De quel droit ?

Genre et sexualités au croisement des sciences sociales et juridiques

Cécile Greset, Michelle Cottier
et Marylène Lieber (éds)

avec le soutien de Callirhoé Mützenberg

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

De quel droit ?

Genre et sexualités au croisement des sciences sociales et juridiques

Édité par

Cécile Greset, titulaire du brevet d'avocate et médiatrice

Michelle Cottier, professeure à l'Université de Genève

Marylène Lieber, professeure à l'Université de Genève

avec le soutien de Callirhoé Mützenberg

Schulthess § 2025
ÉDITIONS ROMANDES

Proposition de citation : Greset/Cottier/Lieber (éds), *De quel droit ?,* Genève/Zurich 2025, Schulthess Éditions Romandes

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Informations sur la sécurité des produits : www.schulthess.com/produktsicherheit

Schulthess Médias Juridiques SA
Zwingliplatz 2, CH-8001 Zurich
service@schulthess.com
www.schulthess.com

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2025
ISBN 978-3-7255-8898-5

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse http://dnb.d-nb.de.

Table des matières

Table des matières V
Table des abréviations VII
Préface XI

Introduction
Michelle Cottier 1

Les utopies comme quotidien et les émotions comme matière : queeriser l'enseignement du droit
Djemila Carron 9

La réécriture féministe de jugements
Eloïse Lanci, Nesa Zimmermann et Louise Lambert 39

X ou ✓ ? Les mentions de sexe à l'état civil et les personnes transgenres non-binaires
Florence Ashley et Marie Dry 63

Heurs et malheurs des mobilisations juridiques en faveur du port du voile et autres vêtements féminins à connotation religieuse en France
Claire de Galembert 87

Accès à la citoyenneté suisse : l'impact des inégalités de genre
Véronique Boillet et Dominique Tran 111

Défis et perspectives à la lutte contre le sexisme par les droits humains
Sofia Balzaretti 133

La protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'identité de genre en droit international
Manon Beury 159

Retour au placard : l'appréciation de l'orientation sexuelle dans la procédure d'asile suisse
Marc Cyrill Baumgartner et Mathis Schnell 177

La binarité du droit pénitentiaire et ses effets au prisme du genre et de la sexualité
Jean-Sébastien Blanc et Quentin Markarian 209

Régulation juridique du mariage et production des différences entre sexes et sexualités au prisme d'un siècle d'évolutions législatives
Fiona Friedli et Marta Roca i Escoda 239

Filiation en mutation : perspectives au-delà de la binarité de genre et de l'hétéronormativité
Marie Fonjallaz 259

La réécriture féministe de jugements

Eloïse Lanci, Nesa Zimmermann et Louise Lambert*

Sommaire Page

Introduction 39
I. Les origines et l'essor de la réécriture 40
A. Le tribunal des femmes du Canada 41
B. L'émergence d'une méthode 42
1. La multiplication des projets 42
2. L'aspect collectif au cœur de la démarche 43
II. Les stratégies de réécriture 46
A. L'importance majeure accordée au contexte de la décision 46
B. Le langage comme outil central de la justice 48
C. La révision des principes en litige 49
III. La réécriture des arrêts du Tribunal fédéral suisse 51
A. Défis de la réécriture dans les pays de *Civil Law,* à l'exemple de la Suisse 52
B. Possibilités d'articulation des perspectives féministes dans la réécriture des arrêts du Tribunal fédéral 54
Conclusion 56
Bibliographie 58

Introduction

« Est-ce que la décision qui a été rendue à mon égard aurait été différente si un·e·x autre juge avait traité de mon cas ? » – voici une question que nombre de personnes confrontées à la justice se posent. C'est également une question au cœur de la la réécriture féministe de jugements, qui peut aujourd'hui être considérée comme une méthode à part entière des approches féministes du droit. Elle consiste à se saisir d'un jugement existant, à se mettre – fictivement – à la place des juges et à revisiter cette affaire, en proposant une nouvelle version, à savoir le

* Les autaires, qui sont respectivement étudiante et professeure à l'Université de Neuchâtel et doctorante à l'Université du Québec à Montréal, ont déterminé l'ordre des noms par tirage au sort. La présente contribution s'inscrit dans le cadre du projet « La réécriture par les marges » financé par le Conseil de la recherche en sciences humaines du Canada, dans le cadre duquel nous avons eu la chance de travailler avec les personnes suivantes, que nous remercions chaleureusement : Djemila Carron, Laurence Gauvin-Joyal, Charlotte Hamel, Léo Lecomte.

jugement *réécrit*. L'objectif de la réécriture sera en général de mobiliser des cadres théoriques spécifiques issus notamment des approches féministes et critiques du droit. Ce faisant, la réécriture vise à démontrer la faisabilité pratique des théories féministes, en les appliquant à une situation concrète. Par cette double visée – fortement ancrée dans la théorie, mais profondément concernée par l'application pratique du droit – la réécriture constitue un cadre privilégié pour une réflexion critique à propos du droit et de la manière dont il est créé, façonné et appliqué.

La présente contribution a pour objectif de présenter la méthode de la réécriture féministe de jugements, et de s'interroger sur son potentiel d'inspiration pour la littérature juridique suisse. Au vu de la brièveté de la contribution, nos propos se limiteront nécessairement à une entrée en matière sur le sujet. Notre souhait est modestement de poser quelques bases, et si possible, d'inciter des autaires helvétiques à s'intéresser davantage à cette méthode dont le potentiel reste encore largement inexploré en Suisse. Pour ce faire, nous procéderons en trois étapes. Dans un premier temps, nous reviendrons brièvement sur l'origine de la méthode de réécriture ainsi que sur les divers projets menés entre 2006 et 2023 et ayant contribué à son essor, principalement dans des pays des systèmes issus de la *common law.* Dans un deuxième temps, nous passerons en revue les principales stratégies mobilisées dans le cadre des réécritures. Dans un troisième temps, nous nous interrogerons sur le potentiel et les limites de cette méthode dans le système juridique suisse, et conclurons avec quelques réflexions plus générales sur la pertinence de la méthode dans des systèmes relevant, comme c'est le cas de la Suisse, du droit civil *(civil law)*1.

I. Les origines et l'essor de la réécriture

Afin de saisir le phénomène de la réécriture féministe de jugements dans toute son ampleur, nous décrirons d'abord en quelques lignes le projet fondateur, le Tribunal des femmes du Canada (A), avant d'esquisser la façon dont les projets se sont multipliés entre 2006 et 2023 et de proposer quelques explications pour cet engouement (B).

1 Comme nous l'évoquons plus tard dans ce chapitre, la réécriture de jugement s'est, à ce jour, développée uniquement dans les pays de *common law* tels que le Canada, les États-Unis d'Amérique, l'Australie, ou encore la Grande-Bretagne. Les juridictions de droit civil (Suisse, Belgique, Italie, France, etc.) n'accordent, traditionnellement, pas la même importance à la jurisprudence dans le processus de création du droit. C'est cet élément qui justifie que nous interrogions la pertinence de cette méthode dans un système de droit civil tel que le système Suisse.

A. Le tribunal des femmes du Canada

La réécriture féministe de jugements, telle que nous la comprenons aujourd'hui, commence véritablement avec le Tribunal des femmes du Canada (Women's Court of Canada, WCC)[2]. Né à la suite d'une conférence académique au sujet de la Charte canadienne des droits et libertés, le projet a réuni des chercheuses, juristes et militantes féministes autour d'une frustration commune : la portée limitée – due notamment à une interprétation judiciaire restrictive – du droit à l'égalité consacré par l'article 15 de la Charte[3].

