Droit, grand âge et genre : questions de méthode

Marc Pichard

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/8716>

DOI : 10.4000/revdh.8716

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Marc Pichard, « Droit, grand âge et genre : questions de méthode », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 17 | 2020, mis en ligne le 03 février 2020, consulté le 19 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/8716> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.8716>

Ce document a été généré automatiquement le 19 octobre 2020.

Tous droits réservés

Droit, grand âge et genre : questions de méthode

Marc Pichard

- 1 Les termes du sujet invitent à une approche intersectionnelle entre deux critères : l'âge - en l'occurrence le grand âge - et le genre. L'approche intersectionnelle, initiée par Kimberley Crenshaw, consiste à révéler ce qui ne pourrait pas l'être par la prise en considération d'un seul critère de distinction¹. L'hypothèse sous-tendue par le sujet est que le droit - en l'espèce, le droit positif français - réserverait un traitement différent aux vieilles femmes² que ne pourraient révéler la prise en considération séparée du grand âge, d'une part, et celle du genre, d'autre part : les vieilles femmes ne se verraient pas appliquer le même droit ou ne se verrait pas appliquer pareillement le droit que les personnes âgées en général³, d'une part, ou les femmes en général, d'autre part.
- 2 L'approche intersectionnelle est désormais couramment mobilisée dans les sciences sociales. Les clés d'analyse du social que constitue le « triptyque genre/classe/race »⁴ se déclinent en effet élément par élément ou par combinaison des différents éléments qui le composent. C'est ainsi qu'a pu être mise au jour la nécessité de penser la situation singulière des femmes noires, irréductible à la situation des femmes en général ou des personnes noires en général. Simplement, il est peu contestable que le critère de l'âge est moins mobilisé, au sein des analyses critiques, comme donnée structurante des rapports sociaux, probablement parce qu'il ne semble pas, au premier abord, révéler un rapport de domination et de hiérarchisation du même ordre que les critères du genre, de la classe ou de la race. Moins sollicité en général⁵, le critère de l'âge l'est moins encore dans le cadre des approches intersectionnelles : il « occupe (...) une place marginale (...) au sein de l'épistémologie relative à l'intersectionnalité »⁶.
- 3 C'est donc un terrain assez peu balisé qui est proposé à la réflexion, et un terrain probablement encore moins balisé au sein des sciences juridiques que dans la globalité des sciences sociales. Face à ce quasi-vide de la littérature juridique, ce sont au premier chef des questions de méthode qui se posent : comment identifier le traitement spécifique que le droit réserverait aux vieilles femmes ? Deux clés d'entrée principales

peuvent, au premier abord, être sollicitées : une approche - formelle - par les catégories mobilisées dans les énoncés, d'une part ; une approche - matérielle - par la pratique d'application des normes, d'autre part. L'une conduit toutefois probablement à une impasse, faute de *corpus* significatif - voire de *corpus* tout court. L'autre, au contraire, ouvre sur une recherche immense - car sur un *corpus* pratiquement indélimitable. Mais une voie médiane - en termes de *corpus*, du moins - semble pouvoir être utilement empruntée, qui passe par la convocation d'une convention de genre. L'approche par les catégories mobilisées dans les énoncés (I), l'approche par la pratique d'application des normes (II), l'approche par la convocation d'une convention de genre (III) seront successivement envisagées.

I - L'approche par les catégories mobilisées dans les énoncés

- 4 Parce que la science du droit est - probablement avant tout - une science des textes, le premier réflexe pour affronter une question est de l'approcher à travers les catégories mobilisées dans les énoncés qui signifient les normes. Or cette approche apparaît peu féconde en la matière - dès lors que le grand âge, d'une part, le genre ou le sexe, d'autre part, sont des catégories très peu présentes dans les énoncés juridiques.
- 5 S'agissant de l'âge, si l'on se tient à une analyse formelle des énoncés, la question semble globalement réduite à celle de la minorité⁷ - ou aux différents seuils qui marquent l'accès à l'autonomie, qu'elle se traduise en termes de capacité à consentir ou à être tenu responsable⁸. L'âge intéresse avant tout le droit - le droit civil, le droit pénal, le droit public - à travers le jeune âge. Pourtant, Gérard Cornu s'interrogeait dès 1961 : « À contempler l'évolution progressive qui caractérise le développement naturel de la vie humaine, il est à peine concevable que la vie juridique ne compte que deux états ; qu'elle oppose à la continuité liée de l'élan vital la discontinuité brutale de la minorité et de la majorité » ; « Chaque âge n'aurait-il pas son droit ? »⁹. Au vrai, d'autres seuils existent, au sein de la minorité mais également au-delà. Ainsi, l'adoption ne peut être demandée que par une personne âgée d'au moins vingt-huit ans, en vertu de l'article 343-1 du Code civil - mais on se trouve alors encore dans une logique de « minorité », d'âge minimal. Déjà, le droit de l'assistance médicale à la procréation s'inscrit dans une autre perspective : en restreignant l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux personnes « en âge de procréer »¹⁰, le Code de la santé publique ne renvoie pas seulement à un âge minimal pour accéder à un certain service mais également un âge maximal, du reste fixé de manière distincte pour les hommes et pour les femmes dans la pratique de l'admission en protocole d'assistance médicale à la procréation et le droit de l'assurance-maladie¹¹. Toujours est-il que le grand âge - on hésitera à qualifier de « vieille » une femme âgée de quarante-trois ans - n'est pas concerné par ces dispositions et semble inconnu en tant que tel du droit civil¹² : malgré une proposition doctrinale récente en ce sens¹³, le dépassement d'un certain âge ne déclenche pas de mécanisme spécifique d'accompagnement ou de protection¹⁴. En lui-même, explicitement, le grand âge n'est donc que très rarement saisi par le droit. Il l'est, principalement, pour marquer les bornes de l'activité professionnelle¹⁵ : directement, en fixant un âge limite d'exercice d'une activité, en droit de la fonction publique en particulier¹⁶ mais pas seulement - les notaires, par exemple, ne peuvent désormais plus exercer au-delà de soixante-dix ans¹⁷ - ou en permettant à l'employeur

d'imposer au salarié ayant atteint un certain âge la cessation de son contrat de travail¹⁸ ; indirectement, en fixant l'âge à partir duquel une personne peut faire valoir ses droits à la retraite ou se prévaloir de certaines allocations¹⁹ ; plus indirectement encore, en tirant certaines conséquences de l'atteinte de l'âge de la retraite en matière de baux ruraux²⁰. Du reste, le droit des baux est un des autres champs qui saisit l'âge avancé : la loi du 6 juillet 1989 prend en considération l'âge du preneur voire celui du bailleur pour garantir le droit au logement de la personne âgée – en l'occurrence de la personne âgée de plus de soixante-cinq ans²¹ ; la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite loi ELAN) du 23 novembre 2018 a instauré la « cohabitation intergénérationnelle solidaire » – dispositif juridique réservé aux personnes de plus de soixante ans²². Ce sont donc principalement le droit social – et, en son sein, le droit de la protection sociale²³ – ainsi que, dans une moindre mesure, le droit des baux spéciaux, qui mobilisent le plus la catégorie du grand âge, saisie à travers des critères quantifiés.

