



DÉCONSTRUIRE L'OBJECTIVITÉ DU DISCOURS JURIDIQUE AVEC LES CRITIQUES FÉMINISTES DU DROIT

UNE APPLICATION DE CERTAINES MÉTHODES FÉMINISTE DE DÉCONSTRUCTION
À LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Lorraine DUMONT¹

Docteure en droit public

Dans cette contribution, Lorraine Dumont interroge l'objectivité et la neutralité du droit sous la loupe féministe, qui, au contraire, affirme que les savoirs sont situés. L'autrice observe de quelle manière l'« outil droit » joue un rôle dans la construction de l'« hégémonie culturelle » théorisée par Antonio Gramsci, enquête sur les « silences du droit », parfois aussi importants, dit-elle, que les règles positives. Ces silences sont au détriment des femmes et de leur protection juridique et sociale. Pour les contrer, Lorraine Dumont revient sur quelques pistes émancipatrices utilisables dans le champ juridique, comme autant de respirations nécessaires pour construire un droit « meilleur »

INTRODUCTION

Toute femme qui a déjà dansé la salsa avec un homme connaît l'ambivalence du droit par rapport au patriarcat.

Les danses de couple ne sont pas seulement modelées par les standards hétérosexuels (on dit qu'elles sont « hétéro-normées ») ; elles correspondent aussi à des standards patriarcaux.² L'être masculin choisit, guide, promène, tandis que l'être féminin suit, embellit, ajoute cet effet que seule une femme peut apporter. L'ambivalence de la danse se manifeste à deux égards : tout d'abord, la danse en elle-même pourrait être une pratique émancipatrice, si l'on modifiait ses standards ;³ ensuite, il peut être grisant de se sentir guidée, de se sentir sexy. De rentrer dans son rôle, tout en étant réduite à l'état d'objet virevoltant. De s'exprimer, mais de manière contrôlée. Il peut être grisant d'être une *femme* qui, se conformant aux injonctions sociales, se sent à

sa place. C'est presque comme si, en rentrant dans son rôle de genre,⁴ une femme se réalisait enfin.

Ce phénomène relève largement du concept de l'hégémonie culturelle, théorisé par le marxiste Antonio Gramsci.⁵ L'hégémonie culturelle renvoie au fait que le pouvoir en place se maintient par un double processus. Il s'appuie tout d'abord sur la création d'un *consentement* spontané chez les subordonné.e.s, grâce aux normes culturelles, sociales et juridiques. Ses manifestations patriarcales se trouvent par exemple dans l'intégration de certaines normes esthétiques associées à la féminité (maquillage, talons ou jupes), ou dans la croyance selon laquelle la place des femmes est au sein du foyer et nulle part ailleurs. Ensuite, le pouvoir peut aussi compter sur l'utilisation de la *répression* lorsque les subordonné.e.s retirent leur consentement. Les violences physiques ou verbales dont souffrent les femmes dans la rue comme dans le cercle

privé y participent. Le consentement et la répression sont alors les deux faces d'une même médaille qui font toute la légitimité des classes dominantes. Le droit, qui vise d'un côté à légitimer certains modèles sociaux, et d'un autre côté à autoriser le recours à la force contre ce qui trouble l'ordre public, joue un rôle fondamental dans la construction de l'hégémonie culturelle.

Ces remarques préliminaires nous permettront de traduire notre titre et sous-titre, porteurs de l'ambivalence du droit et de la danse. Lorsque nous parlons des « méthodes féministes de déconstruction », nous voulons dire que les féministes ont élaboré des méthodes⁶ permettant de démontrer que le droit échoue parfois à protéger les femmes, et qu'il recèle dès lors un potentiel *oppressif*, malgré sa prétendue neutralité. D'un autre côté, lorsque nous parlons de « du discours juridique », nous entendons que le droit, loin d'être objectif, est plutôt un

langage qui permet d'émettre des revendications légitimes, et qu'il conserve donc un potentiel *émancipateur*.

Trois vagues sont généralement distinguées pour décrire les diverses revendications portées par le féminisme,⁷ chacune d'entre elles offrant une perspective différente quant à la manière dont le droit peut libérer ou opprimer les femmes :

- La vague *égalité*, incarnée par le féminisme libéral, estime que les mêmes lois doivent être appliquées de la même manière aux hommes et aux femmes : les femmes doivent pouvoir voter, ou ouvrir un compte en banque, par exemple. L'égalité se réalise dans la *similarité*.

- La vague *différence*, incarnée par le féminisme radical, rappelle que des discriminations systémiques perdurent, et qu'il faut adapter les lois aux spécificités des femmes : il faut protéger les droits sexuels et reproductifs des femmes, par exemple, ou lutter contre les violences domestiques. L'égalité se trouve dans la *différence*.

- La vague *diversité*, incarnée par le féminisme postmoderne, souligne combien le spectre du genre et des identités dépasse la division sociale homme/femme ; il faut rejeter les stéréotypes, les rôles traditionnellement attachés à un genre ou à un autre, et permettre aux individus de se déterminer en toute autonomie (être une femme masculine, être un homme féminin, vouloir ou ne pas vouloir d'enfant, être homosexuel, pansexuel, être une femme qui porte le voile, être un homme qui porte la *kippa*, etc.). La liberté se trouve dans la *diversité*.

