



Le juge et le genre

Eric Millard

► **To cite this version:**

| Eric Millard. Le juge et le genre. Jurisprudence Critique, 2011, pp.59-62. halshs-00653986

HAL Id: halshs-00653986

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00653986>

Submitted on 20 Dec 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le juge et le genre

Abstract français - Dans ce papier, j'envisage trois questions liées au traitement juridictionnel du genre : la nature politique de la décision juridictionnelle, le contexte favorisant la prise en compte des questions de genre dans la décision juridictionnelle et le danger à vouloir séparer les questions de genre des autres questions politiques dans la décision juridictionnelle.

Abstract anglais - This paper deals with three problems : the political nature of adjudication, the need and tools to create a favorable context for gender issues in adjudication and the danger of a separate treatment for gender issues and for other political questions in adjudication.

Comment le juge décide-t-il lorsque sont en jeu des questions de différence de sexe ? Est-il ou se sent-il contraint par la norme sociale ? Quelles sont les stratégies à l'œuvre dans ce type de procès ? Les controverses sexuelles secrètent-elles des méthodes d'interprétation particulières ? La judiciarisation permet-elle aux revendications politiques d'aboutir ?

Voilà bien des questions importantes, pour comprendre les problématiques du genre, et agir. Mais voilà aussi des questions qui supposent en amont un certain nombre d'investigations pour comprendre ce que signifie exactement, dans ce contexte, la différence de sexe, et pour identifier les controverses sexuelles et la norme sociale, si elle existe.

Je ne peux évidemment pas pour d'évidentes raisons m'engager sur ce terrain ici. Sans pour autant privilégier une stratégie de l'évitement, je voudrais simplement, pour nourrir la réflexion davantage que pour mettre fin au débat, tenir très brièvement trois points.

1 – Je ne vois aucune raison pour qu'en matière de genre, le processus de décision du juge diffère « structurellement » de ce qu'il est pour n'importe quelle autre question, et particulièrement pour n'importe quelle autre question sociale.

S'il est un point clairement affirmé par l'ensemble des analyses critiques du droit, quoi que l'on entende par analyse critique du droit, c'est bien de considérer que l'acte de juger est un acte décisionnel humain fondé sur la perception que le juge a de ce qu'il doit faire, perception qui elle-même dépend de ses conceptions politiques, de sa représentation du monde, etc. Dans une approche davantage théorisée, on peut dire que la conception de Ross sur cet aspect tout au moins, qui n'est que l'expression la plus cohérente des théories que l'on dit réalistes, est le point de départ épistémologique de toute possibilité critique : il existe une différence de nature entre l'énoncé et la norme ; la norme est la signification juridique que le juge perçoit comme socialement obligatoire, et l'énoncé est principalement une directive pratico-morale qui nourrit cette perception. L'interprétation, la concrétisation, l'application, comme on voudra l'appeler, de l'énoncé dans l'acte de juger conduit à saisir la subjectivité, tout au moins l'intersubjectivité, de cette perception.

2 – Il est clair que le droit, comme ensemble de normes et de directives pratico-morales (d'énoncés), structure les questions de genre. Entre autres. Et si l'on veut bien admettre que structurer n'implique pas nécessairement figer.

L'enjeu de la compréhension des questions de genre pour les juristes, et particulièrement pour les juges, est donc un enjeu clairement politique qui peut être situé à au moins deux niveaux.

a) Tout d'abord des choses essentielles se jouent dans l'éducation et la formation. Il y a un travail social, aussi bien au niveau sociétal qu'au niveau particulier (dans les universités, à l'École Nationale de la Magistrature, au sein des Centres de Formation professionnelle des Avocats notamment) pour

sensibiliser aux questions de genre les acteurs professionnels du procès. Tout comme aux Etats-Unis la révolution réaliste a conduit à transformer les *case books* en *case and material books*, il est plus qu'urgent que nous comprenions que la décision juridictionnelle n'est en rien un exercice logique consistant à tirer à partir de deux prémisses, l'une majeure (l'énoncé applicable, donc une proposition de droit), l'autre mineure (une proposition de fait : comment la relier logiquement à une proposition de droit sans ignorer superbement tout ce que la logique soutient ?; mais surtout une proposition *juridique* de fait, c'est à dire une proposition où les faits sont *qualifiés* juridiquement) une inférence logique dite conclusion juridique.

