Le féminisme québécois, la crise des droits et la recherche sur le droit : quelques raisons de s'inquiéter... et quelques autres d'espérer

Lucie Lamarche

Numéro 34, 2000

Les universitaires et la gauche

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1002429ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1002429ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Département de sociologie - Université du Québec à Montréal

ISSN

0831-1048 (imprimé)

1923-5771 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lamarche, L. (2000). Le féminisme québécois, la crise des droits et la recherche sur le droit : quelques raisons de s'inquiéter... et quelques autres d'espérer. *Cahiers de recherche sociologique*, (34), 99–126.
<https://doi.org/10.7202/1002429ar>

Le féminisme québécois, la crise des droits et la recherche sur le droit: quelques raisons de s'inquiéter... et quelques autres d'espérer

Lucie LAMARCHE*

Cet article se propose, d'une part, de mettre en évidence le rôle changeant du droit dans la mise en œuvre du droit des femmes à l'égalité au Québec et, d'autre part, de cerner le degré et la nature de l'implication des chercheuses-juristes dans ce processus. À cette fin, j'entends parcourir rapidement les acquis des vingt dernières années du féminisme québécois et proposer une analyse des rapports entre ce mouvement social essentiel et important et le droit. De la période du «droit à tout prix» à celle de la «crise du droit», je retiens que, s'il importe de remettre en question les présupposés et les fonctions du droit, il importe tout autant de ne pas négliger le phénomène de la reconnaissance de certains droits, dont le droit des femmes à l'égalité, à titre d'acquis nécessitant des interventions actives de la part de l'État, et ce même dans un contexte où le rôle de l'État est remis en cause. Enfin, je propose que le contexte de la mondialisation constitue un nouveau défi pour les chercheuses féministes dans le domaine du droit: il s'agit de concevoir à l'échelle internationale le rôle d'un droit adapté aux réalités nouvelles. Cette piste contribuera, je crois, à la revalorisation locale de la recherche juridique et nourrira le féminisme actuel, que j'estime en panne de stratégies positives. De plus, cette piste fait appel à la responsabilité des chercheuses-juristes qui ont peut-être pris prétexte

* Lucie Lamarche est membre du Barreau du Québec et professeure au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

des récentes transformations de la société québécoise pour effectuer un repli un peu trop stratégique.

1 Les acquis du droit et la lutte des femmes pour l'égalité et la citoyenneté: la période 1975-1990

Il est toujours difficile d'opérer un choix chronologique lorsqu'il s'agit de déterminer une période de l'histoire, et particulièrement de l'histoire récente, qui se distinguerait d'une autre pour illustrer une transformation. Il me semble toutefois indéniable que le féminisme québécois, porté précédemment par certaines figures de proue, s'est transformé en un mouvement social aux racines profondes et locales au cours des années soixante-dix. En d'autres mots, plusieurs femmes, citoyennes et militantes, ont porté dans leur environnement respectif les revendications féministes au cours de cette période. Dans la mesure où l'on reconnaît que le féminisme a ainsi acquis un poids politique incontournable, il me semble intéressant de limiter les réflexions qui suivent au rôle du droit et de la recherche féministe dans ce vaste mouvement collectif. Le développement qui suit concernera donc les interactions entre la critique féministe du droit alimentée par les juristes, l'action féministe militante et la transformation du paysage juridique et sociologique québécois au cours de la période 1975-1990. À cette fin, le droit est entendu d'abord comme un ensemble de normes juridiques exprimées dans des lois et interprétées par les tribunaux. Je crois que cette dynamique, qui ne contient certes pas l'ensemble du champ normatif qui a déterminé la société québécoise, a néanmoins permis que soit incorporée une analyse féministe des rapports de sexe dans l'espace social et dans la famille. Loin d'être remis en question, l'analyse juridique et le droit ont significativement contribué à cette transformation.

1.1 La force réelle des concepts juridiques

Encore une fois, je me trouve face à la nécessité de choisir certains domaines du droit pour illustrer comment la critique du droit et le recours au droit, portés par des juristes féministes, ont soutenu la lutte des femmes pour ce qu'on appelait encore au Québec à l'époque la

condition féminine¹. Le droit de la famille, la protection sociale et le domaine des droits de la personne me semblent illustrer le mieux cette affirmation.

Le droit de la famille

En 1981, le législateur québécois adoptait, après une vaste consultation, la réforme du droit de la famille et modifiait en conséquence le Code civil du Québec. Tout au long du processus, les femmes ont veillé à ce que les principes soutenant cette réforme expriment une égalité formelle² entre les conjoints. Pouvoir des mots? Pouvoir des normes? Cette réforme n'a pas eu qu'une fonction symbolique. À titre d'exemple, elle a complètement transformé l'économie du ménage québécois en introduisant les dispositions relatives à la résidence familiale³ et à la capacité de l'un ou l'autre époux d'engager la famille aux fins des besoins courants du ménage⁴. Les juristes féministes ont alors fait front commun avec les associations militantes afin de défendre le besoin d'exprimer juridiquement l'égalité des époux. Ce travail d'éducation était nécessaire, particulièrement lorsqu'il s'est agi d'établir le lien entre le principe de l'égalité des époux et les aménagements requis aux régimes matrimoniaux afin qu'ils s'ajustent aux conséquences de cette égalité⁵.

¹ Voir Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, *Pour les Québécoises: égalité et indépendance*, Bibliothèque nationale du Québec, 1978, p. 168.

² «Les époux ont en mariage les mêmes droits et les mêmes obligations» (art. 392 du Code civil du Québec [C.C.Q.]); «Ensemble, les époux assurent la direction morale et matérielle de la famille, exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent» (art. 394 C.C.Q.).

³ Voir les art. 401 et suiv. du C.C.Q. En vertu de cette disposition, l'époux ne peut céder ou hypothéquer la résidence familiale sans le consentement de son conjoint.

⁴ Voir les art. 397 et suiv. du C.C.Q. En vertu de cette disposition, les conjoints sont chacun responsables envers les créanciers de la famille pour la totalité des sommes qu'ils engagent pour les besoins du ménage.

⁵ Voir les art. et suiv. du C.C.Q. et l'art. 492 au sujet du statut transitoire de l'ancien régime matrimonial de la communauté de biens.

En contrepartie, les travaux conjoints des chercheuses et des militantes avaient aussi amené ces dernières à voir le risque du principe de l'égalité formelle dans un contexte où il était faux de croire que les rapports économiques des époux étaient réellement égalitaires. Ainsi, et à titre d'exemple, il fut convenu de suivre de près l'évolution du processus de fixation de la pension alimentaire destinée à la conjointe ou à l'ex-conjointe, désormais réputée égale et donc ayant de nouvelles responsabilités économiques envers elle-même. Sans doute le fait d'avoir nommé cette difficulté, qui allait se révéler bien réelle, a-t-il contribué à la grande vigilance qui marquera le suivi du dossier et permettra un certain revirement jurisprudentiel dans le cas des conjointes particulièrement vulnérables au principe de l'égalité formelle⁶.