Les différentes vagues du féminisme ont des positions différentes vis-à-vis du potentiel de domination ou d'émancipation du droit. Elles ont ainsi soutenu l'élaboration de *diverses méthodes d'analyse* de ce potentiel, qui vont être utilisées par les « critiques féministes » du droit.⁸ C'est à la présentation de ces méthodes, à chercher au fond du « puits archéologique » féministe,⁹ qu'est dédiée la présente contribution. Pour les présenter et les illustrer, nous utilisons ici des exemples tirés du droit international des droits humains, et plus particulièrement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette juridiction internationale peut condamner un État qui aurait ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme, mais qui aurait subséquemment violé les droits qui y sont garantis.¹⁰

À cause de leur genre, les femmes ont peu participé à la création et au développement du savoir et des règles. Le droit peut alors se montrer inadapté à la réalité de la vie des femmes.¹¹

Les critiques féministes du droit ont ainsi déconstruit le discours juridique, démontrant qu'il était centré sur les besoins de l'homme et sur la sphère publique, oubliant de protéger la femme et d'intervenir dans la sphère privée (I).¹²

À ce titre, la recherche des silences en droit fait partie des méthodes de prédilection des critiques féministes (II). Enfin, les critiques féministes procèdent à la détection des stéréotypes actés par le Droit tout en invitant à une réappropriation des valeurs « féminines » pour que soient imaginées de nouvelles danses (III).

I. L'ANALYSE DE LA DISTINCTION ENTRE LES SPHÈRES PUBLIQUE ET PRIVÉE

Si la distinction entre la sphère publique et la sphère privée vise *a priori* à protéger la liberté des individus, elle cristallise la domination vécue par le sexe féminin (A). Aujourd'hui, les femmes continuent de subir les effets de leur évincement au sein de la sphère privée et familiale, ce qui fait de la critique de la séparation des sphères une méthode incontournable de la déconstruction féministe (B).

A. LA CRITIQUE DE LA DOMINATION MASCULINE FONDÉE SUR LE CONTRAT SEXUEL

La sphère privée est celle de l'individu et de sa vie privée et familiale ; la sphère publique est celle du citoyen et de sa vie publique et sociale. La distinction entre ces sphères est au fondement des sociétés libérales, qui protègent la liberté individuelle et reposent sur le mythe du contrat social.¹³

Le contrat social est un contrat fictif par lequel les hommes s'accordent entre eux pour constituer un État. Dès lors, ils aliènent une partie de leur liberté, en donnant à l'État le pouvoir de contraindre tout individu à respecter la loi. L'avantage est que la constitution d'un tel pouvoir permet aux « contractants » de s'assurer qu'ils seront traités en tant qu'égaux, grâce à la loi, alors que la nature a fait les

hommes inégaux. Deux conditions sont alors généralement posées par le contrat social : tout d'abord, l'État doit accomplir sa mission d'égalité de protection au regard de la loi ; ensuite, l'État ne doit pas intervenir dans la vie privée des individus. Sa mission est strictement limitée à la sphère publique. Le contrat social libéral définit donc une sphère privée, celle de l'individu, de la famille, des amis, dans laquelle nous avons des *libertés* (vie privée, liberté de religion) et où l'État n'est pas censé intervenir. Au contraire, la sphère publique est celle du citoyen : c'est la rue, c'est le Parlement, c'est la vie en société, dans laquelle nous avons des *droits* (droit de vote), et dans laquelle l'État peut et doit intervenir. En somme, la société libérale prétend objectivement délimiter les droits des individus et les prérogatives de l'État grâce au contrat social et à la séparation des sphères publique et privée. Cependant, dès l'origine, les femmes furent évincées de ce contrat, que Carole Pateman appelle « contrat sexuel ».¹⁴ Elles ne pouvaient en être des cocontractantes, puisque le fonctionnement de la société qu'il établissait reposait sur leur aliénation : en ce sens, "[t]he story of the original contract tells the story of masculine political birth".¹⁵ Selon Carole Pateman, afin d'être égaux en tant que frères, et pour s'émanciper de leurs pères, les hommes se sont appropriés les corps et le travail des femmes. Ces dernières ont été reléguées au sein de la sphère privée du foyer et se sont vu confier les tâches domestiques et parentales. Cela a offert aux hommes la possibilité de se livrer aux activités publiques et sociales en toute liberté.¹⁶ Autrement dit, pour être des citoyens libres et égaux, il fallait être maître en son foyer. La société libérale, qui prétend objectivement délimiter les droits des individus et les prérogatives étatiques, s'est alors fondée sur l'évincement et la domination de la moitié de sa population.

B. L'ABSENCE DE PROTECTION DES FEMMES DANS LA SPHÈRE PRIVÉE

La séparation des sphères comme méthode de déconstruction permet aux critiques féministes de montrer que les femmes subissent une différence de traitement par rapport aux hommes. Pendant longtemps, les femmes furent privées de toute protection juridique, car l'État ne pouvait intervenir dans la vie familiale de la femme (par exemple, contre des

violences domestiques) puisque cela revenait à intervenir dans la vie privée du père de famille, en rupture du contrat social. Si une telle conception non-interventionniste est aujourd'hui fermement condamnée, elle demeure profondément ancrée dans le système social, culturel et juridique, ce qui peut aboutir à la passivité des autorités étatiques face aux violences domestiques. Dans l'affaire *Talpis c. Italie*, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi été saisie par une femme victime de violences domestiques répétées, dont les autorités avaient été maintes fois informées et qui ont abouti à la mort du fils de la requérante, lequel avait tenté de s'interposer. La Cour a condamné l'État italien en déclarant que « en sous-estimant, par leur inertie, la gravité des violences litigieuses, les autorités italiennes les ont en substance cautionnées. »¹⁷ Cette passivité des autorités publiques face aux violences domestiques est en effet souvent loin d'être accidentelle. Dans l'affaire *Opuz c. Turquie*, les autorités turques arguaient que la violence domestique était une affaire familiale dans laquelle elles ne pouvaient interférer¹⁸ et dans *López Soto v. Venezuela*, elles prétendaient que la jeune femme, enlevée et séquestrée durant des mois, était simplement en relation de couple avec son tortionnaire.¹⁹

Ce type d'affaires, et l'Histoire, montrent que la sphère privée n'est pas, pour les femmes, un espace de liberté, si ce n'est celle de garder le silence.

