

Faculté de droit et de criminologie

Au regard des théories féministes, et plus particulièrement de la théorie développée par Judith Butler, quelle analyse peut être faite de la structure actuelle des droits belge et européen des congés liés à la parentalité ?

Approche de genre

Auteur : Alice RASE

Promoteur : Pascale VIELLE

Année académique 2022-2023

Master en droit à finalité justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Je remercie de tout cœur ma maman pour son soutien et son amour inconditionnels et ma sœur pour son soutien tant émotionnel que concret dans la correction de mes différents travaux tout au long de mes études,

Je remercie ma sœur de cœur, Louise, pour sa présence attentive et ses conseils si précieux,

Je remercie sincèrement mes amies qui ont rendues ces cinq années merveilleuses par leur présence et j'adresse un remerciement tout particulier à Salomé pour m'avoir permis de me dépasser et de croire en moi et d'avoir rendu cette année plus lumineuse,

Je remercie Hugo pour son accompagnement sans faille dans les longues soirées de réflexion,

Enfin, je remercie ma promotrice de m'avoir orientée vers ce sujet interdisciplinaire qui m'a beaucoup appris tant en droit que sur le courant féministe auquel je porte un grand intérêt.

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	5
Introduction	11
Partie 1. Le féminisme et le droit.....	14
Chapitre 1. Le féminisme	14
Section 1. La définition du féminisme et des théories féministes du droit.....	14
Section 2. La pensée de Judith Butler	16
§1. Propos préliminaires	16
§2. La distinction entre sexe et genre : lequel est antérieur ?	17
§3. Le sujet du féminisme : la catégorie femmes	20
§4. La performativité du genre.....	21
§5. La matrice hétérosexuelle	23
§6. Les stéréotypes de genre	25
Chapitre 2. Le droit à l'épreuve du genre.....	26
Section 1. Les termes utilisés par le droit et la mention du sexe à l'état civil	26
§1. Code civil et état civil	26
§2. Origine, histoire et rôle	28
Section 2. La bicatégorisation du sexe par le droit	30
Section 3. La conception de la famille en droit belge : empreinte de binarité et d'hétéronormativité ?.....	31
Partie 2. Les congés liés à la parentalité : état des législations belges et européennes.	33
Chapitre 1. Généralités	33
Section 1. La sécurité sociale.....	33
Section 2. La notion de travail	35
Chapitre 2. Etat des lieux du droit belge	37
Section 1. Le congé de maternité et le congé d'allaitement	37
Section 2. Le congé de naissance	40

Section 3. Le congé parental.....	41
Section 4. Le congé d'adoption.....	42
Chapitre 3. Etat des lieux du droit européen.....	42
Section 1. Le tour d'horizon de l'éventail législatif européen.....	42
Section 2. Le congé de maternité et le congé d'allaitement	46
Section 3. Le congé de paternité et le congé parental	47
Section 4. Le congé d'adoption.....	50
Chapitre 4. Quelle est l'interaction entre les directives européennes et le droit belge ?	50
Partie 3. Quelques réflexions sur l'égalité homme-femme en matière de congés liés à la parentalité au regard de la théorie de Judith Butler.....	53
Chapitre 1. La structure actuelle des congés liés à la parentalité dans une perspective féministe.....	53
Section 1. Dans quelle théorie féministe les congés liés à la parentalité s'inscrivent- ils ?.....	53
Section 2. La division sexuée du travail rémunéré et du travail domestique et l'effectivité des congés en Belgique.....	57
Section 3. Quelle conclusion ?.....	60
Chapitre 2. Approche critique du droit au regard de la théorie de Butler	62
Section 1. Le sexe et le genre.....	63
Section 2. La catégorie « femme ».....	64
Section 3. La performativité	66
Section 4. L'hétéronormativité et la binarité	67
Section 5. Comment déconstruire les stéréotypes de genre et le binarisme pour trouver une solution juridique adéquate à la théorie de Butler ?.....	69
Conclusion	73
Bibliographie	75
Législation	75

Internationale	75
Européenne	75
Belge	76
Jurisprudence	77
Européenne	77
Doctrine	77
Ouvrages et articles de revue	77
Documentaire	84
Sitographie	84

INTRODUCTION

« Dans la grande majorité des cas, lorsqu'un père prend un congé parental pour s'occuper de ses enfants, il est applaudi, mais rien de tel lorsqu'il s'agit d'une mère. La société considère qu'il est tout à fait normal que ce soit elle qui diminue son temps de travail pour assumer les tâches de soin et d'éducation des enfants. Nous sommes 3700 mères et, avec les organisations féministes et de soutien à la parentalité, nous appelons le gouvernement à enfin agir, à un an des prochaines élections : il est grand temps que les congés parentaux cessent de perpétuer les inégalités de genre entre les femmes et les hommes. »¹

C'est ainsi que commence l'appel lancé il y a quelques jours, à l'occasion de la fête des mères, par la Ligue des Familles et dix associations féministes et de soutien à la parentalité et déjà co-signé par plus de 3700 mères. Toutes ensemble, elles tirent la sonnette d'alarme : stop à une maternité pénalisante et à un partage inégal des tâches entre les parents.

Les inégalités entre les femmes et les hommes sont présentes dans de nombreux domaines dont deux qui régissent particulièrement la vie des individus : la famille et le travail. Dès lors, au croisement de ces deux domaines, se trouvent les congés liés à la parentalité, régis par le droit. Ces congés, qui se comptent en semaines, ont des impacts significatifs sur les représentations des rôles sociaux tenus par les hommes et les femmes, qui ont à leur tour leurs lots de conséquences. Ce sont de ces différents engendremens dont il sera question tout au long de ce mémoire.

Les congés liés à la parentalité sont l'illustration parfaite des inégalités entre les femmes et les hommes tant dans la sphère privée, via le foyer, que dans la sphère publique, via le monde professionnel. Ils permettent de saisir de manière globale les rapports de genre inégaux qui structurent notre société. Les congés touchant à la société, à la famille, et au travail, le droit seul ne suffit pas pour une compréhension complète des enjeux que soulèvent les congés liés à la parentalité. Par conséquent, il s'agit du résultat d'une analyse interdisciplinaire du droit. En effet, tout au long de ce mémoire, nous avons utilisé la sociologie, la philosophie, l'histoire ou encore l'économie. En articulant une perspective féministe et le droit des congés liés à la parentalité, nous ne nous contentons pas d'une analyse juridique mais également d'une analyse

¹ LA LIGUE DES FAMILLES, *Communiqué de presse – Pour que la maternité ne pénalise plus les femmes*, consulté le 15 mai, disponible sur <https://liguedesfamilles.be/article/cp-pour-que-la-maternite-ne-penalise-plus-les-femmes>.

sociétale sur les rôles que tiennent les hommes et les femmes en tant que sujet du droit. Cette étude interdisciplinaire du droit s'est doublée d'une approche de genre. Dans le grand monde du féminisme, nous avons choisi la féministe américaine Judith Butler pour sa théorie complexe et très actuelle qui développe des notions diverses ayant un réel intérêt dans l'étude de la structure du droit.

Ce mémoire consiste en l'étude des droits belge et européen des congés liés à la parentalité dans une approche de genre et apporte une analyse de ce secteur du droit sous un nouvel angle, celui de la pensée de Judith Butler. Par conséquent, il est question, dans un premier temps, d'étudier le congé de maternité, le congé de naissance ou de paternité, le congé parental et le congé d'adoption dans les ordres juridiques belge, via les lois, et européen, via les directives. Il s'agit d'une étude du droit en vigueur actuellement. Dans un second temps, nous analysons les constats tirés de cette étude dans une perspective féministe.

L'objectif de ce croisement entre le féminisme et le droit est de répondre à la question suivante : « Au regard des théories féministes, et plus particulièrement de la théorie développée par Judith Butler, quelle analyse peut être faite de la structure actuelle des droits belge et européen des congés liés à la parentalité ? »

Une hypothèse de réponse consiste à soutenir que le droit des congés liés à la parentalité a évolué, tant en Belgique qu'en Union européenne, et s'est adapté pour se conformer aux revendications féministes au fil du temps, c'est-à-dire de la première à la troisième vague. Une autre hypothèse, plus nuancée, repose sur l'idée que le droit répond à une autre théorie féministe que celle proposée par Judith Butler.

Pour affirmer ou infirmer ces hypothèses de réponse, nous procédons avec une démarche en trois temps et par conséquent, nous divisons ce mémoire en trois parties. La première contient des considérations théoriques tant sur le féminisme que sur le droit. Nous y présentons les courants féministes et détaillons la théorie de Judith Butler. Nous nous intéressons ensuite à la place du sexe et du genre dans le droit. Dans la deuxième partie, nous nous appliquons à décrire les quatre congés précités dans les deux ordres juridiques choisis. Cette partie permet d'avoir une vue d'ensemble sur la structure des congés liés à la parentalité et de tirer des constats sur les fonctions parentales attendues en fonction du sexe pour la troisième partie. Cette dernière, qui se veut réflexive, permet la jonction de considérations féministes et de considérations juridiques afin d'apporter des éléments de réponse quant aux hypothèses formulées. Dans un premier chapitre, nous faisons une mise au point sur l'état du

droit au regard de l'égalité effective des sexes. Dans un second chapitre, nous apportons un angle d'analyse nouveau puisque nous examinons les congés liés à la parentalité à la lumière des différents concepts élaborés par Judith Butler.

PARTIE 1. LE FEMINISME ET LE DROIT

Cette première partie permet de poser le cadre que constitue l'approche féministe du sujet.

Dans un premier temps, nous abordons le féminisme et sa définition pour ensuite nous pencher sur les théories féministes de manière globale et leur structure. Nous poursuivrons par l'examen détaillé de la théorie de Judith Butler (ci-après, « Butler »).

Dans un second temps, nous nous intéressons à l'interaction entre droit, sexe et genre. Nous analysons d'abord comment le droit emploie ces termes. Ensuite, un bref historique nous permettra de comprendre la fonction de la mention du sexe. Après un rappel sur le rôle du droit dans une société, nous verrons comment le droit, en tant que créateur de normes, produit également du genre. Nous finissons cette partie par la conception de la famille en droit belge.

CHAPITRE 1. LE FEMINISME

Section 1. La définition du féminisme et des théories féministes du droit

Tout d'abord, nous tentons de définir le féminisme. Cette tâche, qui paraît simple à première vue, pose en fait difficulté au vu de la diversité des conceptions et des théories féministes. Nous nous intéressons ici à la définition délivrée par le Conseil de l'Europe qui reprend plusieurs éléments tels que le sujet et le rôle du féminisme. Il s'agit d'un « mouvement des femmes, composé de femmes et d'hommes qui œuvrent et luttent pour réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes et améliorer la vie des femmes en tant que groupe social, dans le but de mettre fin au sexisme, à l'exploitation et à l'oppression sexistes et à réaliser la pleine égalité de genre en droit et en pratique »². Nous reviendrons sur le sujet du féminisme ultérieurement dans les développements mais cette définition nous permet de poser un cadre de base.

Concernant le droit, en tant que cadre institutionnel de la société, il peut être un vecteur de changements sociétaux³, notamment à des fins féministes. C'est dans cette perspective qu'intervient la naissance et le développement de différentes théories féministes du droit. Dans

² « Le féminisme et les mouvements de femmes », in : *Questions de genre*, s.d., disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/gender-matters/feminism-and-women-s-rights-movements> (consulté le 31/10/2022).

³ J. RINGELHEIM, « Droit, contexte et changement social », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, Vol. 70, n° 1, p. 157.

son article⁴, Marie-Claire Belleau en énumère six qu'elle regroupe en trois catégories. Selon elle, les théories féministes du droit consistent en « une critique du postulat de la neutralité sexuelle du système et du raisonnement juridique en même temps qu'elles servent des objectifs politiques activistes »⁵.

Le premier féminisme juridique présenté est celui des féministes systémiques, qui est le discours le plus répandu et qui sert de théorie de base. Cette forme de féminisme s'intéresse au traitement réservé aux femmes dans le système, notamment juridique. En effet, l'enjeu est de savoir comment parvenir à une égalité malgré les différences biologiques entre les hommes et les femmes : faut-il adopter un traitement identique ou un traitement différent ? Dès lors, deux mouvements opposés s'affrontent au sein de ce féminisme : d'une part, les féministes de la symétrie plaident pour une universalisation des droits des hommes aux femmes qui entraînerait une neutralité du système ; d'autre part, les féministes de la différence souhaitent l'incorporation de valeurs dites « féminines » pour humaniser le système via des régimes spécifiques⁶.

Deuxièmement, le féminisme radical est un féminisme de transition. Pour ce dernier, c'est la différence sexuelle et la sexualité qui justifient la relation de pouvoir d'oppression des hommes et de subordination des femmes⁷. Il est vu comme extrême et totalisant en ce qu'il cherche une raison unique à la condition des femmes.

Troisièmement, nous nous intéressons au féminisme identitaire. Ce dernier critique le concept de femmes comme sujet du féminisme, décrit de manière essentialisante⁸. Continuer d'utiliser ce sujet de manière fixe et clairement définie contribue à maintenir cette bicatégorisation⁹ et à perpétuer des stéréotypes néfastes pour les femmes. D'ailleurs, les féministes identitaires, appelées féministes de la troisième vague, dénoncent et condamnent le rôle joué par le système juridique. Elles appellent donc à la déconstruction du sujet, sur laquelle nous reviendrons plus tard¹⁰. Il convient de remarquer que ces féministes de la nouvelle

⁴ M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, 15 mars 2001, p. 1.

⁵ *Ibid*, p. 1.

⁶ *Ibid*, p. 3.

⁷ *Ibid*, p. 1.

⁸ Bien que cette acception soit non reconnue, il s'agit d'un néologisme lié à l'essentialisme qui sera expliqué par la suite.

⁹ La bicatégorisation est un concept des sciences humaines qui désigne la catégorisation homme/femme dans les identités de genre ou hétéro/homo dans les identités sexuelles. Définition issue de M. FOURNIER, *Genre et féminisme*, Auxerre, Éditions Sciences humaines (coll. Les mots pour comprendre), 2022, p. 13.

¹⁰ M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *op. cit*, p. 4.

génération ont grandi dans un monde déjà en partie bouleversé par le mouvement féministe et se trouvent alors dans un contexte où de nombreuses discriminations sont mises en lumière, telles que le sexisme, le racisme ou encore l'homophobie¹¹. Il est à noter que le féminisme identitaire se divise en trois sous-groupes : antiraciste, relationnel et post-moderne. Ce dernier courant est celui dans lequel s'inscrit Butler.

Section 2. La pensée de Judith Butler

§1. Propos préliminaires

Butler est une grande figure des théories des genres. Nous nous intéressons quelque peu à la naissance de ces dernières. L'apparition du concept de genre vient mettre un terme à la pensée naturaliste qui justifie les rôles sociaux spécifiques imposés aux femmes et aux hommes sur base de différences biologiques et reproductives¹². En revanche, ce concept renforce à nouveau un système dualiste : sexe/genre, mâle/femelle, féminité/masculinité, hétérosexualité/homosexualité. Les études de genre ont pour but d'étudier « les processus sociaux, culturels, historiques et psychiques par lesquels les identités sexuées et sexuelles sont produites, les processus par lesquels les frontières entre ces identités sont tracées et/ou subverties, et les dynamiques par lesquelles les rapports de pouvoir qui sous-tendent ces identités et ces frontières sont perpétués ou négociés »¹³.

Butler s'inscrit plus précisément dans un courant féministe postmoderne et dans les théories poststructuralistes, qui voient le jour et se développent dans les années 80-90. Celles-là examinent le genre sous un axe d'analyse nouveau, qui se démarque de celui adopté dans les courants précédents et qui consiste à étudier le discours, les effets de langage, la constitution du sujet, les représentations ou encore la culture¹⁴.

Butler a une pensée post-identitaire, anti-essentialiste, et une approche postmoderne et constructiviste des rapports entre sexe et genre¹⁵. C'est dans le cadre de cette approche que Butler développe sa réflexion et qu'elle milite pour la reconnaissance sociale et politique de

¹¹ B. PAVARD, F. ROCHEFORT & M. ZANCARINI-FOURNEL, *Ne nous libérez pas, on s'en charge: une histoire des féminismes de 1789 à nos jours*, Paris, La Découverte, 2020, p. 388.

¹² É. LÉPINARD & M. LIEBER, *Les théories en études de genre*, Paris, la Découverte (coll. Repères, 737), 2020, p. 3.

¹³ *Ibid*, p. 4.

¹⁴ *Ibid*, p. 75.

¹⁵ A. BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » : les thèses féministes postmodernes dans l'oeuvre de Judith Butler », *Recherches féministes*, 2007, Vol. 20, n° 2, p. 61.

genres multiples et de sexualités variées, existants déjà. C'est pourquoi, il est question de théorie des genres, et non de genre.

A présent, intéressons-nous aux prémices de la pensée de Butler, philosophe américaine. Suite à l'invitation d'une amie à participer à une conférence féministe et universitaire, Butler reprend le livre *Le deuxième sexe* de Simone de Beauvoir¹⁶. Elle commence sa réflexion par ce concept de devenir, de faire son genre, sous l'impulsion de cette célèbre phrase de Simone de Beauvoir : « on ne naît pas femme : on le devient »¹⁷. Par cet énoncé, l'écrivaine et essayiste française, pionnière des réflexions sur le lien qui unit sexe et genre, indique que l'on naît femelle et que l'on devient femme¹⁸. Par la suite, Butler, comme Simone de Beauvoir avant elle, se caractérisera par sa perspective anti-essentialiste. En effet, cette dernière est au cœur de la démarche de Simone de Beauvoir et consiste à faire éclater les visions essentialistes de la différence des sexes, véhiculées par l'attribution de caractéristiques féminines ou masculines sur base de la différence biologique entre femmes et hommes¹⁹. Cette vision approuve l'idée qu'il y aurait une essence immuable de la femme et de l'homme.

Dans son œuvre incontournable *Trouble dans le genre*²⁰, Butler tente de comprendre la manière dont le genre se construit et comment il produit des normes. Elle y développe de nombreux thèmes mais nous nous attarderons seulement sur les principaux : la remise en question du sujet ; la performativité ; et l'articulation genre, sexe, sexualité et désir qui aboutit à la matrice hétérosexuelle. Sa théorie est une véritable boîte à outils qui nous fournit de nombreux instruments que nous tenterons ensuite d'utiliser dans le cadre de l'examen du droit des congés liés à la parentalité.

§2. La distinction entre sexe et genre : lequel est antérieur ?

En principe, il y a une distinction qui est effectuée entre sexe et genre : nous considérons que le premier renvoie au biologique alors que le second renvoie au social. Pour ces deux acceptions, nous utilisons des définitions tirées d'instruments internationaux ayant fait l'objet d'un certain consensus social.

¹⁶ P. ZAJDERMANN, « Judith Butler, philosophe en tout genre », consulté le 7 novembre 2022, disponible sur <https://www.on-tenk.com/fr/documentaires/grands-entretiens/judith-butler-philosophe-en-tout-genre>.

¹⁷ S. de BEAUVOIR 1908-1986, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard (coll. Idées. Philosophie; 152-153), 1971, p. 13.

¹⁸ L. BERENI *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2020, p. 27.

¹⁹ *Ibid*, p. 31.

²⁰ J.P. BUTLER, É. FASSIN & C. KRAUS, *Trouble dans le genre: le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, la Découverte (coll. La Découverte-poche), 2006.

D'une part, nous trouvons une définition des caractéristiques sexuelles dans le préambule des Principes de Jogjakarta plus 10, énoncée comme telle : « les caractéristiques sexuelles sont les aspects physiques propres à chaque personne en matière de sexe, y compris les organes génitaux, l'anatomie sexuelle et reproductrice, les chromosomes, les hormones et les caractéristiques secondaires apparaissant à la puberté »²¹. Les différentes précisions de cette définition se rapproche des recherches faites par Anne Fausto-Sterling sur le sexe physique et sa complexité²². En effet, elle identifie au moins cinq dimensions différentes du sexe²³ :

- Le sexe génétique ou chromosomique ;
- Le sexe gonophorique ;
- Le sexe gonadique ;
- Le sexe hormonal ;
- Le sexe anatomique.

Anne Fausto-Sterling dénonce cette classification binaire soi-disant basée sur des différences biologiques sexuelles claires et nettes. Ce processus, appelé bicatégorisation par sexe, conçoit « deux classes dissymétriques et mutuellement exclusives »²⁴ alors que tel n'est pas le cas en réalité. Dans un article republié dans le New-York Times en 1993²⁵, Anne Fausto-Sterling déconstruit cette « réalité biologique et naturelle » et propose un système à cinq sexes : hommes, femmes, herms, merms et fermes. Elle remet donc en question la science, notamment l'intervention médicale sur les corps, et la manière d'appréhender ce qui semblait biologiquement fondé : les deux sexes universels. Nous pouvons par contre émettre une critique, ces arguments de complexité et de multiplicité ne combattent pas, en tant que tel, la catégorisation mais plutôt le contenu de ces catégories. En effet, elle remet en cause le nombre de sexe mais pas les sexes eux-mêmes²⁶.

²¹ The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, adopté à Genève le 10 novembre 2017, préambule.

²² A. FAUSTO-STERLING & al., *Corps en tous genres: la dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, la Découverte Institut Émilie du Châtelet (coll. Collection Genre & sexualité), 2012.

²³ A. FAUSTO-STERLING ET P. TOURAILLE, « Autour des critiques du concept de sexe. Entretien avec Anne Fausto-Sterling », *Genre, sexualité & société* [En ligne], 12 | Automne 2014, mis en ligne le 01 décembre 2014, consulté le 07 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/gss/3290>

²⁴ M. RAZ, « Bicategorisation », *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris, La Découverte, 2016, p. 87.

²⁵ A. FAUSTO-STERLING, « How many sexes are there ? », *New-York Times*, 12 mars 1993, p. 29.

²⁶ P. TOURAILLE, « Mâle/femelle », *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris, La Découverte, 2016, p. 370.

A son instar, Butler ne nie pas la matérialité des corps mais elle affirme l'idée que le sexe est « toujours déjà du genre »²⁷. C'est notamment l'idée qu'elle développe dans le premier chapitre de *Trouble dans le genre* où elle écrit « Si l'on mettait en cause le caractère immuable du sexe, on verrait peut-être que ce que l'on appelle « sexe » est une construction culturelle au même titre que le genre ; en réalité, peut-être le sexe est-il toujours du genre et, par conséquent, il n'y aurait plus vraiment de distinction entre les deux »²⁸. En effet, selon Roland Pfefferkorn²⁹, sociologue français, la création du genre a eu pour mission de rompre avec le naturalisme et a atteint ce but puisque les féministes interrogent la division sexuelle et les fausses certitudes qui y sont liées. En revanche, l'introduction de cette distinction entre sexe et genre a eu pour inconvénient majeur de « laisser le sexe dans un statut de réal biologique et physiologique incontournable »³⁰.

D'autre part, le genre est quant à lui défini à l'article 3 de la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. Ce texte international énonce que « le terme « genre » désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes »³¹.

Butler ne partage pas cette conception et dénonce cette tension nature-culture introduite dans la distinction entre sexe et genre³². Pour elle, le sexe et le genre sont tous deux construits³³. Dès qu'il s'agit de constructions, il est possible de les transformer et de les troubler³⁴. En outre, Butler estime que distinguer le genre du sexe contribue à renforcer la division biologique comme division naturelle³⁵. Elle fait donc « sauter ce verrou de la naturalité du sexe par rapport au genre »³⁶. En effet, elle estime que le genre est en fait antérieur au sexe et qu'on ne peut jamais percevoir le sexe de manière entièrement naturelle et purement biologique. En d'autres termes, notre point de vue est « toujours déjà » biaisé. C'est en cela qu'elle ne rejette pas la matérialité des corps : les caractéristiques anatomiques sont bien réelles mais elles sont toujours

²⁷ I. JAMI, « Judith Butler, théoricienne du genre », *Cahiers du Genre*, 2008, Vol. 44, n° 1, p. 209.