De même, mais avec un moindre succès, la réforme du Code civil du Québec en matière familiale a mené à l'introduction du mécanisme de la détermination d'une prestation compensatoire destinée aux conjointes⁷ qui, en biens ou en services, auraient contribué à l'enrichissement du patrimoine de leur conjoint. À l'époque, le travail conjoint de l'Association des femmes collaboratrices, de l'Association féminine d'éducation et d'action sociale (AFEAS) et des juristes militantes et chercheuses a rendu possible l'adoption de cette disposition à haute teneur économique qui ne pouvait qu'avoir des effets sur la redistribution entre les conjoints de la richesse des ménages. L'introduction subséquente des dispositions relatives au partage du patrimoine familial⁸ a répondu au besoin plus universel d'un mécanisme objectif de partage des biens du ménage, complétant ainsi le cycle juridique de l'expression de l'égalité dans le mariage et amorçant une ère de discussions relativement à la valeur économique du travail

⁶ Voir, à titre d'exemple, *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813. La Cour suprême du Canada a reconnu qu'une femme âgée peut compter sur le soutien économique de son ex-conjoint malgré la philosophie de base de la Loi sur le divorce qui postule l'autonomie des ex-époux. Cette décision repose sur le constat de l'inégalité économique des hommes et des femmes après le mariage.

⁷ Je féminise. Voir les art. 427 et suiv. du C.C.Q. En vertu de cette disposition, le tribunal peut octroyer une compensation financière à la conjointe dont l'apport à l'enrichissement du conjoint n'a pas été reconnu en temps utile. Cette compensation est octroyée lors du divorce ou du décès.

⁸ Voir les art. 414 à 426 du C.C.Q.

domestique. Bref, le rôle du droit dans la construction des mécanismes de protection de la conjointe économiquement vulnérable dans le mariage me semble avoir indéniablement contribué à un travail politique qui a mis sur la place publique la problématique de la contribution économique occultée des femmes dans la famille.

Le travail combiné des militantes et des juristes, universitaires et praticiennes, a significativement contribué à l'énonciation d'une égalité juridique formelle dans le mariage. Si toutes connaissaient alors les pièges et les limites de cette victoire, toutes jugeaient néanmoins qu'il s'agissait là d'une étape nécessaire. De plus, il faut garder à l'esprit que le droit de la famille ne s'analyse pas en vase clos. Ainsi, la question de l'accès des femmes aux bénéfices du régime de l'aide sociale (dernier refuge des femmes pauvres) faisait intimement partie de l'analyse féministe de l'époque.

La protection sociale

Il n'est pas inusité, en contexte québécois, d'établir un lien entre l'existence du régime de l'aide sociale, à titre de prestation de dernier recours dans le cas de séparation ou de divorce, et le droit de la famille. Tout un ensemble de pratiques issues du régime de l'aide sociale, tissées tant par les groupes de femmes que par les praticiennes du droit de la famille et du droit social, ont permis aux femmes de vivre une rupture et de survivre économiquement. Parmi ces pratiques, il est crucial de noter la mise en place du réseau de centres d'hébergement pour les femmes victimes de violence, qui, à l'époque, ont réussi à négocier avec l'administration de l'aide sociale la possibilité pour une femme de recevoir, dès son hébergement, une allocation d'aide sociale lui permettant de se reloger et de réorganiser sa vie.

À ce chapitre, le féminisme québécois n'a toutefois pas enregistré que des victoires. Encore aujourd'hui, la «chasse aux conjoints» va bon train et de nombreuses femmes sont accusées d'avoir indûment bénéficié des prestations de dernier recours parce qu'elles auraient fait vie commune avec un homme autre que le père des enfants. Il aura fallu quelques années pour que s'articule une critique du concept de vie

maritale fondée sur le droit des femmes à l'égalité. Mais, en faisant appel aux chercheuses-juristes, les femmes ont pu bénéficier d'une application concrète du droit à l'égalité. Ainsi, il est aujourd'hui soutenu que le postulat implicite dans le concept de vie maritale veut que les enfants d'une femme qui entretient une relation amoureuse avec une autre personne dépendent nécessairement de cette dernière économiquement. Ce postulat porte atteinte au droit des femmes à l'égalité, tout comme à leur droit à la dignité. Dans tous les cas connus où l'argument d'égalité a été invoqué, le ministère a préféré retirer la réclamation concernant l'aide sociale versée en trop plutôt que de tenter de convaincre les tribunaux du fait que cette analyse était erronée.

Le droit des femmes à l'égalité

Ces progrès, propres aux années quatre-vingt, ne sont pas étrangers à une évolution juridique fondamentale à l'époque: l'entrée en vigueur, en 1985, de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés consacrant le droit à l'égalité. On ne mentionne pas assez souvent le formidable mouvement qui a donné lieu à l'énonciation définitive de l'article 15 de la Charte⁹. Il y avait urgence et, encore une fois, tant les chercheuses que les militantes ont tout mis en œuvre pour que le droit influence la compréhension du droit des femmes à l'égalité antérieurement soutenue par les tribunaux. Ainsi, l'article 15 rendait concret un droit à l'égalité fondé sur la détermination des préjudices et exclusions qu'une position ou une caractéristique sociale, personnelle et économique explique d'abord. La célèbre décision *Canada Safeway*¹⁰ illustre bien ce principe: le fait d'exclure d'un régime d'assurances collectives le risque de grossesse sous prétexte qu'il est exclusif aux femmes ne saurait être toléré par une législation antidiscriminatoire, puisque c'est précisément l'exclusivité de la grossesse qui porte atteinte au droit des

⁹ Voir M. Eberts, «Sex based discrimination and the Charter», dans A. Bayefsky et M. Eberts (dir.), *Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, p. 183-229.

¹⁰ Voir *Brooks c. Canada Safeway Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

femmes de bénéficier d'un mécanisme de remplacement de revenu dans le cas où se réalise ce risque¹¹.

La Charte canadienne des droits a entraîné un déplacement du lieu de lutte pour l'égalité des femmes vers les tribunaux et les stratégies de litige ont mobilisé et mobilisent encore des ressources importantes au Canada anglais¹². En soi, ces stratégies illustrent les liens qui unissent la recherche féministe conceptuelle, les juristes et les militantes en matière d'égalité. Bien que le féminisme québécois ne souscrive pas d'emblée à la stratégie du mouvement féministe canadien, préférant au litige et à l'affrontement judiciaire le dialogue social et politique, les décisions rendues par les tribunaux, dont la Cour suprême du Canada, ont influencé l'argumentaire du mouvement féministe québécois qui, même s'il fonde moins sa lutte sur l'action judiciaire, en a malgré tout récolté les bienfaits dans divers domaines, tels le travail (les actions positives, l'équité salariale), la violence contre les femmes ou la sauvegarde du libre choix en matière d'avortement¹³. Le féminisme des années soixante-dix et quatre-vingt a donc indéniablement adhéré au discours du droit et à sa portée normative sur le vécu des femmes.

La stratégie du dialogue constant, fondée sur l'idée des droits des femmes tout autant que sur les acquis du droit, a porté ses fruits. Le Québec a été le premier au Canada à introduire l'idée d'une politique familiale en remplacement de la politique précédente dite de la condition féminine¹⁴. Le plan Bacon, adopté en 1987, distinguait déjà le

¹¹ L'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec avait toutefois été modifié dès 1981 afin d'y prévoir explicitement que la discrimination fondée sur la grossesse constitue de la discrimination selon la Charte.

¹² Voir Legal Education and Action Fund for Women (West Coast LEAF), «Transformer l'avenir des femmes-droits à l'égalité dans le nouveau centenaire», Conférence de Vancouver, 4-7 novembre 1999.

¹³ Il convient ici de rappeler la décision de la Cour suprême dans la cause *Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530. La Cour avait alors statué que le droit civil québécois ne permet pas au père d'intervenir dans les choix de la mère concernant le devenir d'un fœtus.

¹⁴ Voir Gouvernement du Québec, ministère des Affaires sociales, *Pour les familles québécoises, document de consultation sur la politique familiale*, livre vert, Comité ministériel permanent sur le développement social, 1984.

Québec des autres provinces canadiennes en matière de services de garde à la petite enfance¹⁵.

