

Jurisprudence

Revue critique

2011

Bruno AMBROISE · Daniel BORRILLO · Philippe BRUN · Jean-Gabriel CONTAMIN
Vincent FORRAY · Francesco GAMBINO · Alexandre GUIGUE · Janet HALLEY
Liora ISRAËL · Dominique LAGORGETTE · Nathalie LE BOUTILLIER
Catherine LE MAGUERESSE · Karine LEMPEN · Danielle LOCHAK
Julie MAZALLIGUE-LABASTE · Marie-MERCIAT-BRUNS · Eric MILLARD · Mathieu NAAB
Gilda NICOLAU · Marc PICHARD · Geneviève PIGNARRE · Sébastien PIMONT
Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ · Sacha RAOULT · Anne REVILLARD
Frédéric ROUVIERE · Guillaume ROYER · Nathalie RUBEL · Mahendra P. SINGH
Jeannine SUK · Pierre-Yves VERKINDT · Philippe WAQUET · Mikhaïl XIFARAS

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Pascal ANCEL (Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint-Étienne), André-Jean ARNAUD (directeur de recherche émérite du CNRS, Codirecteur du Réseau Européen Droit et Société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme de Paris, titulaire de la chaire Unitwin à l'Unesco), Christian ATIAS (Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Boulton Senior Fellow, McGill University), Jean BEAUCHARD†, Jean-Guy BELLEY (Professeur à l'Université McGill, titulaire de la chaire Sir William C. Macdonald, Québec – Canada), Michel BOUDOT (Maître de conférences à l'Université de Poitiers), Philippe BRUN (Professeur à l'Université de Savoie, directeur du CDPPOC), Guy CANIVET (membre du Conseil constitutionnel), Jean-Luc CHABOT (Professeur à l'Université Pierre Mendès France, Grenoble), Geneviève GONDOUIN (Professeur des universités, premier conseiller à la Cour administrative d'appel de Lyon), Riccardo GUASTINI (Professeur à l'Université de Gênes, Italie), Christophe JAMIN (directeur de l'École de Droit de Sciences Po), Antoine JEAMMAUD (Professeur émérite de l'Université Louis Lumière, Lyon II), Philippe JESTAZ (Professeur émérite de l'Université de Paris-Val-de-Marne - ParisXII), Alexis KELLER (Professeur ordinaire à l'Université de Genève, Suisse), Thierry KIRAT (directeur de recherche au C.N.R.S., Institut de Recherche Interdisciplinaire en Sciences Sociales, Université Paris Dauphine), Mitchel LASSER (Jack G. Clarke Professor of Law, Cornell Law School, USA), Mireille LEHOT (juge, TGI Châlon-sur-Saône), Javier LETE (Professeur à l'Université Saint Jacques de Compostelle, Espagne), Claudia LIMA MARQUES (professeure à l'Université de Porto Alegre, Brésil), Éric MILLARD (Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense), Gilda NICOLAU (Professeur à l'Université Panthéon Sorbonne, Paris I, directrice du L.A.J.P.), Gilbert ORSONI (Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III), Éric SAVAUX (Professeur à l'Université de Poitiers, directeur de l'équipe de recherche en droit privé), Évelyne SERVERIN (directrice de recherche au CNRS), Michel VAN DE KERCHOVE (Professeur émérite des Facultés Universitaires Saint Louis à Bruxelles, Belgique), Pierre-Yves VERKINDT (Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon Sorbonne), Benedict WINIGER (professeur ordinaire à l'Université de Genève, Suisse), Mikhaïl XIFARAS (professeur des universités à l'I.E.P. de Paris).

COORDINATION / DIRECTION

Vincent FORRAY (Université de Savoie), Alexandre GUIGUE (Université de Savoie), Geneviève PIGNARRE (Université de Savoie), Sébastien PIMONT (Université de Savoie)

RÉDACTION / SÉMINAIRES

Vincent FORRAY (Université de Savoie), Alexandre GUIGUE (Université de Savoie), Marie MERCAT-BRUNS (CNAM), Malha NAAB (Université Lille 2), Gilda NICOLAU (Université Paris I), Geneviève PIGNARRE (Université de Savoie), Sébastien PIMONT (Université de Savoie), Pierre-Yves VERKINDT (École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon Sorbonne)

ÉDITION

Université de Savoie

© Université de Savoie – BP 1104 – F – 73011 Chambéry cedex
jurisprudence.revuecritique@gmail.com

Directeur de la publication

Gilbert ANGÉNIEUX

Responsables de la Rédaction

Vincent FORRAY – Sébastien PIMONT

DIFFUSION

Lextenso Éditions

RÉALISATION

Catherine BRUN

ISBN: 978-2-915797-97-8

ISSN: 2106-8976

Les opinions émises dans cette revue n'engagent que leurs auteurs

<i>Le genre critique: comment (ne pas) genrer le droit?</i> Janet HALLEY	109
<i>Genre et droit de la responsabilité civile</i> Philippe BRUN.....	133
<i>Le discours des juristes mis en question par le genre: l'exemple du consentement</i> Vincent FORRAY.....	137
<i>À qui la faute? La femme révoltée, monstre pour le droit et le bon père de famille</i> Dominique LAGORGETTE	143
<i>De la nécessaire critique féministe du droit</i> Catherine LE MAGUERESSE.....	157
ACTES DES SÉMINAIRES « REGARDS CROISÉS SUR LE DROIT ET LE GENRE : (DÉ)CONSTRUCTION ET MOBILISATION DE LA NORME JURIDIQUE »	167
<i>Regards croisés sur le droit et le genre: (Dé)construction et mobilisation de la norme juridique</i> Malha NAAB & Pierre-Yves VERKINDT	169
<i>De la place des femmes au sein du syndicalisme français à une négociation collective à travers le prisme du genre</i> Malha NAAB	173
<i>Le droit conjugué au féminin</i> Geneviève PIGNARRE	179
<i>Les deux "impensés" de la relation entre droit et inégalités hommes-femmes : l'exemple de la loi sur la "parité" dans les conseils d'administration</i> Jean-Gabriel CONTAMIN	203
<i>Protection humiliante ou source de droits? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes</i> Anne REVILLARD	217
<i>Étudier et comparer la quête d'égalité des femmes pour comprendre les trajectoires des États providence</i> Nathalie LE BOUTELLEC.....	231
<i>Viols et genres. Fonctions du droit et des procédures judiciaires dans la construction et la déconstruction des paradigmes de l'épistémologie du genre</i> Julie MAZALEIGUE-LABASTE.....	235

<i>Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en France et en Suisse : définitions controversées et devoirs des responsables d'entreprise</i> Karine LEMPEN	253
<i>Le sexe et le droit: De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi</i> Daniel BORRILLO	263
<i>Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit</i> Marc PICHARD	275
<i>Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel</i> Nathalie RUBEL	281
<i>La force du droit a-t-elle un sexe? La contribution du droit à la domination masculine selon Pierre Bourdieu</i> Bruno AMBROISE	287
VARIA	293
<i>Changement de circonstances, bonne foi et modification du rapport obligatoire : éléments de comparaison entre le droit italien et le droit français</i> Francesco GAMBINO	295
<i>Étiologie d'une dépossession. L'histoire pénale comme perte progressive de contrôle</i> Sacha RAOULT	317
<i>Les règles de la méthode sociologique d'Émile Durkheim: des leçons méthodologiques pour la recherche juridique</i> Frédéric ROUVIÈRE	325
<i>Pour une économie du droit sans rigueur - L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier</i> Guillaume ROYER	337
<i>Les Droits de l'Homme dans la tradition indienne: un modèle alternatif</i> Mahendra P. SINGH	349

LE GENRE CRITIQUE : COMMENT (NE PAS) GENRER LE DROIT ?

JANET HALLEY*

Traduit par VINCENT FORRAY

Introduction

La proposition de loi « renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes » du 27 novembre 2009¹ présente un certain nombre de caractéristiques extrêmement familières à qui a étudié le droit américain du harcèlement sexuel et des violences domestiques. Des idées américaines ont voyagé jusqu'en France et se trouvent dans le texte :

1. De nombreux États américains ont répondu aux exhortations de certaines féministes en pénalisant différemment les violences commises par les hommes sur des femmes et des enfants, supposant une différence de nature et de gravité entre de telles violences

et celles commises par les femmes sur des enfants et des hommes.

2. De nombreuses féministes ont soutenu que des sanctions pénales ou civiles en cas de production, de distribution et de consommation de la pornographie s'imposaient afin de décourager les violences à l'encontre des femmes. Catharine A. MacKinnon a, quant à elle, soutenu que la pornographie *est* une violence faite aux femmes². Les efforts tendant à modifier la loi ont presque entièrement échoué notamment du fait de la ferme opposition politique formée au nom de l'industrie pornographique, et de la volonté des juges de considérer la pornographie comme une expression protégée par le Premier Amendement.
3. Les féministes américaines ont convaincu certaines juridictions que les plaintes pour violences domestiques devaient donner lieu à un principe d'arrestation obligatoire et à une politique de « non-renon-

* Royall Professor of Law, Harvard Law School.

1 Le texte peut être consulté sur le site *legifrance* (dossiers législatifs, année 2010, proposition 2121). [La loi « relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants » a été adoptée le 9 juillet 2010. Seront indiquées par la suite les correspondances entre le texte de la proposition utilisé par Janet Halley et le texte de la loi, NDT].

2 MACKINNON, « Pornography, Civil Rights, and Speech », 20 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1, 60 (1985).

ciation » qui interdit au procureur de ne pas poursuivre, même lorsque la plaignante ne veut pas agir au plan pénal³.

4. Le droit américain des violences domestiques ne concerne pas seulement les agressions physiques et les menaces d'agression physique, mais aussi l'intimidation psychologique. Les féministes américaines et, de plus en plus, le système juridique, considèrent ces formes de violence comme également préjudiciables en raison de leur capacité à produire des traumatismes ; les règles comme celles de l'arrestation obligatoire s'appliquent avec la même rigueur pour les affaires de violences physiques que pour celles de « violences » psychologiques⁴. Les féministes ont convaincu la Cour suprême américaine qu'une femme qui se plaint de harcèlement sexuel au travail peut être présumée avoir subi un préjudice ; aucune preuve du préjudice physique ou même psychologique n'est nécessaire⁵.
5. L'une des plus remarquables percées de MacKinnon survenue très tôt dans la pensée juridique féministe a été de transformer les propositions et les contraintes sexuelles sur le lieu de travail en « harcèlement sexuel » et de les qualifier juridiquement comme discriminations⁶. Celui qui sollicite les *faveurs sexuelles* d'une subordonnée en échange d'avantages professionnels se livre à du harcèlement sexuel « donnant-donnant » [*quid pro quo*], et si les sollicitations sont permanentes ou suffisamment graves, il s'agit de harcèlement sexuel en environnement hostile. Dans un cas comme dans l'autre, la victime subit une dis-

crimination à raison du sexe qui lui ouvre droit à indemnisation.

Ces aspects de la pensée juridique féministe américaine, dont plusieurs constituent des acquis législatifs, correspondent parfaitement à certaines positions législatives françaises. Une telle équivalence ne peut pas être accidentelle.

1. Les violences domestiques, qui peuvent être commises par des femmes contre des hommes ou des enfants, sont spécifiquement pénalisées lorsqu'elles sont commises contre des femmes et des enfants.
2. Les violences domestiques faites aux femmes sont liées aux « violences sexistes dans les médias » (art. 13 de la proposition de loi, art. 27 de la loi) Ceci obéit parfaitement à la classification de MacKinnon qui assimile la *représentation* des violences sexuelles aux violences sexuelles elles-mêmes.
3. Les violences domestiques faites aux femmes constituent une matière pénale particulière ce qui implique de les dérouter de la voie de la médiation normalement ouverte (art 16 de la proposition, art. 30 de la loi [*le texte a ici été modifié: la victime est présumée ne pas consentir à la médiation pénale, NDT*]). Ceci correspond parfaitement au droit américain des violences domestiques.
4. Les violences morales ou psychologiques sont visées par la loi, et considérées comme un mal tout aussi grave que les violences physiques (art 17 de la proposition, voir également art. 31 de la loi). Le texte français est même plus sévère que le droit américain pour qui une telle assimilation relève du droit de la discrimination. Il donne donc une action civile en dommages et intérêts alors que la loi française crée une infraction pénale.
5. Le harcèlement sexuel, qui comprend les incitations à des « faveurs sexuelles », est une forme de discrimination sanctionnée (art. 19 de la proposition [*rappr. art. 222-33 du Code pénal*]). Dans la proposition de

3 Jeannie SUK, « Criminal Law Comes Home », 116 *Yale L. J.* 2, 6, n.7, 12 n.26, 13 n.37. De nombreux États ont supprimé le pouvoir discrétionnaire qui permettrait d'exercer des poursuites pénales en cas de violences domestiques sans imposer au défendeur une ordonnance au terme de laquelle retourner chez lui constitue un délit. *Id.* p. 17 n. 49.

