

## ***La différence des sexes et le droit***

Auteur : Catherine Labrusse-Riou (juriste)

Date de publication : 2005

**Résumé** : Éléments de réflexion sur la différence des sexes, telle qu'elle est appréhendée par le droit français, notamment dans les domaines du mariage, de la filiation et du travail. L'auteur cherche à cerner la tension existante entre la nécessité de faire des distinctions, base du système législatif, et la tendance actuelle vers l'indifférenciation des situations et des pouvoirs.

**Auteur** : Professeur émérite de droit privé à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne. Ses enseignements et ses recherches portent sur le droit civil, spécialement sur le droit des personnes et de la famille, sur le droit international privé, sur la fonction anthropologique du droit, et sur la théorie et la pratique du droit des sciences de la vie et de la bioéthique, domaine où elle a publié ou dirigé plusieurs ouvrages et de nombreux articles, certains étant réunis dans l'ouvrage *Écrits de bioéthique*, PUF, 2007. Elle a été membre du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, puis du Groupe européen d'éthique pour les sciences et les nouvelles technologies.

---

### **1. La distinction masculin/féminin concerne tous les domaines du droit : elle est désormais dominée par le principe d'égalité**

L'aporie actuelle est de combiner le principe d'égalité avec la différenciation des personnes et des rôles sociaux. Il faut avoir conscience que l'égalité des hommes et des femmes est un principe général du droit récent dans sa mise en œuvre et que bien des questions pratiques ne s'expliquent que par les difficultés de faire pénétrer le principe dans les esprits et les faits. Mais l'égalité n'exclut évidemment pas la différence des situations et même l'institution des différences de statuts (français, étrangers par exemple) et qu'elle est même à la base de l'organisation de l'État (différence entre les trois pouvoirs constitutionnels). Pour les individus, la question essentielle en droit est de savoir quel est le critère et l'objectif qui fonde la différence de statut et les interdits qui en résultent. Il ne faut pas oublier qu'en droit, le fonctionnement du système consiste justement à faire constamment des distinctions afin de ne pas tout confondre dans le chaos des vies humaines. En revanche le libéralisme actuel tend à indifférencier situations et pouvoirs et à éliminer le critère du sexe en ce qu'il serait discriminant. Mais de quoi parle-t-on ? De la différence des sexes donc des individus ou de la différence des couples donc des liens noués entre les individus ?

### **2. L'égalité dans le droit de la famille**

L'égalité des sexes dans les lois a été acquise progressivement dans le droit de la famille en premier lieu (elle ne s'est développée que plus tard en droit du travail), à partir des années 1960, sans que n'ait été posée la question de l'égalité juridique des couples, les couples non mariés demeurant dans le non-droit (ni illicites sauf adultère, ni juridiquement organisés, si ce n'est par des contrats entre les concubins). Seul le mariage fondait la famille et déclenchait un statut dans lequel l'égalité des époux a été progressivement consacrée. Il est important de noter que les textes fondamentaux du code civil sur le mariage n'ont pratiquement pas changé depuis 1804 sauf lorsqu'ils consacraient une inégalité au profit du mari. Si aujourd'hui l'attaque du mariage vient de ceux-là

même qui le revendiquent comme un droit en niant la nécessaire différence des sexes, et qui par suite demandent au droit de se subvertir lui-même, il faut noter que les couples non-mariés hétérosexuels sont singulièrement silencieux dans le débat. L'admission du PACS devait poser la question de la différence des couples et consacrer pour la première fois dans l'histoire un modèle de couple concurrent du mariage.

De manière plus indirecte mais certaine, l'indifférenciation des couples résulte en partie de la reconnaissance de l'égalité des enfants légitimes et naturels (adjectifs disparus de l'Ordonnance de juillet 2005 applicable depuis juillet 2006). L'institution du mariage avait en effet pour prix la discrimination des enfants, or celle-ci est assez vite apparue intolérable dans la mesure où les enfants ne sont pour rien dans les conditions de leur conception. Déjà admise en principe en 1972, l'égalité des enfants qui persistait à discriminer les enfants adultérins dans certaines situations a été condamnée par la CEDH puis l'ordonnance de 2005. Il en résulte que le lien conjugal n'est plus articulé au lien parental. Alors qu'antérieurement c'était le couple qui était la cause de l'enfant par l'institution du mariage, désormais il semble que ce soit l'enfant qui fonde le couple par l'institution de l'autorité parentale conjointe des parents (à noter que les termes parents sont souvent substitués à ceux de père et mère).