- 6 Si les distinctions en fonction de l'âge, du moins lorsqu'il est avancé, sont très rares, les énoncés sexospécifiques sont désormais eux aussi fort peu nombreux. Pour l'essentiel, ils concernent, outre les dispositifs normatifs relatifs à la parité ou à la représentation équilibrée des femmes et des hommes, la grossesse et la maternité²⁴ – de sorte qu'ils n'ont pas spécialement vocation à concerner les personnes âgées ...
- 7 Le sujet « droit, grand âge et genre » semble donc évanescant dès lors que et le grand âge et le sexe ne sont guère mobilisés comme catégories du droit positif. Partant, le croisement de ces deux données ne semble pas pouvoir être fructueux, d'autant que, lorsque les catégories d'âge et de sexe sont employées dans le même énoncé, c'est essentiellement pour proclamer l'indifférence du critère du genre. Ainsi, l'article 388 du Code civil dispose que « le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis » et l'article 37 du même code que « les témoins produits aux actes de l'état civil devront être âgés de dix-huit ans au moins, parents ou autres, sans distinction de sexe ». Certes, l'article 144 du Code civil, en posant que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage », réservait aux femmes d'un certain âge un sort différent de celui des hommes du même âge ; mais, outre que la distinction a été abolie en 2006²⁵, le texte était résolument étranger au grand âge. Restait en revanche l'article 1112 du Code civil, qui invitait incontestablement à une analyse croisant à la fois genre et grand âge : « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes »²⁶. Le texte, dénoncé pour son incohérence dès lors qu'il préconisait successivement une analyse *in abstracto* et une analyse *in concreto*²⁷, semblait de nature à inciter les juges à protéger tout spécialement les vieilles femmes²⁸. Mais cette disposition n'a pas survécu à la réforme du droit des obligations réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016²⁹ : le nouvel article 1140 ne fait plus référence à l'âge ou au sexe de la victime pour retenir le vice de violence³⁰. Les dispositions qui mobilisent à la fois l'âge et le sexe semblent désormais essentiellement se réduire à celles qui visent à lutter contre les discriminations, âge et sexe étant des critères de discrimination prohibés, en particulier par les articles 225-1 du Code pénal et L 1132-1 du Code du travail³¹ – mais qui disent évidemment assez peu du traitement juridique que le droit confère aux femmes âgées³².

- 8 La moisson est donc maigre, pour qui voudrait aborder droit, grand âge et genre à travers les catégories mobilisées par les énoncés. Parce que le grand âge n'est pas saisi par le droit, parce que le sexe ne l'est plus guère, parce que les rares dispositions qui mobilisaient à la fois l'âge et le sexe se raréfient encore et toujours, l'existence même d'un sujet pourrait être mise en doute. Pourtant, même s'il ne saisit pas en soi les « vieilles femmes », le droit régit leur situation. Cela invite à envisager une autre méthode d'analyse - via la pratique d'application des normes.

II - L'approche par la pratique d'application des normes

- 9 Qu'un énoncé ne saisisse pas formellement les femmes âgées comme catégorie n'implique pas que la norme qu'il signifie ne donne pas matière à une analyse critique au prisme du genre et du grand âge. L'application d'une norme peut receler une spécificité que ne révèle pas l'énoncé lui-même. En l'espèce, on peut avancer l'hypothèse que, si le droit applicable aux vieilles femmes est globalement identique à celui applicable aux femmes jeunes comme aux vieux hommes, il est plus que probable que le droit appliqué ne soit pas toujours le même.
- 10 La spécificité du droit appliqué aux vieilles femmes peut d'abord s'analyser en termes quantitatifs : les dispositions qui concernent principalement les personnes âgées sont mécaniquement plus souvent appliquées aux femmes qu'aux hommes – dès lors que la durée de vie des femmes est plus élevée que celle des hommes. Partant, les normes applicables exclusivement aux personnes âgées sont en principe des normes qui s'appliquent majoritairement à des femmes. Ainsi, les textes relatifs à l'allocation personnalisée d'autonomie auraient vocation à s'appliquer davantage aux femmes âgées qu'aux hommes âgés – ce que confirment les données quantitatives³³. Cette surreprésentation des femmes parmi les personnes âgées destinataires de certaines normes est du reste mécaniquement accrue par l'association régulière de critères d'âge et de critères de revenus. Parce que, au sein des personnes âgées, les femmes sont non seulement les plus nombreuses mais aussi les plus frappées par la pauvreté – comme les femmes le sont au demeurant dans la population générale – les dispositifs juridiques qui visent les personnes âgées pauvres sont ou devraient être, statistiquement, des dispositifs « féminins » : on songe aux normes du droit des baux d'habitation qui confèrent un statut spécifique aux personnes âgées aux revenus modestes³⁴ mais également à divers dispositifs relevant de l'aide ou de l'assurance sociales³⁵. Il resterait toutefois à vérifier factuellement que la part de femmes parmi les bénéficiaires coïncide effectivement avec la part des femmes âgées dans la population générale – ce qui pourrait révéler un biais de genre dans l'accès au droit. Au-delà des normes formellement réservées aux personnes âgées, tous les dispositifs qui, en raison de leur objet, auraient vocation à concerner prioritairement les personnes âgées devraient, pareillement, être plus appliqués aux femmes qu'aux hommes. On songe, pour s'en tenir au droit civil, aux mesures de protection des majeur.e.s³⁶ ou, dès lors que les femmes âgées sont plus pauvres que les hommes âgés, aux obligations alimentaires ascendantes ou encore à l'article 276 du Code civil qui dispose que, « à titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère ».

- 11 Mais c'est aussi en termes qualitatifs que la question de la spécificité du droit appliqué aux vieilles femmes pourrait être posée : à l'heure de l'application de la règle de droit, en particulier par le juge, il est probable que les données factuelles et les stéréotypes à travers lesquels elles sont saisies conduisent à ne pas traiter les femmes âgées comme des femmes jeunes, ou comme des hommes âgés – en somme qu'un même droit applicable soit différemment appliqué. Ainsi, si le Code civil ne fait plus référence en matière de violence à l'âge et au sexe de la victime, l'article 1130 alinéa 2, commun à l'ensemble des vices du consentement, invite à apprécier le caractère déterminant de l'erreur, du dol ou de la violence « eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné » : les critères de l'ancien article 1112 du Code civil pourraient resurgir. Et l'analyse fine des décisions relatives à la mise en place des mesures de protection des majeur.e.s pourrait conduire à identifier des pratiques juridictionnelles différenciées selon l'âge et le sexe des personnes concernées³⁷.
- 12 Certains dispositifs juridiques sont plus souvent appliqués à des femmes âgées qu'à d'autres personnes – ce qui ne peut être ignoré à l'heure de l'analyse de leur éventuelle réforme en particulier. Certaines dispositions juridiques sont probablement autrement appliquées aux femmes âgées qu'aux autres personnes – ce qu'une analyse détaillée des pratiques judiciaire ou administrative permettrait de révéler. Loin d'être marginal, le champ de l'étude à mener s'avère alors immense : tous les dispositifs qui auraient principalement vocation à s'appliquer aux personnes âgées devraient constituer la matière d'études quantitatives afin en particulier de vérifier qu'ils sont effectivement essentiellement appliqués à des femmes – et l'éventuelle discordance entre les destinataires potentielles et effectives devrait être expliquée³⁸ ; au-delà, l'identification de biais cognitifs dans l'application du droit aux femmes âgées impliquerait la constitution de *corpus* de décisions considérables, qui permettent en particulier de garantir la comparabilité des situations – que rend plus complexe encore la dimension intersectionnelle de la recherche. L'approche par la pratique d'application des normes semble donc présenter le défaut inverse de l'approche par les catégories mobilisées dans les énoncés : elle ouvre sur un champ de recherche extrêmement vaste. Partant, une troisième méthode, médiane, peut être préférée.