4 J. SUK, « Criminal Law Comes Home », 116 *Yale L. J.* p. 43-44.

5 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

6 Catherine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Discrimination* (New Haven: Yale U.P. 1979).

loi, l'expression «faveurs sexuelles» apparaît entre guillemets, probablement parce qu'elle est une traduction directe de l'anglais «*sexual favors*». La législation adopte l'idée selon laquelle les propositions sexuelles constituent une *discrimination*. Une telle entreprise de pénalisation va au-delà de la loi américaine qui sanctionne de tels actes en tant qu'ils sont des délits civils.

Je pense qu'il est raisonnable de conclure qu'une certaine forme féministe de la pensée juridique américaine a exporté ses idées sur les violences sexuelles et domestiques en France.

Aux États-Unis, nous débattons intensément de ces questions, qui sont des questions de droit. J'ai participé à ces débats parce qu'ils me semblent traversés de prétentions descriptives du droit douteuses, et d'idées formalistes. On peut mentionner ici l'exhortation de ma collègue et amie Lama Abu-Odeh: «si vous exportez la pensée juridique américaine, exportez aussi la critique». Voici donc une présentation de quelques manières américaines de critiquer (il y en a d'autres). Je les exposerai prudemment, sachant que leur réception provoquera d'importants et fascinants moments de couple. J'espère apprendre beaucoup des conversations transatlantiques qui suivront sur le sexe, le droit, le pouvoir et la critique.

Plan de l'essai

Voici comment se compose cet essai. Premièrement, dans «comment genrer le droit», je montre la manière dont le droit peut devenir genré dans la pensée américaine. Je développe trois approches qui tendent à genrer le droit: deux féministes (qui décrivent le droit comme masculin) et dont l'une vise à féminiser le droit; et une approche critique qui admet la possibilité que le droit soit de sexe masculin, féminin ou ni l'un ni l'autre, ceci dépendant d'une critique complexe du droit et du sexe. Ensuite dans «le genre du droit pénal international», j'examine un effort féministe récent qui vise à rendre plus féminin le droit en temps de guerre, à l'inclure dans un uni-

vers féministe où les femmes font valoir les droits des femmes, et j'expose quelques raisons de penser qu'une telle réévaluation justifie un effort critique.

Enfin, dans «Repenser les sanctions contre les violences psychologiques» je me livre à une analyse des récents efforts menés aux États-Unis pour infliger des sanctions juridiques aux hommes lorsque les femmes font valoir un préjudice psychologique à la suite d'interactions érotiques et/ou sexuelles. Cette analyse est, en elle-même, critique. Je laisse au lecteur la question de savoir si les tenants français du réalisme juridique pourraient vouloir la développer à propos du texte que j'évoque dans l'introduction.

Comment genrer le droit?

Une partie du débat américain, peut-être sa partie la plus fondamentale, implique la question: «le droit a-t-il un genre?». Certains répondent oui, d'autres, non. Une partie de ceux qui répondent «oui» disent que le genre du droit est le masculin. L'autre partie de ceux qui répondent «oui» disent que le droit est à la fois masculin et féminin – et que le droit est meilleur lorsqu'il est plus féminin que masculin. Il s'agit de ce que j'appelle, respectivement, les féministes *power* et les féministes *cultural*. Je les appelle ainsi parce que le premier courant considère le pouvoir des hommes sur les femmes comme le problème, tandis que le second considère que c'est la suppression des valeurs culturelles féminines par les hommes qui constitue le problème. Mais selon la perspective du réalisme juridique, qui est la perspective des CLS [*critical legal studies*, NDT], le droit n'a de genre qu'en tant qu'il absorbe dans ses règles, ses institutions et ses pratiques une politique sexuelle qui relève elle-même d'un moment politique particulier. De ce point de vue, le genre du droit est bien une question importante, mais une question que la critique devrait maintenir ouverte.

On pourrait commencer avec l'Idée Classique du droit – celle à laquelle j'imagine que mes lecteurs français pourront trouver un corollaire dans la pensée juridique française: le Droit est le Droit – objectif, neutre, général, aspirant à l'universel ou tendant vers celui-ci. Des règles

particulières peuvent sans doute reconnaître qu'il existe des hommes et des femmes, et il arrive que ces règles intensifient ou ignorent les différences entre les hommes et les femmes, mais il s'agit d'une question particulière qui ne dit rien du Droit en tant que Droit. Ceux qui pensent le droit de cette manière peuvent citer le droit des contrats en exemple: celui-ci est général, neutre et objectif; bien sûr une règle particulière pourrait, par exemple, invalider les contrats pré-nuptiaux, ou obliger les maris à répondre des dettes de leur épouse, mais ce genre d'exception ne contre-vient pas au fait qu'en général, le droit des contrats s'applique de façon générale. Voici qui soutient très simplement la position affirmant que le droit ne peut pas être genré.

Au début des années 1980, les féministes américaines radicales se sont livrées une critique dévastatrice de cette idée. Je prendrai l'exemple de Catherine A. MacKinnon, féministe *power par excellence* (en français dans le texte, NDT). Dans ses écrits en 1982 et 1983, elle a soutenu que l'objectivité et la subjectivité sont les formes essentielles au sein lesquelles se logent la domination masculine et la subordination des femmes. «Ayant été objectivées en tant qu'êtres sexuels, en même temps que stigmatisés au terme de l'idée selon laquelle elles sont gouvernées par les passions subjectives, les femmes rejettent la distinction entre sujet connaissant et objet connu.» Ce n'est pas que l'objectivité appartienne aux hommes et la subjectivité aux femmes. Mais plutôt que l'érotisation – la sexualisation – de la domination a signifié que les femmes, objets du désir masculin et atteintes dans leur subjectivité à la mesure de cette position, ont été à la fois objectivées et subjectivées.

Ainsi, «l'intérêt des femmes ment» – non pas en faisant valoir leur propre subjectivité – mais «en renversant la distinction elle-même»⁷. «La distinction objet / sujet est *fatale* à l'entreprise féministe»⁸.

Quand MacKinnon en vient à estimer que «l'État est masculin au sens féminin du terme»⁹, elle n'entend pas affirmer qu'il est, ainsi que son droit, objectif. Tous deux *semblent l'être*, mais ça n'est qu'une ruse de leur pouvoir. Plus exactement, ils ont assimilé la distinction objet / sujet produite par la domination masculine de façon à en être intimement constitués. Alors certainement, «l'État est formellement masculin en ce que l'objectivité est sa norme.»¹⁰ D'un point de vue substantiel, cela signifie que le droit reconduit un monde social imprégné de l'immanquable domination masculine. «Si la [rationalité] juridique se caractérise par le fait de ne pas adopter de point de vue particulier, ce qui vaur comme raison est ce qui correspond aux choses telles qu'elles sont»¹¹. Et la domination masculine et la subordination des femmes *constituent* les choses telles qu'elles sont. «L'épistémologie objectiviste est la loi du droit... Son règne est masculin»¹². Au fond, tout dépend de la subjectivisation – et de la subjectivité des femmes. La véritable émancipation consisterait pour les femmes à détruire et remplacer l'ensemble de cet ordre épistémologique, social et juridique. Dans la mesure où les hommes et les femmes obéissent à ce schéma, la vision émancipatrice MacKinnon a véritablement porté au-delà de l'horizon du genre.

Pendant que MacKinnon développait ses thèses, une partie très différente du féminisme américain préparait une autre forme d'émancipation. Le féminisme *cultural* se distingue du féminisme de MacKinnon en ce qu'il insiste sur le fait que les femmes et le féminin – dans l'état où ils se trouvent, sous la domination masculine – contiennent en leur sein le germe de l'émancipation. La disposition des femmes à la subjectivité, à la réceptivité, leur inclination à élever les enfants – à l'émotion plutôt qu'à la raison, à la réalité plutôt qu'à l'abstraction (etc., etc., etc.) – forment leur culture. Et la propagation de cette culture sauverait tout. Selon cette ligne de pensée du féminisme *cultural*, le

7 *Id.*

8 Catharine A. MacKinnon, «Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence», 8 *Signs* 635, 638 n.6 (1983) (cité après *Signs II*) (c'est moi qui souligne).

9 *Signs II*, p. 644.

10 *Id.*

11 *Id.* p. 645.

12 *Id.*

droit, chaque fois qu'il apparaît objectif, abstrait, neutre ou universel, est subrepticement masculin. La tâche de la théorie juridique féministe et de la réforme féministe du droit est d'amener *dans* le droit le subjectif, le concret, la mise en perspective, la prise en considération du contexte; de leur donner un espace pour se déployer; et, finalement, de les mobiliser pour gouverner. Le principe et l'exception, la règle et le standard, la loi et l'équité, le raisonnable objectif et le raisonnable subjectif – chacune de ces grandes dichotomies juridiques place une norme masculine au-dessus d'une norme féminine qui est pourtant la meilleure des deux. La hiérarchie classique devait être renversée; il serait bel et bon que le droit cesse d'être masculin pour devenir féminin.

Voici une cartographie du monde selon la perspective du féminisme *cultural*:

Les hommes et la masculinité	Les femmes et la féminité
Individualisme	Altruisme
Raison	Émotion, Souci des autres
Objectivité	Subjectivité, relativisation
Abstraction	Concrétisation

Le féminisme *cultural* réformerait le monde en encourageant la progression des femmes et de la féminité pour parvenir au moins jusqu'à l'égalité avec – si ce n'est la domination sur – les hommes et la masculinité. Le féminisme *power*, quant à lui, voit une victoire dans le fait de simplement reconduire le problème de la domination masculine à l'inverse. La plupart des féministes américaines puisent leurs idées au sein de ces deux mouvements même si, à proprement parler, cela révèle une contradiction.

Pendant que le *power feminism* et le *cultural feminism* prenaient forme, à la fin des années 1970 et au début des années 1980, un projet parallèle mais distinct émergeait, se donnant le nom d'études critiques du droit (CLS). Il s'agissait de produire une critique du droit qui ferait apparaître l'ensemble de ses ambivalences conceptuelles et factuelles. En 1982, Frances Olsen aurait formulé la réponse féministe classique des CLS à l'idée selon laquelle le droit a un sexe

dans un article intitulé de manière trompeuse «Le sexe du droit» – de manière trompeuse, car Olsen nie précisément que le droit entretienne une relation unique avec le sexe. Olsen soutient que:

Les féministes de la théorie critique du droit admettent l'idée du «droit comme patriarcat». Elles rejettent cependant celle selon laquelle le droit est masculin. Le droit n'a pas d'essence ou de nature immuable. Le droit est une forme d'activité humaine, une pratique exercée par des gens. Ceux-ci sont principalement des hommes, et beaucoup d'entre eux faire affirment que ce qu'ils font n'est tout simplement pas vrai et ne peut pas être vrai. S'il est vrai que le droit a été dominé par les hommes, les traits que l'on associe aux femmes en ont seulement été occultés, pas éliminés. Le droit n'est pas masculin. Le droit n'est pas rationnel, objectif, abstrait, et fondé sur des principes. Il est *tout autant* irrationnel, subjectif, concret et dépendant du contexte *que* rationnel, objectif, abstrait et fondé sur des principes¹³.

Les éléments irrationnels, subjectifs, concrets et contextualisés du droit – les exceptions, les standards, la recherche d'équité, l'espace laissé aux décisions d'espèce – ne sont pas davantage susceptibles de porter les idées culturelles des femmes que ne l'est le droit apparemment objectif ou les règles fondées sur les grands principes. Le test qui permet d'apprécier la sympathie du droit à l'égard des femmes opprimées réside dans les résultats produits par le droit. Et là, nous sommes tout aussi susceptibles de voir les féministes se diviser ou s'entendre à leur propos.

Olsen relève par exemple que les féministes ne peuvent, notoirement, adopter une position de principe quant aux mérites relatifs de l'égalité formelle ou de l'égalité substantielle – de l'égalité de traitement par la loi ou du traitement différencié prenant en compte les expériences particulières des femmes. Elle se réfère à une célèbre affaire soumise à la Cour Suprême en 1987, *Cal. Fed. v. Guerra*,¹⁴.