²⁸ J.P. BUTLER, É. FASSIN & C. KRAUS, *Trouble dans le genre*, *op. cit.*, p. 69.

²⁹ R. PFEFFERKORN, *Genre et rapports sociaux de sexe*, Lausanne [Morangis], Éd. Page deux [diff. Vilo] (coll. Empreinte), 2012.

³⁰ *Ibid.*, p. 71.

³¹ Convention relative à la prévention et à la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée à Istanbul le 11 mai 2011, approuvée par la loi du 1^{er} mars 2016, *M.B.*, 9 juin 2016, art. 3.

³² L. BERENI *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, *op. cit.*, p. 31.

³³ I. JAMI, « Judith Butler, théoricienne du genre », *op. cit.*, p. 209.

³⁴ A. BARIL, « De la construction du « sexe » », *op. cit.*, p. 63.

³⁵ L. BERENI *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, *op. cit.*, p. 31.

³⁶ I. JAMI, « Judith Butler, théoricienne du genre », *Cahiers du Genre*, 2008, Vol. 44, n° 1, p. 208, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/cdge.044.0205>.

envisagées et appréhendées « à travers une lunette normative, politique et sociale »³⁷. La distinction genre/sexe n'est plus pertinente puisque ce sont deux constructions sociales, culturelles et politiques.

§3. *Le sujet du féminisme : la catégorie femmes*

Le féminisme est souvent critiqué pour son essentialisme³⁸, c'est-à-dire le phénomène par lequel le féminisme prend comme sujet la catégorie femmes et donc enferme et limite ce sujet à une catégorie alors que le but est la libération du sujet. C'est paradoxal de créer une catégorie fermée à des fins émancipatrices. Dès lors, la catégorie devient une norme contraignante.

Le féminisme se contredit. En effet, initialement, le concept de genre, introduit dans les années 70, a été créé dans le but de se distinguer du sexe, qui établit des distinctions biologiques innées³⁹. Par conséquent, l'objectif était de s'éloigner d'une conception de la féminité naturelle des femmes, qui s'appuie sur des différences biologisantes basées sur le sexe⁴⁰. En utilisant le genre comme critère de rassemblement, le genre ne fait que reproduire le caractère essentialisant – qui ligote le sujet – du sexe et que refléter l'opposition binaire entre deux catégories.

Butler, par sa pensée constructiviste, lutte contre cet essentialisme et remet en cause le sujet même du féminisme : les femmes. Elle interroge la pertinence de ce sujet au regard de sa théorie de la performativité. Dire que le sujet du féminisme est la femme, c'est affirmer qu'il y a une essence immuable de la femme. Cela va clairement à l'encontre de la pensée anti-essentialiste de Butler, qui affirme que les catégories de sexe ne sont pas naturelles, que ce ne sont que des constructions sociales. Par conséquent, nous appréhendons alors ici la catégorie femmes en termes de genre et donc nous évoquons le groupe social « femmes ». Dès lors, nous l'envisageons sous l'angle de l'identité et non de l'essence ou de la nature⁴¹.

Il faut cependant rappeler que les développements de Butler s'inscrivent dans une pensée post-identitaire et *queer*, qui place, au centre du combat féministe, le démantèlement de

³⁷ A. BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » », *op. cit.*, p. 67.

³⁸ Nous nous intéressons ici à la définition sociologique de l'essentialisme : L'essentialisme est l'idée selon laquelle des groupes de gens pourraient être définis par certaines caractéristiques essentielles, visibles et objectives, qui seraient inhérentes aux individus, éternelles et inaltérables. Définition tirée du blog cafaitgenre.org

³⁹ D. GARDEY, « Les sciences et la construction des identités sexuées. Une revue critique », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2006, 61e année, n° 3, p. 652.

⁴⁰ I.M. YOUNG, « Le genre, structure sérielle : penser les femmes comme un groupe social », *Recherches féministes*, 15 février 2008, Vol. 20, n° 2, pp. 7-36, disponible sur : <https://doi.org/10.7202/017604ar>, p. 10.

⁴¹ L. PARINI, *Le système de genre: introduction aux concepts et théories*, Zürich, Seismo (coll. Questions de genre), 2006, p. 6.

l'identité « femme ». Le mouvement *queer* se définit comme une « doctrine qui remet en cause toutes les normes de binarité, qu'elles soient de genre ou de sexe »⁴². En effet, Butler dénonce que le sexe façonne l'identité. D'ailleurs, le mouvement *queer* envisage l'identité comme une performance⁴³, idée fortement reprise par Butler. Selon elle, l'identité ne constitue pas un « préalable à l'existence politique »⁴⁴. Cette affirmation est cependant souvent remise en question puisque la définition d'un sujet permet la revendication au nom de et pour un groupe. C'est la spécificité d'un mouvement politique⁴⁵. Les groupements identitaires ont l'avantage de permettre un combat collectif sous un même « drapeau », de synthétiser les problèmes et les inégalités auxquels le groupe fait face, de revendiquer une égalité effective, mais ont l'inconvénient d'homogénéiser et de masquer les particularités et la diversité des membres du groupe. La solution pourrait être de déconstruire, et non de détruire, quelque chose qui est de toute façon construit et de s'interroger sur les mécanismes de la construction du sujet.

En outre, Butler dénonce le contenu, trop homogène et fixe, de cette catégorie « femmes » qui, selon elle, continue de représenter un certain type de femmes, c'est-à-dire les femmes blanches, cisgenres, hétérosexuelles et privilégiées, à l'exclusion des autres⁴⁶.

Face à la crainte d'effacement du sujet formulée par certains auteurs, Butler affirme que l'abandon et la non-référence à cette catégorie ne sont pas envisageables mais qu'il faut rester attentif et critique, en ne la considérant pas comme une catégorie exclusive et stable. Cette catégorie doit rester ouverte, sujette aux changements et aux mouvances⁴⁷.

§4. La performativité du genre

Comme dit précédemment, Butler est une féministe de la troisième vague, qui a pour objet d'étude le langage en tant que « facteur déterminant dans les processus de construction social »⁴⁸. Sa pensée s'inspire et s'inscrit dans les théories du langage, notamment celles développées par John Langshaw Austin, Jacques Derrida et Michel Foucault.

Nous nous intéressons d'abord au terme « performativité ». Il ne faut pas confondre performance et performativité. La performance suppose l'existence préalable d'un sujet alors que la performativité conteste la notion même de sujet⁴⁹. Ce terme, sur lequel Butler développe

⁴² M. FOURNIER, *Genre et féminisme*, *op. cit.*, p. 126.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ I. JAMI, « Judith Butler, théoricienne du genre », *op. cit.*, p. 224.

⁴⁵ I.M. YOUNG, « Le genre, structure sérielle », *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶ A. BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » », *op. cit.*, p. 69.

⁴⁷ A. BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » », *op. cit.*, p. 70.

⁴⁸ A. COUTANT, « Langage », *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris, La Découverte, 2016, p. 365.

⁴⁹ I. JAMI, « Judith Butler, théoricienne du genre », *op. cit.*, p. 209.

sa théorie des genres, est tiré de la philosophie du langage de John Langshaw Austin. Dans son livre *Quand dire, c'est faire*⁵⁰, ce philosophe anglais étudie et distingue le discours constatatif et le discours performatif. C'est à ce dernier que nous nous intéressons puisque c'est celui sur lequel se fonde Butler. Il explique que, dans certaines circonstances, énoncer une phrase ne consiste pas à décrire ce que je fais ou à affirmer que je le fais mais revient à le faire : de manière simultanée, on réalise ce que l'on énonce. Dans ce cas, la phrase n'est ni vraie ni fausse puisque la réalité énoncée n'existait pas avant. John Langshaw Austin appelle ce type d'énoncé des phrases performatives, qu'il décrit de la manière suivante : « produire l'énonciation est exécuter l'action »⁵¹.

Dès lors, selon Butler, le genre fonctionnerait sur le même schéma que le discours performatif. En effet, le genre serait performatif en ce qu'il est un « énoncé sans substrat métaphysique et ontologique qui, par son énonciation et sa répétition, réalise ce qu'il dit, soit un genre féminin ou masculin »⁵². Par conséquent, le genre n'est ni inné, ni stable, il se réalise par une répétition quotidienne. Il s'agit d'imiter et de tenter d'atteindre un idéal, de se conformer à un original auquel fait référence le discours, qui n'existe en fait pas⁵³. Cette idée d'imitation et la référence à un original font l'objet d'une citation célèbre de Butler : « le genre est une sorte d'imitation qui ne renvoie à aucun original ; de fait, il s'agit d'une imitation qui produit la notion même d'original comme effet et conséquence de cette imitation »⁵⁴.

Il y a donc deux conditions à cette performativité du genre, qui fonctionne comme le système du langage : la répétition et l'itérabilité. Cette deuxième condition est tirée de la théorie du langage développée par Jacques Derrida. Le pouvoir s'auto-établit en se rappelant et en s'autoproclamant constamment comme pouvoir. Bruno Ambroise synthétise cette idée ainsi : « le pouvoir s'auto-fonde performativement en ne cessant de se faire valoir comme pouvoir »⁵⁵.

En outre, n'oublions pas que pour Butler, le sexe et le genre sont tous deux des constructions sociales et culturelles. En ce sens, elle retient l'idée de Michel Foucault selon

⁵⁰ J.L. AUSTIN & J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire* : = *How to do things with words*, Paris, Éd. du Seuil (coll. Points Essais, 235), 2002.

⁵¹ *Ibid*, p. 42.

⁵² A. BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » », *op. cit*, p. 64.

⁵³ I. JAMI, « Judith Butler, théoricienne du genre », *op. cit*, p. 210.

⁵⁴ J. BUTLER, « Imitation et insubordination du genre » in G.S. RUBIN, J.P. BUTLER & É. SOKOL, *Marché au sexe : entretien*, Paris, EPEL (coll. Les grands classiques de l'érotologie moderne), 2002.

⁵⁵ B. AMBROISE, « Judith Butler et la fabrique discursive du sexe », *Raisons politiques*, 2003, Vol. 12, n° 4, p. 107, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/rai.012.0099>.

laquelle : « le sexe ainsi désigné n'est qu'une réalité fictive, mais une réalité fictive qui est performativement réalisée, c'est-à-dire portée au jour par les normes qui la définissent »⁵⁶.

De manière concrète, une fois désignée comme fille ou garçon à la naissance, sachant que la matérialité biologique est « toujours déjà » appréhendée par des lunettes genrées, nous répondrons à des stéréotypes de genre, qui seront expliqués ultérieurement, et nous nous conformerons à ce genre en nous comportant d'une telle manière (apparence, attitudes et conduites), en accomplissant telle tâche, en portant tels vêtements ou maquillage et dès lors, nous réaliserons un genre alors considéré comme naturel⁵⁷.

§5. *La matrice hétérosexuelle*

La matrice hétérosexuelle est la norme imposant l'hétérosexualité comme seule sexualité acceptable. Selon Louis-Georges Tin⁵⁸, fondateur de la journée mondiale contre l'homophobie et la transphobie, pendant longtemps, l'hétérosexualité n'a fait l'objet d'aucune réflexion tant elle semblait appartenir à « l'ordre de la Nature »⁵⁹. Pourtant, elle n'est ni naturelle ni universelle et la sexualité humaine ne peut pas être rapprochée de celle d'autres mammifères en ce qu'elle déborde largement la reproduction⁶⁰. Le monde occidental actuel est entièrement baigné dans la valorisation de ce couple constitué d'un homme et d'une femme. Dès lors, personne ne s'est attardé sur la cause de cette hétérosexualité : l'attraction d'un sexe pour le sexe opposé. La reproduction humaine, finalité de cette sexualité, apparaissait alors comme une réponse évidente. Elle ne l'est pourtant pas. En plus de ne pas connaître la cause biologique de cette hétérosexualité, la réponse de la reproduction n'explique pas le caractère hétérosexuel de l'organisation sociale de la société. En effet, de nombreux animaux se séparent après l'acte reproductif. Cette culture hétérosexuelle n'a d'ailleurs pas toujours fait partie de notre histoire et apparaît au début du XII^e siècle. Initialement, elle ne fait pas l'unanimité puisqu'elle est critiquée à deux égards : d'une part, son caractère « hétéro » offre une plus grande importance aux femmes et d'autre part, son caractère « sexuel » promeut les plaisirs de la chair ce qui n'est pas au goût de l'Eglise.⁶¹

⁵⁶ *Ibid*, p. 103.

⁵⁷ B. AMBROISE, « Judith Butler et la fabrique discursive du sexe », *Raisons politiques*, 2003, Vol. 12, n° 4, p. 102, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/rai.012.0099>.

⁵⁸ L.-G. TIN, *L'invention de la culture hétérosexuelle*, Paris, Éd. Autrement (coll. Collection Mutations), 2008.

⁵⁹ Il s'agit ordre naturel gouverné par des lois qui lui sont propres, et qui repose sur le droit naturel.

⁶⁰ C. GUIONNET & É. NEVEU, *Féminins-masculins: sociologie du genre*, 3e éd. entièrement refondue, Malakoff, Armand Colin (coll. Collection U), 2021, p. 94.

⁶¹ L.-G. TIN, *L'invention de la culture hétérosexuelle*, *op. cit.*, pp. 6-11.

Nous nous intéressons à la réponse de Butler sur cette question de la culture hétérosexuelle qui imprègne la société occidentale. Cette hétérosexualité obligatoire n'est que la suite logique des éléments énoncés précédemment et est le résultat de la construction du sexe et du genre, et de la performativité. Parallèlement à cela, la différence des sexes est construite par la sexualité et la reproduction⁶². Pour Butler, cette hétérosexualité obligatoire occupe une place centrale dans la construction sociale du genre et est le résultat d'une complémentarité de catégories construites comme binaires : le sexe et le genre⁶³.

Butler explique que le sexe, le genre, l'orientation sexuelle et la sexualité ont souvent été liés de manière structurelle et causale. Cette corrélation a pour but de servir la matrice hétérosexuelle. Cette imbrication forme une boucle en s'autojustifiant. En effet, la matrice hétérosexuelle utilise comme instruments la dichotomie des genres, masculin et féminin, et la dichotomie des sexes, mâle et femelle, qui, par leur binarité, construisent le désir hétérosexuel et affirment la légitimité et la naturalité de la matrice. En d'autres termes, l'hétérosexualité justifie cette bicatégorisation, de genre et de sexe, qui elle-même approuve l'hétérosexualité comme sexualité normale et saine. C'est un cercle sans fin qui s'autofonde⁶⁴.

Butler s'inspire notamment de Monique Wittig, auteure de la célèbre formule « les lesbiennes ne sont pas des femmes ». Dans son livre intitulé *La pensée straight*⁶⁵, Monique Wittig nous explique sa conception du contrat social hétérosexuel et appelle à la destruction politique et symbolique des catégories « hommes » et « femmes ». Cette théoricienne et militante féministe lesbienne française établit que l'hétérosexualité n'est pas une sexualité naturelle mais qu'elle constitue « un régime politique sous lequel nous vivons, fondé sur l'esclavagisation des femmes »⁶⁶. Adrienne Rich, féministe de la théorie radicale dont Butler s'inspire également, envisage, elle aussi, l'hétérosexualité obligatoire comme un régime politique d'oppression⁶⁷. L'hétérosexualité formant le cadre, l'homosexualité est alors envisagée comme une orientation sexuelle particulière.

⁶² I. LÖWY, *L'emprise du genre: masculinité, féminité, inégalité*, Paris, Dispute (coll. Le genre du monde), 2006, p. 63.

⁶³ I.M. YOUNG, « Le genre, structure sérielle », *op. cit.*, p. 10.

⁶⁴ A. BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » », *op. cit.*, p. 68.

⁶⁵ M. WITTIG & S. BOURCIER, *La pensée straight*, Nouvelle éd, Paris, Éditions Amsterdam, 2018.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁷ L. BERENI *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, *op. cit.*, p. 187.

§6. Les stéréotypes de genre

Suite à l'étude de la catégorie « femmes », de la performativité du genre et de la matrice hétérosexuelle, il est important de comprendre les réelles implications de ces différents concepts dans la société.

Nous nous penchons donc sur les stéréotypes de genre qu'il convient tout d'abord de définir. Il s'agit de « constructions sociales et culturelles différenciant les hommes des femmes sur la base de critères physiques, biologiques, sexuels et de fonctions sociales qui seraient propres aux hommes et aux femmes, véhiculées et entretenues par l'environnement social »⁶⁸. Cela répond plutôt à une approche essentialiste, combattue par Butler. Il est cependant important d'en poser le cadre pour la suite du mémoire car ces stéréotypes sous-tendent les relations, notamment de force et de pouvoir, entre femmes et hommes. La parentalité⁶⁹ et surtout la maternité ne manquent pas de faire naître des stéréotypes de genre qui se reflètent dans la structure des congés liés à la parentalité.

A propos de la parentalité, l'homme et la femme n'occupent pas la même place auprès de l'enfant. La femme est le principal sollicitaïdant⁷⁰ de l'enfant et s'occupe des tâches quotidiennes telles que laver et habiller l'enfant, lui faire faire ses devoirs, tâches qui relèvent du soin et de l'éducation, alors que l'homme s'adonne plutôt à des tâches plus ludiques, souvent liées au jeu⁷¹.

La maternité a deux rôles dominants : un biologique et un social. D'une part, biologiquement, le corps doté d'un utérus peut porter un bébé. C'est encore actuellement le corps féminin qui est associé à ce corps maternel avec des fonctions reproductrices et nourricières. La finalité reproductive de la sexualité domine toujours la finalité du plaisir. D'autre part, la maternité se réfère également à la fonction sociale. La mère est celle qui prend soin et qui s'assure du bon développement de son enfant. Elle doit faire passer les intérêts et besoins de son enfant avant les siens. Le lien enfant-mère est toujours imaginé comme un lien affectif particulier⁷².

⁶⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ & al. (éds.), *Ce que le genre fait au droit*, op. cit, p. 94.

⁶⁹ La parentalité est une notion qui vise à dissocier la paternité et la maternité biologique des fonctions sociales exercées par les pères et les mères.

⁷⁰ Il s'agit d'un néologisme traduit du terme anglais « primary caregiver ».

⁷¹ V. TUAILLON, *Les couilles sur la table*, Paris, Points (coll. Points), 2021, p.119.

⁷² L. BERENI et al., *Introduction aux études sur le genre*, op. cit, p. 108.

CHAPITRE 2. LE DROIT A L'EPREUVE DU GENRE

Section 1. Les termes utilisés par le droit et la mention du sexe à l'état civil

Nous nous intéressons désormais à l'utilisation des termes sexe et genre dans le droit belge. En principe, le sexe correspond au biologique et le genre correspond au construit mais pour Butler, il s'agit de constructions sociales pour les deux. Qu'en est-il dans le Code civil ? A quoi correspondent ces termes et comment sont-ils utilisés ?

§1. Code civil et état civil

Tout d'abord, les notions de sexe et de genre sont employées dans le livre premier, qui traite des personnes, de l'Ancien Code Civil de 1804⁷³. L'assignation d'un sexe dès la naissance permet de constituer notre état civil qui fait l'objet du titre II du livre premier. Le sexe, ainsi que les noms et prénoms, le lieu et la date de naissance, la filiation, la nationalité, la capacité civile, le domicile et la situation au regard de l'institution du mariage, est un élément de notre état civil.

Les objectifs de l'état civil sont décrits à l'article 6 de l'Ancien Code civil⁷⁴. Ce dernier en énonce trois :

- Etablir des faits et des actes juridiques qui fixent ou modifient l'état d'une personne ;
- Assurer la sécurité juridique en matière d'état de la personne ;
- Assurer la preuve de l'état de la personne, au moyen des actes de l'état civil, et de conserver soigneusement cette preuve.

Par conséquent, cette identité civile et juridique de la personne répond à plusieurs fonctions⁷⁵.

D'une part, l'état civil est une preuve. Son rôle probatoire se traduit par « le constat de manière authentique, sur des registres tenus à cet effet, des principaux événements dont dépend l'état d'une personne : naissance, mariage, décès »⁷⁶. Cet état civil, vieux de plusieurs siècles, a ensuite permis le développement des papiers d'identité tels que la carte d'identité ou encore

⁷³ Il s'agit de l'Ancien Code civil. Les dispositions traitées dans ce mémoire n'ont fait l'objet d'aucune réforme à l'heure actuelle.

⁷⁴ Ancien C. civ., art. 6.

⁷⁵ P. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 30 novembre 2015, n° 8, disponible sur : <https://doi.org/10.4000/revdh.1660> (consulté le 23/03/2022), p. 2.

⁷⁶ D. ALLAND et S. RIALS (éds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 648.

le passeport. Le sexe de l'individu est apposé sur les documents d'identité, démontrant son caractère identificatoire.

D'autre part, l'état civil permet une qualification juridique de la personne et donc l'application d'un régime juridique particulier qui entraîne des droits et des obligations spécifiques⁷⁷. En effet, les éléments composant l'état civil constituent des conditions d'application des règles juridiques. Dès lors, les dispositions genrées, encore très présentes en droit de la famille par exemple, ne s'appliquent qu'au groupe désigné comme « femmes » ou « hommes ».

Il existe différents types d'actes de l'état civil énumérés dans les sections du chapitre deux du titre sur l'état civil de l'Ancien Code civil. Nous nous intéressons aux dispositions relatives à deux de ces actes : les actes de naissance prévus à la section 2, aux articles 42 et suivants⁷⁸ et l'acte de modification de l'enregistrement du sexe prévu à la section 5, à l'article 53⁷⁹.

L'acte de naissance mentionne, en vertu de l'article 44 de l'Ancien Code civil⁸⁰, le sexe de l'enfant. L'examen des caractéristiques sexuelles externes permet l'opération de qualification. Dès lors, le nouveau-né appartient à un sexe et la société le reconnaît publiquement dans ce que nous appelons l'état civil⁸¹. Nous pouvons faire le lien avec la performativité du genre. La société reconnaît publiquement le sexe de l'enfant et lui rappelle perpétuellement cette condition. Par conséquent, en principe, la mention qui fait l'objet des registres de l'état civil est le sexe biologique manifeste. Le législateur n'a, à l'époque, pas pris la peine de définir le sexe puisqu'il estime qu'il s'agit d'une notion scientifique⁸².

La donnée « sexe » peut faire l'objet d'une modification. La procédure administrative de changement de sexe a fait l'objet d'une réforme par la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets⁸³. La loi du 18 juin 2018

⁷⁷ J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes: aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence (coll. Bibliothèque de droit privé), 1993, p. 15.

⁷⁸ Ancien C. civ., art. 42 et suivants.

⁷⁹ Ancien C. civ., art. 53.

⁸⁰ Ancien C. civ., art. 44.

⁸¹ D. BORRILLO, « Le sexe et le droit, De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence. revue critique*, 2011, Vol. 1, p. 267, disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01236493>.

⁸² N. GALLUS, *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal Paris, Anthemis diff. Lextenso éd (coll. Centre de droit privé, unité de droit familial), p. 7, 2012.

⁸³ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017.

portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges⁸⁴ a, elle, abouti au remplacement de l'article 53 et à l'ajout d'un nouveau titre IV/1 intitulé « *De la modification de l'enregistrement du sexe* » contenant les deux nouveaux articles 135/1 et 135/2⁸⁵.

