

## Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon.

Par Jean-François Gaudreault-DesBiens, Montréal, Liber, 2001.

Samantha Besson

This review essay attempts an assessment of the critical reading made by Jean-François Gaudreault-DesBiens of Catherine MacKinnon's radical legal feminism. As a « mise en abîme », it follows the structure of his book, which itself respects the sequence of MacKinnon's theses. In its first section, it comments upon the author's description of the Canadian, American, and feminist contexts of MacKinnon's ideas. It then discusses, in a second section, the book's presentation of MacKinnon's views on sexuality and pornography. Finally, it addresses, in a third section, the three major critiques made against MacKinnon in the book. Although she is aware of the simplifications caused by MacKinnon's metaphorical discourse, the author of this review starts by defending MacKinnon from accusations of reductionism and essentialism. Epistemological considerations constitute the strongest feature of MacKinnon's legal theory and allow for a better understanding of the relationship between the objective and common reality and the reality constructed by men for women as well as the possibility of change through the revision of the liberal paradigms of the concepts shared by men and women. In regard to the second main critique made against MacKinnon's paradoxical relationship to the law, the author of this review replies by revealing the neglected actuality and complexity of MacKinnon's vision of a political and epistemological reconstruction that reconciles, in advance of her time, pluralism and political stability. Finally, when considering the third critique that alleges the egalitarian manichaeism of MacKinnon's legal understanding of the ban on pornography, the author emphasizes the attractiveness of the egalitarian dialectic proposed by MacKinnon when no other satisfactory solution to the conflict between freedom of expression and equality of treatment has yet been offered.

Cette recension tente d'évaluer la relecture critique du féminisme juridique radical de MacKinnon qu'offre Jean-François Gaudreault-DesBiens dans son nouvel essai. En tant qu'exercice de « mise en abîme », elle suit la structure du livre qui lui-même observe l'ordre des thèses de MacKinnon. Dans une première section, elle commente la description que fait l'auteur des contextes canadien, américain et féministe dans lesquels se meuvent les thèses de MacKinnon. Elle passe en revue, dans une seconde section, l'exposé fait par l'auteur des thèses mackinnoniennes sur la sexualité et la pornographie. Finalement, elle consacre une troisième section à l'analyse des trois critiques majeures qu'offre Gaudreault-DesBiens. Bien que consciente des simplifications qu'entraîne le discours métaphorique de MacKinnon, l'auteur de cette recension défend tout

d'abord les thèses mackinnoniennes contre les accusations de réductionnisme et d'essentialisme que l'on retrouve dans ce livre. Les considérations épistémologiques, qui font une des forces du féminisme juridique de MacKinnon, permettent de mieux comprendre la relation entre la réalité objective et la réalité construite par l'homme pour la femme, ainsi que la possibilité du changement par la révision des paradigmes libéraux propres aux concepts communs aux hommes et aux femmes. Quant à la seconde critique qu'adresse Gaudreault-DesBiens au rapport paradoxal qu'entretiennent les thèses de MacKinnon avec le droit, l'auteur de cette recension réplique en révélant la complexité négligée de la vision mackinnonienne de la reconstruction politique et épistémologique qui réconcilie, avant l'heure, pluralisme et stabilité politique. Finalement, considérant la troisième critique qui s'en prend au manichéisme égalitaire de la saisie juridique mackinnonienne de la censure de la pornographie, l'auteur de cette recension souligne l'attrait de la dialectique mackinnonienne, alors qu'aucune autre solution satisfaisante au conflit entre liberté d'expression et égalité de traitement n'a encore été proposée.

Dans son essai *Le sexe et le droit*, Jean-François Gaudreault-DesBiens propose « une lecture critique » du féminisme juridique radical de Catharine MacKinnon en le replaçant dans le contexte des principaux débats qui sous-tendent la critique féministe nord-américaine des institutions sociales et juridiques<sup>1</sup>.

De prime abord, on peut s'interroger sur la raison d'être d'une telle analyse plus de dix ans après la parution de *Toward a Feminist Theory of the State*<sup>2</sup> qui est, à ce jour, la profession de foi la plus complète de MacKinnon. En effet, quels aspects de ses thèses juridiques radicales ou de sa campagne anti-pornographie n'a-t-on pas encore critiqués, en anglais du moins? Comme le dit bien Gaudreault-DesBiens, MacKinnon est le Soleil autour de qui tout tourne en matière de féminisme juridique<sup>3</sup>. De plus, du féminisme mackinnonien est même née une nouvelle génération de féministes qui s'en distancient clairement, confirmant ainsi le caractère transitoire du féminisme juridique radical. Enfin, le projet mackinnonien est avant tout politique : son objectif est de provoquer une nouvelle façon d'envisager l'égalité plutôt que de la définir. Même la meilleure analyse de ces thèses ne semble dès lors pas pouvoir être plus pertinente qu'un recensement des progrès réalisés en pratique grâce à ce qu'on peut désormais appeler « l'effet MacKinnon ».

