

FAMILLES, INÉGALITÉS ET DROIT DANS UN ESPACE MONDIALISÉ

Recension critique de Daphna Hacker, *Legalized Families in the Era of Globalization* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2017), pp 386. ISBN 9781316535004

Ivana Isailović *

Introduction

La mondialisation, qui se caractérise par des changements sociaux, juridiques et économiques, soulève une série de questions nouvelles en droit de la famille au point d’entraîner une véritable mutation de ce champ. La mondialisation se caractérise tout d’abord par une circulation transfrontalière accrue des populations qui rend les familles de plus en plus transnationales dans leur composition¹. Dans ce contexte, l’une des questions auxquelles font face les tribunaux est celle de la reconnaissance des institutions de droit étranger, notamment en ce qui a trait aux mariages ou divorces religieux, et des effets juridiques des contrats transnationaux de gestation pour autrui. La mondialisation se caractérise aussi par la multiplication des régimes juridiques, notamment des régimes de protection des droits de la personne. Ces normes jouent un rôle de plus en plus important dans la résolution des questions touchant au droit de la famille. Les normes de protection contre la discrimination en raison du genre ou de l’orientation sexuelle ont ainsi reconfiguré les droits de la famille na-

* L’auteure est chercheuse affiliée à l’Institut Max-Planck de droit international privé et comparé et chercheuse invitée à la Faculté de droit et à la Faculté des sciences sociales et sciences humaines de l’Université Northeastern. Elle est aussi chargée de cours au MIT.

© Dr Ivana Isailović 2018

Citation: (2018) 64:2 McGill LJ 401 — Référence : (2018) 64:2 RD McGill 401

¹ Voir par ex Daphna Hacker, *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, New York, Cambridge University Press, 2017 à la p 19. En 2014, plus d’un cinquième des familles dans l’Union Européenne comprenait un membre qui était un immigré (voir Mihaela Agafitei et Georgiana Ivan, « First and Second-Generation Immigrants – Statistics on Households » (septembre 2016), en ligne : *Eurostat* <ec.europa.eu> [perma.cc/S5VJ-YHE9]). Selon Statistique Canada, en 2016, 37% des enfants ici au Canada avait un parent qui est né à l’étranger (« Les enfants issus de l’immigration : un pont entre les cultures » (25 octobre 2017), en ligne : *Statistiques Canada* <statcan.gc.ca> [perma.cc/6WJC-ZXNP]).

tionaux fondés sur le modèle hétérosexuel de la famille². La mondialisation renvoie finalement à l’extension mondiale du modèle économique néolibéral, qui influence aussi le droit de la famille³. La Banque mondiale, qui est l’un des vecteurs principaux du néolibéralisme, est aujourd’hui investie dans les politiques de développement qui prennent en considération la famille et les inégalités de genre qui y persistent. Ainsi, les rapports de la Banque préconisent des réformes juridiques en matière de mariage, de divorce, de politiques sociales (les congés de maternité, par exemple) et de violences faites aux femmes, qui sont censées démanteler les normes discriminatoires et assurer une croissance économique inclusive⁴.

Pourtant, l’étude du droit de la famille est souvent délaissée dans les analyses portant sur les mutations juridiques liées à la mondialisation⁵. Dans *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, Daphna

² Voir par ex l’opinion de la Cour interaméricaine des Droits de l’Homme sur le mariage des personnes de même sexe et la reconnaissance de l’identité de genre : *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (Costa Rica)* (2017), Avis consultatif OC-24/17, Cour Interam DH (sér A) n° 24, *Rapport annuel de la Cour interaméricaine des Droits de l’Homme : 2017*, en ligne (pdf) : <www.corteidh.or.cr> [perma.cc/34JJ-JUJ3]. Pour une analyse comparative, voir Ivana Isailović, « Same Sex but Not the Same: Same-Sex Marriage in the United States and France and the Universalist Narrative » (2018) 66:2 Am J Comp L 267.

³ Le néolibéralisme renvoie ici à une théorie politique économique qui s’appuie sur la théorie du laissez faire économique en privilégiant le marché et les acteurs économiques aux dépens de l’État. Le néolibéralisme se traduit en pratique notamment par des mesures de privatisation, de dérégulation et de la libéralisation des échanges commerciaux, et l’austérité fiscale, et résultent dans l’augmentation des inégalités sociales. Voir généralement David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, New York, Oxford University Press, 2005. Le néolibéralisme se caractérise également par un changement culturel et politique qui fait primer la rationalité économique dans l’organisation sociale. Voir généralement Wendy Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism’s Stealth Revolution*, New York, Zone Books, 2015; Quinn Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2018.

