

Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne

Michelle Boivin

Volume 36, Number 1, 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043323ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043323ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Boivin, M. (1995). Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne. *Les Cahiers de droit*, 36(1), 27–59. <https://doi.org/10.7202/043323ar>

Article abstract

In this article, the author traces the achievements of feminist legal theory by tracing feminist ideas disseminated in majority or unanimous judgments of the Supreme Court of Canada where the issues are of direct relevance to women's lives and where the decision illustrates either a reversal of precedents or an acceptance of new concepts derived from feminist legal theory. The analysis proceeds in two steps. The first one is devoted to the question of gender and a new conception of equality between the sexes made possible by the gradual disappearance of the line separating the parallel worlds of women and men, thereby announcing the end of the « separate spheres » doctrine as well as the discussion centred on « la différence », marked inter alia by simple reciprocity as a measure of equality (« equality with a vengeance »). A second part deals with the relationship between women and society as a whole, and notes that women are becoming both fact-makers and rule-makers. The author concludes that the image of *Woman* is changing and that women are finally being admitted to the status of full-fledged human beings. There is now another view of gender equality not founded on the patriarchal notion of separate spheres and « la différence » but on the demonstrated reality of women's lives. The achievements of feminist legal theory are fragile, but nonetheless real.

Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne*

Michelle BOIVIN**

Dans le présent article, l'auteure retrace le cheminement d'idées féministes, disséminées ici et là dans des jugements majoritaires ou unanimes de la Cour suprême du Canada, où les enjeux touchent directement les femmes et où la décision illustre soit un revirement jurisprudentiel, soit de nouveaux concepts tirés des théories féministes. L'analyse procède en deux étapes : la première, consacrée aux rapports femmes/hommes et à une nouvelle conception de l'égalité provoquée par la disparition progressive de la ligne de démarcation entre les mondes parallèles des femmes et des hommes, sonnante le glas de la doctrine dite « des deux sphères » et l'érosion du discours de « la différence », marqué notamment par la simple réciprocité comme mesure d'égalité. La seconde partie traite des rapports des femmes avec la société, de la Femme, productrice de faits et de normes sociales. L'auteure conclut que l'image de la Femme change et que la Femme accède enfin à la pleine humanité sur le plan juridique. Il y a désormais une autre façon d'envisager l'égalité entre les sexes qui ne se fonde plus sur l'idéologie patriarcale, ni sur la séparation en deux sphères,

* L'auteure tient à remercier ses collègues et amies, Josée Bouchard, John Manwaring, Ofelia Meza, Colette Parent et Jennifer Quaid, de leurs commentaires judicieux sur une version antérieure du présent texte. Elle remercie également la direction des *Cahiers de Droit* pour avoir accepté d'ajouter le prénom des auteures et des auteurs cités, modifiant ainsi la méthode de citation habituellement utilisée. Par l'ajout de prénoms, l'auteure a voulu souligner que parmi les personnes qui écrivent dans le domaine du droit se trouvent des femmes et que, malgré la pertinence de leurs critiques, leur production est souvent ignorée par le courant traditionnel.

** Professeure titulaire, Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

ni sur le discours de « la différence », mais sur la réalité démontrée du vécu des femmes. Les acquis du féminisme en droit sont fragiles mais réels.

In this article, the author traces the achievements of feminist legal theory by tracing feminist ideas disseminated in majority or unanimous judgments of the Supreme Court of Canada where the issues are of direct relevance to women's lives and where the decision illustrates either a reversal of precedents or an acceptance of new concepts derived from feminist legal theory. The analysis proceeds in two steps. The first one is devoted to the question of gender and a new conception of equality between the sexes made possible by the gradual disappearance of the line separating the parallel worlds of women and men, thereby announcing the end of the « separate spheres » doctrine as well as the discussion centred on « la différence », marked inter alia by simple reciprocity as a measure of equality (« equality with a vengeance »). A second part deals with the relationship between women and society as a whole, and notes that women are becoming both fact-makers and rule-makers. The author concludes that the image of Woman is changing and that women are finally being admitted to the status of full-fledged human beings. There is now another view of gender equality not founded on the patriarchal notion of separate spheres and « la différence » but on the demonstrated reality of women's lives. The achievements of feminist legal theory are fragile, but nonetheless real.

	<i>Pages</i>
1. Les rapports femmes/hommes ou l'(in)égalité revue et corrigée.....	32
1.1 Le glas de la doctrine dite des « deux sphères » ou l'univers des femmes éclaté....	35
1.2 L'érosion de la simple réciprocité comme mesure d'égalité ou le barème masculin refusé.....	41
2. Les rapports femmes/société	47
2.1 La Femme, productrice de faits ou l'éternel féminin revisité et la Femme reconstruite.....	49
2.2 La Femme, source de normes ou les femmes, membres constitutifs de la société	54
Conclusion.....	58

Il peut sembler curieux de parler d'acquis du féminisme en droit canadien et québécois en 1994[†], alors même que la situation économique des femmes se détériore et que leur situation politique stagne ou marque de nets reculs, sur le plan international notamment. Peut-être pour ne pas céder au découragement qui nous guette, nous avons choisi délibérément de tenter de dresser un bilan positif de l'influence des théories féministes en droit.

Mais comment définir le féminisme à cette fin ? Protéiforme, le féminisme comporte de nombreux courants dont nous avons déjà fait un bref survol ailleurs¹. Reste néanmoins un idéal commun d'égalité des femmes avec les hommes, sans entente véritable — ni peut-être nécessaire, à ce stade — sur les modes de fonctionnement de l'utopie à venir. Réduit à sa plus simple expression, le féminisme signifie, selon la définition du *Nouveau Petit Robert* (1993) : « la doctrine, le mouvement qui préconise l'extension des droits, du rôle de la femme dans la société ». Le féminisme s'intéresse aux femmes, à leur représentation et à leur place dans la société. Dans ce sens, une modification de la conception du rôle de la Femme² dans la société, de l'idée que l'on se fait d'elle, de la place qu'on lui réserve, à elle et à ses particularités, témoigne de changements en profondeur dans ses rapports avec les hommes. Ces modifications peuvent, selon nous, être attribuées au féminisme, dans la mesure où elles vont dans le sens d'une réhabilitation du genre féminin, d'une plus grande autonomie décisionnelle des femmes, d'une plus grande possibilité pour les femmes de se définir et d'agir sur le monde. C'est la thèse sur laquelle se fonde le présent article qui vise à démontrer en quoi les analyses féministes ont influé sur le droit, de manière avantageuse pour les femmes.

Précisons d'ailleurs que la notion d'acquis s'entend ici non pas de gains incontournables et irréversibles, au contraire, mais d'empiètements dans le « monde des hommes³ », de percées qui font en sorte que, les questions ne se posant plus de la même façon, les solutions proposées changent également de nature. Les acquis du féminisme désignent donc une reconceptualisation de l'idée que se fait notre société de la Femme, de ses rapports avec

† La recherche menée pour le présent article a été terminée en août 1994.

1. Voir Michelle BOIVIN, « Le féminisme en capsule : un aperçu critique du droit », (1992) 5 *Revue Femmes et Droit* 357, particulièrement aux pages 378 et suiv., ainsi que les sources y citées.
2. La représentation de la Femme que se fait une société va déterminer dans une large mesure ses rapports à elle-même, à la société dans son ensemble et aux hommes. C'est pour décrire cette nuance entre le concept de Femme et la réalité des femmes que nous emploierons systématiquement dans le présent texte les termes « la Femme » pour décrire le concept et ses attributs, en réservant l'expression « les femmes » pour désigner des femmes en chair et en os et leur situation concrète.
3. Le terme « hommes » n'est pas entendu au sens générique. Ni ici ni plus loin.

les hommes et de son rôle au sein de la société ; bref, une reconceptualisation de l'égalité, ses modalités et ses exigences théoriques. Les dernières décennies ont connu beaucoup de mouvements, mais les changements des mentalités ne se font pas en bloc et plusieurs corollaires continuent d'être invoqués machinalement et inconsciemment, alors même que personne n'oserait aujourd'hui défendre, en public, les principes qui leur servaient de fondement jusque-là. Les supports tombent, mais les idées sous-jacentes ou connexes continuent de faire leur chemin et leurs ravages, par force d'inertie et de mimétisme, par réflexe ou par dessein, comment savoir ? Reste qu'il y a des acquis, des concepts, si fragiles et si vulnérables à l'attaque qu'il nous faut les relever et les décrire pour mieux pouvoir les défendre.

Comment mesurer les acquis du féminisme en droit ? Le droit comporte évidemment un volet législatif et un volet proprement judiciaire. Les modifications apportées à de multiples lois témoignent aussi éloquemment des pressions politiques exercées avec succès par les groupes féministes⁴, inspirés par des théories féministes. Mais nous avons choisi, sur le plan de la méthodologie, de limiter l'analyse à la jurisprudence pour illustrer les changements conceptuels amenés par les théories féministes et appliqués au droit par un de ses principaux artisans, la magistrature.

Même si on limite l'analyse à la jurisprudence, la marche à suivre n'est pas évidente. On pourrait songer, par exemple, à inventorier toutes les décisions où le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) a obtenu et la permission d'intervenir et gain de cause par la suite, peu importe les motifs exprimés par le tribunal. Notre démarche se fonde plutôt sur les faits suivants.

Le droit, entièrement conçu par et pour des hommes depuis des siècles, a véhiculé jusqu'à tout récemment une vision masculine, patriarcale, du monde, y compris de la Femme, de son rôle dans la société et de ses rapports avec les hommes⁵. La Femme, depuis toujours assujettie au droit, a été admise hier seulement à participer à l'élaboration de la législation (où elle

4. Citons, à titre d'exemples, la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux (Loi sur le patrimoine familial)*, L.Q. 1989, c. 55, qui cherche à assurer à la femme mariée un minimum de sécurité économique au moment d'une séparation ou d'un divorce et l'amendement au *Code criminel* qui a défini le « consentement » aux fins des dispositions interdisant les agressions sexuelles : *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38, art. 1.

5. Un seul exemple pour illustrer notre propos : qui d'autre qu'un homme eût pu établir une distinction entre l'enfant dit « naturel » et l'enfant dit « légitime » ? Une femme donne-t-elle naissance à un enfant illégitime, pour elle ? Les termes choisis en disent long sur le sexe/genre du nomenclateur.

est encore scandaleusement sous-représentée), à l'exercice de la profession de juriste et à la définition de son univers propre. Or, ce sont précisément ces divers éléments qui permettent de jauger la liberté, l'autonomie d'une personne : son humanité. Le droit de se dire telle que l'on est, le droit de décrire son monde à partir de sa propre expérience, doit compter parmi les droits les plus fondamentaux. En ce sens, il importe que la subjectivité des femmes puisse s'étaler sur la place publique, jusque-là réservée à la subjectivité des hommes, que l'on appelle néanmoins « objectivité » selon le mot d'Adrienne Rich⁶.