13 Frances OLSEN, «The Sex of Law», David Kairys, ed., *The Politics of Law: A Progressive Critique* (N.Y., Pantheon, 1982), p. 692-707, p. 701.

14 *California Federal Savings & Loan Ass'n v. Guerra*, 479 U.S., p. 272 (1987).

Un employeur contestait la disposition légale de l'État qui l'obligeait à accorder un congé sans solde aux salariées enceintes et le droit de reprendre leur travail à l'issue de ce congé. Mais le texte restait silencieux quant à la possibilité d'obtenir un congé pour d'autres raisons médicales. Rejoint par un grand nombre d'employeurs agissant comme *amici*, l'employeur a fait valoir que le respect de la loi de l'État conduirait à la violation d'une loi fédérale interdisant la discrimination fondée sur la grossesse. Les féministes ont été profondément divisées sur la façon de s'opposer à cette attaque contre la loi de l'État. Certains mémoires en défense ont été déposés *par des féministes* pour la femme qui avait agi à l'origine, lorsqu'elle n'a pas été rétablie dans son poste à l'issue de son congé de maternité. Certaines ont soutenu qu'en manquant à l'objectif de protection des femmes enceintes contre le licenciement pour les absences nécessaires causées par la grossesse et l'accouchement, cet employeur se livrait à une discrimination fondée sur le sexe. Elles fondaient leur argumentation sur l'égalité substantielle : seules les femmes peuvent être enceintes ; la grossesse diffère des autres incapacités de travail ou maladies. Le refus de l'employeur de s'adapter à la nécessité pour les femmes enceintes de s'absenter constitue une discrimination fondée sur le sexe. Mais les féministes défendant l'égalité formelle pensaient autrement : elles ne voulaient pas que les femmes bénéficient d'un traitement particulier qui les confirmerait en tant que mères dans le monde du travail et au foyer. Il fallait en revenir au fond du litige (le défaut de droit de retour à l'emploi des travailleurs ayant pris un congé pour raisons médicales) et ne pas y impliquer la question de la grossesse. L'attaque judiciaire devait donc être menée sur le fondement des droits des travailleurs et pas sur celui des droits des femmes. Je me souviens de la souffrance que m'a occasionnée ce désaccord : j'étais étudiante et stagiaire à l'ACLU [*American Civil Liberties Union*, NDT] à ce moment, et l'une de mes supérieures n'a rien trouvé de mieux que de me hurler au visage lorsque j'ai exprimé quelque sympathie pour la position fondée sur l'égalité formelle.

Pour Olsen, le problème soulevé par la querelle interne au féminisme à l'occasion de l'affaire *Cal. Fed. v. Guerra* n'est pas que l'un des deux camps ait eu tort, mais que les deux, au sein du féminisme ; aient eu raison :

Si un certain résultat protège le droit d'une femme à l'égalité formelle de traitement, son droit à l'égalité substantielle peut sembler devoir appeler un résultat différent. C'est pourquoi les féministes se sont retrouvées en opposition dans l'affaire *California Federal v. Guerra*. Certaines féministes soutenaient que l'égalité formelle requiert que le droit traite la grossesse comme n'importe quelle autre incapacité temporaire de travail, tandis que d'autres féministes continuaient à affirmer que l'égalité substantielle requiert que les femmes puissent accoucher sans perdre leur emploi – et même si aucune autre absence prolongée n'est tolérée¹⁵.

Supposons maintenant que le féminisme tel qu'Olsen le comprend ait le pouvoir de faire le droit à sa convenance – qu'il puisse *doter le droit d'un sexe*. Il reproduirait dans le droit la contradiction qui fait que ce dernier est *aussi bien* rationnel, objectif, abstrait, fondé sur des principes, *qu'irrational*, subjectif, concret, contextualisé. La même opposition serait reconduite dans le langage féministe – imbriquée dans une opposition plus vaste, qui la reconduit cependant. Le droit, en tant qu'il est objectif et formel, doit établir l'égalité formelle au profit des femmes et ainsi traiter les hommes et les femmes de manière identique (de manière parfaitement identique dans un monde idéal, tout au moins de manière indiscutablement égale). Et le droit, en tant qu'il est concret et contextualisé, doit établir l'égalité substantielle au profit des femmes – parvenir à une égalité concrète – et ainsi réserver un traitement particulier aux femmes enceintes, même si cela implique de les traiter mieux que les hommes. Pour Olsen, qui se place alors du point de vue de la pensée critique, le défi pour les féministes est d'habiter un monde juridique féministe contradictoire. Faire autrement – prétendre qu'une des positions doit prévaloir sur l'autre – relève d'un tour de magie réaliste.

15 OLSEN, « The Sex of Law », p. 702.

Voici comment on peut visualiser l'imbrication des oppositions :

Droit Rationnel, objectif, abstrait, fondé sur des principes	Droit Irrationnel, subjectif, concret, contextualisé
Droit sexué «à la féministe» Promoteur l'égalité formelle Oblige à traiter les hommes et les femmes de manière iden- tique Se concentre sur des principes rationnels Doit traiter la grossesse comme n'importe quel état médical	Droit sexué «à la féministe» Promoteur l'égalité substantielle Permet aux hommes et aux femmes d'obtenir des bénéfices équivalents Se concentre sur des attentes subjectives et sur un contexte Doit traiter spécialement la grossesse même si aucun autre état médical ne reçoit de traite- ment particulier

L'approche critique ne consiste pas à tenter de transcender cette contradiction mais à apprendre à vivre avec.

Le genre du droit pénal international

Un certain nombre d'idées féministes américaines sur le genre du droit figurent dans le texte du Statut de Rome qui fonde la Cour pénale internationale. La France a signé le statut de Rome. Ainsi, il arrive que les idées américaines voyagent jusqu'ici, convoyées par le droit international.

Le propos qui suit est un conte moral. Il tente de montrer, en soulignant certains détails, comment les féministes ont entrepris de genrer le droit pénal international auquel la France (et, ironiquement, pas les États-Unis) s'est liée.

Des féministes organisées à l'échelle internationale sont intervenues dans la confection du Statut de Rome¹⁶, établissant des règles d'orientation féministe dans le nouveau corps de droit pénal international. Elles ont fait du viol et des violences sexuelles en période de conflit armé des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. C'est

une immense réussite. Ce qu'elles n'ont pas vu, c'est que de telles règles pouvaient être utilisées contre les femmes. Et que, ce dont elles ne se sont pas même soucié, ces règles pouvaient produire des résultats dévastateurs, y compris sur les femmes. Elles n'ont pas prévu ce que l'analyse critique anticiperait toujours – et j'utilise la représentation de mon dernier tableau: l'égalité substantielle que l'on cherche à instaurer au profit des femmes pourrait traverser le droit en un saut chiasmatique; s'élever au niveau du droit en général et s'opposer au droit rationnel et objectif.

J'essaierai de raconter l'histoire succinctement. Pour une version plus détaillée, je renvoie à mon article, *Rape at Rome*¹⁷. Au cours de la crise yougoslave et le génocide rwandais au début des années 1990, le viol est brusquement apparu dans les médias comme un trait saillant des conflits armés. Les féministes se sont mobilisées rapidement afin de remédier à cette violence contre les femmes à l'aide du droit pénal international. À l'origine, leur but était de bannir, punir et abolir le viol et les autres violences sexuelles faites aux femmes, pour ces guerres et les guerres futures. Au cours de leur action, couvrant toute la décennie 1990-2000 et se poursuivant aujourd'hui, elles ont changé de position. De législateur *outsider*, elles sont devenues partie prenante, participant de l'intérieur à la réalisation de cette très importante contribution au système de droit pénal international. Je dirai qu'elles ont installé une gouvernance féministe. Qu'elles ont arpenté les allées du pouvoir selon leur bon vouloir et en intelligence avec ceux qui s'y tenaient déjà. Une partie du féminisme était prête à assumer une telle transformation; mais une partie du féminisme a été affectée par cette dernière. Par suite, nous disposons désormais de la possibilité d'étudier l'idéologie des féministes au pouvoir – des féministes passées de l'autre côté du droit. Et nous pouvons nous réjouir et /ou critiquer leurs réalisations à peu près de la même manière que nous le faisons pour d'autres aspects du droit.

16 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, cité après comme Statut de Rome.

17 «Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law», 30:1 *Michigan J. of Int'l Law* 1 (2009).

Au commencement, lorsque le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal international pour le Rwanda ont été mis en place, les féministes savaient que le droit positif n'était pas particulièrement favorable à leur cause. Par exemple, le viol n'était pas mentionné comme infraction grave dans les Conventions de Genève¹⁸. Sans doute pouvait-il servir à prouver qu'une infraction grave, comme la torture ou le « fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé », avait été commise. Mais il n'était pas possible d'obtenir une condamnation pour le viol lui-même. Lorsqu'il arrivait aux Conventions de Genève de reconnaître des préjudices susceptibles d'être causés aux femmes en temps de guerre, elles utilisaient un langage jugé désuet par les féministes : l'article 27 de la quatrième Convention de Genève dispose ainsi que « les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur »¹⁹. Les protocoles additionnels I et II disposent quant à eux que « les femmes doivent faire l'objet d'un respect particulier et seront protégées, notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et toute autre forme d'attentat à la pudeur »²⁰; ils interdisent « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les trai-

tements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur »²¹.

Les féministes qui ont rejoint les structures du pouvoir en charge du Statut de Rome – appelons-les « les féministes de Rome » – défendaient une idéologie féministe particulière. Une idéologie faite d'un dérivé de la pensée de MacKinnon et imprégnée des dogmes du féminisme *cultural*²². Aux yeux de ces féministes, les Conventions de Genève renvoyaient du genre une image repoussante. Ces féministes rejettent en effet la croyance selon laquelle le viol constitue une atteinte à l'honneur des femmes (qu'elles considèrent en fait comme la codification de l'honneur des hommes des femmes victimes). Elles ne croient pas non plus que le viol prive les femmes de leur dignité, ce que les violeurs espéreraient probablement. Là où il est question d'honneur et d'humiliation, il faut parler de *violences sexuelles* – un terme qui s'est transformé en *violences de genre* au cours de la Conférence de Rome. En outre, la prohibition du viol, des violences sexuelles ou de genre devrait se prolonger jusqu'à la pénalisation de l'*esclavage sexuel*.

Je qualifierais de telles idées de projet de réforme horizontale dans la mesure où il se déploie d'une règle substantielle à l'autre. Chaque modification menée dans le cadre du projet de réforme horizontale réalise les idées du féminisme *power* et du féminisme *cultural*. Le déplace-

18 On chercherait en vain le viol dans les dispositions des conventions de Genève consacrées aux infractions graves : Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, art. 49 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, art. 50 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 129 ; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, art. 27, art. 146, citée après « quatrième convention de Genève ».

19 Quatrième Convention de Genève, art. 27.

20 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977.

21 Id. art. 75(b) voy. aussi le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977. L'idée que la dignité humaine doit être protégée, indépendamment de toute référence aux femmes, contre « les traitements humiliants et dégradants » est bien installée dans l'article 3 commun aux quatre conventions ; voy. par exemple l'article 3 de la quatrième Convention. Les protocoles additionnels utilisent la même expression lorsqu'ils étendent le champ de la protection contre les agressions sexuelles menées sur les femmes au sein des populations civiles.

22 Le WCGJ (*the Women's Caucus for Gender Justice*) a conduit le travail des féministes à la conférence de Rome. Pour un résumé de son programme et de ses idées étayé de nombreuses citations des travaux écrits du WCGJ, voy. « Rape at Rome », Part II.D, p. 70-100. Les documents sur lesquels je fonde mon analyse figurent dans l'article à la p. 28, nn. 105, 106. Leur volume est trop important pour que je puisse rapporter les citations ici.

ment des insultes, des atteintes à l'honneur et à la dignité vers la notion de violence nous semble irrépressible. Il est cependant ancré dans des idées féministes, idées devenues si banales que nous avons oublié qu'elles ont dû être inventées. En voici quelques-unes: violer une femme n'est pas la *dégrader* mais la *blessar*. Cette blessure est si profonde qu'elle constitue un trauma; la victime ne s'en remettra probablement jamais. Et il ne s'agit pas seulement de cela: le viol n'est que la partie visible de l'iceberg de la domination masculine. Le glissement des *violences sexuelles* vers les *violences de genre* exprime la position féministe structurée (partagée par les versions les plus radicales du féminisme *power* et du féminisme *cultural*) selon laquelle le viol constitue le paradigme, l'essence la plus pure de ce que l'érotisation de la domination masculine inflige aux femmes. Si le sexe exprime le dimorphisme du corps humain, masculin et féminin, alors le genre exprime le dimorphisme de la culture humaine; et les violences de genre sont celles subies par les femmes lorsqu'elles se trouvent obligées d'agir d'une façon qui les sacrifie au *Zeitgeist* féminin. L'idée de violences de genre embrasse donc bien au-delà de celle de violences sexuelles. Les féministes de Rome entendaient ainsi atteindre les règles culturelles qui obligent les femmes à se livrer aux travaux domestiques et leur interdisent l'accès au travail salarié. La notion d'esclavage sexuel est, elle aussi, fortement codée: elle repose, selon les féministes de Rome, sur l'idée selon laquelle la domination sexuelle, comme l'esclavage, ne peut pas être consentie. Même si les femmes consentent aux relations sexuelles, au mariage et aux travaux domestiques, elles se trouvent contraintes par le contexte de guerre et /ou de domination masculine généralisée. Leur consentement ne vaut rien. Suivant cette ligne de raisonnement, les féministes ont systématiquement cherché à éradiquer le moyen de défense du consentement au viol dans les conflits armés; elles ont préconisé la pénalisation de l'esclavage sexuel pour parvenir à leurs fins lorsqu'il est devenu évident qu'elles ne disposaient pas des alliés politiques suffisants pour soutenir leur entreprise d'élimination du moyen de défense du consentement au viol.

