

TRIBONNIEN

REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE

ÉTUDES : REGARDS D'HISTORIENS DU DROIT SUR LA RÉFORME DE LA COUR DE CASSATION

NICOLAS CORNU THÉNARD : Fait et droit :
une critique de droit romain

JEAN-LOUIS HALPÉRIN : Diverses dimensions
de la distinction du fait et du droit

NICOLAS WAREMBOURG : Propos inactuels
sur la cassation civile et son juge

ENTRETIEN

MARIE CORNU : Notre-Dame de Paris

GLOSE

Consilium LIII : BERTRAND ANCEL
SUR UN TEXTE DE CHARLES DUMOULIN

CRITIQUES

FRANÇOIS BLANC : Dynamique du droit
de l'Union économique et monétaire

BENJAMIN MORON-PUECH : Grammaire illicite

MARIE GREN : Droit à la réputation de l'État

La grammaire peut-elle être illicite ? La réponse de l'arrêt *GISS* et *Fourtic*¹

BENJAMIN MORON-PUECH

CE, 2^e et 7^e SSR, 28 févr. 2019, *Association Groupement d'information et de soutien sur les questions sexuées et sexuelles (GISS) et Mme F.*, req. n^{os} 417128 et 417445 :

6. [...] *En prescrivant d'utiliser le masculin comme forme neutre pour les termes susceptibles, au sein des textes réglementaires, de s'appliquer aussi bien aux femmes qu'aux hommes et de ne pas faire usage de l'écriture dite inclusive, la circulaire attaquée s'est bornée à donner instruction aux administrations de respecter, dans la rédaction des actes administratifs, les règles grammaticales et syntaxiques en vigueur. Eu égard à sa portée, elle ne saurait en tout état de cause être regardée comme ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à l'égalité entre les femmes et les hommes [...].*

[N.d.é.] : Les termes suivis d'une lettre ou d'un astérisque ont fait initialement l'objet par l'auteur d'une formulation neutre, inspirée du livre d'Alpheratz, *Grammaire du français inclusif*, Chateauroux, 2018. Pour préserver l'unité formelle de la revue *Tribonien*, nous avons conservé l'usage commun ; cependant le terme proposé par l'auteur figure à chaque fois en marge ou entre parenthèses.

¹ Déclaration de conflit d'intérêts : l'auteur a fait partie des rédacteurs* (rédactaires) d'un des recours pour excès de pouvoir ayant donné lieu à la décision ci-après commentée. Cette participation s'explique par le choix d'une méthode de recherche en droit notamment expérimentale et visant tant à produire des données analysables par la communauté scien-

tifique qu'à éprouver les hypothèses de recherche de l'auteur sur la non-binarité du sexe et du genre.

Qu'Élianne Viennot, Sophie Roussel et Yseline Fourtic soient remerciées pour les différents documents qu'elles nous ont adressés en vue de la rédaction de ce commentaire.

La grammaire peut-elle être illicite ? Autrement dit, les règles grammaticales peuvent-elle être contraires aux principes d'un ordre juridique ou bien n'ont-elles, pour reprendre les justes mots de la rapporteure² publique Sophie Roussel, d'« autre juge que l'usage »³ ? Telle est la question, à notre connaissance mondialement inédite⁴, dont eut à juger le Conseil d'État dans sa décision *GISS et Fourtic* du 28 février 2019. Avant d'examiner la réponse qui lui a été apportée par la haute juridiction administrative, il n'est pas inutile de revenir sur le contexte dans lequel cette décision a été rendue.

Cet arrêt trouve ses origines dans un article paru le 22 septembre 2017 dans le journal *Le Figaro*⁵ et dénonçant l'usage d'une forme d'écriture inclusive – c'est-à-dire une écriture tendant à assurer la représentation de tous les sexes en évitant de « confisque[r] au genre féminin la capacité », ailleurs reconnue⁶, « de représenter les autres genres »⁷ –, en l'espèce la double flexion partielle⁸, au sein d'un manuel d'enseignement

² À suivre les usages les plus rationnels et fréquents, le terme « rapporteuse » serait sans doute plus approprié, mais nous respectons le terme de « rapporteure » choisi par la personne elle-même.

³ S. Roussel, concl. sous CE, 2^e et 7^e SSR, 28 févr. 2019, *Association Groupement d'information et de soutien sur les questions sexuées et sexuelles (GISS) et Mme F.*, req. n^{os} 417128 et 417445. Pour des extraits de ces conclusions, cf. B. Moron-Puech, « Audience au Conseil d'État sur le genre neutre – notes d'audience », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, 18 févr. 2019 [En ligne : sexandlaw.hypotheses.org].

⁴ En France, l'arrêt examiné n'est certes pas la première décision du Conseil d'État à examiner la conformité aux principes juridiques de normes langagières. L'on se souvient du recours dirigé contre la circulaire du 21 février 2012 du Premier ministre François Fillon ayant entendu recommander à toutes les administrations relevant de sa compétence la suppression du terme « mademoiselle » et des termes équivalents (« nom de jeune fille », « nom patronymique », « nom d'épouse », « nom d'époux ») dans les formulaires et correspondances des

administrations. Ce recours avait été rejeté par le Conseil d'État (CE, 26 déc. 2012, *Association « Libérez les Mademoiselles »*, req. n^o 358226), pour qui les normes édictées ne portaient pas « d'atteinte illégale à la liberté d'expression [...] ni [...] au droit au respect de la vie privée ». Dans un autre domaine, celui non plus de la police des mots et expressions convenables pour l'administration, mais celui de l'orthographe, le Conseil a également rendu deux arrêts rappelés par la rapporteure publique dans ses conclusions précitées : CE, 9 juin 2000, *Association professionnelle des magistrats*, n^o 208243 ; CE, 28 nov. 2003, *Mme Cazalas*, n^o 224820. Pas plus à l'étranger qu'en France, nous n'avons trouvé de décisions portant précisément sur la question de la conformité des règles de grammaire aux normes fondamentales de l'ordre juridique. Peut néanmoins être citée, toujours à propos de l'orthographe, une décision du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (BVerfG, 14 juill. 1998, 1 BvR 1640/97) qui, amené à statuer sur la réforme orthographique de 1996, a jugé que celle-ci ne contrariait pas les droits des parents* (parenz) et des locuteurs* (locutaires) garantis par la Loi fondamentale (sur cette déci-

sion : I. Quoy, « La réforme de l'orthographe en Allemagne : aspects juridiques », *Langues & Droits. Langues du droit, droit des langues*, dir. H. Guilleret et G. Kombi, Bruxelles, 1999, p. 337-355). Il est probable néanmoins que ceci évolue rapidement compte tenu de l'apparition, outre-atlantique, de contentieux relatifs aux enseignants (tous des hommes à ce jour), ne voulant pas respecter les pronoms personnels non-binaires indiqués par leurs étudiants* (étudiantz).

⁵ M.-E. Pech, « Un manuel scolaire écrit à la sauce féministe », *Le Figaro*, 22 sept. 2017.

⁶ Ailleurs, tant synchroniquement que diachroniquement. Synchroniquement, il n'est qu'à se tourner vers la langue anglaise où les sources juridiques soulignent souvent que tant le masculin que le féminin peuvent représenter les autres genres : cf. *infra* n^o 52. Diachroniquement, cette confiscation est récente puisqu'elle était d'un usage généralisé jusqu'à ce que l'Académie ne parvienne à faire admettre l'idée qu'elle ne relevait plus du « bon usage » : cf. sur ce point *L'Académie contre la langue française. Le dossier « féminisation »*, dir. É. Viennot, Donnemarie-Dontilly, 2016 et de la même autrice *Le langage inclusif : pourquoi, comment*, Donnemarie-Dontilly, 2018.

⁷ Définition donnée par Alpheratz, *Grammaire du français inclusif* cit., p. 25.

