

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Working Papers

WPS /2014/8

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

« Travailleuse, travailleur » : une lecture du code du travail au prisme du genre

Laure Camaji



Isabel Odoul-Asorey



Jérôme Porta



Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

ISSN In Process



« Travailleuse, travailleur » : une lecture du code du travail au prisme du genre

Laure Camaji - IUT de Sceaux - Univ. Paris-Sud

Isabel Odoul-Asorey - IRERP - Univ. Paris-Ouest Nanterre La Défense

Jérôme Porta - COMPTRASEC UMR CNRS 5114 - Univ. de Bordeaux

Juin 2014

ABSTRACT

The Labour Code contains a number of gender-specific provisions. It therefore provides an ideal field of observation to grasp the workings of gendered legal drafting. The aim of the study is to show the way in which differentiation between masculine and feminine is conceived in the Labour Code. On the basis of the legal wording and references to the gender of the subject of the law, we begin by putting the notion of gender-specific rules to the test. We then seek to highlight the gender stereotypes attributed by labour law to women and men at work. Finally, the analysis focuses on the objective of these references to the gender of the subject of the law in the Labour Code. The variety of gender stereotypes referred to by the norm corresponds to a number of different legal programmes and policies relating to protection, equality and family life.

KEY WORDS

Gender, gender-based provision, stereotype, labour law legislation, legislative drafting

RÉSUMÉ

Le code du travail comporte de nombreuses dispositions sexo-spécifiques. Il offre ainsi un terrain d'observation privilégié pour saisir les ressorts d'une écriture juridique genrée. L'étude entend montrer la manière dont la différenciation entre le masculin et le féminin est conçue dans le code du travail. En partant des énoncés juridiques et de la référence au sexe du sujet de droit, il s'est d'abord agi de mettre à l'épreuve la notion de règles sexo-spécifiques. L'étude a ensuite tâché de faire ressortir les stéréotypes de genre que le droit du travail assigne aux femmes et aux hommes au travail. Enfin, l'analyse s'est centrée sur le but de la référence au sexe du sujet de droit dans le code du travail. À la diversité des stéréotypes de genre convoqués par la norme, correspondent des programmes et des politiques juridiques hétérogènes, relatifs à la protection, l'égalité et la vie familiale.

MOTS CLÉS

Genre, règles sexo-spécifiques, stéréotype, Code du travail, légistique

RÉFÉRENCES DU DOCUMENT

L. Camaji, I. Odoul-Asorey, J. Porta « Travailleuse, travailleur » : une lecture du code du travail au prisme du genre, COMPTRASEC-WPS/2014/8, Juin 2014.

© COMPTRASEC - 2014

Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114

Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>

Le COMPTRASEC publie des Working Papers (WPS) en lien avec son séminaire annuel de recherche, reprenant les interventions des conférenciers invités depuis 2012. Les WPS ne constituent pas des contributions finalisées. Ils documentent les thématiques traitées, déterminées selon les axes de recherche qui gouvernent la vie du laboratoire. Le dépôt d'un WPS est une démarche volontaire et facultative de la part des chercheurs invités.

COMPTRASEC publishes Working Papers (WPS) connected with its annual research seminar, containing the speakers's contributions since 2012. The WPS are not finalized papers which document the treated thematic, determined in regard with the COMPTRASEC research area. The submission is voluntary and optional for the visiting scholars.

« Travailleuse, travailleur » : une lecture du code du travail au prisme du genre *

Selon une définition classique, la règle de droit est abstraite¹. Cependant, elle s'adresse à des personnes concrètes, notamment à des femmes et à des hommes. Le législateur le souligne parfois de manière explicite en ayant recours à des dispositions « sexo-spécifiques ». Il peut aussi dissimuler une norme visant principalement, voire exclusivement, des femmes ou des hommes derrière certains énoncés législatifs aveugles au genre (genderblind), abstraits, généraux et impersonnels². Quels que soient les modes d'énonciation de la règle, une lecture genrée de la sémantique juridique est riche d'enseignements. Le droit du travail se prête particulièrement bien à ce type d'analyse³. Chacun le sait, une des grandes questions du droit du travail a longtemps été celle de la réglementation du travail des femmes. Si l'influence du principe d'égalité entre les femmes et les hommes a conduit à abroger certaines réglementations spéciales⁴, il demeure de nombreuses dispositions sexo-spécifiques dans le code du travail. Sont tour à tour visés : la femme, la salariée, la fille, la mère, mais aussi l'homme, le père et le garçon. Cette richesse sémantique est inhérente à l'objet du droit du travail. Soucieux de saisir un sujet de droit au travail, le droit du travail a, dès ses origines, imposé une conception très concrète du sujet de droit. En effet, le droit du travail ne vise pas seulement à ordonner les relations entre des contractants, mais entend également gouverner aussi les conditions de la relation entre un employeur et des salariés. Le contexte de la relation contractuelle, et de la relation entre un employeur et une collectivité du personnel, n'est pas considéré comme extérieur au droit. Le droit du travail se donne pour fonction d'encadrer et de façonner ce contexte, par exemple en prescrivant le respect de règles en matière de temps de travail, d'hygiène et de sécurité sur le lieu de travail. Les énoncés législatifs et réglementaires portent la trace d'une telle conception.

Le salarié, sujet du droit du travail, est reconnu comme une personne qui engage son corps et met en jeu son être moral et social⁵.

Ainsi, le code du travail offre un terrain d'observation particulièrement privilégié pour saisir les ressorts d'une écriture juridique genrée. Avant de présenter les conclusions de cette étude⁶, il faut préciser la méthodologie retenue. En effet, une analyse genrée du code du travail peut s'inscrire dans des perspectives diverses. Elle peut d'abord se confondre avec le programme de la lutte contre les

* Working paper de l'article publié sous le même titre dans *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, dirigé par de S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, CNRS Éditions, 2014, p. 185-200, reproduit avec l'aimable autorisation de l'éditeur.

1 Frison-Roche Marie-Anne, Sève René, *L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes*, *L'Année sociologique*, 2003/1, vol. 53, pp. 55-88.

2 Voir par exemple l'étude d'Olivia Bui-Xuan, *Regard genré sur les dispositions juridiques relatives à la neutralité religieuse*, in Hennette-Vauchez Stéphanie, Roman Diane et Möschel Mathias (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2013, pp. 21-36.