### **3. Différence des sexes et filiation**

**Le butoir de la différence des sexes demeure dans le droit quant à la détermination de la filiation, c'est-à-dire les critères d'identification de la mère (maternité) et du père (paternité dont la preuve n'est évidemment pas la même).** Ce fondement des identités individuelles et des liens sociaux tend à devenir de plus en plus nettement fondé sur les données biologiques mais de graves conflits naissent désormais du pouvoir des femmes de maîtriser leur fécondité et d'imposer ou de dénier la paternité de l'homme (retournements des inégalités anciennes contre les hommes au moyen notamment des preuves biologiques jusqu'alors ignorées).

**La différence des sexes est aussi à la base du fondement structurel de la généalogie et de la construction d'un droit de la famille et en particulier du droit des successions sur la distinction des lignes paternelle et maternelle.** Le droit commun est en outre fondé sur l'unité temporelle du couple procréateur dont le premier devoir est d'élever et d'entretenir leurs enfants (noter que l'obligation alimentaire réciproque dure pendant toute la vie et ne vise pas seulement les enfants mineurs). Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la dissociation s'impose pour des raisons que le droit ne peut pas empêcher et dont il doit tenir compte (abandons d'enfants, mauvais traitements impliquant de retirer l'enfant aux parents, etc.).

Toute cette construction de base que l'évolution du droit n'a pas entamée est directement attaquée par les effets des procréations médicalement assistées, spécialement en cas de dons de gamètes. De nouvelles discriminations en résulteront un jour ou l'autre. Elles sèment l'incohérence dans un droit qui a besoin pourtant de cohérence dans ses principes et ses méthodes. L'admission d'un droit « à l'enfant » ou à la procréation homosexuelle bat en brèche tout le système culturel et technique sur lequel le droit de la famille est fondé. Il se sert des exceptions (adoptions, délégation d'autorité parentale) ou des hypothèses marginales ou subsidiaires pour fonder un droit général. Le rapport principe/exception s'en trouve gravement perturbé et met en cause au-delà des règles particulières le droit lui-même.

#### **4. La remise en cause des fonctions du droit**

**D'un point de vue de politique juridique, on peut se demander si le rôle du droit n'est pas justement d'apporter un équilibre et de la sécurité dans une vie sociale troublée, perturbée, changeante et, qui plus est, violente. Il ne s'agit pas de faire prévaloir une morale mais de préserver des données stabilisatrices dans un monde mouvant. Il en irait autrement si la société était bloquée, le droit devant alors plutôt forcer à l'ouverture. Cela ne semble pas être le cas de notre droit de la famille.**

La question de l'égalité est d'autant plus difficile que le droit a précisément pour méthode d'organiser des distinctions pour qualifier les faits, pour distinguer les institutions et les personnes et en déduire des régimes juridiques différenciés afin que la vie sociale ne soit pas un chaos livré à la violence de la confusion des pouvoirs, des droits et des devoirs. La question est difficile aussi en raison de la complexité et de la variabilité de la reconnaissance juridique de la « personne » dont la notion oscille entre le fait et la fiction.

Toute la question repose sur la fonction des institutions, la limite mais aussi la reconnaissance des sacrifices que le respect des institutions et des règles impose aux désirs ou droits individuels, sur la fonction de l'Interdit dans la société comme pour les individus et la sanction de sa transgression. Notre société fourmille d'interdits de caractère disciplinaire (circulation automobile, santé publique, immigration, etc.) et cède ou a tendance à céder sur les interdits plus fondamentaux (cf. attitude du législateur et des juges sur l'adultère, la sexualité en général, l'inceste) au nom d'un soit disant droit au bonheur qui, à mon sens, n'entre pas dans la fonction du droit.

Voir sur ces points l'excellent ouvrage de Alain Supiot « *Homo juridicus*, essai sur la fonction anthropologique du droit » Seuil, 2005.

#### **Opinion personnelle**

La question de la différenciation Homme/Femme, me paraît particulièrement difficile à aborder par l'Eglise étant donné l'importance capitale de la différence et de l'inégalité dans son organisation et sa conception théologique et historique du prêtre. Il est indispensable, pour les chrétiens comme pour les non chrétiens, d'une part d'expliquer les fondements de cette différenciation non admise par tous les chrétiens (protestants), et d'autre part d'analyser comment dans son histoire et son influence sociale l'Eglise a pu contribuer à creuser et à justifier l'inégalité de l'homme et de la femme dans la vie familiale et sociale ; comment aussi elle a su défendre dans l'histoire l'égalité dans le mariage notamment (consentement de la femme, égalité des devoirs entre époux notamment quant à la fidélité) que le droit civil consacre désormais. Il m'apparaît nécessaire que l'Eglise s'explique publiquement sur ces questions et fasse la lumière sur sa propre histoire.