II. LA RECHERCHE DES SILENCES DANS LE DROIT EN TANT QUE MÉTHODE DES CRITIQUES FÉMINISTES

Les silences en droit sont parfois aussi importants que les règles positives.²⁰ En recherchant ces moments où le droit ne prend pas en compte les femmes (A), les critiques féministes vont dénoncer certaines différences de traitement entre les deux sexes, dont le contrôle que l'État maintient sur le corps des femmes (B).

A. LES SILENCES ENGENDRANT DES TRAITEMENTS DIFFÉRENCIÉS

Les critiques féministes vont démontrer le manque d'objectivité du droit à l'égard des femmes en expliquant que le droit les évite : c'est au travers de ses silences que la matière juridique en dit long sur l'inté-

rêt que représente pour elle la réalité de la vie des femmes.

Après la distinction public-privé, un second silence évident se trouve dans l'éviction structurelle des femmes des lieux de représentation politique,²¹ à laquelle répond une grande aversion pour la mise en place de quotas.²² Comme l'explique Will Kymlicka :

« c'est le plus souvent grâce à l'exclusion juridique et politique que l'on parvient à dominer certaines catégories sociales. Ainsi, par exemple, la division de l'autorité entre les médecins et les infirmières a suscité l'opposition du personnel soignant féminin de l'époque. Ces rôles ont été créés sans le consentement des femmes, qui se trouvaient dans une position d'inégalité juridique, politique et sociale ayant causé leur évincement des débats. »²³

Étant absentes, les femmes ne peuvent participer au développement des normes, qui restent centrées sur des préoccupations masculines²⁴ - nous pouvons songer à l'exemple des produits menstruels, qui sont rarement remboursés par la sécurité sociale et dont la composition n'est pas toujours correctement contrôlée.²⁵

Les silences du droit impactent malheureusement la protection juridique et sociale dont les femmes devraient bénéficier sur deux principaux aspects.²⁶ Tout d'abord, en les évitant, le droit ne leur donne pas les armes et arguments nécessaires pour défendre légitimement leur cause dans la sphère publique et lors du procès, par exemple en consacrant l'existence des féminicides ou du droit à la légitime défense différée.²⁷ Ensuite, la non-prise en compte de la voix des femmes résulte en une inadaptation du droit. Les silences aboutissent donc - et se remarquent par - des *différences de traitement* qui sont faites en fonction des circonstances, des situations, des lieux, des acteurs ou des sphères. Par exemple, la Convention contre la torture²⁸ ne s'applique que lorsque la torture est commise par un officier public.²⁹

Or, la plupart des violences subies par les femmes sont le fait d'acteurs privés, voire de proches, ce qui évince l'application de cette Convention.³⁰ De même, un viol en temps de guerre, ou commis au sein d'une structure publique (prisons)³¹ peuvent

être qualifiés de crime contre l'humanité, contrairement aux viols commis en temps de paix.³²

B. DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT ET SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT SUR LES CORPS DES FEMMES

Une différence flagrante de traitement résultant des silences se trouve dans la souveraineté que l'État exerce sur le corps des femmes. Ainsi, les droits sexuels et reproductifs des femmes (droit à la contraception, droit à l'avortement, droit à une sexualité épanouie,³³ mais aussi droit à la maternité, droit à la santé des femmes enceintes et des mères) sont plus ou moins reconnus en fonction des pays.³⁴ De plus, les droits sexuels et reproductifs sont rarement consacrés dans des traités de protection des droits des femmes,³⁵ tandis que les traités « généraux » de protection des droits humains n'en font quant à eux jamais mention.³⁶ Enfin, la Cour européenne des droits de l'Homme admet que les États disposent en la matière d'une large marge d'appréciation.

L'existence d'une marge nationale d'appréciation est généralement reconnue par la Cour lorsqu'il n'y a pas de consensus européen sur la question.³⁷ C'est une manière de ne pas forcer un État à accepter une solution à laquelle ses semblables européens n'ont pas eux-mêmes adhéré. Or, dans le cas de l'avortement, la Cour européenne des droits de l'Homme a fait exception à la règle du consensus européen en élargissant de manière douteuse la marge d'appréciation étatique. En effet, dans l'affaire *A, B et C c. Irlande*, la Cour remarque qu'il existe bel et bien un consensus européen sur le droit des femmes à l'avortement, mais déclare « que le consensus observé ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'État ». ³⁸ Ensuite, la Cour déclare qu'en raison « de l'extrême sensibilité des questions morales et éthiques soulevées par la question de l'avortement » et « de l'importance de l'intérêt général en jeu » il y a lieu d'accorder à l'État irlandais une ample marge d'appréciation.³⁹ Finalement, la Cour européenne des droits de l'Homme estime qu'en interdisant l'avortement « sur la base des idées morales profondes », « l'État irlandais n'excède pas la marge d'appréciation dont il jouit en la matière. »⁴⁰ Cette décision a été vivement critiquée par certains

des juges dans une opinion dissidente. Ils soulignèrent que « c'est la première fois que la Cour fait fi de l'existence d'un consensus européen au nom de "valeurs morales profondes". »⁴¹ Dans cette affaire, la recherche des silences révèle alors une grave différence de traitement qui se justifie par le recours à la morale plutôt qu'en raison du droit.⁴²

En définitive, là où la philosophie libérale a mené à la consécration de l'individualité et de la vie privée, protégées par le contrat social, l'autonomie des femmes n'est quant à elle pas reconnue vis-à-vis de leur corps et de leurs capacités reproductives.⁴³