⁸ Sur ce procédé d'écriture inclusive, ainsi que sur les autres procédés graphiques existant, cf. Alpheratz, *Grammaire du français inclusif* cit. On y lit la définition suivante : « [L]a double flexion partielle parfois nommée « écriture inclusive » est l'un des processus langagiers du français inclusif. Elle consiste en l'insertion ou l'ajout de signes et/ou de formats typographiques (point, point médian, tiret, parenthèses, barre oblique, capitale, apostrophe) pour insérer ou ajouter une marque morphologique d'un genre autre que celle du masculin au sein ou à la fin d'un mot déjà fléchi à ce genre ».

scolaire destiné à des élèves de CE2. Quelques jours plus tard, la maison d'édition se défend⁹. Elle explique avoir simplement cherché à appliquer les recommandations du Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes¹⁰. Une controverse médiatique naît rapidement dans les jours qui suivent entre partisans^A et opposants^B à cette forme d'écriture inclusive : les premiers^C considérant schématiquement que cette forme d'écriture abrégée permet d'assurer l'objectif d'une communication non sexiste sans trop de mots¹¹, les seconds^D estimant qu'elle dénature la langue française. Plusieurs tribunes sont publiées de part et d'autre, certaines élargissant les termes du débat en abordant non plus seulement la question de l'orthographe inclusive, mais aussi celle de la grammaire inclusive. L'on songe en particulier à la tribune de trois cent quatorze enseignants^E indiquant qu'ils^F n'enseigneront plus que « le masculin l'emporte sur le féminin »¹². Ce débat prenant place au sein même du service public, celui de l'éducation, plusieurs ministres jugent bon de prendre publiquement position, manifestant ainsi leur opposition, plus ou moins ferme, à la double flexion partielle. Ces positions publiques génèrent à nouveau d'autres débats, en particulier quant à la réalité de l'engagement gouvernemental à œuvrer pour l'égalité homme-femme – égalité déclarée « grande cause nationale » par le Président de la République – et cela alors que vient de débiter l'affaire Me Too¹³. Soucieux de faire taire cette controverse tant orthographique que grammaticale, le Premier ministre décide le 21 novembre 2017 de « sonner la fin de la récré »¹⁴, en publiant une circulaire¹⁵ au champ d'application ambigu¹⁶. Sur l'orthographe, si la circulaire s'écarte nettement des courants conservateurs quant à la question de la féminisation des noms

⁹ Manuel Magellan et Galilée « Questionner Le Monde » : mise au point de l'éditeur Hatier, le 26 sept. 2017, où l'on peut lire que « [l]'auteur et l'éditeur ont donc fait le choix d'une utilisation raisonnée de l'écriture inclusive » et ont pour cela « appliqué les recommandations du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, notamment : \- veiller à équilibrer autant que possible le nombre de femmes et d'hommes présentés ; \- accorder les noms de métiers, de titres, de grades et de fonctions, en utilisant l'orthographe préconisée : par exemple, artisan.e ; \- utiliser l'ordre alphabétique lors d'une énumération de termes identiques au féminin et au masculin, afin de ne pas systématiquement mettre le masculin en premier ; par exemple, agriculteur et agricultrice, mais les femmes et les hommes ».

¹⁰ Haut Conseil à l'Égalité, *Pour une communication publique sans stéréotype de sexe. Guide pratique*, Paris, 2016.

^A partisans

^B opposanz

^C premiærs

¹¹ Soulignons en effet ici que l'usage du point, tiret ou point médian (« · ») n'est qu'une manière d'abrégier la phrase. Pour reprendre l'exemple précédent, au lieu d'user de la *double flexion totale* « agriculteurs et agricultrices », on usera d'une *double flexion partielle* « agriculteur.rice.s » ou « agriculteur-ric.e.s » ou encore « agriculteur.rice.s ». Sur ces différentes flexions, cf. Alpheratz, *Grammaire du français inclusif* cit., p.223-235.

^D seconz

^E enseignanz

^F als

¹² « Nous n'enseignerons plus que "le masculin l'emporte sur le féminin" », *Slate* [En ligne : slate.fr].

¹³ Le « papier » lançant l'affaire Weinstein date en effet du 5 octobre 2017 : J. Kantor and M. Twohey, « Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades », *New York Times*, 5 oct. 2017 [En ligne : nytimes.com].

¹⁴ S. Borensztein, « Écriture inclusive : Édouard Philippe écarte le féminisme de salon », *Causeur*, 21 nov. 2017 [En ligne : causeur.fr].

¹⁵ Premier ministre, *Circulaire relative aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au Journal officiel de la*

République française, 21 nov. 2017.

¹⁶ La circulaire publiée au journal officiel ne précise pas les destinataires du texte ; la version produite lors de l'instance et portant la signature du Premier ministre précise en revanche les destinataires de la circulaire, à savoir les membres du gouvernement et donc aussi des centaines de millions d'agents placés* (agenc.placæs) sous leur autorité. Dans l'arrêt *GISS et Fourtic*, le Conseil d'État adopte l'interprétation du champ d'application de la circulaire proposée par le Premier ministre.

« de métier et de fonctions »¹⁷ (2^e et 3^e injonctions de la circulaire), elle les rejoint en revanche pour l'essentiel sur la question de la double flexion puisque, la double flexion partielle – maladroitement nommée « écriture inclusive » dans la circulaire – est proscrite (5^e injonction), tandis que la double flexion totale n'est prônée que dans le cas très limité des actes de recrutement ou des avis de vacances publiés au journal officiel (4^e injonction). Quant au volet grammatical, la circulaire conserve son attachement aux tendances les plus conservatrices en affirmant que « [d]ans les textes réglementaires, le masculin est une forme neutre qu'il convient d'utiliser pour les termes susceptibles de s'appliquer aussi bien aux femmes qu'aux hommes ». Autrement dit, le masculin aurait contrairement au féminin une capacité générique lui permettant de représenter tous les genres ; d'où la règle selon laquelle « le masculin l'emporte sur le féminin ».

Cette circulaire a été relativement efficace dans l'espace public puisqu'elle a considérablement réduit l'agitation médiatique, en donnant quelques garanties aux associations féministes, qui ont alors semblé se satisfaire des progrès réalisés sur le versant orthographique. Cependant, la question n'était pas réglée pour autant et, du terrain médiatique, elle s'est déplacée vers le terrain juridique. En effet, une association spécialisée dans la protection des minorités sexuées, sexuelles et de genre, ainsi qu'une personne ayant participé à la rédaction du guide précité du Haut Conseil à l'Égalité, Mme Yseline Fourtic, ont chacune introduit un recours pour excès de pouvoir destiné à obtenir l'annulation de la totalité de la circulaire¹⁸. Pour se concentrer sur les principaux moyens de légalité relatifs aux règles de grammaire, ceux-ci étaient de deux ordres. D'un côté, les requérantes soulignaient la contrariété de la norme grammaticale posée par la circulaire avec les principes d'égalité devant la loi et de non discrimination, en s'appuyant sur les motifs non dépourvus de sexisme des promoteurs historiques de la règle, ainsi que sur les effets de cette règle de grammaire sur les inégalités sociales. De l'autre, l'association contestait les motifs de cette règle grammaticale par différents arguments. Premièrement, elle soutenait la contradiction de la règle avec l'objectif d'égalité rappelé dans les premiers mots de la circulaire¹⁹ car, disait l'association, comment peut-on défendre dans le même temps l'égalité et une règle assise sur un postulat de supériorité du genre masculin, seul capable d'englober tous

¹⁷ La distinction du métier et de la fonction est plus que discutable linguistiquement et dissimule plutôt, selon certains auteurs* (autres) une politique tendant à « refuser dans la langue ce que l'Académie n'a pas réussi à obtenir dans le droit » – pour reprendre une expression utilisée dans une conversation privée par É. Viennot : l'exclusion des femmes des métiers les plus prestigieux. Sur cette exclusion, cf. *L'Académie contre la langue française* cit. Certains membres de l'Académie reconnaissent au demeurant l'idéologie ayant conduit à cette exclusion, tel Michel Serres : « Comment ne pas deviner, sous ces préceptes pseudo-grammaticaux [la distinction du titre et de la fonction], les idéologies au nom desquelles combattent des pugnaces, gourmands de combats » (M. Serres, « Zéro, un et deux », *Dire, ne pas dire*, 11 mars 2019 [En ligne : [aca.demie-francaise.fr](http://academie-francaise.fr)]).