III - L'approche par la convocation d'une convention de genre

- 13 Il est une autre manière d'aborder la question des liens entre droit, grand âge et genre. Elle consiste à ne s'intéresser qu'à une convention de genre, et à sa réception par le droit. Les études de genre mobilisent en effet très régulièrement une convention sociale de répartition du travail entre les femmes et les hommes : aux femmes, le travail au sein du foyer, le travail domestique, le travail de soin – de *care* ; aux hommes, le travail rémunéré hors le foyer, et l'obligation corrélative d'entretenir financièrement femmes et enfants. Cette convention de genre – à la dimension à la fois hétéronormative et patriarcale – a incontestablement connu des répercussions et même des traductions en droit français. Il n'est que de songer à l'article 214 du Code civil, dans sa rédaction en vigueur de 1942 à 1976 : « Si le contrat de mariage ne règle pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils contribuent à celles-ci en proportion de leurs facultés respectives. L'obligation d'assumer ces charges pèse, à titre principal, sur le mari. Il est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour

les besoins de la vie selon ses facultés et son état ». La disposition a disparu mais la répartition des tâches au sein des couples de personnes de sexes différents, si elle a considérablement évolué, reste marquée par une incontestable dimension genrée. Or cette convention de genre n'est pas sans répercussion à l'égard du grand âge : elle a nécessairement des effets sur les ressources des femmes lorsqu'elles vieillissent, et tout particulièrement lorsque le pourvoyeur de ressources, le *breadwinner*, n'est plus ; cette convention de genre a également des effets lorsqu'il s'agit de prendre soin des personnes âgées – activité majoritairement féminine. Le droit prend-il acte de cette convention de genre et de ses effets au regard du grand âge ? C'est ce que l'on peut essayer d'identifier en distinguant les ressources des femmes âgées, d'une part (A), l'accompagnement des personnes âgées, d'autre part (B).

A - Convention de genre et ressources des femmes âgées

- 14 Si les énoncés juridiques sont désormais globalement neutres en matière de genre, cela ne signifie pas que le système juridique soit indifférent à la convention sociale selon laquelle les charges domestiques auraient vocation à peser en priorité sur les femmes et à ses incidences sur les ressources de celles-ci dans le grand âge. Deux champs d'investigation permettent de mettre en lumière la persistance de la prise en considération de cette convention de genre en droit français : le droit des successions et le droit des pensions.

1 - Le droit des successions

- 15 La figure de la veuve, et de la veuve âgée, domine les débats parlementaires lorsque sont en cause les droits successoraux du conjoint survivant³⁹, en particulier à l'occasion de l'importante réforme réalisée par la loi du 3 décembre 2001⁴⁰. S'en tenir là, ce serait simplement souligner que le législateur prend acte du fait que les normes qu'il adopte, applicables aux hommes comme aux femmes, ont vocation à s'appliquer plus souvent aux femmes qu'aux hommes : il ne s'agirait que d'une anticipation d'une application genrée de la règle, directement corrélée à la différence d'espérance de vie entre les femmes et les hommes, et aggravée par l'âge au mariage, plus élevé en moyenne pour les hommes que pour les femmes.
- 16 Mais l'hypothèse à éprouver est que la convocation de la figure de la veuve, si elle s'explique par des raisons statistiques, influe par ailleurs sur le contenu de la norme. On constate que la loi de 2001 a accru les droits du conjoint survivant. En particulier, elle permet au survivant d'opter, s'il est le parent de tous les enfants du défunt, pour l'usufruit de l'ensemble des biens existants au décès⁴¹ – et il est le seul héritier à pouvoir de la sorte se prévaloir de droits légaux en usufruit. L'objectif de la règle est peu contestable : il s'agit de garantir au survivant la persistance de son cadre et de son niveau de vie. Or la place de la figure de la veuve dans les débats conduit à émettre l'hypothèse que les droits légaux du conjoint survivant ont été fixés en contemplation de la situation d'une femme âgée jugée avoir besoin d'un usufruit universel sur les biens de son défunt époux – le mariage entre personnes de même sexe n'était pas admis en 2001 – pour préserver son mode de vie, faute de ressources propres suffisantes. L'hypothèse peut être étayée par un argument historique : lorsque le conjoint survivant s'est vu reconnaître des droits en usufruit dans la succession du défunt, en 1891, « c'est le douaire de l'ancien droit qui a servi de modèle (...). On ne peut s'empêcher de relever

cette curieuse coïncidence qui a conduit le législateur, lorsqu'il s'est agi de renforcer les droits du conjoint, à aller s'inspirer d'un dispositif destiné à protéger la veuve ! Car le douaire avait pour but premier d'assurer des ressources à l'épouse afin qu'elle puisse maintenir son train de vie et conserver son rang social »⁴². Il est peu contestable que la loi de 2001, certes indifféremment applicable aux veufs et aux veuves, constitue une garantie offerte aux femmes de ne pas pâtir des sacrifices professionnels qu'elles auraient dû réaliser ou en tout cas de la répartition genrée des fonctions qui a présidé au fonctionnement du couple. Que l'époux ou l'épouse qui n'est pas le parent de tous les enfants du défunt ne puisse pas se prévaloir d'un tel usufruit universel au titre de ses droits légaux dans la succession⁴³ vient du reste au soutien de l'analyse selon laquelle une figure sociale spécifique a présidé à ce choix législatif : celle de la répartition « classique » des fonctions au sein des couples stables et féconds.