En dépit de ces réserves, un des mérites du livre de Gaudreault-DesBiens est d'offrir une nouvelle lecture de thèses qui revêtent aujourd'hui encore un intérêt à la fois théorique et pratique.

Tout d'abord, l'intérêt théorique. MacKinnon est non seulement une militante, mais aussi une importante théoricienne du droit et notamment de

1. Jean-François Gaudreault-DesBiens, *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Montréal, Liber, 2001, à la p. 13.

2. Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989, à la p. 114.

3. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 11.



l'épistémologie juridique<sup>4</sup>. C'est dans la discussion de cette dimension des thèses mackinnoniennes que réside un des aspects novateurs de l'essai, du moins dans un contexte francophone. L'auteur établit en effet un lien, longtemps négligé, entre la mise en question de l'objectivisme de l'épistémologie du droit par le féminisme radical et la position d'autres courants de la critique juridique identitaire<sup>5</sup>.

Ensuite, l'intérêt pratique. Le regain d'intérêt pour les thèses mackinnoniennes est une conséquence directe de l'assimilation de ces thèses par la jurisprudence récente de la Cour suprême canadienne. Par sa lecture critique, l'auteur tente de démontrer que la Cour aurait dû être plus prudente en les intégrant<sup>6</sup>.

*Le sexe et le droit* est composé de sept chapitres. Leur substance peut être réorganisée ainsi : premièrement, la *présentation des contextes* canadien (chapitre premier), américain et féministe dans lesquels se meuvent les thèses de MacKinnon (chapitre deux) ; deuxièmement, l'*exposé de la théorie de la sexualité* (chapitre trois) et de la *représentation sexuelle ou pornographique* de MacKinnon (chapitres quatre et cinq) ; et, troisièmement, les *critiques* de la modélisation mackinnonienne de la *construction identitaire* (chapitres trois et six), de son *rapport paradoxal avec le droit* (chapitre cinq), et de son appréhension de l'*expression polysémique* (chapitres cinq et sept). L'auteur conclut à l'ambiguïté de ces thèses qui sont à la fois *essentiels* en matière d'épistémologie juridique et d'égalité, et *problématiques* dans leur saisie des phénomènes identitaires et juridiques.

Dans sa structure, la présente recension cherche à refléter celle du livre. Comment, en effet, traiter de cet ouvrage autrement que par une « mise en abîme » ? Il est délicat de critiquer un livre dont l'objet est d'en critiquer un autre et cela, d'autant plus lorsque l'on ne s'accorde entièrement ni avec l'un, ni avec l'autre. La brièveté de cette recension ne me permet pas de rendre justice à toutes les facettes de l'argumentation de l'auteur et encore moins de celle de MacKinnon. Je m'attarderai donc plus longuement sur la question de la réforme juridique et mon argument sera le suivant : l'auteur ne semble pas mesurer la complexité du projet de reconstruction épistémologique et politique de MacKinnon, qui réconcilie, avant l'heure, le besoin de résistance et de respect identitaire et la nécessité de l'effort politique de coordination de nos différentes perspectives.

### La présentation du contexte

Dans le premier chapitre, l'auteur rappelle quelques éléments constitutifs de la saisie des représentations à caractère sexuel en droit canadien. Il y souligne l'importance de la *théorie* dans l'interprétation des termes vagues utilisés dans les dispositions légales interdisant la publication et la diffusion de matériel pornographique. L'auteur cite à titre d'exemple l'usage qui est fait des théories de

4. *Ibid.* à la p. 13.

5. Voir Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique, Quelques jalons pour une saisie juridique complète de l'identitaire » (2000) 13 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 33.

6. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, aux pp. 12, 30 et 31.

MacKinnon dans la jurisprudence canadienne récente<sup>7</sup>. Il ne cherche pas à dénigrer, et à juste titre, le rôle de la réflexion théorique en droit. Il regrette, cependant, l'absence de précautions en l'espèce<sup>8</sup>.

Dans le deuxième chapitre, Gaudreault-DesBiens expose le *contexte idéologique libéral américain* dans lequel le féminisme juridique de MacKinnon a émergé. L'auteur remplace aussi le féminisme mackinnonien au sein de la grande famille des *féminismes juridiques*. Il développe à cette fin une taxonomie élaborée<sup>9</sup>. Il y distingue notamment, au sein des types de féminismes juridiques de la « seconde génération », un féminisme résolument « moderne » et même « statocentriste ». C'est à ce dernier que l'auteur rattache le féminisme radical de MacKinnon qui se fonde sur la prise en compte du rôle du droit dans la construction sociale de l'identité féminine ; son féminisme est radical en ce qu'il prône une transformation en profondeur de la société libérale et de son droit et non la simple réforme de certains de ses principes.