Mais on ne saurait brosser un portrait complet de cette période d'un féminisme québécois à haute teneur juridique sans parler du dossier du travail des femmes. En 1984, le Québec, accusant un certain retard, introduisait dans la Charte québécoise des droits de la personne un chapitre destiné à légitimer les programmes d'accès à l'égalité en emploi¹⁶, quintessence de l'expression d'une foi dans les normes juridiques destinées à accomplir l'égalité des femmes en emploi. Il serait trop long d'exposer ici les causes de l'échec relatif des actions positives en emploi au Québec, car de nombreux acteurs ainsi que de multiples facteurs interviennent¹⁷. Retenons que, bien que constituant trop peu et trop tard un outil de soutien à l'intégration égalitaire des femmes au marché du travail, les débats qui ont entouré l'adoption du chapitre de la Charte québécoise relatif aux actions positives ont été nourris par un mouvement féministe et universitaire qui exprimait sa foi dans la normativité juridique pour atteindre ses objectifs. La période décrite ci-dessus illustre donc de manière convaincante la relation fructueuse qui a alors uni la recherche en droit et le mouvement féministe.

1.2 La force symbolique des concepts juridiques

Un inventaire, même exhaustif, des interventions du législateur destinées à mettre en œuvre le droit des femmes à l'égalité au Québec ne saurait à lui seul rendre compte de la formidable impulsion que la somme de ces initiatives a donné à la société québécoise. Dans tous les

¹⁵ Adopté en 1987, le programme québécois d'aide financière aux parents pour les frais de garde permettait l'exonération d'une partie de ces frais dans le cas des parents à faible revenu. L'exonération maximale avait été établie à 10,50 \$ par jour pour les enfants d'âge préscolaire et à 5,25 \$ pour les enfants fréquentant l'école primaire.

¹⁶ Voir L. Lamarche, *Les programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Montréal, Louise Courteau éditrice, 1990.

¹⁷ Pour une récente analyse institutionnelle, voir Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Les programmes d'accès à l'égalité au Québec, bilan et perspectives. Maintenir les acquis — élargir le champ d'action*, décembre 1998.

milieux, on a pris acte du changement et adopté des plans d'action susceptibles de mieux respecter toutes les dimensions du droit des femmes à l'égalité. L'université s'est alors révélée être un important catalyseur social de changement dans la mesure où de nombreuses professeures et chercheuses ont contribué aux initiatives qui faisaient suite au travail accompli dans le champ juridique. Au chapitre de ces actions menées en collaboration avec le mouvement des femmes, soulignons les politiques institutionnelles et d'entreprise, qui, sans recourir directement au droit, se sont inspirées de l'affirmation juridique du droit des femmes à l'égalité: politiques contre le harcèlement sexuel, programmes de sensibilisation de la magistrature (violence faite aux femmes, femmes victimes d'actes criminels, détermination des pensions alimentaires); programmes de sensibilisation des corps policiers (violence conjugale et agressions sexuelles), programmes de sensibilisation des établissements de santé (agressions sexuelles, violence conjugale, santé mentale des femmes); programmes de refonte des curriculums scolaires (lutte contre les stéréotypes dans les manuels scolaires); programmes d'éducation populaire (femmes et programmes sociaux, femmes et logement).

Certes, aucun de ces programmes n'a, à lui seul, permis d'atteindre l'objectif de l'égalité entre les femmes et les hommes, et l'on pourrait longtemps débattre la question de savoir si l'introduction d'ensembles de normes juridiques dans des domaines tels la famille, le travail, la santé ou le droit criminel est d'abord à la source de ces initiatives ou s'il ne faut pas plutôt parler d'une nouvelle sociologie du droit, influencée lourdement par une culture de l'égalité entre les sexes. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, le modèle dynamique des années quatre-vingt devrait, à mon avis, recevoir une attention plus soutenue aujourd'hui. Ces années constituent un laboratoire de pragmatisme et de rêve où se sont côtoyés avec succès le milieu universitaire et le milieu militant.

Inspirées, entre autres, par la symbolique de l'affirmation et de l'enchâssement du droit à l'égalité, les femmes ont contribué à façonner une société où les rapports sociaux et économiques de sexe ont subi, bien que de façon relative, les effets transformateurs des normes juridiques, perçus à cette époque comme positifs du point de vue des femmes. De la prestation compensatoire au partage du patrimoine

familial, de l'autonomie acquise en large partie grâce à la disponibilité de l'allocation d'aide sociale aux actions positives en emploi, on ne peut nier les effets transformateurs du droit et la contribution engagée de la recherche universitaire disciplinaire (la science juridique) mais aussi interdisciplinaire (par exemple, la sociologie du droit) à ces changements.

Fait à signaler, la question de la procéduralisation des rapports entre le milieu militant et les chercheuses se posait beaucoup moins à l'époque. Au risque de donner des allures triviales à cette problématique visiblement importante aujourd'hui, soulignons à quel point des énergies sont maintenant consacrées à la question des rapports de pouvoir entre les chercheuses féministes et le secteur communautaire et associatif, alors qu'il y a à peine quinze ans, il allait de soi, pour plusieurs chercheuses, que l'inspiration et l'objet de toute recherche sur les femmes et le droit prenaient leur source au sein du mouvement des femmes. La récente apparition du concept de «partenariat de recherche» semble donner lieu à un exercice d'identification des actrices de la recherche, exercice qui gouverne à la fois la détermination des allocations budgétaires et celle des objectifs mêmes de la recherche. La recherche juridique n'échappe pas aux aléas de la recherche sur les femmes. Les femmes devenant un objet de recherche, je suis portée à croire que l'inspiration féministe, qui puisait sa source dans le mouvement des femmes, s'est tarie. Comme le droit tend à catégoriser les problèmes sociaux, la recherche juridique sur les femmes a évidemment subi les contrecoups de l'institutionnalisation de la recherche féministe.

1.3 Le mouvement féministe et la remise en question du droit comme instrument de régulation sociale

Le concept juridique d'égalité constitue la source symbolique et normative de plusieurs des transformations sociales et économiques qui, au cours des décennies 1970 et 1980, ont entraîné des conséquences positives pour les femmes. Néanmoins, les postulats idéologiques, économiques et sociologiques sur lesquels repose ce concept ont fait l'objet d'une sérieuse remise en question issue des théories de l'égalité

entre les hommes et les femmes, d'autant que l'expression juridique de cette norme d'égalité n'est pas univoque.

Pour certaines, l'égalité entre les sexes se résume à l'égalité formelle. Cette acception de l'égalité recourt grandement au droit pour affirmer que les femmes et les hommes ont des droits identiques fondés sur la même capacité juridique d'agir dans l'espace social, familial et économique: voter, emprunter, travailler, etc. Cette perspective est, entre autres, celle que soutient la campagne pour un salaire égal entre les hommes et les femmes lorsque le travail est le même. L'égalité formelle exige simplement de l'État qu'il veille à la correction des normes juridiques ouvertement discriminatoires. L'école de l'égalité formelle est celle à laquelle souscrivent actuellement les institutions financières internationales qui, en faisant reposer le développement sur la microéconomie des ménages, souhaitent voir les systèmes de droit modifier les lois qui ne consacrent pas l'égalité des époux dans le mariage, après avoir constaté que le développement dépend au premier chef des initiatives des femmes.

On peut ainsi dire que l'égalité formelle est la norme juridique qui convient le mieux au néolibéralisme ambiant et à l'économie de marché. Pour de corriger les déséquilibres sociaux et économiques qui distinguent la position des femmes de celle des hommes, les États recourent de plus en plus au discours de la lutte contre la pauvreté afin de mettre les femmes en situation moins désavantageuse par rapport aux hommes. Selon cette approche, les femmes, donc, ne devraient pas être plus pauvres que ne le sont les hommes!