Le projet s'inscrit dans la continuité d'autres initiatives visant à dénoncer « des interprétations judiciaires qui n'accordent pas aux femmes leurs pleins droits de personnes humaines »[4]. Il s'en distingue toutefois aussi. Cette fois-ci, il n'est pas question de tenter de recourir à une instance supérieure – par exemple un organe international de protection des droits humains. Non, les auteures s'autoproclament juges, et se donnent pour tâche de rejuger un certain nombre d'arrêts rendus par la Cour suprême du Canada. Si leur tribunal – la WCC – restera nécessairement fictif, les jugements réécrits ne se distingueront guère, dans leur forme, des « vrais » arrêts de la Cour suprême. Leur contenu, en revanche, sera bien différent : là où la Cour suprême avait refusé de voir un problème de compatibilité avec la Charte, les arrêts réécrits démontrent en quoi une analyse féministe résulterait en une autre lecture du droit à l'égalité et aurait permis aux juges de constater des violations de l'article 15 de la Charte. Ce faisant, les jugements réécrits proposent des pistes concrètes pour une interprétation de la Charte compatible avec le concept de l'égalité matérielle ou substantielle ; plus généralement, ils posent les bases pour une véritable « contre-jurisprudence », voire une théorie constitutionnelle, en matière d'égalité[5].

La WCC produit ses six premières réécritures en 2006[6], mises en valeur lors de différents évènements de transmission des connaissances[7]. En 2018, une

2 À propos du Tribunal des femmes du Canada, voir not. Majury 2006, pp. 13-25. Avant le Tribunal des femmes, d'autres autaires ont proposé de réécrire des jugements n'adoptant pas nécessairement une perspective critique ou féministe, voir Balkin 2002 et Balkin 2005.

3 Majury 2006, pp. 22-24.

4 Majury 2006, p. 16.

5 Majury 2006, p. 17 ; Réaume 2018b, p. 1309 ; Koshan 2018, p. 1328.

6 Librement accessibles sur <https://www.thecourt.ca>, ces jugements ont aussi été publiés dans la série « Récrire l'égalité », *in* Canadian Journal of Women and the Law 18 (1) 2006. Pour la liste des affaires, voir aussi Réaume 2018b, p. 1309.

7 Koshan 2018, pp. 1328-1329.

deuxième série de jugements est publiée[8]. Acclamé, y compris par des juges[9], ce travail constitue une réelle démonstration de l'art du possible, tant il indique de façon concrète les manières dont la jurisprudence pourrait évoluer. Si l'impact du travail de la WCC sur la doctrine « mainstream » est jugé modeste par une autaire[10], le projet a connu un retentissement significatif dans la littérature féministe, et a déclenché une véritable vague de projets de jugements féministes ou « Feminist Judgment Projects », comme nous le verrons dans la section suivante.

B. L'émergence d'une méthode

1. La multiplication des projets

Depuis la création du Tribunal des femmes du Canada, les projets de réécriture féministe de jugements se sont multipliés. Ainsi, des projets collaboratifs ont vu le jour en Angleterre, Irlande/Irlande du Nord, Écosse, Inde, Australie, Nouvelle-Zélande ou encore aux États-Unis[11]. Ces projets s'intéressent généralement au droit national du pays en question, tel qu'il est ou tel qu'il pourrait être reconceptualisé, ou – plus rarement – au droit international[12]. La plupart des réécritures se placent du point de vue de la plus haute instance juridictionnelle du pays[13]. Si l'intérêt accordé aux plus hautes juridictions se comprend aisément au vu de la portée des décisions de ces dernières, certaines réécritures mettent, au contraire, en avant le rôle des juridictions inférieures[14].

8 Voir Réaume 2018a.

9 Dans le cadre de ses fonctions, la juge de la Cour Suprême du Royaume-Uni, Baroness Hale, s'est référée aux réécritures féministes et a recommandé leur lecture ; Rackley 2012, p. 396.

10 Koshan 2018, pp. 1329-1336.

11 Hunter / McGlynn / Rackley 2010 (Angleterre) ; Douglas / Bartlett / Luker / Hunter 2014 (Australie) ; Stanchi / Berger / Crawford 2016 (États-Unis) ; McCandless / Enright / O'Donoghue 2017 (Irlande) ; McDonald / Powell / Stephens / Hunter 2017 (Nouvelle Zélande) ; Cowan / Kennedy / Munro 2019 (Écosse) ; Sen / Chandra / Chaudhary (Inde). Pour un aperçu des projets passés ou en cours et des ressources y relatives, voir : <https://criticaljudgments.com/feminist-judgment-projects>.

12 Voir not. Hodson / Lavers 2019.

13 Stanchi / Berger / Crawford 2016 ; Réaume 2018a ; Majury 2006.

14 Majury 2006, p. 17 « Certaines choisiront de réécrire des arrêts d'autres cours ou tribunaux » ; Hunter / McGlynn / Rackley 2010, p. 10 « The majority of the judgments (13) are decided at the level of the House of Lords, nine at the level of the Court of Appeal, and one by the Privy Council. » ; Enright / McCandless / O'donoghue 2017, p. 21 « The project also incorporates a mix of appellate and first instance cases, as well as one Judicial Inquiry Report » ; Douglas / Bartlett / Luker / Hunter 2014, p. 14 « The collec-

Sur le plan thématique, aussi, on assiste à une diversification : en effet, la réécriture de jugements s'est emparée des disciplines les plus diverses du droit, allant du droit du travail au droit fiscal, en passant par le droit de la famille ou encore le droit des successions[15]. Même à l'intérieur d'une branche du droit, la multitude des sujets abordés témoigne de l'intérêt de cette méthode et de sa faculté à se saisir des thématiques les plus variées. Néanmoins, indépendamment des domaines et concepts juridiques maniés, les questions d'égalité et d'équité sont souvent au cœur des réécritures. En effet, l'un des objectifs explicites des réécritures féministes est de démontrer qu'une interprétation différente, moins formaliste, du droit à l'égalité est possible et, par la même occasion, d'illustrer la façon dont la jurisprudence pourrait bénéficier de la prise en compte de théories féministes[16].

Si les projets que nous venons de citer se réclament de la réécriture féministe de jugements (« Feminist Judgment Projects » ou « FJP »)[17], la réécriture de jugements a trouvé un écho au-delà des approches féministes. On pense notamment aux « Critical Judgment Projects », une appellation qui regroupe des projets divers qui déclinent la réécriture de jugements féministe à d'autres approches théoriques, par exemple aux approches queer, autochtones ou écocentriques[18]. Ces projets se distinguent des *Feminist Judgement Projects* par leur cadre théorique, qui implique nécessairement des différences quant à la méthode de réécriture. Ils s'inscrivent néanmoins dans la lignée des réécritures féministes, les reconnaissant d'ailleurs généralement comme étant leur source d'inspiration[19].

2. L'aspect collectif au cœur de la démarche

À l'instar du Tribunal des femmes du Canada, les projets de réécriture nés par la suite sont de véritables œuvres collectives : l'objectif est, certes, de produire

---

tion draws on cases decided in a range of Australian jurisdiction and at various levels of the court hierarchy ».

15 Rebouché 2020 (droit de la famille) ; Crawford / Infanti 2017 (droit fiscal) ; Mutcherson 2020 (justice reproductive) ; McGinley / Buonocore Porter 2020 (droit du travail) ; Gordon / Lewis / Spivack 2020 (droit des trusts et de la propriété).

16 Majury 2006, p. 19. Cette stratégie a rencontré tout son succès suite à la référence de la Baroness Hale, voir *supra,* note 9 ; Rackley 2012, p. 396.

17 Voir *supra* note 11.

18 Brems 2013 ; Appleby / Dixon 2016 ; Brems / Desmet 2017 ; Rogers / Maloney 2017 ; Stalford / Hollingsworth / Gilmore 2017 ; Smith / Coggon / Hobson / Huxtable / McGuinness / Miola / Neal 2017 ; Watson / Douglas 2021 ; Rogers / Maloney 2022 ; Rogers / Maloney 2023 ; Ferreira / Moscati / Raj 2024. Pour un aperçu des projets passés ou en cours et des ressources y relatives, voir : <https://criticaljudgments.com/critical-judgment-projects>.