Ainsi, notre démarche consiste à retracer le cheminement d'idées féministes, disséminées ici et là dans des jugements où les enjeux touchent directement les femmes et où la décision illustre un revirement ou de nouveaux concepts tirés des théories féministes. Il ne manque pas d'exemples d'arrêts ayant, expressément ou implicitement, par leur analyse contextuelle ou leur rejet de stéréotypes nuisibles, adopté une perspective féministe. Sans prétendre à l'exhaustivité et reconnaissant d'entrée de jeu l'arbitraire dans le choix des thèmes retenus, nous allons centrer l'étude presque exclusivement sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada de la dernière décennie. La doctrine du *stare decisis* et le rôle prééminent de cette cour au pays suffisent amplement à justifier notre choix. Les extraits cités sont tous tirés de jugements majoritaires ou unanimes, selon la thèse que les dissidences — souvent plus perspicaces et intéressantes pour nous, féministes — n'ont pas réussi à rallier la majorité et ne peuvent donc compter au rang des acquis. Une seule exception : le jugement de la juge Wilson, dans l'affaire *Morgentaler*⁷, majoritaire quant au résultat mais auquel aucun autre juge n'a souscrit pour l'essentiel. Néanmoins il regorge d'idées qui, une fois exprimées, n'admettent que difficilement un recul, un retour à une ancienne conception des choses. Dans tous les cas, nous insisterons sur les

6. « L'objectivité, c'est le nom que notre société donne à la subjectivité mâle » : Adrienne RICH, *On Lies, Secrets and Silence, Selected Prose 1966-1978*, New York, Éditions Norton, 1979, p. 207. Voir aussi Nicole BROSSARD, « Écrire la société : d'une dérive à la limite du réel et du fictif », (1994) 21, 2 *Revue de la Société philosophique du Québec*, 303, 310. « Là où le discours féministe libéral dit : « C'est injuste, changeons la loi », la pensée féministe radicale demande d'où l'injustice et la violence tirent leur origine ? Aussi s'intéresse-t-elle à l'imaginaire, au symbolique, à la philosophie, à la sémantique, au droit, à l'histoire, à la théologie, à la littérature, à l'art, bref à tout ce qui témoigne de l'inscription millénaire de la subjectivité des hommes sur la place publique. Car s'il est important de faire circuler la subjectivité des femmes, il est tout autant impérieux de s'interroger sur ce que cela peut bien être, *mon dieu*, cet homme qui inventa LA femme. »

7. R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

aspects des jugements reflétant des changements de perspective ou des applications théoriques et sociales du féminisme.

L'analyse procède en deux étapes. La première est consacrée aux rapports femmes/hommes et à une nouvelle conception de l'égalité provoquée par la disparition progressive de la ligne de démarcation entre les mondes parallèles des femmes et des hommes, sonnante le glas de la doctrine dite « des deux sphères » et l'érosion du discours de la différence, marqué par la simple réciprocité comme mesure d'égalité. La seconde partie traite des rapports des femmes avec la société, de la Femme, productrice de faits et de normes sociales.

1. Les rapports femmes/hommes ou l'(in)égalité⁸ revue et corrigée

Les rapports femmes/hommes ont été marqués depuis plusieurs siècles au moins et jusqu'à très récemment par le « discours de la différence, » créant des mondes parallèles fondés sur le sexe. En effet, selon la doctrine dite « des deux sphères », femmes et hommes sont égaux, dans leur domaine d'activité respectif, celui de la femme étant confiné à la reproduction, donc au foyer (d'où la « reine du foyer »). Dans cette vision, toutes les femmes, en leur qualité de femmes, doivent nécessairement être assujetties à un régime particulier, qui ne saurait être jugé « discriminatoire » puisque la « nature » des femmes, leur « essence » est à ce point « différente » (de celle des hommes, barème implicite, forcément) qu'elle dicte un régime différent aussi. D'où la règle de common law interdisant à toute femme, n'ayant pas le rang de reine ou de régente, d'occuper une charge publique⁹. D'où l'exclusion des femmes, même célibataires et diplômées en droit, de l'exercice de la profession juridique¹⁰. Ces deux sphères correspondaient, à peu de chose près, à la dichotomie public/privé¹¹, utilisée en droit pour définir la sphère

8. La formule employée ici est calquée sur celle de Kathleen LAHEY, « Feminist Theories of (In)Equality », dans Kathleen E. MAHONEY et Sheila L. MARTIN (dir.), *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 71-85.

9. *Edwards & al. c. Procureur général du Canada*, [1930] A.C. 124, 128 (infirmant [1928] R.C.S. 276).

10. *Re Mabel P. French*, (1905) 37 N.B.R. 359. Le résultat était le même au Québec. Cf. *Langstaff c. The Bar of the Province of Quebec*, (1916) 25 B.R. 11 (C.A.Q.).

11. Il y a différentes façons de définir le public et le privé à cette fin, et les critiques féministes de la distinction abondent : voir notamment Judy FUDGE, « The Public/Private Distinction: The Possibilities of and the Limits to the Use of Charter Litigation to Further Feminist Struggles », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 485, 487 et suiv. ainsi que les sources y citées.

d'autonomie personnelle (le « privé, » le cercle des droits et libertés), zone qui échappait au contrôle de l'État libéral¹².

Cette vision trouvait son assise théorique dans la conception aristotélicienne de l'égalité, selon laquelle « le sens fondamental de l'obligation constitutionnelle d'une égalité de protection et de bénéfice est que les personnes qui se trouvent dans une « situation analogue doivent être traitées de façon analogue » et, inversement, que les personnes qui se trouvent dans des « situations différentes doivent être traitées différemment¹³ ». Depuis Aristote au moins¹⁴, cette vision de l'égalité a cours dans le monde occidental : une différence — jugée pertinente — justifie, non, commande un traitement différent, et ce, au nom de la justice. Traiter une femme comme un homme est vu alors comme contre nature, inconcevable : l'égalité se vit dans la différence. Signalons que cette conception particulière de l'égalité s'applique tout aussi bien à d'autres cas, notamment à la légitimation de l'esclavage chez Aristote, de la ségrégation raciale aux États-Unis ou de l'interdiction de l'ordination des femmes par le Vatican aujourd'hui encore¹⁵. C'est

-
12. Voir la brillante critique de la dichotomie présentée par Catharine MACKINNON, « Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward a Feminist Jurisprudence », *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 8, 1983, pp. 656-660, où elle dit notamment : « feminist consciousness has exploded the private. For women, the measure of the intimacy has been the measure of the oppression. To see the personal as political means to see the private as public [...] The very place (home, body), relations (sexual), activities (intercourse and reproduction), and feelings (intimacy, selfhood) that feminism finds central to women's subjection form the core of privacy doctrine. But when women are segregated in private, one at a time, a law of privacy will tend to protect the right of men « to be let alone », to oppress us one at a time [...] The private sphere which confines and separates us, is therefore a political sphere, a common ground of our inequality. In feminist translation, the private is a sphere of battery, marital rape, and women's exploited labor; of the central social institutions whereby women are deprived of (as men are granted) identity, autonomy, control, and self-determination; and of the primary activity through which male supremacy is expressed and enforced. Rather than transcending the private as a predicate to politics, feminism politicizes it. »
 13. *Law Society of British Columbia c. Andrews*, [1989] 1 R.C.S. 143, 165, où le juge McIntyre cite le jugement de la juge McLachlin en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, pour ensuite le critiquer.
 14. Le critère de la situation analogue est une reformulation du principe aristotélicien de l'égalité formelle : « Si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées l'égalité. De là viennent les disputes et les contestations, quand des personnes sur le pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes, sur le pied d'inégalité, ont et obtiennent un traitement égal » (*Éthique de Nicomaque*) : voir *Law Society of British Columbia c. Andrews*, précité, note 13, 166.
 15. Voir la Lettre apostolique de Jean-Paul II aux évêques sur l'ordination sacerdotale exclusivement réservée aux hommes, publiée dans les médias le 30 mai 1994, dans laquelle le pape rappelle les arguments justifiant l'exclusion des femmes, y compris celui qui est fondé sur la dualité naturelle entre les sexes ; ainsi, comme dans le monde

ce qu'on a appelé en jurisprudence américaine la doctrine du « séparé mais équivalent » (*separate but equal*)¹⁶, doctrine discréditée en matière de ségrégation raciale, depuis une quarantaine d'années environ, depuis le célèbre arrêt *Brown v. Board of Education*¹⁷, rendu par la Cour suprême des États-Unis. Cette doctrine a également été discréditée au Canada dans l'arrêt *Andrews*¹⁸.

Pour ce qui est de l'égalité entre les sexes, la doctrine connaît une lente érosion, mais, fondamentalement, les deux sphères demeurent et le discours de la différence se maintient, bien que son champ d'activité soit désormais circonscrit. En effet, des progrès dans la marche vers l'égalité ont été réalisés devant les tribunaux en invoquant et en démontrant rationnellement la ressemblance entre les femmes et les hommes en vue d'offrir enfin aux femmes la possibilité d'occuper des rôles traditionnellement réservés aux hommes¹⁹. Ces progrès sont axés sur la notion de « différence » elle-même²⁰ et se réalisent par des empiètements de son territoire, vaste à l'origine, diminué depuis. Par exemple, la capacité intellectuelle des femmes est-elle suffisamment « différente » pour les exclure toutes aujourd'hui de l'accès à l'université, de l'exercice de certaines professions ? Une athlète exceptionnelle doit-elle être admise dans une ligue sportive exclusivement masculine jusque-là ? Dans la mesure où les femmes en question peuvent démontrer qu'elles peuvent *satisfaire aux mêmes critères que les hommes*, elles obtiendront gain de cause, de façon générale. Le discours de la différence persiste, mais ses contours se déplacent, orientés par l'application des lois anti-discriminatoires à des cas particuliers²¹.

symbolique catholique, les femmes représentent l'humanité, elles ne peuvent simultanément représenter la divinité, rôle qui se trouve ainsi automatiquement — et presque par défaut — dévolu aux hommes.

16. Ce principe formaliste est posé dans l'arrêt *Plessy c. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
17. *Brown c. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
18. *Law Society of British Columbia c. Andrews*, précité, note 13, 166 et suiv.
19. Voir, entre autres, ANONYME, « Toward A Redefinition of Sexual Equality », 95 *Harv. L. Rev.* 487.
20. La différence est attribuée aux seules femmes, bien entendu. C'est la femme qui est l'Autre, selon le mot de Simone de Beauvoir.
21. Voir, par exemple, *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.*, (1986) 54 O.R. (2d) 513 (C.A. Ont.), dans laquelle la jeune Justine Blainey qui s'était vu refuser l'admission à une ligue de hockey réservée aux garçons, en dépit de son talent, soulevait l'inconstitutionnalité de l'article 19 (2) du *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, c. 53, qui se lisait ainsi : « Ne constitue pas une atteinte aux droits [...] de traitement égal en matière de services et d'installations le fait de restreindre l'adhésion à un organisme sportif ou la participation à une activité sportive à des personnes du même sexe. » La Cour d'appel de l'Ontario a déclaré cet article inopérant en raison de son incompatibilité avec l'article 15 de la Charte. La Cour suprême a refusé d'accorder la permission d'appeler de ce jugement.

Pourtant, son fondement théorique a été expressément rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Andrews*. Mais les anciennes conceptions ont la vie dure et la nature du critère proposé dans *Andrews* est encore mal compris, en matière d'égalité entre les sexes. Aussi « la différence irréductible », dans ses deux volets principaux, la sexualité et la reproduction, se cantonne-t-elle encore dans l'univers féminin. Et il en découle des corollaires et des idées connexes d'importance capitale pour les femmes.

