

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG SUISSE

*Édités par Jacques Dubey et Hubert Stöckli*

439

---

SOFIA BALZARETTI

# Le sexisme et le droit suisse, européen et international

Pour une approche féministe du droit

# Table des matières

Avant-propos .....	VII
Sommaire .....	XI
Liste des abréviations .....	XXIII

<b>Introduction</b> .....	1
<b>A. L'objet d'étude</b> .....	1
1. Le droit comme correction des effets du sexisme .....	2
2. Le droit comme construction du sexisme .....	5
3. Le sexisme: un problème philosophique et transnational .....	7
<b>B. L'état et la critique de la littérature existante</b> .....	13
<b>C. La méthode</b> .....	17
<b>D. Le plan</b> .....	19

<b>Partie 1: Les fondements de la lutte contre le sexisme</b> .....	23
---	----

<b>Chapitre 1: Féminisme(s) et droit(s)</b> .....	25
---	----

<b>Introduction</b> .....	25
---------------------------	----

<b>A. La théorie féministe: entre méthodes et pratiques</b> .....	25
1. Les vagues du féminisme et leurs courants en bref .....	25
a. Les courants chronologiques .....	26
aa. Le féminisme de la première vague .....	26
bb. Le féminisme de la deuxième vague .....	27
cc. Le féminisme de la troisième vague .....	27
b. Les courants idéologiques et politiques .....	28
aa. Les courants principaux: libéral, socialiste-marxiste et radical .....	28
bb. Quelques autres courants importants: matérialiste, intersectionnel, postmoderne et écoféministe .....	29
2. Divisions et convergences de la pensée féministe .....	30
a. La différenciation entre les sexes .....	30
aa. Le dilemme de la différenciation .....	30
bb. Entre essence, construction et différences .....	30
b. La tension entre féminisme libéral et féminisme radical .....	37
aa. Pensée féministe libérale: choix et consentement .....	38
bb. Pensée féministe radicale: contexte patriarcal .....	39
cc. Une pensée hétérogène .....	39

c.	La tension entre universalisme et culture .....	41
aa.	Pour les féministes universalistes .....	41
bb.	Pour les féministes postmodernes et postcoloniales .....	42
cc.	Pour les féministes « <i>queer</i> » .....	43
<b>B.</b>	<b>L'émergence d'une théorie féministe juridique</b> .....	45
1.	La recherche et épistémologie féministes .....	45
a.	La science genrée et les savoirs situés .....	45
b.	La méthode féministe .....	46
2.	Le féminisme contre et par le droit .....	47
a.	Les éléments juridiques du féminisme différentialiste .....	47
aa.	Le sujet de droit masculin .....	48
bb.	L'élaboration masculine du droit .....	49
b.	L'émergence de théories féministes juridiques: entre méthodes et critiques .....	51
aa.	Une « approche » .....	52
bb.	Une méthode .....	52
cc.	Les critiques juridiques féministes .....	53
dd.	La théorie et philosophie féministes du droit .....	55
c.	Les deux préoccupations majeures de la théorie féministe: inégalité et violence .....	56
aa.	L'inégalité dans la vie sociale et économique .....	56
bb.	La violence (sexuelle) .....	58
	<b>Conclusion</b> .....	64

**Chapitre 2: Le «sexisme»: définitions et délimitations** ..... 67

**Introduction** ..... 67

**A. La définition sociologique du sexisme** ..... 68

1. Un terme d'origine sociologique ..... 68
  - a. L'écueil de la notion ..... 69
  - b. Les origines du sexisme ..... 70
  - c. Le genre et la sexualité ..... 71
2. Le sexisme comme phénomène social et philosophique ..... 73
  - a. La pyramide ou le modèle de l'iceberg du sexisme ..... 73
  - b. Un problème philosophique ..... 73

