

Édito

À la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones

Anne Revillard, Karine Lempen, Laure Bereni, Alice Debauche, Emmanuelle Latour

Le projet de ce numéro est né d'un constat quant à la rareté des écrits féministes francophones sur le droit. À l'inverse, les théories féministes du droit occupent une place non négligeable dans le monde anglo-saxon. Nées aux États-Unis, les *feminist legal studies* s'inscrivent dans un courant plus général d'analyse critique du droit, les *critical legal studies*, qui trouve ses racines dans les mouvements de contestation de gauche des années 1960-1970 inaugurés dans le prolongement du mouvement pour les droits civiques. Pionnière de la critique féministe du droit, Catharine MacKinnon figure ainsi parmi les fondateurs des *critical legal studies*, aux côtés d'auteurs tels que Roberto Unger, Robert Gordon, Morton Horwitz et Duncan Kennedy. MacKinnon incarne bien, par ses écrits et sa pratique, une tension structurante de l'analyse féministe du droit entre dénonciation du caractère patriarcal du droit et mobilisation simultanée de l'outil juridique comme levier de changement social. La dénonciation du rôle du droit dans l'entretien de la domination patriarcale est l'aspect le plus couramment retenu des *feminist legal studies*. Dans ses écrits théoriques, MacKinnon montre ainsi comment le droit légitime la domination masculine, faisant paraître comme neutre et universel ce qui correspond en fait à un point de vue masculin sur le réel et conforte le pouvoir des hommes sur les femmes (MacKinnon, 1989). Cette critique radicale du droit n'induit toutefois pas un abandon de l'outil juridique, ni dans l'analyse théorique proposée par MacKinnon ni dans sa propre pratique juridico-politique. La juriste promet en effet la mise en œuvre d'une *feminist jurisprudence*, pratique juridique partant du *point de vue* des femmes, de la réalité de leur oppression. Cela la conduit à privilégier comme objets de réflexion et terrains de lutte des enjeux tels que les violences, la pornographie et le harcèlement sexuel.

Parallèlement et dans le prolongement de cette figure emblématique, les analyses féministes du droit se sont multipliées dans le monde anglo-saxon sous des formes plus ou moins théorisées (Boyd et Sheehy, 1986; Conaghan, 2000). Ces analyses reflètent dans leur diversité les grands courants théoriques de la pensée féministe, de la distinction ancienne entre courants libéral, différentialiste et radical aux débats plus récents sur la place à accorder à la dimension discursive (Smart, 1989; Currie, 1992). Ainsi, l'approche féministe libérale en droit critique le modèle du travailleur masculin qui sous-tend le droit du travail et des assurances sociales et a également des répercussions en droit de la famille. La perspective différentialiste, quant à elle, reproche aux procédures judiciaires leur caractère conflictuel et souligne la nécessité de privilégier des modes de résolution des conflits davantage orientés vers des valeurs féminines, comme la médiation. Enfin, la tendance radicale se concentre sur la mise en évidence du caractère discriminatoire des infractions contre l'intégrité sexuelle réprimées sur le plan pénal. Les réflexions féministes sur le droit ont été enrichies par la prise en considération de l'intersectionnalité (Crenshaw, 1989), conduisant notamment au développement d'un *critical race feminism* (Wing, 2003). Par-delà leur diversité de positionnements, ces travaux ont pour points communs, selon Joanne Conaghan (2000: 359), de remettre en question l'idée de neutralité du droit en soulignant sa dimension de genre, de s'inscrire dans un effort féministe transdisciplinaire de remise en cause de l'ordre existant à partir d'un point de vue centré sur les femmes, et d'être marqués par une ambition de transformation sociale et politique. Les travaux montrent aussi que, tout en étant influencé par une représentation particulière des rapports de genre (il pourra ainsi être dénoncé comme sexiste ou marqué par un biais masculin), le droit contribue en retour à produire le genre (Smart, 1992). Ainsi, le foisonnement des réflexions féministes en droit aura donné lieu, dans le monde anglo-saxon, à la création de départements et de chaires universitaires spécialisées, ainsi que de plusieurs revues telles que *Feminist Legal Studies*, *Australian Feminist Law Journal*, *Harvard Journal of Law and Gender*, *Yale Journal of Law and Feminism*, ou encore la revue bilingue *Canadian Journal of Women and the Law/Revue Femmes et Droit*. Ces publications témoignent de la vitalité des travaux féministes, bien que ceux-ci restent le plus souvent dominés au sein des départements de droit.