### L'exposé des thèses mackinnoniennes

Le troisième chapitre expose la conception mackinnonienne de la sexualité. Pour MacKinnon, genre et sexualité vont en effet de pair dans la construction sociale de l'identité féminine<sup>10</sup>. « Dans cette théorie, la sexualité est une forme de pouvoir et l'hétérosexualité n'est autre que l'outil permettant l'institutionnalisation du pouvoir sexuel des hommes et de la soumission corollaire des femmes »<sup>11</sup>.

Dans le quatrième chapitre, l'auteur présente la *conception mackinnonienne de la représentation sexuelle et de la pornographie* en particulier. Pour MacKinnon, la pornographie est un des outils idéologiques du développement, du maintien et de l'occultation de la hiérarchie sexuelle ; elle conditionne et « normalise » aussi bien les attentes des hommes que l'identité des femmes<sup>12</sup>. En tant qu'énoncé performatif, elle viole la liberté d'expression des femmes et l'égalité de traitement.

Dans le cinquième chapitre, l'auteur traite de la conception mackinnonienne de la relation entre liberté d'expression et pornographie. Pour MacKinnon, la saisie juridique américaine du problème qui se fonde sur la primauté de la liberté d'expression des pornographes est complice de l'oppression de la femme<sup>13</sup> et doit être totalement réformée afin d'assurer une meilleure prise en compte du droit à l'égalité. La seule exception au régime, fondée sur l'obscénité, est de surcroît teintée de moralisme et insatisfaisante en ce qu'elle requiert un lien de causalité entre la pornographie et le préjudice causé aux femmes.

7. *Ibid.* à la p. 26.

8. *Ibid.* à la p. 24.

9. Voir, à titre comparatif, la typologie de Marie-Claire Belleau, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle » (2001) 1 Revue Trimestrielle de Droit Civil 1.

10. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. xiii.

11. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 54.

12. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 5, à la p. 37.

13. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 87.



### Trois critiques à l'encontre des thèses mackinnoniennes

#### Les dangers de la modélisation identitaire féministe

Dans le sixième chapitre, l'auteur dénonce le regard pathologique de MacKinnon sur la sexualité.<sup>14</sup>

Premièrement, pour l'auteur, la théorie de MacKinnon doit être lue de manière « intégrée » de façon à saisir l'importance de ses simplifications dans le cadre plus large de son projet de démythification de la sexualité. Il la considère toutefois—et un peu injustement après avoir offert une lecture plus globalisante et critiqué la dénaturation des thèses mackinnoniennes par des critiques plus littérales<sup>15</sup>—comme *réductrice* ; elle négligerait le détail dans l'abstrait, puis objectiverait le statut de femme-victime en niant la pertinence du consentement et du plaisir de beaucoup de femmes en pratique<sup>16</sup>. Cette critique n'est pas fondée. La théorie de MacKinnon est une théorie « engagée » qui adopte un point de vue subjectif et interne et ne vise aucunement à généraliser ou objectiver ce point de vue<sup>17</sup>. Au contraire, elle vise la rupture avec ce genre d'épistémologie objectiviste et dominante. Elle a conscience de l'impossibilité d'une démonstration *objective* de la réalité de l'oppression des femmes, étant donné qu'il n'existe pas à ce jour d'épistémologie commune, et se targue même de la nature *subjective* de son argumentation<sup>18</sup>.

Deuxièmement, selon l'auteur, la théorie mackinnonienne peut être lue comme *contradictoire* ; en effet, « MacKinnon, tout en proclamant le caractère essentiellement systémique de sa théorie, n'a de cesse de la justifier empiriquement »<sup>19</sup>. Cette critique à nouveau est simpliste. Que MacKinnon se réfère à l'expérience des femmes est naturel dans une théorie qui se veut engagée dans une dialectique avec la pratique. Qu'elle choisisse même de croire certains récits d'exploitation sexuelle correspond au choix que toute théorie engagée peut faire ; il est donc paradoxal de lui reprocher, comme le fait l'auteur, de « poser ce qu'elle croit être comme ce qui est vraiment ». Toute vision de la réalité n'est-elle pas d'abord une vision personnelle de cette réalité ? De plus, ce choix n'a aucune portée normative, chez MacKinnon, et ne peut donc être dépeint comme étant dogmatique, autoritaire ou déterministe ; il se veut un argument critique et dissident au sein d'une théorie du changement et non pas la prescription d'un idéal de la Femme<sup>20</sup>, qui ôterait toute validité objective à l'expérience subjective d'autres femmes. En fait, vouloir offrir une image neutralisante et unique de la femme serait une erreur pour une théorie féministe, alors que la culture dominante s'est toujours vantée d'en offrir

14. *Ibid.* à la p. 110.