Les féministes de Rome ont aussi développé des idées de réforme verticale. Le viol/ les violences sexuelles / les violences de genre / l'esclavage sexuel doivent être placés le plus HAUT possible dans la hiérarchie des crimes. Par exemple, il serait nécessaire d'intégrer le viol à la liste des infractions graves. Les violences de genre devraient être dissociées du conflit armé dans lequel elles se déroulent: par exemple, les persécutions sur la base du genre devraient devenir un crime de première importance, et ne pas demeurer un type de persécution fondée sur des motifs politiques, raciaux, nationaux, ethniques, culturels et religieux.

Il ne faudrait pas cantonner les violences sexuelles et les crimes contre l'humanité à une fraction des attaques contre les populations civiles; il s'agit d'attaques contre les femmes en général ou contre les femmes individuellement. Elles devraient être déliées de tout ce qui les attache au fait qu'elles se produisent au sein d'une «attaque généralisée ou systématique contre une population civile». En effet, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité devraient être totalement détachés des conflits armés et devenir des crimes «en temps de paix».

Ces réformes verticales expriment une idée nouvelle dans la pensée féministe. Idée selon laquelle le problème des Conventions de Genève est qu'elles séparent certains crimes universels contre l'humanité des maux qui peuvent s'abattre sur les femmes pendant une guerre. Une telle structure est fautive, *tout court* [en français dans le texte, NDT]. Les *femmes* forment une catégorie universelle d'intérêt humanitaire; et dans cet univers, le droit pénal international doit s'ordonner à partir des femmes et contre les *hommes*. C'est ce que j'appelle le *féminisme universel*. Celui-ci se propose de réduire la fracture observée par Olsen chez les féministes et qui les divise entre l'égalité formelle et l'égalité substantielle: si notre principale préoccupation est la catégorie universelle des femmes, l'égalité formelle suffit dans la mesure où l'univers entier est donné comme arrière-plan substantiel.

Poursuivant les idées de MacKinnon, Rhonda Copelon a élaboré un modèle pour des règles visant à rendre

opérationnel le féminisme universel. Dans sa conception – et en 1993, c'était véritablement visionnaire – le viol pendant une guerre ne fait pas partie du conflit éthique, national ou religieux qui divise les combattants masculins. Il fait plutôt partie d'une *guerre généralisée contre les femmes* qui se déroule en permanence, en temps de guerre comme en temps de paix. Ainsi, les persécutions fondées sur le viol doivent faire l'objet de poursuites séparées des autres agressions commises dans le même temps, par exemple des agressions à caractère ethnique. Ces deux types d'agressions appartiennent à des *guerres différentes*. Et la protection internationale des femmes ne devrait alors prêter aucune attention à la distinction entre les femmes en temps de guerre et les femmes « au quotidien », distinction relevant de l'imaginaire masculin : le viol, les violences sexuelles, les violences de genre et l'esclavage sexuel devraient être également poursuivis devant la Cour pénale internationale, qu'ils aient eu lieu en Bosnie lors du nettoyage ethnique ou au cours d'une tranquille nuit d'été dans une arrière-cour, à Detroit ou à Lyon.

Les féministes de Rome ont rendu le féminisme opérationnel au moyen de propositions qui restructureraient de manière spectaculaire l'ordre juridique international. Elles ont soutenu qu'un Chapeau Général devrait être placé en tête du Statut de Rome prévoyant l'application de ce dernier et son interprétation « en cohérence avec le droit international des droits de l'homme et le développement de celui-ci [...] ». Voici qui concourt à la grande idée structurelle selon laquelle le droit pénal international et le droit des droits de l'homme devraient fusionner. La Cour pénale internationale devrait pouvoir appliquer les droits de l'homme, et les organisations non gouvernementales dédiées aux droits de l'homme devraient pouvoir saisir le bureau du procureur de la Cour pour les crimes commis en temps de guerre et « en temps de paix ». Les barrières dressées entre les violences faites aux femmes dans la vie quotidienne (qui, jusqu'ici, ne peuvent être l'affaire du droit international qu'en tant que violations des droits de l'homme et, ainsi, ne peuvent relever que des États assu-

mant leurs responsabilités envers leurs propres populations) et les violences faites aux femmes en temps de guerre (crimes contre l'humanité et crimes de guerre, réservés aux situations de conflits armés et traités en droit interne ou par des tribunaux internationaux spécifiques, et maintenant par une Cour pénale internationale permanente) devraient être complètement abattues.

Toutes ces idées ne sont pas passées dans le Statut de Rome. Voici une cartographie condensée qui rend compte des victoires et des défaites féministes.

√ signifie : mission accomplie ;

Ø signifie : défaite ;

≈ indique une victoire partielle, une défaite partielle.

Projet de réforme horizontale

Critique de l'honneur et la dignité	√ : les atteintes à la dignité sont désormais « déliées » des crimes de violences sexuelles ^a
Qualifier les crimes relatifs au sexe ou au genre de « violences sexuelles »	√ ^b
Étendre les crimes de violences sexuelles jusqu'à y inclure les « violences de genre »	≈ : Ø quant aux listes qui établissent les crimes ^c √ quant aux dispositions générales du Statut (e.g., le Conseiller spécial du procureur pour les crimes de violences de genre) ^d
Pénaliser « l'esclavage sexuel »	√ ^e

a Statut de Rome, Art. 8.2(b)(xxii) – (xxiii).

b Statut de Rome, Art. 7.1(g) ; 8.2(b)(xxii) ; 8.2(e)(vi).

c Statut de Rome, Art. 7.1(g) ; 8.2(b)(xxii) ; 8.2(e)(vi).

d Pour les aspects spécifiques de cette réalisation, voy. HALLEY, « Rape at Rome », p. 105-07.

e Statut de Rome, Art. 7.1(g) ; 8.2(b)(xxii) ; 8.2(e)(vi).

Projet de réforme verticale

Placer le viol / les violences sexuelles / l'esclavage sexuel / les violences de genre le plus haut possible dans la hiérarchie des crimes	✓ pour l'ensemble, mais les violences de genre, le viol et les violences sexuelles sont maintenant des prédicats de crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ^f
e. g., s'assurer que le viol est reconnu comme infraction grave	≈ : Ø quant à la définition des infractions ^g ✓ par insinuation ^h
Ajouter aux persécutions constituant un crime contre l'humanité le genre comme motif indépendant	✓ ⁱ
Les crimes contre l'humanité doivent être distingués des «attaques généralisées et systématiques contre une population civile»	Ø ^j
Les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne doivent pas faire partie du conflit armé; ils doivent être punis quand ils sont commis «en temps de paix»	Ø ^k
Fusionner le droit pénal international avec les droits de l'homme	≈ : quant à l'interprétation du Statut de Rome en cohérence avec les droits de l'homme ^l

f Statut de Rome, Art. 7.1(g); 8.2(b)(xxii); 8.2(e)(vi).

g Statut de Rome, Art. 7.1(g); 8.2(b)(xxii); 8.2(e)(vi).

h J'ai développé l'argument selon lequel l'environnement du texte est propice à une telle interprétation, voy. «Rape at Rome», p. 109-10.

i Statut de Rome, Art. 7.1(h).

j Statut de Rome, Art. 7.1.

k *Id.*

l Statut de Rome, Art. 21.

La totalité du projet du féminisme universel n'a pas été réalisée dans le Statut de Rome. Mais de nombreuses parties l'ont été. Je pense qu'on peut considérer cela comme un grand succès de l'entreprise consistant à genrer le droit – à le féminiser autant que les féministes radicales – *power* et *cultural* – pensaient qu'il était masculin.

Je voudrais maintenant prendre position par rapport à Olsen, et mettre toutes les réalisations féministes que je viens d'évoquer sous la lentille du réalisme juridique critique. Cela suppose une appréciation orientée en fonction des résultats probables des aspects positifs et négatifs, des aspects négatifs des aspects positifs et des aspects positifs des aspects négatifs. Ce qui ne pourra se faire que lorsque nous saurons comment le Statut de Rome sera appliqué et jusqu'à quel point les combattants tailleront dans ses prescriptions. Je n'ai pas le temps de me livrer ici à un traitement approfondi de ces questions. Je mentionnerai donc simplement deux aspects négatifs qui n'ont pas été discutés.

Je voudrais d'abord parler en tant que féministe. Je suis réellement ennuyée que personne – pas une personne dans l'immense babil de discussions et production documentaire convoqués dans cette campagne féministe et cette réforme – ne se soit jamais préoccupé de la question de savoir si ces règles pourraient jamais être utilisées pour nuire aux femmes. Nous savons tous que nous vivons dans un monde où les violations du droit humanitaire international – le droit de la guerre – sont délibérément et manifestement commises afin de créer une solidarité belligérante au sein du groupe des auteurs. Nous savons que nous vivons dans un monde où les belligérants agissent par vengeance, reproduisant les outrages perpétrés contre eux par leurs ennemis. Personne ne s'est soucié de savoir si les femmes pouvaient être violées pour fonder la frénésie de la guerre, ou pour rétribuer d'autres viols – et si l'intensité et la concentration de tels actes pouvaient parfois être alimentées, et non pas découragées, par l'intensification et la fétichisation de leur illégalité, et par la disponibilité de leur condamnation internationale.

Une telle négligence est complètement typique des idées, communes aux féministes *power* et *cultural*, qui

tourmentent autour de la question de savoir comment genrer le droit. C'est une vision pré-réaliste du droit selon laquelle les prescriptions formelles du droit justifient par elles-mêmes les valeurs qu'elles annoncent. Mais Olsen sait que, bien que le droit puisse avoir un genre si les gens produisent un effort suffisant en ce sens – ce pourquoi un droit d'inspiration féministe est parfaitement possible dans les livres –, le droit en application peut renverser complètement les réalisations féministes, faisant que les mêmes règles deviennent de puissants vecteurs du pouvoir patriarcal.

Je voudrais finalement rompre un moment avec le féminisme. Et m'interroger sur les guerres que nous avons peut-être encouragées, intensifiées, peut-être contribué à généraliser, peut-être même démarrées, à cause des effets rhétoriques attachés au caractère scandaleusement illégal des viols à l'origine ou commis dans le cadre de ces guerres. Des femmes mourront pendant ces conflits, pas seulement en tant que « femmes » mais aussi en tant que civils et, de plus en plus, en tant que combattantes. Aucune de celles-là n'est considérée par la conception que les féministes universelles ont développée du « comment genrer le droit ».

Comment quelque chose de si terrible et de si important a-t-il pu être occulté ? Une première erreur peut être relevée : les féministes universelles en demeurent à l'idée qu'interdire, c'est éradiquer. Leur position implique une deuxième erreur qui est une omission. Les femmes, et les femmes seulement, entrent dans leurs préoccupations, et sont positionnées uniquement comme victimes. Une telle position omet les groupes dans lesquels le viol ne provoque pas un procès en bon ordre qui le qualifierait de faute normative et punirait les fautifs, mais déclenche un *crescendo* de violences en représailles – dont une grande partie pourrait être conforme au droit humanitaire et au droit pénal international. Il nous faut les moyens d'identifier ces groupes, de comprendre leurs stratégies complexes et leurs contradictions internes essentielles. C'est alors qu'il nous faut rompre pour un moment avec l'universalisme féministe, avec le féminisme *tout court*, en fait. Nous devons dégager un sens théorique aux conséquences d'un tel décaissement

dans un monde effroyablement complexe. Nous pourrions alors revenir parées pour la réforme féministe du droit, mais nous aurons d'abord tenté de considérer les multiples revendications qui en appellent à notre sollicitude normative, ainsi que la possibilité, réaliste, que toutes ne peuvent être satisfaites.