¹⁸ [En ligne : sexandlaw.hypotheses.org].

¹⁹ Premier ministre, *Circulaire* cit. : « Le Gouvernement est résolument engagé dans le renforcement de l'égalité entre les femmes et les hommes. »

les genres ? Deuxièmement, l'association invoquait l'existence d'une erreur de fait et de droit ayant vicié la décision du Premier ministre. Erreur de fait car la circulaire reposerait sur une erreur manifeste d'appréciation quant à la possibilité pour le masculin d'être une forme de neutre, alors que le masculin n'est qu'un masculin et qu'existe encore dans la langue française un genre commun ou neutre, à l'état de trace. Erreur de droit, également, car pour justifier cette règle le Premier ministre a cru pouvoir se fonder sur un certain usage grammatical – « le masculin l'emporte sur le féminin » –, or cet usage serait contraire au principe d'égalité.

Aucun de ces différents arguments n'a retenu l'attention du Conseil d'État. Celui-ci a rejeté les recours en usant de formules d'un laconisme qu'on croyait abandonné depuis la réforme de la motivation des décisions de justice²⁰ ayant enfin conduit à la disparition dans le discours officiel du Conseil d'État des traces encore visibles d'une « justice retenue »²¹. Ainsi, en réponse au grief tiré de la violation du principe d'égalité, le Conseil d'État juge-t-il dans une « motivation pleine de mystère » qu'« [e]u égard à sa portée, [la circulaire] ne saurait en tout état de cause être regardée comme ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à l'égalité entre les femmes et les hommes ». Quant aux griefs tirés de l'existence de motifs erronés ou contradictoires ils sont encore plus sèchement rejetés, le Conseil d'État se contentant d'affirmer, cette fois sans aucune motivation, que la circulaire « n'est par ailleurs entachée ni de contradiction ni d'erreur manifeste d'appréciation ».

Compte tenu de cette motivation lacunaire, l'on tentera dans un premier temps d'éclaircir la motivation sous-tendant l'affirmation du Conseil d'État selon laquelle est licite la règle grammaticale de la généricité du masculin consacrée par la circulaire attaquée. Puis, une fois la brume levée, l'on tâchera de porter un regard critique sur cette motivation. Ainsi, au travail de recherche de la motivation (I) succèdera la critique de celle-ci (II).

I. Rechercher la motivation

Du point de vue formel, la réponse du Conseil d'État aux différents griefs contestant l'affirmation par la circulaire de la généricité du masculin est tantôt mystérieuse, tantôt

²⁰ « À l'heure de la grande réforme de la motivation des décisions des juridictions administratives, pour rendre ces décisions plus intelligibles et accessibles par un large public, force est de constater que le Conseil d'État utilise ici une motivation "à l'ancienne" pleine de mystère, d'implicite, que seuls les initiés, et encore, seront en mesure de comprendre » (F. Rolin, « La féminisation des fonctions par le Conseil d'État n'est pas la féminisation des fonctions pour le Conseil d'État », *Dalloz actualité*, 13 mars 2019).

²¹ Cf. F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice. Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, 2013, spé. n^{os} 582 s., où l'auteur souligne comment *l'imperatoria brevitatis* se rattache à une conception de la justice retenue, en vigueur dans l'Ancien Droit, où la justice était rattachée au pouvoir exécutif et rendue au nom d'un roi ou d'une reine censés décider eux-mêmes au nom de Dieu, qui n'avaient pas à justifier leurs décisions outre mesure.

inexistante. Elle est mystérieuse lorsque le Conseil entend rejeter le grief tiré de la violation de la circulaire aux principes d'égalité et de non-discrimination ; elle est inexistante lorsque le Conseil rejette les arguments tirés des motifs de l'acte. La lecture de l'arrêt au prisme des conclusions inédites de la rapporteure publique permet néanmoins de clarifier la motivation là où elle était obscure et de la compléter là où elle était lacunaire.

Clarifier la réponse au grief tiré de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination

En affirmant qu'« [e]u égard à sa portée, [la circulaire] ne saurait en tout état de cause être regardée comme ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à l'égalité entre les femmes et les hommes », le Conseil d'État rejette l'argumentation des requérantes qui tentaient de démontrer, arguments historiques et empiriques à l'appui, la contrariété de la règle affirmant la généricité du masculin avec les principes d'égalité et de non-discrimination. Comme nous allons le voir, par cette formule digne des pontifes romains qui gardaient dans leur temple les secrets de leur art jurisprudentiel, le Conseil d'État paraît user de deux arguments pour rejeter ce grief. D'abord, et à titre principal, le Conseil d'État use de l'argument tiré de la portée de la circulaire (« eu égard à sa portée »). Ensuite, et subsidiairement, le Conseil d'État suggère par la formule « en tout état de cause » que cet argument historique serait inopérant.

La motivation du Conseil faisant référence à la « portée » de la circulaire ne permet guère de saisir à première vue en quoi cette circulaire, et plus précisément la règle grammaticale qu'elle pose à propos du masculin générique, ne pourrait pas méconnaître le principe d'égalité. La lecture des conclusions de la rapporteure publique permet heureusement d'éclairer davantage la formule. Ainsi, l'affirmation du Conseil semble être un écho aux propos de la rapporteure publique pour qui « les modalités de rédaction d'un acte administratif sont, par elles-mêmes, sans incidence sur sa portée et, pour cette raison, insusceptibles d'avoir pour effet de méconnaître le principe d'égalité »²². Cette dernière formule n'est elle-même pas sans rappeler les « attendus » des décisions Association professionnelle des magistrats et

²² S. Roussel, concl. cit. – souligné par nous.

Cazalas rendues quelques années plus tôt par le Conseil d'État²³ et que la rapporteure publique semble ici combiner²⁴. Dans cette première affaire, en effet, il avait été jugé que l'« utilisation [de termes féminisés] est sans incidence sur la légalité de la décision attaquée dès lors que celle-ci est rédigée en français et ne comporte pas d'ambiguïté quant à la personne et aux emplois concernés », tandis que dans la seconde le Conseil avait indiqué que « la féminisation des termes désignant le grade ou l'emploi occupé par une femme ne saurait être regardée comme une méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité ».

Du rapprochement de ces différentes sources l'on croit comprendre que ce que le Conseil d'État a voulu dire en évoquant la « portée » de la circulaire, c'est que les normes grammaticales posées par celle-ci avaient simplement pour objet les modalités de rédaction des actes administratifs et non le sens de ces actes ou, pour parler comme un linguiste, ces règles concernaient le signe et non le signifié, le sens. Or, le Conseil d'État estimant, dans la lignée de ses arrêts *Association professionnelle des magistrats* et *Cazalas*, que seul le sens est encadré par le droit, l'argument tiré de l'illégalité de la circulaire ne peut à ses yeux qu'être rejeté.

Reste toutefois à comprendre pourquoi est-ce que, selon le Conseil d'État et la rapporteure publique, le droit ne pourrait pas encadrer le signe. Autrement dit, quel est le principe qui justifie cette limitation du contrôle de légalité ? La réponse paraît se trouver à nouveau dans les conclusions de la rapporteure publique. Celle-ci y déclare en effet que « la langue française appartient d'abord à ses locuteurs dont la liberté de communication et d'expression, proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, implique « le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée » et la rapporteure de citer la décision n° 94-345 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'emploi de la langue française.

Voilà donc, nous semble-t-il, avec toutes les précautions qu'impose l'utilisation des conclusions du rapporteur public⁶ pour saisir la décision de la juridiction administrative elle-même, le raisonnement suivi par le Conseil d'État pour rejeter le grief tiré de la contradiction de la circulaire aux principes d'égalité et de non discrimination. Ce raisonnement tiré de la « portée » de la circulaire n'est semble-t-il

²³ Cf. *supra*.

²⁴ C'est d'autant plus probable que la rapporteure débute ses conclusions en rappelant ces deux arrêts antérieurs.