Au Canada et au Québec, les garanties d'égalité contenues dans les Chartes des droits ont permis l'éclosion de la théorie de l'égalité substantive. Souvent évoquée par la Cour suprême du Canada, cette théorie exige la recherche et l'identification des préjudices spécifiques subis par les femmes dans le cas où une différence de traitement entre les sexes est constatée. Elle porte en son centre une reconnaissance du phénomène des rapports sociaux de sexe. En outre, cette conception de l'égalité impose à l'État et aux autres acteurs sociaux la mise en œuvre de correctifs proactifs ou positifs, dont des mesures préférentielles de diverses natures. À titre d'exemple, soulignons le cas des régimes

publics de retraite qui prennent maintenant en compte, dans la détermination éventuelle de la rente, les périodes de non-contribution pour des motifs d'ordre familial (congé parental). Ainsi, le fait de s'absenter temporairement du marché du travail ne cause plus aux femmes (en large majorité) le même préjudice économique qu'autrefois. Ce type d'intervention législative exige du droit plus que l'assurance d'un traitement identique. Il impose au droit et à la loi une intervention active visant l'élimination des préjudices dus à la discrimination qui, elle-même, découle de l'organisation sociale des rapports familiaux. Cette approche de l'égalité occasionne des coûts financiers certains.

Cependant, la théorie de l'égalité substantive est contestée, car, en y regardant de plus près, on constate qu'elle reproduit, au fond, une conception assimilatrice des rapports entre les hommes et les femmes. C'est le débat des similitudes et des différences entre les hommes et les femmes, lequel critique l'incapacité du droit de se sortir de la norme de référence que constitue la situation des hommes en tant que norme sociale et économique¹⁸. Il est vrai que les tribunaux ont tôt fait d'enfermer leur analyse du droit à l'égalité dans une logique comparative entre les hommes et les femmes: ainsi, avant de déterminer le préjudice subi par les femmes dans le cas où un bénéfice leur serait refusé de manière discriminatoire, il faut s'appliquer, dans certains cas, à trouver comment les hommes et les femmes sont inégalement en compétition pour le même bénéfice¹⁹. Que faire de la réalité et des aspirations identitaires différentes des femmes? En conséquence, on a beaucoup remis en question la pertinence des sphères où l'égalité peut constituer un outil de référence utile pour les femmes: le travail et la famille, par exemple.

¹⁸ Voir M. Boivin, «The category of woman/women in discrimination based on sex», *Revue canadienne Droit et société*, vol. 14, no 2, 1999, p. 203, et «Les acquis du féminisme en droit», vol. 36, 1995, *Cahiers de droit*, p. 28.

¹⁹ À titre d'exemple, voir la critique de deux arrêts de la Cour suprême du Canada, soit les décisions *Thibault c. La Reine* [1995] 2 R.C.S. 627 (imposition fiscale des pensions alimentaires versées au conjoint pour les enfants) et *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695 (possibilité pour une femme d'affaires de déduire des dépenses d'entreprise les frais liés au salaire d'une gouvernante à domicile).

Comment répondre en fonction du concept d'égalité au besoin exprimé par les femmes que soient prises en compte des aspirations distinctes? Peut-être les femmes ne souhaitent-elles pas s'intégrer comme les hommes à la réalité du travail? La question est d'autant plus pertinente que le modèle de l'intégration égalitaire au travail présuppose que les femmes recherchent un même attachement au travail et occulte leur vision différente de l'investissement social²⁰. Sans vouloir trancher la question, notons toutefois que la catégorie du droit «femmes au travail» est aujourd'hui mise à rude épreuve par un féminisme qui tente d'introduire à l'ordre du jour le besoin d'une hétérogénéité des pratiques économiques afin de faire reconnaître la valeur de l'investissement social des femmes. En ce sens, on ne peut nier que le concept juridique d'égalité s'essouffle devant le défi que constitue la demande de reconnaissance d'une intégration sociale différenciée, c'est-à-dire différente de celle des hommes. Or, de l'avis du mouvement féministe lui-même, les initiatives politiques destinées à cette intégration bénéficieraient peu de l'apport du droit qui chercherait encore, du moins en ce qui a trait à la question de l'intégration sociale et économique des femmes, à assurer la promotion d'un modèle «famille-travail» soutenu par le besoin d'un partage plus égalitaire des responsabilités familiales entre conjoints égaux ayant formellement des besoins identiques.

Cette crise identitaire a incité certaines féministes à se joindre au mouvement de la critique déconstructiviste du droit²¹ qui remet en

²⁰ Pour une analyse européenne des nouvelles exigences de la citoyenneté des femmes, voir J. Bussemaker «Citizenship, welfare state regimes and breadwinner arrangements, various backgrounds of Equality Policy», dans F. Gardiner et M. Leijenarr (dir.), *The Timid and the Bold, Analysis of the Women Friendly State in Ireland and Netherlands*, Londres, Routledge, 1997, p. 180.

²¹ Voir, pour une critique déconstructiviste et féministe du droit, D. McBarnet, «Law and capital: The role of legal forms and legal actors», *International Journal of Sociology and Law*, vol. 12, no 3, 1984, p. 231; dans le domaine du travail, on consultera les travaux de J. Fudge, «Legal forms and social norms: Class, gender and the legal regulation of women's work in Canada from 1870 to 1920», dans E. Conak (dir.), *Locating Law: Race, Gender, Class Connections*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, p. 160; en matière de droit de la famille, voir S. B. Boyd, «Child custody: Ideologies and employment», *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 3, no 1, 1989, p. 111; une critique reconstructiviste émerge toutefois. Elle postule que, bien que le droit ne

question le droit lui-même en tant qu'instrument de régulation sociale. Ainsi, en raison principalement du fort effet d'assimilation qu'exerce le standard masculin, le concept juridique d'égalité ne réussirait plus qu'à créer des catégories, certes assorties de protections spécifiques, mais qui dictent néanmoins aux femmes des comportements en matière de sexualité, d'orientation sexuelle, de santé reproductive et de travail. Plus largement, le déconstructivisme contribuerait à la lutte des femmes pour la reconnaissance de visions sociales et économiques diversifiées dans le contexte dominant de l'idéologie de marché.

Cette crise du droit à l'égalité découle toutefois d'abord de la problématique de l'intégration sociale et économique des femmes. Ainsi, au chapitre de la remise en cause des postulats identitaires²² posés par le droit, telles les notions de famille et de couple²³, on recourt encore largement au droit à l'égalité pour revendiquer l'ouverture des catégories créées par le droit. À titre d'exemple, la récente initiative de la Chambre des communes qui a adopté une loi omnibus destinée à étendre, dans toutes les lois fédérales, la notion de «couple» aux couples homosexuels est éloquente.

participe pas directement à la construction des rapports de sexe, il peut, du point de vue formel (énonciation des normes), prendre acte des transformations. S.A.M. Gavigan, dans un récent article «Legal Forms, Family Forms, Gendered Norms: What is a Spouse?», *Revue canadienne Droit et société*, vol. 14, no 1, 1999, p. 127, montre que les modes de vie pratiqués en marge des normes juridiques formelles (vie de couple homosexuel, par exemple) ont néanmoins besoin des droits et du droit pour évoluer en vue de leur reconnaissance et qu'il serait vain de nier cette évolution parfois chaotique, mais tout de même réelle.

²² Voir, au sujet de la thèse féministe identitaire, N. Fraser, «Penser la justice sociale: entre redistribution et revendications identitaires», *Politique et sociétés*, vol. 17, 1998, p. 9.