3 Déjà, Auvergnon Philippe, *Genre et droit social*, Presse universitaire de Bordeaux, 2008.

4 L'interdiction du travail de nuit des femmes a été abrogée par la loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cette interdiction, mentionnée à l'ancien Art. L.213-1 du code du travail, était devenue inopérante avec l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991 (CJCE 25 juill. 1991, D. 1991.443, note Huglo J.-C.; Dr. soc.1992.183, obs. Moreau Marie-Ange; voir Laufer Jacqueline et al., *Le travail de nuit des femmes*, *Travail, genre et sociétés*, 1/2001 (n°5), p.135). D'autres dispositions ont été supprimées plus récemment, à la faveur de la recodification de 2008 (voir infra, Partie II de cette étude).

5 Supiot Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 44 et s. spéc. p.51 et s.

6 L'étude porte sur toutes les dispositions législatives et réglementaires du code du travail en vigueur au 21 août 2013.

inégalités entre les hommes et les femmes. Dans cette perspective, l'étude du droit du travail se donne pour but de dévoiler les discriminations directes ou indirectes encore tapies dans les dispositions du code du travail. Telle réglementation sur le travail de nuit, tel avantage spécifique (un congé reconnu à l'un seulement des deux sexes) ou tel critère d'évaluation peut être contraire à l'interdiction des discriminations. L'exploration trouve son lieu d'épreuve dans le contentieux et notamment les décisions des juges européens. Une analyse genrée de textes juridiques peut également se donner pour objectif de détecter les traces de la domination masculine à l'oeuvre dans la sémantique juridique. Certaines études proposent ainsi une réécriture épiciène des textes juridiques⁷. Dans le domaine des relations de travail, il peut être aussi envisagé de prêter attention aux noms de métiers et aux désignations de catégories professionnelles, qui peuvent être le siège de stéréotypes de genre dans les textes juridiques.

C'est encore une autre perspective qui est adoptée dans la présente étude. L'analyse a porté sur la manière dont les énoncés juridiques intègrent explicitement le critère du sexe dans le code du travail, et sur le sens qu'une telle énonciation peut conférer à la norme. L'étude entend ainsi montrer la manière dont la différenciation entre le masculin et le féminin est conçue dans le code du travail. Cette entreprise appelle successivement trois objets d'analyse – un des enseignements de cette étude est d'ailleurs de souligner les incertitudes du passage d'un objet d'analyse à un autre. Tout d'abord, en partant des énoncés juridiques et de la référence au sexe du sujet de droit, il s'est agi de mettre à l'épreuve la notion de règles sexospécifiques (I). Ensuite, l'étude s'est déplacée sur les significations de ces énoncés et sur les représentations des sujets de droit auxquelles font référence les règles sexo-spécifiques.

L'étude a ainsi tâché de faire ressortir les stéréotypes de genre⁸ que le droit du travail assigne aux femmes et aux hommes au travail (II). Enfin, l'analyse s'est centrée sur le but de la référence au sujet de droit sexué dans le code du travail. À la diversité des stéréotypes de genre convoqués par la norme, correspondent des programmes et des politiques juridiques hétérogènes (III).

I - En quête des règles sexo-spécifiques

La collecte des énoncés juridiques sexués dans le code du travail est féconde. Les désignations du sujet de droit en fonction de son sexe se caractérisent par une étonnante variété. À la lecture des dispositions du code du travail, on rencontre des termes et des expressions divers, notamment : le ou les « salarié(s) », la ou les « salariée(s) », « les salariés des deux sexes », la ou les « femme(s) », la « femme candidate à un emploi », les « hommes », le « travailleur masculin », le « travailleur féminin », la « femme » ou la « salariée » « enceinte », en « état de grossesse », « ayant accouché », « allaitante », « allaitant » ou « en congé de maternité », le « père », la « mère », les « filles », les « garçons ». D'autres désignations implicitement ou explicitement sexuées sont également employées, notamment les termes « sexe », « sexuel », « maternité », « paternité », « grossesse », « accouchement », « allaitement », et les expressions « rôle féminin », « rôle masculin », « modèle masculin », « modèle féminin ». Toutefois, entre cette première observation des énoncés juridiques et l'identification des règles sexo-spécifiques, c'est-à-dire exclusivement adressées à un sujet de droit en fonction de son sexe masculin ou surtout féminin, se dressent maints obstacles. Une tentative d'analyse genrée se heurte ici à trois ordres de difficultés.

⁷ Voir le travail réalisé par certains membres de l'équipe de recherche REGINE à propos de la Constitution française, <http://regine-droit.blogspot.fr/>

⁸ Roman Diane, Les stéréotypes de genre : « vieilles lunes » ou nouvelles perspectives du droit ?, in Hennette-Vauchez Stéphanie, Roman Diane et Möschel Mathias (dir.), Ce que le genre fait au droit, op. cit., pp. 93-121.

La première difficulté est d'ordre grammatical. Dans le code du travail, le masculin domine sans doute en raison de la règle grammaticale de la langue française qui veut que le masculin l'emporte. Ainsi, la désignation la plus fréquente du sujet de droit dans le code du travail est celle de « salarié ». Cette domination grammaticale du masculin témoigne du caractère non sexo-spécifique (ou genderblind) de la législation du travail dans une large mesure⁹. Cependant, l'usage du masculin n'exclut pas nécessairement le caractère sexo-spécifique de la règle, comme en témoigne l'usage du masculin pour désigner le « salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, notamment du fait d'un congé de maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation » (art. L.1111-2 C. Trav.). Il apparaît ainsi qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre le fait qu'un énoncé juridique désigne ou non un sujet de droit sexué et la détermination des destinataires de la règle. La règle grammaticale imposant l'emploi du masculin de manière générique perturbe fortement le jeu de correspondances entre le genre grammatical et la nature sexo-spécifique de la règle. C'est une limite importante à une investigation uniquement lexicale.

La deuxième difficulté est d'ordre interprétatif. L'expression du sexe n'indique pas le caractère sexo-spécifique de la règle de manière univoque. Certains énoncés sexo-spécifiques sont porteurs d'une règle véritablement sexo-spécifique, dans le sens où la règle s'adresse à un sujet de droit en fonction de son sexe. C'est le cas, par exemple, des dispositions visant « les femmes [ou « les salariées »] » « enceintes, venant d'accoucher ou allaitant », « en état de grossesse », ou ayant droit à « un congé de maternité ». Cependant, d'autres énoncés sexospécifiques sont porteurs de règles s'adressant à tous les sujets de droit. Il s'agit des énoncés sexo-spécifiques bilatéraux, dans lesquels les deux sexes sont expressément désignés. C'est très fréquemment le cas des dispositions juridiques en matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. De nombreuses dispositions du Code du travail sont consacrées à « l'égalité professionnelle » (ou à « l'égalité de rémunération ») « entre les femmes et les hommes »¹⁰. D'autres énoncés vont en ce sens. Ainsi, l'usage du terme « sexe » prend une signification bilatérale lorsque sont visés les « salariés des deux sexes »¹¹ ou ceux de « l'un ou l'autre sexe »¹². La différence est alors tenue avec des énoncés interdisant les discriminations en raison

9 La lecture des Art. L. 1111-1 à L. 1111-3 du code du travail est à elle seule emblématique. Ces trois articles placés à l'ouverture du code du travail par la recodification semblent valoir comme un avertissement de la primauté des règles aveugles au sexe du sujet de droit. Sont ainsi désignés « les salariés », « le personnel », « les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein », « travailleurs à domicile », « salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée », « les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent », « les salariés mis à la disposition », « les salariés temporaires », « les salariés à temps partiel », « les apprentis », « les titulaires d'un contrat initiative-emploi », « les titulaires d'un contrat d'accès à l'emploi », « les titulaires d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi », « les titulaires d'un contrat de professionnalisation ».