⁶ rapporteur public

toutefois pas le seul qui aurait pu être utilisé par les juges du Conseil d'État. L'utilisation de l'expression « en tout état de cause », dans la même phrase où le Conseil se réfère à la portée de la circulaire, laisse entendre que le moyen contestant la conformité de la norme grammaticale promue aux principes d'égalité et de non discrimination aurait également pu être rejeté en raison de son inopérance.

L'usage par le Conseil d'État de la formule « en tout état de cause », afin d'écartier l'argument des requérantes sur la violation du principe d'égalité, contribue au mystère dont la solution est entouré. En effet, comme l'a relevé un des premiers commentateurs de la décision²⁵, en s'appuyant sur une récente étude doctrinale consacrée à la motivation des décisions du Conseil d'État²⁶, cette formule est susceptible de revêtir plusieurs sens. Elle accompagne le plus souvent « une réponse à un moyen dont le caractère opérant est réservé »²⁷, mais peut aussi être utilisée – plus rarement cependant – pour « réaffirmer la signification exacte et claire d'un texte, par une interprétation littérale »²⁸. En l'espèce, le Conseil d'État ne se livrant pas à une opération d'interprétation des normes comprises dans la circulaire, c'est dans son sens le plus fréquent que cette expression paraît devoir être comprise. Elle marque donc ici la volonté du Conseil « de réserver la question du caractère opérant du moyen de légalité et de le rejeter au fond »²⁹. Mais alors, pourquoi bouleverser l'ordre habituel d'examen du moyen et rejeter un moyen inopérant – c'est-à-dire un moyen « insusceptible [dans un contexte donné] d'ouvrir droit aux conclusions à l'appui desquelles il est soulevé, en raison de l'objet même de ces conclusions »³⁰ – sur le terrain de son bien-fondé et non, justement, de son inopérance ? Deux raisons peuvent l'expliquer a priori³¹. Soit le Conseil souhaite faire passer un message ayant trait au bien-fondé du moyen (par exemple éclaircir un point de droit à ce jour incertain) et éviter dès lors de le rejeter au motif qu'il serait inopérant, soit il peut chercher par-là à ne pas se prononcer sur une question délicate³² ou polémique relative à l'opérance du moyen. Au cas d'espèce, dans la mesure où l'argument principal retenu par le Conseil d'État s'inscrit, nous l'avons vu, dans la lignée de sa jurisprudence antérieure (les arrêts Association professionnelle des magistrats et Cazalas), il ne semble pas que le recours à la formule « en tout état de cause » puisse être expliqué par la volonté d'éclaircir

²⁵ F. Rolin, « La féminisation des fonctions » cit.

²⁶ Th. Delanlssays, *La motivation des décisions du Conseil d'État*, thèse sous la dir. d'E. Cartier, Université de Lille, 2017, p.300-302.

²⁷ M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Paris, 2017, p.445 cité par Th. Delanlssays, *La motivation des décisions du Conseil d'État* cit., p.301.

²⁸ Th. Delanlssays, *ibid.*

²⁹ F. Rolin, « La féminisation des fonctions » cit.

³⁰ F. Poulet, *L'inopérance des moyens en droit administratif français*, thèse sous la dir. d'O. Gohin, Université Panthéon-Assas, 2014, p.603. Sur la régularité de cette manière d'examiner les moyens, cf. p.517 s.

³¹ Rappr. F. Poulet, *ibid.*, p. 522 s., où l'auteur énonce les raisons de rejeter un moyen inopérant sur le terrain de son bien-fondé. Les motifs évoqués ne sont pas directement transposables au cas d'espèce puisqu'ici il n'est pas certain que le moyen aurait pu être jugé inopérant ; c'est probable mais non certain.

³² Rappr. les conclusions de la rapporteure publique sous cet arrêt et plus précisément le passage où elle évoque la question difficile de savoir si, à propos d'une circulaire correspondant au type de l'arrêt « Duvignères, dépourvue de pouvoir normatif » un moyen tiré de la contradiction des motifs peut être opérant.

un point de droit. D'autant que, si le Conseil avait voulu faire passer un message, il aurait choisi de publier sa décision plus largement – or l'arrêt est inédit – et aurait mieux ciselé sa motivation³³. Ainsi, le fait de ne pas se prononcer sur le caractère opérant du moyen doit vraisemblablement être compris, non comme la volonté d'éclaircir un point de droit relatif au caractère bien fondé du moyen, mais plutôt comme la volonté d'éviter une question délicate ou, à tout le moins, une question que le Conseil d'État ne souhaite pas aborder.

Quelle est donc cette question ? Pour tenter de la saisir, l'on peut se reporter aux indispensables conclusions de la rapporteure publique. Celle-ci y détaille en effet une autre raison pour laquelle l'argumentation de l'association requérante lui semble devoir être rejetée. Avant que de présenter cette raison, rappelons pour mémoire que l'association requérante contestait la conformité de la circulaire au principe d'égalité en s'attachant d'une part aux origines jugées sexistes de la règle et d'autre part à ses effets sur les inégalités sociales que mettent en lumière des études psycho et socio-linguistiques. Dans ses conclusions, la rapporteure publique ne récuse pas explicitement les arguments empiriques mis en avant par l'association³⁴. En revanche, elle entend écarter les arguments historiques. Ainsi écrit-elle : « [I]es circonstances entourant l'émergence, au XVII^e siècle seulement, de la règle selon laquelle, en cas de désignation d'un groupe sexuellement mixte, « le masculin l'emporte sur le féminin », nous paraissent sans incidence ». Certes, la rapporteure publique relève que le discours des promoteurs de cette règle « n'était pas dénué de sexisme ». Toutefois, elle dit avoir « le plus grand mal à considérer, en dépit de ce contexte historique, que la perpétuation de cette règle, qui correspond à l'usage actuel, constitue une “promotion de la domination du genre masculin dans la langue” contraire à l'égalité entre les hommes et les femmes ». Autrement dit, si l'on comprend bien, la rapporteure publique opère une dissociation entre l'usage passé et l'usage actuel. L'usage passé répondait à un objectif sexiste, contrairement à l'usage actuel où ce sexisme n'existerait pas. Voilà pourquoi l'argument historique présenté par l'association requérante serait inopérant car, concernant un usage passé et non l'usage actuel attaqué, il serait, pour reprendre la définition précitée du moyen inopérant, « insusceptible d'ouvrir droit aux conclusions à l'appui desquelles il est soulevé ».

³³ À moins que ce ne soit le peu de soin mis dans la motivation qui explique l'absence de publicité d'un arrêt que le Conseil d'État ne considérerait pas comme digne d'être diffusé, malgré l'intérêt de la société pour la question traitée.

³⁴ Sans doute car elle estime que ces enquêtes tendent à établir un lien entre le signe et le signifié, lien qu'elle a pour sa part rejeté concernant la grammaire.

Le Conseil d'État n'a cependant pas voulu traiter de cette question liée à la finalité sexiste de la règle grammaticale, très probablement parce qu'il n'aura pas voulu admettre avec l'association requérante que les normes langagières avaient pu un temps être empreintes de la volonté de minimiser la place de la femme dans la société. L'admettre aurait en effet impliqué de reconnaître que la langue pouvait être discriminante, affaiblissant par-là l'idée servant de fondement principal au rejet de l'argumentation des requérantes : la dissociation du signe et du signifié.

Quoi qu'il en soit, à l'aune de ces développements sur l'explicitation de la formule « en tout état de cause », on mesure tout l'intérêt qu'il y a à examiner la décision GISS et Fourtic en s'appuyant sur les conclusions de la rapporteure publique. Elles offrent en effet un moyen de dissiper le mystère qui entourait la réponse de la haute juridiction administrative au moyen tiré de l'illégalité de l'usage grammatical encouragé par la circulaire. Ces mêmes conclusions peuvent également être utiles pour combler cette fois les lacunes de la motivation du Conseil d'État relativement à d'autres griefs : ceux tirés du caractère erroné et contradictoire des motifs de la circulaire.