²³ Voir, pour une critique du concept de famille en droit et de ses conséquences sur les présupposés du partage des responsabilités familiales, L. G. Beaman, «Sexual orientation and legal discourse: Legal constructions of the "normal" family», *Revue canadienne Droit et société*, vol. 14, no 2, 1999, p. 173; cette analyse remet aussi en cause la force du postulat de Foucault (voir A. Bunting, «Feminism - Foucault and law as power/knowledge», vol. 30, *Alberta L. Rev.*, no 3, 1993, p. 829). Selon Foucault, le droit discipline les comportements sociaux en les déterminant. Pour Beaman, qui s'inspire de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Egan* ([1995] 2 R.C.S. 513), cette analyse doit être nuancée lorsque les tribunaux intègrent la mobilité d'un concept juridique, tel celui de famille, à l'analyse du droit à l'égalité.

Bref, il apparaît que la recherche féministe dans le domaine de la science juridique a ironiquement pris un chemin qu'elle a pendant longtemps dénoncé: celui de la distinction entre public et privé. Depuis plus de vingt ans maintenant, le féminisme s'applique à démontrer que le «privé» est «public» et que l'oppression des femmes dans la famille est à vrai dire l'expression partielle d'un système d'oppression sociale plus large auquel contribue le patriarcat. Ce postulat n'est pas moins exact aujourd'hui. Faute toutefois d'avoir contribué significativement à la transformation des rapports sociaux et économiques entre les femmes et les hommes, l'égalité et le droit à l'égalité ont indéniablement servi à la transformation d'une des catégories fondamentales du droit privé: la famille. Doit-on alors s'étonner de ce constat dans un contexte plus global où l'individualisme prime la solidarité?

Le cas du rapport des femmes à la sphère économique et des désavantages nouveaux qu'elles subissent du fait de la sexualisation du phénomène de l'exclusion sociale me semble plus complexe et certainement délaissé par la recherche féministe dans le domaine du droit. Plusieurs facteurs, tant d'ordre factuel que d'ordre conceptuel, contribuent à cette désertion, voire à cette démission, des chercheuses-juristes.

2 L'ère néolibérale et les défis que le féminisme lance à la recherche juridique sur les femmes

Le néolibéralisme ambiant, tout comme les débats et initiatives concernant la remise en question du rôle de l'État, pose au féminisme de nombreux problèmes conceptuels. Dans ce contexte, la crise de la démocratie se juxtapose à celle du droit. On assiste donc au déplacement des lieux de régulation juridique et à la transformation des formes juridiques émergentes en ce qui touche la prise en compte des intérêts et des droits des femmes. Ce délaissement des lieux habituels de régulation de l'intérêt des femmes, notamment le champ du droit social et de la famille, semble mener à la paralysie de la critique féministe du droit à l'échelle nationale. Toutefois, la réflexion se déplace de manière perceptible vers la scène internationale. C'est sans doute de là qu'émergeront les propositions les plus fortes destinées à stimuler la

réflexion des juristes féministes. La présente section explore cette dynamique et propose des pistes stimulantes d'intervention à l'intention de la recherche féministe en droit.

2.1 La lutte contre la pauvreté, le féminisme et les nouvelles catégories du droit

Soulignons d'abord que le droit opère (distribution de bénéfices, protection ou régulation des comportements) en créant des catégories structurantes qui, souvent, prennent acte tardivement de l'apparition de nouvelles réalités. Certes, le droit entendu comme système normatif n'est pas en mesure de prendre acte de toutes les réalités, et cela ne serait pas souhaitable. Mais le phénomène est encore plus complexe lorsque les modèles qui ont fondé le droit, dont le droit à l'égalité, éclatent rapidement. Quelques questions simples illustrent cette affirmation: comment le droit du travail peut-il capter aujourd'hui la multiplicité des activités rémunératrices dont dépendent les femmes²⁴? Comment, en matière de sécurité sociale, prendre acte des cycles de travail interrompus que leur impose le marché? Comment intégrer la reconnaissance économique des multiples investissements sociaux et familiaux qu'impose aux femmes le désengagement de l'État au chapitre des services publics et promouvoir l'égalité économique des femmes?

On constate que les nouveaux modèles étatiques en matière de protection sociale ont trouvé à ces phénomènes des réponses beaucoup plus difficiles à appréhender dans une perspective juridique. Par exemple, de plus en plus de lois, plutôt que d'être destinées à corriger le revenu disponible des individus, dont celui des femmes pauvres, offrent un supplément au revenu de travail des ménages pauvres²⁵. Ce faisant, le législateur évite de prendre acte des effets structurants des nouvelles catégories économiques aux fins du droit et s'écarte de la mission

²⁴ Voir, à cet égard, S. Bernstein, K. Lippel et L. Lamarche, *Women and Homework: The Canadian Legislative Framework*, Status of Women Canada, 1999.

²⁵ À titre d'exemple, soulignons le nouveau programme québécois sur les allocations versées aux familles et le supplément au revenu de travail des familles. En ligne à: http://www.famille-enfance.gouv.qc.ca/3_politique_familiale/index.html.

particulière que lui impose le respect du droit des femmes à l'égalité: corriger les préjudices spécifiquement subis par les femmes. Dans cette logique de type fiscal, les femmes n'existent plus. Seules des unités de ménage générant des revenus sont considérées. Le mouvement féministe ne voit donc pas l'utilité du droit lorsque le principal combat consiste à revendiquer une plus grande équité au chapitre des effets redistributeurs des mesures fiscales. Ces mesures, adoptées par le législateur québécois, et que l'on dit propres à combattre la pauvreté des familles, constituées en majorité de femmes chefs de famille, sont lourdes de conséquences diverses du point de vue juridique.

Ce droit, de type fiscal, isole les mères des enfants en créant, au profit de ces derniers, la prestation unifiée pour enfants. C'est encore un droit de type fiscal qui déssexualise la pauvreté en s'engageant à assurer un supplément de revenu aux ménages les plus pauvres, sans égard aux miracles que les femmes doivent accomplir pour obtenir un revenu de travail de base. C'est toutefois un droit de type social qui consacre la pauvreté des femmes en réduisant sensiblement la prestation d'aide sociale de base des adultes aptes au travail. Et c'est ce même droit de type social qui structure le comportement des mères en stipulant qu'on cessera de présumer leur non-disponibilité au travail dès lors que leurs enfants atteignent l'âge de la fréquentation scolaire²⁶. Aux catégories traditionnelles du droit, le législateur substitue donc des catégories de revenu qui, en apparence, n'ont pas de sexe. Cette «économisation» de la lutte contre la pauvreté, fondée, du moins au chapitre du discours, sur la lutte contre la pauvreté des femmes et des enfants, fait usage du droit dans le but de rompre les équilibres fragiles que ce dernier a tissé entre les femmes, leurs droits sociaux et le droit à l'égalité. De plus, ce choix transforme le domaine de l'égalité substantive en mettant au centre des stratégies étatiques de lutte contre la pauvreté l'unité de ménage comme destinataire de ces stratégies. Cette approche comporte une renonciation implicite à la détermination des besoins spécifiques des femmes et nie la pauvreté plus importante de ces dernières comme individus. Les stratégies de lutte contre la pauvreté entraînent donc un retour vers la théorie de l'égalité formelle, bien que, dans ce dernier cas, le ménage se

²⁶ *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, art. 24(3), récemment entrée en vigueur et mieux connue comme le projet de loi 186.

substitue au traditionnel *breadwinner* masculin à titre de norme de référence et que l'objectif avoué soit d'atteindre une uniformité de revenu de base disponible issu du travail pour tous les ménages. C'est le triomphe de la microéconomie de marché!