10 Ces dispositions sont très nombreuses dans le Code du travail. Elles se situent notamment dans la Partie I (Livre I, Titre IV « Egalité professionnelle entre femmes et hommes »), la Partie II (Livres II et III), la Partie III (Livre II, Titre II « Egalité de rémunération entre les femmes et les hommes »), la Partie V (« L'emploi ») et la Partie VI (« La formation professionnelle ») du Code du travail. En revanche, on trouve peu d'occurrences des termes « masculin » et « féminin ». Ces derniers termes sont employés dans deux dispositions : une disposition relative aux exceptions au principe de non-discrimination lorsque les circonstances de l'emploi le justifient (mannequinat, arts du spectacle : R.1142-1 C. Trav., qui vise un « rôle masculin » et un « rôle féminin », ainsi que « les modèles masculins et féminins ») et une disposition consacrée aux jeunes travailleurs, qui distingue encore le port de charges suivant le sexe et l'âge (D.4153-39 C. Trav., seule disposition consacrée aux jeunes travailleurs que la recodification en 2008 n'a pas rendu « genderblind »). Cette dernière disposition rejoint celle qui interdit le port de charges trop lourdes aux femmes (voir ci-dessus, art.R.4541-9 C. Trav.). Dans ces dispositions, il est explicitement (première disposition) ou implicitement (seconde disposition) référé au principe de non-discrimination pour justifier une distinction. Cette distinction est apparemment fondée sur l'apparence physique ou la force physique. Elle se rapporte donc au corps (voir II).

11 Par exemple, Art. L. 2314-15 du C. TRAV. : « sont électeurs les salariés des deux sexes âgés de seize ans révolus, ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise et n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques ».

12 Par exemple, Art. L. 1142-2 du C. TRAV. : « Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, les interdictions prévues à l'article L. 1142-1 ne sont pas applicables ».

du sexe¹³ ou, a *fortiori*, le harcèlement sexuel¹⁴, qui sont *genderblind*.

L'identification des règles sexo-spécifiques se heurte à une troisième difficulté, d'ordre stylistique. Les expressions signifiant le sexe du sujet de droit prennent des formes très diverses. Tout d'abord, une expression sexo-spécifique peut être simple ou composée. Ainsi la désignation des femmes au travail peut reposer sur des noms communs (ex. : « femme », « salariée » ou « fille »), mais elle peut aussi mêler le masculin à une indication du sexe féminin (ex. : « travailleur féminin » (sic)¹⁵). Ensuite, toutes les expressions sexuées ne trouvent pas systématiquement leur équivalent dans le code du travail. Il y a là une asymétrie pour le moins signifiante au coeur du lexique du code du travail. En effet, les termes féminisés trouvent une correspondance masculine, comme en témoignent les couples homme/femme, salarié/salariée, intéressé/intéressée, travailleur masculin/travailleur féminin, frère/soeur, garçon/fille. Ce jeu d'équivalent prend parfois une structure plus sophistiquée, un terme féminin pouvant correspondre à une expression du masculin et à une expression asexuée. Par exemple, l'article L. 1225-35 du code du travail vise : « le père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle ». Mais, si cette symétrie est la règle pour les termes féminins, tel n'est pas le cas des termes masculins. Les termes de « travailleur », ouvrier, apprenti, maître, technicien, cadre, animateur, agent, agent de maîtrise, professeur, « commis commerciaux », employé, télétravailleur ne souffrent pas le féminin. Seules les coopératives sont ouvrières. À plus forte raison, l'employeur ne connaît pas de féminin.

Les énoncés sexués du code du travail révèlent une autre diversité que celle des formes de désignation du féminin et du masculin. En portant l'attention non seulement sur le signifiant, mais aussi sur le signifié, l'analyse de ces énoncés permet de dévoiler la diversité des manières par lesquelles le code du travail conçoit la distinction du féminin et du masculin.

II - En quête des stéréotypes de genre

Rapportés à leurs significations normatives, les énoncés sexués du code du travail intègrent des conceptions plurielles, parfois entrelacées, du féminin et du masculin. Dans le code du travail, le féminin et le masculin ne sont pas réductibles à l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe¹⁶. Le législateur associe aussi à chacun d'entre eux, de manière générique, des propriétés ou des attributs, ou bien encore des rôles ou des situations. Ce faisant, il relaie des représentations sociales dominantes des hommes et des femmes ou les rapports sociaux entre les femmes et les hommes. Ces associations renseignent sur la mobilisation dans le code du travail de plusieurs stéréotypes intéressant le genre. En raison de la féminisation dominante des règles sexo-spécifiques du code du travail, les stéréotypes de genre y sont davantage formalisés au féminin. Cinq stéréotypes de genre peuvent être observés dans le code du travail.

13 Art. L1132-1 C. Trav. : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques [...] ».

14 Art. L1153-1 : « Aucun salarié ne doit subir des faits : 1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; 2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. ».

15 Le terme « travailleuse » n'est pas employé dans le code du travail.

16 Voir la Partie I ci-dessus.

A - Femme, corps et vulnérabilité

Le premier stéréotype associe les femmes à leur corps, auquel il est assigné une vulnérabilité physique. Ce stéréotype est depuis longtemps véhiculé par le code du travail. La législation industrielle s'est d'abord incarnée dans plusieurs lois¹⁷ visant à réglementer les conditions de travail des enfants et des femmes, auxquelles était ainsi associée une vulnérabilité physique justifiant des limitations spécifiques de leur temps de travail (durée, aménagement) ou l'interdiction de leur emploi pour certaines activités. La distinction du féminin et du masculin était alors opérée y compris s'agissant des enfants, certaines de ces lois faisant référence aux enfants et aux filles mineures¹⁸.