Compléter la réponse aux griefs tirés des motifs erronés et contradictoires de la circulaire

En réponse aux différents griefs de l'association requérante tirés du caractère erroné et contradictoire des motifs guidant la circulaire, le Conseil d'État se contente d'affirmer que la circulaire n'est « entachée ni de contradiction ni d'erreur manifeste d'appréciation ». Non seulement, on le voit, cette réponse n'est pas motivée, mais elle est en outre partielle. En effet, l'association requérante soulevait une double erreur des motifs : l'une en droit et l'autre en fait, cette dernière reposant sur un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des faits. Or, le Conseil d'État ne répond que sur la seconde, laissant sans réponse explicite le moyen tiré de l'erreur de droit. Cela étant, la réponse apportée précédemment à la question de la conformité de la circulaire aux principes d'égalité et de non discrimination permet de combler cette lacune. Le Conseil ayant jugé légale la norme édictée par la circulaire faisant du masculin un genre neutre, il doit sans doute considérer qu'est également légal l'usage grammatical

spontané faisant du masculin un genre neutre. C'est sans doute pour cela que la haute juridiction administrative – et avant elle la rapporteure publique³⁵ – n'a pas jugé bon de se répéter en indiquant précisément en quoi le moyen tiré de l'erreur de droit, qui attaquait l'usage grammatical lui-même, était mal fondé.

La même technique d'explicitation de la motivation peut semble-t-il être appliquée à l'égard de la réponse au moyen tiré de la contradiction des motifs. En effet, dès lors que le Conseil d'État a considéré que le principe d'égalité ne s'appliquait pas à la langue, il a logiquement été amené à juger que la consécration par la circulaire d'une règle grammaticale promouvant l'inégalité des genres ne pouvait pas être contraire à l'objectif de « renforcement de l'égalité entre les femmes et les hommes » poursuivi par cette même circulaire. D'où le rejet du grief invoquant une contradiction des motifs.

³⁵ Ces conclusions ne laissent pas en effet apparaître de réponse spécifique au moyen tiré de l'erreur de droit.

³⁶ Si l'on comprend bien la majeure du syllogisme retenu par la rapporteure, la mineure ne paraît pas en revanche exprimée très nettement. Quant à la conclusion, elle fait défaut : le propos se concluant seulement par la conclusion globale du raisonnement de la rapporteure sur le rejet des moyens, sans conclusion intermédiaire relativement au moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation.

³⁷ Décision n° 94-345 cit.

³⁸ De la même manière que dans son arrêt le Conseil d'État use de guillemets pour désigner les personnes non-binaires, afin de marquer son détachement vis-à-vis de cette terminologie, nous usons ici de guillemets pour souligner notre détachement vis-à-vis du titre de ce texte fondateur, exclusif des personnes d'un autre sexe/genre que les hommes. Sur ce point, cf. B. Moron-Puech et M. Petkova, « L'universalité de la « Déclaration universelle des droits de l'Homme » en question : le cas des personnes intersexuées », in *Les approches queer du droit international : Des droits LGBTI à la critique transversale*, Paris, 2019, à paraître.

En revanche, pour expliciter la réponse au moyen tiré de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, il faut cette fois user d'une autre clef de décryptage, à savoir les conclusions de la rapporteure publique. Dans celles-ci, on trouve en effet quelques éléments permettant de deviner le raisonnement du Conseil d'État. Selon la rapporteure publique « [i]l faut pour qu'un [...] moyen [tiré de l'erreur manifeste d'appréciation] prenne chair, une norme de référence, un standard de contrôle ». Or, si l'on comprend bien la suite du syllogisme développé par la rapporteure publique³⁶, une telle norme de référence ferait défaut en l'espèce, compte tenu de la multiplicité des grammaires. Comme l'indique en effet la rapporteure publique « [e]n matière de grammaire et de syntaxe, on oppose fréquemment la grammaire normative, notamment celle recommandée par l'Académie française [...] à la grammaire descriptive, fruit de l'observation du ou des usages » et la rapporteure publique d'expliquer ensuite la grande diversité des pratiques langagières par « le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée », droit tiré en 1994 par le Conseil constitutionnel³⁷ de l'article 11 de la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »³⁸.

En bref, si l'on postule que le Conseil d'État a ici entendu suivre sa rapporteure publique, le rejet de ce moyen s'expliquerait donc par l'absence de standard grammatical permet-

tant de juger d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation du Premier ministre. La motivation du Conseil d'État ayant été ainsi explicitée, il est à présent permis d'en réaliser un examen critique.

II. Critiquer la motivation

Comme l'ont montré les développements précédents, le raisonnement fondant le rejet des griefs dirigés contre la règle grammaticale énoncée par la circulaire repose sur deux mécanismes dont l'utilisation peut apparaître discutable lorsqu'on les confronte à des données issues du droit comparé et de l'histoire du droit³⁹. Premier mécanisme, la dissociation quelque peu radicale du signe et du signifié, laquelle permet de juger que la prévalence accordée au genre masculin dans les règles relatives au signe est « sans incidence » sur le signifié, seul soumis au respect du principe d'égalité. Deuxième mécanisme, l'utilisation parfois surprenante des usages grammaticaux, laquelle permet au Conseil d'État de rejeter d'un côté l'argument historique avancé par l'association pour contester la conformité de la circulaire aux principes d'égalité et de non-discrimination et de l'autre l'argument tiré de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation.

La dissociation du signe et du signifié

La dissociation du signe et du signifié à laquelle recourt le Conseil d'État pour écarter les griefs tirés du principe d'égalité et de non-discrimination peut être discutée, juridiquement, de différentes manières. Sur le terrain du droit positif, il serait par exemple permis, comme nous l'avons fait ailleurs⁴⁰, de s'interroger sur la conformité de cet arrêt avec les méthodes de protection des droits fondamentaux développées par la Cour de justice de l'union européenne. En effet, dès lors que la possibilité de cette dissociation était discutée scientifiquement par l'association requérante, il appartenait au Conseil d'État de fonder sa décision par d'autres expertises scientifiques, ce qu'il ne fait pas. De même, en s'en tenant au droit positif interne, l'on pourrait faire remarquer qu'une chose est d'affirmer à propos d'un acte particulier, comme le firent les arrêts Association professionnelle des magistrats et Cazalas précités, que les règles de grammaire utilisées dans tel acte sont sans incidence sur sa légalité,

³⁹ L'on renverra le lecteur désireux d'en savoir plus sur les questions de droit administratif, de droits fondamentaux ou de droit européen soulevées par la décision aux travaux publiés ou à paraître sur cet arrêt et not. : B. Moron-Puech, « Le principe d'égalité s'applique-t-il à la langue ? La réponse (mal fondée) du Conseil d'État », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, 28 févr. 2019 [En ligne : sexandlaw.hypotheses.org] ; A. Rouyère, « Les difficultés juridiques de l'écriture inclusive », *L'actualité au prisme du droit*, 8 mars 2019 [En ligne : blog.leclubdesjuristes.com] ; F. Rollin, « La féminisation des fonctions » cit.

⁴⁰ B. Moron-Puech, « Le principe d'égalité » cit.

qu'une autre est d'affirmer que les règles de grammaire imposées d'une manière générale par une administration à ses agents ne sont pas soumises au principe d'égalité. Dans un cas, en effet, ce qui est attaqué ce sont les modalités de rédaction d'un acte, tandis que dans l'autre ce n'est pas tant la manière de rédiger l'acte qui est attaquée que les règles grammaticales qui y sont posées. Cela étant, compte tenu du projet éditorial de cette présente revue, ces grilles de lecture seront laissées de côté et ne seront conservées que celles ayant un lien avec l'histoire du droit et le droit comparé.