Devant cette transformation, la critique juridique féministe reste toutefois muette. Elle a rendu les armes et le mouvement féministe l'a désertée. Cette errance s'explique du point de vue des chercheuses. Comment peut être soutenue une recherche qui, en remettant en question les nouvelles catégories du droit, remettrait aussi en question les postulats économiques qui gouvernent le devenir des femmes à l'heure du néolibéralisme?

Cette régulation, qui s'appuie largement sur des modèles économiques inspirés de la mondialisation et de la remise en question du rôle de l'État, nécessite chez les juristes concernés une autre révolution, celle du savoir. Pour discuter dorénavant du rapport entre le droit, l'exclusion des femmes et les rapports de sexe, il faut s'intéresser aux nouveaux modes de gestion étatique. Or, de tous les discours de l'État, il me semble que se distingue le discours qui limite la légitimité des interventions étatiques dans le projet de la lutte contre la pauvreté. Cela a des incidences tant sur les postulats qui ont fondé le droit des femmes à l'égalité que sur la forme juridique des nouvelles interventions législatives qui ne sont pourtant ni moins nombreuses ni moins régulatrices. Toutefois, ces dernières ont été déportées vers le champ du droit fiscal, domaine souvent étranger à l'histoire que partagent le mouvement féministe et les chercheuses féministes dans le domaine du droit²⁷.

2.2 Les ambiguïtés du féminisme actuel

Les postulats du droit à l'égalité reposent fortement sur la capacité du droit à reconnaître et à corriger les effets de la discrimination systémique dont les femmes sont victimes. Cela peut s'accomplir à

²⁷ Voir L. Lamarche, «New governing arrangements, women and social policy» dans D. Broad et W. Anthony (dir.), *Citizens or Consumers? Social Policy in a Market Society*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, p. 65-73.

l'occasion de l'énonciation de la norme ou au moment de l'interprétation de ses effets potentiellement discriminatoires par les tribunaux. Mais, malgré la définition d'un droit à l'égalité qui facilite la prise en compte des effets préjudiciables de lois et de pratiques sur les femmes, l'effet conjugué de la présence plus marquée des femmes dans l'espace social et économique et de la venue du néolibéralisme a parfois été la re-neutralisation des normes juridiques énoncées. Ainsi, dans le domaine du travail, certains pays ont dénoncé la protection historique consistant à interdire aux femmes certains travaux de nuit²⁸. En conséquence et à l'heure où éclatent les formes du travail, les femmes et les hommes sont à cet égard de plus en plus traités indistinctement. Dans le domaine familial, la promotion du besoin de partager les responsabilités familiales²⁹ s'est faite au moment précis où la théorie sociologique des rapports de sexe a entrepris de mettre en valeur les attributs spécifiques de la citoyenneté des femmes. S'est ensuivie une confusion grandissante entre l'apport au social que la réorganisation des services publics impose aux femmes et la lutte des femmes pour la reconnaissance de leurs apports non rétribués en salaire³⁰.

Si plusieurs États ont envisagé des solutions fiscales pour assurer cette reconnaissance³¹, ces solutions ont toutefois devancé la réflexion féministe qui tente encore de faire la part des choses entre les dimensions spécifiques de la citoyenneté des femmes et les dimensions contraintes. En effet, comment distinguer le choix des femmes de leurs obligations? L'État impose, dans les faits, en réduisant substantiellement les services et en transformant les modes de prestation de ces services, de

²⁸ Sur les 38 pays ayant ratifié la Convention (41) (révisée) de l'Organisation internationale du travail sur le travail de nuit des femmes, 22 ont dénoncé cette ratification au nom du principe de l'égalité des sexes.

²⁹ Par exemple, la Convention (156) sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales adoptée par la Conférence internationale du travail en 1981.

³⁰ Voir L. Lamarche, «L'État désétatisé et ses fonctions sociales: éléments de réflexion», dans F. Crépeau (dir.) *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 235-258; «L'économie sociale: un modèle de développement au service de l'État désétatisé», dans L. Boivin et M. Fortier (dir.), *L'économie sociale, l'avenir d'une illusion*, Montréal, Fides, 1997, p. 137-161.

³¹ Plusieurs pays, dont la Grande-Bretagne et les États-Unis, envisagent l'octroi d'un crédit d'impôt remboursable aux travailleuses qui ont abandonné un emploi ou opté pour un temps de travail réduit afin de prendre soin d'un membre de leur famille.

plus lourdes obligations familiales et sociales aux femmes. Le mouvement des femmes, pour sa part, prétend que les nouvelles tâches induites par ces choix étatiques pourraient correspondre à un investissement social et familial qui distinguerait leur citoyenneté participative de celle des hommes, plus présents dans la sphère formelle de l'économie. Ce choix est-il vraiment celui de citoyennes libres et égales?

Devant ces ambiguïtés, quel rôle la recherche juridique peut-elle jouer? Le dilemme du droit n'échappe pas à la mainmise disciplinaire de la science économique sur les sociétés. La recherche féministe en droit s'incline devant l'analyse économique qui s'attache non plus à la lutte pour la pleine égalité, mais à la lutte contre la pauvreté de femmes. Ce projet sied mal aux juristes militantes qui, éduquées à l'école du respect des droits humains et habitées par l'idée de la recherche des modes de mise en œuvre les plus appropriés de ces droits, se demandent qui a encore un intérêt à réfléchir sur le droit et les droits. Sans doute la science juridique a-t-elle besoin de renouveler ses analyses, car, à vrai dire, si le droit semble s'essouffler, il n'en est rien. Les normes juridiques sont toutefois différentes.

2.3 Les femmes et l'État: un féminisme réactif ou participatif?

La restructuration des rapports économiques et sociaux frappe durement les femmes. Cela est un fait. Devant cette réalité, toutefois, il n'est pas toujours simple de conclure que le féminisme est offensif ou défensif. Sans doute y a-t-il un peu des deux. Il est intéressant de s'attarder sur la problématique des rapports contemporains entre le féminisme et l'État afin d'éclairer cette question. Les récents bouleversements au chapitre de l'organisation des services publics et des protections sociales ont amené les femmes à conclure que l'heure était enfin venue pour que soit mieux entendues leurs revendications pour une plus grande autonomie dans la détermination de leurs besoins, de leurs aspirations et des services qu'elles estiment appropriés. Alors que le droit vient d'en haut (le législateur), la citoyenneté des femmes tend de plus en plus à s'exprimer horizontalement et de manière participative. Ainsi, les modèles de développement et de protection que propose le féminisme tendent de plus en plus à favoriser la flexibilité des

solutions. Ce faisant, le féminisme est fidèle à lui-même et conteste la rigidité des solutions imposées par le droit. Comme, toutefois, l'État réagit pour sa part en désertant le champ social, en réduisant sa participation financière dans les infrastructures publiques et en investissant le champ fiscal en matière de protections économiques, il reste à déterminer la marge de manœuvre réelle que l'«horizontalisation» des structures de décision laisse aux femmes.

En plus de revendiquer une autonomie accrue, le mouvement des femmes au Québec a aussi beaucoup insisté afin de s'assurer une place au sein des innombrables structures consultatives et participatives qui ont récemment vu le jour³². Un lien existerait entre la capacité de trouver des solutions pour remplacer les solutions imposées (législativement ou autrement) par l'État et la participation.