2 - Le droit des pensions

- 17 En particulier en raison des charges familiales qui persistent à peser principalement sur les femmes, leurs carrières professionnelles sont différentes de celles des hommes, ce qui se répercute à l'heure de la liquidation de leurs droits à pension. Des dispositifs ont été instaurés pour prendre acte des effets de cette convention de genre sur les droits à pension des femmes – selon deux voies différentes⁴⁴. D'une part, il s'est agi de permettre aux veuves de bénéficier des droits ouverts par les cotisations liées à l'activité professionnelle de leurs époux : c'était l'objet des pensions de réversion, sans doute destinées avant tout aux femmes et longtemps réservées à celles-ci dans le régime des fonctionnaires⁴⁵. D'autre part, il s'est agi de conférer aux femmes qui interrompaient leurs carrières pour assumer des charges familiales de bénéficier de droits malgré leur absence de cotisation : si la femme et mère était conduite à renoncer à son activité pour se consacrer à l'éducation de ses enfants, elle pouvait compter, dans la fonction publique, sur des bonifications de carrière⁴⁶ ou, dans le régime général, sur des majorations de durée⁴⁷ de nature à préserver, même partiellement, ses droits à pension. Accordés aux seules femmes, ces avantages prenaient acte d'une répartition genrée des fonctions au sein du couple ; il est même peu discuté qu'ils visaient à consolider cette convention de genre, eu égard au modèle familialiste dominant au sortir de la seconde guerre mondiale⁴⁸.
- 18 Peut-on soutenir que ce modèle a vécu avec la neutralisation des énoncés opérée notamment sous la pression de la Cour de justice des Communautés européennes et de la condamnation de la France par l'arrêt *Griesmar* en 2001⁴⁹, de sorte que le droit des pensions ne refléterait plus de convention de genre – la prédominance des femmes parmi les bénéficiaires des dispositifs n'étant plus due qu'à des données démographiques et économiques⁵⁰ ? Deux constats conduisent à en douter.
- 19 En premier lieu, malgré la neutralisation globale des énoncés, les mères sont toujours, en vertu des textes régissant la matière, plus susceptibles de bénéficier de ces dispositifs que les pères, quand bien même ceux-ci auraient sacrifié une partie de leurs carrières professionnelles aux charges domestiques. D'une part, en effet, persistent des dispositions sexospécifiques. Ainsi, quoique réformé par la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de *financement de la sécurité sociale pour 2010*, l'article L 351-4 du Code de la sécurité sociale, dispose toujours, en son I : « Une majoration de durée d'assurance de quatre trimestres est attribuée aux femmes assurées sociales, pour chacun de leurs enfants, au titre de l'incidence sur leur vie professionnelle de la maternité, notamment

de la grossesse et de l'accouchement »⁵¹. La tentative de lier ce bénéfice au rôle incomparable des femmes dans la naissance des enfants ne saurait faire illusion : pendant le congé maternité, les prestations en espèces du régime général garantissent en principe la préservation du salaire et la continuité des droits sociaux⁵² ; partant, ce qui est compensé est extérieur aux effets directs de la grossesse sur les droits à pension. Du reste, la majoration accordée, de quatre trimestres, apparaîtrait disproportionnée si elle ne visait à compenser que la réduction d'activité contemporaine de la grossesse et de l'accouchement. L'explication est ailleurs : le texte présuppose que toute mère est conduite à procéder à des sacrifices professionnels en raison de la survenance d'enfant et donc que la charge des enfants pèse essentiellement sur les femmes⁵³ ; la convention de genre est reçue par le droit. D'autre part, même lorsque l'énoncé est *genderblind*, cette convention de genre ressurgit subrepticement. L'exemple des pensions des fonctionnaires est à cet égard très significatif. Après la condamnation de la France dans l'arrêt *Griesmar*, la loi a modifié l'article L 12 du Code des pensions civiles et militaires et ouvert à toutes et tous les fonctionnaires les bonifications en cas d'interruption de carrière justifiée par l'éducation des enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004⁵⁴. Elle renvoie toutefois à un règlement pour identifier précisément les types d'interruptions autorisant une telle bonification. Or l'article R 13 du Code des pensions civiles et militaires conduit mécaniquement à conférer une telle bonification en priorité aux mères⁵⁵. D'abord, est listé parmi les congés ouvrant droit à bonification le congé maternité, évidemment réservé aux femmes, pourtant *a priori* étranger à l'objet de la norme - l'interruption de carrière en vue d'élever les enfants - et pendant lequel l'ensemble des rémunérations, les droits à l'avancement et à la retraite sont préservés de sorte que l'on saisit mal en quoi il pourrait, en lui-même, nuire à la carrière de la fonctionnaire⁵⁶. Et l'exigence d'une interruption de carrière d'au moins deux mois ne constitue en rien une limite dès lors que cette durée est plus courte que celle du congé maternité. Toutes les mères d'enfants nés avant 2004 pourront donc se prévaloir de l'article L 12 du Code des pensions civiles et militaires : « ce faisant, ledit dispositif véhicule indiscutablement cette idée que la maternité signifie nécessairement (ontologiquement ?) éducation des enfants : contrairement aux pères qui doivent, eux, en apporter la preuve, les mères seraient *présumées* assurer l'éducation des enfants »⁵⁷. Et la situation a vocation à perdurer : « pour chacun de leurs enfants nés à compter du 1^{er} janvier 2004, les femmes, fonctionnaires ou militaires, ayant accouché postérieurement à leur recrutement, bénéficient d'une majoration de durée d'assurance fixée à deux trimestres »⁵⁸. En outre, certains congés ouvrant droit à bonification de carrière en vertu de l'article R 13 du Code des pensions civiles et militaires n'ont longtemps pas été ouverts aux hommes fonctionnaires mais réservés aux mères - de sorte que la même interruption d'activité pour élever les enfants peut donner lieu à compensation au bénéfice des secondes et pas des premiers, qui se sont inscrits en rupture avec la convention de genre. Du reste, le Conseil d'État ne conteste en rien que le dispositif normatif est favorable aux femmes : « Considérant que, eu égard à l'objet de cette bonification, ce principe n'interdisait pas que le décret attaqué prévoit [sic] parmi les positions statutaires donnant droit à son bénéfice, le congé de maternité, alors même que de ce fait et en raison du caractère facultatif des autres congés, pour la plupart non rémunérés, le dispositif nouveau bénéficiera principalement aux fonctionnaires de sexe féminin ; que la circonstance que les dispositions régissant le congé parental d'éducation aient, dans un premier temps,

réservé ce congé aux fonctionnaires de sexe féminin, n'entache pas non plus le décret attaqué d'illégalité »⁵⁹.

- 20 En second lieu, la force de la convention de genre s'exprime dans le fait que le constat dressé, notamment par le Conseil d'État, ne débouche pas sur la condamnation d'une discrimination indirecte. La matière de la protection sociale s'avère pourtant accueillante à la prise en considération de telles discriminations – lorsque les femmes en sont victimes⁶⁰. Or « une discrimination indirecte en raison du sexe est constituée dans le cas où une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe donné par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ; (...) une telle discrimination est caractérisée lorsque la mesure affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe »⁶¹. Il a donc été soutenu que les avantages en termes de pensions dont les femmes étaient significativement plus à même de bénéficier constituaient des discriminations indirectes condamnables. L'argument, pourtant, n'a pas prospéré⁶², sinon devant la HALDE⁶³. Comment l'expliquer ? Au-delà des arguments avancés dans les décisions, la justification fondamentale de ces différences de traitement n'est-elle pas à trouver dans la prise en considération jugée légitime de la convention de genre à l'origine de ces dispositifs d'inspiration familialiste, du reste consolidée par effet-réflexe⁶⁴ ?