19 Rogers / Maloney 2017, pp. 3-4 ; Watson / Douglas 2021, pp. 2-3 ; Brems 2013, p. 2.

des jugements réécrits, mais ce résultat ne représente qu'une partie du projet, dont le but est également de réunir et de faire dialoguer des expertises, des positionnalités et des points de vue différents[20]. Cette rencontre d'une multitude de perspectives passe non seulement par la diversité des personnes impliquées – militant·e·x·s, praticien·ne·x·s du droit, académiques, et parfois artistes – ainsi que par la sélection ciblée de personnes adoptant des positionnements théoriques différents, mais encore par le processus de réécriture lui-même. Ainsi, si la réécriture « proprement dite », à savoir la création du jugement alternatif, reste souvent un exercice relativement solitaire, elle est généralement encadrée par diverses formes de travail collaboratif, comme des ateliers, rencontres, ou encore des performances théâtrales[21]. Certains projets ont associé des artistes pour créer des formes de dialogues et de réflexions allant au-delà du droit, et, par ce biais même, renouveler le regard des juristes autaires des réécritures sur leur matière, leur permettant d'approcher le sujet de leur réécriture avec une autre perspective[22]. Le recours à l'art ou à d'autres formes d'expressions non juridiques, tout comme le fait d'associer des artistes à un projet de réécriture, permet aux juristes de réimaginer le lien que leur discipline entretient avec le langage et ses formes juridiques contraintes[23]. Par ailleurs, l'art apporte une perspective radicalement différente, jouant sur les registres de l'émotion et de notre humanité, il apporte un questionnement nouveau sur les formes d'expression et le poids des discours dans les décisions juridiques.

La confrontation de perspectives et le dialogue sont par ailleurs souvent créés par la juxtaposition d'un jugement réécrit avec un ou plusieurs commentaires rédigés par de tierces personnes[24]. Commun aux projets de réécriture, ce format permet également de mettre en avant et de faire dialoguer des points de vue différents ainsi que de souligner la diversité des approches et positions féministes[25]. Certains

20 Voir not. Cowan / Kennedy / Munro 2019, pp. 1-18, ou encore Hunter / McGlynn / Rackley 2010, pp. 12-13, qui décrivent la manière dont différents féminismes se sont rencontrés dans le cadre de leur projet.

21 Voir not. McCandless / Enright / O'Donoghue 2017, pp. 16-20 ; Cowan / Kennedy / Munro 2019, pp. 12-15.

22 Voir not. McCandless / Enright / O'Donoghue 2017, pp. 3-8 ; Hunter / McGlynn / Rackley 2010, pp. 4-5.

23 Cowan / Kennedy / Munro 2019, pp. 12-15.

24 Voir not. McCandless / Enright / O'Donoghue 2017, pp. 20-21.

25 Cowan / Kennedy / Munro 2019, p. 5. La diversité de perspectives et leur impact sur le raisonnement juridique/judiciaire est particulièrement bien illustrée par Appleby / Dixon 2016, ouvrage dans lequel le même arrêt est réécrit de plus d'une dizaine de perspectives différentes ; voir aussi Hunter / McGlynn / Rackley 2010, pp. 12-13.

projets poussent encore plus loin ces aspects dialogiques et réflexifs : par exemple, dans le cadre du projet écossais, chaque jugement réécrit est accompagné d'un commentaire – rédigé par une autre personne – ainsi que d'un texte réflexif rédigé, lui, par l'autaire de la réécriture[26].

Le travail collectif et la confrontation de points de vue peuvent ainsi être considérées comme des parties constitutives – et même essentielles – de la méthode de réécriture féministe. Ce constat s'applique aussi – quoique dans une moindre mesure – aux réécritures isolées, qui ne s'inscrivent pas dans un projet de plus grande envergure. D'une part, il n'est pas rare que celles-ci soient rédigées à plusieurs mains, créant ainsi un aspect collaboratif dans un travail – la rédaction de textes académiques juridiques – qui est souvent une entreprise individuelle et solitaire[27]. D'autre part, même lorsque la réécriture est le résultat d'un travail individuel, elle crée un dialogue avec le jugement initial. Son potentiel dialogique fait également de la réécriture un outil pédagogique innovant pour l'enseignement du droit[28]. À ce propos, Gabrielle Appleby et Rosalind Dixon ont souligné l'utilité particulière d'ouvrages ou de collections regroupant de multiples réécritures d'un seul jugement à partir de différents points de vue ou approches théoriques[29]. La juxtaposition de plusieurs réécritures du même jugement permet en effet d'illustrer l'impact d'une approche ou d'un point de vue sur le texte – et parfois le résultat – d'un jugement et, par ce biais, de générer une réflexion critique à propos du rôle des juges et de l'influence de leur positionnalité sociale et de leur positionnement théorique sur le raisonnement juridique. De la même manière, cette juxtaposition permet de démontrer la multitude de raisonnements juridiques qui peuvent être développés autour d'une même affaire tout en se conformant aux exigences de l'exercice judiciaire. Si les différentes réécritures mobilisent nécessairement des concepts théoriques variables, il est néanmoins possible d'identifier un certain nombre de stratégies communes aux réécritures, comme nous le verrons dans la section suivante.

26 Voir les différentes contributions dans Cowan / Kennedy / Munro 2019.

27 Voir not. Carron / Miranda 2021 ou Del Gaudio / Müller / Zimmermann 2020.

28 Auchmuty 2012, pp. 227-238 ; Koshan / Majury / Mathen / Evans Maxwell / Réaume 2010, pp. 121-148 ; Berger / Stanchi / Crawford 2018, pp. 8-10.

29 Appleby / Dixon 2018, pp. 38-43, présentant Appleby / Dixon 2016 (un projet dédié à un seul jugement) ; voir aussi Berger / Stanchi / Crawford 2018, pp. 8-10.

II. Les stratégies de réécriture

Analysée comme une méthode critique, la réécriture féministe de jugements comporte des éléments stratégiques et méthodologiques puissants, servant une lecture critique de la jurisprudence, et plus largement du droit. Parmi ces éléments identifiables, nous avons choisi d'en présenter trois qui nous semblent les plus représentatifs de la réécriture de jugements, à savoir la contextualisation des décisions (A), le travail sur le langage (B) et la révision des principes juridiques (C). Chacun de ces éléments mériterait que lui soit consacré un article complet. Cependant, à des fins d'explication contrainte par une concision nécessaire, nous nous bornerons à présenter succinctement les éléments d'identification les plus fondamentaux.

A. L'importance majeure accordée au contexte de la décision

L'une des quêtes de la réécriture de jugements est d'opérer une recontextualisation des affaires en cause. En effet, la réécriture s'appuie en grande partie sur une quête de cohérence entre la décision et son contexte. Pour ce faire, les autaires de réécritures confèrent aux éléments factuels et de contexte une importance que la décision initiale leur refuse souvent. Qu'il s'agisse du contexte individuel entourant la décision – nous parlons ici des éléments de vie et de faits propres aux parties du litige – ou du contexte social et politique dans lequel la décision s'inscrit, la plus grande prise en compte du contexte de la décision vise à garantir une décision plus cohérente, plus juste et plus acceptable. Cette contextualisation accrue de la décision permet de « raconter l'histoire d'une affaire de la manière la plus complète et contextualisée possible »[30]. La contextualisation passe ainsi par plusieurs voies et peut aboutir à plusieurs issues et remèdes[31].

Il peut tout d'abord s'agir de prendre en considération les faits du cas d'espèce considérés comme non pertinents et donc passés sous silence dans le jugement initial en raison de leur non-pertinence, mais qui recouvrent pour l'analyse

30 Hunter / McGlynn / Rackley 2010, p. 14.

31 La distinction entre issue et remède, dans le contexte de la réécriture, peut être présentée comme la différence entre la réponse apportée par la cour et les solutions et réparations proposées par elle. Cette distinction est essentielle car, comme nous l'expliquons dans les pages qui suivent, la réécriture ne vise pas nécessairement à renverser le jugement initial, mais plus surement à lui apporter des justifications autres, débarrassées des stéréotypes potentiels. Les remèdes, quant à eux, représentent les solutions que les réécritures proposent dans ce cas d'espèce pour rendre plus effectives les théories féministes.

féministe une importance majeure. Il est ici question de raconter les faits judiciaires autrement et de créer un narratif qui prenne en compte des expériences et des perspectives trop souvent marginalisées. Dans son chapitre « An Account of Feminist Judging », Rosemary Hunter présente le traitement des faits du cas comme un élément qui ne poursuit pas simplement l'objectif d'exposer les réalités de la vie des femmes, mais nous rappelle que la façon dont les faits sont présentés a un effet direct sur l'issue du jugement[32].