« Il est donc trompeur de concevoir cela comme une fonction par laquelle le juge tire une inférence logique. A cette fin, il n'est nul besoin de juristes hautement qualifiés. Le rôle du juge est — en supposant toujours qu'il connaît le droit — de poser la seconde prémisse : d'établir que selon les faits soumis au tribunal, ceci constitue un bois, cela un contrat ; et cette formulation de la prémisse mineure n'est pas l'expression d'une reconnaissance théorique de la vérité, mais une décision prise sur le fondement de l'usage de la langue, en relation avec une série de considérations pratiques téléologiques. » (Ross, Les impératifs et la logique, in Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ, 2004)

Ces considérations pratiques téléologiques n'ont rien de technique et quoi de plus effrayant que de constater que les juristes praticiens ne sont pas formés à les affronter, comme si la chose politique, comme si la question de genre, était à la fois une évidence, et une vérité. Le formatage technique auquel procède l'enseignement du droit, généraliste ou appliqué, ne prépare en rien à l'aspect le plus difficile de l'activité des juristes. Comprenons-nous bien : certes, la connaissance technique est indispensable ; je dis qu'elle n'est pas suffisante et qu'elle n'aborde pas l'essentiel, le plus difficile ; je dis aussi que le savoir technique repose avant tout sur la maîtrise de méthodes, et qu'il y a ici des gains de temps dans la pédagogie qui permettent de s'ouvrir à l'essentiel. Comprenons-nous bien encore : certes il n'est rien de pire que l'endoctrinement politique ou idéologique ; mais refuser de comprendre que pour régler des questions politiques (dont font partie les questions de genre) il est nécessaire d'avoir été sensibilisé fortement et durablement, de manière pluraliste, à ces questions, et d'acquérir un esprit critique, relève du corporatisme le plus imbécile. Il importe de faire rentrer de manière non homéopathique dans le savoir des juristes un savoir que l'on nous présente comme non juridique, parce que la fonction des juristes n'est pas de résoudre techniquement de questions juridiques, mais de donner une réponse juridique (selon le droit et qui vaudra pour droit) à des questions de tous les jours, par exemple des questions sociales, des questions de contentieux de sexe, des questions politiques. De donner des réponses ou de fournir des arguments (l'avocature) ; et formaliser en termes juridiques les questions de genre, puisqu'aussi bien il n'y aura de réponse qu'à partir du moment où il y aura d'abord un accès au juge pour ces questions, et une demande qui tienne compte de ces questions. De ce point de vue, à nouveau je plaide pour des modalités d'enseignement et de formations cliniques du droit, pour que cette sensibilisation ne soit pas simplement dogmatique, mais fondée sur l'expérience, et sur la réaction subjective à l'expérience.

b) Ensuite, puisque la problématique est ici celle du genre, d'autres choses importantes se jouent dans la composition des formations de jugement, et dans les formalités des jugements. Il y a une variété de genre à intégrer dans ces formations, non pas pour représenter ces variétés (je suis fondamentalement universaliste), mais parce que l'intérêt de l'universel est que ce ne soit pas la seule communauté hétérosexuelle/mâle/bourgeoise/blanche qui décide de ce que l'universel se donne comme norme, et pas seulement lorsque sont en jeu les questions de genre. Il y a aussi en parallèle à mettre au jour dans les jugements eux-mêmes les dissidences, donnant à voir les critiques internes, notamment des présupposés des décisions, qui n'affaiblissent pas les effets d'une décision majoritairement acquise, mais qui (dé)livrent au débat public des raisons que la raison judiciaire occulte, permettant le débat démocratique non faussé sur la norme décidée. Pour ce qui est des questions de genre, je doute fort que ces dissidences, si elles étaient permises, traduisent systématiquement des positions fondées uniquement sur le genre de celles et ceux qui les exprimeraient, que les femmes juges soient systématiquement féministes et que les hommes ne le

seraient jamais ; mais j'en attends qu'en lieu et place d'une vérité juridique apparaissent les moyens de (dé)construction des décisions juridiques pour en permettre des lectures politiques de manière générale, et *générées* pour ce qui nous retient ici.