Cette stratégie n'est pas propre au mouvement féministe. Elle s'inscrit plus largement dans le mouvement de revalorisation des droits et des responsabilités des acteurs de la société civile et dans celui de la démocratie participative. Si, toutefois, l'on s'attarde aux incidences de l'«horizontalisation» sur les droits des femmes, on constate que la décentralisation des responsabilités étatiques (vers les organismes de la société civile) modifie les fonctions du droit des femmes à l'égalité dans la lutte des femmes. En effet, les stratégies de positionnement du mouvement des femmes, en tant que groupe d'intérêts et les revendications de la société civile en ce qui a trait aux garanties de participation qu'elle réclame de l'État transforment le droit. La logique des résultats (dérivée de l'analyse des besoins) se substitue à celle du droit. Les garanties participatives espérées donnent lieu à l'émergence d'un droit de procédure où la forme participative plutôt que le contenu substantif d'un droit fera l'objet de lois³³. Dans ce processus, la valeur symbolique

³² Voir L. Lamarche, «Le droit des femmes de participer à la détermination des politiques publiques: de la rhétorique à la pratique des attributs de citoyenneté», communication présentée au Colloque du Legal Education and Action Fund for Women (West Coast LEAF), et «Transformer l'avenir des femmes — droits à l'égalité dans le nouveau centenaire», Conférence de Vancouver, 4-7 novembre 1999, à paraître.

³³ Concernant le thème de la «procéduralisation» du droit, on peut consulter les travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain, en ligne à: <http://www.drt.ucl.ac.be/cpdr.html>, et plus particulièrement «Épuisement du modèle

du droit des femmes à l'égalité l'emportera sur la valeur juridique du même droit et on aura tendance à préférer les solutions équitables aux solutions égalitaires.

Dans le cours de ce processus, tout porte à croire, cependant, que la valeur symbolique de l'égalité sera évoquée afin de déterminer la part de ressources que les femmes, comme groupe d'intérêts, se verront consentir avec l'assentiment des autres groupes impliqués. Or ce qui peut sembler équitable à une société civile où coexistent des intérêts parfois divergents, parfois convergents, ne correspond pas nécessairement à l'investissement qu'exige le respect de la norme d'égalité substantive. À l'inverse, le recours au concept politique, philosophique et économique d'équité, dans le processus d'attribution des ressources, peut rendre possible l'invention de solutions que la méthodologie juridique de l'égalité ne permettrait pas d'apporter en raison de l'enfermement comparatif (avec les hommes ou d'autres groupes sociaux) qu'elle impose. Au bout du compte, cependant, on peut se demander si la rencontre des stratégies de lutte contre la pauvreté des femmes et la recherche d'une plus grande équité sociale n'aura pas pour ultime conséquence de limiter à la lutte contre la pauvreté le champ des revendications féministes.

Ce glissement des valeurs d'égalité vers la promotion des valeurs d'équité évolue parallèlement aux débats concernant la notion d'intérêt ou de bien commun. Ainsi, la société serait avant tout constituée de la somme des intérêts exprimés par les groupements qui la composent. Mais la somme des intérêts n'équivaut pas nécessairement au bien ou à l'intérêt commun. Et s'il est incontestable qu'un droit aussi fondamental que le droit à l'égalité appartient au domaine du bien commun, il est plus difficile de concevoir que les groupes sociaux, dont les groupes de femmes, puissent fractionner le concept d'égalité au gré de leurs besoins. Le mouvement féministe, en rupture avec le droit, oscille donc entre l'expression de ses intérêts et de ses besoins et l'évocation du rôle particulier de l'État en ce qui concerne la protection du droit humain le plus essentiel à sa démarche: le droit à l'égalité.

L'effet combiné de l'ensemble de ces phénomènes propres aux démocraties modernes sera de favoriser un droit «responsabilisant» issu de la somme des engagements pris par les partenaires de la société civile plutôt qu'un droit habilitant (où les partenaires attendent de l'État certaines protections servant de balises aux agissements de la société et du marché).

En s'en remettant largement au principe selon lequel la somme des intérêts sociaux constitués en une société civile réhabilitée détermine l'éthique de l'égalité, les femmes espèrent que le poids de leur citoyenneté fasse émerger un *autrement* de cette citoyenneté, lequel comporte des dimensions économiques tout autant que sociales.

Dans cette dynamique, le droit, sur le plan du discours, a finalement peu de poids, même symbolique. D'une part critiqué par les féministes en raison de ses effets régulateurs aliénants, il est d'autre part fui par celles qui en dénoncent la rigidité dans un contexte où le droit de procédure l'emporte sur le droit substantif. À cet égard, sans doute le plus bel exemple réside-t-il dans le silence stupéfiant qui entoure aujourd'hui, au Québec, la question des programmes d'accès à l'égalité en emploi.

Toutefois, on ne saurait faire la preuve, au Québec, ni de l'omniprésence du droit ni d'un droit qui s'estompe lorsqu'il s'agit de la cause de femmes³⁴.

³⁴ On consultera avec intérêt, sur le thème des interactions entre l'imprévisibilité de l'interprétation du droit par les tribunaux et les modèles de gouvernance démocratique, la thèse de doctorat de S. Tesoka, *A Public Policy by Default. Judicial Activism in the Community Social Space. The Case of Sex Equality*, Florence European University Institute, 1998. L'auteur montre de manière convaincante comment, en marge des aménagements de gouvernance prévus par les traités de Maastricht et d'Amsterdam, dans le contexte du droit communautaire européen, la Cour de justice des communautés demeure un lieu central d'évolution du concept d'égalité entre les sexes.

2.4 Et le rôle des juristes?

A-t-on jeté le bébé avec l'eau du bain? Il semble que oui. S'il est de bon ton d'évoquer le besoin d'un ordre juridique international des droits de la personne chez ses voisins, on aurait tendance à croire que la centralité du droit à l'égalité, dont la protection et la promotion sont la première responsabilité de l'État, est chez nous un vestige du passé. Car ce n'est pas le droit, mais bien la fonction du droit que le féminisme de participation remet en question, tout comme d'autres groupes de la société civile.

Toutefois, sans la fonction centrale de la norme juridique d'égalité, comment qualifier ou dénoncer le programme néolibéral? Comment réconcilier le projet étatique de la lutte contre la pauvreté et l'objet de la norme d'égalité qui non seulement veille à la correction des atteintes discriminatoires, mais aussi qui impose une autre distribution de la richesse collective? À cet égard, la société civile tourne en rond et les juristes ont tendance à démissionner pour céder le terrain de la réflexion au phénomène de l'«économisation» des rapports sociaux, processus qui contribue à la quantification de la part résiduelle de richesse que l'on juge équitable et que se partagent les exclus, au nombre desquels il faut compter les femmes.

La méthodologie de la recherche juridique féministe constitue maintenant une discipline en soi qui préconise d'agir en aval et en amont des normes. D'abord, elle propose des modèles qui intègrent à l'énonciation des normes l'histoire des femmes telle que les femmes la racontent. Ensuite, elle s'attache à la recherche de normes juridiques qui assurent aux femmes une part de la richesse collective, le respect de leur identité et celui de leur intégrité. C'est le débat sur l'efficacité des normes juridiques. Enfin, cette méthodologie soulève la question des limites du droit, en présumant que le droit n'est pas, et de loin, le seul ordre normatif qui influe sur les rapports sociaux de sexe. Contrairement à l'influence qu'exerce la pensée féministe sur d'autres disciplines, la méthodologie féministe juridique prend en compte à la fois l'imprévisibilité du droit (tel qu'il est interprété par les tribunaux) et mise sur les avantages de cette imprévisibilité dans la société, du point de vue des femmes. Selon les juristes, le coût économique des corrections découlant du non-respect des normes n'est pas, *a priori*, déterminé par

des facteurs purement politiques, telles la lutte contre le déficit, l'ouverture mondiale des marchés ou la lutte contre la pauvreté, mais bien par un ensemble de facteurs, dont l'interprétation évolutive des normes juridiques elles-mêmes.