**B. Le sexisme et le droit** ..... 74

1. Une définition juridique du sexisme? ..... 77
2. Le «sexisme» et le droit suisse ..... 79
  - a. Le harcèlement sexuel et sexiste ..... 81
    - aa. Dans la vie professionnelle ..... 81

bb. Les formes de harcèlement .....	82
cc. Dans l'espace public .....	83
b. Les «comportements sexistes» .....	85
c. La publicité et les médias .....	85
aa. Le sexisme dans la publicité .....	86
bb. Initiatives cantonales .....	87
cc. Initiatives émanant de syndicats .....	88
d. Une interdiction de la discrimination et incitation à la haine «sexiste»? .....	89
aa. Protection constitutionnelle contre la discrimination .....	89
bb. Protection pénale contre la discrimination .....	91
cc. Les biens juridiques protégés .....	92
<b>Conclusion</b> .....	94
<b>Chapitre 3: Les fondements de la lutte contre le sexisme</b> .....	95
<b>Introduction</b> .....	95
<b>A. Généralités: les fondements des droits des femmes</b> .....	96
1. Dans le droit international, européen et suisse .....	96
2. L'égalité .....	97
a. L'égalité en tant que valeur fondamentale .....	98
aa. L'égalité entre les hommes et les femmes .....	98
bb. Le principe de non-discrimination .....	99
cc. Les conséquences sur l'égalité .....	100
<b>B. Le sexisme en tant que préjudice moral</b> .....	102
1. Le sexisme opprime les femmes .....	102
a. L'oppression des femmes .....	102
aa. Une définition de l'oppression .....	102
bb. Les spécificités de la domination masculine .....	105
cc. La domination masculine et la théorie de l'intersectionnalité .....	108
b. Le sexisme affecte les femmes parce qu'elles sont des femmes .....	109
2. Le sexisme perpétue des stéréotypes .....	109
a. Les formes de stéréotypes liés au genre .....	110
aa. La définition et le rôle du stéréotype .....	110
bb. Les formes de stéréotypes de genre .....	111
cc. Les conséquences des stéréotypes de genre .....	113
b. Les stéréotypes de genre en tant que forme de discrimination .....	115
3. Le sexisme porte atteinte à la dignité humaine .....	116
a. Le concept de dignité humaine .....	116
aa. Une valeur normative .....	117

bb.	Un droit fondamental .....	117
cc.	La dignité humaine en tant que droit subjectif .....	119
b.	La dignité humaine des femmes .....	120
aa.	Les femmes et la dignité humaine .....	120
bb.	La dignité humaine dans un contexte féministe : son lien à la non-discrimination .....	122
c.	La réification sexuelle .....	123
aa.	La réification sexuelle en tant que préjudice moral .....	125
bb.	La réification sexuelle n'est pas un préjudice moral .....	129
cc.	La réification sexuelle et l'autonomisation sexuelle .....	129
4.	Le sexisme porte atteinte à l'autonomie et est un frein à la démocratie .....	134
a.	L'idée morale d'autonomie .....	135
aa.	L'autonomie sexuelle .....	135
bb.	L'autonomie relationnelle .....	137
b.	L'absence de choix de valeur .....	138
aa.	Deux poids, deux mesures .....	138
bb.	Le principe de justice genrée .....	140
cc.	Le sacrifice et les préférences adaptées .....	140
c.	Le déficit épistémique .....	142
aa.	La capacité à agir ( <i>agency</i> ) morale et épistémique .....	142
bb.	Les injustices épistémiques .....	142
cc.	Les responsabilités épistémiques .....	144
dd.	L'impact démocratique .....	145
ee.	<i>All men</i> ou les Responsabilités collectives et groupales .....	146
<b>Conclusion</b> .....		149