⁴ Voir par ex The World Bank, « Engendering Development Through Gender Equality in Rights, Resources and Voice », Washington, Oxford University Press, 2001, en ligne (pdf) : <documents.worldbank.org> [perma.cc/V6ZF-MXLR]; The World Bank, « The World Bank Gender Strategy » (dernière modification le 31 octobre 2019), en ligne : <www.worldbank.org> [perma.cc/48T3-93F2]. Voir aussi The World Bank Group, « Women Business and the Law » (dernière consultation le 1^{er} avril 2020), en ligne : <wbl.worldbank.org> [perma.cc/YQ3B-SNZQ]. Voir particulièrement les études empiriques sur le divorce et le mariage : World Bank Group, « Women, Business and the Law 2019: A Decade of Reform » (2019), en ligne (pdf) : <pubdocs.worldbank.org> [perma.cc/95Z2-L3L4]. Pour une analyse critique des politiques de développement des institutions internationales et de leurs impacts sur le droit de la famille, voir Kerry Rittich, « Black Sites: Locating the Family and Family Law in Development » (2010) 58:4 Am J Comp L 1023.

⁵ Voir généralement Ivana Isailović, « Family Law: A Blindspot » dans *Jessup’s Bold Proposal: Engagements with ‘Transnational Law’ after Sixty Years*, London, Peer Zumbansen, 2020 aux pp 294–318 [Isailović, « Family Law »].

Hacker, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Tel-Aviv en Israël, comble cette lacune. Il s'agit à notre connaissance du premier ouvrage juridique qui entreprend d'étudier de manière systématique et dans une perspective interdisciplinaire les mutations qui affectent la famille et le droit qui la régit dans l'espace transnational⁶. Le présent essai décrit les différents thèmes et les principaux arguments de ce livre riche en réflexions, avant de souligner ses apports à l'analyse du droit de la famille, d'une part, et à l'étude de la mondialisation et du droit, d'autre part. Cet essai se conclut en proposant une réflexion plus critique et des pistes de réflexion supplémentaires. L'un de ces commentaires concerne les liens entre l'économie politique et le droit de la famille. L'ouvrage attire certes l'attention sur les conséquences du néolibéralisme sur les familles et le droit, mais ne fait qu'effleurer ce sujet important et d'actualité, qui mériterait d'être davantage exploré par les juristes et les sociologues.

I. La famille dans l'espace mondialisé

L'ouvrage s'intéresse principalement à deux questions : comment la famille — au sens sociologique du terme — est-elle transformée dans un espace mondialisé? Comment le droit influence-t-il les familles et perpétue-t-il des hiérarchies sociales? Les deux premiers chapitres décrivent le cadre analytique choisi pour étudier ces questions. Hacker utilise le concept de « *bordered globalization* » qui renvoie au jeu complexe des multiples « frontières » dans le contexte de la mondialisation. Selon elle, la mondialisation se caractérise simultanément par l'ouverture des États à la circulation des personnes, des capitaux et des idées, et par l'importance

⁶ D'autres ouvrages et articles scientifiques s'intéressent à différents aspects de la question. Pour les travaux en droit, voir Barbara Stark et Jacqueline Heaton, dir, *Routledge Handbook of International Family Law*, Oxford, Routledge, 2019; Barbara Stark, « When Globalization Hits Home: International Family Law Comes of Age » (2006) 39 *Vand J Transnat'l L* 1551 aux pp 1558 et s. En matière de droit international privé et mondialisation, voir Georgette Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé: Une perspective post-moderne*, Aix-en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006; Horatia Muir Watt, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) » (2001) 45 *Archives philosophie Dr* 271 à la p 274; Hugues Fulchiron, « La famille face à la mondialisation » dans *La Mondialisation du droit*, Eric Loquin et Catherine Kessedjian, dir, vol 19, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000, 479. Pour des travaux en sociologie, voir par ex Ulrich Beck et Elisabeth Beck-Gernsheim, *Distant Love: Personal Life in the Global Age*, traduit par Rodney Livingstone, Cambridge, Polity Press, 2014; Harry Goulbourne et al, *Transnational Families: Ethnicities, Identities and Social Capital*, London, Routledge, 2010; Deborah Bryceson et Ulla Vuorela, dir, *The Transnational Family: New European Frontiers and Global Networks*, Oxford, Berg, 2002.

des frontières étatiques⁷ et du droit national pour la formation des identités⁸ et de la vie familiale⁹. En utilisant le terme « *border* », Hacker étudie également la création et la persistance des frontières symboliques, culturelles et sociales — tels la race, le genre, la classe — qui renforcent les hiérarchies sociales¹⁰. « *Bordered globalization* » signifie donc que le phénomène de mondialisation ne peut s'étudier sans prendre en compte les différentes formes de frontières qui structurent l'expérience individuelle et collective.