Nous ne nous attarderons pas sur ce nouveau régime juridique car la situation juridique des personnes transgenres n'est pas le sujet de ce mémoire. Toutefois, nous ne pouvions pas l'ignorer au vu des termes utilisés dans ces nouveaux articles. En effet, il est fait mention du terme identité de genre qui peut se définir comme le genre auquel une personne s'identifie, au sens psychosocial indépendamment des caractéristiques biologiques⁸⁶. Le nouveau régime démedicalise le processus et supprime les conditions médicales de réassignation sexuelle et de stérilisation irréversible. Cette nouvelle procédure repose sur l'autodétermination de la personne⁸⁷. Cette donnée peut cependant être modifiée afin de correspondre au genre puisque désormais, le changement de sexe à la commune n'exige plus d'opération chirurgicale de réassignation. Le sexe biologique manifeste ne doit donc plus nécessairement correspondre à ce qu'il est indiqué sur la carte d'identité. Par conséquent, la notion de sexe civil désigne désormais deux réalités : le sexe anatomique tel qu'assigné à la naissance ou le sexe ressenti tel que modifié par le régime expliqué ci-dessus.

Nous observons donc que l'état des personnes, à l'origine totalement indisponible, se modernise et fait maintenant place à un certain droit à l'autodétermination par la possibilité de modifier des éléments tels que le nom et le sexe⁸⁸. Ce droit est toutefois limité en ce que la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance est toujours soumise à une logique binaire et est irrévocable et par conséquent, ne peut avoir lieu qu'une fois en principe.

§2. Origine, histoire et rôle

Nous nous intéressons maintenant à l'origine de la mention du sexe dans nos documents d'identité par un bref historique ainsi qu'à son rôle.

⁸⁴ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018.

⁸⁵ Ancien C. civ., art. 135/1 et 135/2.

⁸⁶ GENRES PLURIELS, *Loi relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels*, consulté le 3 novembre 2022, disponible sur https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/loi_relative_a_l_identite_de_genre.pdf.

⁸⁷ J.-L. RENÇON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Revue Trimestrielle de Droit Familial*; Vol. 2018, no.2, p. 229-275 (2018), 2018, disponible sur : <https://ils.bib.uclouvain.be/global/documents/3433920>.

⁸⁸ D. BERNARD & C. HARMEL, *Droits des femmes. Textes légaux à jour au 1er janvier 2020*, Bruxelles, Editions Larcier, 2020, p. 108.

Initialement, les curés et les évêques tenaient les registres paroissiaux dans lesquels ils référençaient les baptêmes. Cela permettait d'établir les liens familiaux afin de veiller au respect de l'empêchement au mariage que constituait la parenté. Plus tard, les mariages et décès vont venir s'ajouter à cet enregistrement. Par la suite, la tenue de ces registres sera confiée aux communes et reprise dans le Code civil.⁸⁹

Dans l'introduction du livre *Droit des familles, genre et sexualité*⁹⁰, Daniel Borillo dégage trois rôles au sexe : le sexe-statut ou sexe identité, le sexe fonction et le sexe protection⁹¹. Cette distinction n'est qu'un outil d'analyse de la catégorie sexe.

Le sexe est d'abord un statut. Cet attribut de la personnalité résulte d'une assignation identitaire. C'est à cette fonction que répond l'état civil.

Ensuite, le sexe a également une fonction, celle d'imposer des comportements sociaux et la complémentarité biologique des sexes. En réalité, il a plutôt deux fonctions : perpétuer les rôles sociaux attendus par chaque catégorie de sexe et l'infériorisation des femmes ; et maintenir une hiérarchie des sexualités dans une société hétérocentrée.

Depuis 2003, le mariage homosexuel est légalisé en Belgique. Le sexe n'est donc plus une condition au mariage mais durant de nombreuses années, la distinction femme/homme instaurée par le Code civil permettait de maintenir l'hégémonie du mariage hétérosexuel qui était le seul accepté⁹². Le caractère hétérosexuel du mariage avait également de nombreuses conséquences en termes de filiation puisque le sexe était une condition d'accès à l'institution matrimoniale mais également à l'établissement du lien de filiation⁹³. Cette suprématie de l'hétérosexualité illustre la complémentarité des sexes et par conséquent, impose une sexualité à finalité reproductive. Selon Nathalie Rubel, le sexe est « un facteur d'organisation social majeur tant horizontal, avec le mariage, que vertical, avec la filiation mère/père »⁹⁴. Les stéréotypes de genre sont alors renforcés et notamment ceux liant féminité et maternité. De plus, l'acceptation du mariage homosexuel n'est pas universelle. La mention du sexe à l'état civil peut donc toujours s'avérer utile pour les personnes devant prouver leur sexe à l'étranger.

⁸⁹ D. ALLAND et S. RIALS (éds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 648-649.

⁹⁰ N. GALLUS, *Droit des familles, genre et sexualité*, *op. cit.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 11.

⁹² P. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *op. cit.*, p. 3.

⁹³ D. BORRILLO, « Le sexe et le droit, De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *op. cit.*, p. 270.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 282.

Finalement, le sexe permet également une protection par l'application d'un statut spécifique. Comme vu précédemment, l'état civil remplit également cette fonction. Cependant, avec la déssexualisation du droit, l'opération de qualification des humains en fonction de leur genre perd son sens puisque cela entraîne de moins en moins l'application d'un régime spécifique. Toutefois, le droit de la famille et, par conséquent, le droit des congés liés à la parentalité peuvent faire exception.

Section 2. La bicatégorisation du sexe par le droit

Notre société, et comme nous venons de le voir, notre droit, sont marqués à tous les niveaux par cette division des sexes. Nous nous intéressons alors ici à cette interaction entre le droit et la société.

D'une part, nous pouvons analyser le droit descriptif ou normatif : le droit influence-t-il la société ou doit-il la faire évoluer ? Ou est-ce plutôt l'inverse ? Il existe différentes théories du droit sur son interaction avec la société⁹⁵. Pour n'en citer qu'une, la thèse du « droit-miroir de la société » de Brian Tamanaha exprime l'idée que le droit s'adapte naturellement à l'évolution de la société. Il est impossible de faire des généralités sur ces interactions entre droit et société. Les sociétés et leurs populations évoluent partout, de manière plus ou moins similaire, et pourtant les législations ne sont pas les mêmes.

A l'inverse, le droit tente parfois d'imposer des changements et la société n'y réagit pas, voire y résiste. La capacité du droit à impacter sur les comportements et les représentations sociétaux dépend également du terrain fertile ou non sur lequel il est implémenté. Ce terrain est en corrélation avec la mobilisation ou la résistance de la population. En revanche, le droit peut aussi être une ressource. Les individus se battent parfois corps et âme pour revendiquer ce qui leur paraît juste et faire du droit un vecteur des revendications sociales. Une analyse du droit permet donc de comprendre les mouvements, les transformations et les évolutions d'une société⁹⁶.

D'autre part, il existe deux conceptions du droit concernant le lien entre nature et culture. Soit, la conception culturaliste, appelée positivisme juridique, pousse le droit à rompre avec la nature et à faire progresser la culture. Soit, la conception conservatrice ou naturaliste, appelée jusnaturalisme, imagine un droit en harmonie avec la nature humaine.

⁹⁵ J. RINGELHEIM, « Droit, contexte et changement social », *op. cit.*

⁹⁶ J. COMMAILLE, *A quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard (coll. Folio Essais, 609), 2015, p. 21.

Dès lors, nous nous intéressons au rôle que joue le droit dans la construction de l'identité et de la différence sexuée. Le droit a fait l'objet de sexualisation et de déssexualisation. Désormais, de plus en plus d'énoncés juridiques sont neutres. En revanche, le droit lui n'est pas neutre pour autant ; il est le lieu d'expression de l'inégalité entre les sexes et de renforcement des rôles sociaux attribués⁹⁷. En effet, c'est bien le droit qui maintient cette bicatégorisation et ce, dès la naissance. Actuellement, il faut toujours déclarer le sexe du nouveau-né et ce choix n'est ouvert qu'à deux options : l'enfant sera fille ou garçon.

Cette opération de qualification par le droit n'est pas sans incidence puisqu'elle permet l'application d'un régime juridique, avec son corps de règles propres en fonction de la catégorie. En réaction à la théorie de Butler, cette première réflexion démontre que le sexe est une construction sociale faite pour diviser⁹⁸.

Le droit, malgré la formulation de ces énoncés, n'est pas neutre. Dans leur article, Coline Cardi et Anne-Marie Devreux, toutes deux sociologues spécialisées dans les questions de genre, emploient la notion d'engendrement afin d'expliquer comment « le droit est pétri de genre dans le processus même de sa fabrication et, réciproquement, que le droit, par les catégories qu'il met en place et les usages qui en sont faits, ne cesse de produire le genre »⁹⁹. Cette notion, utilisée sous l'angle du genre, est intéressante pour comprendre l'enchevêtrement et le cercle vicieux dans lesquels nous nous trouvons. Penser l'un sans l'autre est donc plus compliqué que ce qu'il n'y paraît.

Section 3. La conception de la famille en droit belge : empreinte de binarité et d'hétéronormativité ?

Pour comprendre les congés liés à la parentalité, nous devons nous intéresser à la famille et à sa conception dans le droit. La place donnée à chacun au sein de cette famille et par conséquent, le rôle rempli par chaque parent influence la vie professionnelle des femmes et des hommes.

Le droit belge de la famille s'est construit autour d'un idéal de la famille et de la complémentarité des sexes due aux fonctions reproductives. Comme dit précédemment,

⁹⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ & al. (éds.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz (coll. À droit ouvert), 2013, p. 20.

⁹⁸ M.-X. CATTO & al. (éds.), *La bicatégorisation de sexe: entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Editions Mare & Martin (coll. Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne), 2021, p. 14.

⁹⁹ C. CARDI & A.-M. DEVREUX, « Le genre et le droit : une coproduction. Introduction », *Cahiers du Genre*, 2014, Vol. 57, n° 2, p. 5, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/cdge.057.0005>.

pendant très longtemps, seuls le mariage et la filiation hétérosexuels étaient acceptés. Il s'agit du concept de famille sexuelle qui conçoit un couple composé d'une mère et d'un père, élevant leurs propres enfants. Cette figure unifie la sexualité et toutes les facettes de la parentalité¹⁰⁰. Notre droit illustre bien l'importance du statut couple et du statut famille puisque ceux-ci sont reconnus, de manière à part entière, à côté de l'individu, et entraînent des droits et des obligations¹⁰¹. La famille est également une institution juridique en droit européen. Elle ne fait cependant pas l'objet d'une définition figée qui rendrait compte d'un modèle unique¹⁰². Nous analyserons cette conception dans la troisième partie.

Par la suite, le droit a été confronté et a dû s'adapter aux transformations de la famille et des figures parentales. Suite à la reconnaissance du mariage homosexuel, s'est ouvert la filiation homoparentale. Plus tard, il a fallu envisager les conséquences d'un changement de sexe sur la filiation existante et celle à venir.

Dans la partie réflexive, nous analyserons les conséquences de cette conception de la famille sur la structure des congés liés à la parentalité, que nous entamons désormais.

¹⁰⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ & al. (éds.), *Ce que le genre fait au droit*, op. cit, p. 180.

¹⁰¹ C. BRUNETTI-PONS et UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE (éds.), *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 60.

¹⁰² ILIOPOULOU PENOT A., « Vie familiale et vie professionnelle, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, p. 885-909 », in : *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Vol. 2023, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 889.

PARTIE 2. LES CONGES LIES A LA PARENTALITE : ETAT DES LEGISLATIONS BELGES ET EUROPEENNES

Cette deuxième partie est réservée à l'étude des congés liés à la parentalité. Nous débutons par la présentation de la structure dans laquelle s'inscrit ces congés. Nous faisons également une brève synthèse sur la notion de travail.

Ensuite, nous poursuivons par l'inspection des quatre congés choisis : le congé de maternité, le congé de naissance, le congé parental et le congé d'adoption. Cette inspection consiste en une étude de l'état des législations en cette matière ; d'abord en droit belge, ensuite en droit européen, avec un grand point sur la dernière directive en la matière datant de 2019. Nous clôturons par une brève comparaison des deux législations.

CHAPITRE 1. GENERALITES

Section 1. La sécurité sociale

Le droit social se structure en trois grands blocs : le droit du travail, le droit de la sécurité sociale et le droit du bien-être. Dans le cadre de ce mémoire, c'est au deuxième pôle que nous nous intéressons.

Dans sa brochure annuelle, le SPF Sécurité sociale définit la sécurité sociale comme « l'ensemble des dispositions visant à garantir l'autonomie financière des citoyens. Elle garantit la protection sociale de nos citoyens lorsqu'ils sont confrontés à des risques sociaux »¹⁰³. Conçue selon le modèle bismarckien, la sécurité sociale belge s'envisage comme un système d'assurance fondé sur la solidarité et au caractère obligatoire¹⁰⁴. En effet, pour pouvoir bénéficier des prestations de sécurité sociale, il faut, en contrepartie, avoir financé le système par le paiement de cotisations sociales qui sont proportionnelles à la rémunération. L'individu qui exerce une activité professionnelle en Belgique est automatiquement et obligatoirement assujéti à un des régimes de sécurité sociale.

La sécurité sociale se divise quant à elle en sept branches :

- Le chômage ;

¹⁰³ SERVICE PUBLIC FEDERAL SECURITE SOCIALE, *La sécurité sociale*, consulté le 27 mars 2023, disponible sur <https://socialsecurity.belgium.be/sites/default/files/content/docs/fr/publications/tout-ce-que-securite-sociale-fr.pdf>.

¹⁰⁴ J.-F. FUNCK & L. MARKEY, *Droit de la sécurité sociale*, 2e éd, Bruxelles, Larcier (coll. Droit actuel), 2014, p. 9.

- Les pensions de retraite et de survie ;
- L'assurance soins de santé et indemnités, avant appelée « assurance maladie-invalidité », comprenant les soins de santé, les indemnités en cas d'incapacité de travail et les indemnités de maternité ;
- Les accidents du travail ;
- Les maladies professionnelles ;
- Les prestations familiales ;
- Les vacances annuelles.

Nous nous intéressons à l'assurance soins de santé et indemnités puisque, financièrement, les congés liés à la parentalité, exception faite du congé parental, sont pris en charge dans ce cadre. En effet, les indemnités sont versées par l'Institut national d'assurance maladie-invalidité, abrégé INAMI, qui est en charge de la gestion des divers secteurs de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités. Cet institut est un organisme fédéral et plus précisément une institution publique de sécurité sociale, abrégée IPSS. L'assurance soins de santé et indemnités est une assurance obligatoire, organisée par la loi coordonnée du 14 juillet 1994¹⁰⁵, qui couvre trois pôles : les soins de santé, les indemnités d'incapacité de travail et les indemnités de maternité.

Au vu de la définition donnée par le SPF Sécurité sociale, nous pouvons nous interroger sur le risque social couvert dans le cadre des congés liés à la parentalité. Le risque social est un évènement qui modifie la position sociale et économique d'un travailleur. L'arrivée d'un enfant entraîne de multiples coûts, en temps et en argent, qui impactent les personnes faisant partie du ménage. Les plus flagrants sont les coûts directs des responsabilités familiales qui sont les frais nécessaires à la subsistance des personnes dépendants du ménage et qui sont en principe compensées par l'octroi des allocations familiales¹⁰⁶, désormais appelées prestations familiales. Ces dernières sont une forme de rémunération alternative ayant pour but de compenser la différence de dépenses entre travailleurs salariés avec ou sans enfant. Les enfants n'emportent pas uniquement l'augmentation d'une charge financière mais également l'augmentation du travail domestique, ce qui a des conséquences financières que nous pouvons qualifier

¹⁰⁵ Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, *M.B.*, 27 août 1994.

¹⁰⁶ P. VIELLE, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales: une approche de genre*, Bruxelles, Bruylant (coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 31), 2001, p. 157.

d'indirectes¹⁰⁷. En effet, la présence d'enfant(s) au sein du ménage entraîne également des coûts indirects qui couvrent « le coût d'opportunité qu'implique la nécessité pour le ménage de choisir entre :

- la renonciation totale ou partielle à une activité professionnelle pour prendre soin des personnes dépendants du ménage ;
- et plus ou moins la dévolution de cette responsabilité à l'extérieur du ménage moyennant un prix important »¹⁰⁸.

Les coûts indirects prennent soit la forme de manques à gagner liés à la réduction ou à la suppression de l'activité professionnelle, soit la forme de dépenses supplémentaires pour extérioriser du foyer ces responsabilités de soin et d'éducation des enfants.

Que ce soit en droit belge ou en droit européen, nous nous limitons au régime de la sécurité sociale des travailleurs salariés. Ces derniers sont définis dans la législation belge comme les personnes engagées dans les liens d'un contrat de travail au sens de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail¹⁰⁹. Un contrat de travail est un accord entre deux parties, un employeur et un travailleur, en vue d'une prestation de travail contre une rémunération et dans un lien de subordination avec un employeur doté de la possibilité d'exercer un pouvoir de direction et de contrôle. Nous nous intéressons donc uniquement aux travailleurs du secteur privé même si certaines dispositions s'appliquent également aux travailleurs contractuels et statutaires du secteur public ainsi qu'aux membres du personnel de l'enseignement.

Section 2. La notion de travail

Les congés liés à la parentalité se trouvent à l'intersection de deux domaines binaires, savoir : la répartition des rôles et des tâches dévolus aux hommes et aux femmes ; et l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée.

C'est sur ce dernier domaine que nous faisons un point explicatif car nous avons déjà énoncé à plusieurs reprises ces différents concepts. Il s'agit ici d'une synthèse. En effet, avant de poursuivre, nous rappelons qu'il s'agit de l'équilibre entre la vie privée et la vie professionnelle entendue comme le travail rémunéré. Ce dernier, reflet de l'activité professionnelle, permet l'assujettissement à la sécurité sociale. Il s'oppose au travail

¹⁰⁷ A. MATH, « Une estimation du coût indirect des enfants en termes de pertes de carrière, de salaires et de droits à retraite pour les femmes », *La Revue de l'Ires*, 2014, Vol. 83, n° 4, p. 115.

¹⁰⁸ P. VIELLE, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁹ Loi du 3 juillet 1978 relatif aux contrats de travail, *M.B.*, 22 juillet 1978, *err.*, 30 juillet 1978.

domestique qui consiste en des tâches réalisées dans la sphère privée, le plus souvent par des femmes, à des fins non-marchandes (ménage, cuisine, soin aux enfants) et marchandes (contribution à l'activité économique du conjoint)¹¹⁰. Dès lors, les « tâches ménagères » apparaissent comme un réel travail, une production assurée par les femmes dans le cadre de la famille¹¹¹. Ce travail domestique ne consiste pas uniquement en un travail matériel et donc quantifiable. En effet, les tâches ménagères ne sont que la partie émergée de l'iceberg¹¹² ; tandis que la dimension émotionnelle, appelée charge mentale, est la partie immergée. Cette dernière, qui pèse essentiellement sur les femmes, peut se définir comme « le fait d'avoir en permanence dans un coin de la tête l'organisation de la vie du foyer et de ses membres – non seulement la majorité du travail d'exécution concrète de ses tâches, mais aussi leur gestion, leur planification et leur suivi »¹¹³. Il s'agit d'une notion élaborée par des sociologues féministes dans le but de mettre en lumière la double journée de travail et les contraintes invisibles qui y sont liées¹¹⁴. L'arrivée d'un enfant dans le ménage augmente l'ensemble de ce travail et les inégalités domestiques se creusent davantage à partir de l'arrivée du deuxième enfant¹¹⁵.

Dès l'instant où la famille est envisagée comme un lieu de travail et une unité économique, nous pouvons opérer une nouvelle distinction qui est celle des tâches de production versus les tâches de reproduction. Les premières peuvent être décrites comme les tâches ayant pour but « d'assurer le soutien économique du ménage, en général par la participation d'un des membres du ménage au marché du travail »¹¹⁶ alors que les secondes se rapportent aux « tâches domestiques, d'éducation et de soins aux membres dépendants de la famille, dans la sphère familiale »¹¹⁷. Traditionnellement, ce sont les hommes qui effectuent les tâches de production alors que les tâches de reproduction sont dévolues aux femmes.

Ces notions de travail domestique et de tâches de reproduction font également écho à la notion de *care* en tant que travail effectué gratuitement dans la sphère domestique. *Care* est un terme anglophone qui renvoie à tout le travail de soin et d'accompagnement (matériel et psychologique) des enfants, des personnes âgées et des adultes ayant besoin d'assistance,

¹¹⁰ L. BERENI *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, *op. cit.*, p. 223.

¹¹¹ R. PFEFFERKORN, *Genre et rapports sociaux de sexe*, Lausanne [Morangis], Éd. Page deux [diff. Vilo] (coll. Empreinte), 2012, p. 30.

¹¹² V. TUAILLON, *Les couilles sur la table*, *op. cit.*, p. 128.

¹¹³ *Ibid.*, p. 129.

¹¹⁴ M. FOURNIER, *Genre et féminisme*, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹¹⁵ J.-H. DECHAUX & M.-C. LE PAPE, *Sociologie de la famille*, 3e éd, Paris, la Découverte (coll. Repères, 494), 2021, p. 41.

¹¹⁶ P. VIELLE, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales*, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁷ *Ibid.*

quelles que soient ses conditions de réalisation. Ce travail est bien souvent délaissé aux femmes puisqu'elles disposeraient de qualités favorables au souci des autres telles que la sensibilité, l'empathie, l'altruisme ou encore la générosité¹¹⁸.

CHAPITRE 2. ETAT DES LIEUX DU DROIT BELGE

Nous étudions comment le régime en vigueur organise les congés liés à la parentalité. Pour mieux analyser comment les différents congés choisis sont construits et appréhender leurs ressemblances et leurs différences, nous suivons un schéma de questions :

- A qui s'adresse le congé invoqué ? Qui sont les parents concernés ?
- Quelle est la fonction de ce congé ?
- En quoi consiste le congé en termes de durée et d'organisation ?
- Quelle rémunération ou indemnité perçoit le parent pendant ce congé ?

Cette première analyse nous permettra de comprendre comment les normes en matière de congés touchent les femmes et les hommes.

Section 1. Le congé de maternité et le congé d'allaitement

La maternité et la grossesse font l'objet d'une protection particulière dans le cadre du travail. Cela ne concerne pas uniquement le droit du travail et de la sécurité sociale mais également le droit anti-discrimination puisque les mesures ont pour but d'atteindre une égalité effective des sexes¹¹⁹. Il est conseillé à la femme enceinte d'annoncer sa grossesse à son employeur. Cette grossesse relève de sa vie privée mais il est dans son intérêt d'en avertir son employeur dès le début de celle-ci pour bénéficier des différents mécanismes de la protection de la maternité. Il est recommandé à la travailleuse de garder une preuve de cet avertissement. Cette protection ne débute qu'au moment où l'employeur est officiellement au courant de la grossesse et consiste en des droits pour la travailleuse enceinte qui sont les suivants :

- L'aménagement des conditions et/ou du temps de travail, et sinon, l'écartement en cas de travail à risque, que ce soit durant la grossesse ou la période d'allaitement ;
- L'interdiction des heures supplémentaires et du travail de nuit ;
- La protection contre le licenciement lié à la grossesse en tant que discrimination fondée sur le sexe ;

¹¹⁸ M. FOURNIER, *Genre et féminisme, op. cit*, p. 19.

¹¹⁹ D. BERNARD & C. HARMEL, *Droits des femmes. Textes légaux à jour au 1er janvier 2020, op. cit*, p. 185.