Ensuite, comme l'expose Rosemary Hunter, « [a]lmost all of the feminist judgments introduce additional ‹ social framework › material to place the particular facts of the case and/or the legal issues involved in a broader context »[33]. L'idée est alors de chercher à déterminer avec justesse et rigueur le contexte socio-politique entourant la décision. Pour ce faire, il est par exemple possible de prendre en compte des informations collectées auprès de la société civile, comme les autaires l'ont fait dans le projet *Feminist Judgments in International Law*[34]. Dans ce projet, les autaires ont notamment utilisé des rapports issus d'organisations internationales se trouvant sur le terrain. Dans d'autres réécritures, les données statistiques sont mobilisées afin de permettre la meilleure exposition de l'ampleur d'un phénomène[35]. Ces données issues du terrain permettent de réancrer la décision dans son contexte socio-politique, en faisant alors un véritable outil de régulation et de militantisme social et politique[36].

Établir les faits et les données du contexte factuel, social et politique de la décision ne se fait pas sans raison. Il s'agit de donner à la décision réécrite une portée que la décision initiale n'avait pas nécessairement. Avant toute autre chose, il nous faut préciser un élément d'envergure : la réécriture n'a pas comme objectif préétabli de modifier invariablement l'issue de la décision. Il est fréquent que les décisions initiales soient déjà considérées, au regard de leur issue (et donc sans

32 Hunter 2010, pp. 36-40.
33 Hunter 2010, pp. 36-40.
34 Hodson / Lavers 2019.
35 Sharpe 2017, pp. 417-435.
36 On peut citer deux exemples issus du projet *Feminist Judgments in International Law* : Shazia Choudhry et Jonathan Herring, dans la réécriture de l'arrêt *Opuz v. Turkey,* citent le rapport « Multicountry Study on Women's Health and Domestic Violence against Women » de l'Organisation Mondiale de la Santé (Choudhry / Herring 2019, p. 272). Yassin M. Brunger, Emma Irving et Diana Sankey, dans la réécriture *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo,* font référence entre autres au rapport « Soldiers who rape, commanders who condone » de Human Rights Watch de 2009 (Brunger / Irving / Sankey 2019, pp. 410-411).

considération du raisonnement) comme des décisions féministes[37]. Cependant, la réécriture peut mener à la modification de l'issue. Elle est alors l'occasion de porter une attention particulière à l'impact réel et pratique que peuvent avoir les arguments théoriques soulevés par la réécriture.

Outre la poursuite d'une issue différente, Erika Rackley nous rappelle que la nécessité pour le pouvoir judiciaire de refléter et de prendre en compte les préoccupations sociales peut inciter les autaires de réécritures à suggérer des remèdes parfois inusités. Qu'il s'agisse de faire des recommandations claires et factuelles au gouvernement[38] ou encore de reconnaitre la responsabilité des tribunaux eu égard à leurs décisions[39], la décision réécrite est l'occasion de rappeler et de mettre en application une certaine conception de la justice et de son rôle social.

B. Le langage comme outil central de la justice

Le travail sur le langage se trouve au cœur des réécritures de jugements et se manifeste de multiples manières. Certains éléments nous semblent fondamentaux. Parmi eux, l'effacement des termes et formulations qui perpétuent les stéréotypes, en atténuant la distance impersonnelle qui caractérise le langage judiciaire, ou encore, en abandonnant très radicalement le format judiciaire du langage. Il s'agit de réécrire un jugement tout en évitant de reproduire la façon dont le langage reflète les hiérarchies et les dynamiques de pouvoir en place dans une société patriarcale. Qu'il s'agisse de revoir le langage juridique pour se le réapproprier, de s'en détacher ou encore de se défaire aussi des contingences linguistiques, la réflexion construite autour du langage et de ses biais représente un outil majeur des réécritures féministes.

Pour commencer, le travail des autaires consiste souvent à faire disparaître les formulations qui perpétuent des stéréotypes. Par exemple, dans son article analysant les réécritures féministes en droit fiscal, Alice G. Abreu rappelle que dans les décisions relatives au droit fiscal, identifier les femmes par leur nom complet et non pas seulement par la mention de « taxpayer » est une façon de lutter contre le stéréotype de genre selon lequel le payeur de taxes est principalement un homme[40].

37 Voir not. les réécritures *Desert Palace v. Cost,* Mann 2020 et *International Union, UAW v. Johnson Control, Inc.,* Allen 2020.

38 Buckley 2006, pp. 27-60.

39 McDaniel-Miccio 2016, p. 485.

40 Abreu 2019, pp. 189 ss.

Il peut aussi s'agir de se réapproprier la réponse judiciaire au travers de la langue, en travaillant par exemple à atténuer la distance impersonnelle qui caractérise si bien le langage juridique. Par exemple, dans sa réécriture de *R. v. Middendorf,* Danielle Tyson décide de réécrire le jugement à la première et à la deuxième personne pour s'adresser directement à l'accusé. Cette façon de modifier le ton du jugement est aussi une façon de communiquer des émotions que le jugement initial ne pouvait communiquer, par exemple l'empathie.

Un autre aspect de l'importance apportée au langage passe aussi par l'abandon du format judiciaire classique. Ainsi, certains projets incluent des modes d'expression artistiques comme médias possibles de justice et de droit. Ce fut le cas dans le projet *Scottish Feminist Judgments* au cours duquel les participant·e·x·s ont identifié l'art comme un médium alternatif propice au travail de réécriture[41]. Le droit y est alors approché sous un angle artistique et performatif, dans le travail de toiles, de photographies servant à refléter la complexité et l'impact des décisions judiciaires. Il s'agit en l'espèce de permettre aux personnes extérieures à sa pratique de pouvoir se réapproprier sa puissance dans des codes qui leur sont moins étrangers. Le langage utilisé, qu'il s'agisse d'un format de langue classique ou de médias artistiques, devient alors un outil d'intégration des acteurs, des expériences et des quotidiens souvent négligés.

C. La révision des principes en litige

La réécriture est ultimement l'occasion de porter un regard critique sur l'application du droit par les juges. Même si l'enjeu n'est pas toujours de changer le résultat final de la décision, l'analyse critique du raisonnement est un élément central de la réécriture, lui permettant de concrétiser et de mettre en œuvre les théories mobilisées, et donc par exemple, les théories féministes. La révision des principes en litige emprunte classiquement deux stratégies : repenser les catégories jugées problématiques et remettre au cœur de la discussion les questions de droit qui avaient été passées sous silence dans la décision initiale.

Dans un premier temps, le travail consiste à repenser les catégories et les normes jugées problématiques[42]. Il s'agit dans cette hypothèse d'analyser les normes et les catégories juridiques appliquées par les juges initiaux dans une perspective féministe, ce qui amène la plupart du temps à en exposer les biais et les stéréotypes qu'elles véhiculent. L'exemple le plus évident est la remise en question de la

41 Cowan / Kennedy / Munro 2019.
42 Thompson 2017, p. 49.

pertinence de la catégorie de genre. Il s'agit de déconstruire le raisonnement qui s'appuyait en grande partie sur la binarité de genre et de contredire l'importance de cette prétendue binarité dans l'affaire en question. À travers la réécriture, des autaires parviennent à démontrer par exemple qu'une norme ou une décision qui, de prime abord, paraissait améliorer l'égalité entre les genres, véhicule et perpétue en réalité des stéréotypes de genres problématiques[43]. Tout en critiquant la norme, la réécriture propose une alternative en démontrant la viabilité d'un raisonnement qui se départit desdits stéréotypes et de la question de genre comme question centrale. Dans les décisions réécrites en droit du travail, il est question de protéger les travailleur·euse·x·s, non pas d'opérer des distinctions en fonction du genre des personnes[44].