Hacker définit ensuite la notion de famille qu'elle utilise dans le livre et son rapport avec le droit. Elle souligne la difficulté d'établir une définition universelle de la famille dans un espace transnational et culturellement fragmenté, et propose plutôt une conception pluraliste qui englobe les différentes manières de concevoir la famille selon les axes suivants : collectiviste/individualiste; dogmatique/pluraliste; public/privé; harmonieux/conflictuel¹¹. Elle définit ensuite le droit dans un contexte de « *bordered globalization* »¹². À l'instar des théories pluralistes du droit et des études sociologiques du droit (*law and society*), Hacker postule que, dans ce contexte de « *bordered globalization* », le droit est fragmenté. Bien que le droit national conserve toute son importance, les familles sont encadrées par une multiplicité de régimes juridiques au-delà du droit national de la famille, qui est traditionnellement défini comme le droit qui régit les rapports intimes et économiques dans le couple, ainsi que les rapports entre parents et enfants. Ces sources juridiques comprennent le droit national (incluant le droit de la famille, le droit de l'immigration, le droit pénal et le droit social), infranational (par exemple le droit religieux) et international (par exemple le droit international des droits de la personne et le droit de l'Union européenne)¹³.

⁷ Voir Hacker, *supra* note 1 à la p 30 :

although terms such as *detrterritorialization*, *denationalization*, *multiscalar system*, and *global governance* point to the growing interest in subnational and transnational forces and their transformation of nation states, the political framework that governs almost all the world's inhabitants, and the central political categories organizing our understanding of the public sphere — *sovereignty* and *citizenship*, remain fundamentally organized according to the national sphere and its rationale [notes omises].

⁸ Voir *ibid.*

⁹ Voir *ibid* aux pp 35–36.

¹⁰ Voir *ibid* aux pp 27–37.

¹¹ Voir *ibid* aux pp 53–59.

¹² Voir *ibid* aux pp 67.

¹³ Voir *ibid* aux pp 67–72.

Ce cadre théorique sous-tend l'analyse des différentes problématiques auxquelles font face les familles mondialisées, les législateur.ice.s et les juges, et qui reflètent les différents jalons de la vie familiale. Ces derniers incluent l'établissement des relations entre les époux.ses, la conception de l'enfant, le soin apporté à un enfant, et les soins reçus par les personnes âgées. Chaque question fait l'objet d'un chapitre distinct. Les arguments complexes et nuancés développés par Hacker ne se laissent pas facilement résumer. Dès lors, ce qui suit ne restitue qu'imparfaitement les différents axes de réflexion qu'elle développe.

Le chapitre 3 traite de la coordination en droit des attentes entre les différents membres de la famille, et entre les familles et l'État. Le chapitre s'intéresse plus particulièrement à la coordination des droits religieux et séculiers qui s'opère lorsque les membres de la famille font partie de communautés nationales et religieuses dont les règles diffèrent de manière significative. Par exemple — explique Hacker —, les droits musulman et judaïque ne reconnaissent pas l'égalité des genres au sens formel, ce qui les différencie des systèmes occidentaux¹⁴. Hacker souligne que, dans ce contexte de pluralisme juridique, le droit crée un « chaos familial mondial », plutôt qu'un cadre juridique « stable » et « prévisible »¹⁵. Afin de créer un cadre prévisible, certains peuvent vouloir privilégier les solutions contractuelles « privées » qui permettront de définir les obligations familiales dans le cadre transnational, à l'instar des contrats de mariage qui existent en droit national. Malgré les avantages d'une telle solution, Hacker y est opposée¹⁶. Comme plusieurs auteur.e.s féministes¹⁷, elle explique qu'une des limites de la solution contractuelle est qu'elle présuppose le consentement libre des époux.ses. Or, les femmes subissent souvent des contraintes qui affaiblissent leur pouvoir de négociation, et ceci

¹⁴ Voir *ibid* aux pp 85–86 (« although Western family law does not guarantee substantive gender equality, it at least strives to secure formal gender equality, whereas, within Islamic and Jewish law, the modern, liberal concept of gender equality, in either of its meanings, is a foreign one » [notes omises]); Pour une analyse contraire concernant l'institution de *talaq*, voir Ivana Isailović, « Political Recognition and Transnational Law: Gender Equality and Cultural Diversification in French Courts » dans Horatia Muir Watt et Diego P Fernández Arroyo, dir, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 318 [Isailović, « Political Recognition »].

¹⁵ Voir Hacker, *supra* note 1 à la p 115.

¹⁶ Voir *ibid* aux pp 104–14.

¹⁷ Sur les limites du consentement ou du concept de l'autonomie qui sont au cœur du féminisme libéral, voir Catharine A MacKinnon, « Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory » (1982) 7:3 *Signs* 515.

est surtout vrai, selon elle, dans le cas où il s'agit d'épouses immigrées qui sont dans une position plus vulnérable¹⁸.