- La possibilité de s'absenter du travail avec maintien de la rémunération pour se rendre à des consultations prénatales, notamment les rendez-vous gynécologiques, à certaines conditions ;
- L'octroi d'un congé et d'indemnités de maternité.¹²⁰

En droit belge, ces différents droits sont consacrés au chapitre IV intitulé « Protection de la maternité » de la loi du 16 mars 1971 sur le travail¹²¹. Le congé de maternité, prévu à l'article 39 de la loi sur le travail du 16 mars 1971¹²², est reconnu comme un droit automatique et obligatoire, étant entendu que son non-respect par l'employeur fait l'objet de sanction, de la travailleuse. Le congé de maternité est la période de repos accordée aux femmes enceintes ou jeunes mamans¹²³. Ce congé profite réellement à toutes les mères, même celles qui malheureusement accouchent d'un enfant mort-né, si toutefois, la grossesse a duré au moins cent-quatre-vingts jours à partir de la conception.

Pour les travailleuses salariées, ce congé est en principe de quinze semaines, réparties avant et après la naissance. Les semaines doivent être comprises comme des semaines de calendrier. De plus, ces quinze semaines se divisent en deux temps : dix semaines obligatoires durant lesquelles la travailleuse ne peut pas travailler et cinq semaines facultatives que la travailleuse a le choix de prendre.

Les congés obligatoires et facultatifs se répartissent avant et après l'accouchement. Le repos prénatal, ou repos de grossesse, obligatoire s'élève à une semaine. Il s'agit des sept jours précédant la date présumée de l'accouchement, attestée par un certificat médical rendu à l'employeur. Le repos postnatal, ou repos d'accouchement, obligatoire s'élève lui à neuf semaines. Le congé postnatal peut être prolongé par le congé facultatif non pris avant l'accouchement, qui sera alors reporté après celui-ci. D'autres prolongations sont possibles, notamment en cas de naissance multiple ou d'hospitalisation du nouveau-né.¹²⁴

En cas de naissance multiple (jumeaux, triplés, etc.), le congé obligatoire reste le même mais le congé facultatif est augmenté de quatre semaines. Le congé de maternité est alors porté

¹²⁰ SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Protection de la maternité*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/bien-etre-au-travail/organisation-de-travail-et-categories-specifiques-du-travailleurs-0>.

¹²¹ Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

¹²² Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971, art. 39.

¹²³ DROITS QUOTIDIENS, *Lexique – Congé de maternité*, consulté le 7 mars 2023, disponible sur <https://www.droitsquotidiens.be/fr/lexique>.

¹²⁴ SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé de maternité*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/jours-feries-et-conges/conge-de-maternite>.

à dix-neuf semaines. Il peut également faire l'objet d'une prolongation en cas d'hospitalisation du nouveau-né.

Que le congé soit obligatoire ou facultatif, la travailleuse reçoit des indemnités de la mutuelle, prises intégralement en charge par l'assurance soins de santé et indemnités, dont l'assurance maternité est la troisième branche¹²⁵. Il s'agit d'une branche distincte qui couvre le risque spécifique qu'est la maternité¹²⁶. Pour bénéficier des indemnités de maternité dans le cadre de l'assurance soins de santé et indemnités, la travailleuse doit répondre aux mêmes conditions de stage que pour l'assurance indemnités¹²⁷. Cependant, les périodes de protection de la maternité ne sont pas assimilées à des périodes d'incapacité de travail. Contrairement à l'assurance soins de santé, l'assurance indemnités – et donc maternité – maintient le principe assurantiel qui lie indemnisation et travail et par conséquent, exige que la travailleuse ait accompli un stage qui prouve qu'elle a suffisamment cotisé pour avoir droit à l'intervention de l'assurance¹²⁸. L'employeur ne verse aucune rémunération à la travailleuse durant son congé de maternité. Elle n'est pas pour autant privée de revenus. En effet, l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités se charge de verser un revenu grâce aux cotisations patronales. De cette manière, le coût ne pèse pas uniquement sur l'employeur qui occupe du personnel de sexe féminin, et qui serait alors pénalisé, mais est mutualisé entre tous les employeurs¹²⁹. Le montant des indemnités versées correspond à un pourcentage du salaire, perçu au moment du début du congé, parfois plafonné¹³⁰. Le système mis en place étant profitable aux employeurs doit également l'être pour les employées. Durant les trente premiers jours, la travailleuse perçoit une indemnité égale à 82% de la rémunération non plafonnée perdue. Pour la suite, le taux est diminué à hauteur de 75% de la rémunération perdue plafonnée cette fois.¹³¹

Le congé d'allaitement est accordé à certaines travailleuses qui allaitent leur bébé, parce qu'elles effectuent un travail à risque pour leur santé ou pour celle de leur bébé. Il s'agit de l'écartement prophylactique ; à ne pas confondre avec les pauses d'allaitement, qui permettent,

¹²⁵ J. JACQMAIN, *Protection de la maternité*, Mechelen, Kluwer België, 2019, p. 65.

¹²⁶ S. HOSTAUX & P. GOSSERIES, *Le droit de l'assurance, soins de santé et indemnités*, Bruxelles, Larcier (coll. Droit social), 2009, p. 354.

¹²⁷ J.-F. FUNCK & L. MARKEY, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 355.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 330.

¹²⁹ S. HOSTAUX & P. GOSSERIES, *Le droit de l'assurance, soins de santé et indemnités*, *op. cit.*, p. 354.

¹³⁰ INSTITUT NATIONAL D'ASSURANCE MALADIE-INVALIDITE, *Repos de maternité pour les salariées ou les chômeuses*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://www.inami.fgov.be/fr/themes/grossesse-naissance/maternite/Pages/repos-maternite-salariees-chomeuses.aspx>.

¹³¹ S. HOSTAUX & P. GOSSERIES, *Le droit de l'assurance, soins de santé et indemnités*, *op. cit.*, pp. 356-357.

à certaines conditions, aux travailleuses allaitantes de prendre une pause pour allaiter ou pour tirer leur lait¹³². Ce droit peut être pris jusqu'à neuf mois après la naissance de l'enfant.

Section 2. Le congé de naissance

Le congé de naissance est le nom officiel de ce que l'on appelle plus communément le congé de paternité. Le terme « congé de naissance » est privilégié puisque ce dernier bénéficie aux pères mais également aux partenaires homosexuelles à certaines conditions. En effet, la coparente, partenaire homosexuelle de la mère biologique, a également droit à ce congé de naissance si la filiation est établie ou si elle prouve son partenariat avec la mère biologique. De même, seuls les pères avec qui la filiation est établie ou qui ont prouvé une relation avec la mère de l'enfant ont droit à ce congé. En d'autres termes, qu'il s'agisse du père ou de la coparente, la personne ayant un lien de filiation légal avec l'enfant est prioritaire pour ce congé. Ce n'est que dans le cas d'une filiation établie uniquement avec la mère, que le ou la partenaire de la mère pourra prouver sa présence dans la vie de cette dernière, soit par la cohabitation légale soit par la cohabitation effective et affective. Il ou elle aura alors droit à ce congé.¹³³

Ce congé de naissance est consacré à l'article 30, paragraphe 2, de la loi du 3 juillet 1978¹³⁴. Il s'agit d'un congé d'une durée de vingt jours accordé aux pères ou coparentes qui sont travailleurs salariés, et à certains fonctionnaires. Ce congé n'est pas obligatoire. Il doit être pris dans les quatre mois de la naissance de l'enfant. La durée de ce congé a fait l'objet d'une augmentation puisqu'il était de quinze jours auparavant et qu'il est passé à vingt jours pour les naissances survenues depuis le 1^{er} janvier 2023. Ces vingt jours peuvent être pris d'une fois ou de manière fractionnée, dispersée sur la période de quatre mois. Le congé du père ou de la coparente pourrait également être augmenté par la conversion du congé de maternité en cas d'hospitalisation ou de décès de la mère.¹³⁵

Les pères et les coparentes sont également protégés contre le licenciement pendant la période du congé de naissance et en raison de celui-ci.

Concernant les revenus, pendant les trois premiers jours du congé de naissance, c'est l'employeur qui paie l'entièreté du salaire normal. La rémunération est maintenue à l'identique.

¹³² DROITS QUOTIDIENS, *Lexique – Pause d'allaitement*, consulté le 7 mars 2023, disponible sur <https://www.droitsquotidiens.be/fr/lexique>.

¹³³ SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé de naissance*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/jours-feries-et-conges/conge-de-naissance>.

¹³⁴ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, *err.*, 30 août 1978, art. 30.

¹³⁵ SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé de naissance*, *op. cit.*

Pendant les dix-sept jours suivants, l'organisme assureur soins de santé et indemnités paie une indemnité de 82 % du salaire mensuel brut. Le montant de cette indemnité est plafonné.¹³⁶

Section 3. Le congé parental

L'Office National de l'Emploi (ci-après, « ONEM ») définit le congé parental comme un « congé thématique, c'est-à-dire une forme spécifique d'interruption de carrière permettant de suspendre ou de réduire temporairement ses prestations pour s'occuper et prendre soin de son/ses enfant(s) »¹³⁷. Il est accordé aux travailleurs qui sont également parents, à certaines conditions, pour une durée de quatre mois en principe, renouvelable pour chaque enfant. Chaque parent y a droit de manière individuelle mais ce droit est propre à chaque parent et ne peut pas être transféré si un des deux n'en profite pas¹³⁸. Le parent doit être un travailleur salarié engagé par un employeur soumis au droit belge et percevoir une rémunération faisant l'objet de cotisations de sécurité sociale pour l'Office national de la sécurité sociale, y compris dans la branche chômage. Dans le cadre de ce congé, un lien de parentalité avec l'enfant est exigé. Les parents adoptifs peuvent donc en bénéficier.

Ce congé peut prendre différentes formes :

- Le congé parental à temps plein : le travailleur suspend complètement son emploi durant quatre mois.
- Le congé parental à mi-temps : le travailleur poursuit ses prestations à mi-temps. Ce congé s'étend sur huit mois.
- Le congé parental 1/5^e : le travailleur poursuit ses activités à quatre cinquièmes. Ce congé s'étend sur vingt mois.
- Le congé parental 1/10^e : le travailleur réduit ses prestations d'un dixième. Ce congé s'étend sur quarante mois.
- Les modalités de ce congé peuvent être différentes, plus flexibles et personnalisées et faire l'objet d'un accord entre l'employeur et l'employé concerné.

¹³⁶ INSTITUT NATIONAL D'ASSURANCE MALADIE-INVALIDITE, *Congé de paternité ou de naissance pour les travailleurs salariés*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://www.inami.fgov.be/fr/themes/grossesse-naissance-conge-naissance-adoption/Pages/conge-naissance.aspx>.

¹³⁷ OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI, *Congé parental*, consulté le 10 mars 2023, disponible sur <https://www.onem.be/citoyens/interruption-de-carriere-credit-temps-et-conges-thematiques/conges-thematiques-tous-secteurs/conge-parental>.

¹³⁸ DROITS QUOTIDIENS, *Lexique – Congé parental*, consulté le 7 mars 2023, disponible sur <https://www.droitsquotidiens.be/fr/lexique>.

Le congé doit débiter avant le douzième anniversaire de l'enfant pour lequel le parent prend ce congé. Cet âge est par contre fixé à 21 ans pour le parent d'un enfant atteint d'un handicap.¹³⁹

Le travailleur perçoit en principe une allocation d'interruption à charge de l'ONEM pendant le congé. De plus, une protection contre le licenciement est également organisée.

Section 4. Le congé d'adoption

L'adoption d'un enfant n'a retenu l'attention du législateur que beaucoup plus récemment¹⁴⁰ et le premier régime à ce sujet n'a fait l'objet d'une loi qu'en 2001. Le régime actuellement en vigueur est le fruit d'une loi datant de 2018¹⁴¹. Le droit au congé d'adoption, consacré à l'article 30ter de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail¹⁴², bénéficie au travailleur qui adopte un enfant mineur. Ce congé permet au travailleur de prendre le temps d'accueillir l'enfant dans des conditions favorables. Chaque parent adoptif a droit à un congé de six semaines qui lui est propre et non-transférable. Cette durée peut être augmentée de deux semaines en cas d'adoptions multiples.¹⁴³

Concernant les revenus, pendant les trois premiers jours du congé d'adoption, le paiement de la rémunération normale et entière est maintenu à charge de l'employeur. Pour la suite, le parent adoptif percevra une allocation payée par sa mutuelle dans le cadre de l'assurance soins de santé et indemnités.¹⁴⁴

CHAPITRE 3. ETAT DES LIEUX DU DROIT EUROPEEN

Section 1. Le tour d'horizon de l'éventail législatif européen

D'un point de vue européen, nous pouvons nous attarder sur deux points.

D'une part, le Conseil de l'Europe, principale organisation de défense des droits de l'homme comptant quarante-six Etats membres issus du continent européen, a signé la Charte

¹³⁹ SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé parental*, consulté le 10 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/jours-feries-et-conges/conge-parental>.

¹⁴⁰ J. JACQMAIN, *Protection de la maternité*, Mechelen, Kluwer België, 2019, p. 4.

¹⁴¹ Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 17 janvier 2019.

¹⁴² Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, *err.*, 30 août 1978, art. 30ter.

¹⁴³ SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé d'adoption*, consulté le 10 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/jours-feries-et-conges/conge-dadoption>.

¹⁴⁴ INSTITUT NATIONAL D'ASSURANCE MALADIE-INVALIDITE, *Congé d'adoption pour les salariés*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://www.inami.fgov.be/fr/themes/grossesse-naissance/conge-naissance-adoption/Pages/conge-adoption-salaries.aspx>.

sociale européenne en 1961. Elle a été révisée en 1996¹⁴⁵, raison pour laquelle elle a été ratifiée à deux reprises en Belgique. Il s'agit du pendant, dans le champ économique et social, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁴⁶. Le Comité européen des Droits sociaux supervise le respect de la Charte par les Etats parties¹⁴⁷. La Charte sociale européenne comprend des dispositions visant la protection de la santé des femmes et plus précisément, en son article 8¹⁴⁸, un droit individuel des travailleuses à la protection de la maternité. Sa version révisée contient en son article 27¹⁴⁹ un droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement.

D'autre part, à la tête de vingt-sept Etats membres, l'Union européenne (ci-après, « l'Union ») prône de nombreuses valeurs dont l'égalité entre les hommes et les femmes. Il en est d'ailleurs fait mention aux articles 2 et 3, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne¹⁵⁰. Cette égalité a des enjeux dans tous les domaines de la vie des individus et notamment dans le domaine de l'emploi et de la vie au travail. C'est dans cette optique que s'inscrit l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁵¹ qui consacre, en son paragraphe 3, le principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. Cet article a pour but de « remédier aux inégalités de fait et aux obstacles professionnels »¹⁵². C'est également repris aux articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵³.

C'est dans ce contexte que l'émergence du principe de l'égalité de traitement pour les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale a également eu lieu¹⁵⁴. Depuis lors, consacré au niveau européen et notamment dans la directive du Conseil en 1978¹⁵⁵, ce principe

¹⁴⁵ Charte sociale européenne révisée, signée à Strasbourg le 3 mai 1996, approuvée par la loi du 15 mars 2002, *M.B.*, 10 mai 2004.

¹⁴⁶ D. BERNARD & C. HARMEL, *Droits des femmes. Textes légaux à jour au 1er janvier 2020*, op. cit, p. 154.

¹⁴⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, *Comité européen des Droits sociaux*, consulté le 25 avril 2023, disponible sur <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/european-committee-of-social-rights>.

¹⁴⁸ Charte sociale européenne révisée, signée à Strasbourg le 3 mai 1996, approuvée par la loi du 15 mars 2002, *M.B.*, 10 mai 2004, art. 8.

¹⁴⁹ Charte sociale européenne révisée, signée à Strasbourg le 3 mai 1996, approuvée par la loi du 15 mars 2002, *M.B.*, 10 mai 2004, art. 27.

¹⁵⁰ Art. 2 et 3 du Traité sur l'Union européenne (ci-après abrégé « U.E. »).

¹⁵¹ Art. 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après abrégé « T.F.U.E. »).

¹⁵² J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, 3e éd, Bruxelles, Bruylant (coll. Europe(s)), 2017, p. 110.

¹⁵³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée Nice le 7 décembre 2000, *J.O.C.E.*, C 364, 18 décembre 2000, art. 21 et 23.

¹⁵⁴ A.-M. BROCAS, A.-M. CAILLOUX & V. OGET, *Les Femmes et la sécurité sociale : les progrès de l'égalité de traitement*, Genève, Bureau international du travail, 1988, p. 1.

¹⁵⁵ Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *J.O.C.E.*, L6/24, 10 janvier 1979.

a poussé à une évolution législative pour l'égalité des droits des travailleurs ayant des responsabilités familiales.

L'Union met aussi un point d'attention à l'équilibre entre vie privée et vie professionnelle. Avant tout développement, nous tenons à préciser la terminologie utilisée qui a fait l'objet de critiques et d'évolution. Avant, il était plutôt question de « conciliation » mais ce terme a fait l'objet de critiques des mouvements féministes. En effet, le terme « conciliation » ne reflète pas suffisamment les tensions qui pèsent sur les protagonistes et les compromis qu'ils sont amenés à faire pour ajuster leurs différents temps de vie les uns aux autres¹⁵⁶. Désormais, les termes « équilibre » ou « articulation » sont favorisés.

Sur ce thème, il convient d'examiner l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵⁷ qui protège la famille. Par le biais de l'égalité des sexes, l'Union touche indirectement à la famille comme composante de la vie du travailleur¹⁵⁸. Nous procédons à une brève analyse de cet article. Nous pouvons d'abord remarquer la constitutionnalisation de droits auparavant consacrés dans des instruments de droit dérivé. En effet, la place offerte à cette disposition l'élève au rang de droit primaire¹⁵⁹. L'équilibre entre travail et vie de famille appartient désormais à la conception du mode de vie et du bien-être à l'européenne consacrée par la Charte. Dans cette disposition, le second paragraphe qui formule trois droits individuels dont le droit à un congé de maternité payé et le droit à un congé parental se présente comme une notion-parapluie couvrant plusieurs droits subjectifs¹⁶⁰. Le mouvement de constitutionnalisation a été suivi d'un mouvement d'engagement du législateur européen pour ce sujet et d'une concrétisation législative récente par l'adoption de la directive 2019/1158¹⁶¹ que nous aborderons ultérieurement. Selon la professeure de droit public Anastasia Iliopoulou-Penot, la suite pourrait être la « consécration d'un droit fondamental à l'équilibre entre vie

¹⁵⁶ J.-H. DECHAUX & M.-C. LE PAPE, *Sociologie de la famille*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée Nice le 7 décembre 2000, *J.O.C.E.*, C 364, 18 décembre 2000, art. 33.

¹⁵⁸ E. BERNARD, M. CRESP & M. HO-DAC, *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant (coll. Collection Droit de l'Union européenne, 52), 2020, p. 289.

¹⁵⁹ ILIOPOULOU PENOT A., « Vie familiale et vie professionnelle, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 891.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 892.

¹⁶¹ Directive (UE) 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, *J.O.U.E.*, L188/79, 12 juillet 2019.

privée et vie professionnelle, expression d'une aspiration majeure de la société contemporaine »¹⁶².

Les droits fondamentaux examinés ci-dessus sont concrétisés par l'adoption de directives. Pour rappel, les directives sont des actes législatifs émis par l'Union qui déterminent des objectifs à tous les pays membres. Ces derniers sont ensuite libres d'élaborer leurs propres mesures pour les atteindre. Les directives nous intéressent pour comprendre la protection mise en place pour les travailleurs ayant des responsabilités familiales. En effet, en droit européen, divers textes reconnaissent et encadrent le droit pour un parent de bénéficier de congés à la naissance ou à l'adoption d'un enfant et même plus tard, lorsque l'enfant grandit.

Nous rappelons que l'Union ne dispose que de compétences limitées en matière sociale. Ce sont les Etats membres qui restent à la manœuvre lorsqu'il s'agit de politiques sociales. Toutefois, afin de relancer l'Europe sociale, la Commission européenne, le Conseil et le Parlement européen ont adopté, en 2017, le socle européen des droits sociaux. A l'instar d'une boussole, ce texte non-contraignant juridiquement a pour but de guider et d'orienter les politiques sociales. L'objectif est également d'instaurer une base commune pour les droits sociaux des citoyens européens qui font l'objet d'une grande disparité au sein du territoire européen alors que les ressortissants peuvent travailler où ils le souhaitent sur ce même territoire grâce à la libre circulation des travailleurs. Le risque est donc d'être confronté à un certain *dumping social*¹⁶³ dans les pays ayant développé une législation solide. L'égalité entre les hommes et les femmes et l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée sont deux principes repris parmi les vingt mentionnés dans le socle. Ces principes sont notamment mis en œuvre par l'adoption de directives fixant des normes sociales minimales communes.¹⁶⁴

Pour débiter l'analyse de la législation européenne, nous nous penchons sur la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail¹⁶⁵. Cette dernière, également appelée « directive refonte », organise la protection des personnes contre les discriminations fondées sur le genre dans un

¹⁶² ILIOPOULOU PENOT A., « Vie familiale et vie professionnelle, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, p. 885-909 », *op. cit.*, p. 892.

¹⁶³ La FGTB définit le dumping social comme l'ensemble des pratiques mises en œuvre par le monde patronal pour réduire au strict minimum ses « coûts », ses « charges ».

¹⁶⁴ SITE TOUTE L'EUROPE, *Qu'est-ce qu'une directive ?*, consulté le 12 mars 2023, disponible sur <https://www.touteleurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/qu-est-ce-qu-une-directive/>.

¹⁶⁵ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *J.O.U.E.*, L204/23, 26 juillet 2006.

domaine particulier qui est celui de l'emploi et du travail mais ne s'attache pas à une protection spécifique. Par conséquent, le texte englobe des mesures diverses dont certaines sur les congés liés à la parentalité. La directive prévoit notamment une protection comparable à celle prévue pour la maternité pour les hommes ou pour les parents bénéficiant d'un congé de paternité et d'adoption. L'objectif est d'arriver à une participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et à la vie familiale. Il s'agit d'une première évolution des conceptions de parentalité. La prise en compte de l'investissement de chaque parent dans la vie de l'enfant permet de réduire les stéréotypes de genre touchant les femmes¹⁶⁶.

Nous étudions désormais la protection européenne des quatre congés étudiés en droit belge pour pouvoir ensuite procéder à une brève comparaison. Nous pouvons ici déplorer la multiplication des textes en matière de congés liés à la parentalité, ce qui compromet la clarté juridique du système.

Section 2. Le congé de maternité et le congé d'allaitement

La maternité est protégée par la directive 92/85/CEE du Conseil, adoptée le 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail¹⁶⁷. L'objectif de cette directive est donc de protéger la santé et la sécurité des femmes sur le lieu de travail lorsqu'elles sont enceintes, c'est-à-dire avant l'accouchement mais également après l'accouchement, ainsi que des femmes allaitantes. Les travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes sont considérées comme « un groupe à risques spécifiques » par la présente directive, ce qui exige la prise de mesures particulières pour répondre à leurs besoins. Dès lors, elle encadre la protection de la maternité de manière globale et pas uniquement le droit au congé de maternité. Ce dernier est visé à l'article 8. Le congé de maternité tel que prévu par la directive se compose d'au moins quatorze semaines continues, réparties avant et/ou après l'accouchement, dont deux semaines obligatoires. La directive rappelle également que l'efficacité de ces congés dépend d'un maintien des droits liés au contrat de travail et notamment de la perception d'une rémunération ou d'une prestation équivalente pendant la prise de ceux-ci.

¹⁶⁶ D. BERNARD & C. HARMEL, *Droits des femmes. Textes légaux à jour au 1er janvier 2020*, op. cit, p. 179.

¹⁶⁷ Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), *J.O.C.E.*, L348, 28 novembre 1992.