#### **Au-delà de la différence des sexes dans la famille : la différenciation des rôles sociaux**

D'une façon générale, il faut relever que le droit organise le statut social des personnes en fonction de l'objet de leur activité principale afin de les différencier les unes des autres ; Ainsi le banquier n'est pas un notaire qui n'est pas un avocat, une profession libérale n'est pas une profession commerciale, un juge n'est pas un administrateur civil, etc. Ces statuts professionnels impliquent qu'il y ait de nombreux interdits et des incompatibilités entre eux.

La question est de savoir quelle fonction symbolique ces différenciations assument : séparation et limitations des pouvoirs dans la société civile, danger de la confusion des pouvoirs, évitement d'une société quasi incestueuse où une même personne occuperait toutes les places ou en tous les cas trop de places (ex. Cumul des mandats politiques et dans les organes des sociétés commerciales).

La matière n'est pas théorisée par les juristes et mériterait de l'être. Il faut la mettre en regard avec le principe abstrait d'égalité qui raisonne à partir des droits individuels et non à partir des pouvoirs que les humains détiennent. Les droits confondus avec les désirs ou avec les libertés civiles n'ont pas de limite objective tandis que les pouvoirs sont nécessairement limités. Ce qui vaut pour la société en général devrait valoir pour la famille également.

## **Conclusion**

La tendance libérale à légitimer toutes les demandes sociales sans examen des conséquences repose sur l'idée que l'intérêt de l'enfant est une question de fait appréciée par des experts et non sur le respect d'institutions destinées à soutenir les individus dans des rôles de toute façon aussi essentiels que porteurs de conflictualité. Elle repose aussi sur une certaine forme de darwinisme social, visant au désengagement du droit et de la loi, au profit d'une régulation « naturelle » des mœurs et sur l'idée que les enfants de toute façon sauront s'adapter à des évolutions présentées comme inéluctables. Il n'en reste pas moins que de même qu'avec les PMA on s'est engagé dans la légalisation d'une production sociale et « commerciale » des enfants, fruits d'un projet satisfait par une entreprise, on produirait des enfants « expérimentaux » avec la légalisation de parentés homosexuelles au mépris de toutes les règles qui tant en matière de filiation que de succession distinguent les lignes paternelle et maternelle.

Il paraît important d'insister sur les risques d'accroissement des conflits. Certes la famille n'est pas un lieu idéal et les conflits entre hommes et femmes y sont nombreux, violents, passionnels. Ils risquent seulement de l'être plus et de ne pas avoir de règle de référence pour les trancher.

**Finissons par une histoire faite d'autre preuve : *une petite fille de 12 ans dont le père, divorcé, et devenu homosexuel lui annonce qu'ils vont déménager pour un appartement plus grand, répond : « C'est bien, comme ça vous pourrez avoir chacun votre chambre. »***

---

## **ANNEXES**

### **1. Différenciation de l'homme et de la femme dans le droit du travail**

Le principe de plus en plus développé en droit (mais en fait ?) conduit à interdire de considérer le sexe comme une cause justifiée de non embauche mais en revanche le travail de nuit autrefois interdit aux femmes vient d'être admis. Mais, il reste des différences liées essentiellement à la maternité. Les hommes à leur tour obtiennent des droits à l'occasion de la naissance d'un enfant. Il reste que les femmes qui souhaitent « faire carrière » (sauf dans la fonction publique) demeurent discriminées en fait si elles veulent aussi avoir des enfants. Le droit du travail pose comme ailleurs la question de la différence du fait et du droit et des limites que le droit comporte pour sa propre exécution en pratique. La règle cependant permet de faire des procès et ceux-ci ont parfois pour effet de faire changer les pratiques.

### **2. Effet de l'égalité dans l'institution du mariage**

La différence des sexes est sinon explicite du moins évidente dans la formation du lien conjugal et dans tous ses effets juridiques en matière extra patrimoniale comme en matière patrimoniale dans

la gestion des biens. De plus, la Loi de 2001 a considérablement accru les droits successoraux du conjoint survivant dans le mariage seulement. Le fait de parler dans la loi « des époux » plutôt que de mari et femme est sans incidence réelle sur la différenciation des sexes. Les tribunaux ont condamné comme nul un mariage homosexuel. De plus ni le concubinage, ni le PACS ne consacrent des droits et des devoirs équivalents au mariage.

**La question de *lege ferenda*** est de savoir s'il faut tenir bon sur ce point en s'opposant à la légalisation du mariage homosexuel malgré les exemples étrangers. Ma réponse personnelle est positive. Subsidiairement, il faut veiller à ce qu'au nom de l'égalité des « couples », (notion introduite dans la loi à propos des procréations médicalement assistées non réservées aux gens mariés mais admises pour les concubins hétérosexuels), substituée à l'égalité des personnes, on ne traite par la loi ou par la pratique juridique les concubins et les pacsés comme des gens mariés en raisonnant par analogie ; ce n'est pas encore le cas en jurisprudence mais cela pourrait le devenir par une réforme du pacs comme par une définition d'un régime juridique du concubinage.