15. *Ibid.* aux pp. 13 et 57.

16. *Ibid.* aux pp. 121 et ss.

17. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. xvi.

18. *Ibid.* à la p. 124. Voir Pierre Bourdieu, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998, aux pp. 121 et 122 sur les dangers de la neutralisation de la domination masculine par sa dénonciation.

19. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 61.

20. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. xii.

une<sup>21</sup> ; le féminisme juridique a tout à gagner d'une confrontation et d'un dialogue entre perspectives différentes<sup>22</sup>.

Troisièmement, le sixième chapitre contient une critique de *l'essentialisme féminin* de MacKinnon. Si l'auteur reconnaît que l'on ne peut imputer à MacKinnon la forme d'essentialisme par laquelle l'identité féminine est homogénéisée à l'image de celle de la femme blanche<sup>23</sup>, il croit pourtant en déceler une autre : la modélisation des identités féminine et masculine qui ramène tout à la pénétration et déshumanise par conséquent les femmes comme les hommes.

Cette critique à nouveau peut être écartée. Elle résulte d'un raccourci que beaucoup de critiques prennent en assimilant la construction *sociale* du genre et de la réalité, d'une part, à la construction *sexuée* de la réalité et de l'identité individuelle<sup>24</sup>, d'autre part. Comme le dit MacKinnon, « chercher à révéler la place du genre dans l'ensemble de la réalité sociale ne revient pas à réduire cette réalité au genre »<sup>25</sup>. Elle ne nie pas, par conséquent, qu'hommes et femmes partagent, en tant que « personnes »<sup>26</sup> une (construction de la) réalité qui leur permet, par exemple, de disposer des concepts communs de justice et d'égalité. Et cela, même si leurs conceptions particulières sont ensuite épistémologiquement teintées par leur genre et qu'il est difficile alors de distinguer la réalité pseudo-objective construite pour la femme par l'homme ou la nouvelle perception féminine de la réalité, d'une part, de la réalité objective, d'autre part<sup>27</sup>. D'ailleurs, MacKinnon dit de la domination masculine qu'elle est « métaphysiquement *presque parfaite* »<sup>28</sup>. Il s'agit donc pour les femmes de mettre le doigt, dans le mur épistémologique, sur ces failles qui laissent paraître la réalité sous un nouveau jour ; le droit anti-discriminatoire constitue une de ces fissures<sup>29</sup>, grâce à laquelle les paradigmes formalistes de l'égalité peuvent être révisés et mener à une nouvelle conception plus concrète de l'égalité.

MacKinnon ne nie pas qu'il existe pareille *réalité objective*<sup>30</sup>, mais seulement qu'il est impossible d'établir son existence objectivement pour tout le monde ; tous en effet ne partagent pas la même épistémologie en matière normative, mais seulement la force subjective d'un point de vue ou d'une construction de la

21. Voir Sylviane Agacinski, *Politique des Sexes*, Précédé de *Mise au point sur la mixité*, Paris, Seuil, 2001, aux pp. 18 et 120.

22. Voir Diane Tietjens Meyers, *Subjection and Subjectivity, Psychoanalytic Feminism and Moral Philosophy*, Londres/New York, Routledge, 1994, à la p. 107.

23. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 19.

24. Voir notamment Denise Réaume, « The Social Construction of Women and the Possibility of Change : Unmodified Feminism Revisited » (1992) 5 *Revue Femmes et Droit* 463, aux pp. 472 et 478.

25. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. xi. [Tous les extraits de l'ouvrage de MacKinnon ont été traduits par l'auteure de la présente recension.]

26. *Ibid.* à la p. 122.

27. Voir Agacinski, *supra* note 21, à la p. 53 : « Ôtons le masque culturel des sexes, nul ne trouvera, au-dessous, les vrais visages de l'homme et de la femme, mais seulement une autre figure, visible ailleurs, ou imaginaire, de la différence ».

28. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. 116.

29. *Ibid.* à la p. 244.

