

KATHLEEN MAHONEY

Lauréate Trudeau 2008, Université de Calgary

BIOGRAPHIE

Kathleen Mahoney est professeure de droit à l'Université de Calgary depuis 1991. Elle a consacré la majeure partie de ses recherches, de sa pratique et de son militantisme aux situations critiques internationales en matière des droits de la personne. Elle a été titulaire de nombreux postes de résident ou maître de conférence dans le monde. Elle a publié abondamment et a été consultante pour des causes importantes de la Cour suprême du Canada. Elle a aussi pris part à l'organisation et à la mise en œuvre de projets collaboratifs d'éducation en matière de justice et des droits de la personne à Genève, en Australie, en Nouvelle-Zélande, en Afrique du Sud, en Tanzanie, en Namibie, en Espagne, en Israël, en Chine, au Vietnam, aux États-Unis et auprès des Nations Unies. Elle est fondatrice du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et pionnière du mouvement d'éducation juridique au Canada.

En 2004, Kathleen Mahoney était à la tête d'un important projet de recherche et a rédigé un rapport sur la réponse du gouvernement du Canada aux revendications des Autochtones survivants des pensionnats. Ce projet a mené à sa nomination comme négociatrice en chef au nom de l'Assemblée des Premières Nations, ce qui a conduit à l'entente de principe historique avec le Canada pour mettre en place un processus de vérité et réconciliation.

De nombreuses distinctions lui ont été attribuées. Ainsi, elle a été nommée membre de la Société royale du Canada et a reçu le Prix spécial pour l'excellence remis par l'Association du Barreau canadien en 1997. En 1998, elle recevait la bourse Fulbright pour poursuivre ses travaux de recherches à l'Université Harvard. La même année,

elle était nommée, par le Cabinet fédéral, pour présider le conseil d'administration du Centre international des droits de la personne et du développement démocratique. En 2000, elle gagnait le prix « Les assises » Bertha-Wilson et en 2001, on lui remettait le Prix du Gouverneur général. Elle a reçu le prix Trudeau en 2008.

Elle détient des diplômes en droit de l'Université de la Colombie-Britannique, de Cambridge ainsi qu'un certificat de l'Institut international des droits de l'homme de Strasbourg.

RÉSUMÉ

Le slogan « Une société juste » était à la base d'une campagne qui a permis à Pierre Elliott Trudeau de gagner l'une de ses élections. Cette formule illustrait clairement sa vision pour la nation. Probablement, ceux qui en étaient suffisamment convaincus pour voter pour lui estimaient qu'un gouvernement dirigé par Pierre Elliott Trudeau pourrait améliorer leur vie en y apportant plus de justice. Mais qu'est-ce que la justice? Comment une meilleure justice peut-elle améliorer la vie des gens? Comment la mesure-t-on? Est-il « juste » d'améliorer certaines vies au détriment des autres? La justice au Canada est-elle différente des autres? Pour répondre à ces questions, il faut plonger dans l'univers de l'éthique, une tâche que Michael Sandal, professeur à Harvard, qualifie de « défi qui consiste à exciter l'agitation de l'esprit pour voir où cela mènera ». Tester et appliquer la pensée fondamentale de philosophes célèbres tels qu'Aristote, Locke, Kant, Mille, MacKinnon aide à mieux comprendre que la justice est un concept en constant mouvement. Les divers principes ou démarches éthiques empruntés mènent à différentes définitions de la justice, ce qui, en retour, affecte des enjeux actuels tels que l'égalité et l'iniquité, la liberté de parole et le discours haineux, la discrimination positive et le mariage entre personnes de même sexe. Ainsi, cette plongée dans l'éthique pour cerner la justice n'est ni une bagatelle ni une frivolité. Il s'agit d'une question inéluctable puisque tous les jours nous en vivons les conséquences. Cette conférence tente de démontrer comment l'éthique offre un point de départ essentiel pour mieux comprendre et évaluer le concept de justice.

CONFÉRENCE

Qu'est-ce que la justice?

Université Concordia

LE 3 JUIN 2010

Organisé en partenariat avec la Fédération
canadienne des sciences humaines,
Congrès 2010 (Les causeries Voir grand)

Le sujet de ce texte est la justice. Je pose la question : « Qu'est-ce que la justice? » mais, à la réflexion, il aurait sans doute été plus exact d'intituler mon exposé « Comment faut-il concevoir la justice? »

Comprendre la justice et imaginer comment la penser a occupé bien plus érudits et plus avisés que moi. Du jour même où j'ai informé la Fondation de mon sujet, d'ailleurs, j'ai commencé à regretter de l'avoir choisi, croyez-moi!

Mais cette question me fait réfléchir depuis le début de mes études de droit, il y a donc des lustres! – et peut-être depuis plus longtemps encore.