Le Comité des droits de l'Homme, qui est un organe des Nations Unies veillant à l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a quant à lui rattaché le droit à l'avortement des femmes à leur droit à la vie.⁴⁴ Cette tentative a été critiquée par certains auteurs au nom de la sacro-souveraineté des États, seuls à pouvoir forger le droit international des droits humains. Stefano Gennarini estime ainsi qu'à trop aller contre la volonté des États en élargissant la catégorie des « droits de l'homme » (en y intégrant les droits sexuels et reproductifs) on risquerait de casser le système de protection des droits humains.⁴⁵ En d'autres termes, les droits sexuels et reproductifs ne font pas partie des droits de l'homme universellement garantis, au nom de la souveraineté des États. La méthode féministe de détection des silences est alors étroitement liée à la critique du volontarisme étatique, car le raisonnement susmentionné implique que :

- parce que les femmes n'ont pas participé à l'élaboration du droit international des droits humains, ce dernier reconnaît certains droits comme étant valides (comme le droit à la vie privée ou le droit au procès équitable), tandis que d'autres (droit à l'avortement, au planning familial, ou le droit de ne pas être harcelée) ne sont pas regardés comme légitimes ;⁴⁶
- que rien ne peut être fait pour changer cela tant que les États ne décideront pas que ces droits illégitimes doivent être consacrés comme des droits valides.

Les diverses méthodes féministes de déconstruction jusqu'ici abordée - distinction public/privé, détection des silences, dénonciation de la différence de traitement - s'opposent à ce fatalisme. La cri-

tique féministe invite ainsi à passer d'un droit international des droits de l'homme patriarcal et basé sur la souveraineté à un droit international des droits humains inclusif basé sur l'autonomie, afin que soient protégés les droits relatifs à la sexualité et au genre. Cela se produit, par exemple, lorsque les juridictions internationales redéfinissent la sphère privée afin de consacrer les droits sexuels de la communauté LGBTI+.⁴⁷ Dès 1981, la Cour européenne a condamné le Royaume-Uni pour le maintien de sa loi criminalisant les relations homosexuelles entre adultes consentants en estimant que cela violait le droit à la vie privée. Ce n'est donc pas parce que la sphère privée a été synonyme d'oppression des femmes que le droit à la vie privée n'a pas de potentiel émancipateur. Ayant démontré certains traitements différenciés en fonction des sexes, la déconstruction féministe autorise une réappropriation du droit international des droits humains en tant que langage susceptible de plaider dans le sens d'une protection spécifique des droits des femmes.

III. LES MÉTHODES FÉMINISTES D'APPRÉHENSION DES STÉRÉOTYPES

Les critiques féministes vont dénoncer les discriminations dont les femmes font l'objet, principalement en recherchant les stéréotypes véhiculés par les dichotomies du langage (1), et en proposant des méthodes de revalorisation du point de vue des femmes (2).

1. LA RECHERCHE DES STÉRÉOTYPES DANS LES DICHOTOMIES DU LANGAGE

Ces dichotomies concernent des dualités entre les attributs regardés comme masculins et ceux qui sont dits féminins. L'objectif (masculin) contre le subjectif (féminin). La culture (masculin) contre la nature (féminin). La logique (masculin) contre l'émotion (féminin). L'esprit, le corps ; la guerre, la paix ; l'action, la passivité ; le protecteur, la protégée. Lorsque ces oppositions ont été codifiées, ce fut toujours en valorisant la première composante, masculine, par rapport à la seconde.⁴⁸

Ainsi, les femmes associées à la passivité et à la nature vont tour à tour être regardées comme des objets sexuels ou comme n'ayant pas l'intérêt d'une vie sexuelle

active, si ce n'est pour la maternité. Par exemple, l'affaire *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal* concerne une décision de la Cour administrative suprême portugaise réduisant le montant d'une indemnité accordée à une quinquagénaire atteinte de problèmes gynécologiques, à la suite d'une faute médicale. Une intervention chirurgicale en 1995 lui avait causé de graves douleurs, une incontinence et des difficultés en matière de relations sexuelles. La requérante soutenait que la décision réduisant le montant de son indemnité était discriminatoire, parce qu'elle méconnaissait l'importance de sa vie sexuelle en tant que femme. Et en effet, la Cour européenne des droits de l'Homme constate « que l'âge et le sexe de la requérante étaient apparemment des éléments décisifs dans la décision », laquelle était « fondée sur le postulat général que la sexualité n'a pas autant d'importance pour une quinquagénaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune » et que « ces considérations sont révélatrices des préjugés dominants au sein de la magistrature portugaise. »

Nos systèmes symboliques et culturels sont imprégnés de ces valeurs genrées,⁵⁰ renforçant les stéréotypes entre les femmes et les hommes. Cette remarque ne concerne pas seulement le système juridique : toute la culture en est imprégnée, ce qui renforce le consentement spontané et la mécanique de l'hégémonie culturelle. Le système commercial en constitue un exemple saisissant, ainsi que cela ressort de la capture d'écran d'une publicité qui a été affichée sur mes réseaux sociaux à la fin de l'année 2019 : Les stéréotypes perpétués par les dichotomies du langage sont ici explicites. L'homme est décrit comme protecteur ("he keeps me safe", "always protect your queen"), viril ("I like his beard"), fort ("I like his muscles"). La femme, quant à elle, est distrayante ("she keeps me wild"), sexualisée ("I like her butt", "I like her boobs"), soumise, ou à tout le moins docile ("always trust your king").