Par contraste, ces réflexions apparaissent fort peu présentes – et encore moins institutionnalisées – dans les départements de droit des universités francophones: peu de chaires, pas de revues spécialisées¹... La critique féministe est le fait de praticiennes plutôt que de théoriciens du

1. Parmi les rares publications plus ponctuelles sur cette thématique, citons par exemple le numéro spécial des *Cahiers de droit* (1995) consacré à «L'influence du féminisme sur le droit au Québec», les actes de la journée d'étude organisée

en 1997 à Bruxelles sur le thème «Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales» (Devillé et Paye, 1999), ainsi que le numéro spécial des *Cahiers d'études africaines* (2007) intitulé «Les femmes, le droit et la justice».

droit². Traditionnellement conservateur, peu ouvert à l'interdisciplinarité, le droit en tant que discipline universitaire apparaît ainsi plus fermé à l'analyse féministe que d'autres disciplines où cette réflexion, bien que dominée, a pu se déployer (histoire, sociologie, science politique...). Le parcours d'Annie Junter, retracé dans ce numéro, illustre bien ces difficultés. Les résistances d'un milieu juridique frileux et conservateur sont venues renforcer la méfiance originelle des théoriciennes du féminisme de la «seconde vague» vis-à-vis du droit comme de toute expression du pouvoir d'un État dénoncé en tant qu'instance patriarcale. Le féminisme a alors été plus théorisé *contre* le droit que *dans* le droit.

La théorie féministe apparaît toutefois à cet égard en décalage avec les pratiques d'un mouvement des femmes qui a rarement hésité à investir le droit: campagnes en faveur du droit de suffrage ou de la parité en politique, pour le droit à la contraception et à l'avortement, pour la sanction pénale des violences faites aux femmes ou encore pour le droit des migrantes venues au titre d'un regroupement familial de bénéficier d'un permis de séjour indépendant. Les terrains juridiques du féminisme sont nombreux. Ce décalage entre la très faible institutionnalisation des réflexions féministes dans le droit francophone et la place conséquente des terrains juridiques dans les luttes féministes invite à réévaluer le diagnostic quant à la faiblesse du «féminisme juridique» (Belleau, 1999: 13) francophone: les réflexions sont-elles bien inexistantes, ou simplement mal connues? Le succès inattendu de l'appel à contributions lancé par *Nouvelles Questions Féministes* sur le thème des «lois du genre» tend à valider cette dernière hypothèse. Les nombreuses propositions de contributions attestent la vitalité insoupçonnée des réflexions féministes en droit, nous conduisant à concevoir deux numéros spéciaux sur ce thème.

Ce volume présente le premier volet des contributions retenues, sur le thème du «droit à l'épreuve du genre». Comment le droit contribue-t-il à reproduire, ou à l'inverse à subvertir les rapports de genre? Dans quelle mesure des textes de loi apparemment neutres s'avèrent-ils avoir des effets discriminatoires dans les domaines de l'emploi, de la famille, du droit d'asile ou des violences envers les femmes? Que sait-on de l'impact des dispositifs juridiques visant l'égalité? Peuvent-ils avoir des effets pervers? Comment définir juridiquement le concept d'égalité pour faire du droit un véritable outil de changement social? Telles sont les principales questions abordées par les contributrices à ce numéro, qui explorent les «lois du genre» non seulement «dans les textes», mais aussi «en action»³ (jurisprudence, application du droit par des instances administratives) à partir d'une étude minutieuse des dispositifs juridiques. Le second tome traitera la question des mobilisations féministes face au droit: quel rapport les féministes

2. Voir par exemple les travaux de l'Association française des femmes juristes: <http://www.affj.asso.fr/> ainsi que ceux de l'Association des femmes juristes suisses: <http://www.lawandwomen.ch>

3. Nous reprenons ici la distinction entre «*law-in-the-books*» et «*law-in-action*» proposée par le courant du réalisme juridique.

entretiennent-elles avec le droit? Quelles sont les stratégies déployées par les féministes (mouvements, associations, juristes, avocates, expertes, responsables politiques) en amont et en aval de l'adoption des lois? Le rapport des féministes au droit sera alors envisagé aussi bien sous l'angle des usages du droit comme ressource dans la mobilisation collective, que du point de vue des contraintes exercées par le cadre juridique et l'agenda juridico-politique sur les luttes féministes.