Cette directive n'a jamais fait l'objet de modifications même si des propositions de directives ont été déposées mais sans succès. Dès lors, les droits des femmes enceintes et des nouvelles mères continuent d'être organisés par une directive qui a désormais plus de trente ans. En effet, le droit au congé de maternité n'a pas été repris dans la nouvelle directive de 2019, ce qui est regrettable concernant l'objectif d'atteindre un équilibre entre vie professionnelle et vie privée pour les femmes et les hommes¹⁶⁸.

Section 3. Le congé de paternité et le congé parental

Nous analysons désormais la 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 Conseil¹⁶⁹. Pour rappel, elle a été adoptée dans l'optique de renforcer l'Europe sociale relancée par le socle européen des droits sociaux. Il s'agit d'une directive innovante puisque la mise en perspective de l'égalité entre les hommes et les femmes en matière de responsabilités familiales par rapport à l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée met l'Union « sur la voie de la reconnaissance du *care* »¹⁷⁰. La vie de famille impacte toujours plus significativement la vie professionnelle des femmes que celles des hommes puisqu'elles sont plus à même de diminuer ou d'arrêter leur travail pour endosser les responsabilités familiales¹⁷¹. Cela a des conséquences néfastes à la fois sur les revenus des femmes à long terme, c'est-à-dire pendant leur vie active mais également après, pour leur pension, et à la fois quant à leur participation au marché du travail¹⁷².

Par la mise en place de congés payés et non-transférables, cette directive a pour but une meilleure articulation entre carrière et vie de famille et un partage plus égal des responsabilités familiales entre les deux parents. L'angle de vue choisi permet d'élargir le public-cible de la directive et de toucher la plupart des travailleurs et plus seulement les femmes¹⁷³. Le champ d'application personnel de la directive est d'ailleurs délimité à l'article 2 qui inscrit que les dispositions s'appliquent à tous les travailleurs ayant un contrat de travail tel que défini par les

¹⁶⁸ E. CARACCILO DI TORELLA, « One more step along the way: the 2019 Work Life Balance Directive », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1^{er} décembre 2020, n° 4, p. 74.

¹⁶⁹ Directive (UE) 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, *J.O.U.E.*, L188/79, 12 juillet 2019.

¹⁷⁰ P. VIELLE, « Vers une Europe du care ? », *Journal de droit européen (JDE) - anciennement JTDE*, 2022, Vol. 2022, n° 7, p. 325.

¹⁷¹ M. MORSA, « Directive européenne (UE) 2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants : vers une meilleure mise en œuvre du principe de l'égalité entre hommes et femmes afin de remédier à la sous-représentation des femmes sur le marché du travail », *Orientations*, 2023, Vol. 2023, n° 3, p. 17.

¹⁷² *Ibid*, p. 19.

¹⁷³ E. CARACCILO DI TORELLA, « One more step along the way », *op. cit*, p. 73.

Etats membres. Toutefois, cette définition n'est pas entièrement laissée à la discrétion des Etats puisqu'il doit également être tenu compte de la jurisprudence de la Cour de justice. Il s'agit d'un compromis entre législateurs européen et nationaux qui limite la marge de manœuvre des états et qui permet à l'Union de garder un œil sur la correcte application de sa directive.

La directive suit deux axes : consolider deux droits existants et introduire deux droits essentiels que sont le congé de paternité et le congé pour les aidants naturels. L'instauration du droit de paternité et le renforcement du congé parental ont pour but d'augmenter la participation des hommes à la vie familiale, ce qui libèrerait les femmes de certaines obligations et donc de temps qu'elles pourront consacrer à leur vie professionnelle. C'est une application du principe des vases communicants. Comme dit précédemment, la directive est par contre incomplète en ce qu'elle n'envisage pas la situation des mères.

Dans le préambule, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne démontrent une réelle volonté d'atteindre l'objectif de promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment sur le marché du travail et d'égalité de traitement sur le lieu de travail, qui est inscrit dans le Traité sur l'Union européenne. Ils constatent ensuite que les politiques visant à concilier vie privée et vie professionnelle concourent à atteindre une égalité effective des sexes. Dès lors, le cadre juridique européen doit davantage inciter les deux parents, qu'ils soient de sexe féminin ou masculin, à assumer leurs responsabilités parentales de manière équilibrée. Les enjeux sont différents en fonction du sexe et des pratiques actuelles. Pour la femme, il s'agit plutôt de trouver un compromis entre obligations professionnelles et obligations familiales pour pouvoir accéder et encourager la participation au marché du travail alors que pour l'homme, il s'agit plutôt d'avoir accès à des congés effectifs et rémunérés et d'encourager la prise de ceux-ci. Il est également rappelé qu'il est inutile de prévoir des congés si ceux-ci ne sont pas accompagnés d'une rémunération suffisante pour les rendre effectifs. Le maintien d'un niveau de vie décent contribue à la prise de ce congé. L'organisation de congés n'est pas la seule composante de l'égalité des sexes dans l'emploi, d'autres éléments y contribuent également tels que la rémunération ou encore la mise en place de structures d'accueil et de soutien des familles.

L'article 4 de la directive consacre le droit au congé de paternité. Sa consécration par le législateur européen en tant que droit individuel est une nouveauté. A l'instar du congé de maternité, le congé de paternité est un droit inconditionnel, ce qui signifie qu'il est indépendant de la situation maritale ou familiale du travailleur et qu'il ne peut pas être conditionné à une certaine ancienneté. De plus, l'employeur ne peut pas refuser ou reporter la prise de ce congé.

Opposer l'argument de la perturbation de l'organisation de l'entreprise serait déraisonnable au vu de la très courte durée du congé¹⁷⁴. Le législateur européen n'a par contre pas prévu de jour obligatoire dans ce congé, il reste donc entièrement facultatif. Le congé doit être pris aux alentours de la date de naissance.

Le terme « congé de naissance » n'est pas employé puisque certains Etats membres de l'Union ne consacrent pas la filiation homoparentale. Le législateur européen laisse cependant l'option ouverte et c'est dès lors aux législateurs nationaux des Etats membres d'élargir cette notion en fonction des personnes pouvant être reconnues comme parents en droit interne. Nous pouvons saluer cette ouverture à des modèles familiaux pluriels et diversifiés¹⁷⁵ même si certains auteurs tels que Jean Jacqmain craignent que cette précision soit insuffisante pour protéger les couples homosexuels¹⁷⁶. Nous pouvons également déplorer que la directive n'aborde pas la situation des familles monoparentales qui sont pourtant des familles très vulnérables¹⁷⁷.

La finalité de ce congé est indiquée clairement dans le préambule de la directive. Il est décrit comme une implication plus importante des pères dans la vie de l'enfant dès le début de celle-ci dans le but de s'en occuper et de tisser un lien avec lui. Nous pouvons faire le parallèle entre cette finalité et l'article 18 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁷⁸ qui invite les états à permettre l'implication de chaque parent dans la vie et dans l'éducation des enfants, dans l'intérêt supérieur de ceux-ci. Les deux parents sont censés occuper une place égale dans la vie de leur progéniture. L'instauration de ce congé de paternité a pour but de créer un corollaire au congé de maternité¹⁷⁹. La directive prévoit notamment le versement d'une indemnité équivalente à celle instituée pour les mères. Que ce soit pour le congé de maternité ou pour celui de paternité, le législateur européen a opté pour le même degré d'indemnité minimum qui est celui de l'indemnité nationale de maladie. L'instauration de cette rémunération est très importante et nécessaire. En effet, l'aspect financier ne doit pas être un

¹⁷⁴ M. MORSA, « Directive européenne (UE) 2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants : vers une meilleure mise en œuvre du principe de l'égalité entre hommes et femmes afin de remédier à la sous-représentation des femmes sur le marché du travail », *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁵ E. CARACCILO DI TORELLA, « One more step along the way », *op. cit.*, p. 76.

¹⁷⁶ J. JACQMAIN, « Chroniques. Égalité de traitement », *Journal de droit européen (JDE) - anciennement JTDE*, 2019, Vol. 2019, n° 9, p. 378.

¹⁷⁷ E. CARACCILO DI TORELLA, « One more step along the way », *op. cit.*, p. 81.

¹⁷⁸ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New-York le 29 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, art. 18.

¹⁷⁹ F. LUETZ & R. DE LA CORTE, « La directive sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée : vers un partage plus égalitaire des responsabilités familiales », *Revue de l'Union européenne*, juin 2019, n°629, p. 358.

obstacle à la prise d'un congé lié à la parentalité. Il est important que les familles puissent bénéficier de ces congés sans craindre pour leurs revenus. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « la Cour ») l'a d'ailleurs rappelé à l'occasion de l'affaire *Gassmayr*¹⁸⁰.

L'article 5 encadre le congé parental qui est également un droit individuel. Il s'agit d'un congé qui peut au total durer quatre mois et qui doit être pris avant que l'enfant n'atteigne un certain âge, laissé à la détermination des Etats membres. La directive prévoit un nombre de mois non-transférables entre les parents pour encourager les pères à utiliser ce congé. Dès lors, le congé propre et rémunéré n'est conçu qu'à concurrence de deux mois, les deux autres étant considérés comme supplémentaire. Le texte soutient également des solutions flexibles dans les modalités de la prise de ce congé. Le législateur européen laisse à son homologue national la discrétion de choisir la rémunération ou allocation pour ce type de congé mais cette dernière doit « faciliter la prise du congé par les deux parents »¹⁸¹. Le but est qu'un grand nombre de famille profite de ce congé¹⁸².

Pour clôturer l'analyse de cette directive, cette dernière marque une nette avancée et une reprise de l'Europe sociale. Il s'agit bien d'une étape intermédiaire car de nombreux pas restent à franchir. Nous pouvons tout de même souligner la reconnaissance et la plus grande prise en compte de modèles familiaux variés¹⁸³.

Section 4. Le congé d'adoption

La directive 2006/54/CE reconnaît le droit pour les parents adoptifs de bénéficier d'un congé lors de l'adoption d'un enfant et l'application des mesures de protection aux parents en congé d'adoption si la législation interne reconnaît ce type de congé. C'est visé au considérant 27 et à l'article 16 de la directive qui laissent le libre choix aux Etats membres d'organiser ce type de congés.

CHAPITRE 4. QUELLE EST L'INTERACTION ENTRE LES DIRECTIVES EUROPEENNES ET LE DROIT BELGE ?

Les directives européennes fixent des exigences minimales que les Etats membres doivent respecter mais ils peuvent également faire le choix d'aller plus loin. Les directives analysées pour les congés contiennent une clause de non-régression qui empêche les pays qui

¹⁸⁰ C.J., arrêt *Susanne Gassmayr c. Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, 1^{er} juillet 2010, C-194/08, EU:C:2010:386, point 83.

¹⁸¹ J. JACQMAIN, « Chroniques. Égalité de traitement », *op. cit.*, p. 378.

¹⁸² E. CARACCILO DI TORELLA, « One more step along the way », *op. cit.*, p. 76.

¹⁸³ P. VIELLE, « Vers une Europe du care ? », *op. cit.*

prévoient un régime plus favorable à celui prévu par la directive à effectuer un recul sur les droits consacrés en droit interne¹⁸⁴.

Trois réactions sont possibles entre les deux législations : le droit belge a été correctement mis en œuvre par rapport aux exigences européennes, le droit belge n'est pas en adéquation avec le droit européen et démontre des besoins d'adaptation ou alors le droit belge va plus loin que le droit européen. Nous prenons donc un temps pour faire un parallèle entre les deux législations et nous interroger sur l'interaction entre le droit belge et le droit européen.

Tout d'abord, concernant la protection de la maternité, c'est la directive européenne étudiée précédemment qui pose les principes de protection de la maternité. Sa transposition en droit belge n'a pas été évidente vu que les principes institués se rattachent à plusieurs branches du droit différentes¹⁸⁵. Dès lors, cela a entraîné certaines faiblesses qui touchent à l'effectivité des mesures instituées. Les cours et tribunaux prennent alors parfois la relève là où le législateur a laissé des lacunes mais bien souvent les décisions arrivent trop tardivement pour le cas litigieux¹⁸⁶. Nous pouvons tout de même constater que le droit belge a été plus loin que le droit européen en termes de semaines puisque le congé se compose d'une semaine de plus au total. Là où le droit belge se démarque réellement, c'est en prévoyant cinq fois plus de semaines obligatoires puisque le législateur belge interdit la femme de travailler pendant dix semaines contre deux prévues par le législateur européen. Par conséquent, la Belgique conçoit une garantie supérieure.

La loi du 7 octobre 2022¹⁸⁷ assure la transposition de la directive 2019/1158. Le législateur belge a également adopté un arrêté royal le même jour pour les dispositions spécifiques au congé parental.

Pour le congé de paternité, nous pouvons saluer l'instauration et le versement d'une indemnité équivalente à celle du congé de maternité. En Belgique, le versement de l'indemnité diffère pour le second parent puisque les trois premiers jours sont pris en charge par l'employeur ce qui n'est pas le cas de la mère. En droit belge, le second parent bénéficie désormais de vingt

¹⁸⁴ I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Athènes, Sakkoulas [u.a.] (coll. Human rights - Menschenrechte - droits de l'homme - anthrōpina dikaiōmata, 8), 2009, p. 499.

¹⁸⁵ D. BERNARD & C. HARMEL, *Droits des femmes. Textes légaux à jour au 1er janvier 2020*, op. cit, p. 185.

¹⁸⁶ *Ibid*, p. 186.

¹⁸⁷ Loi du 7 octobre 2022 transposant partiellement la Directive (UE) 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, et réglementant certains autres aspects relatifs aux congés, *M.B.*, 31 octobre 2022.

jours et ce congé est encore appelé à être augmenté. De nouveau, en termes de durée, le législateur belge dépasse les exigences européennes.

Pour le congé parental, il existe une différence au niveau des semaines transférables. La directive 2019/1158 a doublé le nombre de semaines non transférables, en passant d'un à deux mois, pour encourager les pères à remplir leur rôle dans la sphère familiale. En revanche, le législateur belge n'a pas prévu de semaine transférable et a consacré ce congé de quatre mois comme un droit individuel et propre à chaque parent. De plus, les quatre mois sont couverts par une rémunération. La législation nationale est à nouveau plus protectrice.

L'arrêté royal du 7 octobre 2022¹⁸⁸ modifie les arrêtés royaux du 29 octobre 1997 et du 10 avril 2014 pour s'adapter aux exigences européennes. Nous pouvons noter plusieurs modifications. Il s'agit de l'ajout d'obligations dans le chef de l'employeur à des fins protectrices pour l'employé. L'employeur qui refuse une formule souple de travail doit motiver sa décision. Concernant le moment de la prise du congé, l'employeur peut reporter l'exercice du droit au congé parental dans le cas où il va à l'encontre du bon fonctionnement de l'entreprise. Le report, tout comme le refus, doit faire l'objet d'un écrit motivé.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Arrêté royal du 7 octobre 2022 transposant partiellement la directive (UE) 2019/1158, *M.B.*, 31 octobre 2022.

¹⁸⁹ MARY G., « Droit au congé parental : nouveautés », *B.J.S.*, 2022/704, p. 2 », *Bulletin juridique & social*, 30 décembre 2022, Vol. 2022, n° 704, p. 2.

PARTIE 3. QUELQUES REFLEXIONS SUR L'EGALITE HOMME-FEMME EN MATIERE DE CONGES LIES A LA PARENTALITE AU REGARD DE LA THEORIE DE JUDITH BUTLER

Nous faisons d'abord un point sur la structure actuelle des congés liés à la parentalité et sur la situation concrète au regard de l'égalité effective des sexes. Ensuite, nous nous intéressons à la théorie de Butler et à l'œil nouveau que nous apportent ses concepts. Finalement, nous envisageons une solution juridique pour mettre le droit en adéquation avec cette théorie.

CHAPITRE 1. LA STRUCTURE ACTUELLE DES CONGES LIES A LA PARENTALITE DANS UNE PERSPECTIVE FEMINISTE

Section 1. Dans quelle théorie féministe les congés liés à la parentalité s'inscrivent-ils ?

Pour rappel, les théories féministes juridiques se divisent en trois groupes. Actuellement, les congés liés à la parentalité répondent à la pensée des féministes systémiques et le débat se développe plutôt autour de la notion d'égalité.

Les congés liés à la parentalité se trouvent au carrefour de deux domaines primordiaux de la vie des individus, la vie professionnelle et la vie familiale, et posent de nombreuses questions quant à la place des hommes et des femmes dans la société, que ce soit dans la sphère publique à travers le travail ou dans la sphère privée à travers la famille. L'enjeu est de taille puisque le législateur se trouve au croisement de deux préoccupations majeures : protéger le sexe féminin pour cause de sa condition biologique et assurer une égalité effective des sexes dans ces deux champs qui régissent une grande partie de la vie des individus¹⁹⁰. Le débat de l'égalité de traitement ou d'une protection spécifique se soulève par conséquent.

Nous ne pouvons pas contester que la condition biologique et la place dans la reproduction de l'espèce humaine des femmes et des hommes sont différentes. En effet, la capacité d'enfanter est propre au corps de la femme. Les états particuliers de grossesse et

¹⁹⁰ SERVAIS J.-M., « Égalité de chances et congé de maternité en droit européen, J.D.E., 2014/8, n° 212, p. 326-333 », *Journal de droit européen*, 15 octobre 2014, Vol. 2014, n° 8, p. 328.

d'accouchement relèvent du biologique et touchent la santé et la sécurité de la femme¹⁹¹, ce qui entraîne toute une série de droits étudiés auparavant. Dès que la norme rend compte d'une réalité biologique qui ne touche que la femme, elle n'est pas neutre et ne peut pas l'être. Cependant, l'utilisation de normes genrées promeut les stéréotypes de genre et les rôles traditionnels des femmes et des hommes. Par conséquent, il existe un risque que la biologie vienne déterminer la destinée des individus¹⁹². Comment parvenir à protéger de manière spécifique le groupe femmes pour des raisons biologiques sans pour autant sacrifier l'égalité des sexes ?

Pour répondre à cette question, nous devons d'abord nous questionner sur la notion d'égalité. Les féministes systémiques s'opposent sur cette dernière et sur la signification à lui donner. En effet, la question se pose de savoir si l'égalité impose un traitement identique, peu importe que les individus soient fondamentalement différents, ou un traitement différent, prenant en compte cette diversité. Dès lors, les féministes systémiques se subdivisent en deux groupes. Les féministes de la symétrie prônent des normes juridiques neutres qui méconnaissent les différences entre hommes et femmes. Elles considèrent les lois protectrices envers les femmes comme le fruit du paternalisme. En revanche, les féministes de la différence encouragent une protection spécifique pour aplanir les dissemblances et parvenir à une égalité effective et non formelle des sexes.¹⁹³

En droit, l'égalité, en opposition à la discrimination, est le traitement identique de personnes se trouvant dans la même situation. Pourtant, nous pouvons appréhender le congé de maternité, qui est le congé initial, sous deux égalités : l'égalité formelle des sexes, encouragée par les féministes de la symétrie, et l'égalité réelle des sexes, défendue par les féministes de la différence. La première présume l'indifférenciation alors que la seconde peut justifier des mesures différenciées dans le but d'atténuer, voire de supprimer des inégalités de fait¹⁹⁴. Ce changement de paradigme est très bien illustré par la phrase de Jean Jacquemain qui énonce « passer d'une formulation négative (la protection de la maternité est une exception licite à

¹⁹¹ S. BARRÉ-AIVAZZADEH, « Chapitre 27. Le congé de maternité : le droit hésite entre la protection des mères et l'égalité des chances entre les femmes et les hommes », in *La maternité à l'épreuve du genre*, Rennes, Presses de l'EHESP (coll. Hors collection), 2012, p. 223.

¹⁹² M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *op. cit.*, p. 4.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ D. BERNARD & C. HARMEL, *Droits des femmes. Textes légaux à jour au 1er janvier 2020*, *op. cit.*, p. 155.

l'égalité de traitement) à une expression positive (la protection de la maternité constitue une condition de l'égalité de traitement) »¹⁹⁵.

D'une part, la maternité requiert une protection spécifique et dès lors, déroge à un droit identique et universel pour les hommes et les femmes.

En principe, le droit interdit les différences de traitement fondées sur le sexe. Cependant des exceptions sont admises et la maternité en fait partie. Dès qu'elle est justifiée par la condition biologique, il ne s'agit plus d'une discrimination. C'est d'ailleurs confirmé par l'article 17 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes¹⁹⁶. La situation de la femme n'est pas comparable ou assimilable à celle d'un homme au vu de la différence biologique fondamentale. En revanche, l'absence de protection spécifique pourrait être constitutive d'un traitement défavorable discriminatoire puisqu'il s'agit d'une réalité physique ne touchant que les femmes¹⁹⁷.

Toutefois, il faut être attentif à ce que des considérations psychologiques ne viennent pas empiéter sur des considérations biologiques. La norme peut très vite basculer de l'objectif de répondre à des considérations médicales au risque d'emprisonner les femmes dans un rôle familial traditionnel. En effet, la condition biologique des femmes ne doit pas être utilisée comme un rappel à une fonction parentale différente de celle des hommes. La question de l'existence d'un congé ne se pose pas mais celle de la durée de ce congé est par contre au cœur des débats¹⁹⁸.

Si nous partons de la justification du congé de maternité qui est présenté comme la protection de la sécurité et de la santé de la femme, cela signifierait que le congé de maternité n'aurait d'autre fonction que celle de se remettre physiquement de la grossesse et de l'accouchement. La différence de durée entre le congé de maternité et celui de paternité est très conséquente. Certes, le père, au contraire de la mère, ne doit pas se remettre physiquement de l'épreuve de l'accouchement. Dès lors, toutes les semaines qui excèdent celles nécessaires au rétablissement de la femme après l'accouchement devraient également profiter aux hommes puisqu'elles ne répondent plus à des besoins médicaux et biologiques mais à des besoins

¹⁹⁵ J. JACQMAIN, « Protection de la maternité – L'exécution de la directive européenne 92/85 », *Chroniques de droit social*, n°8, 1995, p. 368.

¹⁹⁶ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, art. 17.

¹⁹⁷ D. BERNARD & C. HARMEL, *Droits des femmes. Textes légaux à jour au 1er janvier 2020*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁹⁸ S. BARRÉ-AIVAZZADEH, « Chapitre 27. Le congé de maternité : le droit hésite entre la protection des mères et l'égalité des chances entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 225.

relationnels entre un enfant et son parent. En conséquence, nous constatons que le congé de maternité est également sous-tendu par des stéréotypes de genre sur la fonction de la femme notamment à la maison et dans la famille¹⁹⁹. Officiellement, il faut protéger la santé et la sécurité des femmes qui donnent la vie ; officieusement, le congé de maternité donne du temps à la jeune maman pour satisfaire les besoins et assurer les soins du nouveau-né. Le tissage d'un lien mère-enfant est encouragé. D'ailleurs, le transfert du congé de maternité au père ou à la coparente en cas d'hospitalisation ou de décès de la mère illustre la volonté du législateur de garantir la présence d'un des parents auprès du nourrisson²⁰⁰. Ce transfert est la preuve que le congé n'a pas pour seule vocation le rétablissement post-accouchement.

Historiquement, le congé maternel a trouvé de nombreuses justifications au fil du temps, depuis son instauration jusqu'à maintenant. Il a répondu tantôt à des préoccupations démographiques et médicales, préserver la santé de la jeune mère et réduire la mortalité infantile, tantôt à des préoccupations sociologiques, maintenir les rôles traditionnels dans la famille. Le congé paternel est lui né de réclamations féminines²⁰¹. Désormais, les congés liés à la parentalité répondent davantage à des besoins psychologiques, relationnels et affectifs. Chaque parent a alors l'occasion de nouer un lien intime avec son enfant. Cela peut sembler évident aujourd'hui et pourtant le congé paternel est très récent et est le fruit d'une longue évolution des mentalités sur la figure paternelle. En effet, il y a peu, le père était toujours le symbole de la puissance et de l'autorité au sein de la famille²⁰².