Le chapitre 4 s'intéresse à la manière dont les pays encadrent le marché des services reproductifs transnationaux et étudie côte à côte l'avortement et la gestation pour autrui en prenant comme exemples la République d'Irlande et Israël¹⁹. Le concept de « *globbordered hypocrisy* » est central dans son analyse et montre que ce ne sont pas que les marchés qui tirent profit de ces services et qui contribuent à leur expansion. Cette expression renvoie à la situation des pays qui, selon Hacker, encouragent l'utilisation par leurs nationaux de services reproductifs transnationaux. Ceci leur permet de sauvegarder leur cadre législatif plus restrictif tout en répondant, d'une part, aux pressions des régimes juridiques internationaux de mettre en place un cadre plus permissif et, d'autre part, aux nécessités des marchés reproductifs transnationaux. Ceci amène selon Hacker l'« externalisation (im)morale de ces services »²⁰. À partir de ces deux exemples, Hacker analyse également les différentes relations de pouvoir qui encadrent et conditionnent l'autonomie reproductive des femmes qui souhaitent avorter, des « mères gestatrices » et des mères d'adoption. Selon elle, les exemples d'Israël et de la République d'Irlande montrent comment les femmes peuvent être réduites à leur fonction biologique, et comment leurs corps peuvent être soumis au contrôle des différents acteurs (l'État, les parents d'intention)²¹.

Le chapitre 5 examine les liens entre la notion de citoyenneté (*citizenship*) et les relations familiales. Il analyse le concept de « *familial citizenship* », à savoir le droit des individus de bénéficier des privilèges liés à la citoyenneté sur la base de leurs relations familiales²². Hacker souligne l'importance accrue des frontières nationales en utilisant de nombreux exemples de droits de l'immigration nationaux (comme ceux d'Israël, des États-Unis, du Royaume-Uni et de la France) et leurs interactions avec des régimes juridiques internationaux (comme la *Convention européenne des droits de l'homme*). Hacker démontre comment, du fait des nombreuses restrictions en droit de l'immigration, les États-nations rendent impossible la vie de famille dans l'espace transnational. En déployant les techniques juridique, bureaucratique et sécuritaire, les États empêchent l'entrée d'individus sur le territoire alors même qu'il s'agit de membres de familles vivant légalement dans le pays. Elle montre notamment com-

¹⁸ Voir Hacker, *supra* note 1 à la p 109.

¹⁹ Voir *ibid* aux pp 117–48.

²⁰ Voir *ibid* aux pp 146–47.

²¹ Voir *ibid* à la p 147.

²² Voir *ibid* aux pp 149–96.

ment ces restrictions créent une série de paradoxes : alors que la famille est célébrée dans le cadre de l'État-nation, elle est l'objet de surveillance de la part de l'État lorsque ses membres sont des non-nationaux²³. De même, alors que les pays en voie de développement imposent des restrictions en matière de droit de l'immigration, ces pays ont en réalité besoin de travailleur.euse.s étranger.ère.s peu qualifié.e.s pour faire face à la pénurie de main-d'œuvre dans certains secteurs²⁴.

Le chapitre 6 s'attaque au sujet de la malnutrition des enfants dans les pays les plus pauvres et examine trois moyens d'y remédier : les transferts de fonds des travailleur.euse.s migrant.e.s dans leurs pays d'origine (*remittances*), le travail des enfants et le régime d'adoption internationale. Pour Hacker, étudier ces trois exemples côte à côte permet de mettre en lumière la myopie de la vision occidentale. Celle-ci tend à considérer, dans le premier cas, que l'immigration est nécessairement positive pour les membres de la famille laissés dans le pays d'origine ainsi que pour le développement économique du pays d'origine. Face à cela Hacker soulève la complexité des situations dans les différents contextes : elle souligne notamment que les études existantes ne permettent pas de conclure à l'impact positif des transferts de fonds²⁵. De plus, les études sociologiques, explique Hacker, délaissent souvent l'analyse des drames humains qui entourent l'immigration²⁶. Concernant le travail des enfants, Hacker prend le contre-pied de l'analyse traditionnelle qui tend à voir le travail des enfants comme une préoccupation majeure au niveau international. Elle souligne que cette question devrait au contraire être analysée à la lumière des différentes conditions économiques des pays et de la définition culturelle de l'enfance, tout en gardant à l'esprit comment les pays du Nord (*Global North*) participent à créer les conditions qui rendent possible le travail des enfants dans les pays les plus pauvres²⁷. Pour Hacker, dans les trois cas, il est nécessaire de remettre en cause le regard centré sur le Nord et de définir un cadre législatif fondé sur les droits de l'enfant adapté aux situations locales, nationales et transnationales, ainsi qu'aux questions liées au genre, à la race, à la classe et au handicap.

La question des violences entre les membres de la famille fait l'objet du chapitre 7. Le chapitre analyse notamment les violences entre les

²³ Voir *ibid* à la p 192.