Dans la partie finale de cet article, je suggère que ce passage d'une conception formelle, auto-effective du droit au réalisme juridique projette une ombre sur cette idée américaine, et désormais française, de sanctionner juridiquement les hommes qui infligent des violences psychologiques aux femmes.

Repenser les sanctions des violences psychologiques

À la suite de cette avancée décisive qu'a représentée le travail d'Olsen *Le sexe du droit* dans la théorie juridique, Duncan Kennedy s'est livré à une évaluation réaliste, minutieuse et systématique, de la manière dont l'ordre juridique s'occupe des abus sexuels subis par les femmes. Dans *Sexy Dressing: Violences sexuelles et érotisation de la domination*²³, traduit il y a peu en français, Kennedy dresse un état des questions méthodologiques liées aux critiques, aux évaluations réalistes de certaines idées de réforme du droit. Sa méthode, qui peut-être considérée comme une méthode générale, est spécifiquement appliquée à la question du genre du droit. Je recommande fortement ce livre qui constitue un *compendium* des méthodes critiques et réalistes. En voici, *a minima*, quelques points-clés :

1. Les abus sexuels commis par les hommes contre les femmes, et que tout le monde s'accorde à condamner, sont très courants, et font l'objet d'un ensemble de sanctions juridiques.
2. L'efficacité de ces sanctions peut être évaluée en recourant à l'analyse coûts-avantages.

23 Duncan KENNEDY, *Sexy Dressing – Violences Sexuelles et Érotisation de la Domination*, Flammarion, 2008, avant-propos M. Xifaras.

3. L'analyse coûts-avantages doit prendre en compte la variété et la contradiction des intérêts que les hommes et les femmes mobilisent dans l'application de ces sanctions. Ce qui aide les femmes peut heurter les hommes.
4. Il y a donc un substrat politique à l'évaluation: de quel point de vue évalue-t-on? Dès l'instant où Kennedy dévoile cette question, il apparaît que des hommes se trouvent en désaccord avec des hommes, et des femmes avec des femmes; il y a des conflits d'intérêts *au sein même* des groupes d'hommes et de femmes.
5. En outre, des clivages idéologiques soutiennent de tels désaccords: par exemple, des femmes conservatrices peuvent se positionner, aux côtés d'hommes ne se livrant pas à des abus sexuels, contre des femmes, tenantes de la libération sexuelle, cherchant à élargir l'espace social dans lequel elles peuvent se risquer à s'habiller sexy. Et des hommes ne se livrant pas à des abus sexuels peuvent se trouver aux côtés des féministes «*power*» et «*cultural*», non pas parce qu'ils veulent protéger les femmes, mais parce qu'ils veulent que les femmes se sentent suffisamment en sécurité lorsqu'elles décident de s'habiller *sexy*. Le champ social est divisé, déchiré au terme d'oppositions matérielles et idéologiques. Les coûts et avantages à considérer impliquent donc des enjeux matériels et idéologiques.
6. La domination masculine et la subordination féminine se produisent donc effectivement; mais affirmer qu'elles permettent de décrire convenablement toutes les interactions sexuelles des hommes et des femmes relève d'une sorte de paranoïa structuraliste.
7. Dans le même temps, le système juridique, même en pénalisant les comportements, ne les élimine pas. Sa mise en application est «*brouillonne*» («*noisy*»). Une règle interdisant le viol, par exemple, sera parfois correctement appliquée, parfois sous-appliquée (donnant lieu au «*résidu toléré* de violences sexuelles»), parfois sur-appliquée (donnant lieu à la poursuite efficace d'hommes parfaitement innocents ou à des faux-positifs). Il ne peut en aller autrement dans notre monde réel. Modifier le système d'application des règles afin de réduire «*le résidu toléré* de violences sexuelles» augmente automatiquement le nombre de faux-positifs.
8. En conséquence, les hommes ne se livrant pas à des violences sexuelles qui veulent donner davantage de force aux règles relatives au viol afin que les femmes se sentent suffisamment en sécurité pour s'habiller *sexy*, le craignent en ce que cela pourrait conduire à les faire accuser ou condamner en dépit de leur innocence. Les femmes qui veulent donner davantage de force aux règles relatives au viol, afin de se sentir plus en sécurité de se comporter comme elles l'entendent, le craignent en ce que cela pourrait créer un environnement répressif dans lequel leur liberté de s'engager dans un jeu sexuel se trouverait contrainte. Ainsi, les intérêts en jeu peuvent être ambivalents.
9. Ces effets distributifs vont bien au-delà de l'objet direct de la loi (viol, harcèlement sexuel, etc.). Dans leurs rapports réciproques, depuis la décision de divorcer jusqu'à l'allocation des travaux domestiques, les hommes et les femmes anticipent l'action du droit en cas de violences sexuelles. Ils réalisent leur propre expérience sociale, plus ou moins forte vis-à-vis de l'un ou de l'autre, en fonction de leurs estimations. Ils *négoient dans l'ombre du droit*.
10. Dans l'ensemble, les effets distributifs comptent, et pas les mots de la loi.
11. Mais ces effets distributifs sont extrêmement difficiles à calculer du fait de l'application «*brouillonne*» des règles, des enjeux idéologiques, de l'ambivalence de tous ceux qui poursuivent un intérêt individuel et du foisonnement des transactions qui peuvent être conclues à tout moment. À l'état brut, les politiques de l'identité seront rarement à la hauteur de la tâche.

L'un des moments les plus dramatiques de *Sexy dressing* est celui où Kennedy s'étend sur le conflit interne d'un homme qui, ne se livrant pas aux violences sexuelles, réagit à un spectacle pornographique, spectacle qui érotise explicitement, non seulement la domination masculine, mais aussi l'autonomie sexuelle féminine. Le clip vidéo de Madonna *Open your heart* fait figure de porno. Pour les hommes, la tenue sexy de Madonna peut renvoyer à l'imaginaire que les hommes déploient dans la masturbation, et donc, en même temps que de l'excitation, peut produire une vaste gamme de sentiments qui ne cadrent pas avec l'idée de domination – souillure, honte, clandestinité, confusion, culpabilité, effroi, gêne, peur d'être pris sur le fait. Elle peut aussi renvoyer à des lieux (quartiers chauds, zones urbaines sensibles) associés à un milieu ouvrier ou à des considérations raciales. Ceci produit sur les classes moyennes et supérieures, en particuliers, chez les blancs, non seulement de l'excitation, mais aussi la peur d'être agressé dans de tels lieux. La tenue de Madonna peut encore renvoyer à l'exercice direct du pouvoir sexuel des femmes sur les hommes, ou même à la possibilité de ce pouvoir, – un pouvoir de donner et de retenir, un pouvoir d'avoir le pouvoir, un pouvoir « de rendre les hommes fous ». Elle peut, enfin, renvoyer au – ou jouer le – défi permanent que les femmes adressent aux codes sexuels patriarcaux, à l'indifférence des femmes aux besoins et aux craintes des hommes, aux pouvoirs et menaces masculins ; à l'érotisme des femmes comme autonomie et invulnérabilité sexuelle. Kennedy soutient que les femmes en situation de domination érotique sont susceptibles d'éveiller, parfois, chez certains hommes, une volonté réciproque de domination ou un désir de vengeance. Qu'elles peuvent aussi simplement provoquer, parfois, chez certains hommes, un sentiment d'impuissance, de peur, d'échec, d'envie, ou de désorientation. Qu'elles fournissent également aux hommes le point de départ d'agréables fantasmes qui ne correspondent pas exactement à ceux que leur attribuent les féministes *power* ou *cultural*. Par exemple, s'affranchir de la nécessité de s'inquiéter de la véritable volonté de la femme,

du point de savoir si elle a passé un bon moment, si elle a joui. Le fantasme également d'un autre Moi – l'appropriation par introjection de la femme toute-puissante – un Moi aussi narcissique et puissamment incarné que cette femme en tenue *sexy*²⁴.

Le remarquable travail de fissure du désir et du pouvoir réalisé par Kennedy remet en cause le simplisme de l'universalisme féministe ainsi que celui des féminismes *power* et *cultural* : ces derniers peuvent sans doute servir à décrire certaines situations, mais manquent clairement d'outils pour décrire celle-ci. L'homme de Kennedy, celui qui prend du plaisir à la pornographie et ne se livre pas à des violences sexuelles éprouve des désirs multiples, contradictoires aussi souvent abjects qu'estimables. Il me semble que cette profonde ambivalence caractérise la sexualité de manière beaucoup plus pénétrante que les féministes *power* et *cultural* n'ont voulu l'admettre.

La fin de cette section est consacrée à des lectures et relectures d'une célèbre affaire américaine de divorce dans laquelle la Cour Suprême du Texas a estimé que l'épouse pouvait poursuivre son mari pour les violences psychologiques qu'il lui a infligées et qu'elle pouvait obtenir des dommages et intérêts indépendamment de la répartition des biens consécutive au divorce. Il s'agit de l'affaire *Twyman v. Twyman*²⁵. Mon objectif est de prolonger ici l'idée de Kennedy selon laquelle le plaisir / les dangers des interactions sexuelles sont bien plus complexes que ce qu'admettent les partisans féministes des sanctions contre les violences psychologiques. J'espère ne pas trop déconcerter les lecteurs français lorsqu'ils s'apercevront qu'un important texte de philosophie française est utilisé comme théorie sociale pour les besoins d'une analyse pragmatique américaine. Je l'utilise afin de multiplier les possibilités pour une hypothétique Sheila Twyman et son hypothétique mari, William, de négocier à l'ombre du droit. Afin aussi de contrecarrer notre compréhension de ce cas, et de multiplier les posi-

24. Voy. *Split decisions, How and why to take a break from feminism*.

25. *Twyman v. Twyman*, 855 S.W.2d 619 (Tex. 1993).

tionnements politiques possible à propos du texte français que j'évoque en introduction.

Sheila et William Twyman se sont mariés en 1969. Sheila a demandé le divorce en 1985. Elle a ensuite modifié sa demande pour l'accompagner d'une action en responsabilité civile que le tribunal a interprété comme une action en indemnisation de violences psychologiques causées par négligence. L'essentiel des faits fondant la demande semble tenir à ce que William lui a « intentionnellement et cruellement » imposé des « pratiques sexuelles déviantes ». J'en analyse plus loin les détails. Pour l'instant, il suffit de dire que le tribunal a estimé que ces pratiques impliquaient du « *bondage* » et que William avait tenté de contraindre Sheila à s'y livrer.

Le tribunal a prononcé le divorce, effectué le partage des biens et a alloué à Sheila 15,000 \$ de dommages et intérêts dans le cadre de son action en responsabilité civile. William a interjeté appel. La Cour d'appel a confirmé le jugement. Elle a estimé que le fait de causer un préjudice psychologique par négligence ouvrait droit à une action au Texas, et que celle-ci pouvait avoir lieu entre conjoints. Dans le même temps, toutefois, la Cour Suprême du Texas a affirmé dans une autre affaire qu'une demande fondée sur un préjudice psychologique causé par négligence n'était pas recevable au Texas. La Cour Suprême du Texas a été saisie par William. La majorité des juges, composée d'une majorité simple (*plurality*) à laquelle s'ajoutaient quelques opinions concordantes (*concurrences*), a renvoyé l'affaire pour être rejugée selon une position théorique nouvelle: les détresses psychologiques *intentionnellement* causées peuvent donner lieu à une action au Texas, et cette action peut être dirigée contre le conjoint. Sheila a alors le droit de voir son affaire examinée de nouveau parce qu'elle ne savait pas qu'elle pouvait utiliser cette position judiciaire avant qu'elle ait été affirmée²⁶.