La réécriture de l'affaire *International Union, UAW v. Johnson Control, Inc* est un excellent exemple de cette approche. Elle déconstruit une politique dont l'objectif affiché était la protection des femmes en milieu de travail[45]. L'autaire de la réécriture revient sur la décision originale en estimant que, d'un point de vue féministe, ce jugement renforce des postulats stéréotypés quant à la répartition des rôles en focalisant exclusivement sur la situation des employées femmes par opposition aux employés masculins. L'autaire avance que ce raisonnement « implicitly maintained a paradigm whereby women are the only parties responsible for the health of offspring and men responsible only for financially supporting those women »[46]. En déployant un argumentaire différent, la réécriture se détache de la distinction de genre comme un élément pertinent dans la protection des travailleur·euse·x·s. Il s'agit de défaire les stéréotypes qui

43 Timmer 2013, p. 148.

44 Dans le projet *Feminist Judgments : Rewritten Employment Discrimination Opinions,* les autaires de la réécriture du jugement *Jespersen v. Harrah's Operating Co* rejettent « the mutable/immutable distinction and the equal burdens test. They also reject the notion that sex-specific ‹ social norms › are somehow distinct from sex stereotypes, and they unequivocally condemn both as impermissible justifications for grooming standard » (Bell 2020, p. 125).

45 Dans l'affaire, la compagnie Johnson Control, Inc avait mis en place une politique de protection prétendue des femmes en âge de procréer en leur refusant l'accès à certains postes qui impliquaient un contact avec des produits dangereux. Cette protection n'était pas accordée aux hommes en âge de procréer alors même que ces produits dangereux avaient un impact sur leur capacité procréatrice. La décision initialement rendue déclarait que cette différence de traitement constituait une discrimination pour les deux requérantes femmes. La décision a néanmoins été critiquée par l'autaire de la réécriture, notamment parce qu'elle n'examinait pas la situation du requérant homme.

46 Allen 2020, p. 68.

infusent jusqu'aux décisions les plus apparemment « progressistes », mais aussi d'en dénoncer l'invisibilisation apparente.

Dans un second temps, la remise en question des principes au litige permet de remettre au centre du débat juridique des questions que les décisions originelles ont classiquement délaissées. Il s'agit de lever le voile sur la pudeur ou l'apparent malaise des autorités judiciaires à se saisir franchement de questions pourtant centrales. Les autaires de réécriture peuvent alors afficher sans ambages ce qui, pour iels, constituait la véritable question en litige.

Ce « recentrage » du débat est très apparent dans la réécriture de l'affaire *Desert Palace v. Costa*[47]. En l'espèce, une femme avait été licenciée à la suite d'une altercation avec un co-employé masculin qui, lui, avait pu conserver son emploi. Le jugement de la cour suprême était considéré comme une victoire pour la plaignante parce qu'il établissait l'admissibilité de preuves circonstancielles dans le domaine de la discrimination. Mais l'autaire de la réécriture met en évidence les lacunes de ce jugement en affirmant que l'affaire en question était avant tout une affaire de discrimination fondée sur le genre, et que la dimension procédurale de la preuve n'était que de seconde importance en l'espèce. En affirmant ceci, l'autaire démontre que de ne pas traiter de la question de la discrimination était un choix conscient de la Cour suprême.

Ainsi, en mobilisant tout ou partie des outils présentés, les autaires de réécritures peuvent mettre en œuvre les théories féministes, les exposer à l'épreuve du terrain et en démontrer toute la pertinence et l'effectivité autant que la justesse juridique.

III. La réécriture des arrêts du Tribunal fédéral suisse

La méthode féministe de réécriture de jugements a été façonnée dans des pays de c*ommon law* et, bien que cette méthode commence à se faire connaître dans les pays de c*ivil law* avec des ébauches de projets au Brésil ainsi qu'en Europe centrale et Europe de l'Est[48], aucun projet n'a encore été finalisé dans un pays de c*ivil law.* Cette situation peut s'expliquer par la complexité de l'adaptation de cette méthode à un ordre juridique dont la structure et le fonctionnement changent

47 Mann 2020, p. 30.

48 Des projets de réécritures sont en cours dont un projet de réécriture féministe au Brésil et un projet de réécriture en Europe de l'Est et en Europe centrale : <https://www.ucl.ac.uk/laws/research/research-projects/feminist-judgments-central-and-eastern-europe>.

drastiquement le processus d'écriture de jugements, par rapport au système de *common law*[49]. Dans le cadre du projet de l'Europe centrale et de l'Europe de l'Est, la question de l'adaptation de cette méthode à des pays de c*ivil law* a d'ailleurs fait l'objet de discussions préalables[50]. Les autaires féministes ayant comme objectif de se mettre dans la peau des juges, il est important de comprendre en quoi cette fonction ne s'exerce pas de la même manière dans ces deux traditions juridiques, tant dans l'étendue du pouvoir créateur des juges que dans la forme et les sources de leurs raisonnements.

En nous concentrant sur l'exemple de la Suisse, nous nous intéressons à ces défis d'adaptation (A) et aux moyens d'intégrations des perspectives féministes dans la réécriture de jugements de sa plus haute instance, le Tribunal fédéral (B).

A. Défis de la réécriture dans les pays de *Civil Law,* à l'exemple de la Suisse

Plusieurs particularités compliquent la transposition telle quelle en *civil law* des outils développés dans les projets de réécriture en *common law.*

Une des différences majeures est le caractère souvent impersonnel des jugements civilistes[51]. Traditionnellement, les juges de *civil law* sont plutôt effacés, car iels rendent le jugement au nom du tribunal, alors que les juges de c*ommon law* peuvent rendre des opinions séparées, exprimer leurs désaccords et parler en leurs noms[52]. En Suisse, cette dépersonnalisation des juges est d'autant plus forte qu'après délibération, les juges se rangent derrière la décision prise par le collège de juges[53]. Dès lors, les juges féministes doivent respecter ce style de rédaction impersonnel, cela sous-entend que les juges féministes doivent parler au nom du Tribunal. Au style rédactionnel impersonnel se rajoute un style déductif, concis et technique[54]. Ce style impersonnel est un obstacle à la considération émotionnelle que le travail du langage dans les réécritures de jugements de *common law* valorise. Plus généralement, les outils féministes développés dans

49 Siems 2022, pp. 50 ss.

50 Dans le cadre du projet de l'Europe de l'Est et de l'Europe centrale, une table ronde a eu lieu en juillet 2022 au sujet des défis de l'adaptation aux régimes de *civil law*: *Challenges of Feminist Judgments Projects in Civil Law Jurisdictions:* <https://www.ucl.ac.uk/laws/research/research-projects/feminist-judgments-central-and-eastern-europe>.

51 Donzallaz 2019, p. 86.

52 Siems 2022, p. 63.

53 ACCPUF 2019, pp. 61 et 478.

54 Siems 2022, p. 64.

les pays de c*ommon law* autour de la narration ou de la créativité du langage sont difficilement transposables dans la réécriture de jugement du Tribunal fédéral, faute de quoi les jugements réécrits ne seraient plus des jugements réalistes.