²⁴ Voir *ibid*.

²⁵ Voir *ibid* aux pp 202–206.

²⁶ Voir *ibid* aux pp 206–13.

²⁷ Voir *ibid* aux pp 216–18 (« Millions of children will continue to work in the foreseeable future, for two main reasons: poverty and cultural understandings of childhood. [...] But poverty and lack of better options do not tell the whole story. The debate over child work is embedded in competing perceptions of childhood » [notes omises]).

époux et celles faites aux enfants, de la circoncision aux mutilations génitales féminines, aux concours de beauté, en passant par les enlèvements internationaux des enfants²⁸. Le chapitre souligne plusieurs paradoxes et ambiguïtés que le droit crée dans le contexte mondial. D'une part, selon Hacker, on assiste à l'émergence d'une norme mondiale qui interdit la violence au sein de la famille. D'autre part, les règles migratoires complexes et restrictives renforcent la vulnérabilité des victimes. Dans ce chapitre, Hacker explique également que toute violence, notamment celle qui touche les enfants, ne devrait pas forcément être vue comme illégale. Elle propose un cadre normatif qui permettrait de distinguer les pratiques à prohiber et celles qui seraient permises et de différencier, par exemple, les mutilations génitales féminines de la circoncision à caractère religieux²⁹. Enfin, elle montre comment l'application du cadre législatif entourant les enlèvements internationaux d'enfants — et notamment l'application de la *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*³⁰ — perpétue les discriminations basées sur le genre, puisque la majorité des parents qui sont responsables des enlèvements sont des femmes qui tentent d'échapper aux violences familiales³¹.

Le dernier chapitre s'intéresse aux relations familiales dans le contexte de la fin de vie et, plus particulièrement, au travail domestique des travailleur.euse.s immigré.e.s prenant soin des membres âgé.e.s de leur famille. Hacker montre que pour beaucoup de ménages, les travaille.euse.s domestiques deviennent une nécessité du fait de l'augmentation de la proportion des personnes âgées dans la population et des changements néolibéraux qui limitent des financements publics des soins apportés aux personnes en fin de vie. Elle explique comment les relations familiales doivent être analysées au regard du contexte culturel et transnational ainsi que du rôle joué par le droit dans l'organisation du marché du travail et de l'immigration. En prenant l'exemple d'Israël, elle démontre que l'aide des travailleur.euse.s domestiques est économiquement et culturellement plus acceptable que le départ du parent dans les institutions spécialisées³². Elle souligne également les difficiles conditions de travail des travailleur.euse.s immigré.e.s. Du fait de l'absence de limites précises entre l'espace privé et le lieu du travail, du travail formel et informel, des relations intimes et professionnelles, les travailleuses font face à des con-

²⁸ Voir *ibid* aux pp 245–90.

²⁹ Voir *ibid* aux pp 272–74.

³⁰ 25 octobre 1980, 1342 RTNU 22514 (entrée en vigueur : 1 décembre 1983).

³¹ Voir Hacker, *supra* note 1 aux pp 280–89.

³² Voir *ibid* aux pp 295–312.

ditions de travail qui les fragilisent³³. Elles perçoivent de bas salaires, accumulent des heures supplémentaires qui souvent ne sont pas compensées, font face au harcèlement sexuel, dans un contexte où elles ne connaissent souvent pas leurs droits³⁴. Hacker souligne également le manque d'études sociologiques et anthropologiques concernant la manière dont les travailleur.euse.s domestiques affectent les liens familiaux, et les rapports de pouvoirs qui se lient au sein de la famille.

II. Les apports de l'ouvrage à l'analyse de la famille et de la mondialisation

Cette riche analyse du droit et des dynamiques sociales est précieuse pour au moins trois raisons : la famille et le droit qui la régit y sont étudiés dans un contexte de mondialisation, ce qui comble des lacunes dans la doctrine juridique; elle offre une approche véritablement interdisciplinaire; et elle propose des solutions pour traduire les réflexions théoriques dans la pratique du droit. Cette partie décrit brièvement ces trois apports.

Tout d'abord, l'ouvrage comble indéniablement des lacunes au sein des recherches en théorie juridique. Alors que, depuis une dizaine d'années, les sociologues se sont intéressé.e.s au concept de « famille transnationale », la doctrine juridique — en Amérique du Nord et en Europe — considère toujours que le droit de la famille est principalement un droit *national*³⁵. En parallèle, les recherches sur le droit et la mondialisation — qui se sont développées de manière importante dans les vingt dernières années — laissent de côté la famille et son droit, de sorte qu'elles perpétuent ce que les professeures Janet Halley et Kerry Rittich décrivent comme « l'exceptionnalisme du droit de la famille »³⁶.

³³ Voir *ibid* à la p 304.