Cela signifie qu'au sein de la Cour suprême du Texas, une majorité des juges pensait que Sheila avait présenté suffisamment d'éléments factuels et de preuves, de telle sorte

qu'il ne lui restait qu'un très faible nombre de points du litige à connecter avec la nouvelle théorie de la responsabilité formant l'état du droit. Les juges ont considéré que les faits présentés la mettaient en mesure de gagner dans le cadre de cette nouvelle théorie. Qu'elle disposait de suffisamment de faits pour soutenir des conclusions contenant les éléments essentiels de la nouvelle position judiciaire. Voici lesquels: William a adopté un comportement outrageant, au-delà des bornes de la décence, une conduite atroce et absolument intolérable dans une société civilisée; (il subsiste des incertitudes juridiques sur ce point, c'est pourquoi je considère toutes les options retenues par les différents juges) lorsque William a adopté un tel comportement, il avait *l'intention* de causer à Sheila une détresse psychologique / ou bien il savait qu'il pouvait lui causer et a imprudemment couru le risque et / ou il a imprudemment ignoré le risque de détresse psychologique²⁷; le comportement de William constitue la cause du préjudice psychologique résultat de la détresse éprouvée par Sheila. Personne n'a contesté que Sheila était « ravagée », etc.: le doute semblait plutôt porter sur la question suivante: en quoi consistait exactement ce comportement outrageant, et en quoi était-il la cause de la détresse de Sheila?

27 Il faut relever l'instabilité du droit qui perdure sur ce point. La règle posée par le *Restatement of Torts* est extrêmement souple: le demandeur peut gagner sans même démontrer que le défendeur connaissait ou ne pouvait ignorer sous peine de commettre une faute d'imprudence le risque de détresse psychologique. *Restatement (Second) of Torts* § 46 (1965). Le Juge Comyn s'appuie sur cette disposition mais estime néanmoins qu'il revient à la juridiction de renvoi constatant les faits d'établir que William connaissait le risque ou qu'il a commis une faute d'imprudence en l'ignorant. *Twyman*, 855 S.W.2d, 621, 623-24. Comme le Juge Hecht le relève, l'idée selon laquelle la responsabilité suppose un comportement intentionnel est mise en question de manière significative par le texte en question [*recklessness* *proviso*] *Id.*, 630. Si le comportement décrit plus bas est considéré comme « outrageant », cela seul pourrait suppléer au constat des faits permettant de conclure que le défendeur a commis une faute d'imprudence en ignorant que son comportement avait toutes les chances de causer une détresse psychologique. En effet, un « outrage » est une « détresse psychologique ». Ceci est largement suffisant pour caractériser une responsabilité étendue.

26 *Twyman*, 855 S.W.2d at 619, 620-21, 624.

100-110-120-130-140-150-160-170-180-190-200-210-220-230-240-250-260-270-280-290-300-310-320-330-340-350-360-370-380-390-400-410-420-430-440-450-460-470-480-490-500-510-520-530-540-550-560-570-580-590-600-610-620-630-640-650-660-670-680-690-700-710-720-730-740-750-760-770-780-790-800-810-820-830-840-850-860-870-880-890-900-910-920-930-940-950-960-970-980-990-1000

Un des points fascinants de la décision tient dans la considérable divergence de vues déployées par les juges sur les éléments de fait. Parce qu'ils sont idéologiquement orientés, permettez-moi d'abord d'en résumer les implications essentielles. Rédigeant pour la majorité ayant emporté la décision (non pas la majorité absolue, mais la majorité des voix exprimées), le Juge Cornyn a renvoyé, considérant que Sheila devait avoir la possibilité d'établir le caractère intentionnel des violences psychologiques et disposait des éléments pour le faire. Son groupe estimait qu'elle aurait dû aller au-delà de ce qu'elle a montré, à la différence du Juge Gonzales qui a émis une opinion concordante et s'est donc rallié à la majorité sans agréer les motifs de la décision. La Juge Spector a vu l'affaire d'un point de vue explicitement féministe. Elle a fondé ses conclusions sur le caractère disproportionné du mal qu'infligent des hommes insensibles aux femmes, plus accessibles aux émotions. Elle aurait statué en faveur de Sheila sans renvoi, y compris sur le fondement du caractère intentionnel des violences. Le Juge Hecht a exprimé une opinion dissidente fondée sur l'idée que des conjoints ne devraient pas pouvoir agir pour obtenir réparation du préjudice psychologique forcément causé par la désintégration du mariage. En outre, il s'est refusé à accueillir des actions aussi indéterminées que celle-ci, jugée incompatible avec l'état de droit. Dans le spectre d'un contrôle libertarien/social, les Juges viennent donc dans l'ordre suivant: Hecht, Cornyn, Gonzales, Spector. Relevons que la position féministe est aussi celle du contrôle social le plus intense; et qu'elle s'établit aux côtés d'une opinion conservatrice, signalant l'alliance familière d'un féminisme focalisé sur la domination avec un conservatisme social.

Demandons-nous alors ce que ces différentes «positions» ont vu dans le dossier. (J'espère qu'il sera bien compris qu'en défaisant et en reconstruisant les décisions dans cette affaire, je ne prétends pas impliquer Sheila et William en tant que véritables êtres humains; en travaillant sur les constructions, évidemment très habiles, qu'en ont fait les juges de la Cour suprême du Texas, je tente de démêler les

enjeux idéologiques qui contraignent l'interprétation et la ré-interprétation des faits du dossier)

Tous les juges s'accordent sur le fait que William a d'abord introduit le *bondage* au cours des relations sexuelles du couple. Nous apprenons du Juge Hecht que Sheila et William se sont mutuellement ligotés lors des premières séances, auxquelles Sheila a volontairement participé, et qu'ils échangeaient les rôles de dominant et de dominé. Mais aucun des autres Juges n'a relevé ces faits. Sheila a fait part à William du viol qu'elle avait subi avant leur mariage et lui a dit qu'elle ne voulait pas s'engager dans des relations sexuelles sado-masochistes, ni avec lui, ni avec quiconque. Les Juges ont évoqué ce moment de manière très différente, ainsi que nous le verrons plus loin. Il n'y a pas, néanmoins, d'incohérence entre les positions des juges sur les faits constitutifs du viol. Sheila a témoigné avoir été violée avant le mariage sous la menace d'un couteau, avoir reçu un coup de couteau; et avoir eu peur pour sa vie²⁸.

Quelques années plus tard, Sheila a découvert que William suivait une psychothérapie. Cherchant à découvrir pourquoi, Sheila a appris de sa bouche qu'il avait eu une aventure avec une femme qui voulait se livrer aux pratiques du *bondage*. À ce moment, William a établi une sorte de rapport entre son désir de relations sexuelles sado-masochistes et la viabilité de leur mariage. Une fois encore, les Juges se sont représentés cette partie des faits très différemment. Selon le Juge Hecht, William a dit à Sheila que «si seulement elle avait pu pratiquer le *bondage*, rien ne serait allé mal»²⁹; selon la Juge Spector «il a dit à Sheila que si elle ne répondait pas à son désir de se livrer au *bondage*, il n'y avait pas de futur possible pour leur mariage»³⁰. Plus loin, le Juge Hecht indique:

28: Juge Cornyn nous indique qu'elle a été violée sous la menace d'un couteau, *Twyman*, 855 S.W.2d at 620 n1; le Juge Hecht nous dit la même chose *id.* at 636; La Juge Spector ajoute que Sheila a reçu un coup de couteau et a eu peur pour sa vie. *Id.* p. 641.

29 *Twyman*, 855 S.W.2d p. 636.

30 *Twyman*, 855 S.W.2d p. 641.

Pendant le reste de l'année, le couple a consulté un conseiller conjugal. Selon ce dernier, Sheila et William ont parlé des fantasmes *bondage*, et Sheila a encore tenté de participer avec William. Mais elle a éprouvé tant de souffrance et d'humiliation qu'elle ne pouvait plus continuer. Leur dernière relation sexuelle, qui ne consistait pas en du *bondage*, a été si brutale qu'elle a été blessée³¹.

Comme le Juge Hecht, la Juge Spector a compris que ce sont les dernières séances de *bondage* qui forment le cœur de l'action de Sheila concernant les violences psychologiques, et non le dernier épisode sexuel au cours duquel Sheila a subi des lésions gynécologiques.

Sheila a connu «désespoir» et «désolation», aussi bien que des problèmes physiques – perte de poids et, après une séance, des saignements prolongés qui ont nécessité un traitement gynécologique. *La souffrance et l'humiliation qui ont accompagné les pratiques de bondage* l'ont conduite à chercher de l'aide auprès de trois conseillers professionnels³².

C'est le *bondage*, pas la dernière nuit de brutales relations sexuelles, que les juges ont continuellement ramené au cœur du comportement de William. Nous en restons, donc, à cette configuration narrative fondamentale: confrontée à la menace du divorce, Sheila s'est engagée à contrecœur mais volontairement dans des pratiques *bondage*, a décidé pendant celle-ci ou à leur terme qu'elles lui étaient intolérables; Sheila a aussi connu des relations sexuelles brutales dont elle n'a pas prétendu qu'elles étaient humiliantes; et a subi un véritable supplice.

Il y a donc trois éléments causaux. Le premier consiste dans le désir de William pour les relations sado-masochistes, et les sollicitations qui ont suivi. Je les appellerai les sollicitations sado-masochistes. Un second élément tient au récit fait par Sheila à William du viol qu'elle a subi avant le mariage et à son refus (sur lequel elle est apparemment revenue vers la fin de leur vie commune) de s'engager dans des pratiques *bondage* pour cette raison. J'appellerai

cela la révélation du viol. Le troisième élément est le refus de William / son incapacité à renoncer à sa perversion, le fait de persévérer dans celle-ci avec une ancienne partenaire, et enfin ce qu'il a dit à Sheila à propos de l'échec de leur mariage au cas où elle ne pourrait pas participer au *bondage* au moment où elle découvre qu'il suit une psychothérapie. J'appellerai cela la menace du divorce.

Pour le juge Gonzales, la menace du divorce et les sollicitations sado-masochistes sont cruciales tandis que la révélation du viol est hors de propos. Il relève que le point «d'outrage» a été atteint au moment où William a sollicité et obtenu de Sheila sa participation au *bondage*, «au prétexte de la nécessité de telles activités pour le futur de leur mariage». Il ne considère pas l'argument selon lequel de telles sollicitations, épisodes ou discussions ont eu de graves conséquences sur Sheila en raison du viol qu'elle a subi, ou que William devrait en assumer la responsabilité dans la mesure où Sheila l'avait averti des conséquences possibles³³. Il suggère presque que solliciter de son conjoint un sado-masochisme modéré, particulièrement lorsque cela correspond à un besoin irrépressible et que le conjoint le découvre plus tard, constitue une atteinte en soi que l'on peut présumer causer la détresse psychologique qui s'ensuit. Voici qui témoigne d'une opposition draconienne aux perversions sexuelles, et une attitude qui n'est pas intrinsèquement féministe (bien que certaines féministes l'adopteraient sans doute, pour des raisons féministes qui ne semblent pas avoir motivé le Juge Gonzales).

Pour les autres Juges, l'ensemble des trois éléments – les sollicitations au *bondage*, la révélation du viol, et la menace du divorce – compte. Il y a des marques indélébiles du féminisme dans leur compréhension de la façon dont ces trois éléments interagissent pour causer à Sheila les atteintes psychologiques. Le juge Cornyn voit les choses ainsi: «dans son témoignage, Sheila a affirmé que William a poursuivi les pratiques sado-masochistes de *bondage* avec elle, alors qu'il connaissait la peur que ces pratiques lui inspiraient *en raison du viol sous la menace d'un couteau qu'elle*

31 *Twyman*, 855 S.W.2d p. 636.

32 *Twyman*, 855 S.W.2d p. 641, c'est moi qui souligne.

33 *Twyman*, 855 S.W.2d p. 626.

avait subi avant leur mariage»³⁴ (le Juge Cornyn semble ne pas prendre en compte, pour établir la responsabilité de William, les séances de *bondage* qui se sont déroulées avant que ce dernier ait eu connaissance du viol). Le Juge Hecht relate ainsi le moment de la révélation: «Sheila lui a déclaré *qu'elle associait leurs activités avec l'horrible expérience du viol* sous la menace d'un couteau vécue plus tôt dans sa vie»³⁵. La Juge Spector reprend en substance les propos du Juge Hecht: après que William «ait introduit le bondage dans leur relation après le mariage [...], Sheila a dit à William *qu'elle ne pouvait plus endurer ces pratiques en raison du traumatisme consécutif au viol* subi quelques années auparavant» (c'est moi qui souligne)³⁶.