30. *Ibid.* à la p. 102.



réalité<sup>31</sup>. Il n'est donc nul besoin de chercher une « réalité alternative » à laquelle la femme pourrait avoir accès sans l'apport de l'homme, mais seulement de briser le cercle hermétique qui a permis à l'homme d'imposer comme réalité objective son propre point de vue de la réalité. Ainsi, la conception mackinnonienne de l'identité féminine reconnaît l'autonomie de l'individu-femme. Sans cela, comme le dit Gaudreault-DesBiens, les femmes « dont la psyché est le pur produit d'un conditionnement social apparemment sans faille » ne pourraient pas prendre conscience de l'injustice de leur condition<sup>32</sup>.

Reste à déterminer l'origine de ce que Gaudreault-DesBiens nomme « l'étincelle nécessaire au démarrage de la démarche de conscientisation »<sup>33</sup>. Cette étincelle résulte, d'une part, de ce que les hommes et les femmes ont de commun dans leur humanité et, d'autre part, de leurs frustrations grandissantes<sup>34</sup>. Il s'agit de la capacité de critique et de jugement moral qui permet de devenir sensible à l'injustice d'une situation et de formuler son mécontentement sur la base de ses souffrances. Pour que cette capacité commune permette de dépasser les barrières épistémologiques artificielles certes, mais omniprésentes, que les femmes soient persuadées qu'elles utilisent encore le même concept de justice que leurs interlocuteurs masculins et qu'elles osent ainsi affirmer un point de vue que les institutions commenceront par caractériser de subjectif et qu'elles stigmatiseront au même titre que l'homosexualité ou d'autres « déviances » de la féminité traditionnelle<sup>35</sup>, il en coûtera un effort intense et certainement assez long de conscientisation individuelle renforcé par une grande concentration sur le dialogue avec d'autres femmes<sup>36</sup>, voire d'autres minorités en révolte.

Il n'y a rien de circulaire dans ce processus, preuve en sont les acquis de la psychanalyse ou les vertus de la raison dialogique dans la théorie habermasienne. Il est possible pour une femme de disposer du concept d'injustice sur la base de paradigmes masculins sans avoir encore conçu sa propre injustice mais sans toutefois mettre cette nouvelle conception hors de portée; le concept de justice est un concept essentiellement contesté dont la particularité est de permettre la contestation de son sens tout entier et notamment la remise en cause de tous ses paradigmes. Ainsi, une femme peut considérer que sa souffrance, lorsqu'elle est empêchée de faire ce dont elle est capable, n'entre pas dans le cadre des paradigmes libéraux de justice et qu'elle doit en l'occurrence les réviser. Le fruit d'une telle révision des paradigmes du concept d'égalité est, par exemple, désormais ancré dans la jurisprudence de la Cour suprême canadienne en matière de censure de la pornographie<sup>37</sup>.

31. *Ibid.* à la p. 98. Voir aussi Agacinski, *supra*, note 21, à la p. 54 qui parle de différence entre les sexes « inconnaisable ».

32. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 126.

33. *Ibid.* à la p. 127. Voir aussi Réaume, *supra* note 24, aux pp. 472 et ss.

34. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. 247.

35. Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987, aux pp. 121 et ss.

36. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. 90.

37. Voir Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 98.

Finalement, lorsque MacKinnon parle de l'identité individuelle des femmes, cela implique aussi que l'identité masculine elle-même comprend ce bagage commun qui permet une conscientisation de l'injustice imposée aux femmes. Par conséquent, pour elle, l'identité masculine n'est pas un donné présocial caricatural et négatif, comme le prétend Gaudreault-DesBiens<sup>38</sup>. Il s'agit d'une construction sociale comme dans le cas de la femme, peut-être contingente à l'origine certes, mais qui se perpétue de manière volontaire d'autant plus facilement que tout individu rationnel, dans la tradition libérale, cherche à perpétuer son intérêt personnel plutôt que son désavantage. Seule cette dernière donnée est pertinente pour la théorie de MacKinnon qui ne cherche pas à « expliquer », mais seulement à « décrire symboliquement » et simplement un tout qui est « systématiquement dérangé »<sup>39</sup>, nonobstant l'origine de ce dérangement. Ainsi, l'identité masculine peut être radicalement reproblématisée. Même si cette reproblématisation—que pratique d'ailleurs Gaudreault-DesBiens—risque d'être d'abord violemment rejetée par d'autres hommes en passe de perdre leur privilège épistémologique et par certaines femmes sur la base d'un « soupçon préjudiciel »<sup>40</sup>, elle constitue une des prémisses de la réforme féministe<sup>41</sup>.