À l'image de la diversité des propositions reçues, le *Grand angle* du présent numéro consacré au «droit à l'épreuve du genre» est interdisciplinaire: y contribuent des juristes (Juana María Gonzáles Moreno, Louise Langevin), une sociologue (Anne-Marie Devreux), une historienne (Carola Togni) et une diplômée en études genre (Françoise Stichelbaut). Différents aspects du droit – et de la vie sociale – sont traités (asile, violences, famille, chômage/travail), à partir de l'étude de différents cas nationaux: Suisse, France, Espagne, Belgique, Royaume-Uni, Canada. Par-delà la diversité des cas nationaux étudiés, plusieurs contributions soulignent l'influence croissante du droit international (onusien, européen), ainsi que les modalités variables de réception de ce cadre normatif selon les contextes nationaux.

Étudiant les lois intégrales contre la violence à l'égard des femmes en Espagne, Juana María Gonzáles Moreno en propose une analyse discursive inspirée des travaux de Carol Smart (1992). Elle montre comment ces lois, généralement considérées comme un progrès pour les femmes⁴, véhiculent en réalité des images qui participent au renforcement des rapports de genre existants plutôt qu'à leur remise en cause. Appréhension des violences comme un phénomène neutre du point de vue du genre, réduction de celles-ci aux seules violences conjugales, médicalisation du phénomène, sont autant de traits qui participent d'une occultation de la dimension structurelle et profondément sexiste des violences faites aux femmes.

Louise Langevin montre comment l'invocation du principe de liberté contractuelle par la Cour suprême du Canada en matière conjugale se fait au détriment de la protection des droits des femmes et de l'objectif d'égalité substantive entre les sexes. Son article met en lumière les ambivalences du principe d'égalité, l'égalité formelle pouvant être invoquée pour valider, en matière conjugale, des contrats conclus entre des parties en réalité inégales (l'homme et la femme). En faisant fi des inégalités réelles entre les sexes, cette invocation de la liberté contractuelle court le risque de les renforcer. La primauté accordée aux accords conclus entre conjoints sur une base contractuelle est particulièrement problématique dans le cas des conjoints de fait, qui représentent plus du tiers des couples au Québec.

4. Voir, par exemple, les réflexions de la Fédération Nationale Solidarité Femmes (FNSF) dans la rubrique *Collectifs* de ce numéro.

En effet, en donnant priorité au respect des engagements contractuels, l'État s'empêche d'intervenir en faveur de la protection du ou de la conjointe la plus faible, en imposant par exemple un partage du patrimoine familial comme la loi le prévoit pour les couples mariés. La contribution de Louise Langevin pose donc en dernier ressort la question des frontières de l'intervention légitime de l'État dans les relations conjugales, au prisme de l'objectif d'égalité des sexes.

À partir de deux cas français, le partage de la garde des enfants en cas de séparation parentale et le calcul des droits à la retraite des fonctionnaires, Anne-Marie Devreux montre comment des hommes mobilisent paradoxalement le principe d'égalité des sexes (en s'appuyant notamment sur le droit européen) pour remettre en question des droits spécifiques acquis par les femmes sur la base des inégalités de fait. Le droit apparaît alors comme un champ de lutte où s'affrontent les classes de sexe. Si l'on se tourne du côté de la Suisse, l'analyse d'Anne-Marie Devreux nous permet d'aiguiser notre regard sur la révision actuelle du Code civil suisse qui introduit le principe de l'autorité parentale conjointe après un divorce pour garantir l'égalité de traitement entre mère et père⁵.