Si j'ai choisi ce sujet, c'est également parce qu'un ancien premier ministre, qui m'a beaucoup m'influencée, a déclaré qu'il avait l'ambition et l'intention de faire du Canada une « société juste ». Qu'entendait-il par là? Son projet était-il réalisable?

Pour trouver des réponses, tout au long de ma carrière, je me suis engagée dans l'étude du droit, j'ai présenté et écrit de nombreux

1. Je voudrais remercier l'Université Concordia, la Fédération canadienne des sciences humaines et surtout la Fondation Trudeau d'animer les conférences Trudeau. Ce fut un honneur pour moi que de voir associer mon nom à celui de Pierre Elliott Trudeau et à ceux de tous les éminents lauréats, boursiers et mentors de la grande famille de la Fondation Trudeau.

articles dans les revues scientifiques et les journaux, j'ai participé à de multiples manifestations de protestation et sillonné le Canada et le monde. J'ai pratiqué et enseigné le droit, organisé des colloques au niveau national et international en posant les mêmes questions sous différentes formes. J'ai participé au lancement d'un mouvement pour la sensibilisation des juges au social, j'ai animé différentes émissions de télévision sur des problèmes de droit, j'ai participé à des procès au plus haut niveau des cours de justice et portant sur la définition des droits et des libertés; j'ai milité pour les droits des femmes et travaillé à établir une justice réparatrice et à parvenir à une réconciliation entre les Premières Nations et le Canada.

Et pourtant je me retrouve encore à poser les mêmes questions. Pourquoi? Pour la raison suivante, que j'ai d'ailleurs découverte dès le départ : tout le monde est pour la justice, mais son contenu est toujours vivement contesté. Et puis personne ne peut s'attendre à ce qu'on lui offre la justice sur un plateau d'argent. L'obtenir exige généralement que l'on se batte, d'une façon ou d'une autre – devant les tribunaux, sur la scène politique, dans les coulisses ou même dans la rue.

C'est que les vieilles et les nouvelles idées de la justice s'affrontent. Ceux qui l'ont obtenue et entendent bien continuer à en profiter s'opposent à ceux qui estiment qu'elle leur est refusée et qui la réclament.

La conception de la justice de chaque individu dépend essentiellement de sa personnalité et de ses origines. Elle dépend de ses perspectives philosophiques, de son sexe, de sa classe, de ses tendances, de sa religion, de son origine ethnique et raciale, de ses capacités physiques et mentales. Elle dépend de l'époque et des politiques du moment. Elle dépend aussi, dans une large mesure, des individus qui sont chargés de trancher les affaires en litige : qui sont-ils, d'où viennent-ils, de quelle façon plus ou moins cohérente, plus ou moins juste, plus ou moins impartiale appliquent-ils les règles? Toutes les discussions sur les procédures parlementaires, la répartition des

pouvoirs, la nomination des juges et les règles d'interprétation de la Constitution peuvent sembler ésotériques et ennuyeuses, mais ce sont des composantes fondamentales de la justice. Et cela parce que les procédures participent à déterminer les résultats, dans tous les domaines, celles qui établissent si l'État a le droit de mettre votre téléphone sur écoute ou d'imposer des règles aux pollueurs.

Puis il y a la branche de la justice qui réagit au non-respect des règles. En fonction de la philosophie dominante, la justice dans ce contexte pourra être de nature punitive ou dissuasive, elle pourra être fondée sur la réhabilitation ou la réparation.

Réconciliation, justice transitionnelle, vérité et pardon sont des termes qui sont récemment entrés dans le répertoire des recours de la justice².

En tant que négociatrice en chef pour l'Assemblée des Premières Nations sur l'accord historique que représente la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens entre les Premières

2. C'est devenu particulièrement évident dans le contexte de la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens de septembre 2007, qui est essentiellement fondée sur les principes de la justice réparatrice ainsi que sur la réconciliation et la guérison. Non seulement la Convention prévoit plusieurs milliards de dollars de dédommagements pour sévices physiques, sexuels et psychologiques, mais la cour a également accepté que l'entente comprenne des recours collectifs comme la Commission de vérité et réconciliation, des fonds consacrés à la guérison, des compensations pour les pertes au niveau linguistique et culturel, des fonds consacrés à la commémoration et des crédits de formation qui diffèrent des recours classiques que l'on retrouve dans la jurisprudence ou la législation sur les dommages subis par des individus ou sur la violation des droits humains. Voir la décision *Phil Fontaine v. Canada et al.* 2006 YKSC 63 qui fut portée devant neuf juridictions de cours supérieures au Canada. Voir aussi *Northwest c. Canada (Attorney General)*, 2006 ABQB 902; *Quatell c. Attorney General of Canada*, 2006 BCSC 1840; *Semple et al. c. The Attorney General of Canada et al.*, 2006 MBQB 285; *Kuptana c. Attorney General of Canada (CV 2005/243)*; *Ammaq et al. c. Canada (Attorney General)*, 2006 NuCJ24; *Baxter c. Attorney General of Canada*, 2006 (CV 192059CP); *Bosum et al. c. Canada (Attorney General)* 500-06-000293-056; *Sparvier et al. c. Canada Attorney General of Canada*, 2006, 12, 5.