Une autre contrainte résulte du fait que le Tribunal fédéral ne réexamine pas les faits (art. 105 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF]), sauf s'ils sont manifestement erronés ou violent le droit (art. 105 al. 2 LTF et art. 95 LTF)[55]. Le Tribunal fédéral ne peut d'ailleurs que se référer aux faits qu'il a à disposition, qui eux-mêmes dépendent de l'établissement des faits des instances inférieures gouvernées par leurs propres maximes de procédure[56]. Dans le contexte des réécritures féministes des jugements du Tribunal fédéral, cela implique qu'il n'est pas possible de prendre en considération des faits passés sous silence ou de raconter autrement les faits, les autaires féministes doivent alors respecter ce cadre strictement technique de jugements du Tribunal fédéral. Pour pouvoir retravailler les faits, il serait alors préférable de réécrire des jugements d'instances inférieures. Ces contraintes ne sont pas propres au Tribunal fédéral, mais sont au contraire communes à diverses juridictions d'appel, y compris dans des systèmes de *common law*[57]. Elles se trouvent cependant accentuées par la tendance, plus forte dans la tradition civiliste, d'établir des états de fait relativement succincts au niveau des juridictions inférieures. Finalement, alors que dans les pays de *common law,* la jurisprudence est traditionnellement la source principale du droit, les pays civilistes accordent une place prépondérante à la codification[58]. Les autaires doivent dès lors résoudre les litiges au regard des lois et des codes[59]. Cette distinction influence leur raisonnement ainsi que la forme des jugements qui sont dès lors plus systématiques[60]. Cette différence fondamentale entre les deux traditions juridiques semble impliquer une différence notable quant à la marge de manœuvre des juges[61]. Cependant, cette différence est moins grande qu'il n'y paraît, car les juges civilistes sont confronté·e·x·s à des situations juridiques complexes et évolutives qui impliquent fréquemment l'usage de leur marge de manœuvre[62]. Les juges civilistes sont appelé·e·x·s à combler des lacunes, interpréter des normes,

55 ACCPUF 2019, p. 477.

56 Wurzburger 2011, p. 190 ; PC CPP, art. 6 ; PC CPC, art. 55 ; Antonioni Luftensteiner 2023, pp. 107-108.

57 Voir aussi Hunter / McGlynn / Rackley 2010, pp. 13-17.

58 Sauls Avolio 2017, p. 3.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.* ; Wurzburger 2011, p. 189.

61 Cependant, nous ne voulons aucunement négliger les contraintes encadrant les jugements et l'art de juger dans les juridictions issues de *common law* : à ce propos, voir not. Hunter / McGlynn / Rackley 2010, pp. 13-17.

62 Wurzburger 2011, pp. 34 et 38.

pondérer les faits présentés, peser les intérêts privés et publics présents ou encore concrétiser les droits fondamentaux abstraits et généraux[63]. Dès lors, la réécriture présente un réel intérêt dans un contexte de *civil law* également, et a un véritable pouvoir créatif permettant de renouveler la réflexion juridique.

B. Possibilités d'articulation des perspectives féministes dans la réécriture des arrêts du Tribunal fédéral

Les perspectives féministes s'intègrent par le biais de plusieurs stratégies. Et malgré les nombreux défis présents dans la transposition de cette méthode, de nombreuses possibilités permettent de prendre en compte des perspectives féministes au sein des arrêts du Tribunal fédéral.

Malgré le caractère technique et impersonnel de la rédaction des jugements, il reste aux autaires des réécritures la possibilité d'intégrer les perspectives féministes dans l'attention particulière portée aux mots. Iels ont la possibilité de développer un regard critique sur le choix d'utiliser certains termes plutôt que d'autres et de souligner la conséquence que représente l'emploi de certains termes. À titre d'illustration, citons l'affaire *A.P., Garçon et Nicot c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la reconnaissance de l'identité de genre[64]. Dans leur réécriture de cet arrêt, les autaires ont mis en avant le pouvoir des mots et l'importance de privilégier un vocabulaire respectueux des vécus des personnes trans*[65]. Leur réécriture a également permis de démontrer et de critiquer la manière dont certains termes renforcent et perpétuent des stéréotypes[66].

Comme il a été exposé précédemment, la marge de manœuvre des juges civilistes semble théoriquement plus restreinte que celle des juges de *common law*[67]. En réalité, les juges civilistes se retrouvent face à de nombreuses situations ou iels doivent user de leur liberté d'interprétation. Ainsi les autaires civilistes, tout comme celleux de *common law,* peuvent se saisir de ces choix pour introduire les perspectives féministes dans les jugements et influencer leurs raisonnements et leurs dispositifs. Pour ce qui est du Tribunal fédéral, les juges s'appuient régulièrement sur la doctrine juridique et sur la jurisprudence pour interpréter

63 Wurzburger 2011, pp. 38, 190 ss et 228 ss.
64 CourEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France, requêtes n^{os} 79885/12, 52471/13, 52596/13, 6 avril 2017.
65 Carron / Miranda 2021, pp. 1-23.
66 Carron / Miranda 2021, pp. 1-23.
67 Siems 2022, pp. 60 ss.

et appliquer les lois[68]. Rien n'empêche alors les autaires de réécriture d'en faire de même en accordant plus de poids à la doctrine et à la jurisprudence féministe. Ce constat est d'autant plus vrai que les théories féministes du droit se sont diffusées, en Suisse, à travers les disciplines juridiques et proposent des interprétations et des connaissances alternatives sur lesquelles les autaires de réécritures peuvent s'appuyer. À titre d'exemple, des autrices féministes ont développé une interprétation de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes[69], permettant l'interdiction de discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle au même titre que la discrimination fondée sur le genre[70]. Dans une affaire concernant un homme gay qui s'était vu refuser un emploi par l'Armée suisse, le Tribunal fédéral a privilégié l'interprétation restrictive du champ d'application de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, considérant que celle-ci ne s'appliquait pas aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle[71]. Néanmoins, dans son raisonnement, il s'est référé aux théories féministes susmentionnées. Une réécriture de cet arrêt pourrait se baser sur les écrits féministes existants et, ce faisant, démontrer que la limite entre discriminations fondées sur le genre et sur l'orientation sexuelle est souvent floue, notamment en raison de la présence de conceptions sociétales cishétérormatives et stéréotypées sur la manière « correcte » auxquelles les personnes appartenant à un genre devaient se conformer.

Dans le domaine du droit anti-discriminatoire, plus généralement, Morgane Ventura a employé la réécriture de jugements comme outil pour explorer le potentiel et les limites de l'interprétation jurisprudentielle du droit à l'égalité et de l'interdiction des discriminations[72]. Dans son étude, elle s'est intéressée au concept de l'accommodement raisonnable et à la manière dont celui-ci pourrait être intégré en droit suisse. Elle a alors réécrit un certain nombre d'arrêts du Tribunal fédéral pour démontrer la différence d'un raisonnement judiciaire prenant en compte ce concept par rapport au raisonnement judiciaire actuel[73]. Cet ouvrage démontre au passage l'intérêt et la faisabilité de la méthode de réécriture en droit suisse.

68 ACCPUF 2019, p. 475.

69 Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1.

70 Lempen / Sheybani 2020, p. 89.

71 ATF 145 II 153.

72 Ventura 2023, pp. 305 ss.

73 Ventura 2023, pp. 306 ss (réécriture de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_546/2018 du 11 mars 2019), pp. 314 ss (réécriture de l'ATF 135 I 79) et pp. 321 ss (réécriture de l'ATF 129 I 74).

De même que la mobilisation d'interprétations doctrinales et jurisprudentielles, les juges du Tribunal fédéral peuvent se référer à des expert·e·x·s externes ou à des rapports lorsqu'il est question d'éléments techniques[74]. Il est, dès lors, possible de faire de même avec des rapports d'expertise féministe et de les mobiliser lorsque l'on s'intéresse à des thématiques comme les violences conjugales, le harcèlement sexuel et sexiste au travail ou encore le travail éducatif.

Conclusion

Il existe aujourd'hui un véritable engouement pour la réécriture de jugements. L'expérience du Tribunal des Femmes du Canada a inspiré de nombreux projets à travers le monde, qu'il s'agisse de projets de réécriture féministe ou de projets s'inscrivant dans d'autres approches critiques telles que les approches queer, autochtones ou écologistes. D'envergure et de conception variables, ces projets ont une méthode en commun : celle-ci consiste à se saisir de jugements existants, à les soumettre à une analyse critique minutieuse et à en écrire une nouvelle version. C'est un travail qui se veut relationnel et dialogique : les autaires des réécritures entrent ainsi en dialogue avec le jugement initial qu'iels se proposent de réécrire, mais aussi avec d'autres personnes impliquées dans le projet, dont la tâche est par exemple de rédiger un commentaire écrit de la réécriture de jugement, ou encore de créer une réflexion critique à propos du jugement initial par le biais d'autres modalités d'expression, en ayant par exemple recours à des performances théâtrales.