### *Le paradoxe de la réforme féministe du droit*

À la fin du cinquième chapitre, l'auteur entreprend sa critique du phénomène juridique chez MacKinnon. Pour celle-ci, le droit est *complice* de l'oppression des femmes en ce qu'il objectivise la perspective dominatrice de l'homme. Ce grief peut être rapproché du concept de « violence symbolique » dont use Bourdieu pour décrire le mécanisme d'« homologation » d'une idéologie par le droit<sup>42</sup>. L'objectivité, que l'on clame être l'apanage du droit, n'est en fait qu'« un point de vue épistémologique objectivé par le processus social »<sup>43</sup>. Véritable « loi du droit »<sup>44</sup>, l'objectivisme de l'épistémologie du droit participe au processus d'institutionnalisation de l'infériorité des femmes<sup>45</sup>.

Comment, dans ces conditions, MacKinnon envisage-t-elle le changement ? Consciente de l'insuffisance d'une simple réforme technique du champ du droit, elle préconise une « rupture épistémologique » qui « suppose de mettre en question le droit à partir du point de vue propre des femmes »<sup>46</sup>. Ce n'est en effet qu'au prix d'un travail systématique de *conscientisation*, puis de dénonciation

38. *Ibid.* à la p. 115.

39. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. x.

40. Voir Bourdieu, *supra* note 18, aux pp. 123 et 124.

41. Voir Emily Jackson, « Catharine MacKinnon and Feminist Jurisprudence: A Critical Appraisal » (1992) 19 *Journal of Law and Society* 195, à la p. 211.

42. Voir Pierre Bourdieu, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », dans François Chazel et Jacques Commaille, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDI, 1991, à la p. 95.

43. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. 114.

44. *Ibid.* aux pp. 162 et 163.

45. *Ibid.* à la p. 121.

46. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, aux pp. 97 et 98.



qu'il deviendra possible de rompre le cercle herménéutique définissant la vérité avec pour seul référent la norme masculine. Elle propose aussi un *programme juridique concret* de mise en œuvre de l'égalité.

Au vu de cette « réforme du droit de l'intérieur », Gaudreault-DesBiens s'étonne de la confiance de MacKinnon, elle qui se montre si sceptique ailleurs face à ce même droit<sup>47</sup>. Il présente quatre arguments.

Premièrement, selon lui, non seulement le droit opposera une *résistance systémique*, mais, même en cas d'ouverture, le risque de dilution et de dénaturation des thèses féministes ne peut être sous-estimé. Cet argument manque toutefois sa cible. Il se fonde tout d'abord expressément sur la très controversée théorie autopoïétique du droit sans pourtant offrir un seul argument en sa faveur — en fait, l'approche par l'auteur du rôle des valeurs morales dans l'interprétation du droit semble même démentir une telle conception. Il néglige ensuite la possibilité, même au sein d'un système légal autoréférentiel, d'améliorer la représentation de la perspective épistémologique féminine, et par conséquent la prise en compte progressive de l'intérieur de nouveaux apports extérieurs. MacKinnon n'a jamais prévu que la tâche serait facile : « La question n'est pas où le changement sera bloqué, mais où il commencera. Les gens diront que le nouveau paradigme du droit ne fonctionne pas. Mais tout cela est prématuré. [...] La théorie féministe de l'État vient à peine d'être imaginée ; systématiquement, elle n'a jamais été mise à l'épreuve »<sup>48</sup>.

Deuxièmement, pour l'auteur, « l'impact social que MacKinnon attribue au droit étatique incite également au scepticisme »<sup>49</sup>. Cette deuxième critique est aussi peu fondée que la première.

Tout d'abord, elle néglige l'impact que peut avoir le droit sur les habitudes sociales, notamment dans le monde du travail. De plus, MacKinnon ne souhaite pas offrir « d'arguments idéalistes quant au pouvoir du droit de changer le monde »<sup>50</sup>. Toute révolution maintient l'État qu'elle transforme. Ainsi, MacKinnon ne nie pas l'importance du droit, mais, au contraire, tout en étant consciente de ses limites, reconnaît sa force sociale en cas de conflits et le besoin de la rediriger<sup>51</sup>. Comme elle le dit très bien, « si les femmes devaient limiter leurs requêtes de changement aux sphères qu'elles contrôlent déjà, il n'y en aurait aucune »<sup>52</sup>. Lorsqu'elle critique le droit libéral, dès lors, ce n'est pas le positivisme juridique qu'elle rejette, mais son contenu<sup>53</sup>. Au rôle que joue le droit dans la domination masculine doit correspondre un nouveau rôle pour le droit dans l'égalisation des genres<sup>54</sup>. Le féminisme ne peut qu'être politique<sup>55</sup>, et, s'il y

47. *Ibid.* à la p. 100.

48. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. 249. Voir aussi Bourdieu, *supra* note 18, à la p. 125.

49. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 101.

50. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. xiii.