Le plus alarmant étaient les commentaires extatiques suscités par ces produits commerciaux, personne n'étant apparemment choqué par les stéréotypes auxquels ils renvoyaient, ce qui montre l'ampleur de la tâche féministe en matière d'éducation des masses. Tout comme une femme peut se sentir accomplie en dansant la salsa aux bras d'un

homme, certaines d'entre nous se sentent apparemment rassurées lorsqu'elles sont réduites, non pas purement à des seins ou des fesses, mais aux seins qu'il aime, aux fesses qu'il veut. Il faut aussi mentionner que ces t-shirts renvoient l'homme, bien que placé dans une situation dominante, à une certaine performance sociale en raison des stéréotypes attachés à son genre. La vague *diversité* du féminisme souligne combien le patriarcat impose des rôles de genre à l'ensemble des individus. Dès lors, la réelle liberté ne peut se trouver qu'en dehors des attentes « normalisantes » de la société. Les hommes aussi ont peut-être envie de se laisser guider, lorsqu'ils dansent la salsa.

Lorsqu'ils ne sont pas purement rétrogrades, les arguments renvoyant à des valeurs féminines, tels que la subjectivité, la conciliation, sont souvent marginalisés. Ils sont pourtant susceptibles d'offrir de nouvelles perspectives de justice, si l'on cesse de les associer à une conception essentialisée de la femme. Tout comme la danse cultive un potentiel émancipateur, tout ce qui est culturellement associé aux femmes n'est pas à rejeter, bien au contraire.

2. LES MÉTHODES DE REVALORISATION DE L'EXPÉRIENCE DES FEMMES

La théorie du positionnement - Une méthode principale de revalorisation du point de vue des femmes est la théorie du positionnement.⁵¹ Cette théorie signifie que le savoir que l'on produit est toujours conditionné par notre milieu, notre culture. On dit que le savoir est « situé » et que l'individu est « positionné ».

Parce que le savoir est conditionné par le milieu, le projet féministe lui-même a parfois été dénoncé comme étant porteur d'un projet de domination : celui de l'élite blanche, hétérosexuelle, aisée, occidentale. Les féministes occidentales ont en effet eu tendance à imposer leur propre conception de ce qu'est l'émancipation, par exemple en rejetant les femmes qui portaient le voile islamique. À ce titre, la vague *diversité* du féminisme, comprenant que ce rejet revenait à exercer une forme de domination à l'égard de ces dernières (domination impérialiste et occidentale), souligne qu'un mouvement de libération, pour ne pas devenir une nouvelle structure de domination, doit accepter la multiplicité des êtres.

La théorie du positionnement implique deux choses : tout d'abord, que pour atteindre une réelle objectivité (que l'on appelle « objectivité forte »), il faut reconnaître sa propre subjectivité. Ensuite, la théorie du positionnement signifie que toutes les expériences peuvent être source d'un savoir utile. Elle permet alors la revalorisation du savoir des groupes marginalisés. Par exemple, la conception féministe de la justice s'oppose à la conception formaliste de la justice prévalant dans les sociétés occidentales. Cette opposition entre justice féministe et justice formaliste reprend la dichotomie entre éléments masculins et féminins, et soutient une redéfinition de ce qui constitue la justice.

L'éthique de la sollicitude - Il a pu être estimé qu'une vision « féminine », intuitive et particulariste de la justice était un complément essentiel du raisonnement impartial « masculin » primant dans nos sociétés. Une perspective « féminine » de la justice fonderait alors la morale sur la sollicitude (par la compréhension des relations et des responsabilités) tandis que la perspective « masculine » de la moralité se fonderait sur l'équité (intégration des droits et règles) et la dualité (opposition de la victime et du violateur de la règle). Ainsi l'éthique de la sollicitude, tend à la réconciliation et à la responsabilisation. *A contrario*, la procédure duale du procès vise à la confrontation, et à trancher en disant qui a tort, qui a raison. En somme, l'éthique de la sollicitude fait prévaloir les besoins et la vulnérabilité sur le droit et la procédure.⁵²

Nous pouvons illustrer le potentiel de la théorie féministe de la justice dans l'affaire *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*.⁵³ Elle concerne quatre femmes ayant subi des viols ou abus sexuels durant l'enfance par des proches ou membres de la famille. Toutes, sans se connaître, ont suivi une communauté de destin : ayant dans leurs vies d'adultes été consulter des psychologues, elles ont réalisé leurs traumatismes, et ont décidé de saisir la justice. Ce faisant, elles se sont trouvées privées d'un accès effectif à la justice. En effet, en pratique, il était impossible de saisir la voie pénale, car la charge de la preuve est très élevée. D'un autre côté, en droit, il était impossible de saisir la voie civile, l'action étant prescrite (la prescription implique que l'on ne puisse plus poursuivre quelqu'un pour un crime au

bout d'un certain temps, car le manque de preuve risquerait de condamner injustement des personnes). Les requérantes ont donc saisi la Cour européenne des droits de l'Homme en estimant que leurs droits, et notamment le droit au procès équitable, avaient été violés, mais la Cour a affirmé qu'en matière de réglementation de l'accès au juge, les États disposent d'une ample marge d'appréciation (le volontarisme étatique est donc ici encore lié aux silences du droit qui portent atteinte à la protection des droits des femmes). La Cour souligne ainsi :

« On prend de plus en plus conscience depuis quelques années de tous les problèmes que causent les sévices sexuels à des enfants et de leurs effets psychologiques sur les victimes ; il est possible que des États membres du Conseil de l'Europe aient, dans un proche avenir, à amender les règles sur la prescription des actions qu'ils appliquent afin d'édicter des dispositions spéciales pour ce groupe de plaignants.