D'autre part, ce régime spécifique est une condition nécessaire à la réalisation de l'égalité effective des sexes²⁰³.

Le congé de maternité n'a pas comme seul objectif de laisser un temps de repos à la mère auprès de son enfant, il la protège également en ce qu'il suspend l'exécution du contrat de travail. De plus, les indemnités versées lors du congé sont entièrement à la charge de l'état et non de l'employeur qui, par conséquent, ne supporte pas la charge financière de ce congé.

¹⁹⁹ E. DERMINE, « Tendre vers une égalité effective entre les femmes et les hommes sur le marché du travail. Arguments juridiques en faveur de l'allongement du congé de naissance. », *Tijdschrift voor Sociaal Recht (TSR) / Revue de Droit Social (RDS)*, 2021, Vol. 2021, n° 1-2, p. 40.

²⁰⁰ *Ibid*, p. 42.

²⁰¹ Y. KNIBIEHLER, *Réformer les congés parentaux: un choix décisif pour une société plus égalitaire*, Rennes, Presses de l'École des hautes études en santé publique (coll. Controverses), 2019, p. 35.

²⁰² *Ibid*, p. 41.

²⁰³ E. DERMINE, « Tendre vers une égalité effective entre les femmes et les hommes sur le marché du travail. Arguments juridiques en faveur de l'allongement du congé de naissance. », *op. cit*, p. 44.

Cette protection spécifique de l'emploi en cas de grossesse et d'accouchement a pour but d'atteindre une égalité réelle des sexes.²⁰⁴

Pour conclure sur cette notion d'égalité, en Belgique, le choix d'un régime spécifique de protection de la maternité constitue une mise en œuvre du féminisme de la différence. Le vocable utilisé est d'ailleurs distingué sur base du sexe. En revanche, les congés parentaux et les congés adoptifs ne font aucune distinction sur base du sexe du parent. Dès lors, le choix du législateur belge reflète plutôt la conclusion d'un des ouvrages de Jacques Commaille qui énonce : « Plutôt que de poursuivre ce qui apparaît comme une chimère – l'égalité dans l'indifférenciation –, la question posée est alors celle de savoir si la revendication d'égalité ne doit pas prendre en compte la spécificité de la condition de la femme telle qu'elle continue d'exister dans les faits, c'est-à-dire sa fonction de reproduction, ses investissements dans le « privé » et dans la prise en charge des enfants, ses aspirations en la matière »²⁰⁵. Nous pouvons alors nous demander si le législateur belge, en faisant ce choix, à renoncer à la poursuite de l'égalité entre les hommes et les femmes.

Section 2. La division sexuée du travail rémunéré et du travail domestique et l'effectivité des congés en Belgique

Comme nous venons de le conclure, les congés de maternité et de paternité, liés directement à la naissance de l'enfant, continuent de se distinguer sur base du sexe alors que les congés parentaux et adoptifs sont en principe ouverts indistinctement aux deux parents. Dans cette section, nous aimerions passer de la théorie de la loi à la situation réelle sur le territoire belge.

D'une part, nous faisons un point sur la division sexuée du travail domestique et du travail rémunéré entre les femmes et les hommes en Belgique sur base des statistiques les plus récentes. Nous nous demandons si les tâches continuent d'être assignées différemment aux femmes et aux hommes et si par conséquent, les individus persistent à répondre à des stéréotypes de genre. Les hommes consacrent davantage de temps au travail rémunéré et les femmes aux tâches ménagères et aux enfants. En effet, en semaine, alors que les hommes consacrent en moyenne une heure et vingt-trois minutes supplémentaire au travail rémunéré,

²⁰⁴ E. DERMINE, « Tendre vers une égalité effective entre les femmes et les hommes sur le marché du travail. Arguments juridiques en faveur de l'allongement du congé de naissance. », *op. cit.*, p. 44.

²⁰⁵ J. COMMAILLE, *Les stratégies des femmes: travail, famille et politique*, Paris, La Découverte (coll. Textes à l'appui), 1993, p. 144.

les femmes consacrent elles une heure et vingt minutes de plus aux tâches ménagères²⁰⁶. Ces dernières peuvent être divisées par type de tâches et dès lors, de nouvelles inégalités apparaissent. Effectivement, certaines tâches se révèlent alors typiquement féminines et d'autres, typiquement masculines²⁰⁷. Les femmes effectuent le travail routinier et journalier qui se rapporte à l'entretien intérieur de la maison ; il s'agit du nettoyage, des lessives, du repassage, de la préparation des repas ou encore de la vaisselle. C'est un travail qui peut être qualifié d'invisible, puisqu'effectué au sein de l'habitation et qui est dès lors peu valorisé par la société. Les hommes s'attèlent à des tâches à caractère plus exceptionnel et qui sont également plus ludiques. Il s'agit du bricolage, de la tonte de la pelouse ou encore du nettoyage de la voiture. Réaliser en extérieur, aux yeux de tous, ces tâches forcent plus souvent l'admiration. Pour le soin et l'éducation des enfants, les mères de jeunes enfants dans la vie active vouent le double du temps des pères dans la même situation à cette occupation²⁰⁸. Pour répondre à notre interrogation, les trois quarts des Belges se comportent de manière stéréotypée selon leur genre dans leur vie quotidienne²⁰⁹. Dès que les femmes se livrent aux tâches domestiques de manière gratuite et que les hommes en profitent, le couple est un lieu d'exploitation économique²¹⁰.

D'autre part, nous analysons la mise en œuvre de l'articulation entre vie professionnelle et vie privée et l'effectivité des congés. Concernant les compromis entre exercice du métier et vie familiale, les femmes en font deux fois plus que les hommes. En effet, près de la moitié des mères actives avec des enfants en bas-âge font des ajustements pour mieux concilier leurs différents temps de vie alors que seulement un père sur cinq dans la même situation travaille différemment pour adapter sa carrière à sa vie privée²¹¹. Ces ajustements peuvent consister en l'utilisation des différents congés prévus pour les parents. C'est notamment le cas du congé parental qui devient de plus en plus populaire auprès des parents qui en font davantage usage qu'auparavant. Entre 2004 et 2017, le nombre de pères profitant de ce congé a sextuplé contre

²⁰⁶ INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Femmes et hommes en Belgique – 3^{ème} édition – Chapitre 7 Emploi du temps*, consulté le 3 avril 2023, disponible sur <https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/fh2020-ch7.pdf>, p. 2.

²⁰⁷ INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Genre et emploi du temps – (non) évolution des stéréotypes de genre 1999, 2005 et 2013*, consulté le 4 avril 2023, disponible sur https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/95_-_genre_et_emploi_du_temps_fr.pdf, p. 60.

²⁰⁸ INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Femmes et hommes en Belgique – 3^{ème} édition – Chapitre 7 Emploi du temps*, *op. cit.*, p. 3 et INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Genre et emploi du temps – (non) évolution des stéréotypes de genre 1999, 2005 et 2013*, *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁹ INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Genre et emploi du temps – (non) évolution des stéréotypes de genre 1999, 2005 et 2013*, *op. cit.*, p. 59.

²¹⁰ V. TUAILLON, *Les couilles sur la table*, *op. cit.*, p. 120.

²¹¹ INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Femmes et hommes en Belgique – 3^{ème} édition – Chapitre 6 Conciliation vie professionnelle et vie familiale*, consulté le 3 avril 2023, disponible sur <https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/fh2020-ch6.pdf>, p. 4.

une multiplication par plus de deux du côté des mères. Vu que les mères étaient déjà des grandes utilisatrices, elles continuent à l'être malgré une augmentation moins flagrante²¹². Ce congé reste donc majoritairement féminin malgré son appellation neutre. C'est la formule de la réduction des prestations d'un cinquième qui rencontre le plus de succès²¹³. Le congé de maternité est en partie obligatoire et la mère n'a donc pas le choix de le prendre. Pour le congé de paternité, il n'existe malheureusement pas de statistiques récentes sur sa prise ou non par les jeunes pères. Il ressort par contre d'une étude française que la prise du congé de paternité a de réelles conséquences sur l'implication future des pères dans la vie de l'enfant et notamment dans le soin et l'entretien quotidiens²¹⁴.

Par conséquent, l'image de la femme qui s'occupe de son foyer se perpétue malgré les nombreuses revendications féministes et demeure une représentation sociale dominante qui renforce les stéréotypes de genre. La maternité continue d'être perçue comme la vocation naturelle des femmes. Cette dernière devient une justification pour la construction et désormais le maintien d'« un environnement légal ayant pour objet de donner la priorité à la fonction maternelle sur toute autre fonction qu'une femme pourrait être susceptible de choisir et à exclure les hommes du bénéfice de certains droits ou prestations en lien avec la parentalité »²¹⁵.

Par ces différentes observations, le constat est très clair : les femmes consacrent toujours davantage de temps à leur vie privée et familiale, tout en étant active sur le monde du travail et dès lors, utilisent plus les régimes de congés afin de concilier vies privée et professionnelle. Les mères sont devenues au fil du temps des femmes actives sur le marché du travail. Désormais, de moins en moins de femmes envisagent cette coexistence entre carrière professionnelle et maternité comme un choix ou une alternance. En effet, les mères optent pour le modèle du cumul de ces deux aspects de leur vie²¹⁶. Ce choix pèse sur les femmes elles-mêmes qui additionnent réellement travail rémunéré et travail non rémunéré. Plus le nombre d'enfants augmente, plus les femmes s'éloignent de la vie active et plus elles s'investissent dans le travail domestique. Par conséquent, nous constatons que l'interaction entre la vie professionnelle et la vie privée est beaucoup plus forte chez les femmes puisque l'une impacte réellement l'autre

²¹² INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Etude sur la dimension de genre du congé parental, du crédit-temps et de l'interruption de carrière*, consulté le 3 avril 2023, disponible sur [https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/116 - etude sur la dimension de genre du conge parental du credit-temps et de l'interruption de carriere.pdf](https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/116_-_etude_sur_la_dimension_de_genre_du_conge_parental_du_credits-temps_et_de_linterruption_de_carriere.pdf), p. 7.

²¹³ *Ibid*, p. 8.

²¹⁴ E. LEGENDRE, B. LHOMMEAU et J. VINCENT, « Le congé de paternité : un droit exercé par sept pères sur dix. » *Etudes et Résultats, DREES*, n° 0957, mars 2016.

²¹⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ & al. (éds.), *Ce que le genre fait au droit*, op. cit, p. 96.

²¹⁶ L. BERENI et al., *Introduction aux études sur le genre*, op. cit, p. 234.

alors que pour les hommes, leur carrière se construit de manière autonome et indépendante de la vie familiale. Chez les hommes, le constat est complètement différent : l'arrivée d'un enfant, que ce soit le premier ou non, n'impacte ni la vie professionnelle, ni la vie à la maison²¹⁷. En effet, le nombre ou l'âge des enfants au sein du foyer n'influence pas la participation des pères au marché du travail²¹⁸. C'est parfois même l'inverse qui se produit avec un léger effet favorable²¹⁹. Le statut matrimonial et les enfants sont donc un frein dans la carrière des femmes alors que pour les hommes, ils sont un vecteur de réussite en ce que l'homme est perçu comme une personne capable d'endosser de multiples responsabilités.

Brigitte Grésy, haute fonctionnaire française spécialisée dans les questions d'égalité entre les femmes et les hommes, remarque l'échec du double déplacement²²⁰. Effectivement, les femmes sont arrivées en masse dans la sphère professionnelle mais les hommes n'ont pas à leur tour conquis le domaine privé. Le bouleversement n'a pas eu lieu dans les deux univers puisque dans le privé, le travail domestique demeure sexué et les rôles de genre restent prépondérants²²¹. Par conséquent, il se dégage un double investissement des femmes dans leur vie privée et dans leur vie professionnelle. L'homme quant à lui reste majoritairement le soutien financier de la famille, même dans les cas où la mère gagnait plus que son conjoint avant l'arrivée de l'enfant²²².

Section 3. Quelle conclusion ?

La formation d'une famille continue de mettre en exergue les rôles traditionnels de genre et une répartition inégalitaire des tâches dévolues aux femmes et aux hommes. Les congés liés à la parentalité répondent encore à des normes genrées et conservent des différences dans leurs structures qui maintiennent des fonctions parentales sexuées²²³.

La maternité impacte la vie professionnelle des femmes de manière durable. En effet, cet évènement a de nombreuses conséquences sur leur carrière qui se prolongent également après, c'est-à-dire durant leur retraite. Sur le long terme, nous pouvons constater que cette protection spécifique de la maternité nuit à la vie professionnelle des femmes.

²¹⁷ V. TUAILLON, *Les couilles sur la table*, Paris, Points (coll. Points), 2021, p. 118.

²¹⁸ J.-H. DECHAUX & M.-C. LE PAPE, *Sociologie de la famille*, *op. cit.*, p. 44.

²¹⁹ A. MATH, « Une estimation du coût indirect des enfants en termes de pertes de carrière, de salaires et de droits à retraite pour les femmes », *op. cit.*, p. 122.

²²⁰ B. GRÉSY, « Temps, famille, discriminations professionnelles », *Pouvoirs*, 2020, Vol. 173, n° 2, p. 77.

²²¹ J. WOOD & L. MARYNISSEN, « Qui reste à la maison ? Organisation du travail rémunéré et des congés après une naissance au sein des couples bi-actifs en Belgique », *Population*, 2019, Vol. 74, n° 3, p. 341.

²²² *Ibid.*, p. 342.

²²³ *Ibid.*, p. 343.

L'ombre du risque maternité pèse sur toutes les femmes en âge de procréer et les employeurs présagent la réalisation de ce risque. Pour eux, toute femme en âge de procréer est susceptible d'avoir des enfants. Ceci induit qu'elle prendrait un congé de maternité et potentiellement un congé parental, ce qui entraînerait une réduction ou un arrêt du temps de travail pour une période pendant laquelle l'entreprise pourrait être mise à mal par cette absence partielle ou totale²²⁴. Ce risque incite, d'un point de vue économique, les employeurs à embaucher des hommes plutôt que des femmes, dans la tranche d'âge 20-45 ans²²⁵.

Les effets se prolongent et se répercutent également sur la pension qui est le miroir de la vie professionnelle. Le montant des retraites des femmes est inférieur à celui des hommes. Les chiffres les plus récents démontrent qu'en Belgique, cet écart de pension lié au genre, appelé *gender gap*, est actuellement de 23% pour la pension totale, somme de la pension légale et de la pension complémentaire²²⁶. Ce phénomène a plusieurs causes. Premièrement, les femmes adaptent plus leur temps de travail, ce qui explique que le travail à temps partiel reste majoritairement féminin. Selon l'office belge de statistique, 40,7% des femmes salariées ont recours au temps partiel contre seulement 11,9% des hommes salariés²²⁷. De plus, seules les femmes invoquent les tâches domestiques et parentales comme justification de ce choix. Deuxièmement, pour concilier vie privée et vie professionnelle, elles se tournent parfois vers des professions plus compatibles à cette articulation mais aussi moins rémunérées²²⁸. Troisièmement, au cœur de notre sujet, les femmes mettent davantage leur carrière entre parenthèse avec des interruptions de carrière pour l'éducation des enfants ou les soins des proches. Nous avons déjà pu le constater dans la précédente section concernant l'utilisation du congé parental. Cette discontinuité dans la carrière a plusieurs conséquences telles que la dépréciation des compétences professionnelles qui empêche l'accès à des promotions ou l'investissement plus modéré.

Les congés parentaux tentent de rattraper le coup en prévoyant des congés propres et non transférables mais toujours facultatif, à l'instar du congé de paternité. Nous nous

²²⁴ A. MATH, « Une estimation du coût indirect des enfants en termes de pertes de carrière, de salaires et de droits à retraite pour les femmes », *op. cit.*, pp. 121-122.

²²⁵ E. DERMINE, « Tendre vers une égalité effective entre les femmes et les hommes sur le marché du travail. Arguments juridiques en faveur de l'allongement du congé de naissance. », *op. cit.*, p. 37.

²²⁶ SERVICE FEDERAL DES PENSIONS, *Genre & Pension – Ecart de pension pour la pension totale*, consulté le 24 avril 2023, disponible sur <https://www.pensionstat.be/fr/chiffres-cles/genre-pension/ecart-de-pension-pour-la-pension-totale>.

²²⁷ STATBEL, *Le travail à temps partiel*, consulté le 23 avril 2023, disponible sur <https://statbel.fgov.be/fr/themes/emploi-formation/marche-du-travail/le-travail-temps-partiel>.

²²⁸ A. MATH, « Une estimation du coût indirect des enfants en termes de pertes de carrière, de salaires et de droits à retraite pour les femmes », *op. cit.*, p. 117.

demandons alors si les rouages de la répartition traditionnelle des tâches entre hommes et femmes ne sont déjà pas en mouvement. En effet, lors du congé de maternité d'une longueur bien supérieure au congé de paternité, la mère qui se sera retrouvée seule avec son enfant aura appris à en prendre soin et aura acquis des habitudes qui persisteront et qui feront qu'elle deviendra le référent de l'enfant²²⁹. Dès la naissance, les dés de la répartition des tâches familiales seraient-ils déjà jetés ?

Nous nous étonnons également de la différence entre les congés des parents biologiques, c'est-à-dire le congé de maternité et le congé de naissance, qui suivent une construction genrée et les congés d'adoption, qui relèvent d'une logique neutre. Nous constatons alors que le parent adoptif, qu'il soit de sexe masculin ou de sexe féminin, bénéficie de six semaines de congé pour accueillir l'enfant et en prendre soin. La situation des pères, qu'il soit le père biologique ou adoptif, est la même ; il s'agit de l'accueil du nouveau membre de la famille. Dès lors, ils sont dans une situation identique et ne sont pas soumis au même traitement, ce qui ne se justifie pas au regard du droit à la vie familiale.²³⁰

En conclusion, à chaque fois qu'une mesure spécifique est prise, elle valorise le rôle reproducteur des femmes et conforte l'idée que les différences sont naturelles et inchangeables, mais paradoxalement ne pas tenir compte des inégalités de fait les maintient. Le droit, en légiférant sur la maternité, reflète une idée précise de la place que les hommes et les femmes doivent occuper dans la société et la perpétue. Sur le terrain, de nombreuses discriminations perdurent et l'égalité réelle des sexes n'est pas atteinte malgré que cela soit l'objectif de ce type de mesures. Cette non-égalité a un coût direct et indirect conséquent pour les femmes. Nous observons donc que la théorie féministe systémique ne parvient pas à atteindre l'égalité effective des sexes. Nous nous tournons désormais vers la théorie de Butler pour voir quels éclairages nouveaux elle peut nous apporter sur cette problématique.

CHAPITRE 2. APPROCHE CRITIQUE DU DROIT AU REGARD DE LA THEORIE DE BUTLER

Au prisme de la théorie féministe de Butler développée dans la première partie, nous nous interrogeons sur le secteur du droit belge et du droit européen, étudié dans la deuxième partie, des congés liés à la parentalité : comment cette branche du droit peut-elle être lue à la

²²⁹ E. DERMINE, « Tendre vers une égalité effective entre les femmes et les hommes sur le marché du travail. Arguments juridiques en faveur de l'allongement du congé de naissance. », *op. cit.*, p. 45.

²³⁰ *Ibid.*, p. 39.

lumière de la théorie de Butler ? Qu'est-ce que cette théorie nous enseigne et comment nous aide-t-elle à appréhender le droit de manière critique ?

Pour rappel, Butler a une pensée post-identitaire et anti-essentialiste ainsi qu'une approche postmoderne et constructiviste des rapports entre sexe et genre. En tant que théoricienne du mouvement *queer*, Butler adopte un regard transversal concernant les femmes mais également les minorités LGBTQIA+²³¹ et défend une déconstruction des normes et un renversement des identités²³². Elle invite donc à un féminisme de la subversion pour transformer le féminisme de l'intérieur²³³.

Notre droit et notre société sont construits de manière binaire. Le droit ne connaît pas l'entre-deux, c'est légal ou illégal, c'est discriminatoire ou ça ne l'est pas. Pour notre sujet, de nouveau, tout est binaire. On relève que la simple construction des congés est déjà très binaire : congé de maternité et congé de paternité. Nous pouvons alors faire le lien avec père et mère, féminin et masculin, sphère privée et sphère publique. Ces structures binaires donnent l'impression d'être complémentaires alors que ces dualismes enferment « les hommes et les femmes dans des sphères d'activités distinctes et inégalitaires »²³⁴. Il faut donc tenter d'imaginer un droit non-binaire. L'approche post-moderne promeut la multiplicité des modèles. Plus précisément, Butler milite pour la reconnaissance de genres et sexualités multiples.

Dans ce chapitre, nous nous attelons à reprendre point par point la théorie et les notions développées par Butler, étudiées dans la première partie, avec, pour angle d'analyse, les congés liés à la parentalité. Pour chaque point, nous étudions en quoi les congés liés à la parentalité illustrent la théorie de Butler et comment cette dernière permet d'appréhender le droit dans une autre perspective féministe que celle dans laquelle il s'inscrit actuellement. Nous critiquons en quoi les congés liés à la parentalité sont adéquats ou non et au final, nous tentons d'élaborer un modèle qui répondrait à la théorie de Butler.

Section 1. Le sexe et le genre

En matière de congés liés à la parentalité, le droit s'est construit sur base d'un modèle familial répondant à un type d'idéologie. Butler reconnaît la matérialité des corps mais dénonce l'utilisation de données biologiques pour appuyer des constructions purement sociales. La

²³¹ Ce sigle représente le spectre des identités possibles : Lesbienne, Gay, Bi, Trans, Queer, Intersexe, Asexuel et le signe « plus » pour tous les autres.

²³² M. FOURNIER, *Genre et féminisme*, op. cit, p. 66.

²³³ B. PAVARD, F. ROCHEFORT & M. ZANCARINI-FOURNEL, *Ne nous libérez pas, on s'en charge*, op. cit, p. 397.

²³⁴ M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », op. cit, p. 14.

maternité comme fait biologique basé sur la reproduction complémentaire des sexes répond également à ce mécanisme et est utilisée comme fondement de la construction des rôles sexués. Depuis toujours, les sociétés judéo-chrétiennes attribuent à l'utérus la fonction primordiale de lieu de fabrication des fœtus²³⁵. Par conséquent, le biologique sert les idéologies de ces sociétés qui considèrent alors la mise au monde des enfants comme une affaire de femmes. Le père n'a d'ailleurs aucun statut durant la grossesse qui exprimerait que lui aussi attend un enfant²³⁶. Pour la suite de la croissance de l'enfant, il existe le verbe materner issu du terme maternage qui indique les soins donnés par la mère et il n'existe pas de corolaire pour l'action du père²³⁷.

Section 2. La catégorie « femme »

Le fondement des congés liés à la parentalité reste la différence et la complémentarité sexuelles. Les féministes identitaires tentent de dépasser ce dualisme et questionnent les limites de la notion de femme. Elles dénoncent l'utilisation d'un dénominateur commun aux femmes²³⁸. En catégorisant, le droit imagine un groupe « femmes » puis un groupe « mères » qui supposerait des caractéristiques communes entre elles, ce qui nie la réalité car il tente de lisser un groupe au sein duquel il existe des disparités. Il convient alors de s'interroger sur le contenu de ces catégories femmes et mères dans le droit des congés liés à la parentalité : quelle mère est représentée ? Quelle femme le droit utilise-t-il comme modèle ?