C'est pourquoi nous allons aborder tour à tour certaines manifestations sonnait le glas de la doctrine des deux sphères sous la rubrique « l'univers des femmes éclaté » et marquant le refus de la simple réciprocité comme mesure d'égalité sous la rubrique « le barème masculin refusé ». Ce sont évidemment les deux côtés d'une même médaille : la différence et la ressemblance.

1.1 Le glas de la doctrine dite « des deux sphères » ou l'univers des femmes éclaté

Les deux sphères ne pouvaient être hermétiques, mais elles correspondaient plus ou moins à la dichotomie public/privé. L'univers des femmes — menstruations, grossesse, accouchement, allaitement, certes, mais aussi prostitution, viol et pornographie — tout cela relevait du privé, et sa seule représentation dans le monde « public » provenait des hommes qui dirigeaient cette sphère. Les femmes n'en étaient pourtant pas totalement absentes.

Car un pont s'est créé dès le début entre les deux sphères, qui a permis aux femmes de quitter l'univers féminin pour aller circuler dans le monde des hommes, *qua* hommes, c'est-à-dire en laissant enfants et « problèmes de femmes » de l'autre côté et en gardant un silence pudique (et de rigueur) quant aux effets — pour Elle et non pour Lui — de « la différence biologique, » propre aux seules femmes. Il faut comprendre que les femmes ont toujours travaillé, eh oui, même en-dehors de leur foyer —, la classe ouvrière ayant toujours bien mérité son nom. Et quel propriétaire, esclavagiste ou simple agriculteur aurait songé un instant à relever ses esclaves-femmes de l'obligation d'aller aux champs, sous prétexte que ces fonctions seraient trop pénibles pour elles en tant que femmes ?

Les femmes ont toujours travaillé donc et ont été admises à le faire dans le monde dit « public » depuis le début des temps, et la Révolution industrielle a très peu changé les choses, en dépit du discours officiel qui utilise abusivement l'image de la bourgeoise au foyer comme représentant la

condition de l'ensemble des femmes²². Elles étaient — et sont — ménagères non rémunérées, bien sûr, mais aussi servantes sous-payées, couturières payées à la pièce, « collaboratrices » non rémunérées de leurs maris ou pères, hôteliers, restaurateurs, et le reste. En réalité, la doctrine des deux sphères servait à exclure les femmes collectivement, comme catégorie, des emplois ou postes prestigieux auxquels tenaient les hommes. Les femmes n'étaient pas comme telles absentes, mais invisibles dans le monde dit « public », assumant pour la plupart des tâches subordonnées à celles des hommes, de la courtisane à la cuisinière.

Ce qui était totalement absent, réduit au silence, c'était le monde parallèle des femmes, le monde de la maternité, des soins aux enfants et aux malades, mais surtout la subjectivité des femmes, la perception des femmes, leurs connaissances et leurs expériences. Aucune place dans le discours public, dans la symbolique ou l'imaginaire collectif pour le point de vue des femmes, pas même sur ces questions. La réalité des femmes se taisait ou était tue. La grossesse, et même la possibilité de grossesse, après le mariage, justifiait le renvoi immédiat de certains emplois pour rejoindre le monde « privé ».

Ce sont les débats entourant le congé de maternité en Amérique du Nord qui illustrent le plus clairement la difficulté de justifier ce « traitement de faveur » selon le concept aristotélicien de l'égalité²³. Aux États-Unis, la philosophie libérale majoritaire, à laquelle adhèrent certains groupes féministes, s'oppose à l'adoption d'un régime législatif accordant des congés de maternité, non payés mais garantissant la sécurité d'emploi au retour, parce que ces congés sont contraires à la véritable égalité dans les rapports femmes/hommes²⁴. Les hommes n'ayant nul besoin de ces congés de maternité²⁵, leur place conceptuelle est difficile à définir en matière d'égalité. Selon la conception libérale classique, les femmes ont un « choix » à exercer « librement » et si elles optent pour la maternité, elles doivent en assumer pleinement (et souvent seules) les conséquences — physiques, psychologiques, politiques, économiques et sociales — et s'assurer que le « monde des hommes » n'est pas incommodé par leur « choix ». Au pire, ce choix peut

22. Voir, généralement à ce sujet, Evelyne SULLEROT, *Histoire et sociologie du travail féminin*, coll. « Grand Format Femme », Paris, Éditions Gonthier, 1968.

23. Mais nous pourrions tout aussi bien traiter de la violence faite aux femmes, y compris par la pornographie, par exemple.

24. C'est sans doute la raison pour laquelle il a fallu attendre l'accession du président Clinton au pouvoir en 1993 pour que les États-Unis adoptent pour la première fois un régime de congé de maternité.

25. Il ne faut pas confondre le congé de maternité avec le congé dit « parental ».

les forcer à réintégrer l'univers féminin pour ne plus le quitter ; au mieux, elles peuvent s'absenter provisoirement de leur poste, y revenir et faire comme si de rien n'était. Au Canada, le régime spécial de prestations de maternité se trouve dans la *Loi sur l'assurance-chômage* (cela dit avec ironie et pour cause).

C'est précisément ici que la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada autorise certains espoirs quant à une reconceptualisation de la reproduction et l'éclatement du « monde des hommes ». On se souvient que l'arrêt *Bliss*²⁶ avait conclu qu'une distinction fondée sur la grossesse ne constituait pas une discrimination fondée sur le sexe en comparant les hommes et les femmes non enceintes, d'une part, aux femmes enceintes, d'autre part. Cette façon de scinder la question illustre à la fois le clivage et le pont entre les mondes parallèles des femmes et des hommes.

L'arrêt *Brooks*²⁷ perce une grande brèche dans le principe du *stare decisis* et renverse l'arrêt *Bliss* exactement sur ce point²⁸ : la grossesse est un motif de discrimination fondée sur le sexe, qui touche toutes les femmes comme catégorie :

[...] l'arrêt *Bliss* est erroné [...] Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. Seules les femmes portent des enfants ; aucun homme n'en a la possibilité [...] il est injuste d'imposer tous les coûts de la grossesse à une seule moitié de la population. Il est difficile de concevoir qu'une distinction fondée sur la grossesse puisse être tenue pour autre chose que de la discrimination fondée sur le sexe ou que des restrictions applicables légalement aux seules femmes enceintes ne comportent pas de discrimination contre elles en tant que femmes. *Il est difficile d'accepter que l'inégalité imposée à Stella Bliss dépendait de la nature et qu'en conséquence elle ne comportait pas de discrimination ; je crois maintenant pouvoir dire qu'il s'agit plutôt d'une inégalité créée par la loi [...] « La possibilité d'être enceinte est une caractéristique immuable ou un trait propre au sexe, qui distingue les hommes des femmes. Une distinction fondée sur la grossesse n'établit pas seulement une distinction entre les personnes enceintes et celles qui ne le sont pas, elle établit aussi une distinction entre le sexe des personnes susceptibles de devenir enceinte et le sexe de celles qui ne le peuvent pas »*²⁹.

26. *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

27. *Brooks c. Canada Safeway Limited*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

28. Ce renversement est d'autant plus étonnant qu'il est signé par le juge en chef d'alors, le juge Dickson, le seul qui siégeait déjà à la Cour suprême en 1979 et qui avait souscrit à la décision antérieure.

29. *Brooks c. Canada Safeway Limited*, précité, note 27, 1243 ; l'italique est de nous.

Dans cette affaire où Mme Brooks contestait le caractère discriminatoire d'un régime d'invalidité excluant expressément la grossesse comme motif d'admissibilité aux prestations, même pour des raisons médicales non liées à la grossesse, la Cour suprême a rejeté la notion classique de la grossesse comme échappant « naturellement » aux régimes de sécurité du revenu à l'intention du personnel, la grossesse étant, de toute évidence, un phénomène volontaire qu'on ne pouvait assimiler ni à la maladie, ni à l'accident et qu'on ne savait donc qualifier juridiquement, en l'absence d'un équivalent masculin qui puisse servir de point de repère³⁰. La ligne de démarcation se déplace pour se situer entre le groupe « femmes » et le groupe « hommes » qui jusque-là incluait les femmes *qua* hommes. Le sens de la « différence » est en pleine mutation.

La Cour insiste sur le rôle essentiel des femmes dans la procréation, l'importance de ce rôle pour la société et les coûts qui en résultent pour les seules femmes :

[...] l'un des objets des lois anti-discrimination [...] est la suppression des désavantages injustes imposés à des personnes ou à des groupes dans la société. Il peut y avoir un désavantage injuste lorsqu'on laisse porter à un seul groupe de personnes les coûts d'activités qui profitent à l'ensemble de la société [...] *Il est incontestable que tous les membres de la société profitent de la procréation. Le régime [...] fait cependant porter un des principaux coûts de la procréation à un seul groupe dans la société : les femmes enceintes.* Donc, en faisant une distinction entre la grossesse et toutes les autres raisons de santé pour ne pas travailler, le régime impose un désavantage injuste aux femmes enceintes³¹.

Ainsi, la Cour refuse l'approche essentialiste classique, qui attribue à la nature le sort malheureux réservé aux femmes, notamment sur le marché du travail, et reconnaît enfin le rôle du droit dans le maintien de la subordination des femmes et dans la perception sociale de ce qui constitue un traitement égalitaire et juste à l'égard des femmes. Rejetant une fois pour toutes les régimes discriminatoires à l'endroit des femmes enceintes, la Cour déclare aussi qu'il y a discrimination si un traitement défavorable est imposé à une catégorie de personnes, composée uniquement de femmes, même s'il ne s'agit pas de toutes les femmes.

30. *Id.*, 1237 : « Considérée dans son contexte social, la grossesse constitue un motif de santé parfaitement légitime de ne pas se présenter au travail et, à ce titre, elle devrait donner droit aux prestations prévues [...] *Pour l'employée, les conséquences économiques de l'incapacité d'exécuter les tâches que son travail comporte sont les mêmes que cette incapacité résulte d'une grossesse ou d'un autre motif de santé entraînant l'absence du travail* » (l'italique est de nous).

31. *Brooks c. Canada Safeway Limited*, précité, note 27, 1238 ; l'italique est de nous.

Cette décision remet en doute le fossé, vu comme naturel, entre la reproduction et la production (le « travail »), entre l'univers féminin et le monde des hommes. Non seulement les femmes peuvent-elles circuler dans le monde des hommes, mais encore leurs particularités, leurs forces, leurs capacités uniques, doivent servir à définir et à circonscrire le monde du travail, sous peine de sanctions importantes. Les femmes imposent un nouveau barème. Le privé envahit le public : autre façon de dire que le personnel est politique, axiome féministe³².

Par certains aspects, le sentier tracé dans l'arrêt *Brooks* se concrétise dans l'arrêt *Symes*³³ et sonne le glas d'un des corollaires de la doctrine des deux sphères : la notion de « choix librement consenti » en matière de reproduction pour les femmes. Dans cette décision majoritaire, il était question de la déductibilité des frais réels de garde d'enfants à titre de dépenses d'entreprise dans le calcul du bénéfice de la pratique de l'avocate Elizabeth Symes. La majorité de la Cour suprême — la totalité des hommes en réalité, les deux femmes juges étant dissidentes — a décidé que les femmes peuvent déduire, à titre de frais de garde d'enfants, uniquement la somme forfaitaire prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, peu importe les sommes réellement dépensées et a maintenu ainsi la légitimité d'une distinction qui fait en sorte qu'une entreprise peut déduire le coût des cadeaux offerts à ses clients, mais qu'une entrepreneure ne peut déduire ses frais réels de garde d'enfants.