³⁴ Voir *ibid* à la p 305. Sur les conditions de travail et la manière dont le droit transnational a évolué sur ce point, voir Adelle Blackett, *Everyday Transgressions. Domestic Workers' Transnational Challenge to International Labour Law*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 2019.

³⁵ Voir Hacker, *supra* note 1 à la p 317 :

[L]es familles à notre époque ne peuvent pas et ne doivent pas être appréhendées dans le seul cadre de l'État-Nation. Les familles internationales (dans lesquelles les époux.se.s sont né.e.s dans des pays différents), les familles transnationales (dont les membres circulent d'un pays à l'autre), les familles créées à partir de la reproduction assistée transnationale (créées par voie de la maternité de substitution ou par donation de gamètes faites à l'étranger), et les familles assistées par les travailleur.euse.s migrant.e.s (dans laquelle ces travailleur.euse.s prennent charge d'un membre de la famille) sont profondément affectées par la mondialisation. [notre traduction]

³⁶ Voir Isailović, « Family Law », *supra* note 5. Voir aussi Janet Halley, Kerry Rittich, « Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism » (2010) 58 Am J Comp L 753 à la p 754.

Ensuite, l'ouvrage propose une méthodologie véritablement interdisciplinaire et transnationale et s'inscrit dans le courant de *law and society* avec une dimension mondiale³⁷. En effet, les analyses juridiques de Hacker se situent à l'intersection du droit national et comparé, ainsi que du droit international public et du droit international privé. De plus, Hacker analyse le droit à la lumière des sciences sociales, ce qui lui permet de mettre en lumière l'écart entre « *the law in books and the law in action* » et de souligner comment le droit constitue, reproduit et tente de déstabiliser des inégalités sociales. Hacker s'intéresse particulièrement à la manière dont les individus appréhendent le droit, et dont ce dernier affecte leur vie quotidienne et peut renforcer des dynamiques d'oppression. Il devient impossible, dès lors, de séparer l'étude du droit et de la pratique juridique qui encadrent les relations familiales transnationales d'une réflexion plus profonde sur les effets qu'a le droit sur les catégories de classe, de race et de genre. Chacun des chapitres montre comment, sur des questions différentes — la citoyenneté, le marché reproductif transnational ou la question des violences familiales —, le rapport entre droit et inégalités prend des aspects multiples et complexes.

Enfin, Hacker rapproche la théorie juridique de la pratique en proposant au fil des chapitres des solutions concrètes aux questions que les législateur.ice.s, les juristes et les activistes s'efforcent de résoudre. Par exemple, dans le chapitre 7, elle suggère comment appréhender théoriquement la question des violences corporelles faites aux enfants lorsqu'elles prennent la forme de pratiques culturelles ou religieuses. De même, elle analyse dans ce même chapitre comment la *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, ratifiée par plus de 80 États, peut être réinterprétée et la pratique juridique changée afin de prendre en considération le fait que la majorité des parents qui déplacent leurs enfants sont des femmes qui fuient les violences conjugales en retournant dans leurs pays d'origine³⁸. À la fin de son ouvrage, Hacker établit une liste de principes normatifs qui devraient guider les législateur.ice.s et les juges lorsque ces dernier.ère.s sont confronté.e.s aux problèmes juridiques des familles transnationales³⁹. L'une de ces prescriptions est que le droit devrait reconnaître la vie transnationale des familles plutôt que d'imposer des catégories rigides qui ne correspondent pas à la réalité sociale.

³⁷ Sur les liens entre droit, anthropologie et mondialisation, voir Eve Darian-Smith, *Laws and Societies in Global Contexts: Contemporary Approaches*, New York, Cambridge University Press, 2013.

³⁸ Voir Hacker, *supra* note 1 aux pp 284–89.

³⁹ Voir *ibid* aux pp 320–21.

Bien que les mérites de cet ouvrage soient très nombreux, la partie suivante propose une réflexion plus critique et suggère quelques pistes pour prolonger la riche analyse de Hacker.

III. Commentaires critiques

Cette partie commente le cadre théorique choisi pour traiter des liens entre la mondialisation et la famille, ainsi que les analyses normatives portant sur la gestation pour autrui. Elle aborde aussi la question des liens entre la famille et l'économie politique, qui est peu explorée dans l'ouvrage. Ces quelques remarques ne cherchent en aucun cas à diminuer l'apport du livre et de ses analyses, mais plutôt à offrir des pistes pour des réflexions futures.