## **Partie 2: Le sexisme et le droit international et européen des droits de l'homme**

	.....	153
--	-------	-----

<b>Introduction</b> .....	155
---------------------------	-----

<b>Chapitre 4: Les droits des femmes</b> .....	157
--	-----

<b>Introduction</b> .....	157
---------------------------	-----

<b>A. La nature et la structure des droits des femmes</b> .....	158
1. La nature morale et juridique des droits de l'homme .....	158
a. Des droits à la fois moraux et légaux .....	158
b. La critique féministe de la nature des droits de l'homme .....	159
2. Les titulaires des droits des femmes .....	159
a. Les titulaires des droits fondamentaux .....	159

aa.	Des droits «de l'homme» généraux .....	160
bb.	Des droits spéciaux .....	162
cc.	D'autres titulaires? .....	163
b.	Les titulaires des droits de la CEDEF .....	164
aa.	Le <i>gender mainstreaming</i> au secours de la différence .....	165
bb.	«Super-sexiser» ou «dé-sexiser» la CEDEF? .....	165
c.	Les titulaires des droits de la Convention d'Istanbul .....	167
3.	Les débiteurs des droits des femmes .....	170
a.	L'Etat en tant que débiteur des droits de l'homme .....	170
b.	La responsabilité pour les droits de l'homme .....	171
aa.	L'Etat et les particuliers .....	171
bb.	Le standard de due diligence applicable aux institutions publiques .....	172
cc.	Les entreprises et les organisations internationales .....	176
<b>B.</b>	<b>Le premier objet des droits des femmes : le principe juridique de l'égalité et l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe et le genre</b> .....	<b>177</b>
1.	Le principe juridique de l'égalité entre homme et femmes .....	177
a.	Le principe de non-discrimination et l'égalité .....	177
b.	Le principe de non-discrimination à l'égard du sexe .....	180
aa.	La définition de la discrimination .....	180
bb.	De l'égalité formelle à l'égalité substantielle et transformative .....	182
2.	L'égalité et la non-discrimination en droit suisse .....	190
a.	La garantie constitutionnelle de l'égalité entre les sexes .....	191
b.	L'interdiction des discriminations .....	192
aa.	Conditions .....	193
bb.	Effet horizontal indirect .....	195
cc.	Relais dans le droit ordinaire .....	195
c.	L'égalité constitutionnelle entre les hommes et les femmes .....	195
aa.	Inégalités directes en droit positif suisse entre les hommes et les femmes .....	198
bb.	Effet horizontal direct .....	200
cc.	Un mandat d'aménagement social .....	200
d.	Les garanties législatives .....	201
aa.	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) .....	201
bb.	Loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés (LHand) .....	207
3.	L'interdiction de discriminer sur la base d'autres critères : l'orientation sexuelle et l'identité de genre .....	208
a.	L'interdiction de discriminer à raison de l'orientation sexuelle .....	210
aa.	Droit international des droits de l'homme .....	210
bb.	Droit suisse .....	211

b.	L'interdiction de discriminer à raison de «l'identité de genre» .....	212
aa.	Droit international des droits de l'homme .....	212
bb.	L'ordre dichotomique des sexes en droit suisse .....	212
<b>C.</b>	<b>Le second objet des droits des femmes: la protection contre la violence fondée sur le sexe et le genre et les droits rattachés</b> .....	<b>216</b>
1.	La définition de la violence fondée sur le genre .....	216
a.	La violence sexuelle et sexiste à l'égard des femmes .....	216
b.	La protection juridique contre la violence .....	218
aa.	En général .....	218
bb.	Dans la CEDEF .....	219
cc.	Dans d'autres conventions ou textes de droits de l'homme .....	221
dd.	Dans la CEDH .....	221
ee.	Dans la Convention d'Istanbul .....	223
2.	La prévention de et la protection contre la violence en droit suisse .....	224
a.	La violence «fondée sur le genre» ou «sexiste» .....	224
b.	La violence domestique .....	225
<b>D.</b>	<b>Le contenu des obligations internationales</b> .....	<b>227</b>
1.	Les obligations négatives et les obligations positives .....	228
2.	Les obligations de respecter, protéger et mettre en œuvre .....	229
a.	En général .....	229
b.	L'obligation de ne pas stéréotyper dans la CEDEF .....	231
aa.	Les stéréotypes, la discrimination et le droit .....	231
bb.	La discrimination sur la base d'un stéréotype de genre .....	232
cc.	Les trois types d'obligations liées à l'éradication des stéréotypes de genre .....	234
dd.	L'obligation de modifier les schémas de comportement socio-culturel .....	237
ee.	Les stéréotypes de genre incorporés à d'autres obligations .....	239
3.	Trois importants développements dans la jurisprudence de la CourEDH .....	241
a.	La concrétisation des obligations de lutter contre la violence fondée sur le genre .....	242
aa.	Par les obligations positives .....	242
bb.	Par obligations procédurales .....	243
cc.	Par les obligations de prévention .....	244
b.	Une meilleure alternative: le droit de la CEDH et les stéréotypes de genre .....	248
aa.	Jurisprudence de la CourEDH .....	248
bb.	La Convention d'Istanbul et les stéréotypes de genre .....	252
<b>Conclusion</b>	.....	<b>252</b>