Bien qu'il soit critiquable sur bien des plans, l'arrêt *Symes* marque néanmoins une étape, car la Cour y affirme à l'unanimité que la notion de choix n'a plus sa place dans les discussions de la maternité au travail. La Cour a fait sauter le pont reliant l'univers des femmes au monde des hommes, pont conçu spécialement pour permettre aux femmes d'aller y gagner leur vie le jour, à la condition expresse de ne pas « choisir » la maternité ou, ayant ainsi opté, d'en taire les conséquences pratiques. Le pont sauté, les deux sphères qui amenaient, comme conséquence inévitable, la double journée de travail pour les femmes et le silence officiel entourant la question dans le monde public éclatent et les obligations parentales se retrouvent désormais sur la place publique. Le fait pour une femme de porter un enfant à terme, de lui donner naissance et de l'élever ne sera plus réduit — pour les seules femmes toujours — à un « choix de carrière » ni à

32. Voir Michelle BOIVIN, *loc. cit.*, note 1, 372-374.

33. *Elizabeth Symes c. La Reine*, [1993] 4 R.C.S. 695 (jugement rendu le 16 décembre 1993, par le juge Iacobucci pour la majorité et la juge Claire L'Heureux-Dubé, en dissidence).

un « choix de consommation »³⁴. On ne saurait exagérer l'importance de cet énoncé de principe, sur lequel s'entendent majorité et dissidence³⁵. En effet, les femmes seront en droit de tout vouloir et de tout réclamer de la vie, comme les hommes, sans avoir à s'excuser ni à s'amputer volontairement d'une partie importante d'une vie humaine « normale ».

Soulignons aussi qu'il s'agit d'un pas de plus dans la bataille féministe pour la suppression de l'idéologie soutenant la dichotomie public/privé, pour l'accès des femmes à un espace public, pour que les « problèmes des femmes » soient reconnus comme des problèmes humains et publics, pour que l'homme cesse d'être le paradigme de l'être humain. C'est la bataille pour l'univers discursif et symbolique qui compte, le combat des stéréotypes par la reconceptualisation. De la même façon, gais et lesbiennes revendiquent pour que leurs relations sortent de la pénombre³⁶. Et, pour les femmes, ce combat passe nécessairement par l'opposition systématique au discours de « la différence », fondement de la notion libérale de l'égalité et de la doctrine des deux sphères, où la différence « naturelle » entre femmes et hommes justifiait tous les abus à l'endroit des femmes, de l'incapacité juridique de la femme mariée à l'exclusion des professions libérales. En effet, la différence marque un rapport — généralement de force, de pouvoir — et n'est pas comme telle un attribut d'un genre ou d'une catégorie de personne. Cependant, elle est imputée aux seules femmes (par opposition

34. Le juge Major avait longuement insisté sur cette question pendant l'audition de l'affaire en Cour suprême — exceptionnellement télédiffusée en direct —, notamment durant la plaidoirie de J.J. Camp, avocat de l'Association du Barreau canadien, intervenue dans cette affaire pour soutenir les revendications de l'avocate Elizabeth Symes. Sentant le piège, même s'il ne comprenait peut-être pas les enjeux théoriques, M^e Camp piétinait et ne savait comment répondre au juge Major jusqu'à ce que le juge en chef Lamer intervienne et demande carrément à M^e Camp : « What part does choice play in your argument ? » « None, my lord », de soupirer de soulagement M^e Camp. Mais nous avions compris. Il suffisait de faire ressortir le « choix » qu'ont les femmes d'avoir ou non des enfants, pour reléguer le tout dans le domaine privé, dans ce que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), c. 1 (5^e supp.), appelle des « dépenses personnelles ».

35. *Elizabeth Symes c. La Reine*, précité, note 33, 740 et suiv., 803 et suiv.

36. Ce combat est mené aussi par d'autres groupes défavorisés, y compris les gais et lesbiennes. Voir notamment David PICHÉ, « Les prétendues victoires pour la reconnaissance légale des gais et lesbiennes ont été parasitées dès le départ par des préjugés tenaces », *Le Devoir*, le mercredi 3 août 1994, p. A7 : « Ce que veulent les personnes gais et lesbiennes en définitive, c'est se réapproprier l'univers discursif et symbolique qui les représente, afin de substituer aux stéréotypes négatifs qui y sont projetés par la majorité bien pensante leurs propres modèles positifs qu'ils auront su inventer ; acquérir la liberté de parole à propos d'eux-mêmes ; se dire tels qu'ils sont avec leurs propres mots ; retrouver la visibilité sociale qui leur a été confisquée, passer de l'ombre à la lumière : voilà le chemin qu'il leur reste à parcourir. »

aux hommes) et sert d'assise à l'hégémonie mâle. Le discours axé sur la différence risque aussi d'être très réducteur de l'expérience des femmes puisqu'on présume que leur perspective ne s'applique qu'aux femmes et pour les femmes, alors que les hommes continuent de parler au nom de l'humanité, de l'Homme, justement. L'universalité, l'objectivité et l'impartialité demeurant alors résolument un monopole masculin.

1.2 L'érosion de la simple réciprocité comme mesure d'égalité ou le barème masculin refusé

Toutefois, l'envers de la médaille, l'axe « ressemblance » n'est guère plus intéressant. Un discours qui insiste systématiquement sur les ressemblances entre les femmes et les hommes, accepte et légitime nécessairement le barème mâle comme base de comparaison, mène inéluctablement à l'assimilation des femmes *qua* hommes et renforce le système en place. Ainsi, la Femme sera l'égale de l'homme dans la mesure uniquement où elle sera « masculinisée » et se conformera en tous points aux critères mâles.

Toujours selon la conception aristotélicienne de l'égalité, seule la différence pertinente justifiant un traitement autre, l'absence de différence mène inéluctablement à l'application automatique et systématique de la règle à tous et à toutes. Ainsi, en matière de discrimination fondée sur le sexe, le fait qu'un phénomène juridique puisse, en théorie, arriver à un seul homme, alors même que la preuve révèle qu'il se produit très souvent dans le cas des femmes, sert à soustraire le phénomène en question du rayon de la discrimination fondée sur le sexe. Le même résultat s'ensuit d'une preuve que *toutes* les femmes ne sont pas visées, même si le groupe cible se compose de femmes à la majorité écrasante ou même à l'exclusivité (dans le cas de l'arrêt *Bliss*³⁷, par exemple). Ainsi, elle ne subit pas de discrimination parce qu'elle est femme, mais parce qu'elle est enceinte. Elle se fait harceler parce qu'elle est jolie et séduisante et non parce qu'elle est femme. Elle a été violée parce qu'elle portait une tenue trop *sexy* ou parce qu'elle a été imprudente et non parce qu'elle est femme³⁸. C'est respectivement une question de choix personnel, de caractéristique personnelle, de comportement personnel : tout du privé, quoi !

37. Voir la discussion *supra*.

38. Les étudiantes de Polytechnique n'auraient pas été tuées parce qu'elles étaient femmes — et potentiellement féministes — mais parce que Marc Lépine était fou. Et ce, même s'il avait en poche la liste de ses victimes et affirmait vouloir tuer des femmes qui prenaient la place des hommes.

Le fait que ces événements—ne serait-ce que par leur potentialité—touchent en profondeur la vie de toutes les femmes tient à la nature des femmes, et le droit n'y peut rien. Dans ces cas, la justice redevient aveugle et refuse de tenir compte de faits sociaux importants, malheureux attributs de la féminité dans notre société—comme la grossesse, la pauvreté, la difficulté d'accéder aux postes importants, la violence, la peur d'être violée, le chantage sexuel, et j'en passe. Les femmes se retrouvent ici coincées dans le piège : au moment même où elles veulent revendiquer la différence dans leurs conditions matérielles d'existence, qui n'ont pas toujours et même rarement comme fondement la pure biologie, la justice refuse cette différence comme non pertinente dans le débat sur l'égalité. C'est ce que l'on appelle dans les milieux féministes l'égalité vengeresse (*equality with a vengeance*).

Ce n'est pas là un phénomène récent. Les femmes ont toujours eu à subir ce genre de mesures dites égalitaires dans des cas où l'incohérence du système juridique aurait dû crouler sous le poids du ridicule et de l'absurde. Ainsi, en France, pendant la Révolution, qui avait comme principe moteur « Liberté, égalité, fraternité », Olympe de Gouges revendiquait le droit de vote pour les femmes, puisqu'elles étaient déjà admises à monter à l'échafaud dans la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*³⁹. Elle a été décapitée pour sa peine. La Révolution américaine avait pour slogan : « *No taxation without representation*. » Les femmes y étaient pourtant tenues de payer des impôts, sans avoir droit de vote⁴⁰. Le droit d'être jugée par un jury composé de ses pairs est l'une des pierres angulaires de la justice pénale de common law⁴¹, droit encore refusé aux femmes du Québec en 1972⁴². Pour les femmes, ce droit consistait, de fait, à être jugées par leurs « pères ». C'est aussi la raison pour laquelle, de façon plutôt cocasse mais néanmoins révélatrice, les dispositions interdisant la discrimination fondée

39. Voir l'article X de la *Déclaration des droits de la femme (1791)* de Marie Gouze, dite Olympe de Gouges : cf. Michèle SARDE, *Regards sur les Françaises, x^e siècle-xx^e siècle*, Paris, Éditions Stock, 1983, p. 527.

40. Susan B. Anthony qui a voté illégalement a été condamnée à payer 100 \$ d'amende : *United States c. Anthony*, 24 Fed. Cas. 829 (1873).

41. Voir notamment *R. c. Bain*, (1992) 51 O.A.C. 161, 215-216 (C.S.C.), où le juge Gonthier déclare que « les caractéristiques fondamentales » du jury sont « l'impartialité et la représentativité ».

42. *Rose c. La Reine*, (1972) 19 C.R. 66, 68-69 (C.S. Qué.) : « Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de conclure que les femmes sont privées de leur liberté et de leur égalité devant la loi parce qu'elles ne sont pas appelées à servir comme jurés. *Une telle fonction n'est pas un attribut essentiel de la liberté et de l'égalité du citoyen devant la loi ; c'est plutôt une responsabilité onéreuse qui ne leur a pas été imposée jusqu'à ce jour* » (l'italique est de nous).

sur le sexe sont utilisées avec succès plus souvent par les hommes que par les femmes⁴³.

Heureusement, certains jugements refusent d'appliquer servilement la simple réciprocité comme mesure d'égalité et poussent l'analyse pour tenir compte de la situation particulière des femmes comme catégorie dominée par rapport aux hommes, groupe dominant. Le discours n'en est plus un de « différence » — pertinente ou non, suffisante ou non — mais de rapport de forces, de subordination. La Nature ne sert plus à masquer le Social. La réalité, démontrée par des statistiques ou des études, va enfin supplanter les mythes fondés sur le clivage entre les deux sphères.