Toutefois, comme il n'a pas été porté atteinte à la substance même du droit d'accès des requérantes et que les restrictions dont il s'agit poursuivaient un but légitime et lui étaient proportionnées, la Cour n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités internes quant à la meilleure politique à adopter à cet égard. »⁵⁴

On peut tout d'abord s'interroger sur le fait de savoir si le droit d'accès des requérantes à la justice n'a pas, au contraire, été en substance entravé, puisqu'il était impossible pour les requérantes d'obtenir gain de cause, quelle que soit la voie empruntée. Ensuite, tout en reconnaissant que la prescription de l'action civile est un principe visant à la sécurité juridique, une conception féministe de la justice impliquerait de prendre en compte le fait que le but du procès n'est pas toujours d'emprisonner ou de faire payer : la réparation du dommage subi peut être morale, et le procès pourrait jouer un rôle cathartique. Le fait que les requérantes souhaitent emprunter la voie civile semblait aller dans ce sens. De la sorte, l'éthique féministe invite à réfléchir sur le but que doit poursuivre la justice, pour les femmes, mais aussi pour l'ensemble des individus. En ce sens, l'émergence du concept de justice restaurative permet d'envisager la justice comme une voie visant à la guérison et à l'évolution.⁵⁵ Le

Comité des ministres du Conseil de l'Europe reconnaît ainsi "the possible harm which may be caused to individuals and societies by overcriminalisation and the overuse of punitive criminal sanctions, particularly for vulnerable or socially excluded groups, and that restorative justice can be used to respond to crime, where appropriate".⁵⁶

L'intersectionnalité - La théorie du positionnement n'invite pas uniquement à prendre en compte le point de vue des femmes par opposition aux expériences des hommes. Elle invite aussi à comprendre la réalité de la vie de certaines femmes, ou de certains individus, placés au carrefour de différentes formes d'oppression. En ce sens, l'intersectionnalité est une autre méthode d'analyse de l'oppression, développée à l'origine par le mouvement des *Black Feminists*.⁵⁷

L'intersectionnalité prend en compte l'imbrication du racisme, du patriarcat, de l'exploitation économique et des autres systèmes discriminatoires, qui vient accentuer la marginalisation ou la vulnérabilité de certains groupes. Un exemple peut se trouver dans la condamnation du port du voile islamique ou du burkini, souvent perçus par les sociétés occidentales comme des symboles de la domination des femmes, sans que ne soit jamais remis en question la symbolique cachée derrière le port du maquillage, des talons ou des jupes. Ainsi dans *SAS c. France*,⁵⁸ la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que l'interdiction du port du voile intégral par la France était légitime, car visant au vivre ensemble, alors que cette décision ne peut que refouler davantage les femmes portant le voile intégral hors de la sphère publique. Dans l'affaire *Dahlab c. Suisse*,⁵⁹ la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que le licenciement d'une institutrice parce qu'elle portait le foulard islamique était conforme aux droits de la Convention, car le foulard islamique constitue un « signe extérieur fort ». En revanche, dans *Lautsi c. Italie*, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques était un symbole passif, qui n'était donc pas contraire aux droits humains.⁶⁰ Deux poids, deux mesures semblent avoir été appliqués par la Cour, qui a adopté une approche paternaliste vis-à-vis des

femmes portant le voile, tout en refusant de condamner l'Italie pour la présence de symboles chrétiens dans les salles de classe des écoles publiques.

CONCLUSION

Pour conclure, nous avons ici présenté et illustré le potentiel de différentes méthodes féministes de déconstruction de l'objectivité du discours juridique : la distinction public/privé, la recherche des silences, la dénonciation de la différence de traitement et du contrôle exercé par l'État sur les corps, la détection des stéréotypes, la théorie du positionnement, l'éthique de la sollicitude et l'intersectionnalité.

Les théories critiques féministes ont développé ces différentes méthodes de déconstruction du droit dans deux buts : mettre à jour la perpétuation de la domination masculine ; déterminer quelle approche juridique serait la plus adaptée pour l'émancipation des femmes.

Concernant les méthodes féministes mettant à jour la domination, il s'agit de démontrer la sous-existence des femmes, en interrogeant l'objectivité d'un système excluant leur voix, fondant la liberté des uns sur la domination des autres et perpétuant les stéréotypes de genre. Le contrat social ayant réduit les femmes au silence, le droit adopté par les hommes libres ne reflète pas la réalité des opprimées.

Quant aux méthodes féministes visant à déterminer quelle approche juridique sera la plus adaptée, il s'agit de rendre aux femmes toute leur existence en écoutant leur point de vue. Au silence imposé par le contrat social libéral, il faut répondre par la création d'un langage juridique susceptible de fournir aux femmes des outils pour participer au débat ou défendre leur cause au sein de la sphère publique. Dès lors, tout comme l'écoute de la voix des femmes a permis la théorisation d'une nouvelle conception de la justice, peut-être qu'avec la revalorisation du point de vue des femmes, une nouvelle danse pourrait être imaginée, libérée des standards patriarcaux et hétéronormés. C'est ainsi que la prise en compte des particularités, violences et réalités vécues par les femmes pourrait aboutir à une modification de nos systèmes culturels, politiques et sociaux,

pour le bénéfice de tous. La danse et le droit, disciplines forgées par les stéréotypes, une fois contrôlés par celles et ceux qu'ils ont opprimés, révèlent alors leur potentiel pour la libération des êtres. ■