Bien qu'en net repli, en particulier depuis la recodification de 2008¹⁹, plusieurs traces de ce stéréotype s'observent dans le code du travail en vigueur. Les dispositions relatives aux ports de charges posent encore des limites spécifiques aux femmes²⁰ et, s'agissant des jeunes travailleurs, des limites variant en fonction de l'âge et du sexe²¹.

Est ainsi privilégiée une approche corporelle du genre féminin et du genre masculin, dont la distinction est fondée sur une différenciation physique.

B - Femme, corps et maternité

Le deuxième stéréotype assigné au féminin est la maternité, comme condition ou état biologique, ou comme lien biologique. Au soutien de cette assignation, plusieurs termes sont employés par le code du travail pour désigner le féminin : « la femme » ou « les femmes », « la salariée », « la mère ».

L'usage des expressions « femmes » ou « femme » est ici privilégié. L'association est alors puissante, le singulier étant souvent préféré au pluriel, au point de suggérer l'indissociabilité des femmes et de la maternité. D'ailleurs, lorsque le terme « femme » est accolé à une formule qualificative dans le Code du travail, il s'agit de l'une des suivantes : « femme enceinte », « femme venant d'accoucher », « femme allaitant ». Il est même exclusivement employé sous cette forme par les dispositions du code

17 Notamment, la loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie (Bulletin de l'Assemblée nationale, XII, B. CCIV, n°3094) ; la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels.

18 Notamment la loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie, citée supra.

19 C'est à l'occasion de la recodification de 2008 que plusieurs dispositions sexo-spécifiques limitant le travail des femmes et des jeunes travailleuses ont été abrogées. Ainsi, les articles L.234-1 à L.243-6 et les articles R.234-9 et R.234-10 du code du travail (dans leur version antérieure au 1er mai 2008), qui interdisaient certains travaux aux femmes, n'ont pas été repris dans la nouvelle version du code du travail. Seules subsistent aujourd'hui des dispositions interdisant ou restreignant certains travaux aux « femmes enceintes, venant d'accoucher ou allaitant » (L.4152-1 et -2), et une disposition interdisant le port de charges trop lourdes aux femmes (R.4541-9 C. Trav. « [...] les femmes ne sont pas autorisées à porter des charges supérieures à 25 kilogrammes ou à transporter des charges à l'aide d'une brouette supérieures à 40 kilogrammes, brouette comprise »). Le code du travail antérieur au 1er mai 2008 comprenait également des dispositions spécifiques pour les jeunes travailleurs et distinguait selon le sexe (voir les articles R.234-5 et R.234-6 du code du travail relatifs à la limitation de charges). Avec la recodification de 2008, une seule de ces dispositions subsiste : l'article D.4153-39 continue de distinguer la charge maximale autorisée pouvant être manutentionnée par des « travailleurs masculins » de moins de dix-huit ans et des « travailleurs féminins » de moins de dix-huit ans.

20 Art. 4541-9 C. Trav. al. 2, précité.

21 Art. 4153-39 C. Trav., précité. On peut aussi citer les dispositions du code du travail relatives au travail intérimaire qui imputent à l'entreprise utilisatrice la responsabilité des conditions d'exécution du travail (L.1251-21 ; L.1253-12 C. Trav.). Ces articles précisent que ces conditions comprennent notamment ce qui a trait « au travail des femmes, des jeunes, des enfants et des jeunes travailleurs ». Toutefois, il s'agit vraisemblablement d'un oubli du processus de recodification. En effet, ces articles imposent à l'entreprise utilisatrice de respecter les dispositions du code du travail relatives aux conditions d'exécution de la prestation de travail. Or, les dispositions relatives « au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs » sont devenues, dans le nouveau code du travail, les dispositions relatives aux « femmes enceintes, venant d'accoucher ou allaitant » et aux « jeunes travailleurs » (art. L.4151-1 C. Trav. et suivants).

du travail relatives à la grossesse, l'accouchement ou l'allaitement, lesquelles peuvent néanmoins faire aussi référence à la « femme »²² ou aux « femmes »²³.

L'association de la maternité au genre féminin est aussi portée par l'usage des termes « salariée » ou « salarié », ce dernier terme étant référé à l'état de grossesse ou au congé maternité, le cas échéant²⁴. Le terme de salariée est en particulier utilisé par les dispositions qui concernent l'emploi et sa protection face à la maternité²⁵. Il permet de mettre en exergue des droits reconnus aux femmes pour garantir leur accès à l'emploi ou le maintien de leur lien d'emploi au regard de la maternité (embauche, congé maternité, rupture du contrat...). Ces dispositions peuvent aussi faire référence à la femme²⁶ ou aux femmes, en particulier lorsqu'elles entendent garantir le maintien dans l'emploi en agissant cette fois sur les conditions matérielles d'exécution du travail²⁷.

Pour sa part, le terme « mère » est peu usité par le code du travail pour soutenir l'assignation du genre féminin à la maternité. Lorsqu'il est employé dans les dispositions relatives au congé de maternité ou à l'allaitement sur le lieu de travail²⁸, il vise toujours le lien biologique qui unit la femme à l'enfant. L'emploi du terme « mère » est sans doute ici utilisé à dessein par le législateur : il a certainement vocation à fonder la légitimité des droits accordés aux femmes en cas de grossesse, d'accouchement et d'allaitement sur le lien biologique « particulier » qui les unirait à l'enfant²⁹.

C - Père, mère et situation familiale

Lorsqu'il est fait référence à la situation familiale du salarié, le code du travail privilégie le recours à des termes genderblind. Ainsi, les droits aux congés pour événements familiaux³⁰, de même que la prise en compte de la situation familiale (ordre des licenciements économiques)³¹ ou l'exigence d'indifférence de l'employeur face à la situation familiale du travailleur (principe de non-discrimination)³² sont attachés, dans le code du travail, à la seule qualité de salarié, sans référence au sexe de ce dernier.

Cette écriture est également sollicitée pour reconnaître des droits attachés à une parenté asexuée (notamment le congé d'adoption L. 1225-37 et s. C. Trav.), parce qu'ils se rattachent uniquement à la filiation juridique qui relie les enfants aux parents, aujourd'hui reconnue dans les mêmes termes aux femmes et aux hommes. Ainsi, les dispositions relatives aux jeunes travailleurs font généralement référence aux « parents » de ce dernier. Lorsque les termes « père » et « mère » sont employés, la mère n'est pas entendue comme la personne qui a accouché de l'enfant, mais comme celle qui détient les droits liés à l'autorité parentale.

22 Art. L.1225-7 C. Trav.; L.1225-1 C. Trav.

23 Art. R.4152-4 C. Trav.

24 Voir les dispositions relatives au droit au congé de maternité et aux droits prévus en cas grossesse, d'accouchement et d'allaitement : droit à la suspension du contrat, au changement de poste, à l'allaitement sur le lieu de travail et à la démission (art. L.1225-2 C. Trav. et suivants).