Les juges Cornyn, Hecht et Spector (bien qu'ils ne soient d'accord que sur très peu de choses) se rejoignent sur l'idée que l'histoire sexuelle de Sheila est cruciale pour ce qu'elle réclame. Les deux derniers (bien qu'ils ne soient d'accord sur presque rien) se rejoignent pour estimer que Sheila était particulièrement exposée à la souffrance lors des relations sexuelles avec son mari. Ils utilisent une curieuse locution temporelle – «l'expérience actuelle d'avoir été violée dans le passé»; «le traumatisme actuel d'avoir été violée dans le passé»³⁷ – qui situe le moment de la lésion dans un présent perpétuel. Sheila subit *toujours* l'expérience d'avoir été violée, souffre *toujours* du traumatisme d'avoir été violée. De nombreux discours féministes sur le viol soutiennent cette idée. Violée un jour, violée toujours. De tels discours sur le viol continuent d'affirmer à l'heure actuelle que la souffrance du viol s'étend à chaque moment futur de la vie d'une femme; ce n'est pas une note jouée au piano

mais à l'orgue³⁸. Il est probable que le féminisme *cultural* de la Juge Spector la conduise à une telle approche; le Juge Hecht qui, comme nous le verrons, tente de constituer Sheila en agent responsable de ses actions et disposant de pouvoirs considérables, adopte une posture qu'on pourrait décrire comme venant compenser celle de Spector.

Rendue à ce point où les Juges Spector et Hecht se séparent, et où ce dernier quitte la ligne féministe *cultural* de la Juge Spector, je suis tentée de suivre le juge Hecht. À la question «que savait William des réactions émotionnelles probables que Sheila pouvait éprouver à la suite d'une sollicitation *bondage*», le juge Hecht répond que Sheila, après une première expérience menée avec des cravates, «a dit à William qu'elle n'aimait pas une telle pratique et ne voulait pas y participer plus avant» (636)³⁹. Déterminée, ferme, avec une bonne connaissance de soi. Un agent. Pas une personne dont on pourrait trouver plausible qu'elle prétende que le désir de son mari pour ce qu'elle ne voulait pas constitue une violence psychologique intentionnelle. La juge Spector, cependant, comprend différemment les déclarations faites après la révélation du viol: «William a compris que Sheila assimilait le *bondage* avec l'expérience du viol qu'elle avait subi»; «Sheila a dit à William qu'elle ne pouvait plus supporter de telles pratiques»⁴⁰. Une fois encore, la juge Spector déploie les tropes du discours féministe *cultural* standard sur le viol: le linceul des blessures sexuelles et l'équivalence littérale des événements-semblables-au-viol avec le viol. Si le *bondage* rappelait à Sheila le viol, c'est que le viol se réalise encore; et parce que viol est la mort, être renvoyée au viol, c'est être renvoyée à la mort: elle ne pouvait donc plus le supporter.

34 Twyman, 855 S.W.2d p. 620 n1.

35 Twyman, 855 S.W.2d p. 636, c'est moi qui souligne.

36 Twyman, 855 S.W.2d p. 619, 620-21, 624.

37 Il est difficile de rendre compte de la locution temporelle à laquelle J. Halley fait allusion dans la mesure où le présent progressif anglais est utilisé. Que le lecteur pardonne la lourdeur des propos qui visent à transposer les expressions «*the experience of having been raped*»; «*the trauma of having been raped*».

38 Robin West, féministe *cultural* et théoricienne du droit indique ainsi que: «la femme qui survit à un viol aggravé souffre d'un éclatement du moi si profond et si traumatisant que l'écho s'en prolonge tout au long de sa vie: sa sexualité, son propre corps, son existence physique elle-même, sont à jamais objectivés comme ce qui amène danger, blessures, peur, et mort», Robin West, *Caring for Justice* (New York: New York University Press, 1997), p. 107 (c'est moi qui souligne).

39 Twyman, 855 S.W.2d, 636.

40 Twyman, 855 S.W.2d, 641.

Qu'en est-il de la menace du divorce? La Juge Hecht en fait une projection assez pathétique: «si seulement elle avait pu pratiquer le *bondage*, rien ne serait allé mal»⁴¹. Aucune autre relation des faits n'emploie ce ton mélancolique. La Juge Spector cite le tribunal qui a considéré que William s'était engagé «dans un processus permanent de tentatives pour contraindre [Sheila] à se livrer à ses pratiques de *bondage* en lui assénant perpétuellement l'idée que leur mariage pourrait ainsi être sauvé» si elle y consentait⁴². Le Juge Cornyn cite également le tribunal relevant que William «tentait de contraindre Sheila au plan affectif et selon un processus continu pour l'engager dans le *bondage*». C'est peut-être à cet endroit que les dernières séances de *bondage* renvoient finalement au viol: la menace du divorce est comme la menace du couteau. Menacée de cette manière, une femme perd toute capacité d'agir et si elle consent à des relations sexuelles, elle agit néanmoins sous la contrainte. Ceci, également, est un élément extrêmement familier à de nombreux discours féministes sur le viol. Je ne sais pas pourquoi tant de féministes entendent que des femmes, qu'on ne menace pas avec un couteau, confrontées à une proposition sexuelle à laquelle elles ne veulent pas – mais vraiment pas – répondre, vivraient alors une situation dans laquelle elles sont totalement dépourvues de choix. Et attendez! La Juge Spector a étendu cette construction de l'absence de capacité d'agir des femmes à des situations dans lesquelles il n'existe ni menace de mutilation ni menace de mort, mais menace de *divorce*. Le divorce est représenté comme si semblable à une menace de mort que, confrontée à lui, les femmes ne peuvent être regardées comme des agents rationnels.

Comme le suggère Olsen, il y a une autre manière de considérer cette affaire tout en poursuivant le projet féministe. Nous pouvons mettre entre parenthèses cette image adoptée par la majorité des juges du pouvoir des hommes et de la subordination des femmes. Il n'est pas nécessaire d'en appeler au pathos de Sheila se soumettant à des rap-

ports sexuels voulus par son mari, mais dont tous deux savent qu'ils l'humilient et la mettent au supplice, et cela pour sauver son mariage avec l'individu qui la fait souffrir. Aucun courant féministe ne le requiert. Le féminisme s'accommode d'une perspective totalement inversée du mariage Twyman. Ré-imaginons le pathos de William: éprouvant un besoin sexuel auquel sa femme ne peut répondre, se faulant honteusement hors de chez lui pour le satisfaire avec une autre, secoué, séance après séance de psychothérapie au cours desquelles il cherche à comprendre sa propre perversité, finalement humilié publiquement par les témoignages à propos de ses relations sexuelles sans espoir, souffrant de la décision publique qui juge son comportement d'époux outrageant, au-delà des bornes de la décence, atroce, et absolument intolérable dans une société civilisée. Et imaginons par contre: les étonnants pouvoirs de Sheila, fixant la loi morale de la vie sexuelle du couple, poursuivant William telle une Walkyrie pour l'avoir brisée, et obtenant, non seulement le divorce pour faute, mais aussi des dommages et intérêts au terme d'une alliance qu'elle a conclue avec l'État contre William. Imaginons davantage: l'affaire Twyman comme arrière-plan du droit de la famille établissant une règle selon laquelle les maris souffrant d'inextinguibles désirs sexuels que leurs femmes trouvent humiliants doivent rester mariés ou, s'ils cherchent à divorcer (souhaitant peut-être simplement se remarier et avoir des relations sexuelles non-adultères avec des femmes qui ne trouvent pas leurs désirs humiliants) doivent le payer cher en honte, en culpabilité et en argent. Le féminisme peut-il admettre que les femmes apparaissent, à la suite de la décision de justice, dotées de nouveaux pouvoirs de négocier dans le mariage et chargées d'un rôle nouveau dans l'application de la décence maritale? Et le féminisme peut-il voir combien cette dotation en pouvoirs de négociation peut coûter aux femmes, qui ne peuvent l'exploiter que si elles jugent le sexe en question douloureux et humiliant? Le féminisme peut-il lire l'affaire en termes de subordination masculine et de domination féminine – et *toujours* néfaste pour les femmes? Je le crois; la capacité de considérer les femmes

41 Twyman, 855 S.W.2d, 636.

42 Twyman, 855 S.W.2d, 641.

comme désavantagées par la protection qu'elles peuvent rechercher dans le droit nous accompagne dans cet article depuis que le traitement égalitaire des femmes d'Olsen a été développé.

Mais j'ai aussi suggéré, lorsqu'il était question des victoires féministes dans le Statut de Rome, qu'il pourrait être politiquement utile de rompre pour un moment avec le féminisme tout entier. On peut bien alors réinterpréter le mariage Twyman et rompre avec toute référence au genre. On peut vouloir *éviter* la gendérisation du droit. Je voudrais persuader le lecteur qu'il est éclairant de le faire, et entreprendre pour cela un travail de réduction de la *Généalogie de la morale* de Friedrich Nietzsche et du premier volume de *l'Histoire de la sexualité* de Michel Foucault, dans cet ordre. Je voudrais dégager alors un ensemble de contre-hypothèses et offrir de brèves relectures de l'affaire Twyman permettant d'exploiter la puissance explicative des idées qui en résultent. Une fois encore, je n'ai pas de prétention quant aux véritables époux Twyman, mais, en utilisant les faits tels qu'ils apparaissent, afin de limiter les possibilités de création des Sheila et William fictifs, je vais mettre entre parenthèses le féminisme et relier les pôles de l'affaire à Nietzsche et à Foucault.

En premier lieu, considérons le moralisme du projet de Sheila quant à William. Relevons qu'elle ne s'est pas contentée de réclamer un divorce pour faute, et, qu'apparemment, elle n'a pas cherché à obtenir réparation ou à déclencher des poursuites pénales pour les dernières relations sexuelles au cours desquelles elle a été blessée. Elle a plutôt cherché à faire dire à un juge que William – à travers les sollicitations sadomasochistes, la divulgation du viol et la menace du divorce – a adopté un comportement outrageant, au-delà des bornes de la décence, atroce, et absolument intolérable dans une société civilisée. Que peut-on dire de la position de Sheila si l'on utilise la *Généalogie de la morale* comme fond théorique? Dans ce qui suit, je réécris

«la révolte des esclaves dans la morale»⁴³ comme si elle avait été réalisée au niveau individuel et non à la vaste échelle de l'histoire humaine :

1. Le point de départ historique de la morale de l'esclave est la perception qu'il a de lui-même comme dominé, souffrant sous la volonté du maître. Il se voit occuper une position *passive* dans le monde ; le maître est *actif* ; et l'esclave souffre dans sa passivité.
2. Bien qu'à l'origine, l'esclave aurait pu comprendre sa souffrance comme un mal et l'activité du maître comme un bien (et aurait pu chercher à être également actif), ce n'est pas ce qui s'est passé. Au lieu de cela, il a traduit une relation de pouvoir en morale : lui est le bien, le maître est le mal. Il s'agit dès lors d'une relation entre la vertu dominée et le vice dominant. La moralité est née comme mécanisme secret de pouvoir, comme forme sublimée de la domination.
3. Cette traduction du pouvoir en morale ôte toute raison à l'esclave de faire l'expérience de lui-même comme doté d'une *volonté*. La volonté est maintenant le mal. La colère de l'esclave contre sa souffrance – sa propre volonté de pouvoir – est, à présent, déniée.
4. La volonté de l'esclave, son action ne disparaissent pas pour autant. Elles sont plutôt traduites alors en *ressentiment* [en français dans le texte, NDT] et toutes les deux redirigées, à l'extérieur contre le maître, en une vengeance docile mais cinglante ; et, à l'intérieur, contre l'esclave lui-même, en une nouvelle forme de souffrance, sous la morsure de sa propre moralité, la nouvelle *intérieurité* d'une conscience coupable.
5. La moralité de l'esclave est dévastatrice, selon un sadisme formidable envers le maître, et punit avec

43 NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, réimpr. Gallimard, collection Folio Essai, textes et variantes établis par G. Colli et M. Montinari, trad. par I. Hildenbrand et J. Gracien, 2009, p. 32.

une stupéfiante intensité l'esclave pour les impulsions qui ont été les siennes – sans lesquelles le terrible cycle n'aurait jamais démarré. Elle établit une troisième classe, la classe sacerdotale. Les pouvoirs de celle-ci sont d'autant plus troublants qu'ils ont été attribués sous l'empire de la faiblesse et n'utilisent pas le pathétique ressort de la coercition physique mais l'intransigeance intime de la conscience et de la souffrance intérieure. « Quel air empesté ! »⁴⁴.

