

L'acte de juger a-t-il un sexe?

LE CAS ET LA QUESTION

Un homme accusé d'infractions à caractère sexuel passibles de la cour d'assises voit son affaire correctionnalisée. De ce fait, au lieu d'être jugé par un jury mixte, il se trouve face à un collège de trois magistrates, ce qu'il estime discriminatoire.

Dès lors, «à titre préjudiciel et *in limine litis*, il pose à la Cour constitutionnelle la question suivante: "L'article 92, § 1^{er}, 4^o, du Code judiciaire, en tant qu'il prévoit que les infractions aux articles 375, 377 et 378 du Code pénal sont, en cas de correctionnalisation, dévolues à la connaissance obligatoire d'une chambre correctionnelle composée de 3 juges, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en ne prévoyant pas qu'au maximum deux des trois magistrats sont du même sexe, alors que l'article 289, § 3, du Code d'instruction criminelle introduit par la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises impose, pour le jugement de ces crimes, la constitution d'un jury dont au maximum deux tiers des membres sont du même sexe?"».

PRÉAMBULE

La question se fonde sur l'hypothèse que le fait d'être une femme ou un homme a une influence non aléatoire sur le jugement en général, sur le jugement pénal en particulier. Cette hypothèse est soutenue par les discours relatifs au machisme, au féminisme, à la ségrégation ou à l'égalité des sexes mais aussi par la structuration des sociétés, la définition des rôles, la construction des stéréotypes, les théories religieuses et l'expérience intuitive du commerce des sexes.

La bipartition de l'espèce en individus, les uns mâles, les autres femelles, anatomiquement distincts et fonctionnellement complémentaires, est d'ordre biologique. Elle exerce des contraintes pré-humaines de socialisation, de rencontre hétérosexuelle, de conditions d'élevage de la progéniture dont, au cours du processus d'humanisation, la pensée et le langage se sont saisis pour leur donner sens. Le dimorphisme sexuel émerge ainsi du biologique

pour accéder au symbolique, passe de la nature à la culture et se charge de valeurs, de croyances, d'attentes, de prescriptions. Le sexe est un indice critique qui, bien au-delà de son rôle spécifique dans la procréation, détermine tous les secteurs de la vie.

À partir de là, se créent des différences acquises et des différences axiomatiques qui amènent à l'affirmation d'une différence radicale, irréductible, une différence d'essence entre les hommes et les femmes.

Plus précisément, les hommes et les femmes, selon la pensée commune, ont une sensibilité, une compréhension, une intelligence, une morale, une conception différentes des choses en général, des relations affectives et sexuelles en particulier.

C'est sur cette conviction que se fonde le législateur lorsqu'il prescrit la mixité du jury d'assises.

Mais que sait-on de la validité de cette conviction, en l'absence de données empiriques recueillies dans le champ de la pratique pénale?

BIOLOGIE ET PSYCHOLOGIE

La différence des sexes est d'une telle évidence anatomique et d'une telle importance vitale pour l'espèce qu'elle constitue un pivot incontournable autour duquel s'articulent les représentations du monde, l'organisation sociale, le relationnel, l'imaginaire et le symbolique. C'est ainsi qu'au-delà de sa réalité biologique, la différence des sexes est le support de constructions sociales en termes de rôles, de fonctions, de compétences, de statuts. Empiriquement, ces constructions ne sont pas perçues comme des constructions mais comme des expressions indiscutables de la réalité. Elles peuvent se cliquer en stéréotypes qui, paraissant exprimer des faits et des lois naturels, deviennent intangibles et prescriptifs.

Outre qu'ils s'étaient sur l'expérience phénoménale du dimorphisme sexuel de l'espèce, ces stéréotypes tirent argument de faits objectifs tels que la plus grande force physique des hommes ou le rôle spécifique de la femme dans la gestation. Ils s'appuient aussi sur de multiples observations. Mais la validité de ces observations est contestable car il est difficile de démontrer si elles sont premières (c'est-à-dire à l'origine des stéréotypes) ou secondaires (elles sont le fruit des stéréotypes).

La question de la différence des sexes se pose en fait sur deux plans distincts: les caractéristiques spécifiques attribuées à chacun des sexes sont-elles de l'ordre du bio-psychologique ou sont-elles le fruit du discours social?

DONNÉES DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

Les neurosciences objectivent des différences entre le cerveau féminin et le cerveau masculin, différences qu'expliquent au moins en partie des fac-

teurs génétiques et hormonaux. Ces différences cérébrales offrent un substrat anatomique à des particularités déjà plus ou moins identifiées comme la supériorité des femmes dans le verbal et des hommes dans le spatial ou comme l'empathie (concept bien difficile à définir) féminine et l'agressivité masculine. Mais quelle est la portée de ces différences dans la vie concrète? De quelle manière se traduisent-elles dans le comportement réel? En quoi ces données permettent-elles de prévoir les comportements?