- 1 Docteur en droit public. Je remercie l'Université des Femmes pour son invitation à participer à son séminaire « Les oubliées du genre » : cette rencontre, et les échanges qui ont suivi, ont été pour moi une grande source d'inspiration.
- 2 Tendance CLAIRE du NPA, « Pour une danse sociale féministe », <https://tendanceclaire.org/utls/pdf.php?id=878>
- 3 F. Mccarren, « Hélène Marquié, *Non, La danse n'est pas un truc de filles ! Essai sur le genre en danse*. Toulouse, Éditions de l'Attribut, 2016 », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2017/2 (n° 46).
- 4 Le concept de « genre » fait référence « aux origines sociales des identités subjectives de l'homme et de la femme » ; cela signifie qu'il décrit les caractéristiques culturellement attachées à un sexe (par exemple, être douce et pure pour les femmes, être viril et brutal pour les hommes). Voy. J. W. Scott, "Gender : A useful Category of Historical Analysis", 91 *American Historical Review*, 1053, p. 1056.
- 5 A. Gramsci, (1917-1934) Textes, éd. A. Tosel, trad. J. Bramon, G. Moget, A. Monjo, F. Ricci, A. Tosel, Paris, Éditions sociales, 1983, 388 pages, édition électronique réalisée par J.-M. Tremblay, Québec, 2001, p. 210 ; A. Gramsci, "Selections from Prison Notebooks: The Intellectuals" in Q. Hoare, G. N. Smith (eds), *Selections from the Prison Notebooks*, Classics in Politics: Antonio Gramsci ElecBook, London 1999, p. 145 ; D. Litowitz, *Gramsci, Hegemony, and the Law*, 2000 BYU L. Rev. 515, 2000.
- 6 H. Charlesworth « Feminist Methods in International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 93, n°2, 1999.
- 7 L. Dumont, « Les critiques féministes du droit international des droits humains : un état de l'art » in L. Dumont (dir.), *Regards critiques sur le droit international des droits de l'Homme*, *Observateur des Nations Unies*, Vol. 46 (2019-1).
- 8 H. Charlesworth, « Feminists Critiques of International Law and their Critics », *Third World Legal Studies*, vol. 13, 1995.
- 9 H. Charlesworth, « Feminists Critiques of International Law and their Critics », *Id.*, p. 6.
- 10 L'ensemble des 47 États du Conseil de l'Europe, l'organisation internationale au sein de laquelle la Convention a été adoptée et la

- Cour créée, sont parties à la Convention européenne. Voyez le site du Conseil de l'Europe : <https://www.coe.int/fr/web/portal/47-members-states>.
- 11 H. Charlesworth, « Feminist Ambivalence about International Law », *International Legal Theory*, Vol. 11, 2005, p. 7.
 - 12 H. Charlesworth, C. Chinkin, S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 4, 1991, p. 640.
 - 13 T. Hobbes, *Léviathan, traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, 1651 ; J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, J.-J. Rousseau, *Du contrat social*.
 - 14 C. Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press, 1988, p. 1 ; C. Pateman, *Le contrat sexuel*, Paris, La Découverte, 2010, p. 21 et s.
 - 15 C. Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press, 1988, p. 102.
 - 16 C. Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press, 1988, p. 11.
 - 17 CEDH, *Talpis c. Italie*, req. 41237/14, 2017, §145.
 - 18 CEDH, *Opuz c. Turquie*, req. 33401/02, 2009, §§92, 96, 102 et 196.
 - 19 CIDH, *López Soto v. Venezuela*, Série C n°362, 26 septembre 2018, §168.
 - 20 H. Charlesworth « Feminist Methods in International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 93, n°2, 1999, p. 381.
 - 21 B.E. Hernandez-Truyol, « Crossing Borderlands of Inequality with International Legal Methodologies - The Promise of Multiple Feminisms », *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001, p. 136.
 - 22 CEDAW, *Observations finales concernant la France*, C/FRA/CO/7-8, 2016, §28.
 - 23 W. Kymlicka, *Les théories de la justice : une introduction*, trad. M. Saint-Upéry, Paris, La Découverte, Poche, 2003, p. 104.
 - 24 H. Charlesworth, C. Chinkin, S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 4, 1991, p. 625.
 - 25 « Proposition de loi visant à assurer la gratuité des protections menstruelles et à garantir leur sécurité sanitaire », enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale française le 20 mars 2019, n°1778, 15e législature.
 - 26 H. Charlesworth, « Feminist Methods in International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 93, n°2, 1999, p. 382.
 - 27 Le féminicide (ou féminicide, suivant les langues et cultures) renvoie au meurtre d'une femme parce qu'elle est une femme. La légitime défense différée, est un concept issu de la jurisprudence canadienne par lequel une personne victime de violences répétées est considérée en état de danger permanent.
 - 28 La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a été adoptée en 1984 et est entrée en vigueur en 1987.
 - 29 Par un officier public ou une personne agissant en sa qualité officielle, cf. article 1 de la Convention contre la torture.
 - 30 H. Charlesworth, C. Chinkin, S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 4, 1991, p. 629. d'une structure publique (prisons)³¹ peuvent être qualifiés de crime contre l'humanité, contrairement aux viols commis en temps de paix.³²
 - 31 R. Bachand, *Les théories critiques de Droit International aux Etats-Unis et dans le monde anglophone*, Paris, A. Pedone, Cours et Travaux de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, 2015, p.112.
 - 32 C. Mackinnon, « Rape, Genocide, and Women's Human Rights », *Harvard Women's Law Journal*, vol.17, 1994, pp. 5-6.
 - 33 A notre connaissance, les textes de protection des droits humains ne vont pas mentionner un tel droit, cependant le droit à une sexualité épanouie semble bien être visé par la consécration des droits sexuels qui vont dans le sens de l'autonomie sexuelle (voy. Cour EDH, *Affaire K.A et A.D. c. Belgique*, req. n°42758/98 et 45558/99, 6 juillet 2005, § 85). Il faut aussi mentionner la Déclaration des droits sexuels de l'IPPF : « La sexualité, et le plaisir qui en découle, sont au cœur de la vie de tout être humain, qu'il choisisse de se reproduire ou non » ; « Tout individu a droit à des conditions favorisant la poursuite d'une sexualité épanouissante » in Fédération internationale pour la planification familiale, *Déclaration des droits sexuels*, principe 4, [https:// www.ippf.org/sites/default/files/ippf_sexual_rights_declaration_french.pdf](https://www.ippf.org/sites/default/files/ippf_sexual_rights_declaration_french.pdf).
 - 34 A. Guillaume, C. Rossier. « L'avortement dans le monde. État des lieux des législations, mesures, tendances et conséquences », *Population*, vol. 73, no. 2, 2018.
 - 35 Doivent être mentionnés : la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, article 10 h) et 16 e) ; et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes, article 14.
 - 36 Voy. la Convention européenne des droits de l'Homme, la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
 - 37 L. Hennebel, H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, pp. 707-708, ajoutant : « [i]l en est souvent ainsi des questions sociétales relativement à la fin de vie, aux droits des homo-
 - sexuels et transsexuels, au droit de la famille ou encore aux techniques de procréation qui peuvent être utilisées. »
 - 38 CEDH (GC), *A, B et C c. Irlande*, req. 25579/05, 2010, §236. Voy. aussi §237.
 - 39 CEDH (GC), *A, B et C c. Irlande*, req. 25579/05, 2010, §233.
 - 40 CEDH (GC), *A, B et C c. Irlande*, req. 25579/05, 2010, §241.
 - 41 CEDH (GC), *A, B et C c. Irlande*, req. 25579/05, 2010, Opinion en partie dissidente commune aux Juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi, §§6-9, sp. 9.
 - 42 En 2018, l'Irlande a légalisé l'avortement (IFPA, "History of Abortion in Ireland", URL: [https:// www.ifpa.ie/advocacy/abortion-in-ireland-legal-timeline/](https://www.ifpa.ie/advocacy/abortion-in-ireland-legal-timeline/)). Aujourd'hui, parmi l'ensemble des États du Conseil de l'Europe, seules les femmes de Malte et d'Andorre sont encore privées de ce droit, bien que les femmes polonaises ne puissent par exemple y accéder que dans des conditions extrêmement strictes et qui se trouvent peu à peu réduites par la Cour constitutionnelle.
 - 43 C. Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press, 1988, p. 18 p. 228.
 - 44 Comité des droits de l'Homme, *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, CCPR/C/GC/36, §8.
 - 45 S. Gennarini, "What Went Wrong with the Human Rights System?", *Definitions*, Issue 5, *Center for Family and Human Rights*, 2019.
 - 46 A. Miller, E. Kismödi, J. Cottingham, S. Gruskin, Sofia, "Sexual rights as human rights: A guide to authoritative sources and principles for applying human rights to sexuality and sexual health", *Reproductive Health Affairs* 23, 2015.
 - 47 CEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. 7525/76, 1981, §61.
 - 48 H. Charlesworth, « Feminist Methods in International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 93, n°2, 1999, p. 382.
 - 49 Communiqué de Presse du Greffier de la Cour, CEDH 255 (2017), 25 juillet 2017, à propos de CEDH, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, req. N°17484/15, arrêt, 25 juillet 2017.
 - 50 H. Charlesworth, « Feminist Methods in International Law », *The American Journal of International Law*, Vol. 93, n°2, 1999, p. 382.
 - 51 N. Hartsock, « The Feminist Standpoint : Developing the Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism » in S. Harding et M. Hintikka (dir.), *Discovering Reality : Feminist Perspectives on Epistemology, Metaphysics, Methodology, and Philosophy of Science*, Amsterdam, D. Reidel Pub., 1983, pp. 283 et s. ; D. Haraway. « Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective. » *Feminist Studies*, vol. 14, no. 3, 1988, p. 575 et s. ; S. Harding,