Premièrement, même si la notion de « *bordered globalization* » décrit de manière subtile les phénomènes multiformes qui caractérisent la mondialisation et la vie des familles transnationales, il est parfois difficile d'apprécier son application dans les chapitres subséquents. Cette difficulté s'explique sans doute par la polysémie de la notion de « *border* », utilisée tour à tour comme synonyme de frontière physique, de droit national ou du droit comme frontière, ou encore de relations de pouvoir soutenues par le droit. L'auteure est consciente de cet écueil et précise d'emblée qu'un usage excessif de « *border* » risque de lui faire perdre sa valeur analytique⁴⁰. Cependant, même si Hacker s'efforce de préciser en quoi l'utilisation de ce cadre analytique lui est utile, il est parfois difficile de comprendre la manière dont les différents chapitres sont liés au concept de « *bordered globalization* » au-delà de l'idée que les familles soient confrontées aux frontières physiques et que, dans chaque cas, le droit traduit des frontières symboliques en expériences réelles de discrimination. D'autant plus que certaines des analyses proposées dans les chapitres successifs auraient tout aussi bien pu être menées en mobilisant des concepts juridiques tels que le pluralisme juridique, le droit transnational⁴¹ ou des notions telles que la reconnaissance⁴², le pouvoir ou le genre. Sans doute une explication aurait peut-être pu justifier davantage le choix de ce cadre théorique et ce qui le rend particulier par rapport à d'autres concepts voisins.

⁴⁰ Voir *ibid* à la p 36.

⁴¹ Voir Peer Zumbansen, « Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance and Legal Pluralism » (2012) 21 *Transnat'l L & Contemp Probs* 305 aux pp 308-309.

⁴² Pour un résumé des débats en philosophie, voir par ex Isailović, « Political Recognition », *supra* note 14.

Deuxièmement, malgré les indéniables contributions de cet ouvrage, certaines analyses et représentations du genre peuvent paraître trop réductrices. Sans nier les problèmes relatifs au marché mondial de gestation pour autrui, l'ouvrage peut donner l'impression que les mères porteuses ou gestatrices sont réduites à leurs fonctions biologiques, et qu'il s'agit de femmes de pays en voie de développement exploitées par des couples vivant dans les pays développés. Du point de vue des théories féministes, pourtant, les concepts d'« oppression » et d'« exploitation » sont insuffisants pour décrire les expériences et les choix des individus⁴³. Les travaux des auteures féministes nous rappellent d'ailleurs que c'est précisément au nom de la prohibition de l'exploitation des femmes que s'exerce le contrôle sur leur corps et leur sexualité, *a fortiori* lorsque les femmes se livrent à des activités qui sont, pour beaucoup, répréhensibles moralement⁴⁴. Certaines féministes ont d'ailleurs utilisé cet argument en lien avec la gestation pour autrui : aux États-Unis l'opposition première à cette pratique s'est organisée autour de l'alliance entre les groupes conservateurs catholiques et les féministes qui dénonçaient l'exploitation des femmes pauvres par les couples riches⁴⁵. Aujourd'hui, ces arguments sont avancés par des auteur.e.s qui sont farouchement opposé.e.s à la pratique⁴⁶.

Le choix de devenir mère porteuse peut être réel tout en étant conditionné par des structures économiques, culturelles et familiales. La manière de comprendre la nature des droits de la gestatrice doit donc rendre compte du fait que l'oppression et l'agentivité ne se réduisent pas à une opposition binaire. Hacker reconnaît cette difficulté dans une certaine mesure. Elle précise, par exemple, qu'aux États-Unis et en Israël, la « mère gestatrice » participe à la rédaction du contrat avec les parents d'intention et est payée entre le tiers et la moitié de la somme totale payée par les parents d'intention⁴⁷. L'une des pistes avancées par la professeure de droit Cyra Choudhury est d'analyser la tâche de la gestatrice comme *un travail* et de s'assurer que les conditions de ce travail sont encadrées

⁴³ Voir par ex Angela Campbell, *Sister Wives, Surrogates and Sex Workers: Outlaws by Choice?*, Surrey (R-U), Ashgate, 2013.

⁴⁴ Voir par ex *ibid.*

⁴⁵ Voir Elizabeth S Scott, « Surrogacy and the Politics of Commodification » (2009) 72:3 *Law & Contemp Probs* 109 aux pp 129–34, 142–44.

⁴⁶ Voir par ex Muriel Fabre-Magan, *La gestation pour autrui : Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013.

⁴⁷ Voir Hacker, *supra* note 1 à la p 138.

par des dispositions contractuelles qui protègent la santé de la gestatrice et lui offrent des protections et une compensation suffisantes⁴⁸.

Troisièmement, les questions concernant les effets de la mondialisation économique sur les configurations familiales et le droit de la famille sont beaucoup moins étudiées que le rapport entre le droit et le pluralisme culturel. Hacker souligne qu'une composante de la mondialisation est « l'hypercapitalisme », qui creuse les inégalités entre les nations et au sein des États⁴⁹. Dans les chapitres sur la mise en place des marchés reproductifs, la circulation des fonds économiques et l'immigration, Hacker met en évidence la manière dont le droit encadre la marchandisation et la circulation des capitaux et du travail dans l'espace transnational. Pourtant, ces réflexions ne font qu'effleurer une discussion plus générale sur la manière dont le néolibéralisme définit le droit de la famille, et dont le droit de la famille contribue aux structures économiques mondiales⁵⁰.