S'agissant de la rédaction proprement dite, on peut identifier un certain nombre de stratégies communes aux réécritures, qui s'expliquent d'ailleurs par leur ancrage dans les théories féministes : l'attention portée au langage et aux valeurs et stéréotypes que celui-ci véhicule, l'importance accordée au contexte entourant une décision et sa mise en œuvre ainsi qu'une remise en question des principes et catégories juridiques mobilisés dans le raisonnement judiciaire. Ces stratégies visent à mettre en œuvre, lors d'un cas d'application concrète, des concepts et réflexions centrales aux théories féministes et critiques, comme l'importance des mots et de la contextualisation, ou encore les hiérarchies sous-jacentes à une règle de droit supposée neutre et objective. Ce faisant, la réécriture favorise une réflexion critique à propos du droit tel qu'il est ainsi qu'à propos de la manière dont il est créé et façonné. Elle entretient pourtant une relation fondamentalement ambiguë avec le droit : la méthode essaie de déconstruire le droit et sa création –

74 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_793/2020 du 8 juillet 2021, consid. 5 ss.

par exemple en analysant l'influence de la positionnalité sociale des juges sur le texte du jugement – ; mais en même temps, elle fait du droit son outil et se sert d'une forme éminemment juridique – les jugements – pour essayer de réimaginer le droit[75].

Pour l'instant, le succès de la réécriture de jugements comme méthode permettant de penser et réimaginer le droit s'est avant tout manifesté dans les systèmes de *common law* ou mixtes (comme l'Écosse). Pourtant, la méthode suscite également un intérêt croissant dans les pays de *civil law.* Dans notre article, nous avons esquissé un certain nombre d'obstacles à la réécriture dans un système civiliste, en prenant pour exemple la Suisse[76]. Un premier aspect est que les juges – et la jurisprudence – jouent un rôle différent dans la création du droit : en théorie, à tout le moins, leur rôle se borne à une interprétation des textes qui sont, eux, créés par le pouvoir législatif. Cette différence classique entre *common law* et *civil law* s'est toutefois estompée avec le temps, avec un rôle croissant du législateur dans les premiers, et une marge de manœuvre considérable pour les juges dans les seconds. Un deuxième aspect a plutôt trait à ce qu'on pourrait appeler la culture juridique : des jugements généralement formulés de façon très impersonnelle, souvent relativement courts et très techniques, ou encore l'absence d'opinions séparées. Ces éléments font qu'une réécriture réaliste – qui essaie de respecter l'ensemble des contraintes découlant du droit positif de l'ordre juridique en question – rencontrera généralement plus de limites dans un système civiliste. Néanmoins, dans notre contribution, nous avons démontré que les réécritures restent possibles malgré ces contraintes. En particulier, nous avons indiqué qu'il existe une marge certaine s'agissant du langage utilisé et des principes et catégories juridiques mobilisées ainsi que de leur interprétation, et que cette marge judiciaire laisse de l'espace pour des réécritures. Dans une optique peut-être plus utopiste – car moins facile à mettre en œuvre par la suite – une méthode de réécriture « typiquement civiliste » pourrait également cumuler des réécritures de jugements avec des propositions légistiques (réécriture de dispositions légales existantes). Si toutes ces questions méritent d'être approfondies dans des publications futures – ou lors de projets de réécritures qui sont encore à faire – une chose est sûre : l'apport fondamental de la réécriture en tant qu'outil herméneutique permettant de porter un regard critique et créatif sur le droit est le même, peu importe le système juridique.

75 Voir not. Cowan / Kennedy / Munro 2019, p. 10.

76 Bien évidemment, les systèmes juridiques de droit civil – comme ceux de droit commun – sont très différents les uns des autres, et nous ne voulons aucunement créer des généralités qui n'ont pas lieu d'être, raison pour laquelle nous nous sommes focalisées sur la Suisse.

Bibliographie

Abreu, Alice G., Feminist Tax Judgments : Operationalize Diversity, Pittsburgh Tax Review 16 2019, 189-200.

ACCPUF, Tribunal fédéral suisse, réponses au questionnaire, bulletin nº 13, avril 2019, <https://accf-francophonie.org/publication/bulletin-n-13/#deuxieme-table-ronde-les-methodes-de-redaction-et-techniques-de-motivation-des-decisions>.

Allen, Wynter P., Commentary : International Union, UAW v. Johnson Controls, Inc., 499 U.S. 187 (1991), *in* McGinley, Ann C. / Buonocore Porter, Nicole (édit.), Feminist Judgments : Rewritten Employment Discrimination Opinions, Feminist judgment series, Cambridge/New-York 2020, 58-86.

Antonioni Luftensteiner, Emilia, Le pouvoir d'examen en fait, droit et opportunité des autorités judiciaires fédérales, *in* Bernard, Frédéric / Bellanger, François (édit.), Les grands principes de la procédure administrative, Genève/Zurich 2023, 105-142.

Appleby, Gabrielle / Dixon, Rosalind, Extending the Critical Rereading Project, Notre Dame Law Review Online 37 2018, 37-43.

Appleby, Gabrielle / Dixon, Rosalind, The Critical Judgments Project : Re-reading Monis v. The Queen, Alexandria 2016.

Auchmuty, Rosemary, Using Feminist Judgments in the Property Law Classroom, The Law Teacher 46 (3) 2012, 227-238.

Balkin, Jack M., What Brown v. Board of Education Should Have Said, New York 2002.

Balkin, Jack M., What Roe v. Wade Should Have Said, New York 2005.

Bell, Roxana S., Intersectional Approaches to Appearances. Commentary on Jespersen v. Harrah's Operating Co., *in* McGinley, Ann. C. / Buonocore Porter, Nicole (édit.), Feminist Judgments : Rewritten Employment Discrimination Opinions, Feminist judgment series, Cambridge/New-York 2020, 119-128.

Berger, Linda L. / Stanchi, Kathryn M. / Crawford, Bridget J., Rewriting Judicial Opinions and the Feminist Scholarly Project, Notre Dame Law Review Online 94 (1) 2018, 1-11.

Brems, Eva, Diversity and European Human Rights, Rewritten Judgments of the ECHR, Cambridge/New-York 2013.

Brems, Eva / Desmet, Ellen, Integrated Human Rights in Practice : Rewriting Human Rights Decisions, Cheltenham 2017.

Brunger, Yassin M. / Irving, Emma / Sankey, Diana, The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, *in* Hodson, Loveday / Lavers, Troy (édit.), Feminist Judgments in International Law, Oxford/New York 2019, 409-446.

Buckley, Melina, Symes v. Canada, Canadian Journal of Women and the Law 18 (1) 2006, 27-66.

Carron, Djemila / Miranda, Ferdinando, A.P., Garçon et Nicot c. France un arrêt de la CourEDH réécrit selon la perspective de genre et de sexualités en droit, *in* Schramm, Bérénice K. (édit.), Queer(s) et droit international : Étude du réseau Olympe, Collection Droit comparé et européen vol. 36, Paris 2021, 333-376.

Chabloz, Isabelle / Dietschy-Martenet, Patricia / Heinzmann, Michel, Petit commentaire du Code de procédure civile (CPC), Bâle 2021 (cité : PC CPC, art.).

Choudhry, Shazia / Herring, Jonathan, Opuz v Turkey, *in* Hodson, Loveday / Lavers, Troy (édit.), Feminist Judgments in International Law, Oxford/New York 2019, 253-277.

Cowan, Sharon / Kennedy, Chloé / Munro, Vanessa E., Scottish Feminist Judgments. (Re)Creating Law from the Outside In, Oxford 2019.