Concernant tout d'abord l'histoire (ancienne et récente) de la normalisation de la langue⁴¹, l'examen des politiques linguistiques anciennes (visant à exclure la femme d'une langue où elles étaient présentes) ou récentes (visant à l'introduire dans une langue où elle n'était plus), révèle la conviction des acteurs de ces politiques que le signe ne peut pas être dissocié du signifié. Cette conviction, dont le bien-fondé paraît désormais bien étayé scientifiquement⁴², est en outre inscrite en droit français depuis 2014. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, l'État s'est astreint à mettre en œuvre « une politique pour l'égalité entre les femmes et les hommes selon une approche intégrée » (article 1^{er} de la loi). Or, une telle approche signifie, suivant les termes du gouvernement lui-même, inscrire l'égalité homme-femme « au cœur de toutes les politiques publiques »⁴³, et donc notamment dans les actions de communication institutionnelle ou de légistique, impliquant la langue. Cette inclusion des politiques de communication et de rédaction des textes au sein de cette approche intégrée ne fait guère de doute si l'on observe que toutes les circulaires parues en France sur la question de la féminisation invoquent ce principe d'égalité⁴⁴, y compris la circulaire ayant donné lieu à l'arrêt GISS et Fourtic.

Dans ces conditions, la dissociation du signe et du signifié, à laquelle procède ici le Conseil d'État afin d'écarter le grief tiré de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination, apparaît en rupture avec l'histoire du droit de la langue. Le caractère anhistorique de cette dissociation n'est pas la seule source de malaise. L'examen comparatif des droits étrangers conduit également au même sentiment.

⁴¹ Sur celle-ci, cf. not. les deux ouvrages précités d'É. Viennot.

⁴² Voir les quatre études citées par Alpheratz et résumées dans B. Moron-Puech, « Le principe d'égalité » cit.

⁴³ *Guide méthodologique. Prendre en compte l'égalité entre les femmes et les hommes dans les études d'impact*, octobre 2013 [En ligne: egalite-femmes-hommes.gouv.fr].

⁴⁴ Cf. les références des trois circulaires données dans les conclusions de la rapporteure publique : circulaire des ministres des droits de la femme et de la fonction publique du 24 janv. 1983 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes et à la mixité de la fonction publique ; circulaire du Premier ministre du 11 mars 1986 relative à la féminisation des noms de métier, fonction, grade ou titre ; circulaire du Premier ministre du 6 mars 1998 relative à la féminisation des noms de métier, fonction, grade ou titre.

En droit comparé, d'une manière générale, les études ⁴⁵ s'accordent à reconnaître que le choix d'une langue n'est pas sans incidence sur le contenu du message juridique véhiculé. C'est ainsi par exemple que nombre de travaux portant sur l'usage de l'anglais comme unique langue de travail dans le fonctionnement d'instances législatives ou judiciaires ont souligné l'avantage considérable que cet usage conférait aux locuteurs^H anglophones et révélé par-là l'impossible dissociation entre le signe utilisé (la langue anglaise ici) et ce que l'on voulait signifier⁴⁶.

La même observation peut être faite si l'on examine les pratiques sur les plans international et national, qui reflètent clairement un rejet de cette dissociation et expriment, au contraire, l'idée que la manière de rédiger un texte influe sur sa portée. Au niveau international premièrement, cette position, affirmée notamment par l'Organisation des Nations-Unies⁴⁷ et l'Union Européenne⁴⁸, trouve sans doute dans les déclarations du Conseil de l'Europe⁴⁹ son expression la plus vigoureuse et précise. En effet, dès 1990, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a insisté sur le lien étroit liant la langue, en particulier les règles grammaticales, et la réalité sociale. Ainsi le Comité du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a souligné « le rôle fondamental que joue le langage dans la formation de l'identité sociale des individus, et l'interaction qui existe entre le langage et les attitudes sociales ». De même a-t-il affirmé sa conviction que « le sexisme dont est empreint le langage en usage dans la plupart des États membres du Conseil de l'Europe – qui fait prévaloir le masculin sur le féminin – constitue une entrave au processus d'instauration de l'égalité entre les femmes et les hommes du fait qu'il occulte l'existence des femmes qui sont la moitié de l'humanité, et qu'il nie l'égalité de la femme et de l'homme »⁵⁰. D'où la recommandation du Conseil des ministres adressée aux États membres « de promouvoir l'utilisation d'un langage reflétant le principe de l'égalité de la femme et de l'homme », notamment en « mett[ant] la terminologie employée dans les textes juridiques [...] en harmonie avec le principe de l'égalité des sexes ». Douze ans plus tard et quelques semaines à peine après la décision commentée du Conseil d'État, le Comité des ministres a à nouveau invité les États membres à « utiliser des formes féminines et masculines [...] pour s'adresser à un groupe » et « à promouvoir l'utilisation d'un langage non sexiste dans tous les secteurs,

⁴⁵ Not. *Langue et droit, XV^e congrès international de droit comparé*, dir. É. Jayme, Bruxelles, 1999.

⁴⁶ Pour une démonstration, dans le contexte de l'usage de l'anglais à la Cour pénale internationale, cf. M. Bohlander, « Language, Culture, Legal Traditions, and International Criminal Justice », *Journal of international criminal justice*, 12, 2014, p. 491-513.

^H locutaires

⁴⁷ O.N.U. Femmes, *Rédaction inclusive. Promotion de l'égalité des sexes par le biais du langage* [En ligne : unwomen.org]; O.N.U., *Le langage inclusif* [En ligne : un.org], spécialement la rubrique « Contexte et objectif » affirmant « [c]omme la langue a le pouvoir de faire évoluer les attitudes culturelles et sociales, l'emploi d'un langage inclusif est un bon moyen de promouvoir l'égalité de genre et de lutter contre les préjugés », et la rubrique « orientation » recommandant l'usage de la double flexion totale ou partielle ou divers procédés de neutralisation du genre.

⁴⁸ Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, *La communication inclusive*, spé. la préface du Directeur général de l'administration : « L'être humain ne peut s'épanouir que dans un environnement inclusif où la diversité est acceptée, respectée et appréciée. Un environnement de travail sain et inclusif commence par [...] un langage inclusi[f] qui reconnaît et reflète la diversité et qui évit[e] les préjugés inconscients ».

⁴⁹ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, recommandations n^{os} R (90) 4, *L'élimination du sexisme dans le langage*, 21 févr. 1990 ; CM/Rec. (2007) 17, *Les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes*, 21 nov. 2007 ; CM/Rec. (2019) 1, *La prévention et la lutte contre le sexisme*, 27 mars 2019.

⁵⁰ Recommandation n^o R (90) 4 précitée.

notamment dans le secteur public », en procédant notamment pour cela à « un examen systématique de l'ensemble des lois, réglementations [...] du point de vue du langage sexiste »⁵¹.

Quant aux pratiques nationales, deuxièmement, il est intéressant de relever que plusieurs États se sont engagés dans la promotion d'un langage non sexiste par des dispositions dédiées. Il ne s'agit pas ici simplement de relever que certains États ont fait disparaître de leurs droits les dispositions exprimant que le genre masculin représenterait tous les genres, afin de les remplacer par des dispositions soulignant que l'emploi de n'importe quel genre peut avoir un sens générique⁵². C'est ainsi par exemple que nombre de pays de *common law* ont fait disparaître de leurs *Interpretation acts* les règles d'interprétation prévoyant que le masculin a une valeur générique sauf disposition contraire. Il est frappant de relever, si l'on étudie le cas australien, que l'exposé des motifs de la loi ayant abrogé les normes d'interprétation conférant explicitement au seul masculin une fonction générique ne mentionne nullement la poursuite d'un objectif d'égalité entre les genres⁵³. Un tel objectif n'est d'ailleurs pas nécessairement poursuivi, puisque ces règles ont parfois pour seule finalité de clarifier la portée d'énoncés formulés au féminin et pour lesquels on se demanderait si ce genre peut avoir un sens générique. Ce ne sont donc pas tant ces dispositions interprétatives qui témoigneraient d'une prise de conscience croissante du lien entre signe et signifié que, surtout, les dispositions législatives entendant directement promouvoir un langage inclusif. Exemple à cet égard est la loi suisse de 2007 énonçant que « [l]es autorités fédérales s'efforcent d'utiliser un langage adéquat, clair et compréhensible et tiennent compte de la formulation non sexiste »⁵⁴, ce qui témoigne très nettement d'une volonté d'agir sur la langue pour réduire les inégalités sociales.