3 – Je viens évidemment d'intégrer dans le point précédent des considérations qui n'ont rien à voir avec le genre : l'origine ethnique, la classe sociale, etc, sont tout autant des variétés que le genre, et l'argument vaut aussi pour elles.

Je reviens à ce que je disais au début : je ne crois pas que la question du genre soit une question structurellement différente pour le juge, et je crois que ce sont toutes les questions sociales qui devraient être ainsi traitées. Je me méfie notamment d'une tendance à la naturalisation des questions de genre, qui conduirait à (vouloir) les traiter spécifiquement, ou autrement que les autres, séparément d'elles. Le genre est une donnée importante ; il n'est cependant pas la seule donnée et vouloir isoler cette problématique comme appelant en tant que telle des réponses spécifiques et suffisantes ne me paraît ni souhaitable ni possible. Les décisions juridiques peinent à être neutres du point de vue du genre (faut-il d'ailleurs qu'elles le soient ? Entre invisibilité et prise en compte, l'éventail du possible est large et il peut y avoir une tension classique entre égalité et identité) ; mais le féminisme n'est pas non plus politiquement neutre, en deux sens : intégrer la question de genre oblige bien sûr à modifier notre manière de penser les questions politiques, mais les questions de genre sont susceptibles de donner lieu à des intégrations politiques, à des lectures, à des réponses, bien différentes, politiquement différentes.

Des féminismes, en veux-tu, en voilà, pour reprendre le titre du dossier que consacre à cette question l'excellente revue *Réfractations* (n° 24, mai 2010). Naturaliser la question du genre, en attendre un traitement spécifique et isolé, prive cette question de ses potentialités politiques, occulte ses implications politiques, nie la variabilité des réponses qu'elle peut appeler, et construit ainsi cette question comme une évidence et une vérité.

La critique que j'adressais à l'enseignement des juristes qui ne les sensibilise pas à ces problématiques vaut alors aussi ici. C'est peut-être la condition pour qu'il soit possible de prétendre fournir une réponse vraie (celle du juge) à une évidence (le contentieux de la différence de sexe). D'une certaine manière, la décision du conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (2010-613 DC du 7 octobre 2010) l'illustre en affirmant que c'est à bon droit que le législateur a pu estimer « que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité » justifiant ainsi l'interdiction de cette dissimulation, forcée ou volontaire. Pour autant, la question générale du genre ainsi formulée comme évidente (objectivement, il y a présence d'une situation d'exclusion et d'infériorité dans tous les cas, et cette situation est contraire aux principes de liberté – même si l'on envisage un choix volontaire de se dissimuler le visage ? - et d'égalité) ne permet pas d'apporter une réponse appropriée à la situation d'exclusion réelle des femmes qui sont forcées de se dissimuler le visage dans l'espace public : exclues de celui-ci, elles sont condamnées à demeurer cloîtrées, sous l'autorité de celui ou celles et ceux qui la forcent, dans l'espace privé ; ce qui ne me paraît pas être la meilleure manière de lutter contre leur exclusion ou infériorisation, même si la loi sanctionne opportunément (mais bien peu efficacement dans ce cas) celles ou ceux qui forcent les femmes à dissimuler leurs visages. Il est vrai que cette exclusion fait que nous ne les voyons plus, donc qu'elles ne nous dérangent plus, qu'elles ne nous renvoient plus l'image de leur infériorisation... Dormez braves gens !

Paradoxalement alors, poser ainsi la question principielle et théorique du genre, déconnectée des autres considérations politiques et sociales, devient le meilleur moyen de ne pas voir la problématique du genre en pratique.