<b>Chapitre 5: Les lois contre le sexisme en droit européen comparé</b>	255
<b>Introduction</b>	255
<b>A. Le droit aux prises du discours à caractère sexiste et du harcèlement sexuel et sexiste</b>	257
1. Le discours de haine et le harcèlement sexuel sexistes	257
a. Le discours de haine	257
aa. En général	257
bb. Le discours de haine «à caractère sexiste»	258
b. Le harcèlement sexuel ou sexiste	261
aa. Définition du harcèlement	261
bb. Définition du harcèlement «de rue»	261
cc. Prévalence et gravité	262
2. Droit international et européen des droits de l'homme	266
a. Le droit des organes conventionnels de l'ONU	266
aa. En général	266
bb. Dans la CEDEF	270
b. Le droit de la CEDH et de la Convention d'Istanbul	272
aa. Les voies d'examen	272
bb. Nécessité dans une société démocratique	276
3. Droits nationaux	280
a. Le discours de haine à caractère sexiste	280
aa. L'approche libérale et «neutre» de la liberté d'expression	280
bb. Une atteinte à la dignité	282
cc. La spécificité du discours de haine à caractère sexiste	283
b. Les types de lois	284
c. Lois spécifiques contre le «sexisme»	287
aa. Belgique	288
bb. France	289
cc. Royaume-Uni	291
<b>B. Les effets indésirables des lois anti-sexisme</b>	294
1. Les «actes sexistes»	295
2. Les auteurs et les victimes visées	298
a. La formulation (ou l'absence de formulation) sexospécifique	298
aa. Des infractions «genrées»	299
bb. Le discours de haine: «TERF» considéré comme une insulte	301
cc. Une formulation ne prenant pas en compte toutes les facettes du harcèlement	302
b. Les auteurs visés	303
c. La notion d'espace public	304
3. Déterminer les dommages à la dignité et l'impact sur l'égalité des sexes	305
<b>Conclusion</b>	305

<b>Partie 3: Le sexisme et le droit suisse</b> .....	311
<b>Introduction</b> .....	313
<b>Chapitre 6: La place du droit international et européen dans l'ordre juridique suisse</b> .....	315
<b>Introduction</b> .....	315
<b>A. L'interprétation et la mise en œuvre des traités internationaux: remarques préliminaires</b> .....	316
1. Quelques réflexions sur la critique relativiste des droits de l'homme .....	316
a. Réserves et déclarations interprétatives aux traités internationaux .....	317
aa. La CEDEF .....	317
bb. La Convention d'Istanbul .....	319
b. Les solutions proposées .....	323
aa. Pour les droits de l'homme en général .....	323
bb. Pour les droits des femmes en particulier .....	324
2. L'interprétation juridique des obligations de droit international et européen des droits de l'homme .....	327
a. L'intégration systémique ou intégrative par les organes des droits de l'homme .....	329
aa. Les avantages de l'intégration systémique .....	329
bb. Les désavantages de l'intégration systémique .....	334
b. La spécialisation .....	335
c. La contextualisation .....	336
<b>B. L'interprétation et la mise en œuvre de la CEDEF, de la CEDH et de la Convention d'Istanbul en droit suisse</b> .....	337
1. Validité, rang et effet des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse .....	337
2. La CEDEF .....	339
a. Du point de vue du droit international .....	339
aa. Rang et statut .....	339
bb. Effet .....	342
b. Du point de vue du droit suisse .....	343
aa. Primauté de la CEDEF sur le droit interne en général .....	347
bb. Primauté de la CEDEF sur les lois fédérales? .....	347
cc. Primauté de la CEDEF sur la Constitution fédérale? .....	348
3. La CEDH .....	349
a. Du point de vue du droit international .....	349
b. Du point de vue du droit suisse .....	351
4. La Convention d'Istanbul .....	352