51. Voir Pierre Bourdieu, « The Force of Law : Toward a Sociology of the Juridical Field » (1987) 38 *Hastings Law Journal* 814.

52. MacKinnon, *supra* note 35, à la p. 228.

53. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. xiii.

54. Adelaide Villmoare, « Feminist Jurisprudence and Political Vision » (1999) *Law and Social Inquiry* 443, à la p. 465.

à paradoxe, il est propre à la nature du droit dont la valeur est la stabilité mais dont le défaut est le frein au changement.

Ensuite, contrairement à ce que semble dire l'auteur, l'État mackinnonien n'est plus l'État patriarcal tant critiqué. MacKinnon a bien trop conscience des dangers totalisants de la *standpoint epistemology* pour la préférer à l'objectivité hégémonique de l'ordre juridique libéral actuel. Elle ne défend donc pas la « subjectivité » à l'encontre de l'« objectivité »<sup>56</sup>, comme le pense l'auteur<sup>57</sup>. Elle recommande, au contraire, l'adoption d'une épistémologie juridique aussi *intersubjective* que possible qui reconnaisse la valeur du dialogue entre différents points de vue<sup>58</sup> et rompe ainsi avec l'épistémologie objectiviste du passé, tout en préservant le rôle stabilisateur du droit face au pluralisme croissant. En ce sens, MacKinnon devance les féministes post-modernes dont le discours identitaire tend désormais vers la *reconstruction* politique.

Troisièmement, l'auteur considère que le « statocentrisme [de MacKinnon] semble plus que jamais problématique au moment où l'État lui-même souffre d'un profond *déficit de légitimité* »<sup>59</sup>. Cette critique est trop générale. De plus, il est possible de remédier à ce déficit de légitimité. Peut-être, précisément, le féminisme juridique radical pourra-t-il stimuler la régénération de l'espace public ? Conflits d'opinion et désaccords y seraient encouragés et réglés de manière non coercitive<sup>60</sup>, brisant ainsi avec la « nostalgie de l'un » et la peur de la division qui sont le propre de la politique masculine<sup>61</sup>. Plus ouverte à la diversité et plus égalitaire que les forums publics traditionnels, cette nouvelle sphère politique regagnerait en légitimité ; l'absence d'assentiment des femmes au pouvoir politique libéral dénoncé par MacKinnon<sup>62</sup> se verrait remplacée par des obligations politiques quasi consensuelles sur le modèle des liens d'amitié<sup>63</sup>.

Finalement, « le dernier problème que soulève », selon l'auteur, « le statocentrisme mackinnonien a trait à sa saisie des effets de la résurgence du *pluralisme juridique* »<sup>64</sup>. L'auteur à nouveau se trompe de cible. Le féminisme juridique radical est précisément le fruit d'un intérêt grandissant pour la prolifération des sources du droit. De plus, MacKinnon encourage l'expression au sein de différents groupes civils, ce qui dénote son intérêt pour les canaux non juridiques de la réforme de la société<sup>65</sup>.

55. Voir Agacinski, *supra* note 21, à la p. 172; Bourdieu, *supra* note 18, à la p. 124.

56. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. xii.

57. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 5, à la p. 65.

58. MacKinnon, *supra* note 2, aux pp. xv-xvi, 84 et ss. Sur la relation entre femme et dialogue, voir Agacinski, *supra* note 21, aux pp. 167 et ss.

59. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 102.

60. Voir MacKinnon, *supra* note 2, à la p. xv sur l'importance du désaccord.

61. Sur cette notion, voir Agacinski, *supra* note 21, aux pp. 219 et 220.

62. Voir Catharine MacKinnon, « 'Freedom from Unreal Loyalties' : On Fidelity in Constitutional Interpretation » (1997) 65 *Fordham Law Review* 1773, à la p. 1774.

63. MacKinnon, *supra* note 2, aux pp. 84 et ss.

64. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 103.

65. MacKinnon, *supra* note 2, à la p. 84.



### *Les dangers de la décontextualisation et les défis de la polysémie*

Dans le dernier chapitre de son essai, Gaudreault-DesBiens critique la saisie mackinnonienne de la censure de la pornographie et son peu d'égard pour la liberté d'expression.

Premièrement, selon lui, MacKinnon confond la représentation d'un acte sexuel violent avec l'acte lui-même et l'inégalité de traitement qu'il implique, « en procédant à une extension abusive des *théories de la performativité* »<sup>66</sup>. Cette confusion confère, d'une part, « une espèce d'hégémonie sémiotique qui emporterait une saturation et une fixation du sens » et nie, d'autre part, « la médiatisation subjective que peut opérer chaque individu » en voyant une image.