25 Art. L. 1225-1 et s.

26 Par exemple, lorsqu'il s'agit de garantir l'accès à l'emploi, au stade de l'embauche L. 1225-1 et L. 1225-2 C. Trav.

27 Par exemple, « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour mission (...) 2° De contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ... » (L.4612-1 C. Trav.).

28 Voir les articles L.1225-28, L.1225-35, R.4152-1, R.4152-22 et 28, R.4626-27 C. Trav.

29 Toutefois, le père peut prendre le congé maternité en cas de décès de la mère après l'accouchement, dans l'intérêt de l'enfant (L. 1225-28 C. Trav.).

30 Art. L. 3142-1 C. Trav.

31 Art. L.1233-5 C. Trav.

32 Art. L.1132-1 C. Trav.

Ainsi, en matière de parenté et plus largement de situation familiale³³, le code du travail assigne parfois à un genre masculin et à un genre féminin un statut juridique extraprofessionnel partagé et permutable, au point de gommer alors toute distinction.

Cependant, d'autres dispositions du code du travail intéressant la situation familiale introduisent une distinction formelle du féminin et du masculin, auxquels elles rattachent des droits spécifiques. Il en va ainsi des dispositions relatives au « congé de maternité » et au « congé de paternité », dont les bénéficiaires sont appréhendés de manière sexuée et dissymétrique. Pour les femmes, le congé de maternité est un droit attaché à la grossesse, l'accouchement et l'allaitement, tandis que pour les hommes, le congé de paternité est un droit attaché à la filiation légale. D'une manière plus générale, le terme « père » est toujours rapporté, dans le code du travail, à l'homme auquel l'enfant est relié par un lien de filiation juridique, tandis que le terme « mère » vise la femme ayant accouché d'un enfant. La distinction du féminin et du masculin en matière de parenté est alors mise en oeuvre par l'assignation au féminin d'un corps doté d'un attribut exclusif (l'accouchement), auquel est rapportée au premier chef la maternité.

Mais la distinction du féminin et du masculin en la matière peut opérer plus largement de manière implicite³⁴, comme en témoignent notamment les durées des congés maternité et du congé paternité, dont la dissymétrie pourrait aussi tenir à la conservation par le droit du travail, de certains stéréotypes assignant un rôle prépondérant aux femmes, dans l'éducation du jeune enfant³⁵.

D - Masculin, féminin et apparence physique

Un quatrième stéréotype associe l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe à une apparence physique. Il s'observe dans les dispositions du code du travail qui permettent à l'employeur de prendre en compte le sexe des candidats à l'embauche, en fonction de l'apparence physique socialement attribuée à chacun des sexes. Ces dispositions³⁶ établissent la liste des « emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante » en citant les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin, les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ainsi que les modèles masculins et féminins. Un stéréotype de genre fondé sur l'apparence physique justifie de différencier les sujets de droit de sexe féminin et de sexe masculin.

33 Nous n'avons pas retenu le terme « parentalité », ce terme dépassant l'objet des dispositions du code du travail qui sont étudiées dans ces lignes. Selon Claude Martin, la notion de parentalité désigne non seulement la fonction et les pratiques parentales, mais elle qualifie aussi un nouveau « problème public » (redéfinition de la fonction de parent, parentalité définie tour à tour comme l'expression de la diversité des configurations parentales ou de l'inquiétude sur les transformations de la famille, démission des parents vis à vis de l'éducation de leurs enfants, voir Claude Martin, La parentalité en questions, perspectives sociologiques : rapport pour le Haut conseil de la population et de la famille, La Documentation française, 2003).

34 La différence de durée entre le congé maternité (au moins seize semaines) et congé paternité ou d'accueil d'un enfant (onze jours calendaires en cas de naissance unique) n'a-t-elle qu'une justification biologique ? La comparaison au congé d'adoption (au minimum dix semaines, plus onze jours) n'est probablement pas sans enseignement, not. B. Gresy Rapport sur l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail, La documentation française, juin 2011, spéc. p. 52.

35 Roman Diane, Les stéréotypes de genre : « vieilles lunes » ou nouvelles perspectives du droit ?, préc.

36 Art. R.1142-1 C. Trav.

E - Hommes, femmes et égalité professionnelle

Le cinquième stéréotype mis en oeuvre par le code du travail assigne certaines situations professionnelles au féminin et au masculin. L'emploi de l'expression « femmes et hommes » est devenu caractéristique d'une telle conception du genre. Sous l'inspiration de directives européennes, cette expression est systématiquement utilisée par les dispositions du code du travail relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Dans la perspective de favoriser la progression vers l'égalité dite réelle, de nombreuses dispositions font référence aux femmes et aux hommes en leur assignant des situations professionnelles.

Cette assignation est particulièrement visible dans les dispositions du code du travail qui imposent à l'employeur de ventiler plusieurs données professionnelles par sexe à des fins de comparaisons, dans la perspective de dévoiler les inégalités professionnelles entre les femmes et les hommes³⁷. Le genre féminin est alors implicitement associé à des inégalités de fait opérant à son détriment, compte tenu des rapports sociaux entre les femmes et les hommes.

Participent aussi de cette logique les dispositions du code du travail qui font référence à « une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes »³⁸, le genre féminin étant alors référé de manière implicite au genre sous-représenté.

Par l'entremise de ce stéréotype, les genres masculin et féminin ne sont plus reliés à des corps, mais plutôt à des statuts professionnels, dans le code du travail.

À la diversité des énoncés sexués du code du travail correspond une diversité des stéréotypes de genre véhiculés par le code du travail. Cette diversité se dévoile à la faveur de la prise en compte de leurs significations normatives, dans une large mesure imputables à leur contexte d'énonciation. C'est pourquoi, au-delà des tendances détectées, il n'y a pas, en définitive, de corrélation systématique entre l'emploi de telle ou telle expression sexuée et la mise en oeuvre de tel ou tel stéréotype.

En tout état de cause, les stéréotypes de genre se manifestent pleinement dans le code du travail, au sein duquel le féminin et le masculin ne sont pas réductibles à l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Les stéréotypes de genre portés par le code du travail ont en commun de concevoir le genre masculin et le genre féminin par d'autres références que celles du sexe. Le code du travail donne ainsi prise, de manière sans doute privilégiée, aux manifestations juridiques du genre comme sexe social.

Assurément, on ne conçoit pas sans raison, sans usage. La conception des genres façonne et est façonnée par les fonctions assignées à la régulation juridique.