Ainsi, dans l'arrêt *Janzen et Govereau c. Platy Enterprises Ltd.*⁴⁴, où le principal enjeu consistait à confirmer que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination fondée sur le sexe, le juge en chef d'alors, le très honorable Brian Dickson, définit le harcèlement comme un abus de pouvoir et il tient compte de son effet sur les femmes collectivement, comme groupe distinct :

[...] le harcèlement sexuel en milieu de travail peut se définir de façon générale comme étant une conduite de nature sexuelle non sollicitée qui a un effet défavorable sur le milieu de travail ou qui a des conséquences préjudiciables en matière d'emploi pour les victimes du harcèlement [...] Le harcèlement sexuel en milieu de travail est un abus de pouvoir tant économique que sexuel. Le harcèlement sexuel est une pratique dégradante, qui inflige un grave affront à la dignité des employés forcés de le subir. En imposant à un employé de faire face à des gestes sexuels importuns ou à des demandes sexuelles explicites, le harcèlement sexuel sur le lieu de travail est une atteinte à la dignité de la victime et à son respect de soi, à la fois comme employé et comme être humain⁴⁵.

Le juge Dickson rejette l'argument en vertu duquel le harcèlement sexuel ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe puisque les hommes, comme les femmes, peuvent en être victimes. Pour ce faire, il prend en considération la vulnérabilité particulière des femmes, qui tient à leur position de subordination au sein de la société :

43. Voir Gwen BRODSKY et Shelagh DAY, *La Charte canadienne et les droits des femmes : progrès ou recul*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, septembre 1989, pp. 295-298, où le tableau des arrêts sur l'égalité des sexes indiquent clairement que des 44 poursuites invoquant l'article 15 de la Charte pendant les trois ans suivant son adoption, 35 ont été engagées par des hommes et seulement 9 par des femmes. C'est aussi vrai aux États-Unis. Voir Catharine MACKINNON, « Difference and Dominance : On Sex Discrimination », dans Catharine MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987, p. 44.

44. *Janzen et Govereau c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

45. *Id.*, 1284.

Cependant, dans la hiérarchie du marché actuel du travail, ceux qui disposent du pouvoir de harceler les autres sexuellement sont en majorité les hommes, alors que les personnes les plus susceptibles d'être harcelées sont surtout les femmes [...].

le harcèlement sexuel est utilisé dans une société sexiste pour [...] « souligner, par implication, la différence entre les sexes, l'infériorité des femmes par rapport au groupe masculin dominant », et pour « rappeler aux femmes la condition inférieure qu'on leur attribue »⁴⁶.

Il confirme d'ailleurs que la preuve d'une sanction ou d'une rétribution économique n'est pas un élément essentiel du harcèlement sexuel⁴⁷. L'atteinte à la dignité des femmes suffit.

En résumé, le harcèlement sexuel constitue de la discrimination fondée sur le sexe à cause de l'inégalité économique et sociale marquant les rapports entre les femmes et les hommes dans notre société et de l'impact différent sur les femmes comme groupe de certains comportements, vu leur position particulière dans notre société. Dans la mesure où elles évoluent dans un monde conçu par et pour des hommes, où elles n'ont que peu de débouchés au travail, où leurs salaires inférieurs ne leur permettent que rarement l'autonomie financière, les femmes comme catégorie occupent une position de subordination, d'infériorité systémique.

La simple réciprocité comme mesure d'égalité a été revendiquée par un prisonnier dans l'affaire *Conway*⁴⁸. Il contestait la constitutionnalité des fouilles par palpation⁴⁹, du « dénombrement⁵⁰ » et des « rondes éclairs⁵¹ » comme contraire à son droit à l'égalité puisque les détenues dans les pénit-

46. *Ibid.* ; l'italique est de nous.

47. *Id.*, 1282.

48. *Conway c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 872.

49. *Id.*, 875 : « La fouille par palpation s'effectue avec les mains sur un détenu vêtu, de la tête aux pieds, devant et derrière, autour des jambes et à l'intérieur des plis de vêtements, des poches et des chaussures, et comporte l'utilisation de détecteurs portatifs. Même si, dans ce type de fouille, il n'est pas expressément interdit de toucher les organes génitaux, on évite de le faire (l'appelant n'avait jamais été touché). Une telle fouille dure en général cinq secondes, bien qu'il puisse arriver qu'elle dure jusqu'à quinze secondes. »

50. *Id.*, 876 : « Le dénombrement est effectué régulièrement quatre fois par jour à heures fixes. Un gardien prévient les détenus que le dénombrement commence en l'annonçant à la tête de la rangée où il doit être effectué, puis il parcourt la rangée en regardant à l'intérieur de chaque cellule pendant deux ou trois secondes afin de vérifier si le détenu s'y trouve et s'il se porte bien. »

51. *Id.*, 876 : « Les rondes éclairs sont effectuées toutes les heures, mais à intervalles irréguliers et à l'improviste. Cette technique de surveillance vise à maintenir un élément de surprise afin de s'assurer que les détenus ne se livrent pas à des activités qui nuisent au bon ordre et à la sécurité de l'établissement. En pratique, le premier détenu de la rangée à apercevoir le gardien prévient les autres de la ronde éclair. »

tenciens pour femmes ne sont pas soumises à ces mesures de surveillance effectuées par des hommes. Le pourvoi a été rejeté à l'unanimité et le juge La Forest, parlant au nom de la Cour suprême, motive ainsi la décision :

La jurisprudence de notre Cour est claire : l'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique et, en fait, un traitement différent peut s'avérer nécessaire dans certains cas pour promouvoir l'égalité. Compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, l'égalité n'exige pas que les pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des agents du sexe féminin sont affectées à la garde d'hommes détenus. *La réalité du rapport entre les sexes est telle que la tendance historique à la violence des hommes envers les femmes ne trouve pas son pareil dans le sens inverse, c'est-à-dire en ce sens que les hommes seraient les victimes et les femmes les agresseurs. Biologiquement, la fouille par palpation ou la vérification de la poitrine d'un homme par un gardien du sexe féminin ne soulève pas les mêmes préoccupations que la même fouille effectuée par un gardien du sexe masculin sur une détenue. En outre, les femmes sont généralement défavorisées par rapport aux hommes. Dans ce contexte, il devient évident que la fouille effectuée par une personne du sexe opposé n'a pas le même effet pour les hommes que pour les femmes et représente une plus grande menace pour ces dernières. Il se peut donc que le traitement différent auquel l'appelant s'oppose ne soit nullement discriminatoire*⁵².

C'est l'évidence : femmes et hommes ne se retrouvent pas dans des positions semblables en ce qui concerne la sexualité. « La Femme est Sexe », a dit Simone de Beauvoir de façon lapidaire⁵³. Les statistiques parlent : les femmes n'agressent pas sexuellement les hommes⁵⁴. Par contre,

52. *Id.*, 877-878 ; l'italique est de nous. Le juge La Forest ajoute d'ailleurs que peu importe s'il y a ou non atteinte au droit à l'égalité de Conway, la pratique serait, de toute manière, sauvegardée par l'article premier de la Charte et invoque à cette fin un double motif : l'importance de l'équité en matière d'emploi et l'« effet humanisant de la présence des femmes dans ces postes » favorisant la réadaptation des détenus (p. 878). C'est là un magnifique exemple d'essentialisme appliqué aux femmes qui rappelle la mission salvatrice et civilisatrice des femmes, un autre relent de la doctrine des deux sphères.

53. Voir Simone DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, coll. « Folio/Essais », Paris, Éditions Gallimard, 1949, vol. I, pp. 14-15 : « L'homme se pense sans la femme. Elle ne se pense pas sans l'homme. Et elle n'est rien d'autre que ce que l'homme en décide ; ainsi on l'appelle « le sexe » voulant dire par là qu'elle apparaît essentiellement au mâle comme un être sexué : pour lui elle est sexe donc elle l'est absolument. Elle se détermine et se différencie par rapport à l'homme et non celui-ci par rapport à elle ; elle est l'inessentiel en face de l'essentiel. Il est le Sujet, il est l'Absolu : elle est l'Autre » (l'italique est de nous).

54. Ainsi, selon le Centre canadien de la statistique juridique, les données pour 1993 sont les suivantes : sur une population totale de 28 753 000 personnes, parmi les personnes accusées d'agression sexuelle de premier niveau, dans la catégorie adulte, on compte 11 125 hommes (98,5 p. 100) et 174 femmes (1,5 p. 100) (chez les jeunes, les chiffres correspondants sont de 1 979 garçons (96 p. 100) et 83 filles (4 p. 100)). Dans le cas des agressions sexuelles armées, il y a 402 hommes accusés (96,2 p. 100) et 16 femmes

le corps des femmes est exploité constamment, et ce, depuis des siècles, tant dans les médias commerciaux que dans les médias artistiques comme symbole même de la sexualité, vue d'un point de vue masculin et hétérosexuel, évidemment. Leur corps ne leur appartient pas⁵⁵, ni dans sa configuration, ni dans sa représentation. La garde des femmes par des hommes a mené à des abus sexuels par les pères, beaux-pères, frères, oncles, etc., à la maison familiale ; par les médecins, psychologues, psychiatres, préposés aux soins, dans les hôpitaux de tout acabit, y compris pour personnes handicapées physiquement ou mentalement ; par les instituteurs, professeurs, directeurs, dans les écoles et les universités. Admettre que les femmes incarcérées ont besoin d'une protection accrue n'exige pas une grande clairvoyance.

Conclure que les hommes n'ont pas à ce sujet les mêmes craintes que les femmes va de soi. Le rapport des hommes à leur corps et à la sexualité est d'une essence différente. La nudité des hommes est rarement exploitée par les médias et quand elle l'est, c'est souvent comme technique d'intimidation des femmes et comme source de fierté des hommes, pour affirmer leur pouvoir et leur contrôle du domaine qu'ils ont entièrement défini et circonscrit, qu'ils se sont approprié, en définitive.

La Cour suprême a ici tenu compte de cette réalité différente dans le monde des femmes et des hommes, sans attribuer à la nature ce qui relève au moins autant de la culture. Mieux, elle a refusé d'accorder automatiquement à un homme un « avantage » obtenu pour d'autres motifs par les femmes au nom de la simple réciprocité entre les sexes, comme s'ils étaient vraiment *ex aequo*. La Cour suprême du Canada se démarque aussi en refusant de suivre la jurisprudence américaine sur la question. Là on a jugé que n'était pas discriminatoire l'exclusion des gardiennes des prisons pour hommes (soit le plus grand nombre de prisons) puisque leur attribut naturel, la « violabilité », les rendait « naturellement » inadaptées pour le poste. Un autre cas de protection des femmes, contre leur gré, de protection par l'exclusion ou l'incapacité⁵⁶.

Faut-il répéter que les rapports femmes/hommes dans notre société ne sont pas symétriques ? Et ce n'est pas le discours de la différence qui va nous

(4 p. 100) (chez les jeunes, 52 garçons (83,9 p. 100) et 10 filles (16,1 p. 100)). Enfin, les personnes accusées d'agression sexuelle grave se répartissent en 177 hommes (97,3 p. 100) et 5 femmes (2,7 p. 100) (chez les jeunes, 7 garçons (100 p. 100) et aucune fille).