B - Convention de genre et accompagnement des personnes âgées

- 21 La convention de genre selon laquelle le travail de *care* revient au premier chef aux femmes n'est pas sans incidence sur l'accompagnement des personnes âgées. Il est avéré que les aidants, au sens le plus large, sont des aidantes et mêmes des aidantes elles-mêmes assez âgées, qui prodiguent principalement des soins à leurs parents⁶⁵, le cas échéant au détriment de leurs carrières professionnelles. Les dispositifs juridiques applicables en la matière peuvent-ils être lus comme des réceptions d'une convention de genre ?
- 22 La question des effets économiques de l'accompagnement des personnes âgées a d'abord été saisie par le droit des successions. La Cour de cassation a, dans un important arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 1994, admis que l'enfant qui avait fourni à son parent des soins personnels pouvait se prévaloir à ce titre d'une créance contre la succession : « le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents »⁶⁶. L'arrêt a pu trouver des prolongements dans une décision de 1999 et une autre de 2004⁶⁷. On constate donc une volonté de la Cour de cassation de permettre la rémunération de ce qu'elle qualifie dans l'arrêt rendu le 30 janvier 2004 de « travail bénévole » - et donc une forme de compensation économique du travail de *care*. S'il est toutefois difficile de soutenir que, ce faisant, le droit accueille une convention de genre, c'est que les trois décisions reconnaissent les droits d'un fils contre la succession ...⁶⁸

- 23 En revanche, le droit social de l'Union européenne peut sans la moindre conteste être appelé au soutien de l'analyse selon laquelle la convention de genre femmes *caregivers*/hommes *breadwinners* fonde les évolutions juridiques relatives au régime juridique des aidant.e.s. Toute intervention du droit de l'Union impliquant en effet la mise en évidence d'un fondement textuel, il est très significatif que la directive du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants soit justifiée notamment par l'article 153, paragraphe 3, point i, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatif à « l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail »⁶⁹. Les considérants qui justifient la directive sont particulièrement éclairants : « Les politiques relatives à l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée devraient contribuer à la réalisation de l'égalité des sexes en encourageant la participation des femmes au marché du travail, le partage des responsabilités familiales à parts égales entre les hommes et les femmes et la réduction des écarts de revenus et de salaire entre les hommes et les femmes. Ces politiques devraient tenir compte des changements démographiques, notamment des effets du vieillissement de la population (...). Un fait majeur qui contribue à la sous-représentation des femmes sur le marché du travail est la difficulté à trouver un équilibre entre obligations professionnelles et obligations familiales (...). Il a également été démontré que le fait d'avoir un membre de la famille malade ou dépendant a une incidence négative sur l'emploi des femmes, et conduit certaines d'entre elles à quitter complètement le marché du travail ». Le droit de l'Union lie donc étroitement convention de genre et nécessité d'une intervention normative pour en réduire les effets sur le marché du travail⁷⁰ ; elle prévoit à cet égard en particulier que les aidant.e.s « aient le droit de demander des formules souples de travail dans le but de s'occuper de membres de leur famille »⁷¹ - la formule souple de travail étant définie comme « la possibilité pour les travailleurs d'aménager leurs régimes de travail, y compris par le recours au travail à distance, à des horaires de travail souples ou à une réduction du temps de travail [nous soulignons] »⁷².
- 24 Ce faisant, la directive illustre l'ambiguïté récurrente et fondamentale du droit confronté à cette convention de genre : l'ignorer, au risque d'aggraver la situation économique des femmes ; en prendre acte, au risque de la légitimer et, partant, de la consolider.

NOTES

1. Pour une présentation, v. Mathias MÖSCHEL, « L'intersectionnalité dans le contentieux de la non-discrimination relatif au domaine de l'emploi en France », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN (dir.), *La loi & le genre*, CNRS éd., 2014, p. 697 et s., spéc. p. 698 et s.
2. La question des liens entre droit, grand âge et orientation sexuelle sera exclue de l'étude, non parce qu'elle serait marginale, mais pour garantir l'unité du propos.
3. V. Camille BOURDAIRE-MIGNOT et Tatiana GRÜNDLER, « Le vieux, une figure de la vulnérabilité en droit », in ce dossier.
4. Juliette RENNES, V° « Âge », in Juliette RENNES (dir.), *Encyclopédie critique du genre*, p. 43.

5. V. toutefois Julie ANCIAN, *Des grossesses catastrophiques. Une sociologie des logiques reproductives dans les mises en récit judiciaires et biographiques de néonaticide*, th. EHESS, 19 novembre 2018, dir. Simone BATEMAN et Marc BESSIN, p. 22 : « À l'intersection de plusieurs rapports de domination, le genre convoque aussi la classe, l'âge [nous soulignons] et l'ethnicité pour l'analyse des contextes dans lesquels se produisent les actes néonaticides et dans lesquels ils sont appréhendés et jugés ». V. aussi p. 275 : « Les personnes qui échouent à (ou refusent de) se conformer aux rôles que leur sexe, leur âge [nous soulignons], leur classe, ou leur race leur assignent sont repoussées hors des frontières de cette "normalité construite" ».
6. Juliette RENNES, V° « Âge », *op. cit.*, p. 43.
7. Sur le statut de l'âge en droit, v. not. Gérard LYON-CAEN, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. social* 2003, p. 1047 et s., p. 1048 : « L'âge est un simple fait et pas un concept juridique. Le droit, privé ou public, ne connaît que la minorité et la majorité ».
8. En ce sens, v. not. Jean-Jacques DUPEYROUX, « L'âge en droit social », *Dr. social* 2003, p. 1041 et s., p. 1041 : « Le droit civil et le droit public ne retiennent qu'un âge [au sens d'anniversaire], celui de la majorité : 18 ans. Le droit pénal en retient trois : 13, 16, 18 ». Pour des illustrations, v. not. Marc PICHARD, « L'enfant : à propos d'une polysémie », in *Au-delà des codes, Mélanges en hommage à Marie-Stéphane PAYET*, Dalloz, 2012, p. 469 et s., p. 474 et s.
9. Gérard CORNU, « L'âge civil », reproduit in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998 [1961], p. 45 et s., p. 45.
10. Art. L 2141-2 du Code de la santé publique.
11. Décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie, JO 30 mars 2005, texte 4 : « Les actes du sous-chapitre 09.02 assistance médicale à la procréation ne peuvent pas être facturés au-delà du jour du 43^e anniversaire ».
12. Gérard CORNU, « L'âge civil », *op. cit.*, p. 47 : « Il semblerait, la majorité exceptée, que la loi civile introduise à un monde abstrait, sans âge ».
13. V. Caroline GÉRARD, *Les droits de la personne âgée. Proposition pour un statut de post-majorité*, th. Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2 juillet 2018, dir. Franck PETIT et Jean-Louis RESTAUD. L'auteure propose de fixer en principe le déclenchement de ce régime spécial à l'âge de soixante-dix ans (n° 649, p. 411 et s.). L'article 414 du Code civil serait complété par un second alinéa : « À soixante-dix ans accomplis, chacun peut se prévaloir du régime de la post-majorité » (p. 682).
14. La situation décrite par Gérard CORNU en 1961 est toujours d'actualité : « Les limites d'âge que la loi établit pour frontières à la capacité sont, en réalité, les bornes d'une incapacité. Elles marquent toujours la fin, jamais le début d'une période d'incapacité ».
15. Sur l'émergence d'une tierce catégorie, à la lisière de l'activité et de la retraite, v. not. Anne-Sophie GINON, « La protection sociale du salarié en fin de carrière », *Dr. social* 2020, p. 78, qui s'interroge, p. 87 : « Les seniors constituent-ils une catégorie juridique pertinente pour le droit social, et spécifiquement pour le droit de la protection sociale ? Cette catégorie doit-elle être le support de protections particulières, comme l'est par exemple l'enfant dans la protection sociale ? Autrement dit, les seniors peuvent-ils constituer une catégorie de destinataires des règles pour ouvrir des droits spécifiques à couverture sociale ? ».
16. V. not. art. 1^{er}, al. 1^{er} de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public : « Sous réserve des reculs de limite d'âge pouvant résulter des textes applicables à l'ensemble des agents de l'État, la limite d'âge des fonctionnaires civils de l'État est fixée à soixante-sept ans lorsqu'elle était, avant l'intervention de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, fixée à soixante-cinq ans ».
17. Article 53 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, portant modification de l'article 2 de la loi du 25 ventôse an XI contenant

organisation du notariat : « Les notaires cessent leurs fonctions lorsqu'ils atteignent l'âge de soixante-dix ans. Sur autorisation du ministre de la justice, ils peuvent continuer d'exercer leurs fonctions jusqu'au jour où leur successeur prête serment, pour une durée qui ne peut excéder douze mois ».