37 Art. L.2323-47 et R.2323-8 et s., L.2323-57 et D.2323-12 et s. C. Trav.

38 Art. L.2324-6 C. Trav.

III - Les fonctions des énoncés sexués

De quelles fonctions les énoncés sexués du code du travail sont-ils investis ? Après l'identification des règles sexo-spécifiques et l'explicitation des stéréotypes de genre qu'impliquent ces énoncés, l'examen des fonctions des énoncés paraît un objet plus usuel au travail dogmatique de description du droit positif. Ce dévoilement des fonctions n'en implique pas moins un geste interprétatif. Comme les deux précédents objets d'étude (le caractère sexué et le stéréotype), il requiert le partage de certains présupposés dans la lecture du droit, autrement dit d'une herméneutique. Là encore le premier enseignement d'une étude de genre, en ce qu'elle implique un décalage de l'observation juridique, donne à éprouver tout à la fois la force de ces herméneutiques inscrites dans le sens commun des juristes, en même temps que la fragilité de toutes tentatives d'objectivation de ces canons. Toutefois, le geste interprétatif trouve ici un plus solide secours dans les discours doctrinaux sur le droit du travail et les analyses féministes du droit du travail³⁹.

Un constat s'impose d'emblée. La référence au sexe des sujets du droit du travail sert plusieurs projets, plusieurs programmes. Au fur et à mesure de l'histoire du code du travail et plus largement du droit du travail, ces programmes n'ont pas eu la même importance, ni d'ailleurs la même justification. Bien évidemment, les conquêtes de l'égalité, les mutations de la politique familiale française et probablement la conception même du rôle du droit du travail ont eu une influence sur le déploiement et la teneur de chacun de ces programmes. Au risque de la simplification, on peut distinguer trois grandes fonctions emportant une référence sexuée au sujet du droit du travail : la protection de la personne, l'égalité et la liberté familiale.

A - La protection

La fonction de protection est probablement celle dont les racines sont les plus anciennes. Elle puise aux origines du droit du travail, en ces temps où celui-ci n'était encore désigné que comme la « législation industrielle ». Si cette fonction du droit du travail demeure aujourd'hui, elle a été très profondément remaniée sous l'influence des exigences d'égalité entre les femmes et les hommes.

Aux origines du droit du travail, cette fonction était d'ailleurs un facteur d'inégalité entre les sexes. Elle continue encore aujourd'hui à justifier une législation différentialiste en fonction de l'appartenance du salarié à l'un ou l'autre sexe. Les premières lois du droit du travail révèlent la nature du programme politique justifiée par une telle fonction. Alors que la question sociale peinait à être formulée, la protection législative, dont le droit au travail est l'héritier, visait la vulnérabilité de la personne au travail. Cette vulnérabilité, pensée en termes essentiellement moraliste et hygiéniste, se déclinait en plusieurs aspects. Que protégeait-on en effet ? En premier lieu, le corps du travail. Manifestation d'un stéréotype de genre, les femmes ont ainsi vite rejoint les enfants au nom de leur vulnérabilité physique. Leur capacité de travail a ainsi fait l'objet de restrictions spécifiques à l'instar de cet autre travailleur vulnérable qu'est l'enfant : des lois successives limitent notamment le temps de travail journalier et le travail de nuit, interdit certaines activités, etc. En second lieu, la protection était aussi

³⁹ On se reportera notamment à Laufer Jacqueline, *Entre égalité et inégalités : les droits dans la sphère professionnelle*, L'Année sociologique, 2003, 53, n° 1, p. 143-173.

celle de la « moralité » des femmes, laquelle pouvait être mise en danger à l'occasion du travail⁴⁰. En témoignent des législations anciennes, désormais abrogées, telle l'interdiction de loger les apprenties chez leur employeur⁴¹.

Ainsi la protection de la femme au travail a-t-elle été d'abord conçue au travers d'une notion paradigmatique, celle de vulnérabilité, permettant d'embrasser en un même programme des préoccupations hygiénistes et des objectifs natalistes notamment.

L'emprise de ce programme sur le code du travail a pour grande part été effacée au nom de l'égalité entre les femmes et les hommes. Signe de la solidité de cette conception de la situation des femmes au travail comme vulnérable, ce retrait ne s'est opéré que progressivement et, pour certains pans de ce programme, de manière étonnamment récente.

Surtout, on aurait tort de la croire effacée du droit du travail. Des traces de ce programme demeurent dans les textes conventionnels, témoignant du fait que les exigences d'égalité peinent parfois à pénétrer certains tréfonds du droit négocié. Il n'est que d'évoquer certaines dispositions conventionnelles pour s'en convaincre, telles les primes de « chef de famille »⁴² ou les primes de chauffage⁴³. Le droit de l'Union européenne a été un vecteur important de cette mise en cause des dispositions visant à imposer une protection différenciée des femmes.

Le sort de la législation française relative au travail de nuit des femmes est à cet égard emblématique. En définitive, sous l'influence du juge européen, ces prétendues protections ont été ramenées à la portion congrue. Désormais, elles ne doivent avoir de justification que biologiques⁴⁴. La signification de ce programme s'en trouve modifiée. C'est moins la vulnérabilité que la protection de la personne qui justifie désormais le maintien de cette législation.

Dès lors, de ce programme ne subsiste véritablement que deux dimensions, la protection de la maternité et la prise en compte de la force physique. La première est désormais plus circonscrite.

40 Ainsi, certains écrits de Louis-René Villermé sont symptomatique des justifications développées pour soutenir l'adoption d'une législation protectrice des femmes : « Il est hors de doute qu'au milieu de ces nombreuses réunions d'ouvriers, on ne s'occupe pas assez de prévenir les liaisons illicites entre les sexes. Dans quelques manufactures cependant, les hommes et les femmes ne travaillent pas ensemble : chaque sexe a ses ateliers où l'autre n'entre pas. Cette précaution est bonne ; mais il faudrait imiter la règle suivie dans l'établissement de Wesserling, où l'on a soin, chaque soir, d'arrêter le travail des femmes un peu plus tôt que celui des hommes, pour qu'elles ne soient pas accompagnées par eux en rentrant chez elles », Louis-René Villermé, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, 2 tomes, Paris, 1840, extrait du tome 1, p.34.