Le droit ne protège qu'un seul type de femmes dans le congé de maternité : la femme qui a été enceinte et qui accouche de l'enfant. C'est ce que rappelle la Cour dans sa jurisprudence²³⁹. Cela vise un nombre réduit de femmes. D'une part, pour la famille homoparentale à la tête de laquelle se trouve un couple de femmes, il convient de remarquer que la coparente, qui est également une mère mais pas une mère biologique, bénéficie du congé de naissance qui est d'une durée nettement inférieure au congé de maternité de la mère biologique. D'autre part, concernant les nouveaux modes de procréation que sont la fécondation *in vitro*²⁴⁰ et la gestation pour autrui, la situation est plus divisée. Dans une affaire du 26 février

²³⁵ J. MÉJIAS, *Sexe et société: la question du genre en sociologie*, Rosny [France], Bréal, 2005, p. 25.

²³⁶ *Ibid.*, p. 26.

²³⁷ C. GUIONNET & É. NEVEU, *Féminins-masculins: sociologie du genre*, 3e éd. entièrement refondue, Malakoff, Armand Colin (coll. Collection U), 2021, p. 59.

²³⁸ C. FROIDEVAUX-METTERIE, *Le corps des femmes: la bataille de l'intime*, Paris, Philosophie magazine éditeur, 2018, p. 26.

²³⁹ C.J., arrêt *C.D. c. S.T.*, 18 mars 2014, C-167/12, EU:C:2014:169, point 37.

²⁴⁰ La fécondation *in vitro* est une technique de procréation assistée qui consiste à pratiquer une fécondation, c'est-à-dire une rencontre des spermatozoïdes et de l'ovule en laboratoire, en dehors du corps de la femme ; et à réimplanter l'embryon dans l'utérus de la future mère.

2008²⁴¹, la Cour a fondé la discrimination directe sur base du sexe pour la situation de licenciement d'une femme en cours de traitement de fécondation *in vitro*. Cette solution peut être mise en parallèle avec la protection de la maternité qui ne peut pas être mobilisée dans ce cadre puisque la grossesse n'a pas débuté. Dans le cas de la mère commanditaire ayant eu un enfant dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui, elle ne peut pas profiter d'un congé de maternité pour accueillir son enfant. Nous pouvons opposer deux remarques à cela. Premièrement, la Cour elle-même énonce un objectif de protection du lien mère-enfant mais ne le reconnaît que pour la femme qui accouche qui n'est pas nécessairement ni la mère biologique ni la mère d'intention²⁴². Deuxièmement, la mère commanditaire pourrait par exemple allaiter son bébé et pourtant, ne pas bénéficier d'un congé alors qu'elle répond à la qualité de travailleuse allaitante. Nous pouvons nous questionner sur la signification de ce constat : celui de la seule reconnaissance de la maternité physiologique. La grossesse et l'accouchement sont à ce point primordiaux aux yeux du droit qu'il ferait passer la science avant les liens affectifs, voire biologiques dans sa dimension génétique. La catégorie juridique des mères s'inspire du naturalisme et ne fait rapport qu'au corps²⁴³.

Nous sommes face à un paradoxe. D'une part, le droit enferme les femmes dans ce rôle de mère et de fée du logis qui serait en quelque sorte l'essence immuable des femmes ; d'autre part, il fixe de manière très nette et marquée la catégorie mère en y incluant uniquement les femmes qui accouchent, de manière à attribuer l'instinct maternel à un nombre réduit de femmes. Les congés liés à la parentalité relèvent d'un biologisme et d'un essentialisme qui sont tout à fait contraire à la théorie de Butler. De plus, face aux critiques d'auteurs mentionnées dans la première partie, Butler leur répond que l'abandon de la catégorie n'est pas possible en l'état actuel mais que la catégorie ne doit pas être fixe et exclusive, qu'elle doit rester ouverte aux évolutions. Nous percevons que ce n'est pas le cas du droit qui fixe la catégorie mères en référence exclusive à l'accouchement, sans être sensible à d'autres types de maternité qui se développent actuellement. La catégorie mères est envisagée comme une catégorie fermée. Le droit entérine la stabilité et l'exclusivité d'une catégorie qui ne l'est en réalité pas.

²⁴¹ C.J., arrêt *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, 26 février 2008, C-506/06, EU:C:2008:119, point 50.

²⁴² Les parents d'intention sont les personnes qui ont la volonté de fonder une famille et d'être parent.

²⁴³ S. HENNETTE VAUCHEZ, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne: Gestation pour autrui (CJUE) », *Revue des droits de l'homme*, 8 mai 2014, disponible sur : <https://doi.org/10.4000/revdh.653> (consulté le 15/05/2023), p. 3.

Section 3. La performativité

Dès la naissance, le langage joue son rôle performatif en énonçant l'identité sexuelle du nouveau-né. Parallèlement à cela et comme nous venons de le voir, le droit a fondé la filiation maternelle sur l'accouchement. Le droit romain énonçait déjà l'adage : *Mater semper certa est*²⁴⁴. L'accouchement révèle avec certitude la mère – femme qui enfante – et reste l'unique manière d'établir la filiation maternelle malgré la multiplication des façons de faire famille. Désormais, même les certitudes biologiques s'effacent et laissent place à des doutes, notamment lorsque la mère biologique n'est pas la mère porteuse²⁴⁵. Ces deux discours performatifs, « c'est une fille » et « la mère est toujours certaine », entraînent lors de la grossesse puis de l'accouchement, dû à la fonction protectrice du sexe en droit, l'application d'un régime juridique particulier. En effet, l'individu de sexe féminin naît et est alors porté à la catégorie femme et lorsqu'elle-même mettra au monde par l'accouchement, condition d'applicabilité de la catégorie juridique de la maternité, elle sera, grâce à cette première catégorisation, définie en tant que mère de l'enfant et ce statut lui assurera une protection.

Comme nous l'avons vu précédemment, la conciliation entre vie privée et vie professionnelle reste surtout une affaire de femmes puisque ce sont elles qui sont confrontées aux doubles journées de travail, jonglant entre vie active et travail domestique. Il convient alors de comprendre pourquoi ce travail domestique incombe toujours majoritairement aux femmes. Au départ, il y a l'éducation genrée des parents qui se caractérise par une présence inégale du père et de la mère auprès de l'enfant²⁴⁶. La famille est un lieu de socialisation du genre et dès l'enfance, la socialisation des filles est différente de celle des garçons et se transmet par répétition, par imitation des modèles favorisés dans la famille et dans la société²⁴⁷. Un enfant a une vision du monde essentialiste où chaque objet a une fonction. Les enfants associent donc dès leur plus jeune âge un rôle à un sexe. La famille est alors le premier lieu d'expression de ces rôles puisque dans une famille hétéroparentale, c'est toujours principalement la mère qui accomplit le travail domestique et parental. En effet, la responsabilité des enfants repose majoritairement sur les mères desquelles on attend qu'elles s'investissent auprès d'eux et qu'elles fassent les meilleurs choix.²⁴⁸

²⁴⁴ K. FIORENTINO & A. FIORENTINO, *Mater semper certa est ? passé, présent, avenir d'un adage*, Bruxelles, Bruylant (coll. Droit, bioéthique et société, 18), 2018, p. 7.

²⁴⁵ *Ibid*, p. 8.

²⁴⁶ C. GUIONNET & É. NEVEU, *Féminins-masculins*, *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁷ V. TUAILLON, *Les couilles sur la table*, *op. cit.*, p. 120.

²⁴⁸ L. BERENI *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, *op. cit.*, p. 106.

Il s'agit également de la réitération constante d'injonctions sur les attentes que la société a vis-à-vis d'une fille ou vis-à-vis d'un garçon. Ces injonctions sont des discours à caractère performatif²⁴⁹. Nous comprenons toute l'importance du langage. Une autre explication, tout aussi révélatrice, est le *doing gender*, concept développé par Candace West et Don Zimmerman²⁵⁰, qui signifie qu'effectuer des tâches ménagères est à la fois une façon de performer son genre mais également de prouver son amour à l'autre, son amour à sa famille. Là aussi, il est donc question de performer son genre. Se conformer à ce dernier, tout comme se plier aux injonctions, peut s'avérer sécurisant et satisfaisant²⁵¹. En outre, pour les femmes, ce foyer est également l'espace où elles peuvent déployer leurs compétences et dès lors, se sentir puissantes, à l'inverse du monde professionnel qui peut s'ériger comme un monde hostile, où elles peinent à atteindre des hauts postes.

Tous ces constats poussent les individus à rester dans un schéma performatif et le droit, en tant qu'institution le porte également et ce, dès la naissance sur une base dite biologique.

Section 4. L'hétéronormativité et la binarité

Les congés liés à la parentalité, regardés dans leur ensemble, incarnent et reflètent la manière dont nous concevons la famille, la parentalité et la filiation mais également le rapport au corps, notamment les corps masculins et féminins. Nous nous demandons quel rôle joue les congés dans le maintien de la matrice hétérosexuelle.

Butler dénonce l'hétéronormativité qui présuppose que du sexe résulte un genre, chaque individu est donc cisgenre, dont découle dans un second temps une attirance d'office pour le sexe opposé, chaque individu est alors hétérosexuel²⁵². La matrice hétérosexuelle se marque dans les congés familiaux. L'élaboration de ces congés met en lumière les conceptions de la parentalité encouragées par la sécurité sociale et donc par l'Etat.

Les congés sont actuellement construits sur le modèle d'une famille hétéroparentale à double revenu. C'est ce que démontre la majorité des études et statistiques sur l'effectivité des congés liés à la parentalité qui sont réalisés sur base d'une famille à la tête de laquelle se trouve un couple hétérosexuel dont chaque membre perçoit un salaire.

²⁴⁹ M. DURU-BELLAT, *La tyrannie du genre*, Paris, SciencesPo, les presses (coll. Domaine genre), 2017, p. 26.

²⁵⁰ C. WEST et D. ZIMMERMAN, « Doing gender », *Gender and Society*, 1987.

²⁵¹ V. TUAILLON, *Les couilles sur la table*, *op. cit.*, p. 123.

²⁵² M. FOURNIER, *Genre et féminisme*, *op. cit.*, p. 17.

Nous envisageons d'abord la conception de la famille dans l'ordre juridique de l'Union puisque les directives européennes ont significativement influencé le droit belge. Initialement purement économique, l'Union n'a d'intérêt que pour les droits touchant les individus. Elle a par la suite évolué mais n'a jamais développé de compétence ou de politique en droit de la famille. La notion de famille n'est cependant pas complètement étrangère à l'Union qui a dû se prononcer dans de nombreuses autres matières, faisant alors transparaître sa conception de la famille. C'est notamment le cas de sa politique sociale pour laquelle elle a dû prendre en compte la vie familiale comme composante de la vie d'un individu, potentiellement un employé, pour l'articuler avec ses autres temps de vie, et notamment sa vie professionnelle.²⁵³

Toutefois, l'Union reste limitée pour définir la famille et les Etats membres demeurent par exemple compétents pour déterminer qui peut être considéré comme père, mère ou parent. C'est d'ailleurs ce qui est rappelé au point 18 du préambule de la directive de 2019 sur la conciliation entre vie professionnelle et vie privée²⁵⁴. Comme l'explique Sophie Robin-Olivier, spécialiste de droit social de l'Union²⁵⁵, en légiférant sur l'égalité des sexes, l'Union a tout de même pu donner une image de sa version de la famille au regard du rôle joué par chacun dans la sphère privée. L'Union s'est opposée de manière radicale à des mesures de protection spécifique des femmes, qui s'appuyaient sur des préjugés défavorables, avec pour conséquence de leur restreindre l'accès à l'emploi. Cette neutralité se heurte cependant à la différence biologique fondamentale qui nous occupe dans ce mémoire : les situations spécifiques de maternité et de grossesse. Malheureusement, ce n'est pas l'unique justification puisque certaines mesures, comme le développement et le renforcement des conditions de travail flexibles, s'expliquent également par des considérations de genre, c'est-à-dire la répartition inégale des tâches. Le congé de maternité ne se limite donc pas uniquement à la protection de la santé de la femme en raison de sa condition biologique. Sa durée se justifie également par le rôle qu'elle tient au sein de la famille et la Cour l'a d'ailleurs reconnu à l'occasion d'une affaire du 18 mars 2014²⁵⁶. La Cour énonce au point 34 de l'arrêt que « ce congé de maternité dont

²⁵³ BERNARD E. & CRESP M., « La conception européenne de la famille, La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union, p. 89-131 », in : HO-DAC M. (éd.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union*, Vol. 2020, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 91-92.

²⁵⁴ Directive (UE) 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, *J.O.U.E.*, L188/79, 12 juillet 2019, point 18.

²⁵⁵ BERNARD E. & CRESP M., « La fragmentation des sources, La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union, p. 285-340 », in : HO-DAC M. (éd.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union*, Vol. 2020, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 285-340.

²⁵⁶ C.J., arrêt *C.D. c. S.T.*, 18 mars 2014, C-167/12, EU:C:2014:169.

bénéficie la travailleuse vise à assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse ainsi qu'à la suite de celle-ci et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période postérieure à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports ne soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle »²⁵⁷.

L'Union ne tranche pas directement les questions liées aux différentes compositions familiales que sont familles hétéroparentales, homoparentales, monoparentales ou autres, ou aux différentes manières de faire famille, c'est-à-dire les diverses formes de procréation auxquelles nous nous sommes intéressée précédemment. En outre, ce sont des sujets qui font l'objet de controverses sur le territoire de l'Union et dont l'appréciation continue de relever des Etats membres vu qu'aucun consensus n'a été trouvé. L'Union ne peut donc se prononcer que de manière indirecte. Elle défend les couples de mêmes sexes grâce à l'interdiction de discrimination sur base de l'orientation sexuelle et elle reconnaît les familles homoparentales si elles sont également reconnues dans les droits nationaux des Etats membres. Sophie Robin-Olivier résume précisément cette situation par cette phrase « les contours de la famille n'intéressent l'Union que s'ils servent les droits sociaux. À l'inverse, les droits sociaux ne sont pas un moyen de transformer les conceptions nationales de la famille »²⁵⁸.

La récente directive de 2019 efface davantage la famille nucléaire pour encourager la reconnaissance de configurations familiales diverses, mais sa marge de manœuvre reste limitée en l'absence de compétence en droit de la famille. Le droit de l'Union est tenu par les droits nationaux et ne peut pas aller trop loin dans la reconnaissance des nouvelles parentalités.

Section 5. Comment déconstruire les stéréotypes de genre et le binarisme pour trouver une solution juridique adéquate à la théorie de Butler ?

Cette section résume les différents constats posés précédemment et envisage une solution juridique possible afin de réfléchir sur l'avenir de la société en matière d'égalité hommes-femmes.

La performativité et la matrice hétérosexuelle illustrées ci-dessus ont pour conséquence la persistance de nombreux stéréotypes de genre dans le droit des congés liés à la parentalité. Les notions développées par Butler permettent de faire une critique du droit puisque nous

²⁵⁷ C.J., arrêt *C.D. c. S.T.*, 18 mars 2014, C-167/12, EU:C:2014:169, point 34.

²⁵⁸ BERNARD E. & CRESP M., « La fragmentation des sources, La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union », *op. cit.*, p. 303.

percevons que le droit continue de répondre à une logique essentialiste en fondant les comportements, les aptitudes et les aspirations des individus sur ce qu'ils sont, c'est-à-dire leur essence²⁵⁹. Nous avons pu remarquer que la maternité, qui est au cœur des congés liés à la parentalité, est également une des sources principales des stéréotypes de genre et est un fondement de la répartition sexuée des rôles et des tâches attribués à chacun des sexes. En effet, il ressort encore majoritairement que les femmes ont un instinct maternel et une vocation parentale innée qui les rendent plus aptes à l'empathie et aux soins des autres²⁶⁰. La maternité reste pénalisante pour les femmes. Les choix faits par le législateur dans cette matière perpétuent les stéréotypes de genre, fonction du droit largement dénoncé par Butler²⁶¹. Nous avons étudié la teneur de ces stéréotypes tout au long de ce mémoire en ce qu'ils influencent les congés liés à la parentalité et notamment leur durée. Les congés familiaux illustrent parfaitement la tension qui existe dans la conciliation des vies professionnelle, privée et familiale et sont le sujet-type du droit pour décrypter les conséquences des conceptions du sexe et du genre et des stéréotypes sur les individus dans la société. Les congés liés à la parentalité sont le terrain fertile de l'observation des conséquences tentaculaires d'une différence fonctionnelle entre les deux sexes dans un seul domaine : la reproduction²⁶². Ils sont l'illustration de l'importance sociale qu'ont pris les rôles divergents des hommes et des femmes dans la reproduction biologique, au-delà de toute autre différence.

Butler souhaite mettre fin aux contraintes liées à la binarité des genres et de la sexualité et préconise la multiplication des modèles. Le but est de libérer la société de ce carcan hétérosexuel. Butler n'appelle pas à l'abolition du genre mais invite à le troubler et à le défaire. La multiplication des modèles permettrait aux individus de pouvoir se réinventer continuellement et la fluidité des identités maintiendrait la confusion et remettrait en cause les rôles attribués et imposés par la société²⁶³. Il s'agirait d'instaurer une égalité entre toutes les identités sexuées et sexuelles, qui ne seraient plus réduites au nombre de deux chacune. Les individus ne seraient plus enfermés dans des catégories réductrices. En tant que performance, l'identité n'a pas d'essence et peut être changée par l'acteur lui-même et en tant que construction, le droit et le langage utilisé sont susceptibles d'être modifiés. Afin de répondre aux aspirations familiales de chacun, nous pouvons alors imaginer une solution qui valoriserait

²⁵⁹ A. PAPUCHON, « Rôles sociaux des femmes et des hommes. L'idée persistante d'une vocation maternelle des femmes malgré le déclin de l'adhésion aux stéréotypes de genre », *Dossier Insee*, 2017, p. 82.

²⁶⁰ *Ibid*, pp. 85-87.

²⁶¹ M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *op. cit*, p. 4.

²⁶² M. DURU-BELLAT, *La tyrannie du genre*, *op. cit*, p. 270.

²⁶³ M. FOURNIER, *Genre et féminisme*, *op. cit*, p. 17.

toutes ces identités sexuées et sexuelles en créant un droit à la parentalité qui serait neutre et indifférent à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle.

Ce statut de parent peut dans un premier temps sembler étrange car bien éloigné de nos formes d'expressions habituelles. En effet, toutes les terminologies que nous utilisons dans le champ de la parenté se distinguent sur la base du sexe de la personne que nous évoquons²⁶⁴. Le terme parent ne s'intéresse qu'à la relation, tout en restant neutre. Pourtant, cette idée n'est pas nouvelle. En effet, cette mise en valeur continue de la maternité interroge la qualité de parent. Déjà en 1991, Martha Minow, dans son livre *Making All the Difference*²⁶⁵, propose d'envisager la grossesse, qui constitue actuellement le seul mode de reproduction de l'espèce humaine, comme une question de société et non seulement, de femmes. Par conséquent, il convient de repenser la fonction parentale et de reconstruire le maternel et le paternel de manière égalitaire, en tant que composante de la vie de tout citoyen²⁶⁶.

Nous pourrions alors envisager l'émergence d'un statut neutre en ce qu'il réunit les deux sexes : celui de parent²⁶⁷. Ce concept pourrait être conçu largement et englober le soin accordé à toute la parentèle²⁶⁸. En effet, chaque membre du foyer peut avoir besoin de soutien et d'accompagnement, que ce soit l'enfant peu importe son âge, le conjoint ou le parent vieillissant, ce qui nécessite parfois une nouvelle organisation familiale. De plus, retenir cette notion de parentalité au sens large permettrait une réelle remise en question de la répartition inégalitaire des tâches sans créer un nouveau binarisme entre les parents et les non-parents puisque la notion de parentèle ne vise pas seulement les enfants²⁶⁹. Cela permettrait à chaque individu de pouvoir assumer ses responsabilités privées et répondre aux impératifs de nature personnelle. Ce statut de parent, envisagé de manière très large, répondrait aux exigences de Butler qui consiste en une catégorie mouvante, sujette aux changements en ce que le critère de parentèle est un critère ouvert qui permet une grande adaptation. Ce statut, indifférent aux sexes de l'individu, permettrait la prise de congés liés à des événements de la vie privée. À côté de cela, il serait question de consacrer un congé maladie pour l'accouchement mais uniquement pour des préoccupations physiques. La sécurité sociale couvrirait alors le risque familial.

²⁶⁴ I. THÉRY, *Qu'est-ce que la distinction de sexe ?*, *op. cit.*, p. 32.

²⁶⁵ M. MINOW, *Making all the difference: inclusion, exclusion and American law*, Ithaca, Cornell Univ. Press (coll. Cornell paperbacks), 1991.

²⁶⁶ Y. KNIBIEHLER, *Réformer les congés parentaux*, *op. cit.*, p. 10.

²⁶⁷ B. GRÉSY, « Temps, famille, discriminations professionnelles », *op. cit.*, p. 81.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 82.

²⁶⁹ S. BARRÉ-AIVAZZADEH, « Chapitre 27. Le congé de maternité : le droit hésite entre la protection des mères et l'égalité des chances entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 229.

Là où les clivages de genre ont leurs racines les plus profondes, c'est au sein même du foyer²⁷⁰. Dès lors, cette reconnaissance de la fonction parentale devrait s'accompagner d'une valorisation du travail domestique et parental. Les stéréotypes de genre sur les fonctions sociales remplies par les femmes et les hommes entraînent une hiérarchisation des rôles et une déconsidération des qualités et fonctions sociales souvent attribuées aux femmes²⁷¹. Il s'agirait de valoriser le travail de prise en charge et de soin des personnes vulnérables que sont les enfants et les personnes âgées, au lieu de le sanctionner financièrement²⁷². Il serait également question de considérer le travail domestique, indispensable à la vie de chacun, comme un travail en tant que tel. Il serait alors convoité, tant par les hommes que les femmes²⁷³. Si nous considérons le travail domestique comme un vrai travail, il doit être rémunéré par un salaire qui pourrait être qualifié de « salaire parental »²⁷⁴.

Ce statut parental permettrait de s'éloigner du binarisme traditionnel masculin/féminin et d'atteindre l'objectif promu par Butler et le mouvement *queer* : la reconnaissance de la multiplicité des identités et des configurations de genre. Toutes les pratiques sexuées et sexuelles pourraient être prises en compte puisqu'elles ne seraient plus limitées par la catégorisation et chacun pourrait « jouer un répertoire sexué et sexuel très large »²⁷⁵ puisqu'il serait couvert par un statut neutre. De plus, le statut de parent permettrait également une reconnaissance de la multiplicité des configurations familiales et une meilleure protection de familles plus vulnérables, telles que les familles homoparentales ou monoparentales. Cela pourrait aussi répondre à d'autres revendications, plutôt en matière familiale, telles que la fin de la limitation à deux parents par enfant afin de reconnaître les couples d'hommes ayant fait appel à une femme porteuse ou encore les nouvelles relations telles que le polyamour. Pour ce qui est de savoir si cela permettrait une plus grande égalité des sexes, cela semble difficile à imaginer au vu de la grande diversité de notions que recouvre le terme égalité et il est de toute façon impossible de prédire la réaction sociétale à une telle mesure.

²⁷⁰ Y. KNIBIEHLER, *Réformer les congés parentaux*, *op. cit.*, p. 74.

²⁷¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ & al. (éds.), *Ce que le genre fait au droit*, *op. cit.*, p. 96.

²⁷² B. GRÉSY, « Temps, famille, discriminations professionnelles », *op. cit.*, p. 76.

²⁷³ V. TUAILLON, *Les couilles sur la table*, *op. cit.*, p. 126.