L'exemple suisse est d'autant plus intéressant qu'il permet aussi de mieux saisir les raisons pour lesquelles les locuteurs français^I et leurs gouvernants^J sont réticents^K à abandonner la règle grammaticale de la généricité du masculin. En effet, le caractère relativement imprécis de la disposition suisse évoquée – elle ne précise pas ce qu'il faut entendre par « langage non sexiste » – a conduit à des applications fort différentes du principe énoncé. Une étude comparée des usages de la féminisation a fait ainsi apparaître que les rédacteurs^L

⁵¹ Recommandation n° CM/Rec. (2019) 1 précitée.

⁵² Au Royaume-Uni, par exemple, l'*Interpretation Act* (1889), prévoyait dans son § 1 : « unless the contrary intention appears, – / (a.) words importing the masculine gender shall include females ». Cette règle d'interprétation a été abandonnée par l'*Interpretation Act* (1978) dont l'article 6 dispose : « In any Act, unless the contrary intention appears, – / (a) words importing the masculine gender include the feminine; / (b) words importing the feminine gender include the masculine ». Comp. Parlement du Québec, *Loi d'interprétation*, Chapitre I-16, art. 53 : « Le genre masculin comprend les deux sexes, à moins que le contexte n'indique le contraire ». Le même phénomène s'observe en Australie, avec l'adoption d'une norme totalement aveugle au genre (contrairement à la norme anglaise mentionnant encore le masculin et le féminin). Tel est le sens du § 11 du *Acts Interpretation Amendment Act* (1984) modifiant le § 23 du *Acts Interpretation Act* (1901).

⁵³ The Parliament of the Commonwealth of Australia, Senate, *Acts Interpretation Amendment Bill 1984. Explanatory Memorandum*, n° 11, p. 3, où se trouve seulement décrite la modification proposée sans en donner les motifs.

⁵⁴ Parlement de la Confédération suisse, *Loi fédérale sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques*, 5 oct. 2007, art. 7.

^I locutaires français

^J gouvernanz

^K réticenz

^L rédactaires

de textes français, contrairement aux rédacteurs allemands^M, avaient très largement conservé l'usage du masculin générique. Pourquoi? Notamment en raison de la structure langagière du français, où les accords de genre sont très présents, mais aussi en raison des prises de position de l'Académie française, dont l'autorité morale s'étend bien au-delà des frontières françaises⁵⁵. L'influence de cette autorité morale paraît d'ailleurs s'exercer également sur le Conseil d'État lui-même, lorsqu'on étudie les usages qu'il mobilise, lesquels sont avant tout ceux promus par l'Académie.

L'instrumentalisation des usages grammaticaux

La référence aux usages grammaticaux est au cœur du raisonnement mené par le Conseil d'État et avant lui par la rapporteure publique, qu'il s'agisse des réponses aux griefs tirés de la contrariété de l'usage grammatical promu par la circulaire avec le principe d'égalité ou encore du grief arguant à propos de cet usage de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. La décision du Conseil d'État suscite toutefois quelques réserves, tant quant aux modalités du recours à ces usages que dans le principe même de leur utilisation.

Concernant tout d'abord les modalités du recours à ces usages, la lecture de l'arrêt à l'aune des conclusions de la rapporteure publique révèle une différence d'appréciation discutable entre les usages passés et les usages actuels. Dans la réponse faite au moyen tiré de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination, la rapporteure publique – et semble-t-il à sa suite le Conseil d'État – dissocie l'usage grammatical passé, jugé « sexiste », et l'usage actuel, jugé non sexiste. Si une telle dissociation peut sans doute s'appuyer sur l'idée commune d'une amélioration croissante de la situation des femmes dans la société française, elle ne paraît pas en accord avec la réalité historique. En effet, si certains grammairiens ont pu, dans un souci d'hégémonie masculine, s'efforcer de privilégier le masculin et de faire disparaître l'accord de proximité qui coexistait un temps avec l'accord au masculin générique⁵⁶, rien ne permet d'établir que ces motifs étaient poursuivis à titre général. En outre, même lorsqu'une telle volonté discriminatoire était poursuivie, elle n'était pas forcément affichée. Elle s'abritait bien souvent, comme chez Vaugelas, derrière un argument pseudo-scientifique⁵⁷, à

^M allemandz

⁵⁵ D. Elmiger, É. Schaeffer-Lacroix, V. Tunger, « La rédaction non-sexiste en Suisse : pluralité des discours et des pratiques », *Le discours et la langue*, à paraître.

⁵⁶ Sur cette coexistence, *L'Académie contre la langue* cit.

⁵⁷ Alpheratz, *Grammaire du français inclusif* cit., p.28.

⁵⁸ Si un examen sommaire de quelques textes royaux antérieurs à la création de l'Académie française (notamment l'ordonnance de 1539 sur le fait de justice, dite ordonnance de Villers-Cotterêts), fait apparaître l'usage du masculin générique pour désigner les personnes, A. Callamard rappelle néanmoins que dans « les discours criés sur la place publique, on disait « iceux et icelles » (pour « ceux et celles ») ainsi que « tuit et toutes » (pour « tous et toutes ») » : « Le sexisme à fleur de mots », *Le Monde diplomatique*, 28 mars 1998.

^N touz

⁵⁹ Cf. les sources émanant d'académiciens ou de l'Académie elle-même citées dans *L'Académie contre la langue* cit., p.36-37. Adde L. Lamotte, L.-N Bescherelle, *Grammaire de l'Académie ou Principes de grammaire française fidèlement extraits de la dernière édition du Dictionnaire de l'Académie*, Paris, 1841, n° 365, p.105, où les auteurs rapportent la règle suivante tirée des exemples du dictionnaire de l'Académie qui avait seul paru à l'époque : « Lorsque les noms sont de différent genre, l'adjectif qui s'y rapporte se met au masculin ».

⁶⁰ Haut Conseil à l'Égalité, *Pour une communication publique* cit., p.62-63 pour la liste des contributeurs* (contributaires).

^O locutaires

⁶¹ Ainsi l'entrée « masculin, e », du *Grand Larousse encyclopédique* de 1962 ne comprend aucune mention de ce caractère générique car la théorie n'est semble-t-il inventée que la même année. Cf. S. Contamina, « La problématique du genre dans la pluralisation en espagnol : l'arobase comme signe alternatif », in *Avec les mots, avec le corps*, dir. C. Bard et F. Le Nan, 2019, p.86, n°2, où l'autrice fait remonter cette théorie du masculin générique ou « genre non marqué » à l'ouvrage R.-L. Wagner, J. Pinchon, *Grammaire du français classique et moderne*, Paris, 1962, p.56.

⁶² Cf. *UK Interpretation Act (1978)* cit. n° 2.

savoir la supériorité présumée, dans la nature, de l'homme sur la femme, laquelle paraissait également impliquer sa supériorité dans la langue. Où l'on voit qu'hier l'argument sexiste n'était ni omniprésent – y compris dans le discours juridique ⁵⁸ – ni partagé par tous^N. Il en va de même aujourd'hui. En effet, contrairement à ce que suggère la rapporteure publique en mettant au singulier l'expression « usage actuel », coexistent actuellement plusieurs usages : il y a d'un côté celui du masculin générique, porté notamment par l'Académie ⁵⁹, composée majoritairement d'hommes non linguistes, et de l'autre l'accord de proximité recommandé par le Haut Conseil à l'Égalité, dans un document à la rédaction duquel les femmes ont majoritairement participé ⁶⁰. Même parmi les personnes suivant l'usage le plus fréquent du masculin générique, les raisons de son emploi peuvent différer. Pour nombre de locuteurs^O il ne s'agira que d'appliquer une règle présentée à l'école comme relevant de la grammaire normative, là où, pour d'autres, il s'agira de défendre le statu quo, quand bien il minoriserait le genre féminin. Certes, comme hier avec l'argument naturaliste, la volonté de minoriser le genre féminin ne sera qu'exceptionnellement affichée et s'abritera derrière une théorie grammaticale semble-t-il apparue dans les années soixante ⁶¹ : la genericité du masculin. Mais qui ne voit les faiblesses de cette théorie qui, si elle peut fonctionner pour les mots inanimés, qui ont un genre arbitraire, est assurément prise en défaut pour les êtres animés dont le genre est motivé ? En outre, en anglais, cette capacité générique est reconnue tant au masculin qu'au féminin ⁶², tout comme d'ailleurs dans les grammaires françaises adoptant l'accord de proximité. Difficile dans ces conditions de croire que la promotion par la circulaire du masculin générique serait dépourvu de tout sexisme et que la promotion de cet usage actuel s'éloignerait de la promotion de l'usage ancien. Au final, la dissociation historique à laquelle procède la rapporteure publique, et semble-t-il avec elle le Conseil d'État, s'avère discutable.