41 Selon l'article L111-7 ancien du code du travail (abrogé par la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 - art. 16 (V) JORF 19 janvier 2005), « aucun maître, s'il est célibataire, veuf ou divorcé, ne peut loger, comme apprenties, des jeunes filles mineures. »

42 On pense par exemple à l'article 16 de l'Accord national sur la classification des emplois et des établissements du 19 décembre 1985 applicable au personnel du réseau des caisses d'épargne qui a donné lieu à un très fort contentieux individuel depuis près d'une dizaine d'années ; récemment Soc. 30 mai 2012, n° 11-10155 11-10156. En l'espèce, si la solution retenue par la Chambre sociale évite une interprétation littérale et sexiste de ces dispositions, elle n'en témoigne pas moins du besoin d'un toilettage des textes conventionnels. Ainsi la cour retient que « selon ce texte, une prime familiale est versée avec une périodicité mensuelle, à chaque salarié du réseau chef de famille ; qu'il en résulte que le versement de cette prime n'est pas limité à un seul époux ou parent ». De cette lecture neutralisante de la disposition, la chambre sociale déduit « que pour rejeter la demande des salariés, l'arrêt retient que l'expression de chef de famille en dépit de son caractère obsolète, implique qu'il n'en existe qu'un par famille ; que de plus, l'article 16 est le seul à faire référence à cette notion, alors que les autres articles de cet accord indiquent s'appliquer « à chaque salarié du réseau » ; qu'il en résulte que les partenaires sociaux ont manifestement voulu limiter le versement de cette prime à une seule personne par famille lorsque les deux conjoints sont salariés de l'entreprise ; qu'à défaut la référence à la notion de chef de famille serait dépourvue de sens ».

43 Concl. Genevois Bruno sous Conseil d'Etat 11 juin 1982, L'application du principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes au versement d'une indemnité de logement, Dr. Soc. 1983, p. 138 ; Soc. 3 octobre 2007, n° 06-43.011 et n° 06-43.013, sur ce point, Lanquetin Marie-Thérèse, *Discrimination*, Répertoire Dalloz, § 283-286.

44 En ce sens, Rodière Pierre, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ 2008, spéc. p. 285-286.

La législation protectrice de la maternité ne devrait pouvoir être justifiée que par la protection de la femme enceinte ou ayant accouché. Par la seconde, l'idée d'une vulnérabilité spécifique des femmes au travail se traduit par le présupposé d'une force physique moindre des femmes. Beaucoup plus problématique au regard de l'égalité professionnelle, elle n'a désormais qu'une place résiduelle. Tout au plus est-il possible d'en repérer encore la trace déjà évoquée en matière de manipulation de lourdes charges⁴⁵. Cette persistance du programme vulnérabilité en matière de sécurité au travail fait figure de simple rémanence⁴⁶.

B - L'égalité

Le programme de l'égalité professionnelle implique également une référence au caractère sexué du sujet du droit du travail. Toutefois, cette référence au sexe a largement servi une neutralisation ou une bilatéralisation des énoncés sexués. Elle a impliqué la suppression des législations différenciant les hommes et les femmes de manière inégalitaire.

Cette influence de l'égalité professionnelle sur le droit du travail est ancienne. A titre d'exemple, la question du salaire des femmes a été longtemps épineuse. C'est par une loi de 1907 qu'a été reconnue aux femmes mariées la libre disposition de leurs rémunérations dans le code civil. La suppression du salaire féminin autorisant des abattements sur les salaires des femmes, dont la rémunération n'était conçue que comme complément de la rémunération du chef de famille, est plus récente, puisqu'elle n'est intervenue qu'après la libération en 1946.

Depuis, la référence à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes s'est largement introduite dans le droit français⁴⁷ et plus spécifiquement dans le code du travail.

Toutefois, cette présence si récurrente n'est-elle pas le signe d'une inquiétude ? En effet, l'exigence juridique d'égalité professionnelle peine à se concrétiser. Le droit du travail n'est pas resté sourd à cette difficulté. Ainsi, le souci de la mise en oeuvre de l'égalité professionnelle se manifeste avec force dans une multitude de dispositions ; l'égalité professionnelle se décline en un véritable programme, constitué par un ensemble de règles visant à assurer sa réalisation⁴⁸. Par-delà cet éparpillement apparent, le droit de l'égalité professionnelle paraît bien reposer dans le code du travail sur une représentation cohérente de ce qu'exige la concrétisation de l'égalité dans la relation de travail.

Tout d'abord, le code du travail contient une série de dispositions visant à interdire la prise en compte du sexe par l'employeur. Cette interdiction des différences de traitement à raison du sexe est d'abord rappelée de manière détaillée par l'interdiction générale des discriminations dans le cadre de la relation de travail : sont prohibées les discriminations tenant au sexe, à l'identité ou

45 Voir supra note 19.

46 Toutefois, la portée de cette évolution demeure difficile à apprécier à la seule contemplation du code du travail. Pour partie, la neutralisation du droit étatique pourrait ici trouver sa raison dans une plus forte procéduralisation du droit de la sécurité au travail, laissant à d'autres sources le soin de préciser les modalités de protection des salariés.

47 Alinéa 3 du préambule de la Constitution du 25 octobre 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », Convention de l'Organisation Internationale du Travail n° 100 sur l'égalité de rémunération (ratifiée par la France en 1953).

48 Voir, en dernier lieu, le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes (enregistré à la Présidence du Sénat le 3 juillet 2013, n° 717), actuellement en cours de discussion parlementaire, dont un pan est consacré à l'égalité professionnelle entre les femmes hommes.

l'orientation sexuelle, à la grossesse, à la situation de famille⁴⁹. À elle seule, cette énumération suffit à convaincre de la polysémie de la référence à l'égalité professionnelle dans le code du travail. Elle y est envisagée sous différents aspects, dépassant la seule distinction des sexes, pour viser le genre.

Ensuite, l'égalité professionnelle est plus spécifiquement déclinée et précisée par un titre IV du code du travail « Sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ».

L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes n'est pas traitée comme les autres causes de discrimination. Sa promotion a précédé l'interdiction plus générale des discriminations. Surtout la mise en oeuvre de l'égalité professionnelle est l'objet d'un régime spécifique.