**L'enjeu principal est la fonction de l'institution fondée sur l'engagement personnel par rapport à des situations de fait.**

**La question est aussi de nature politique et constitutionnelle dans la mesure où la fonction du mariage civil dont le but en 1792 fut d'unifier les Français religieusement divisés, soit gravement remise en cause.** On peut penser que les grandes religions (qui ont en plus un droit propre) ne puissent pas suivre un législateur qui ratifierait le mariage homosexuel et qu'elles se refusent à le célébrer. Il n'y aurait plus aucune raison alors d'exiger la célébration civile avant la célébration religieuse pour tous les mariages. Ce serait une rupture grave avec la restauration de la paix religieuse par la reconnaissance du mariage civil en 1792, qui, sans entamer la liberté religieuse, a fait l'unité des français sur cette question fondamentale pour le corps social. Si le contexte historique a changé, la question est toujours et plus que jamais actuelle. Elle engage la conception même de la République et ouvre la porte à un communautarisme juridique.

### **3. Effet de l'égalité civile des enfants en droit de la filiation et de l'autorité parentale**

Elle est acquise depuis l'Ordonnance du 6 juillet 2005 applicable à partir de juillet 2006 ainsi que par la loi du 4 mars 2002 en matière d'autorité parentale.

#### **Filiation :**

L'égalité de tous les enfants, nés dans ou hors mariage, que la loi de 1972 avait consacré avec des réserves envers les enfants adultérins en matière successorale entraînant la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, a été étendue aux modes d'établissement de la filiation de même qu'ont été supprimées les dernières inégalités envers les enfants adultérins.

L'essentiel est la disparition des termes « enfants légitimes » (car nés en mariage) et « enfant naturel » (nés hors mariage). En conséquence l'existence du couple marié n'a presque plus d'influence sur la filiation bien que la loi ait conservé, en cas de mariage, la présomption de paternité comme mode de preuve de la paternité du mari de la mère. La grande distinction concerne désormais la maternité et la paternité dont les preuves ne sont pas les mêmes. Il faut noter la montée en puissance des droits de la mère par rapport à ceux du père conçu comme un géniteur essentiellement et mettre de côté les lois sur les procréations assistées avec tiers donneur qui dérogent de manière importante au droit commun (nouvelle discrimination masquée derrière

l'intérêt de l'enfant ?). La parenté n'est en rien la « parentalité » terme sociologique sans contenu juridique précis.

**Quant à l'autorité parentale**, si les termes père et mère n'ont pas disparu du langage du code civil, le terme indifférencié de « parent » leur est substitué dans de nombreux textes. La distinction père/mère est sans incidence dès lors que l'autorité parentale est « conjointe » et les droits et devoirs des père et mère identiques. L'identité des droits et des devoirs ne porte pas atteinte à la différenciation des sexes. **Donc l'égalité est bien souvent compatible avec la différenciation ; on peut même penser que l'égalité suppose la différenciation.**

Il faut noter aussi l'idéologie du couple parental dans la loi qui maintient en principe l'autorité parentale conjointe malgré le divorce ou la séparation des parents.

**Quant à la parenté relativement à un couple homosexuel**, elle ne peut résulter que de l'adoption de l'enfant par l'un des membre du couple ou de contrats de procréations médicalement assistées dont le développement est net dans des pays voisins qui l'admettent. La jurisprudence commence à peine à s'élaborer à l'occasion des conflits que ces situations suscitent en pratique.

Il faut compter aussi avec le développement des droits de l'enfant et notamment son droit à avoir un père et une mère (cf. les problèmes posés par l'accouchement sous X). La Cour de cassation vient justement de reconnaître les droits du père sur un enfant né sous X et confié en vue de l'adoption. La matière est en pleine reconstruction par application du droit de l'enfant de connaître ses origines ; on peut d'ailleurs se demander pourquoi la loi parle « d'origine » qui n'a guère de sens et reste fort vague.

L'indifférenciation revendiquée par certains concerne la confusion entre la filiation et l'autorité parentale qui normalement en résulte. La revendication inverse les rôles et au nom du désir d'élever un enfant on cherche à subvertir le droit de la filiation et de l'adoption et de confondre les sexes par confusion des rôles. Quelle dénomination donner par exemple à une femme qui serait tenue pour père ? (cf. M. Balmary à propos des lois du Québec). Ceci dit, le droit a toujours connu des parentés plurielles (parenté spirituelle des parrains et marraines, parenté de droit et parenté de fait, adoption simple qui maintient la filiation d'origine ; mais, soit elles sont dépourvues d'effets juridiques, soit elles sont exceptionnelles.