- « Rethinking Standpoint Epistemology : What Is 'Strong Objectivity' ? », in L. Alcoff et E. Porteur (dir.), *Feminist Epistemology*, NY, Londres, Routledge, 1993, pp.49 etc.
- 52 Carole Gilligan est à l'origine de la théorisation de l'éthique de la sollicitude avec la parution de son ouvrage *In a Different Voice* en 1982. Voy. aussi W. Kymlicka, *Les théories de la justice : une introduction*, trad. M. Saint-Upéry, Paris, La Découverte, Poche, 2003, p. 282 et s ; F. Brugère, *L'Éthique du « Care »*, Que sais-je ?, PUF, 2e édition, Paris, pp. 32-33.
- 53 Pour une analyse de l'affaire voy. M.-B. Dembour, *Who believes in Human Rights? Reflection on the European Convention*, New York, Cambridge university press, 2006, p. 202 et s.
- 54 CEDH, *Stubbing et autres c. Royaume-Uni*, req. 22083/93 22095/93, 1996, §56.
- 55 A. P. Harris, "Heteropatriarchy Kills: Challenging Gender Violence in a Prison Nation", 37 *WASH. U. J. L. & POL'Y* 13 (2011), p. 32; Critical Resistance- INCITE, *Statement on Gender Violence and the Prison Industrial Complex*, 2001 ; A. Gruber, *The Feminist War on Crime*, 92 *Iowa L. Rev.* 741, 2007, p. 823 ; Critical Resistance- INCITE, *Statement on Gender Violence and the Prison Industrial Complex*, 2001 ; A. Y. Davis, *Freedom is a constant struggle*, Chicago, Harmarket Books, 2016, p. 106 ; M. E. Kim, "From carceral feminism to transformative justice: Women-of-color feminism and alternatives to incarceration." *Journal of Ethnic & Cultural Diversity in Social Work*, 2018, p. 227.
- 56 Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation CM/Rec(2018)8 concerning restorative justice in criminal matters*, 3 October 2018, préambule. Voy. Aussi, ECOSOC, Resolution 2002/12, *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*.
- 57 K. Crenshaw, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989 ; P. Hill Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, Boston, Routledge, 1990, pp. 221-238. Voir aussi J. Herbert, « Otherness and the Black Woman », *Op. cit.*, p. 273.
- 58 CEDH (GC), *SAS c. France*, req 43835/11, 2014.
- 59 CEDH, *Dahlab c. Suisse*, req. 42393/98, 2001.
- 60 CEDH (GC), *Lautsi c. Italie*, req 30814/06 , 2011, §§71-72.