18. Art. L 1237-5 et s. du Code du travail.

19. Actuellement fixé en application de l'article L 161-17-2 du Code de la sécurité sociale.

20. L'âge de la retraite peut constituer le terme du bail rural à (très) long terme : on parle alors de bail « de carrière » régi par l'article L 416-5 du Code rural et de la pêche maritime (« Le bail à long terme prend la dénomination de bail de carrière lorsqu'il porte sur [certains biens], qu'il est conclu pour une durée qui ne peut être inférieure à vingt-cinq ans et qu'il prend fin à l'expiration de l'année culturale pendant laquelle le preneur atteint l'âge de la retraite retenu en matière d'assurance vieillesse agricole ») ; par ailleurs, l'atteinte de l'âge de la retraite par l'exploitant est une cause légitime de refus de renouvellement du bail rural soumis au statut (v. l'article L. 411-64 du Code rural et de la pêche maritime qui, sous certaines conditions, prévoit que « le bailleur peut, par dérogation aux articles L 411-5 et L. 411-46 : - soit refuser le renouvellement du bail au preneur ayant atteint l'âge de la retraite retenu en matière d'assurance vieillesse des exploitants agricoles ; - soit limiter le renouvellement à l'expiration de la période triennale au cours de laquelle le preneur atteindra cet âge. Le preneur peut demander au bailleur le report de plein droit de la date d'effet du congé à la fin de l'année culturale où il aura atteint l'âge lui permettant de bénéficier d'une retraite à taux plein »).

21. V. les articles 15 III et 25-8 II Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986*, aux termes identiques : « Le bailleur ne peut s'opposer au renouvellement du contrat en donnant congé (...) à l'égard de tout locataire âgé de plus de soixante-cinq ans et dont les ressources annuelles sont inférieures à un plafond de ressources en vigueur pour l'attribution des logements locatifs conventionnés fixé par arrêté du ministre chargé du logement, sans qu'un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités lui soit offert dans les limites géographiques prévues à l'article 13 bis de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 (...). Le présent alinéa est également applicable lorsque le locataire a à sa charge une personne de plus de soixante-cinq ans vivant habituellement dans le logement et remplissant la condition de ressources précitée et que le montant cumulé des ressources annuelles de l'ensemble des personnes vivant au foyer est inférieur au plafond de ressources déterminé par l'arrêté précité. Toutefois, les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque le bailleur est une personne physique âgée de plus de soixante-cinq ans ou si ses ressources annuelles sont inférieures au plafond de ressources mentionné au premier alinéa. L'âge du locataire, de la personne à sa charge et celui du bailleur sont appréciés à la date d'échéance du contrat ; le montant de leurs ressources est apprécié à la date de notification du congé ».

22. V. l'article L 631-17, alinéa 1^{er}, du Code de la construction et de l'habitation : « Le contrat de cohabitation intergénérationnelle solidaire est un contrat par lequel une personne de soixante ans et plus, propriétaire ou locataire, s'engage à louer ou sous-louer une partie de son logement à une personne de moins de trente ans moyennant une contrepartie financière modeste. Il est régi par le sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil ».

23. Rappr. Jean-Jacques DUPEYROUX, « L'âge en droit social », *Dr. social* 2003, p. 1041 et s., p. 1046 : « Le droit de la Sécurité sociale, qui abandonne au droit du travail ou à celui de l'emploi la notion de *jeunesse*, fait grand usage, exprès, de celle de *vieillesse* – assurance *vieillesse*, allocations de *vieillesse*, avantages de *vieillesse*, fonds solidarité-*vieillesse* ».

24. V. notamment, outre les textes du titre VII du livre I^{er} du Code civil, relatifs à la filiation, l'article L 2111-1 du Code de la santé publique (« L'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale participent, dans les conditions prévues par le présent livre, à la protection et à la promotion de la santé maternelle et infantile qui comprend notamment : (...) 2°

Des actions d'accompagnement psychologique et social des femmes enceintes et des jeunes mères de famille, particulièrement les plus démunies (...) ») ou l'article L 222-5 du Code de l'action sociale et des familles (Sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance sur décision du président du conseil départemental : (...)) 4° Les femmes enceintes et les mères isolées avec leurs enfants de moins de trois ans qui ont besoin d'un soutien matériel et psychologique, notamment parce qu'elles sont sans domicile »).

25. Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*, art. 1^{er}.

26. La référence à la condition des personnes pouvait, du reste, être lue comme une prise en considération de la classe.

27. En ce sens, v. not. René DEMOGUE, « De la violence comme vice du consentement », *RTD civ.* 1914, p. 435 et s., n° 22, p. 459 ; Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, p. 290.

28. Rappr. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 219, p. 226, note 4 : « Un vieillard est plus impressionnable qu'un homme dans la force de l'âge ; un contractant ignorant de la pratique des affaires l'est plus que celui qui en a l'expérience ; et l'on pensait, en 1804, qu'une femme l'était plus qu'un homme ... ».

29. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

30. Article 1140 nouveau du Code civil : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ».

31. Du reste, s'agissant de l'âge, l'article L 1133-2 du Code du travail desserre immédiatement l'étai, qui dispose : « Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Ces différences peuvent notamment consister en : 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ; 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite ».

32. Par ailleurs, les textes en cause ne visent pas explicitement la possibilité de combiner les critères pour sanctionner une discrimination intersectionnelle.

33. V. Carole BONNET, Emmanuelle CAMBOIS, Chantal CASES et Joëlle GAYMU, « La dépendance : quelles différences entre les hommes et les femmes ? », *Gérontologie et société*, 2013/2 vol. 36, n° 145, p. 55 et s. p. 58 : « Les femmes représentent la très grande majorité des bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA), résidant à domicile ou en établissement : 74 % en 2007, cette proportion augmentant avec l'âge ».

34. V. *supra*.

35. Par exemple, à l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA), le « minimum vieillesse » (sur laquelle v. Patrick MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 9^e éd., LexisNexis, 2019). Cette allocation différentielle est réservée, en vertu de l'article R 815-1 et s. du Code de la sécurité sociale, aux personnes de plus de soixante-cinq ans ; à compter du 1^{er} janvier 2020, elle garantit à une personne seule un revenu 10 838,40 euros par an (article D 815-1 du Code de la sécurité sociale).