En cela, l'auteur n'a pas tort. Il néglige, cependant, l'argument d'autorité qui rend parfois difficile la distinction entre le dire et le faire<sup>67</sup>, cela d'autant plus que la pornographie est souvent littéralement consommée pendant qu'elle est visionnée, perpétuant ainsi la subordination des femmes. Par ailleurs, l'auteur reconnaît lui-même ne pas offrir de solution satisfaisante au conflit entre liberté et égalité<sup>68</sup>. Il considère en effet que le recours au causalisme direct à l'américaine, ou à l'établissement d'une corrélation raisonnable entre la pornographie et les différents préjudices, est une voie sans issue<sup>69</sup>. Paradoxalement, en effet, pour un auteur qui veut établir qu'il aurait fallu davantage de prudence avant d'intégrer certaines valeurs dans l'interprétation du droit canadien, la réponse variera en fonction des valeurs prédominantes dans chaque juridiction<sup>70</sup>. Il est dès lors d'autant plus étrange qu'il critique la solution égalitaire de MacKinnon. En fait, l'auteur reconnaît même à MacKinnon le mérite d'avoir sorti le discours américain sur la liberté d'expression de son approche négative de la liberté ; elle a en effet permis aux juristes libéraux d'envisager la reconnaissance d'un contenu positif minimal à la liberté d'expression, notamment dans le cadre d'un intérêt plus large à l'autonomie qui, elle, requiert des conditions minimales d'égalité. Une telle interprétation de la solution mackinnonienne me semble offrir tous les outils aptes à briser l'opposition classique entre liberté et égalité et l'idée de hiérarchie des droits par l'instauration d'une plus grande dialectique entre droits fondamentaux.

Deuxièmement, il demeure, selon l'auteur, que la saisie de toute expression doit varier selon le *contexte* dans lequel elle est comprise et cela en raison de la « polysémie intrinsèque de nombre d'images »<sup>71</sup>. L'auteur pense en particulier à la multitude d'interprétations possibles de la valeur artistique ou critique d'une œuvre accusée d'être obscène et considère que le modèle mackinnonien ne prend pas cette polysémie suffisamment en compte.

66. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 142.

67. Voir l'argument de Rae Langton, « Speech Acts and Unspeakable Acts » (1993) 22 *Philosophy and Public Affairs* 293.

68. Gaudreault-DesBiens, *supra* note 1, à la p. 151.

69. *Ibid.* aux pp. 91 et 137.

70. *Ibid.* à la p. 91.

71. *Ibid.* à la p. 39.

Cette critique est trop hâtive. L'auteur lui-même reconnaît, et à juste titre, qu'il est rare de nos jours que l'on invoque la valeur artistique de la pornographie ; ainsi, « le possible caractère polysémique de l'expression pornographique ne fait pas obstacle à toute réglementation »<sup>72</sup>. De plus, loin de se distancier de ce point de vue, MacKinnon considère que « si l'œuvre adopte un point de vue critique par rapport à la subordination, il sera difficile, voire impossible, de conclure qu'elle constitue de la subordination »<sup>73</sup>. MacKinnon prévoit aussi que la valeur artistique ou politique du matériel pornographique en cause soit *mise en balance* avec l'égalité des femmes ainsi menacée. Contrairement à l'auteur, je ne vois donc pas d'a priori négatif vis-à-vis de l'art dans cette démarche et surtout, très heureusement, aucun a priori positif en faveur de l'expression comme dans d'autres lois réglant les questions d'obscénité.

### *Conclusion*

Cette recension aura fait ressortir, je l'espère, les mérites ainsi que les défauts de la « lecture critique » des thèses de MacKinnon que propose Gaudreault-DesBiens. En dépit des nombreuses simplifications propres au discours délibérément métaphorique de MacKinnon, sa saisie des phénomènes identitaires, de la liberté d'expression et sa vision de la politique et du droit ne peuvent pas, de par leur nature, être considérées comme réductionnistes ou dogmatiques au sens strict de ces termes. De plus, son approche de l'épistémologie morale et juridique est bien plus riche que le livre ici recensé ne le laisse entendre ; on y trouve notamment déjà, avec la dénonciation de la force objectivante du droit, le projet de reconstruction d'une épistémologie intersubjective qui allie les bénéfices de la force de coordination du droit à ceux du respect de différentes perspectives. Non seulement « Catharine MacKinnon est de celles qui empêchent de penser en rond »<sup>74</sup>, mais elle nous a ouvert une nouvelle voie, et cela bien avant l'heure, par sa vision d'une reconstruction épistémologique et politique qui réconcilie pluralisme et stabilité.

72. *Ibid.* à la p. 141.

73. *Ibid.* à la p. 147.

74. *Ibid.* à la p. 159.