a.	Du point de vue du droit international .....	352
b.	Du point de vue du droit suisse .....	354
aa.	Conformité du droit suisse .....	354
bb.	Champ d'application personnel de la Convention .....	355
<b>C.</b>	<b>La mise en œuvre du droit international des droits de l'homme</b>	
	<b>en droit national</b> .....	358
1.	Le rôle de la Confédération .....	358
2.	Le rôle des cantons et des communes .....	360
3.	Renforcer l'interprétation conforme au droit international	
	et européen des droits de l'homme .....	362
	<b>Conclusion</b> .....	363
	 <b>Chapitre 7: Une approche féministe des droits de l'homme et du droit suisse</b>	 365
	<b>Introduction</b> .....	365
<b>A.</b>	<b>Une approche féministe de l'égalité entre les sexes</b> .....	367
1.	La correction des inégalités directes entre femmes et hommes .....	367
a.	Dispositions prévoyant un régime différencié entre les sexes .....	367
aa.	Les différences matérielles entre les hommes et les femmes .....	367
bb.	La question de l'introduction d'un troisième sexe ou de	
	l'abandon de l'inscription au registre de l'état civil .....	370
b.	La réalisation des droits fondamentaux dans la relation	
	entre particuliers .....	372
aa.	Effet horizontal direct .....	372
bb.	Effet horizontal indirect .....	373
cc.	Une loi fédérale générale contre les discriminations? .....	374
2.	Une extension de la norme pénale pour protéger contre le sexisme? .....	376
a.	Harcèlement sexuel et sexiste dans l'espace public .....	376
b.	Discrimination et incitation à la haine sexiste .....	377
aa.	«Identité de» genre? .....	378
bb.	Introduire le critère du «sexe» .....	380
<b>B.</b>	<b>Une approche féministe de la protection contre la violence</b> .....	382
1.	La notion de consentement en matière de relations sexuelles .....	382
a.	La définition juridique actuelle du viol .....	382
2.	La notion de consentement .....	384
a.	En droit .....	384
b.	Le consentement aux relations sexuelles .....	384
3.	L'introduction de la notion de consentement dans le CP .....	386
a.	Un danger? .....	386
b.	Un minimum .....	388

4. Autres exemples .....	390
a. Amélioration des conditions épistémiques pour les victimes .....	391
b. Amélioration de l'inclusion dans les espace publics .....	392
<b>C. Mesures transversales</b> .....	392
1. Identifier les stéréotypes dans le droit positif .....	393
a. L'outil d'analyse de la compatibilité selon le sexe des lois adoptées .....	393
b. Autres outils: le test des stéréotypes .....	395
2. Assurer une meilleure représentation des sexes au sein des autorités étatiques .....	395
3. Améliorer la formation des juristes suisses .....	398
a. Formation dans les universités et établissements d'enseignement publics .....	398
b. Formation des barreaux cantonaux .....	399
c. Formation des magistrats .....	400
aa. Lutte contre les biais sexistes des juges .....	400
bb. Invocation de griefs basés sur le droit international des droits de l'homme .....	401
4. Instituer un organe fédéral de lutte contre le sexisme .....	402
 <b>Synthèse et conclusion</b> .....	 405
<b>A. Synthèse</b> .....	405
<b>B. Conclusion</b> .....	410
 Bibliographie .....	 417
Table des arrêts et documents officiels cités .....	473