55. Lire à ce sujet Naomi WOLF, *The Beauty Myth*, Toronto, Random House, 1990.

56. Voir la critique qu'en fait Catharine MACKINNON, *loc. cit.*, note 43, 38 : « Women have also gotten excluded from contact jobs in male-only prisons because we might get raped, the Court taking the viewpoint of the reasonable rapist on women's employment opportunities. »

aider à sortir de l'impasse, mais plutôt l'examen attentif de la réalité, imputable en grande partie au sexisme justement, au système érigé par le patriarcat, qu'il nous faut démanteler et reconstruire non plus à partir des mythes mais des faits.

Dans le cas de la ségrégation raciale, il a fallu que se transforme le concept de la couleur comme « différence pertinente et irrémédiable » pour apporter une modification parallèle à la vision de l'égalité, ses exigences et ses modalités. Selon Catharine MacKinnon, ce moment où les particularités d'un groupe (ici la « race ») deviennent intégrées à la définition de la normalité correspond à la pleine accession par ce groupe jusque-là impuissant et périphérique à la pleine humanité⁵⁷. Pour les femmes, cette accession à l'humanité passe par une modification de leurs rapports avec la société, par une reconceptualisation de leurs caractéristiques propres. C'est l'objet de la deuxième partie de notre étude.

2. Les rapports femmes/société⁵⁸

À l'origine, il n'y a eu que peu de rapports directs entre les femmes et l'État, un des volets de la société dans une démocratie. Rappelons brièvement qu'aucune femme n'était présente au moment de la création de l'État libéral, l'assemblée des hommes, des *paterfamilias*, les Pères de la Confédération au Canada. Les rapports des femmes avec l'État et, dans une large mesure, avec la société passaient forcément par l'intermédiaire des hommes, qui représentaient les femmes dans le monde public⁵⁹.

Par ailleurs, en dépit de la rhétorique, les deux sphères n'étaient pas d'égale importance, loin de là. Et l'humanité était représentée par l'homme qui occupe simultanément le pôle masculin de l'axe biologique de l'espèce et la superstructure représentant l'universalité. La femme était perçue finalement comme une sous-espèce, une subdivision particulière. Cette erreur conceptuelle persiste encore aujourd'hui et se manifeste lorsqu'on place les femmes sur un pied d'égalité avec d'autres sous-groupes. Les médias, par exemple, parlent très souvent des femmes et « autres minorités ». Mais la

57. *Id.*, 44.

58. Le terme « société » a plusieurs sens, et nous l'employons, dans la présente partie, dans son acception politico-juridique, où il correspond à peu près à la notion d'État et dans son sens plus général de l'ensemble des citoyennes et citoyens, deux sens qui se rejoignent dans une démocratie.

59. Voir, entre autres, Odile DHAVERNAS, *Droits des femmes, pouvoirs des hommes*, Paris, Éditions du Seuil, 1978, p. 341 et suiv. Voir aussi Catharine MACKINNON, *loc. cit.*, note 12, 635 et suiv.

catégorie « femmes » ne peut correspondre qu'à la catégorie « hommes » et les subdivisions viennent ensuite : « race », ethnique, religion, classe sociale, âge, pauvreté, handicaps, etc., se greffent à la condition première, condition antérieure à la naissance, qui départage inexorablement les humains en mâles et femelles⁶⁰.

Aussi, l'image publique des femmes, la Femme, a été le fait des hommes. C'est pourquoi, par exemple, dans la grande dualité Nature/Culture, la Femme se situe traditionnellement du côté de la Nature, d'autant plus qu'Elle est Sexe, donc Chair, par opposition à Esprit ou Âme, selon les circonstances⁶¹. L'homme, le penseur, domine la Nature et la plie à sa volonté par la Culture. L'homme pense ; la femme est, disait-on, construisant ainsi l'éternel féminin.

La représentation qu'une société se fait de la Femme compte énormément en droit⁶². Une Femme, incapable de dominer ses émotions, ne peut avoir droit de vote ni travailler comme juriste ni prendre des décisions rationnelles : le droit va la traiter comme une incapable justement et va l'exclure des jurys notamment⁶³. Les présomptions de fait abondent en droit et justifient bon nombre de décisions judiciaires, y compris des règles jurisprudentielles, c'est-à-dire fabriquées de toutes pièces par la magistrature⁶⁴. Ainsi, en matière d'agressions sexuelles, pour n'en citer qu'un seul exemple, des règles de preuve particulières ont été conçues dans le passé pour tenter d'amenuiser les dégâts potentiels des femmes volages, fantaisistes, venge-

60. On peut nous opposer ici que la couleur est aussi codée avant la naissance. Mais dans la mesure où un être naît dans un lieu où toutes les personnes sont de la même couleur, cette couleur ne sera pas comme telle un facteur de distinction, alors que le sexe le demeurera toujours, dans toutes les sociétés, peu importe leur isolement. Le sexe — par opposition au genre — constitue d'ailleurs la seule opposition binaire, presque absolue — l'hermaphrodisme étant très rare chez les vertébrés (*Le Nouveau Petit Robert*, 1993).

61. Voir, entre autres, Marilyn FRENCH, *La fascination du pouvoir*, Paris, Éditions Acropole, 1986, p. 14 et suiv.

62. Cette représentation compte ailleurs évidemment. Selon Nicole BROSSARD, *loc. cit.*, note 6, « car la conscience aura à se frayer un chemin entre les messages contradictoires émis par le patriarcat, elle aura à dénouer les mensonges élaborés sur la nature des femmes, à s'interroger sur la crédibilité d'un système de représentation dans lequel les femmes sont décrites sous les traits d'une créature qui serait tout à la fois in/signifiante, fatale, immorale, animale, angélique et monstrueuse ».

63. Voir la discussion *supra*.

64. Voir à ce sujet, Joan BROCKMAN, « Social Authority, Legal Discourse, and Women's Voices, » (1992) 21 *Man. L. J.* 213, 234, où elle conclut : « assumptions of fact permeate judicial conclusions of law ».

resses ou simplement menteuses, comme l'affirme l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, dissidente, dans l'arrêt *Seaboyer*⁶⁵ :

L'importance de cette règle de *common law* [la doctrine de la plainte immédiate] ne tient pas au fait qu'elle permet d'accroître la crédibilité de la plaignante, mais plutôt au fait qu'elle permet de réfuter la présomption que la plaignante ment.

Toute modification de ces stéréotypes injustifiables, toute reconnaissance judiciaire de la Femme comme être autonome, capable d'exercer moralement son libre arbitre, susceptible d'évaluer le degré de danger qui la menace et de prendre des décisions éclairées, marque l'avènement de cette créature jusque-là inimaginable, la Femme raisonnable. De plus, la prise en compte des perceptions des femmes dans l'évaluation du contenu d'une norme sociale témoigne de l'admission *de facto* des femmes au rang de l'humanité. L'étude de ces nouveaux rapports entre les femmes et la société procède en deux temps : l'un, axé sur la nouvelle représentation de la Femme ; l'autre, décrivant l'admission des femmes comme membres constitutifs de la société.

2.1 La Femme, productrice de faits ou l'éternel féminin revisité et la Femme reconstruite

La société construit ses faits⁶⁶ et, parmi les faits les plus importants, il faut compter la fabrication de sa propre image, de sa représentation. C'est une prérogative qui a été longtemps niée aux femmes, corollaire de la doctrine des deux sphères, puisque le « public », là où le discours a lieu, lui a été interdit de tribune, sinon de séjour. Pourtant, la liberté (et le pouvoir) se mesure à la capacité de se définir soi-même, de nommer sa propre expérience, de l'interpréter, de l'ajouter à la somme totale des expériences humaines, de la voir prise en considération dans la définition et l'interprétation de l'univers, de la voir reconnue comme savoir et transmise comme science. Et le degré de succès de cette entreprise s'évalue à partir du rayon

65. *Canada c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 : il faut voir aussi les règles en matière de corroboration, la preuve indépendante nécessaire pour certaines catégories de témoins considérées comme peu fiables, notamment les enfants en bas âge, les complices et, fait intéressant, les victimes d'infractions d'ordre sexuel, presque toujours des femmes.

66. Voir, notamment, à ce sujet, les propos d'une ingénieure, Ursula FRANKLIN, « The Sandbox and the Tools », dans *Mémoires de la Société royale du Canada*, 1990, sixième série, t. 1, Ottawa, Société royale du Canada, 1992, p. 43 : « There is in society a process by which experimentation, study and contemplation result in knowledge that society accepts, after certain processes of vetting, as fact. One of the most important things to realize is that it is a *social process* and much of that process of sanctioning the fact-makers is a process which has taken place within male society. » Voir aussi généralement Michelle BOIVIN, *loc. cit.*, note 1, 375-378 et les sources y citées.

de dissémination de cette nouvelle image et de son pouvoir de supplanter les stéréotypes du passé. Qu'une nouvelle représentation de la femme s'inscrive en droit, milieu statique par excellence, témoigne de la pénétration de cette nouvelle image dans le conscient collectif.

Certains arrêts illustrent bien la nouvelle perception de la femme comme être moral et libre, comme être doué de raison, de discernement et de jugement, bref, comme une personne raisonnable. Dans l'arrêt *Morgentaler*⁶⁷, l'honorable Bertha Wilson reconnaît le véritable fondement du droit de la femme de décider d'interrompre une grossesse comme son « droit à la liberté » de décision, à son autonomie personnelle. Elle signale aussi l'importance de l'expérience individuelle, donc contextualisée et sexualisée, dans la prise de décision :

La question devient alors de savoir si la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Je n'ai pas de doute que ce soit le cas. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte [...] C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical ; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique. La réponse qu'elle y donne sera la réponse de tout son être.

Il est probablement impossible pour un homme d'imaginer une réponse à un tel dilemme, non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle (ce qui, bien entendu, est le cas), mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs de la psyché féminine qui sont au cœur du dilemme⁶⁸.

La juge Wilson enchaîne en situant la lutte des femmes pour le droit de choisir seule de mener ou non à terme une grossesse dans le cadre élargi de la lutte des femmes vers la pleine humanité⁶⁹. Elle conclut aussi, comme ses collègues masculins de la majorité, qu'une disposition législative qui enlève la décision à la femme pour la confier à un comité de médecins viole son « droit à la sécurité de la personne », garanti par l'article 7 de la Charte, puisqu'elle est alors assimilée à un moyen plutôt qu'une fin en soi :

Je crois néanmoins que la faille dans la structure législative actuelle est beaucoup plus profonde. Essentiellement, ce qu'elle fait, c'est affirmer que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle. Elle doit

67. R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

68. *Id.*, 171 ; l'italique est de nous.

69. *Id.*, 171-172 : ainsi, les besoins et les aspirations des femmes se traduisent seulement aujourd'hui en des droits garantis. Le droit de se reproduire ou de ne pas se reproduire, qui est en cause en l'espèce, est l'un de ces droits, et c'est à raison qu'on le considère comme faisant partie intégrante de la lutte contemporaine de la femme pour affirmer sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain.