Les juristes féministes conçoivent le droit comme un système ouvert (soumis à des influences qui peuvent modifier le *statu quo* découlant des effets régulateurs des systèmes juridiques) plutôt que fermé. Elles reconnaissent aussi les limites du droit, mais refusent de souscrire à l'idée de l'inutilité du droit. C'est pourquoi elles sont dépourvues face à un mouvement social qui adhère à la thèse de la «crise du droit», particulièrement lorsque cette crise est nourrie par les critiques tant de la droite que de la gauche. Que le féminisme soit de droite ou de gauche au Québec n'est pas une question qui me préoccupe. Mais le féminisme déconcerte les juristes lorsqu'il commet l'erreur, qui est habituellement celle des politologues, de négliger le rôle du droit dans l'organisation et l'analyse des systèmes et des politiques.

Voilà pourquoi j'estime que la recherche féministe en droit doit de nouveau se pencher sur la question du noyau dur des droits, dont le droit à l'égalité, tout comme sur celle du rôle de l'énonciation substantive des droits des femmes. J'ai tout simplement tenté d'expliquer les causes du désinvestissement, sans pour autant croire que celui-ci doit perdurer. La question du lieu et du domaine d'un nouvel investissement se pose donc.

3 De la mondialisation à la mondialisation de l'ordre juridique égalitaire entre les sexes

Tout porte à croire que la revalorisation du noyau dur des responsabilités de l'État en matière de droits des femmes ne passera pas par les luttes nationales. Tout comme les marchés, la problématique de l'égalité se mondialise, et c'est dans le champ juridique que les investissements de la recherche féministe sont encourageants.

Au début du *xxe* siècle, l'Organisation internationale du travail (OIT) a senti le besoin de niveler le terrain de jeu commercial par des

règles juridiques garantissant la juste compétition au chapitre des coûts de production. Après la Seconde Guerre mondiale, les Nations unies adoptaient la Déclaration universelle des droits de l'homme qui, même dans l'hypothèse où serait contestée l'universalité des valeurs qu'elle affirme, comporte le matériau premier propre à protéger les valeurs liées à la dignité humaine. À l'aube du ^{xx}e siècle se forme de façon perceptible une internationale des femmes qui convie à son tour chercheuses et militantes à la recherche des protections nécessaires à la sauvegarde de l'intégrité, de la dignité et de l'égalité des femmes³⁵.

Sur ce front, la recherche juridique féministe manifeste une vitalité encourageante et porte un regard positif sur la force juridique contraignante du droit tout comme sur sa force symbolique. La proposition n'est pas nouvelle: on veut un droit international fort, contraignant et qui lie les principaux acteurs de la mondialisation, soit les États, les corporations et les institutions internationales.

Tout comme il a fallu bien des efforts pour que, à l'échelle nationale, le droit du travail et le droit social intègrent le droit fondamental à l'égalité et en assurent la mise en œuvre, la recherche féministe à l'échelle internationale, qui a pour objet les droits des femmes, travaille aujourd'hui à soutenir la prise en compte des enjeux de droits qui sont au cœur de la mondialisation. Elle propose l'intégration du droit à l'égalité dans toutes les problématiques dites globalisantes: l'environnement, la paix, la sécurité humaine, la démocratie³⁶.

³⁵ L'initiative de la Marche internationale des femmes pour l'an 2000 prise par la Fédération des femmes du Québec me semble à cet égard fort éloquente.

³⁶ Lire, à cet égard, la Déclaration et le Programme d'action de la IV^e Conférence internationale des femmes (Beijing, 1995), en ligne à: <http://www.un.org/french/ecosocdev/geninfo/women/women95.htm>. Pour une critique des ambiguïtés relatives aux postulats économiques et démocratiques qui distinguent les théories féministes sous-jacentes à cette déclaration et pour une analyse des limites du droit à l'égalité dans la quête d'une plus grande justice sociale au profit des femmes, voir D. Otto, «Holding up half of the sky, but for whose benefit: A critical analysis of the Fourth World Conference on Women», *Australian Feminist Law Journal*, vol. 6, 1995, p. 7-28.

Le thème de la mise en œuvre du droit à l'égalité resurgit d'ailleurs selon le modèle le plus connu: les États ont des responsabilités spécifiques en ce qui regarde le respect du noyau dur des droits de la personne auquel appartient indéniablement le droit des femmes à l'égalité. On propose des modes internationaux et régionaux de contrôle de la mise en œuvre, de la protection et de la promotion de ces droits. On enrichit même ce modèle en préconisant un ordre juridique international autonome et qui ne soit pas exclusivement constitué de la somme des progrès accomplis à l'échelle nationale. On peut raisonnablement présumer que, de ce magma d'idées, émergera un embryon opérationnel d'ordre juridique international, prenant en compte les droits des femmes.

À cet égard, les chercheuses ont des responsabilités particulières et il me semble que ces responsabilités sont dûment assumées. Faut-il pour autant désertter la scène nationale? Certaines trouveront une inspiration encourageante en se rappelant les années qui ont précédé l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés: le droit construit des concepts plus mobiles qu'il n'y paraît à première vue et la critique du droit n'est pas une entreprise de démolition. Il faudra donc veiller à prendre acte des transformations sociales, mais à l'échelle mondiale toutefois.

Pour l'instant, l'heure est venue de redonner à l'idée même des droits des femmes sa visibilité nationale. Le moment est propice pour proposer de nouveaux équilibres visant à assurer la centralité et la fondamentalité du droit des femmes à l'égalité, tant dans l'espace législatif que dans l'espace judiciaire. Au risque de choquer, je crois qu'il est de la responsabilité de l'État de domestiquer une société civile susceptible d'être asservie à des intérêts divers. Face aux dérives qu'entraîne la prise en compte tous azimuts des intérêts fragmentés de nombreux groupes sociaux, l'État doit promptement proposer des mécanismes afin de sauvegarder un bien commun inspiré du principe de l'égalité et du droit à l'égalité entre les sexes. Le droit n'est pas que procédure et le marché doit accepter l'imprévisibilité des interventions judiciaires et prescriptives issues du respect du principe de l'égalité des femmes et des hommes.

Conclusion

La recherche universitaire doit revendiquer le droit de repenser le droit, et les défis sont nombreux. On peut tirer des leçons des expériences antérieures. Dans le contexte d'une société multiforme et fragilisée, des modèles juridiques ouverts et qui prennent acte des risques de la catégorisation souvent trop rigide qu'opère le droit doivent être élaborés. Les femmes doivent-elles nécessairement être pauvres pour recevoir l'attention du législateur? Les familles doivent-elles être nucléaires? Le travail doit-il être exécuté pour un employeur pour faire l'objet d'une protection? Ce chantier, qui exige souplesse et créativité, ne peut pas être abandonné aux effets régulateurs du marché et, s'il faut choisir son maître — ou sa maîtresse —, je choisis sans hésiter, dans ce contexte en apparence flou où pourtant s'érige l'ordre des intérêts divers, le droit, avec ses limites et ses rigidités. Car, malgré mes efforts, c'est en vain que j'ai cherché un autre ordre normatif susceptible de garder au centre de ses préoccupations le droit des femmes à l'égalité. Puisse cette modeste contribution servir de relance dans un univers universitaire qui ne risque pas moins que d'autres d'être asservi aux intérêts du néolibéralisme ambiant.

Lucie LAMARCHE
Département des sciences juridiques
Université du Québec à Montréal