La psychologie scientifique aborde cette question en définissant des variables mesurables qui servent de critères de comparaison entre les hommes et les femmes. Depuis plus d'un siècle, des milliers d'études ont été menées et ont abouti *grosso modo* au constat qu'il y a plus de ressemblances entre les sexes que de différences, et que la plupart des différences repérées sont peu importantes (sur ce point, consulter l'excellente méta-analyse de HYDE, «The gender similarities hypothesis», *American psychologist*, 2005, 581-592).

La recherche démontre aussi que les différences observées ne sont pas nécessairement stables et, d'une certaine façon, ne relèvent pas d'une «essence» du féminin (ou du masculin).

Certaines différences évoluent avec l'âge, avec le contexte, avec les conditions expérimentales, si bien qu'il est malaisé d'affirmer ce qui est intrinsèquement masculin ou féminin. Par exemple, on a constaté que venir en aide à autrui en se mettant en danger soi-même est typiquement masculin et la différence entre les hommes et les femmes s'accroît parallèlement à la gravité du danger; par contre, elle disparaît si le comportement chevaleresque n'a pas de spectateurs.

Ou encore, il semble que les femmes sourient davantage que les hommes. La différence se révèle effectivement nette lorsque les sujets se savent observés; elle devient faible lorsqu'ils l'ignorent. Ces différences sont donc largement tributaires du contexte.

LES STÉRÉOTYPES

À ces différences instables et incertaines s'oppose le caractère catégorique et prescriptif des stéréotypes: ceux-ci fixent ce que doivent être les hommes et les femmes. Ils s'offrent comme des modèles auxquels se conformer, des critères auxquels se confronter et, fondamentalement, comme les règles qui ordonnent la vie sociale.

Ainsi, attend-on de la femme qu'elle soit maternelle, nourricière, soignante, centrée sur la famille, alors que l'homme devrait être entreprenant, fort, en contact avec le monde.

La violation de ce stéréotype de la mère nourricière pénalise la femme dans son milieu professionnel. De la même manière, l'homme est désavantagé s'il veut jouer un rôle nourricier et éducatif qui, selon le stéréotype, appartient à la femme. Cela est bien connu dans les litiges familiaux et l'attribution de la garde des enfants.

SEXUALITÉ ET AGRESSION

Il existe toutefois des différences robustes qui concernent précisément les domaines qui nous intéressent ici: la sexualité et l'agression. Mais les choses ne sont pas simples car si, sur le plan de la sexualité, les différences sont marquées pour la masturbation et pour les relations occasionnelles, impersonnelles, elles sont nulles en ce qui concerne la satisfaction sexuelle. On ne peut donc affirmer que, dans le domaine sexuel (opinions, attitudes, comportements), les hommes et les femmes diffèrent en tous points.

Sur le plan de l'agressivité, les femmes seraient plus réservées, plus sensibles, plus pacifiques que les hommes. Mais là aussi, les données sont ambiguës, l'évaluation de l'agressivité dans les relations étant fortement influencée par la position de l'évaluateur (pairs, professeurs, soi-même) ou par le contexte (groupe mixte ou non, présence de membres de l'autre sexe...) ou par le type d'agression (verbale ou physique, directe ou indirecte...).

L'IDENTIFICATION AU GROUPE

Il faut ajouter que le comportement individuel peut être modifié par l'identification à un groupe et par la conformation aux stéréotypes attachés à ce groupe. Ceci est particulièrement pertinent dans le cas qui nous occupe: une femme peut avoir une opinion personnelle à propos d'un comportement sexuel déterminé mais si elle se positionne en tant que membre du groupe des femmes, elle peut adopter l'opinion du groupe. Ainsi, face à un délinquant sexuel, une juge pourrait se sentir sollicitée en tant que membre de la communauté des femmes, réagir en fonction de son identité féminine et des attentes que dictent les stéréotypes sociaux féminins ou encore le militantisme féministe plutôt qu'en fonction de son opinion personnelle ou de la neutralité du droit. *Mutatis mutandis*, c'est ce qui a été reproché aux magistrats masculins accusés de machisme dans leur approche des délits sexuels et des victimes féminines.

LA MIXITÉ DES JURYS

De ce point de vue, la mixité du jury ou du collège est une précaution raisonnable même si son efficacité est incertaine car on ne peut ignorer ce que l'on sait de la dynamique des petits groupes. Un petit groupe peut exploiter les ressources des participants («Il y a plus d'idées dans X têtes que dans une») et arriver un résultat plus rationnel et neutre.