être soumise au contrôle de l'État. On ne lui permet pas de choisir d'exercer la capacité qui est la sienne ou de ne pas l'exercer. À mon avis, il ne s'agit pas seulement d'une entrave à son droit à la liberté au sens (déjà analysé) de son droit à son autonomie décisionnelle personnelle, c'est aussi *une atteinte à sa « personne physique »*. Elle est littéralement traitée comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne désire pas et qu'elle ne contrôle pas. Elle subit une décision prise par d'autres sur l'éventuelle utilisation de son corps pour alimenter une nouvelle vie. Que peut-il y avoir de moins compatible avec la dignité humaine et le respect de soi ? Comment une femme dans cette situation peut-elle entretenir un quelconque sentiment de sécurité à l'égard de sa personne⁷⁰ ?

Mais la juge Wilson pousse encore plus loin l'intégration des femmes à l'humanité dans son ensemble en leur reconnaissant la liberté de conscience :

[...] je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni puisse le contester. La question qui se pose est donc : quelle conscience ? La conscience de la femme doit-elle prévaloir sur la conscience de l'État ? Je crois, pour les raisons que j'ai données dans mon analyse du droit à la liberté, que dans une société libre et démocratique ce doit être la conscience de l'individu⁷¹.

Bien qu'aucun autre juge (tous des hommes à l'époque) n'ait jugé bon de souscrire aux motifs de la juge Wilson dans cette affaire (même si quatre d'entre eux ont également déclaré l'article 251 du *Code criminel* inopérant)⁷², cet arrêt occupe une place centrale dans l'inscription du féminisme en droit parce qu'on y rejette expressément bon nombre de stéréotypes au sujet de la Femme, être amoral, sinon immoral, incapable de jugement éclairé, longtemps soumise à la tutelle du mari ou du père ou de l'État qui décidait tout à sa place pour la « protéger » d'elle-même et assurer la reproduction de l'espèce. Ici, la juge Wilson affirme que les femmes jouissent, comme les hommes, du droit à la liberté de conscience et de religion et à la sécurité de leur personne. Qu'elles ont le droit de décider. Qu'elles ont le droit de décider seules, en fonction de leurs propres critères, de leur conception individuelle d'une vie de bien, du moins dans les premiers mois de la grossesse. Qu'elles doivent décider avec diligence, sous peine de voir entraver leur autonomie⁷³. Et que pour les femmes, sinon pour les hommes, la décision de donner naissance à un enfant occupe une place centrale dans le déroulement futur d'une vie, ou plutôt de deux vies. Un

70. *Id.*, 173-174 ; l'italique est de nous.

71. *Id.*, 175-176.

72. Soulignons, toutefois, que les tribunaux citent parfois son jugement, quant à la notion de dignité humaine, notamment : voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 674.

73. La juge Wilson n'accorde pas à ce droit un caractère absolu et reconnaît à l'État un droit d'intervention vers le deuxième trimestre de la grossesse : *R. c. Morgentaler*, précité, note 67, 181-184.

« choix de vie » lourd de conséquences... pour elles⁷⁴. L'arrêt *Morgentaler* décrit donc la Femme comme un être moral et libre, dépositaire de droits au même titre que les hommes.

L'arrêt *Salituro*⁷⁵ aussi consacre la femme, même mariée, comme être autonome et libre, en levant l'interdiction de témoigner faite aux conjoints irrémédiablement séparés, règle de common law, car « les arguments invoqués à son appui sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte*⁷⁶ ». Ayant constaté qu'à l'origine cette règle s'appliquait exclusivement à l'épouse⁷⁷, le juge Iacobucci ajoute, au nom de la Cour, que la conception moderne du mariage comme « une société entre des personnes également libres⁷⁸ » commande l'atténuation de la règle interdisant à l'épouse de témoigner contre son conjoint irrémédiablement séparé d'elle, d'autant plus qu'en l'occurrence l'application stricte de cette règle aurait permis au mari en cause de frauder impunément l'épouse, son témoignage étant essentiel à la condamnation du mari.

Quant à l'argument du risque d'augmentation de violence à l'égard des femmes, étant donné que l'habileté à témoigner entraîne la contraignabilité, le juge Iacobucci tranche sans équivoque :

[...] je trouve difficile d'admettre que la réponse correcte à la menace de violence consiste à limiter la capacité des femmes dans l'espoir que le fait d'empêcher les femmes de témoigner atténuera le risque de violence contre elles. Si nos attentes à l'égard d'une société fondée sur le respect de la dignité de la personne humaine doivent avoir un sens, nous devons encourager et protéger toutes les personnes, dans l'exercice de leurs droits et de leurs responsabilités en tant que membres égaux de notre société⁷⁹.

Voilà une position longtemps attendue et qui semble promettre qu'il n'y aura plus dorénavant de tentative de « protéger » les femmes en leur retirant systématiquement des décisions qui leur appartiennent. Évidemment, cette liberté se double de responsabilités⁸⁰. Il faut s'en réjouir, car les femmes ont

74. De fait, de nombreux hommes se déroberont à leurs responsabilités parentales et ne versent pas les pensions alimentaires accordées à leur progéniture et, parfois, à leur ex-épouse.

75. R. c. *Salituro*, précité, note 72.

76. *Id.*, 673.

77. *Id.*, 671 : la règle selon laquelle la femme était inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur découlait naturellement de la place juridique qu'elle occupait à l'époque. Du fait du mariage, la femme perdait son identité juridique propre.

78. *Id.*, 674-675.

79. *Id.*, 677.

80. *Id.*, 676 : « La dignité de la personne humaine dépend non seulement de l'exercice de droits tels que la liberté de choisir mais également, et cela est tout aussi important, de la possibilité d'assumer des responsabilités qui découlent de la participation à la vie de

toujours assumé plus que leur part de responsabilités, sans jouissance équivalente du côté des droits.

Au concept de la Femme, être moral et libre, vient s'ajouter la Femme, douée de discernement, de raison et de jugement, décrite dans l'affaire *Lavallée*⁸¹. Ici la juge Wilson, au nom de la Cour suprême dans son ensemble, tient compte de la situation particulière des femmes en fait de force physique, d'assurance personnelle et de ressources disponibles — bref, de la réalité — pour évaluer les « motifs raisonnables pour appréhender [...] la mort ou quelque lésion corporelle grave⁸² » et le degré de force nécessaire pour faire cesser le danger, en fixant les paramètres de l'admissibilité de témoignages d'experts sur le « syndrome de la femme battue ». Elle présente une analyse historique, sociale et juridique de la violence faite aux femmes et conclut que, loin de protéger les femmes de la violence domestique, le droit s'en est rendu complice⁸³.

De plus, la notion de « danger imminent » s'est définie à partir du cas « normal, » c'est-à-dire masculin, de légitime défense, soit le scénario des deux hommes ivres qui s'affrontent dans un bar⁸⁴, dit-elle, et le concept abstrait de l'« homme raisonnable » ne s'applique pas nécessairement à la « femme raisonnable » :

S'il est difficile d'imaginer ce qu'un « homme ordinaire » ferait à la place d'un conjoint battu, cela tient probablement au fait que, *normalement, les hommes ne se trouvent pas dans cette situation*. Cela arrive cependant à certaines femmes. La définition de ce qui est raisonnable doit donc être adaptée à des circonstances qui, somme toute, sont étrangères au monde habité par l'hypothétique « homme raisonnable »⁸⁵.

La juge constate ensuite que de nombreuses personnes, y compris des juges, auront besoin d'une interprète, d'une experte pour leur expliquer le bien-fondé, le caractère « raisonnable » des gestes posés par certaines femmes battues, puisque ces faits échappent à leur expérience du monde, certes, mais aussi parce que les hommes comprennent très mal les percep-

la communauté. Au niveau du principe, c'est tout autant une dénégation de la dignité du conjoint séparé irrémédiablement de le dispenser de la responsabilité de témoigner en raison de son statut que c'en est une de le priver de sa capacité de témoigner. *Cela est d'autant plus vrai lorsque historiquement ce sont les femmes qui ont été empêchées de témoigner*» (l'italique est de nous).

81. *Canada c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852.

82. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 34 (2) a).

83. *Canada c. Lavallée*, précité, note 81, 872-873.

84. *Id.*, 876.

85. *Id.*, 874 ; l'italique est de nous.

tions des femmes et ont de la difficulté à faire preuve d'empathie, même sur le plan strictement intellectuel⁸⁶.

Ainsi, l'arrêt *Lavallée* révèle une expérience de vie différente entre les femmes et les hommes, expériences qui portent les femmes à poser des gestes raisonnables mais néanmoins susceptibles d'être jugés comme démesurés, en raison d'une certaine incompréhension des hommes à l'égard du monde des femmes. Le comportement d'une personne raisonnable qui est une femme peut différer du comportement qu'aurait eu un homme dans des circonstances identiques tout en étant éminemment raisonnable. Autrement dit, les femmes sont des êtres raisonnables et n'ont pas à être jugées d'après des critères qui leur sont étrangers et ne tiennent pas compte de leurs expériences.

Bref, ces divers arrêts tissent une nouvelle image de la Femme dans notre société. L'éternel féminin est ici démantelé, puis reconstruit. On admet désormais que la Femme jouit des mêmes droits que l'Homme : droit à la liberté de conscience, droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, évidemment. Mais il y a plus. Elle a le droit d'être jugée en fonction de son expérience de vie personnelle, du monde particulier dans lequel vivent les femmes après des siècles de domination, sous l'empire de la doctrine des deux sphères justement. En effet, le comportement des personnes dominées s'explique souvent, au moins partiellement, en fonction de leur position d'infériorité, de faiblesse relative, de subordination. Il faut en tenir compte dans l'évaluation du caractère « raisonnable » de leurs réactions.

Et ce n'est pas là revendiquer la différence. Loin de là.

2.2 La Femme, source de normes ou les femmes, membres constitutifs de la société

Les femmes sont des membres constitutifs de la société. Il peut paraître curieux de proférer ainsi une évidence. Mais l'histoire parle, et les femmes ont souvent été considérées comme une sous-espèce, répétons-le⁸⁷. En droit, l'omniprésence masculine s'illustre, entre autres, par le barème dit « objectif » qui sert à évaluer un comportement comme engageant ou non la

86. *Id.*, 882. Nous avons là un autre des effets de la doctrine des deux sphères qui autorise les hommes à tout ignorer du monde des femmes, tout en prenant leurs seules expériences et connaissances comme point de référence pour évaluer le comportement de tous et de toutes. Un des avantages du pouvoir : le luxe de ne pas savoir. Voir, à ce sujet, Bruce FELDTHUSEN, « The Gender Wars : « Where the Boys Are » », [1990] 4 *Revue juridique Femmes et Droit* 66.

87. Voir la discussion *supra*.

responsabilité de son auteur. Les noms accordés à ce personnage mythique qui sert de norme varient selon les systèmes de droit et les sous-disciplines, passant du célèbre « bon père de famille » au « *man on the Clapham bus* ». Ces concepts ont été modifiés, sous les pressions des féministes notamment, pour les « déssexualiser ». Mais même sous les nouvelles désignations de « personne raisonnable » ou de « personne prudente et avisée », la personne en cause demeurait obstinément masculine, du moins dans l'esprit de nombre de juges, comme nous l'avons vu ci-dessus dans l'arrêt *Lavallée*. Sans reprendre ici un débat déjà engagé ailleurs⁸⁸, qui dénonce ce changement de nom sans plus, certains arrêts ont expressément déclaré dans l'application de critères objectifs, notamment dans l'interprétation des normes sociales, qu'il faut tenir compte du point de vue des femmes, du fait que la société canadienne se compose, pour moitié au moins, de femmes.