L'autre modalité de recours aux usages qui peut être ici discutée est la distinction entre les grammaires normatives et descriptives. Cette distinction est en effet mobilisée de manière contradictoire par la rapporteure publique et semble-t-il aussi par le Conseil d'État. D'un côté, la rapporteure publique paraît adhérer à l'idée qu'il existerait des usages grammaticaux normatifs – ceux énoncés par

l'Académie française – et qui devraient être respectés. C'est ce qui ressort des propos dans lesquels la rapporteure publique relève que la règle grammaticale énoncée par la circulaire n'est que « l'écho de l'usage actuellement en vigueur ». Par cette référence à l'usage en vigueur, la rapporteure opère un tri implicite entre les différents usages pour ne retenir que celui promu par l'Académie française – celui du masculin générique – et considéré comme étant en vigueur. D'un autre côté, cependant, lorsque la rapporteure publique examine s'il existe des standards permettant d'apprécier ou non l'existence d'une erreur manifeste, elle n'hésite pas à écarter la distinction commune entre la « grammaire normative » et la « grammaire descriptive », cela afin de justifier la liberté de chacun^P de s'exprimer comme il^Q l'entend⁶³.

Ce n'est pas toutefois seulement la manière de sélectionner les usages qui suscite des réserves, c'est aussi parfois le principe même d'une telle sélection. Ainsi, lorsque la rapporteure publique et, semble-t-il aussi, le Conseil d'État soulignent que la forme promue par la circulaire serait conforme à l'« usage actuel » ou à l'« usage en vigueur », l'on peut s'interroger sur la réalité de cet usage qu'ils^R invoquent. En effet, compte tenu de la pluralité des usages grammaticaux, parler d'un « usage actuel » ou d'un « usage en vigueur » est forcément inexact. Ce qui est en réalité visé c'est une forme particulière à laquelle l'Académie a conféré le statut de « bon usage ». Mais cette activité de tri et ensuite de diffusion ne fait-elle pas perdre la nature même d'usage ? La référence à ce dernier terme dans la décision commentée n'est-elle pas dès lors discutable dans son principe même ? Cette question, les juristes se la posent depuis fort longtemps à propos de la codification des coutumes, en particulier de celle qui est intervenue en France aux xv^e et xvi^e siècles⁶⁴. À cet égard, la refonte de la procédure de codification des coutumes par plusieurs lettres patentes adoptées à partir de 1495⁶⁵ par Charles VIII a permis aux agents du roi, contrairement à la procédure antérieure où la correction était interdite, de vérifier les coutumes retranscrites et de modifier celles de leurs dispositions semblant « iniques et desraisonnables ». Or, à l'occasion de cette nouvelle procédure, les juristes s'étaient interrogés sur le point de savoir si ces coutumes en étaient bien toujours ou si elles n'avaient pas plutôt été transmues en des normes édictées par le roi. Il semble qu'alors leur

^P chacane

^Q al

⁶³ Ou, à tout le moins, s'agissant du contexte de l'arrêt, la liberté du Premier ministre d'imposer aux personnes placées sous son autorité d'écrire comme lui l'entend.

^R als

⁶⁴ Cf. par exemple : J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, 2^e ed., Paris, 2000, p.37 s.

⁶⁵ Sur ces différents textes : A. Smedley-Weill, S. Geoffroy-Poisson, « Les assemblées d'états et la mise en forme du droit », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 26 (2001), n^{os} 8 et 9.

réponse ait été majoritairement qu'une telle transmutation avait bien opéré⁶⁶, conclusion à laquelle paraissent s'être depuis ralliés les historiens contemporains^s, considérant qu'alors « [l]a volonté du roi fait la loi »⁶⁷. Transposée au « bon usage » proposé par l'Académie, cette analyse nous conduit à penser que la forme invoquée par le Conseil d'État n'a d'usage que le nom, le tri opéré par l'Académie lui ayant en réalité conféré la nature d'une norme édictée. On en veut pour preuve supplémentaire que la rapporteure publique parle d'« usage en vigueur ». Or, si cette précision sur la vigueur de la norme n'a guère de sens à propos d'une coutume, nécessairement en vigueur⁶⁸, elle en a revanche davantage pour une règle de droit édictée. En parlant donc d'« usage en vigueur », la rapporteure accrédite l'idée que l'usage sur lequel elle s'appuie n'en est pas un. Mais, ce faisant, elle masque l'auteur véritable de la règle, l'Académie, et prive ainsi l'auditoire d'une possibilité de remettre en cause cette règle en contestant la compétence de son auteur⁶⁹.

Telle n'est pas la seule invocation d'un usage, discutable dans son principe même. Doit également être discuté le raisonnement par lequel la rapporteure publique, invoquant la diversité des usages, tente de justifier de l'inexistence de standards à l'aune desquels juger de l'erreur manifeste d'appréciation alléguée par l'association requérante. Pour saisir les limites de ce raisonnement, rappelons l'argumentation de l'association requérante. Cette dernière considérait que l'affirmation selon laquelle le masculin est une forme de genre neutre serait entachée d'une erreur de fait manifeste. D'une part, car le masculin ne serait pas véritablement un genre neutre, pour les raisons évoquées plus haut au sujet de la théorie du caractère générique du masculin. D'autre part, car persisterait dans la langue française un genre neutre, présent à l'état de trace dans la langue commune⁷⁰, ou présent plus largement dans certaines pratiques langagières inclusives⁷¹. Ce faisant, l'association se plaçait sur le terrain de la science linguistique : le masculin peut-il, au regard des données actuelles de cette science, être considéré comme un genre neutre ? Or, la rapporteure publique ne répond pas sur ce point. Au lieu de chercher un élément scientifique permettant de déterminer si le masculin peut être considéré comme un genre neutre, elle cherche dans les usages s'il existe un standard normatif établissant que « le masculin doit être (ou ne doit pas être) un genre neutre » ; et, ne le trouvant pas, elle

⁶⁶ En ce sens J. Gaudemet, *Les naissances du droit cit.*, p. 46-47.

^s ralliées les historien·es contemporaines.

⁶⁷ J. Krynen, « "Voluntas Domini Regis in suo regno facit jus" : le roi de France et la coutume », in *El dret comu i Catalunya*, Barcelona, 1998, p. 59-90, cité par J. Gaudemet, *ibid.*, p. 47.

⁶⁸ Dans la coutume, en effet, l'existence de la norme et sa vigueur sont indissociables : une coutume qui n'est pas en vigueur est en désuétude et n'existe tout simplement pas. En revanche, une norme édictée peut ne pas être en vigueur mais exister bel et bien, d'où effectivement l'intérêt de préciser si cette norme édictée est ou non en vigueur.

⁶⁹ Si l'art. 24 des statuts de l'Académie confie bien à celle-ci la tâche de « donner des règles certaines à notre langue », il semble à la lumière des art. 43 et 44 de ces statuts que ces règles ne soient obligatoires que pour les membres de l'Académie. De là, l'on pourrait arguer que l'Académie serait incompétente pour imposer des règles à d'autres personnes que ses membres.

⁷⁰ Cf. Alpheratz, *Grammaire du français inclusif cit.*, p. 50-51.

⁷¹ Notamment celles proposées dans Alpheratz, *ibid.*, p. 65-192.

conclut à l'absence de standard permettant d'examiner le moyen de l'association requérante. Ce faisant, la rapporteure publique invoque une fois de plus les usages pour répondre à une question qui leur était étrangère, usant alors, si l'on peut dire, d'un argument inopérant! ●