36. Même si, là aussi, une étude fine s'imposerait car il semble avéré qu'existe une mobilisation différenciée des mesures de protection en fonction du sexe et de l'âge de la personne protégée. À ce propos, v. Anne CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître,*

soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, *Rapport de mission interministérielle*, 2018, p. 24 : « Les personnes protégées plus âgées sont plus souvent des femmes veuves ou vivant seules. Celles à l'égard desquelles une mesure de tutelle a été ouverte sont des femmes (62 %), âgées de 73 ans, majoritairement veuves (51 %) ou célibataires (25 %). Celles à l'égard desquelles une mesure de curatelle a été ouverte sont des hommes (63 %), âgés de 58 ans, majoritairement célibataires (45 %) ou divorcés (10 %). (...) Le profil des personnes (...) protégées [par une habilitation familiale] est plutôt une femme (70 %) d'un âge moyen de 66,4 ans ». Tutelle ou habilitation familiale seraient majoritairement appliquées à des femmes âgées ; la curatelle concernerait des publics sensiblement différents, et ne serait pas essentiellement mobilisée pour répondre aux besoins de protection liés au grand âge.

37. Par exemple, la prédominance féminine au sein de la population soumise à une tutelle (note précédente) pourrait s'expliquer non seulement par la part plus grande de femmes au sein de la population des personnes les plus âgées, mais aussi par des stéréotypes de genre selon lesquels la perte de toute faculté d'autonomie décisionnelle serait plus facilement admise par les juges s'agissant des femmes que des hommes.

38. *Quid*, par exemple, des bénéficiaires du dispositif mis en place par l'article L 322-4 du Code du travail, qui vise les « travailleurs âgés » : « Peuvent être attribuées par voie de conventions conclues avec les organismes professionnels ou interprofessionnels, les organisations syndicales ou avec les entreprises (...) 2. Des allocations spéciales en faveur de certaines catégories de travailleurs âgés lorsqu'il est établi qu'ils ne sont pas aptes à bénéficier de mesures de reclassement ». L'étude des catégories de travailleurs et travailleuses retenues révélerait-elle un biais de genre ?

39. En ce sens, v. not. Cécile PÉRÈS et Christophe VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF, coll. « Thémis », n° 297, p. 238 et s. : « La question du statut successoral du conjoint survivant a toujours été féminine ».

40. V. Sara GODECHOT-PATRIS, « Analyse genrée du droit des successions. Étude de droit interne et de droit international privé », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN (dir.), *La loi & le genre*, CNRS éd., 2014, p. 377 et s., p. 381-382 : « le dispositif législatif consacré en 2001 a été principalement pensé par rapport aux épouses. Pour s'en convaincre, il suffit de s'en remettre aux différents rapports qui ont égrainé la procédure d'adoption de la loi du 3 décembre 2001. On relèvera tout d'abord le rôle central joué par la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes venue souligner la situation précaire des veuves et la nécessité d'y remédier. Quant aux rapports établis par les parlementaires, ils ne sont pas en reste. Sans doute la formule neutre de "conjoint survivant" ou celle bilatérale de "veuf ou veuve" est-elle le plus souvent employée. On peut néanmoins relever que, pour un même rapport, le terme de veuf n'apparaît que 3 fois là où celui de veuve est mentionné 21 fois. Ces seuls chiffres montrent à n'en pas douter que c'est le conjoint de sexe féminin qui a été au cœur des préoccupations du législateur ».

41. Article 757 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001.

42. Sara GODECHOT-PATRIS, « Analyse genrée du droit des successions. Étude de droit interne et de droit international privé », *op. cit.*, p. 385.

43. Article 757 du Code civil.

44. Pour une présentation, v. not. Laure CAMAJI, « L'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe confronté à la retraite des femmes », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN (dir.), *La loi & le genre*, CNRS éd., 2014, p. 411 et s., p. 412-414.

45. V. Laure CAMAJI, *Ibid.*, p. 413.

46. Article L 12 du Code des pensions civiles et militaires, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites : « Aux services effectifs s'ajoutent, dans les conditions déterminées par règlement d'administration publique, les bonifications ci-après :

(...) b) Bonification accordée aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants légitimes, de leurs enfants naturels dont la filiation est établie ou de leurs enfants adoptifs et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingt et unième année révolue, pour chacun des autres enfants énumérés au paragraphe II de l'article L 18 ».

47. Article L 351-4 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de *financement de la sécurité sociale pour 2010* : « Les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant, dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestres par enfant ».

48. V. Laure CAMAJI, « L'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe confronté à la retraite des femmes », *op. cit.*, p. 423 : « Les systèmes de protection sociale ne sont pas neutres du point de vue du genre. La mise en place des États-providence au milieu du xx^e siècle s'est faite par la différenciation des rôles des hommes et des femmes au sein de la famille, ainsi que sur l'affectation prioritaire des femmes aux activités maternelles et domestiques ».

49. CJCE 29 novembre 2001, aff. C-366/99, *Griesmar*, §67 : « le principe de l'égalité des rémunérations est méconnu par une disposition telle que l'article L 12, sous b), du code [cité *supra* note 46], en ce qu'elle exclut du bénéfice de la bonification qu'elle instaure pour le calcul des pensions de retraite les fonctionnaires masculins qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants ». Pour une chronologie plus précise des évolutions dans le droit de la fonction publique, v. Alexis ZARCA, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN (dir.), *La loi & le genre*, CNRS éd., 2014, p. 429 et s., p. 434 et s.

50. Notamment, 90 % des bénéficiaires de pensions de réversion sont des femmes (Patrick MORVAN, *Droit de la protection sociale*, *op. cit.*, n° 394, p. 408). La mise sous conditions de ressources des pensions de réversion a, du reste, vocation à consolider cet état de fait.

51. Sur ce texte et son évolution, v. Patrick MORVAN, *Droit de la protection sociale*, *op. cit.*, p. 374 et s.

52. V. Patrick MORVAN, *Droit de la protection sociale*, *op. cit.*, n° 346 et s., p. 352.

53. Rappr. la justification de la disposition dans sa rédaction antérieure à la réforme de 2010, par Cons. const. 14 août 2003, n° 2003-483 DC, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 21 et s. : « Considérant que le I de l'article 32 de la loi déferée rédige comme suit l'article L 351-4 du code de la sécurité sociale : "Les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant, dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestres par enfant" ; (...) Considérant que l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents ; Considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants [nous soulignons] ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes ; qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ».

54. Article L 12 du Code des pensions civiles et militaires, dans sa rédaction issue de la réforme de 2003, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004 : « Aux services effectifs s'ajoutent, dans les conditions déterminées par un décret en Conseil d'État, les bonifications ci-après : (...) b) Pour chacun de leurs enfants légitimes et de leurs enfants naturels nés antérieurement au 1^{er} janvier 2004, pour

chacun de leurs enfants dont l'adoption est antérieure au 1^{er} janvier 2004 et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingt et unième anniversaire, pour chacun des autres enfants énumérés au II de l'article L 18 dont la prise en charge a débuté antérieurement au 1^{er} janvier 2004, les fonctionnaires et militaires bénéficient d'une bonification fixée à un an, qui s'ajoute aux services effectifs, à condition qu'ils aient interrompu leur activité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État [nous soulignons] ; b bis) La bonification prévue au b est acquise aux femmes fonctionnaires ou militaires ayant accouché au cours de leurs années d'études, antérieurement à leur recrutement dans la fonction publique, dès lors que ce recrutement est intervenu dans un délai de deux ans après l'obtention du diplôme nécessaire pour se présenter au concours, sans que puisse leur être opposée une condition d'interruption d'activité ».