²⁷⁴ A. MATH, « Une estimation du coût indirect des enfants en termes de pertes de carrière, de salaires et de droits à retraite pour les femmes », *op. cit.*, p. 138.

²⁷⁵ R. PFEFFERKORN, *Genre et rapports sociaux de sexe*, *op. cit.*, p. 62.

CONCLUSION

Pour conclure, le droit a semblé, dans un premier temps, répondre aux revendications féministes de la première vague. Il a travaillé sur le postulat de base en s'interrogeant sur le traitement à réserver aux femmes : un traitement identique ou un traitement différent. Le choix du législateur a été d'opter pour un traitement spécifique se basant sur une distinction biologique fondamentale : le rôle des deux sexes dans la reproduction. Des débats sur la notion d'égalité ont eu lieu et le législateur a préféré privilégier l'égalité de fait. Pourtant, les chiffres nous prouvent que ce système sexué ne répond pas à sa mission : les régimes spécifiques réservées aux femmes n'éliminent pas les inégalités de fait, bien au contraire. En résumé, à l'arrivée d'un enfant dans le foyer, les femmes effectuent toujours majoritairement le travail domestique en plus de leur activité professionnelle et en outre, les revenus des femmes sont toujours moins élevés que celui des hommes et les interruptions de carrière ou la réduction du temps de travail entraînent qu'elles accumulent moins d'expérience professionnelle permettant l'accès à des promotions et à une pension correcte. De plus, les mentalités sur les rôles sociaux tenus par chacun peinent à changer. Par conséquent, le système juridique proposé par les féministes de la différence, et auquel les ordres juridiques belge et européen adhèrent, ne permet pas d'atteindre l'objectif d'égalité effective.

Désormais, le droit stagne et se maintient dans un système qui a pourtant montré ses limites. Nous pouvons observer qu'à l'heure actuelle, le droit fait toujours preuve d'essentialisme, notamment dans sa jurisprudence qui se réfère encore au rôle des femmes auprès de leur enfant, voire même de naturalisme en enfermant la catégorie mères dans une réalité physiologique liée au corps qui est observable. Pour répondre à notre question de recherche, la lecture que nous pouvons faire du droit actuellement est qu'il est toujours profondément ancré dans un système binaire et dans une vision traditionnelle du sexe, du genre et de la sexualité. Il peine à sortir de ce binarisme et se montre frileux face à de nouveaux changements qui apparaissent pourtant nécessaires. D'une part, il limite toujours fortement les possibilités pour les individus n'entrant pas dans les catégories classiques d'affirmer une autre identité ; d'autre part, il ne reconnaît pas d'autres configurations familiales. Les individus ayant des aspirations familiales doivent répondre aux catégories juridiques traditionnelles pour profiter de leurs droits. Bien évidemment, le droit n'empêche pas les individus de vivre autrement mais il s'érige alors comme un obstacle dans toute une série de situations.

La théorie de Butler nous offre des pistes de réflexion qui ouvre de belles portes sur l'avenir du droit. La solution proposée dans ce mémoire consiste en l'instauration d'un statut neutre qui permettrait en parallèle la reconnaissance de la multiplicité des identités sexuées et sexuelles. Cela répondrait aux prétentions des féministes de la troisième vague, dont Butler fait partie, qui réclament la déconstruction de catégories envisagées comme fixes et stables.

En conclusion, ce mémoire a permis l'étude de la non-conformité aux revendications nouvelles des féministes d'un secteur du droit touchant de nombreux aspects de la vie d'un individu. Le droit ne se montre pas audacieux face aux réclamations actuelles et semble se maintenir dans un modèle dépassé qui ne reconnaît pas la diversité de la société qu'il régit. La théorie de Butler ouvre la voie à des solutions innovantes qui conviendraient à de nombreux citoyens qui ne se retrouvent pas dans la structure actuelle. Désormais, c'est au législateur de jouer les cartes qu'il détient.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Internationale

Charte sociale européenne révisée, signée à Strasbourg le 3 mai 1996, approuvée par la loi du 15 mars 2002, *M.B.*, 10 mai 2004.

Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New-York le 29 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992.

Convention relative à la prévention et à la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée à Istanbul le 11 mai 2011, approuvée par la loi du 1^{er} mars 2016, *M.B.*, 9 juin 2016.

The Yogyakarta Principles plus 10, Additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, adopté à Genève le 10 novembre 2017.

Européenne

Art. 2 et 3 du Traité sur l'Union européenne.

Art. 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée Nice le 7 décembre 2000, *J.O.C.E.*, C 364, 18 décembre 2000.

Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *J.O.C.E.*, L6/24, 10 janvier 1979.

Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), *J.O.C.E.*, L348, 28 novembre 1992.

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *J.O.U.E.*, L204/23, 26 juillet 2006.

Directive (UE) 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, *J.O.U.E.*, L188/79, 12 juillet 2019.

Belge

Ancien C. civ., art. 6, 42, 44, 53, 135/1 et 135/2.

Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

Loi du 3 juillet 1978 relatif aux contrats de travail, *M.B.*, 22 juillet 1978, *err.*, 30 juillet 1978.

Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, *M.B.*, 27 août 1994.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007.

Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017.

Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018.

Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 17 janvier 2019.

Loi du 7 octobre 2022 transposant partiellement la Directive (UE) 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, et réglementant certains autres aspects relatifs aux congés, *M.B.*, 31 octobre 2022.

Arrêté royal du 7 octobre 2022 transposant partiellement la directive (UE) 2019/1158, *M.B.*, 31 octobre 2022.

JURISPRUDENCE

Européenne

C.J., arrêt *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, 26 février 2008, C-506/06, EU:C:2008:119.

C.J., arrêt *Susanne Gassmayr c. Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, 1^{er} juillet 2010, C-194/08, EU:C:2010:386.

C.J., arrêt *C.D. c. S.T.*, 18 mars 2014, C-167/12, EU:C:2014:169.

DOCTRINE

Ouvrages et articles de revue

ALLAND D. & S. RIALS (éds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003.

AMBROISE, B., « Judith Butler et la fabrique discursive du sexe », *Raisons politiques*, 2003, Vol. 12, n° 4, pp. 99-121, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/rai.012.0099>.

AUSTIN, J.L. & AUSTIN, J.L., *Quand dire, c'est faire: = How to do things with words*, Paris, Éd. du Seuil (coll. Points Essais, 235), 2002.

BARIL, A., « De la construction du genre à la construction du « sexe » : les thèses féministes postmodernes dans l'oeuvre de Judith Butler », *Recherches féministes*, 2007, Vol. 20, n° 2, pp. 61-90, disponible sur : <https://doi.org/10.7202/017606ar>.

BARRÉ-AIVAZZADEH, S., « Chapitre 27. Le congé de maternité : le droit hésite entre la protection des mères et l'égalité des chances entre les femmes et les hommes », in : *La maternité à l'épreuve du genre*, Rennes, Presses de l'EHESP (coll. Hors collection), 2012, pp. 223-230, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/ehesp.knibi.2012.01.0223>.

BEAUVOIR, S. de, 1908-1986, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard (coll. Idées. Philosophie; 152-153), 1971, disponible sur : <https://ils.bib.uclouvain.be/global/documents/204189>.

BELLEAU, M.-C., « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, 15 mars 2001, p. 1.

BERENI, L., *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2020.

BERNARD, D. & HARMEL, C., *Droits des femmes. Textes légaux à jour au 1er janvier 2020*, Bruxelles, Editions Larcier, 2020.

BERNARD E. & CRESP M., « La conception européenne de la famille, La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union, p. 89-131 », in : HO-DAC M. (éd.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union*, Vol. 2020, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 89-131, disponible sur : https://www.stradalex.com/fr/sl_mono/toc/DROFAEU/doc/DROFAEU_007.

BERNARD E. & CRESP M., « La fragmentation des sources, La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union, p. 285-340 », in : HO-DAC M. (éd.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union*, Vol. 2020, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 285-340, disponible sur : https://www.stradalex.com/fr/sl_mono/toc/DROFAEU/doc/DROFAEU_011.

BERNARD, E., CRESP, M. & HO-DAC, M., *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant (coll. Collection Droit de l'Union européenne, 52), 2020.

BORRILLO, D., « Le sexe et le droit, De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence. revue critique*, 2011, Vol. 1, disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01236493>.

BRANLARD, J.-P., *Le sexe et l'état des personnes: aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence (coll. Bibliothèque de droit privé), 1993.

BROCAS, A.-M., CAILLOUX, A.-M. & OGET, V., *Les Femmes et la sécurité sociale: les progrès de l'égalité de traitement*, Genève, Bureau international du travail, 1988.

BRUNETTI-PONS C. & UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE (éds.), *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014.

BUTLER, J.P., FASSIN, É. & KRAUS, C., *Trouble dans le genre: le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, la Découverte (coll. La Découverte-poche), 2006.

CARACCILO DI TORELLA, E., « One more step along the way: the 2019 Work Life Balance Directive », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1^{er} décembre 2020, n° 4, pp. 70-81, disponible sur : <https://doi.org/10.4000/rdctss.803>.

CARDI, C. & DEVREUX, A.-M., « Le genre et le droit : une coproduction. Introduction », *Cahiers du Genre*, 2014, Vol. 57, n° 2, pp. 5-18, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/cdge.057.0005>.

CATTO M.-X. & al. (éds.), *La bicatégorisation de sexe: entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Editions Mare & Martin (coll. Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne), 2021.

COMMAILLE, J., *A quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard (coll. Folio Essais, 609), 2015.

COMMAILLE, J., *Les stratégies des femmes: travail, famille et politique*, Paris, La Découverte (coll. Textes à l'appui), 1993.

COUTANT, A., « Langage », *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris, La Découverte, 2016, p. 365.

DECHAUX, J.-H. & LE PAPE, M.-C., *Sociologie de la famille*, 3e éd, Paris, la Découverte (coll. Repères, 494), 2021.

DERMINE, E., « Tendre vers une égalité effective entre les femmes et les hommes sur le marché du travail. Arguments juridiques en faveur de l'allongement du congé de naissance. », *Tijdschrift voor Sociaal Recht (TSR) / Revue de Droit Social (RDS)*, 2021, Vol. 2021, n° 1-2, pp. 29-75.

DURU-BELLAT, M., *La tyrannie du genre*, Paris, SciencesPo, les presses (coll. Domaine genre), 2017.

FAUSTO-STERLING, A. & al., *Corps en tous genres: la dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, la Découverte Institut Émilie du Châtelet (coll. Collection Genre & sexualité), 2012.

FIorentino, K. & FIorentino, A., *Mater semper certa est ? passé, présent, avenir d'un adage*, Bruxelles, Bruylant (coll. Droit, bioéthique et société, 18), 2018.

FOURNIER, M., *Genre et féminisme*, Auxerre, Éditions Sciences humaines (coll. Les mots pour comprendre), 2022.

FROIDEVAUX-METTERIE, C., *Le corps des femmes: la bataille de l'intime*, Paris, Philosophie magazine éditeur, 2018.

FUNCK, J.-F. & MARKEY, L., *Droit de la sécurité sociale*, 2e éd, Bruxelles, Larcier (coll. Droit actuel), 2014.

GALLUS, N., *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal Paris, Anthemis diff. Lextenso éd (coll. Centre de droit privé, unité de droit familial), 2012.

GARDEY, D., « Les sciences et la construction des identités sexuées. Une revue critique », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2006, 61e année, n° 3, pp. 649-673.

GRÉSY, B., « Temps, famille, discriminations professionnelles », *Pouvoirs*, 2020, Vol. 173, n° 2, pp. 75-87, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/pouv.173.0075>.

GUEZ, P., « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 30 novembre 2015, n° 8, disponible sur : <https://doi.org/10.4000/revdh.1660> (consulté le 23/03/2022).

GUIONNET, C. & NEVEU, É., *Féminins-masculins: sociologie du genre*, 3e éd. entièrement refondue, Malakoff, Armand Colin (coll. Collection U), 2021.

HACHEZ, I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Athènes, Sakkoulas [u.a.] (coll. Human rights - Menschenrechte - droits de l'homme - anthrōpina dikaiōmata, 8), 2009.

HENNETTE VAUCHEZ, S., « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne: Gestation pour autrui

(CJUE) », *Revue des droits de l'homme*, 8 mai 2014, disponible sur : <https://doi.org/10.4000/revdh.653> (consulté le 15/05/2023).

HENNETTE-VAUCHEZ S. & al. (éds.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz (coll. À droit ouvert), 2013.

HOSTAUX, S. & GOSSERIES, P., *Le droit de l'assurance, soins de santé et indemnités*, Bruxelles, Larcier (coll. Droit social), 2009.

ILIOPOULOU PENOT A., « Vie familiale et vie professionnelle, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, p. 885-909 », in : *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Vol. 2023, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 885-909, disponible sur : https://www.stradalex.com/fr/sl_mono/toc/CHADROFOUE/doc/CHADROFOUE_037.

JACQMAIN, J., « Chroniques. Égalité de traitement », *Journal de droit européen (JDE) - anciennement JTDE*, 2019, Vol. 2019, n° 9, pp. 378-388.

JACQMAIN, J., *Protection de la maternité*, Mechelen, Kluwer België, 2019.

JACQMAIN, J., « Protection de la maternité – L'exécution de la directive européenne 92/85 », *Chroniques de droit social*, n°8, 1995, pp. 361-370.

JAMI, I., « Judith Butler, théoricienne du genre », *Cahiers du Genre*, 2008, Vol. 44, n° 1, pp. 205-228, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/cdge.044.0205>.

KNIBIEHLER, Y., *Réformer les congés parentaux: un choix décisif pour une société plus égalitaire*, Rennes, Presses de l'École des hautes études en santé publique (coll. Controverses), 2019.

« Le féminisme et les mouvements de femmes », in : *Questions de genre*, s.d., disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/gender-matters/feminism-and-women-s-rights-movements> (consulté le 31/10/2022).

LEGENDRE, E., LHOMMEAU, B. et VINCENT, J., « Le congé de paternité : un droit exercé par sept pères sur dix ». *Etudes et Résultats, DREES*, n° 0957, mars 2016.

LÉPINARD, É. & LIEBER, M., *Les théories en études de genre*, Paris, la Découverte (coll. Repères, 737), 2020.

LÖWY, I., *L'emprise du genre: masculinité, féminité, inégalité*, Paris, Dispute (coll. Le genre du monde), 2006.

LUETZ, F. & DE LA CORTE, R., « La directive sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée : vers un partage plus égalitaire des responsabilités familiales », *Revue de l'Union européenne*, juin 2019, n°629, pp. 355-360.

MARY G., « Droit au congé parental : nouveautés, B.J.S., 2022/704, p. 2 », *Bulletin juridique & social*, 30 décembre 2022, Vol. 2022, n° 704, pp. 2-2.

MATH, A., « Une estimation du coût indirect des enfants en termes de pertes de carrière, de salaires et de droits à retraite pour les femmes », *La Revue de l'Ires*, 2014, Vol. 83, n° 4, pp. 115-143, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/rdli.083.0115>.

MÉJIAS, J., *Sexe et société: la question du genre en sociologie*, Rosny [France], Bréal, 2005.

MINOW, M., *Making all the difference: inclusion, exclusion and American law*, Ithaca, Cornell Univ. Press (coll. Cornell paperbacks), 1991.

MORSA, M., « Directive européenne (UE) 2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants : vers une meilleure mise en œuvre du principe de l'égalité entre hommes et femmes afin de remédier à la sous-représentation des femmes sur le marché du travail », *Orientations*, 2023, Vol. 2023, n° 3, pp. 17-32.

PAPUCHON, A., « Rôles sociaux des femmes et des hommes. L'idée persistante d'une vocation maternelle des femmes malgré le déclin de l'adhésion aux stéréotypes de genre », *Dossier Insee*, 2017, pp. 81-96.

PARINI, L., *Le système de genre: introduction aux concepts et théories*, Zürich, Seismo (coll. Questions de genre), 2006.

PAVARD, B., ROCHEFORT, F. & ZANCARINI-FOURNEL, M., *Ne nous libérez pas, on s'en charge: une histoire des féminismes de 1789 à nos jours*, Paris, La Découverte, 2020.

PFEFFERKORN, R., *Genre et rapports sociaux de sexe*, Lausanne [Morangis], Éd. Page deux [diff. Vilo] (coll. Empreinte), 2012.

RAZ, M., « Bicatégorisation », *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris, La Découverte, 2016, p. 87.

RENCHON, J.-L., « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Revue Trimestrielle de Droit Familial*; Vol. 2018, no.2, p. 229-275 (2018), 2018, disponible sur : <https://ils.bib.uclouvain.be/global/documents/3433920>.

RENNES J. & C. ACHIN (éds.), *Encyclopédie critique du genre: corps, sexualité, rapports sociaux*, Paris, La Découverte, 2016.

RINGELHEIM, J., « Droit, contexte et changement social », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, Vol. 70, n° 1, pp. 157-163, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/riej.070.0157>.

RUBIN, G.S., BUTLER, J.P. & SOKOL, É., *Marché au sexe: entretien*, Paris, EPEL (coll. Les grands classiques de l'érotologie moderne), 2002.

SERVAIS, J.-M., *Droit social de l'Union européenne*, 3e éd, Bruxelles, Bruylant (coll. Europe(s)), 2017.

SERVAIS J.-M., « Égalité de chances et congé de maternité en droit européen, J.D.E., 2014/8, n° 212, p. 326-333 », *Journal de droit européen*, 15 octobre 2014, Vol. 2014, n° 8, pp. 326-333.

THÉRY, I., *Qu'est-ce que la distinction de sexe?*, 2e éd, [Paris] Bruxelles, Fabert Yapaka.be-[Ministère de la communauté française de Belgique] (coll. Temps d'arrêt - lectures), 2011.

TIN, L.-G., *L'invention de la culture hétérosexuelle*, Paris, Éd. Autrement (coll. Collection Mutations), 2008.

TOURAILLE, P., « Mâle/femelle », *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris, La Découverte, 2016, p. 370.

TUAILLON, V., *Les couilles sur la table*, Paris, Points (coll. Points), 2021.

VIELLE, P., « Vers une Europe du care? », *Journal de droit européen (JDE) - anciennement JTDE*, 2022, Vol. 2022, n° 7, pp. 325-326.

VIELLE, P., *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales: une approche de genre*, Bruxelles, Bruylant (coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 31), 2001.

WEST, C. et ZIMMERMAN, D., « Doing gender », *Gender and Society*, 1987.

WITTIG, M. & BOURCIER, S., *La pensée straight*, Nouvelle éd, Paris, Éditions Amsterdam, 2018.

WOOD, J. & MARYNISSEN, L., « Qui reste à la maison ? Organisation du travail rémunéré et des congés après une naissance au sein des couples bi-actifs en Belgique », *Population*, 2019, Vol. 74, n° 3, pp. 323-354, disponible sur : <https://doi.org/10.3917/popu.1903.0323>.

YOUNG, I.M., « Le genre, structure sérielle : penser les femmes comme un groupe social », *Recherches féministes*, 15 février 2008, Vol. 20, n° 2, pp. 7-36, disponible sur : <https://doi.org/10.7202/017604ar>.

Documentaire

ZAJDERMANN, P., « Judith Butler, philosophe en tout genre », consulté le 7 novembre 2022, disponible sur <https://www.on-tenk.com/fr/documentaires/grands-entretiens/judith-butler-philosophe-en-tout-genre>.

SITOGRAFIE

CONSEIL DE L'EUROPE, *Comité européen des Droits sociaux*, consulté le 25 avril 2023, disponible sur <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/european-committee-of-social-rights>.

DROITS QUOTIDIENS, *Lexique*, consulté le 7 mars 2023, disponible sur <https://www.droitsquotidiens.be/fr/lexique>.

GENRES PLURIELS, *Loi relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels*, consulté le 3 novembre 2022, disponible sur https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/loi_relative_a_l_identite_de_genre.pdf.

INSTITUT NATIONAL D'ASSURANCE MALADIE-INVALIDITE, *Repos de maternité pour les salariées ou les chômeuses*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://www.inami.fgov.be/fr/themes/grossesse-naissance/maternite/Pages/repos-maternite-salariees-chomeuses.aspx>.

INSTITUT NATIONAL D'ASSURANCE MALADIE-INVALIDITE, *Congé de paternité ou de naissance pour les travailleurs salariés*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur

<https://www.inami.fgov.be/fr/themes/grossesse-naissance/conge-naissance-adoption/Pages/conge-naissance.aspx>.

INSTITUT NATIONAL D'ASSURANCE MALADIE-INVALIDITE, *Congé d'adoption pour les salariés*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://www.inami.fgov.be/fr/themes/grossesse-naissance/conge-naissance-adoption/Pages/conge-adoption-salaries.aspx>.

INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Etude sur la dimension de genre du congé parental, du crédit-temps et de l'interruption de carrière*, consulté le 3 avril 2023, disponible sur https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/116_-_etude_sur_la_dimension_de_genre_du_conge_parental_du_credit-temps_et_de_linterruption_de_carriere.pdf.

INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Femmes et hommes en Belgique – 3^{ème} édition – Chapitre 6 Conciliation vie professionnelle et vie familiale*, consulté le 3 avril 2023, disponible sur <https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/fh2020-ch6.pdf>.

INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Femmes et hommes en Belgique – 3^{ème} édition – Chapitre 7 Emploi du temps*, consulté le 3 avril 2023, disponible sur <https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/fh2020-ch7.pdf>.

INSTITUT POUR L'EGALITE DES FEMMES ET DES HOMMES, *Genre et emploi du temps – (non) évolution des stéréotypes de genre 1999, 2005 et 2013*, consulté le 4 avril 2023, disponible sur https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/95_-_genre_et_emploi_du_temps_fr.pdf.

LA LIGUE DES FAMILLES, *Communiqué de presse – Pour que la maternité ne pénalise plus les femmes*, consulté le 15 mai, disponible sur <https://liguedesfamilles.be/article/cp-pour-que-la-maternite-ne-penalise-plus-les-femmes>.

OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI, *Congé parental*, consulté le 10 mars 2023, disponible sur <https://www.onem.be/citoyens/interruption-de-carriere-credit-temps-et-conges-thematiques/conges-thematiques-tous-secteurs/conge-parental>.

SERVICE FEDERAL DES PENSIONS, *Genre & Pension – Ecart de pension pour la pension totale*, consulté le 24 avril 2023, disponible sur <https://www.pensionstat.be/fr/chiffres-cles/genre-pension/ecart-de-pension-pour-la-pension-totale>.

SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé de maternité*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/jours-feries-et-conges/conge-de-maternite>.

SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé de naissance*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/jours-feries-et-conges/conge-de-naissance>.

SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé parental*, consulté le 10 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/jours-feries-et-conges/conge-parental>.

SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Congé d'adoption*, consulté le 10 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/jours-feries-et-conges/conge-dadoption>.

SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Protection de la maternité*, consulté le 9 mars 2023, disponible sur <https://emploi.belgique.be/fr/themes/bien-etre-au-travail/organisation-de-travail-et-categories-specifiques-du-travailleurs-0>.

SERVICE PUBLIC FEDERAL SECURITE SOCIALE, *La sécurité sociale*, consulté le 27 mars 2023, disponible sur <https://socialsecurity.belgium.be/sites/default/files/content/docs/fr/publications/tout-ce-que-securite-sociale-fr.pdf>.

SITE TOUTE L'EUROPE, *Qu'est-ce qu'une directive ?*, consulté le 12 mars 2023, disponible sur <https://www.touteleurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/qu-est-ce-qu-une-directive/>.

STATBEL, *Le travail à temps partiel*, consulté le 23 avril 2023, disponible sur <https://statbel.fgov.be/fr/themes/emploi-formation/marche-du-travail/le-travail-temps-partiel>.