Analysant, au regard de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés et des principes directeurs du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), le traitement réservé aux demandes d'asile formulées par des lesbiennes en Belgique et au Royaume-Uni entre 2000 et 2006, Françoise Stichelbaut met en lumière les nombreuses difficultés auxquelles se heurtent ces requérantes dans leurs démarches. Elle défend la thèse originale selon laquelle plutôt que d'être traitées au titre des persécutions liées à «l'appartenance à un certain groupe social», leurs requêtes devraient être considérées au titre des persécutions liées aux «opinions politiques», dans la mesure où le HCR précise que cette clause de l'opinion politique peut s'appliquer à «un comportement non conformiste qui conduirait le persécuteur à imputer à la personne une opinion politique particulière». Sans modifier le cadre juridique existant, le traitement des demandes d'asile formulées par des lesbiennes pourrait ainsi être rendu plus juste sous réserve d'une reconnaissance de la portée politique du lesbianisme.

Passant en revue toute l'histoire du droit à l'assurance chômage en Suisse depuis 1924, Carola Togni montre comment les conditions d'affiliation et d'indemnisation ont toujours été guidées par un modèle de *male breadwinner*, modèle que ces dispositions juridiques contribuent en retour à entretenir. En effet, en dépit de ses réformes successives, ce droit continue à supposer et à encourager l'assignation prioritaire des femmes au tra-

5. Un postulat 04.3250 «Tâches parentales. Egalité de traitement», déposé en 2004 par le parlementaire démocrate-chrétien Reto Wehrli, est à l'origine de cette révision législative.

vail domestique et leur intégration au marché du travail avec un statut subalterne.

Quelle image du droit donnent finalement ces contributions? Certaines insistent sur la dimension patriarcale du droit: Anne-Marie Devreux montre ainsi comment le droit de la famille sert les intérêts des hommes; Carola Togni souligne la permanence d'un modèle de division sexuelle du travail dans le droit à l'assurance chômage par-delà les réformes dont il fait l'objet. D'autres dressent un constat plus nuancé: bien que souvent utilisé pour renforcer la domination masculine, le droit peut aussi être mobilisé dans un sens émancipateur. La prise en considération des requêtes des demandeuses d'asile lesbiennes au titre des «opinions politiques» plutôt que de «l'appartenance à un certain groupe social» (Françoise Stichelbaut), l'adoption d'une conception substantive de l'égalité dans la régulation juridique des relations conjugales et parentales (Louise Langevin), sont autant d'usages du droit qui permettraient de déstabiliser le système de genre en place. À la fois instrument de domination et outil de résistance, le droit reflète finalement la complexité des rapports de genre eux-mêmes, faits de domination mais aussi de contre-pouvoirs. ■

- Belleau, Marie-Claire (1999). «Féminisme distinct ou féminisme stratégique». In Anne Devillé et Olivier Paye (Éds), *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales* (pp. 13-33). Bruxelles: Publications des facultés universitaires Saint-Louis.
- Boyd, Susan B. et Elizabeth A. Sheehy (1986). «Feminist perspectives on Law: Canadian theory and practice». *Canadian Journal of Women and the Law*, 2, 1-52.
- Cahiers d'études africaines* (2007). «Les femmes, le droit et la justice», N^{os} 187-188.
- Conaghan, Joanne (2000). «Reassessing the feminist theoretical project in law». *Journal of Law and Society*, 27 (3), 351-385.
- Crenshaw, Kimberlé (1989). «Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics». In University of Chicago Legal Forum (Éd.), *Feminism in the law: theory, practice and criticism* (pp. 139-167). Chicago: University of Chicago.
- Currie, Dawn H. (1992). «Feminist encounters with postmodernism: exploring the impasse of debates on patriarchy and law». *Revue canadienne La femme et le droit*, 5, 63-86.
- Deville, Anne et Olivier Paye (Éds) (1999). *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*. Bruxelles: Publications des facultés universitaires Saint-Louis.
- Les Cahiers de droit* (1995). «L'influence du féminisme sur le droit au Québec», 36 (1).
- MacKinnon, Catharine A. (1989). «Toward feminist jurisprudence». In C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (pp. 237-249). Cambridge: Harvard University Press.
- Smart, Carol (1989). *Feminism and the power of law*. London/New York: Routledge.
- Smart, Carol (1992). «The woman of legal discourse». *Social and Legal Studies*, 1 (1), 29-44.
- Wing, Adrien Katherine (2003). *Critical Race Feminism: a Reader*. New York: New York University Press.