55. Article R 13 du Code des pensions civiles et militaires sans sa rédaction entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004 : « Le bénéfice des dispositions du b de l'article L 12 est subordonné à une interruption d'activité d'une durée continue au moins égale à deux mois dans le cadre d'un congé pour maternité, d'un congé pour adoption, d'un congé parental ou d'un congé de présence parentale (...) ou d'une disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans (...) ». Le texte actuellement en vigueur, issu du décret n° 2010-1741 du 30 décembre 2010 *portant application aux fonctionnaires, aux militaires et aux ouvriers des établissements industriels de l'État des articles 44 et 52 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites*, ne modifie pas la liste des dispositifs concernés.

56. Pour une démonstration détaillée, v. Alexis ZARCA, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », *op. cit.*, p. 436 et s.

57. Alexis ZARCA, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », *op. cit.*, p. 436 ; *adde* p. 438, *in fine*.

58. Article L 12 bis du Code des pensions civiles et militaires. Sur lequel v. Alexis ZARCA, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », *op. cit.*, p. 445.

59. CE 29 octobre 2004, *D'Amato*, req. n° 265097.

60. V. not. Cass. soc. 6 juin 2012, n° 10-21489 et Cass. soc. 3 juillet 2012, n° 10-23013.

61. *Ibid.*

62. V. not. Cass. 2^e civ. 12 juillet 2012, pourvoi n° 10-24661, *Bull. II* n° 130, relatif au régime de retraite des clercs et employés de notaires : « les dispositions de l'article 92 du décret n° 90-1215 du 20 décembre 1990 qui lient le bénéfice de la bonification de durée d'assurance à une interruption d'activité professionnelle d'une durée continue au moins égale à deux mois n'engendrent pas une discrimination indirecte à raison du sexe prohibée par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention, ni une inégalité de traitement entre les travailleurs des deux sexes au sens de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, du seul fait qu'un nombre plus élevé de femmes que d'hommes en bénéficient, en raison du congé de maternité ».

63. V. la Délibération n° 2010-05 du 4 janvier 2010 *relative à l'impossibilité pour un père de famille de bénéficier des bonifications de pension de retraite* : « le Collège estime que les articles L 12 b) et R 13 du Code des pensions civiles et militaires établissent une discrimination indirecte fondée sur le sexe prohibée (...). Or, ces avantages accordés aux femmes dans les faits ne visent ni à compenser les désavantages liés au congé de maternité ou à l'éloignement du service après l'accouchement, ni à les aider à mener une vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes (mesures d'actions positives). Elles tendent uniquement à leur offrir, au moment de leur départ à la retraite, certains avantages en lien avec la période consacrée à l'éducation des enfants. Le critère de deux mois continus d'interruption d'activité - revenant à favoriser systématiquement les femmes quant à l'octroi de ces avantages - n'apparaît donc pas objectivement justifié au regard

de l'objectif de la mesure qui est de prendre en compte une période d'inactivité liée à l'éducation de ses enfants ».

64. V. Laure CAMAJI, « L'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe confronté à la retraite des femmes », *op. cit.*, p. 425 : « L'incidence des périodes d'interruption de carrière sur les pensions de retraite met directement en cause la convention de genre inhérente au modèle de protection sociale. Reconnaître la discrimination indirecte reviendrait à souligner les effets de genre induits par les paramètres de calcul des pensions de retraite, et à mettre en cause le modèle de carrière "masculin" privilégié par le système français des retraites ».

65. V. Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Rapport sur les femmes seniors, Note 2 : L'implication des femmes seniors dans l'aide à un proche en situation de handicap ou de perte d'autonomie et dans l'aide grand-parentale*, Adopté lors de la séance du 14 mars 2019, p. 11 et s. : d'après des données de 2008, « les proches aidants sont majoritairement des femmes mais dans une proportion moindre qu'attendue » - qui s'élève seulement à 57 %. Le rapport souligne toutefois qu'un biais de genre pourrait expliquer que le travail de *care* des femmes soit sous-évalué : « on peut faire l'hypothèse que l'inégal partage des tâches domestiques au sein du couple, davantage portées par les femmes en moyenne, conduit sans doute à rendre plus invisible l'aide de ces dernières » (p. 13). Au sein de la population générale, les femmes âgées de 55 à 64 ans constituent la catégorie d'aidant.e.s la plus importante (p. 12) ; elles aident en priorité un parent (p. 16).

66. Cass. 1^{re} civ. 12 juillet 1994, n° 92-18639, *Bull. I* n° 250.

67. Cass. 1^{re} civ. 5 janvier 1999, 96-20151 ; Cass. 1^{re} civ. 20 janvier 2004, n° 01-03799.

68. Du reste, que des hommes et pas des femmes aient plaidé pour obtenir une créance contre la succession pourrait être analysé comme un indice ou bien que les femmes recourent moins au droit ou bien qu'elles jugent normaux les sacrifices qu'implique de prendre soin d'un parent.

69. Directive 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 *concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil*. Sur la proposition de directive, v. not. Anne MEYER-HEINE, « Aidants familiaux et personnes âgées dépendantes en Europe : vers une promotion de l'égalité hommes-femmes », *Revue de l'Union européenne* 2019, p. 507 et s.

70. V. l'article 1 de la directive, qui en délimite l'objet : « La présente directive fixe des exigences minimales conçues pour parvenir à l'égalité entre les hommes et les femmes en ce qui concerne les opportunités sur le marché du travail et le traitement au travail, en facilitant la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale pour les travailleurs qui sont parents ou les aidants ».

71. Article 9 de la directive.

72. Article 3, 1., f).

NOTES DE FIN

i.

RÉSUMÉS

L'étude de l'analyse juridique de l'intersection entre grand âge et genre invite avant toute chose à une réflexion en termes de méthode. Appréhender le sort que le droit réserve aux vieilles

femmes à partir des catégories mobilisées dans les énoncés conduit à un *corpus* excessivement restreint ; inversement, préférer une approche par la pratique d'application des normes ouvre sur un *corpus* quasiment illimité. Il semble plus fécond de convoquer la convention de genre selon laquelle le travail domestique incombe aux femmes pour identifier son appréhension par le droit, à travers la question des ressources des femmes âgées et celle de la situation des femmes qui leur viennent en aide.

The legal analysis of the intersection between old age and gender leads above all to a reflection in terms of method. Identify the place of "old women" in the categories used in the law leads to an excessively limited *corpus* ; conversely, chose an approach by the application of the law leads to an almost unlimited *corpus*. It seems more useful to have regard to the gender convention that domestic work is the responsibility of women and identify its apprehension by the law, through the question of the resources of elderly women and the question of the situation of women who help them.

INDEX

Keywords : age, genre, travail domestique, care, pensions de retraite, aidants

AUTEUR

MARC PICHARD

Marc Pichard est professeur de droit privé à l'Université Paris -Nanterre, CEDCACE (EA 3457)