Mais il se peut qu'un membre du groupe prenne le leadership et convainque ou contraigne les autres membres à le suivre, même s'ils sont en désaccord. Le désir de plaire, la fascination, le calcul d'intérêt, la pusillanimité peuvent répondre à la pression du leader. L'avis du groupe, dans ce cas, a d'autant moins de chance d'être neutre qu'il résulte de la détermination d'un seul de ses membres.

Le risque peut-être le plus grave est celui que constitue l'unanimité du groupe. Que plusieurs personnes pensent la même chose ne garantit en rien la justesse de cette pensée unanime mais lui donne un poids de vérité.

C'est en fait de cela qu'il est question dans l'affaire qui nous occupe.

Y a-t-il une certaine probabilité que trois femmes (ou trois hommes) soient unanimes parce qu'elles sont femmes (ou qu'ils sont hommes)?

Les défenseurs de la place des femmes dans la société affirment que, victimes historiques du machisme, les femmes perçoivent autrement les manifestations de ce machisme. De ce point de vue, le domaine sexuel serait un domaine particulièrement sensible. La perception du harcèlement et de l'agression sexuelle illustre le propos.

Bien que l'on ne puisse prédire la réponse d'un individu à partir de son appartenance à un groupe, en l'occurrence on ne peut prédire la réponse d'une femme (ou d'un homme) sur la simple base de ce qu'elle (il) est femme (ou homme), on peut estimer prudent de tenir compte de cette variable. Et il semble inéquitable, d'une part, de défendre l'idée que les hommes et les femmes ont des perceptions différentes, et que cela doit être concrètement pris en compte dans la constitution d'un jury, et, d'autre part, récuser le même argument lorsqu'il est invoqué par un justiciable, c'est-à-dire par un citoyen qui peut craindre d'être victime du sexisme des magistrats féminins du simple fait qu'il est un homme et, circonstance aggravante, incriminé pour un fait dont la nature est des plus sensibles, à savoir un fait de nature sexuelle.

Dans ce domaine délicat, une difficulté majeure tient au fait que, à l'exclusion de tout arbitraire, la pensée est structurée par des schémas et des mobiles dont on ne peut avoir conscience. Si même on est d'une parfaite bonne foi, d'une probité intellectuelle sans faille, d'une moralité inflexible, la vision que l'on a du monde ne peut pas ne pas être formatée par la culture, l'éducation, les expériences, les valeurs, les désirs, et l'être d'une manière qui échappe à la perception et à l'autocritique.

Il ne s'agit pas de suspecter les magistrat(e)s d'iniquité mais d'admettre que l'impartialité n'est jamais totale, qu'une certaine partialité est inévitable et qu'il est avisé de tenir compte de ce constat pour en minimiser autant que faire se peut les possibles conséquences.

Le fait que les magistrat(e)s soient des professionnel(le)s, ce qui les distinguent des jurés, offre une garantie importante mais partielle de neutralité. Il n'est pas à démontrer que tous les juges, bien que professionnels, ne jugent pas de la même façon, qu'ils peuvent être influencés par leurs idéologies socio-politiques et philosophico-religieuses, etc., que même en restant entre les balises strictes du droit, ils n'empruntent pas tous les mêmes voies et n'aboutissent pas tous aux mêmes conclusions. La formation et la collégialité sont des antidotes respectables et relatifs par rapport à l'irréductible subjectivité des actes humains.

La question soulevée à propos de la mixité sexuelle des jurys et collègues a le mérite d'aborder ce champ bien que l'on puisse se demander pourquoi

on monte en épingle ce facteur possible de variation qu'est le genre et que l'on ne se préoccupe pas autant d'autres facteurs probablement plus agissants.

Enfin, il ne faut pas négliger que la justice s'exerce dans le champ social et non dans le champ scientifique et que la confiance ou la défiance du citoyen est davantage tributaire des représentations sociales et des stéréotypes que des faits scientifiquement établis. Dans cette perspective, il n'est pas question de céder aux fantasmes de la rue ou à l'hystérie militante mais de donner des gages raisonnables de la crédibilité de la justice à la population qui ne peut penser hors des stéréotypes.

CONCLUSION

En conclusion, tant que nous ne disposerons pas de données empiriques sur la façon de juger en fonction de la personne du juge, de son sexe, de son idéologie, de ses appartenances, la question de la moindre partialité restera de l'ordre de la spéculation et, à l'extrême, de la paranoïa. Toutefois, à défaut d'observations objectives, et sur la base d'indices sérieux qui confirment les stéréotypes, il est prudent en soi et rassurant pour le citoyen de préconiser des mesures qui minimisent les risques réels ou imaginaires d'injustice.

Christian MORMONT