

Droit, féminisme et sexualité/ Law, Feminism and Sexuality

Présentation/Presentation*

Daniel Sansfaçon
Éditeur invité/Guest Editor

Malgré toutes les concessions que je serais disposé à faire au préjugé monogamique, je n'admettrai jamais que l'on parle d'une *égalité de droits* en amour chez l'homme et la femme, cela n'existe pas. [...] [I]l appartient aux conditions de l'amour chez les deux sexes que l'un ne présuppose pas chez l'autre le même sentiment, la même notion d'«amour» (Nietzsche, *Le Gai Savoir*).

Despite all the concessions that I am willing to make to the prejudice in favor of monogamy, I will never admit the claim that man and women have *equal* rights in love; these do not exist. [...] [I]t is one of the conditions of love in both sexes that neither sex presupposes the same feeling and the same concept of “love” in the other (Nietzsche, *The Gay Science*).

Que signifie toute volonté de vérité? [...] [Q]uel sens notre être aurait-il dans sa totalité, si ce n'est qu'en nous cette volonté de vérité est parvenue à prendre conscience d'elle-même *en tant que problème*? Dès lors que la volonté de vérité devient consciente d'elle-même—il n'y a pas de doute à ce sujet—la morale est *ruinée*: c'est le grand spectacle en cent actes qui demeure réservé aux deux prochains siècles de l'Europe, spectacle entre tous le plus effrayant, le plus lourd de problèmes et peut-être aussi le plus riche d'espairs [...] (Nietzsche, *Contribution à la généalogie de la morale*).

“*What is the meaning of every will for truth?*” [W]hat sense has our whole being [if it] does not mean that in our own selves that will for truth has come to its own consciousness *as a problem*?—By reason of this attainment of self-consciousness on the part of the will for truth morality from henceforward—there is no doubt about it—goes *to pieces*: this is that great hundred-act play that is reserved for the next two centuries of Europe, the most terrible, the most mysterious, and perhaps also the most hopeful of all plays (Nietzsche, *The Genealogy of Morals*).

* Ce texte a été rédigé par l'auteur dans les deux langues et il a demandé à ce qu'il soit publié sous cette forme. This text was written in both languages and the author requested that it be published in this form.

Il y a des moments dans la vie où la question de savoir si on peut penser autrement qu'on ne pense et percevoir autrement qu'on ne perçoit est indispensable pour continuer à regarder ou à réfléchir. (Foucault, *L'usage des plaisirs*)

There are times in life when the question of knowing if one can think differently than one thinks, and perceive differently than one sees, is absolutely necessary if one is to go on looking and reflecting at all (Foucault, *The Use of Pleasure*).

This introduction takes the form of a commentary on the above quotations, as they relate directly to contemporary debates in socio-legal theory, culture and the position of women.

One. Is legal equality between the sexes/genders possible? When he wrote *Le Gai Savoir* in 1882, Nietzsche very likely would not, could not, have distinguished between sex and gender. Two sexes there were, given in nature, each with its specific characteristics. Even if previous historical periods—as Thomas Laqueur and Michel Foucault, among others, have shown¹—had very different views about sex and sexuality, the “two sex model” was well established by the mid-19th century. In fact, almost a century would elapse before this construct of sex as a binary opposition rooted in nature between men and women would be questioned again, mainly as a result of feminist struggles in the fields of politics and theory. Yet the issue raised by Nietzsche remains as pertinent now as then. Indeed, after a period of unabated optimism supported by apparent success in reforming legislative and judicial attitudes towards rape, abortion, violence in the family, discrimination and harassment, pay equity or family law, feminist struggles to attain equality and justice for women through legislative and judicial means are now being reexamined critically. For after all, how much has been accomplished by these diverse and multifaceted legal struggles? Women are still being raped, assaulted, harassed, discriminated against, and nothing indicates that rates have significantly diminished despite what is perceived as a more sympathetic climate. But maybe, at least, women are better treated by the justice system? Not really, or if so only sparingly. Rape victims must still account for their behaviour because of the “consent issue”; assaulted wives/companions are asked to separate one event from a global situation of violence; employment equity is still a far cry from achieving the goal of equality and in some cases statutes have been struck down; many more examples abound and disenchantment ensues.

Deux. L'interrogation de la «naturalité» du sexe, l'éclatement des catégories de sexe et de genre, dans la théorie mais aussi dans la culture, sont venus problématiser le système juridique d'abord, l'interventionnisme juridique—même au titre de l'égalité—ensuite, et finalement la fixité des catégories juridiques (nécessaire et

1. T. Laqueur, *Making Sex* (Harvard: Harvard University Press, 1990); M. Foucault, *L'usage des plaisirs, Histoire de la sexualité*, t. 2 (Paris: Gallimard, 1984); M. Foucault, *Le souci de soi, Histoire de la sexualité*, t. 3 (Paris: Gallimard, 1984).