Plusieurs questions permettraient d'approfondir l'étude des liens entre le droit de la famille et le néolibéralisme. L'une de ces questions concerne la manière dont le droit de la famille est défini par les tenants de la logique néolibérale. Par exemple, aux États-Unis, le droit de la famille est perçu comme permettant de limiter les dépenses de l'État, en faisant de la famille le principal filet de sécurité⁵¹. Une autre question concerne les effets que les organisations économiques internationales — telles que la Banque mondiale et l'Union européenne — ont sur la famille et ses représentations⁵². Une étude de cas qui aurait pu ainsi renforcer l'analyse de Hacker, tout en s'inscrivant dans l'esprit du livre et de l'idée de jalons dans la vie de famille, est l'étude des mesures de conciliation travail-

⁴⁸ Voir Cyra Akila Choudhury, « The Political Economy and Legal Regulation of Transnational Surrogate Labour » (2015) 48:1 Vand J Transnat'l L 1 aux pp 56–62.

⁴⁹ Voir Hacker, *supra* note 1 aux pp 20–22.

⁵⁰ Voir par ex June Carbone et Naomi R Cahn, *Marriage Markets: How Inequality is Remaking the American Family*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Philomila Tsoukala, « Household Regulation and European Integration: The Family Portrait of a Crisis » (2015) 63:3 Am J Comp L 747; Anne L Alstott, « Neoliberalism in U.S. Family Law: Negative Liberty and Laissez-Faire Markets in the Minimal State » (2014) 77:4 Law & Contemp Probs 25; Rittich, *supra* note 4; Chantal Thomas, « Migrant Domestic Workers in Egypt: A Case Study of the Economic Family in Global Context » (2010) 58:4 Am J Comp L 987; Hila Shamir, « The State of Care: Rethinking the Distributive Effects of Familial Care Policies in Liberal Welfare States » (2010) 58:4 Am J Comp L 953.

⁵¹ Voir Alstott, *supra* note 50. Voir aussi Melinda Cooper, *Family Values: Between Neoliberalism and the New Social Conservatism*, New York, Zone Books, 2017; Libby Adler et Janet Halley, « “You Play, You Pay” :Feminists and Child Support Enforcement in the United States » dans Janet Halley et al, dir, *Governance Feminism: Notes from the Field*, Minneapolis (Minn), University of Minnesota Press, 2019, 287.

⁵² Voir Rittich, *supra* note 4 aux pp 1034–35. Dans le contexte de la crise grecque, voir par ex Tsoukala, *supra* note 50.

famille. Analysées sous le prisme du néolibéralisme, les mesures — telles que les congés parentaux — entérinent et légitiment en fait le tournant néolibéral en privilégiant la situation des travailleur.euse.s qualifié.e.s, tout en laissant de côté les familles économiquement plus fragiles. Dès lors, la législation ou les politiques qui sont traditionnellement perçues comme des mesures d'égalité de genre peuvent renforcer des inégalités économiques⁵³.

Il s'agit d'un livre conséquent et ambitieux dans sa portée, et après sa lecture, on se sent — comme Daphna Hacker l'a d'ailleurs souhaité — submergé.e par l'ampleur des analyses proposées⁵⁴. L'ouvrage est passionnant et extrêmement utile pour les praticien.ne.s et les chercheur.se.s qui étudient les défis que pose la mondialisation pour la théorie juridique. Comme le souligne Daphna Hacker,

tout.e bon.ne praticien.ne en droit de la famille doit acquérir une compréhension du droit comparé, du droit international, du droit de l'immigration et de la citoyenneté pour pouvoir bien conseiller ses client.e.s aux moments charnières de leurs vies — lors du mariage, de l'acquisition des biens familiaux dans des juridictions étrangères, de l'écriture du testament ou du divorce [notre traduction]⁵⁵.

Ces analyses fines et engagées permettent de mieux comprendre les reconfigurations d'une discipline qui nous paraît si familière, mais qui est en réalité en mutation permanente. Ceci permet de mieux apprécier, à travers le prisme de la famille, la nature politique et juridique de la mondialisation, des rapports de pouvoir qu'elle crée, et de ses enjeux.

⁵³ Voir Ivana Isailović, « Neoliberalism, the European Union and the Question of “Work-Life Balance” » (4 novembre 2018), en ligne (blogue) : *Legal Form* <legalform.blog> [perma.cc/AYY4-UTQR].

⁵⁴ Voir Hacker, *supra* note 1 à la p 321.

⁵⁵ *Ibid.*