Cowan, Sharon / Kennedy, Chloé / Munro, Vanessa E., Through the Looking Glass ? Feminist Praxis, Artistic Methods and Scottish Feminist Judging, *in* Cowan, Sharon / Kennedy, Chloé / Munro Vanessa E. (édit.), Scottish Feminist Judgments. (Re)Creating Law from the Outside In, Oxford 2019, 1-18.

Crawford, Bridget J. / Infanti, Anthony C., Feminist Judgments : Rewritten Tax Opinions, Cambridge 2017.

Del Gaudio, Chiara / Müller, Léonie / Zimmermann, Nesa, Chère Cour : Propositions pour le jugement imminent Darboe et Camara c. Italie, Asyl 1 2020, 9-13.

Donzallaz, Yves, La technique de rédaction des jugements au regard des finalités de la motivation, *in* Association des Cours constitutionnelles francophones, Actes de la conférence 13 2019, 73-88.

Douglas, Heather / Bartlett, Francesca / Luker, Trish / Hunter, Rosemary, Australian Feminist Judgments, Righting and Rewriting Law, Oxford 2014.

Enright, Máiréad / McCandless, Julie / O'Donoghue, Aoife, Northern/Irish Feminist Judgments, Judges' Troubles and the Gendered Politics of Identity, Oxford 2017.

Ferreira, Nuno / Moscati, Maria Federica / Raj, Senthorun, Queer Judgments Project, Oxford 2024 (à publier).

Gordon, Deborah S. / Lewis, Browne C. / Spivack, Carla, Feminist Judgments : Rewritten Trusts and Estates Opinions, Cambridge 2020.

Hodson, Loveday / Lavers, Troy, Feminist Judgments in International Law, Oxford/New York 2019.

Hunter, Rosemary, An Account of Feminist Judging, *in* Hunter, Rosemary / McGlynn, Clare / Rackley, Erika (édit.), Feminist Judgments : From Theory to Practice, Oxford/Portland 2010, 30-43.

Hunter, Rosemary / McGlynn, Clare / Rackley, Erika, Feminist Judgments : An Introduction, *in* Hunter, Rosemary / McGlynn, Clare / Rackley, Erika (édit.), Feminist Judgments : From Theory to Practice, Oxford/Portland 2010, 3-14.

Hunter, Rosemary / McGlynn, Clare / Rackley, Erika, Feminist Judgments : From Theory to Practice, Oxford/Portland 2010.

Koshan, Jennifer, Impact of the Feminist Judgment Writing Projects : The Case of the Women's Court of Canada, Oñati Socio-legal Series 8 2018, 1325-1354.

Koshan, Jennifer / Majury, Diana / Mathen, Carissima / Evans Maxwell, Megan / Réaume, Denise, Rewriting Equality : The Pedagogical Use of Women's Court of Canada Judgments, Revue de l'Enseignement du Droit au Canada 4 2010, 121-148.

Lempen, Karine / Sheybani, Roxane, La loi fédérale sur l'égalité (LEG) devant les tribunaux, guide, Lausanne 2020.

Majury, Diana, Le Tribunal des Femmes du Canada, Canadian Journal of Women and the Law 18 (1) 2006, 13-25.

Mann, Naomi M., Supreme Court and Gender Narratives : Desert Palace, Inc. v. Costa, *in* McGinley, Ann. C. / Buonocore Porter, Nicole (édit.), Feminist Judgments : Rewritten Employment Discrimination Opinions, Feminist judgment series, Cambridge/New-York 2020, 30-58.

McCandless, Julie / Enright, Máiréad / O'Donoghue, Aoife, Introduction : Troubling Judgment, *in* Enright, Máiréad / McCandless, Julie / O'Donoghue, Aoife (édit.), Northern/Irish Feminist Judgments, Judges' Troubles and the Gendered Politics of Identity, Oxford 2017, 3-26.

McDaniel-Miccio, Kris, Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003), *in* Stanchi, Kathryn M. / Berger, Linda L. / Crawford, Bridget J. (édit.), Feminist Judgments : Rewritten Opinions of the United States Supreme Court, Cambridge 2016, 485-503.

McDonald, Elisabeth / Powell, Rhonda / Stephens, Mamari / Hunter, Rosemary, Feminist Judgments of Aotearoa New Zealand, Te Rino : A Two-Stranded Rope, Londres 2017.

McGinley, Ann C. / Buonocore Porter, Nicole, Feminist Judgments : Rewritten Employment Discrimination Opinions, Feminist judgment series, Cambridge/New-York 2020.

Moreillon, Laurent / Parein-Reymond, Aude, Petit commentaire du Code de procédure pénale (CPP), Bâle 2016 (cité : PC CPP, art.).

Mutcherson, Kimberly M., Feminist Judgments : Reproductive Justice Rewritten, Cambridge 2020.

Rackley, Erika, Why Feminist Legal Scholars Should Write Judgments : Reflexions on the Feminist Judgments Project in England and Wales, Canadian Journal of Women and the Law 24 2012, 389-413.

Réaume, Denise, Rewrighting equality II, Canadian Journal of Women and the Law 30 2018a, i-xviii.

Réaume, Denise, Turning Feminist Judgments into Jurisprudence : The Women's Court of Canada on Substantive Equality, Oñati Socio-legal Series 8/9 2018b, 1307-1324.

Rebouché, Rachel, Feminist Judgments : Family Law Opinions Rewritten, Cambridge 2020.

Rogers, Nicole / Maloney, Michelle, Law as if Earth Really Mattered, The Wild Law Judgments Project, Oxon 2017.

Rogers, Nicole / Maloney, Michelle, The Anthropocene Judgments project : A thought experiment in future-proofing the common law, Alternative Law Journal 2022, 1-6.

Rogers, Nicole / Maloney, Michelle, The Anthropocene Judgments Project : Future-proofing the Common Law, Londres 2023.

Sauls Avolio, Vanessa, Rewriting Reproductive Rights : Applying Feminist Methodology to the European Court of Human Rights' Abortion Jurisprudence, Feminists at Law 6 2017, 1-32.

Sen, Jhuma / Chandra, Aparna / Chaudhary, Rachna, The Indian Feminist Judgments project, Who we are, <https://fjpindia.wixsite.com/fjpi/contact>.

Sharpe, Alex, Queering Judgment : The Case of Gender Identity Fraud, Journal of Criminal Law 81 2017, 417-435.

Siems, Mathias, Comparative Law, 3e éd., Cambridge/New-York/Melbourne/New Delhi/Singapour, 2022.

Smith, Stephen W. / Coggon, John / Hobson, Clark / Huxtable, Richard / McGuinness, Sheelagh / Miola, José / Neal, Mary, Ethical judgment : Re-Writing Medical Law, Oxford 2017.

Stalford, Helen / Hollingsworth, Kathryn / Gilmore, Stephen, Rewriting Children's Rights Judgments, Oxford 2017.

Stanchi, Kathryn M. / Berger, Linda L. / Crawford, Bridget J., Feminist Judgments : Rewritten Opinions of the United States Supreme Court, Cambridge 2016.

Thompson, Mary Shine, Doing Feminist Judgments, *in* Enright, Máiréad / McCandless, Julie / O'Donoghue, Aoife (édit.), Northern/Irish Feminist Judgments, Judges' Troubles and the Gendered Politics of Identity, Oxford 2017, 49-74.

Timmer, Alexandra, From inclusion to transformation. Rewriting Konstantin Markin v. Russia, *in* Brems, Eva (édit.), Diversity and European Human Rights, Rewritten Judgments of the ECHR, Cambridge/New-York, 2013, 148-170.

Ventura, Morgane, L'accommodement raisonnable comme nouvel outil de lutte contre la discrimination : Étude de droit comparé (États-Unis, Canada, Suisse), Genève/Zurich 2023.

Watson, Nicole / Douglas, Heather, Indigenous Legal Judgments, Bringing Indigenous Voices into Judicial Decision Making, Oxon 2021.

Wurzburger, Alain, Le Tribunal fédéral, comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges, Genève/Zurich/Bâle 2011.