded.

Moreover, in relation to algorithmic transparency, Edwards and Veale oppose to the check-box consent when entering an agreement because users cannot evaluate the influence on them in the future correctly by such notice.<sup>144</sup> As a result, this article argues that transparency on the SNS can be achieved by requirements of (1) concise declaration at the front or log-in page, (2) limited declaration of the new features added or adjusted, (3) disclosing the samples of executing the algorithm, and (4) frequent disclose. Maybe regulators cannot lead the horse to drink water, but at least regulators can tell those horses they are labeled as fools by platforms and big data companies. If we apply the equine analogies to cyberspace, we know that we couldn’t kill the horse even when we tried. We can only let the horse see what is inhibiting it from drinking water.

---

<sup>139</sup> Bryce Goodman & Seth Flaxman, *EU regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”* (presented at 2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning), available at <https://arxiv.org/abs/1606.08813v1>.

<sup>140</sup> GDPR, arts. 13(12)(f), 14(12)(g) & 15(1)(h).

<sup>141</sup> Goodman & Flaxman, *supra* note 139, at 28.

<sup>142</sup> GDPR, recital 71.

<sup>143</sup> Edwards & Veale, *supra* note 136, at 22.

<sup>144</sup> *Id.* at 65-67.

À propos de...

## *La Revue des Juristes de Sciences Po*

Fondée en 2009, la Revue des Juristes de Sciences Po est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur LexisNexis, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques.

Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'École de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui quinze numéros. Un seizième est en préparation pour l'automne 2018.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la Revue des Juristes de Sciences Po entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du d

roit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.



*Tous les numéros de la Revue des Juristes de Sciences Po sont disponibles sur les bases de données LexisNexis.*



**LexisNexis®**





**AJSP** |

Les Juristes  
de Sciences Po

À propos de...

## ***L'Association des Juristes de Sciences Po***

Créée en 1999, l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) est une association permanente de l'École de Droit de Sciences Po. L'AJSP s'engage à faire vivre le droit à Sciences Po et à mettre en relation les étudiants avec les professionnels du droit.

Tout au long de l'année, le Pôle Évènements de l'AJSP organise des conférences et des rencontres régulières avec des praticiens du droit.

L'AJSP entend renforcer les relations entre les étudiants de Sciences Po et les professionnels ainsi que mettre en valeur leur formation juridique auprès des cabinets d'avocats les plus reconnus.

Le Pôle Évènements est également chargé d'organiser des rencontres entre étudiants, des visites au Palais de Justice et de l'édition d'un Yearbook que chacun reçoit lors de sa diplomation.

Le Pôle Sciences Pi entend réunir les étudiants de la spécialité Droit de l'innovation de l'École de Droit. Le Pôle CJJ réunit les étudiants du master Carrières judiciaires et juridiques.

Enfin, le Pôle Revue est en charge de la publication de la Revue des Juristes de Sciences Po ; revue publiée semestriellement par LexisNexis depuis 2014.



**LA REVUE  
DES JURISTES  
DE SCIENCES PO**

**ISSN 2111-4293**

Revue éditée par  
l'**ASSOCIATION DES JURISTES  
DE SCIENCES PO (AJSP)**,  
régie par les dispositions de  
la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901.

---

13, RUE DE L'UNIVERSITÉ  
75007 PARIS

WWW.AJSP.FR

contact  
@revuedesjuristesdesciencespo.com

---

**Direction scientifique**

Marie MERCAT-BRUNS  
Horatia MUIR WATT

**Rédactrices en chef**

Agathe DE MARCILLAC  
Claire OUALID

**Comité de rédaction**

Jules ANDREAU, Quentin DACHY,  
Pauline DELMAS, Linus HOFFMANN,  
Laura MAURER, Matthieu MISIK,  
Hugo Pascal, BARBORA SLABA,  
Louis TASSET DE LANDTSCHER,  
et Bastien TIREL

REVUEDESJURISTESDESCIENCESPO.COM

---

POUR CITER UN ARTICLE DE LA REVUE :  
[Nom de l'auteur / Titre], *La Revue des  
Juristes de Sciences Po*, printemps 2018,  
n°15, ISSN 2111-4293

*La Revue des Juristes de Sciences Po, ses membres ainsi que son directeur scientifique n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans chaque article.*

*Les opinions doivent être considérées comme propres à chaque auteur et n'engagent aucunement la responsabilité de La Revue des Juristes de Sciences Po, d'un de ses membres ou de son directeur scientifique.*

*www.revuedesjuristesdesciencespo.com*