Il n'est pas difficile de reconsidérer Sheila Twyman comme la victime et la détentrice de la morale des esclaves. Son violeur, la brute blonde, pourrait avoir été son ennemi mais (peut-être avec l'appui du féminisme) est devenu son maître. Le pouvoir de la violer sous la menace d'un couteau est devenu *un*, sinon *le*, fait central de sa vie à elle. Faisant l'expérience d'une domination totale, elle s'est résolue à s'opposer à lui avec le pouvoir du faible : lui n'était pas mauvais au sens où il a agi contre sa volonté à elle, mais au sens où il était le Mal. Et la projection morale de sa punition à lui, au terme d'une volonté féroce de vengeance, lui a fait perdre de vue que William était – disons – quelqu'un de différent. Détenant le code moral d'une bonne sexualité, Sheila a fait ramper William ; mais elle a souffert intensément alors. La Juge Spector (bien entendu) nous fournit des détails sordides : Sheila « a éprouvé le désespoir le plus total, un sentiment de désolation », a perdu du poids, s'est résolue à des relations sexuelles au cours desquelles elle a été blessée, « la souffrance et l'humiliation qui ont accompagné les pratiques *bondage* l'ont conduite à chercher de l'aide auprès de trois conseillers professionnels. (Voici un détail frappant : les Juges Spector et Hecht semblent considérer que le sexe pratiqué avec des cravates est douloureux et humiliant, mais pas celui qui cause des lésions gynécologiques). Une lecture nitzschéenne de cette contradiction conduirait à voir Sheila comme dépourvue d'instinct de conservation, sans égard pour le bien-être du corps, vouée à amplifier les blessures de son âme). Elle a ressenti sa complète absence de

pouvoir, s'est sentie brisée, et, plus elle recherchait et obtenait sa vengeance contre William, plus elle s'enfonçait dans l'intransigeance de la souffrance justifiant sa vengeance.

J'ai de nombreuses raisons de penser qu'une rupture momentanée avec le féminisme rendant possible une telle lecture de l'affaire est une bonne idée. Si cette lecture est correcte – et la lecture n'est pas, en tant que telle, une garantie empirique – je dispose alors d'importantes perceptions politiques dont je n'aurais pas disposé en son absence. Premièrement, cette lecture m'indique nettement la possibilité que Sheila ne soit pas mon alliée. Deuxièmement, elle me conduit à penser à Sheila Twyman autrement qu'en termes de faiblesse, à la voir plutôt comme un redoutable ennemi qui poursuit son objectif avec acharnement. Troisièmement, elle me donne néanmoins une idée de la terrible souffrance que subit Sheila à chaque nouvel accès de sensibilité subalterne. Et quatrièmement, elle m'aide à voir que le *féminisme* pourrait être à l'origine du pouvoir de Sheila, mais aussi être responsable des souffrances extrêmes qui la frappent.

Mais il est possible que mon *ressentiment* [en français dans le texte, NDT] pour le *ressentiment* de Sheila provoque un moment de couple qui contraint par trop ma lecture. Recherchons quelque chose de plus doux, quelque chose qui suspende l'idée selon laquelle le pouvoir doit prendre la forme de la domination ou de la subordination, quelque chose qui nous fasse sortir du moralisme et de la tentation d'entrer dans une rage moralisatrice contre lui. La lecture du premier volume de *l'Histoire de la sexualité* de Michel Foucault offre quelques hypothèses théoriques qui diffèrent de manière frappante de celles que j'ai attribuées au féminisme qu'on trouve aux États-Unis ou chez Nietzsche. Dans ce qui suit, je procède comme si les hypothèses de Foucault sur le pouvoir étaient simples et évidentes plutôt que contredites, en ambivalence et en tension dans l'ensemble du texte⁴⁵. Je relèverai quatre points-clés :

44 *Id.*, p. 43.

45 C'est ainsi que Foucault décrit le pouvoir comme à la fois souverain et à la fois parcellaire ; la libération à la fois comme séduisante et à la fois comme une ruse ; les formes historiques du pouvoir et de la vie sociale à la fois comme caduques et comme persistantes. Pour une brillante

1. Pour le Foucault du premier volume, l'idée était d'imaginer le pouvoir, non comme une relation de domination et de subordination, mais comme un « champ de rapports de force », parcellaire, et qui se déplace dans le temps. Le pouvoir pourrait être un *micropouvoir* [en français dans le texte, NDT] : il pourrait produire de vastes effets sur le social et sur les consciences, sans tomber d'en haut sur les gens mais en circulant parmi eux ; et pas seulement au travers de la violence physique mais aussi en établissant et ré-établissant les possibilités d'organisation. Des discours.
2. Pour le Foucault du premier volume, le pouvoir n'est pas nécessairement mauvais. Le *pouvoir* – comme capacité à produire des effets – peut se distinguer de la *puissance* – comme capacité à dominer ou à contraindre.
3. Pour Foucault, la sexualité apparaît historiquement comme un discours qui produit ses effets sur les gens que nous sommes – qui pensent que leurs vies impliquent la connaissance de leur sexualité telle qu'elle est. Ceci a quelque chose d'insoutenable et de réducteur à ce propos ; une relation plus mobile à la sexualité non pas comme une vérité mais comme une pratique peut être bien meilleure. Foucault n' imagine pas une libération, mais une recherche perpétuelle de réarrangement des pouvoirs dans le champ social et dans le champ de l'expérience.
4. Très peu de discours venant du chef de la sexualité à l'époque moderne tournent de quelque manière autour de la distinction homme / femme ou portent la marque de la domination masculine. L'organisation et les pratiques du savoir sont bien plus susceptibles d'être la voie par laquelle le pouvoir constitue la sexualité. Elles oppriment moins les individus ou les ensembles d'individus en particulier qu'elles

n'établissent de différenciations au sein de la population, étendant leur emprise à des groupes mobiles mais structurés. Bio-pouvoir.

De telles hypothèses nous permettraient de rompre avec l'intuition selon laquelle le pouvoir est toujours une domination, toujours mauvais ; et l'intuition que le genre est toujours ce qui commande les intensités sexuelles des hommes et des femmes.

Reprenons les faits dans l'affaire Twyman comme si ces hypothèses étaient les seules disponibles. Ce qui « s'évanouit » d'abord est la présomption, qui persiste dans toutes les opinions du tribunal, selon laquelle Sheila Twyman émet une prétention moralement sensée : le comportement de William était répréhensible [*wrong*]. La question posée par les Juges était de savoir si cette prétention était *juridiquement recevable*. Seul le Juge Hecht est venu au plus près de l'idée selon laquelle les rapports de pouvoir entre le mari et la femme étaient indéterminés. Voir dans l'affaire une illustration de la justesse des hypothèses de Foucault exige d'écarter une telle présomption.

Ce qui apparaît immédiatement est l'intensité et le pathos sexuel formellement presque identique de Sheila et de William. Chacun se trouve contraint par l'idée qu'il a un être sexuel interne, profond, et blessé, au-delà de toute atteinte, et les obligeant à devoir jouer avec une totalité qui leur est presque fatale. William *doit* vivre affecté d'une perversité implantée au fond de lui, un profond et persistant désir fétichiste. Il se présente comme le sujet classique d'une psychiatisation des perversions. Sheila *doit* vivre affectée par le traumatisme du viol. Celui-ci constitue sa profonde vérité intérieure, et sa vie empirique doit en attester. De manière terrible, William et Sheila se correspondent parfaitement en ce sens que ressortent, entre eux, leurs désirs diamétralement opposés ; mais curieusement, la raison de cette opposition tient à ce qu'ils se ressemblent fondamentalement.

En outre, Foucault semble toujours penser que cette expérience d'une profonde vérité intérieure est introduite dans la conscience moderne par un discours – un savoir/pouvoir – qui nous l'impose en même temps qu'il nous

détourne de l'action véritable, de l'endroit où le pouvoir se connecte vraiment à la vie sexuelle. La souffrance du fétichiste honteux est pathétique – cruelle en fait – et c'est l'un des terribles maux infligés à l'esprit humain apeuré par le discours psychiatrique sur la vérité sexuelle (voici le structuralisme paranoïaque de Foucault).

Que pourrions-nous voir dans l'affaire Twyman qui soit garant des hypothèses de Foucault? Nous recherchons quelque chose de globalement régulateur – et pas la distinction homme/femme – susceptible de se déployer en des complexes bio-pouvoirs et micro-pouvoirs. Je suggère la monogamie matrimoniale. Le mariage donne aux conjoints un formidable pouvoir l'un sur l'autre: se livrer à (et infliger à l'autre) l'infidélité, et interdire (et punir) l'infidélité. La règle de la monogamie et toutes les manières de s'y soustraire fournit de riches scénarii sociaux, élaborés soigneusement à tous les niveaux de détail culturel. Ces scénarii permettent de voir de nombreuses manières une relation > dans l'affaire Twyman. Il est très facile d'affirmer que William a rompu sa promesse de continence sexuelle, qu'il a cédé à des plaisirs incompatibles avec la discipline qu'un adulte doit observer et avec les égards qu'il devait à la dignité de Sheila. Et il a alors sapé l'un des fondements de la civilisation. Il est facile aussi de formuler l'idée selon laquelle il a déchaîné la force brutale d'un désir sexuel incoercible contre une civilisation fragile. Mais on pourrait voir la subordination dans un sens opposé: William a endossé le rôle de cette figure immémoriale de l'Adultère Infortuné; il est un emporté, un démuné, le dupe d'une douzaine de tropes très ordinaires qu'on trouve dans le scénario d'adultère; le point d'orgue de son affaire a lieu au moment où Sheila a découvert la situation et a pris l'avantage; Sheila, l'épouse victime, celle qui exécute les vœux matrimoniaux, qui maintient féroce-ment la règle de fidélité en place, avec le soutien fervent de presque tous les juges impliqués dans l'affaire.

Essayons encore une fois, produisons une troisième lecture de l'affaire, sans victime, sans coupable, sans domination et sans soumission, mais *en impliquant* le pouvoir. Et si la lutte entre les époux sur fond de l'infidélité de

William – leur divorce est demeuré pendant depuis huit ans au moment où la Cour suprême du Texas a renvoyé l'affaire pour être rejugée! – était pour eux le paroxysme de leur intimité, un entrelacs érotique allant crescendo qui, s'il devait finir un jour, les laisserait tous les deux sans but, seuls au dernier degré?

Il se pourrait que ces lectures alternatives des faits de l'affaire Twyman soient tout simplement invraisemblables dans le monde réel. Peut-être que Sheila ne saurait éveiller la morale des esclaves; peut-être que Sheila et William n'ont jamais cherché l'amour dans le pouvoir sans domination, ont souffert en dehors de toute subordination de la cruauté du divorce et de ses méandres. Poser ce que ces différentes lectures suggèrent a quelque valeur et aussi quelque danger. Les formuler et les explorer est la seule façon de les confronter au monde et de voir si une correspondance existe. Nos désirs et nos projets politiques pourraient être redirigés de manière significative, de très bonne manière, si une correspondance peut être établie: réaliser que la Sheila de la révolte des esclaves dans la morale n'est pas mon alliée m'a reconduite à réorienter profondément mon féminisme et mes positions envers le féminisme, je crois que cela m'a beaucoup aidé.

Je reconnais qu'il existe, ici aussi, un danger, qui prend la forme d'une spirale: si nous obéissons à l'axiome «je le verrai quand je le croirai», alors une théorie peut changer la réalité en modifiant ce que nous remarquons au sein de celle-ci, et peut-être le féminisme est-il sur le point de la voiler. Ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de l'écrire j'ai fortement tendance à considérer les choses différemment.

Il y a peut-être quelque chose de terrifiant dans le fait d'égarer ce qui tient lieu de «boussole morale» ou d'admirer la cruauté des règles du mariage parce que les gens peuvent les utiliser pour soutenir un amour intensément masochiste. Une fois un tel masochisme réellement entré dans le vocabulaire du plaisir sexuel, nous avons du mal à savoir si une exigence sociale quelconque implique de le considérer globalement comme un coût ou un avantage, comme un bien ou

un mal. Il nous faut pourtant décider, de façon constante, existentielle, pragmatique, et dans l'incertitude.

Il est bien possible que cette entreprise de désorientation critique soit un luxe qu'on ne peut pas se permettre, surtout à une époque où le pouvoir conservateur se renforce. Une fois encore, j'ai tendance à considérer les choses autrement; et j'espère que mon intuition se révélera juste. Une chose semble parfaitement claire néanmoins: le genre, masculin ou féminin, ne s'aligne pas nécessairement avec la domination et la subordination lors de mes relectures de l'importante affaire Twyman. Celles qui entendraient «genrer le droit» en implantant une conception féministe des violences psychologiques dans le système de sanctions pourraient être surprises de voir les hommes et les femmes négocier dans l'ombre de ces règles, tâcher de les renverser, créer des inversions chiasmatiques et réassigner radicalement le genre et le pouvoir. Le féminisme critique, et la pensée critique en général, peuvent nous donner à voir les inversions à venir.