incontournable pour tout système de droit), en particulier des catégories de sexe (homme-femme), de genre (masculin-féminin) et d'orientation (hétérosexuel-homosexuel). Le statut «véridique» de ces catégories sociales, politiques et scientifiques—et l'on pourrait ajouter, dans une vision kuhnienne de l'évolution d'un paradigme scientifique que c'était inévitable—a été remis en question puis est apparu de plus en plus inadéquat pour comprendre la complexité du réel. Qu'on les analyse avec Foucault comme processus d'assujettissement à soi², avec Butler comme performance³, ou avec Connell comme «inventaire structurel» à travers lequel les rapports de pouvoir, de travail et de cathexis (c'est-à-dire du choix d'objet sexuel) sont constitués⁴, l'important aura été de redonner au sexe et au genre une dimension à la fois dynamique et historique. Peut-être convient-il à nouveau de citer Nietzsche et de se rappeler avec lui que «n'est définissable que ce qui n'a pas d'histoire»⁵. En restaurant une dimension historique, d'où malléabilité et flexibilité des catégories de sexe et de genre d'une part, mais aussi possibilité de rupture d'autre part, il devient de plus en plus difficile, à la limite inutile et contradictoire, d'enfermer le sujet dans l'une ou l'autre de ces catégories, en fait de continuer à parler d'un sujet *cum* individu ou personne. Définir les catégories de sexe, c'est-à-dire les fixer à un contenu, à une essence, apparaît alors déjà comme une entreprise de construction, ce qui n'a pas manqué de sauter aux yeux des critiques d'un féminisme de la différence (féminine) à la Gilligan. D'où peut-être ce sentiment de «dé-moralisation», dans les deux sens du terme, à la fois perte de valeurs morales auxquelles les catégories de sexe et de genre réfèrent et sentiment d'impuissance amère que peut laisser une certaine vision du post-modernisme.

À tout le moins, Irigaray déjà, au sujet des femmes, nous avait prévenus que «ce sexe n'en est pas un»⁶. Qu'il serait donc illusoire de parler des femmes comme d'un groupe homogène, ramenant par la porte d'en arrière une essence qu'on voulait jeter par devant. Vouloir dire, et faire dire la vérité du sexe, y en eût-il deux—car il se pourrait bien qu'il n'y en eût qu'un seul: celui des hommes⁷ — c'était rentrer dans «l'ordre du discours»⁸, donc exclure par les mécanismes de

-
2. M. Foucault, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976; Foucault, *L'usage des plaisirs*, *ibid*, *supra* note 1.
 3. J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 1990.
 4. R. W. Connell, *Gender and Power*, Stanford, (CA) Stanford University Press, 1987.
 5. F. Nietzsche, *Contribution à la généalogie de la morale*, Paris, Bourgois, 1887; 1985 à la p. 193.
 6. L. Irigaray, *Ce sexe qui n'en est pas un*, Paris, Minuit, 1977.
 7. J. Baudrillard, *La séduction*, Paris, Galilée, 1981; dans un tout autre sens C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
 8. M. Foucault, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971.

l'interdit, du partage et du dire-vrai. Discours d'exclusion, discours du système juridique par excellence. Faire dire la vérité du (au) sexe par un dire-vrai juridique—et ramener d'ailleurs la justice au dire-vrai du système de droit—nous ramenait tout droit au cœur du pouvoir et par là du «dispositif de sexualité»⁹. Mais c'était sans compter sur les interrogations que la science elle-même, ce dire-vrai par excellence, allait soulever face à sa capacité de produire un discours de vérité.

Three. Thinking the unthinkable, then. Naming it, which is already creating it, at least its possibility. When truth, the will to truth, finally comes to be recognized as the least demanding form of knowing,¹⁰ when the individual subject—man—is displaced from the centre of the universe, decentred also from his logos—abstract, universal, objective—and becomes risible, then all manner of vertiginous spaces open up—spaces where at once all is possible and yet foreclosure looks more appealing than ever. If anything, the extraordinary feminist literature on and within law that has emerged over the past two decades has significantly contributed to this possibility: How to think justice—as ethics—without the law. No claim is here being made that this is the *true* question. But that it is now a *possible* question, that it is taken up by “modern” if critical thinkers such as Habermas and Levinas; that this question shakes up otherwise still rigid structuralist accounts of sex and gender in law where homologous relations between structure and object continue to hold power; that this question now informs debate—if not decisions—about the proper forms and extent of judicial interventionism; gives some indication of its importance as well.

Ce numéro de la *Revue canadienne Droit et Société* révèle précisément les tensions et contradictions que provoque cette question sur la place du droit et ses enjeux théoriques et matériels dans la quête de la justice. Que ce soit par l'analyse du viol et du sado-masochisme (Smart), de la prostitution (Dickin-McGinnis et Shaver), de la pornographie (Busby et Sansfaçon), du droit de la famille (Boyd) ou du droit pénal en général (Snyder), cette interrogation est centrale aux textes qui composent ce numéro. Les arguments et les conclusions des auteures diffèrent, comme diffèrent les points de départ théoriques sur le sexe et le pouvoir mâles—ici considérés comme un mythe (Bertrand), là comme la structure organique dans la construction (juridique) des rapports sociaux de sexe (Gagnon). Peut-être la voix discordante de Valverde, qui nous invite à penser avec Bourdieu autour de la notion de capital culturel, nous convie-t-elle à nous rappeler que nos propres idées sont elles aussi partie de cette mise en circulation ritualisée, de ce grand jeu agonistique que constitue l'*acadèmè*.

Appropriately, there is no conclusion. Happily as well. Inasmuch as we are invited to a “new choreography” (Derrida), inasmuch as the *mise en scène* is just that, a subtext which each spectator/reader can complete—and conclude—in their own way, opened it remains. This is a promise ...

9. Foucault, *La volonté de savoir*, *supra* note 2.

10. F. Nietzsche, *Le Gai Savoir*, Paris: Folio, 1882; 1989 at 139.