Par exemple, dans l'affaire *R. c. McCraw*⁸⁹, la Cour suprême avait à décider si une menace de viol constituait une menace de causer des « blessures graves » en vertu de l'article 264.1 (1) a) du *Code criminel*⁹⁰. Le juge du procès avait jugé par la négative puisque « le viol ou l'agression sexuelle n'implique pas nécessairement que la victime subira des blessures » et « la menace de commettre un viol ne représentait rien de plus que la menace d'avoir des rapports sexuels sans le consentement de la plaignante »⁹¹. La majorité de la Cour d'appel de l'Ontario avait renversé la décision, d'où le pourvoi en Cour suprême. Le juge Cory, parlant au nom du banc, analyse ainsi la situation :

Il me semble que le fait de soutenir qu'une femme qui a été obligée d'avoir des rapports sexuels n'a pas nécessairement subi une violence grave ne tient pas compte du point de vue des femmes. Pour les femmes, le viol dans toutes les circonstances doit constituer une grave atteinte à leur intégrité physique. De même, par le recours à la force ou la menace de recours à la force, le viol enlève aux femmes le droit d'exercer la liberté de choisir leur partenaire sexuel et le moment de ces rapports. Il s'agit de choix d'une grande importance qui peuvent avoir un effet considérable sur la vie et la santé de chaque femme [...].

La violence et la menace de blessures graves sont en fait les marques du viol. Bien que les ecchymoses et les conséquences physiques de l'acte violent disparaîtront souvent avec le temps, ses effets psychologiques dévastateurs peuvent durer toute la vie⁹².

88. Voir notamment Danielle PINARD, « Le langage et l'interprétation du droit : au masculin seulement ? », dans *Femmes et droit : 50 ans de vie commune... et tout un avenir*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, pp. 199-243 et les sources y citées.

89. *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.

90. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

91. *R. c. MacCraw*, précité, note 89, 77-78.

92. *Id.*, 83-85.

Et dans l'analyse de l'espèce et l'application du critère objectif, le juge Cory renchérit :

De quelle manière ce merveilleux personnage juridique fictif qu'est la personne raisonnable ordinaire comprendrait-il le mot viol, quand 50 p. 100 au moins des personnes raisonnables ordinaires dans notre société sont des femmes ? [...] Le viol est un rapport sexuel sans consentement. Il est difficile d'imaginer un plus grand affront à la dignité humaine [...] Certainement pour tout homme et femme sensés, la menace de viol constitue une menace de blessures graves⁹³.

Il ajoute aussi que les témoignages des victimes étaient pertinents, sinon déterminants, quant à la signification des mots pour une personne raisonnable⁹⁴. Bref, ce qui arrive aux femmes et leur interprétation de ce qui leur arrive et les gestes qu'elles posent en réaction aux événements sont tous des facteurs pertinents que doivent prendre en compte les personnes raisonnables dans une société qui se compose à tout le moins de 50 p. 100 de personnes raisonnables qui sont femmes. Voilà enfin les femmes admises au rang de l'humanité. La perception du juge du procès, selon laquelle une pénétration forcée du vagin⁹⁵ ne constitue pas nécessairement une blessure — puisqu'il s'agit de sa fin propre, sans doute —, semble écartée pour de bon.

L'arrêt *Butler*⁹⁶ va dans le même sens. Dans cette affaire, où la Cour suprême avait à se prononcer sur la constitutionnalité des articles du *Code criminel* interdisant la distribution au public de matériel obscène, le juge Sopinka, parlant au nom du banc, déclare :

Notamment, le matériel dégradant ou déshumanisant place des femmes (et parfois des hommes) en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation. Il est contraire aux principes d'égalité et de dignité de tous les êtres humains. Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante. Le consentement ne saurait permettre de sauvegarder du matériel qui, par ailleurs, renferme des scènes dégradantes ou déshumanisantes. Parfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants.

Ce genre de matériel échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes. Bien qu'il soit impossible de prouver à coup sûr la justesse de cette perception, il existe un important courant d'opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l'égard des femmes et, par conséquent, de l'ensemble de la société⁹⁷.

93. *Id.*, 85.

94. *Id.*, 87-88.

95. Le terme « vagin » vient du latin *vagina*, « gaine » (*Le Nouveau Petit Robert*, 1993).

96. *Butler c. La Reine*, [1992] 1 R.C.S. 452.

97. *Id.*, 479.

Et plus loin, ayant conclu que les dispositions législatives contrevenaient à la liberté d'expression prévue dans la Charte (art. 2 *b*), la Cour procède à l'analyse en vertu de l'article premier et juge que l'objectif du législateur — soit d'éviter « le préjudice auquel donnent lieu les changements d'attitude antisociaux causés par le fait d'être exposé à du matériel obscène⁹⁸ » — répondait à des préoccupations réelles et urgentes et cite avec approbation :

[...] si l'on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l'égalité le fait d'exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant. Le matériel qui représente les femmes comme une catégorie d'objets d'exploitation et d'abus sexuels a une incidence négative sur « la valorisation personnelle et l'acceptation de soi »⁹⁹.

Enfin, quant à l'atteinte minimale et en réponse à la proposition de réglementation, plutôt que d'interdiction, le juge Sopinka ajoute :

Une fois qu'il a été établi que l'objectif de la disposition est d'empêcher le préjudice causé par la dégradation que bien des femmes ressentent en tant que « victimes » du message d'obscénité, ainsi que l'incidence négative que le fait d'être exposé à ce matériel a sur la perception qu'on a des femmes et sur les attitudes envers elles, on ne saurait soutenir que ces préjudices pourraient être évités en restreignant l'accès à ce matériel. On ne peut atteindre le même objectif en rendant le matériel plus difficile à obtenir par une majoration des prix et par une réduction de son accessibilité¹⁰⁰.

En ce qui concerne l'équilibre entre les effets des mesures restrictives et l'objectif législatif, il renchérit :

[...] ce genre d'expression est loin de l'essence de la garantie de liberté d'expression. Il ne fait appel qu'à l'aspect le moins digne de l'épanouissement personnel et repose principalement sur des motifs d'ordre économique.

Par contre, l'objectif du texte législatif revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique. Il vise à empêcher que la distribution de ce genre de matériel cause un préjudice, qui, selon ce que le Parlement a raisonnablement conclu, sera direct ou indirect, à des particuliers, à des groupes comme les femmes et les enfants et, par voie de conséquence, à l'ensemble de la société. Cet objectif vise donc à favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens¹⁰¹.

Ces arrêts confirment la présence des femmes comme partie constituante de la société et, même, comme sources de normes. C'est ce que nous entendons par la pleine accession des femmes à l'humanité, la reconnais-

98. *Id.*, 491.

99. Extrait du jugement du juge Anderson, dans l'affaire *R. c. Red Hot Video Ltd.*, (1985) 45 C.R. (3d) 36 (C.A.C.-B.); *Butler c. La Reine*, précité, note 96, 497.

100. *Butler c. La Reine*, précité, note 96, 507.

101. *Id.*, 509.

sance que les femmes font partie de la société dans son ensemble, au même titre que les hommes¹⁰². Un véritable pouvoir. Une place au premier rang. Une voix/voie directe et non par personne interposée. Les femmes figurent désormais aux côtés des hommes qui ne peuvent plus prétendre les représenter, ni interpréter leur expérience à leur place, ni « prendre toute la place ».

Conclusion

De multiples autres arrêts pourraient être cités pour témoigner des percées du féminisme en droit, mais les quelques exemples qui précèdent suffisent à illustrer notre propos. On y décèle une nouvelle perspective sur le monde qui est susceptible, cette fois, de rétablir l'équilibre entre les femmes et les hommes, à plus ou moins long terme.

Il y a désormais une autre façon d'envisager les rapports entre les femmes et les hommes, qui ne se fonde plus sur l'idéologie patriarcale, ni la séparation en deux sphères, ni le discours de « la différence », mais sur la réalité démontrée du vécu des femmes. La dichotomie public/privé s'effrite, et les possibilités de changement pour les femmes se multiplient en conséquence. Ainsi, les mesures nécessaires pour rendre les villes sécuritaires pour les femmes à toute heure émergent du « pseudo-privé » où elles avaient été reléguées jusque-là : « si elles ont peur, elles n'ont qu'à rester chez elles ! » La « protection » des femmes s'est souvent traduite par une diminution de leur liberté à elles¹⁰³, par un retrait de leurs droits et même de leur capacité juridique dans le passé, mais il est permis de croire que cette époque est révolue.

Dans le même temps, l'image de la Femme change et ce qui était jusqu'à présent unimaginable prend racine. La Femme, être raisonnable, peut se décrire et se définir elle-même. La Femme devient, peut-être pour la première fois dans les temps modernes, sujet de droit, dépositaire des droits et libertés, qui vont acquérir un nouveau contenu, étant donné ses besoins à Elle. De l'autodéfinition à l'autodétermination, il n'y a qu'un pas.

102. Aucune des décisions citées ne mentionne expressément la situation particulière des femmes de couleur, des lesbiennes ou des femmes handicapées. Nous soutenons donc que ces conclusions devraient, au moins en théorie, s'appliquer à toutes les femmes.

103. On raconte l'anecdote suivante au sujet de Golda Meir. À un moment où le nombre de viols avait augmenté de façon dramatique en Israël, Mme Meir, réunissant son cabinet, avait suggéré un couvre-feu pour une période indéterminée. Ses ministres avaient tous acquiescé sans broncher, jusqu'à ce qu'ils se rendent compte que le couvre-feu serait pour les hommes seulement, Mme Meir refusant de priver les victimes de leur liberté : Loraine LAGACÉ, *Le manoir vert*, Montréal, Éditions Stanké, 1993, p. 247.

Bien sûr, ces acquis sont fragiles et vulnérables à l'attaque. Pis encore, ils ne font pas consensus en tant qu'acquis. Ainsi, par exemple, la nouvelle conception de la Femme dans la société peut s'interpréter comme une manifestation du libéralisme individualiste tout simplement, sans référence aucune au féminisme. Les commentaires sur la Femme comme être moral et autonome sont susceptibles d'être récupérés autant par les partisans farouches de la liberté individuelle (les *civil libertarians*) que par les militants et les militantes revendiquant l'égalité des droits (les *civil rights activists*). La tension entre ces deux idéologies parallèles va s'accroissant, que l'on prenne en considération ou non les théories féministes.

Néanmoins, il faut, à notre avis, recenser les quelques victoires qui font l'objet du présent texte avec, comme toile de fond, les théories féministes pour en revendiquer la maternité, certes, mais aussi pour s'assurer que leur teneur et leur portée ne seront pas entièrement modifiées par une interprétation réductrice du patriarcat. Essayons ainsi d'éviter ressac et reculs tout en évaluant mieux les enjeux.

La Femme a enfin accédé à la pleine humanité. Espérons qu'il s'agit là d'un gage que ce qui fut ne sera plus. Jamais.