Au-delà des règles qu'il emprunte au régime de réalisation du droit de la non-discrimination (aménagement de la preuve, nullité des actes discriminatoires, etc.), le régime de l'égalité professionnelle dessiné par le titre IV et repris en divers endroits du code du travail révèle une conception originale de la concrétisation des exigences d'égalité. Le code du travail pose ici la boîte à outil d'un droit procéduralisé servant la mise en place au sein des branches professionnelles⁵⁰ et des entreprises⁵¹ de politiques d'égalisation des situations professionnelles des hommes et des femmes. En effet, le code du travail met en place des moyens d'action, des procédures, des instruments d'incitation et d'évaluation. Ainsi, l'égalité professionnelle est un thème de négociation obligatoire au niveau de la branche professionnelle comme de l'entreprise, et l'employeur doit mettre en place un plan pour l'égalité entre les femmes et les hommes⁵². Les moyens d'action à disposition des négociateurs et de l'employeur sont très largement ouverts. Cette mise en procédure du droit de l'égalité professionnelle ne se limite pas à organiser la mise en place de normes et d'actions pour l'égalisation. Dénotant une conception riche des conditions requises pour cette égalisation, le droit du travail accompagne la mise en oeuvre des politiques d'égalisation de dispositifs visant à la création d'un savoir commun aux acteurs engagés dans ces procédures sur l'état des inégalités entre les hommes et les femmes. Enfin, l'efficacité de ces procédures implique d'évaluer les effets des actions mises en oeuvre par la négociation ou unilatéralement par l'employeur. C'est l'objet du diagnostic des écarts de rémunération qui doit être remis aux négociateurs avant l'engagement des négociations obligatoires⁵³. Plus avant dans cette quête de réflexivité, l'employeur devra rendre compte de la mise en oeuvre du plan pour l'égalité entre les femmes et les hommes et de ses effets.

C - Familiale la vie familiale

La vie familiale est le troisième objet visé par les énoncés sexués du code du travail.

Tout comme la vulnérabilité, ce programme a connu de profonds bouleversements. Il demeure le lieu d'une tension entre deux logiques, celle de la promotion d'un modèle familial et celle de son re-foulement au nom de la liberté familiale.

Originellement, ce programme avait une fonction profondément normalisatrice. Les droits et avantages accordés aux salariés en raison de leur situation de famille tendaient à promouvoir le modèle de vie familiale du couple marié hétérosexuel à procréations multiples.

49 Art. L.1132-1 C. Trav.

50 Notamment, Art. L.2241-1 ; art. L.2261-22 du code du travail.

51 Art. L.2242-5 et L.2245-6, 7 et 10 du code du travail.

52 Art. L.2323-47 et L.2323-57 du code du travail.

53 Art. R.2241-5-1 du code du travail, également, L.5121-10 du code du travail. C'est également l'objet du rapport de situation comparée soumis au comité d'entreprise par l'employeur (Art. D.2241-7 du code du travail).

Les congés liés à la vie familiale ont longtemps témoigné d'une telle assignation des rôles au sein de la famille par le code du travail. Le congé maternité fait figure de symbole, dans la mesure où il permet de garantir tout à la fois la protection biologique des femmes, en même temps que leur rôle éducatif dans les premiers âges de l'enfant.

C'est probablement dans la négociation collective que cette fonction normalisatrice a trouvé ses traductions les plus évidentes. Il n'est besoin que d'évoquer, parmi d'autres exemples possibles, le cas des jours de congés supplémentaires de deux jours ouvrés par enfant à charge de moins de 15 ans, réservés aux seules salariées et prévus par un avenant de juin 1971 à la convention collective des organismes de sécurité sociale⁵⁴. L'influence des exigences d'égalité sur ces avantages a conduit à leur bilatéralisation par la jurisprudence⁵⁵.

Désormais, le droit du travail semble engagé dans un mouvement de neutralisation, plus respectueux du libre choix de la forme et/ou de la gestion de la vie familiale. En témoigne notamment⁵⁶, la récente extension des bénéficiaires du congé paternité, désormais nommé « congé paternité et d'accueil de l'enfant » et ouvert à ce titre non seulement au père, mais aussi « au conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle »⁵⁷.

Faut-il encore se soucier de l'écriture sexuée du droit ? On le voit, la collecte des énoncés sexués est fructueuse. Ni le lent travail législatif de mise en conformité aux exigences d'égalité professionnelle, ni la recodification et son exercice de réécriture du code du travail n'ont fait disparaître la référence au sexe du sujet du droit du travail. Aussi une analyse genrée est riche d'enseignement. D'une part, elle renseigne sur les façons d'écrire le droit du travail.

À chacun des différents programmes se référant au caractère sexué du sujet du droit du travail correspond une légistique propre, impliquant un lexique et des stéréotypes pour des fonctions spécifiques, même s'il ne faut probablement pas exagérer la cohérence propre de ces différentes légistiques sexuées. D'autre part, une telle analyse dévoile également d'une sophistication de la fabrique du genre dans le code du travail. Artefacts juridiques, les stéréotypes de genre sont ici pluriels.

Toutefois, une mise en garde rétrospective s'impose ici à l'intention du lecteur de ces lignes.

Dévoiler des représentations juridiques implicites à l'écriture du droit n'emporte pas la révélation des représentations sociales du genre. Comment penser les relations entre représentations juridiques et représentations sociales du genre ? Les changements observés dans le droit sont-ils les résultats de transformations sociales ? Peuvent-ils au contraire les précéder ? On peut bien évidemment ici avoir des intuitions, des opinions. Mais à elle seule, l'étude du texte ne peut satisfaire les ambitions d'une anthropologie juridique. Il y a là un au delà du texte que peine à saisir la clôture épistémologique de l'analyse juridique.

54 Sur ce contentieux, Lanquetin Marie-Thérèse, préc., spéc. § 280-282.

55 Ibid.

56 Voir aussi le projet de réforme du congé parental d'éducation en cours de discussion dans le cadre du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes adopté le 17 septembre 2013 par le Sénat, disponible sur <http://www.senat.fr/leg/tas12-214.html>.

57 Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, qui a modifié en ce sens la rédaction de l'article L.1225-35 al. 1 du code du travail. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la Cour de cassation avait confirmé le rejet de la demande du bénéficiaire du congé paternité émanant d'une personne liée à la mère par un pacs, en considérant ce congé réservé au père par le texte alors applicable (Cass. civ. 2^{ème} 11 mars 2010 n° 0-65.853).

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Pour aller plus loin

Ph. Auvergnon, (dir.),

- *Genre et droit social*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2007 – DSC/9 (203).

M.X. Catto, J. Gaté, Ch. Girard, S. Hennette-Vauche, C. Vergel-Tovar,

- « Question d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique »
in S. Hennette-Vauche, D. Roman, M. Möschel (Dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013.

S. Hennette-Vauche, D. Roman, M. Möschel (dir.),

- *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013.

D. Roman,

- « Les stéréotypes de genre : « vieilles lunes » ou nouvelles perspectives pour le droit ? », *in* S. Hennette-Vauche, D. Roman, M. Möschel (Dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013.



COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

ISSN In Process

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

© COMPTRASEC - 2014

Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114

Université de Bordeaux

Avenue Léon Duguit

33608 Pessac Cedex

FRANCE

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>



RÉF. L. Camaji, I. Odoul-Asorey, J. Porta, « Travailleuse, travailleur » : une lecture du code du travail au prisme du genre, COMPTRASEC-WPS/2014/8 Juin 2014