Nations et le Canada et qui intègre ces éléments pour la première fois dans l'histoire de notre droit, je peux attester personnellement qu'il est très difficile de changer notre conception de ce qu'est la justice, de ce qu'elle exige³. On aurait très bien pu ne jamais envisager le recours à une commission pour rétablir la vérité, pour exiger des dédommagements pour pertes au niveau linguistique et culturel, des fonds consacrés à la guérison, à la commémoration et à l'éducation parce que révéler tous les abus du système et la mort de tous ces enfants autochtones à l'époque des pensionnats allait faire scandale dans l'opinion internationale... Dans ces conditions, on peut considérer que les excuses du premier ministre et de tous les chefs de l'opposition ont peut-être représenté l'une des tentatives les plus spectaculaires et les plus touchantes de s'engager sur la voie de la justice réparatrice.⁴

Dans les milieux juridiques, on commence à parler du concept de justice transitionnelle. Celui-ci se rapproche sans doute davantage de la religion que d'autres concepts du droit, en ce sens qu'il fait intervenir le pardon, la réconciliation et les témoignages recueillis auprès des victimes pour rétablir la vérité. La justice transitionnelle

3. La plupart des avocats et des juges qui exercent actuellement connaissent peu ou même pas du tout les principes de la justice transitionnelle et réparatrice et les recours collectifs comme les commissions de vérité pour les victimes de violation de droits humains de masse. Du coup, il était prévisible que l'on constate une certaine résistance et un manque de participation à la fois des avocats des plaignants et de ceux de la défense, en dehors des avocats représentant l'Assemblée des Premières Nations au cours des négociations de la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens.

4. Ces excuses ont été l'aboutissement de toute une lutte. L'Assemblée des Premières Nations s'est servi de son influence considérable pour faire pression sur le gouvernement et ainsi obtenir des excuses complètes. Elle a fait publier dans le *Toronto Star* un modèle de formulation des excuses et elle s'est assurée par avance du soutien des partis d'opposition à la Chambre des Communes. Voir le *Toronto Star* du 22 avril 2008, «Apology to Native People Must End Denial of Truth».

va au-delà des réponses classiques du droit devant l'injustice dans le sens qu'elle demande un engagement positif de la victime et de la personne qui a désobéi à la loi.

La pensée des juges peut s'inspirer de différentes théories de la justice – la justice naturelle, le positivisme, l'utilitarisme, la théologie de la libération, la théorie féministe, la théorie de la justice sociale, les théories indigènes, pour n'en citer que quelques-unes. Parce qu'elles adoptent des perspectives différentes, des critiques différentes, il n'est guère étonnant qu'elles ne trouvent entre elles que peu de terrains d'entente. Le concept de justice a donc fait l'objet de débats philosophiques, théologiques et juridiques au cours de l'histoire⁵. Mais ces théories s'entendent toutes sur le fait que la justice est essentielle à l'ordre social.

Les théoriciens partent généralement de la prémisse que la justice est une construction sociale – essentiellement un ensemble d'idées. Certaines écoles de pensée soutiennent que la justice émane d'une volonté divine, tandis que d'autres prétendent que la justice est transcendante, comprenant des règles communes à toute l'humanité. D'autres pourtant se méfient de la raison et des théories sur la justice, et considèrent que toute discussion sur le sujet doit se fonder sur l'expérience vécue, concrète, des opprimés qui subissent l'injustice dans leur vie quotidienne⁶.

Quelques études récentes semblent indiquer que la justice est non seulement inhérente à la nature, mais qu'elle constitue un besoin fondamental. En 2008, par exemple, des chercheurs de l'Université de Californie à Los Angeles ont découvert que le cerveau humain

5. Voir par exemple la vision d'ensemble qu'en donne Karen Lebacqz dans *Six Theories of Justice Perspectives from Philosophical and Theological Ethics* (Minneapolis : Augsburg Publishing House, 1986).

6. Voir José Porfirio Miranda, *Marx and the Bible : A Critique of the Philosophy of Oppression* (Maryknoll : Orbis, 1974); Gustavo Gutierrez, *La force historique des pauvres* (Paris : Éditions du Cerf, 1986). Gutierrez est considéré comme le fondateur de la théorie de la théologie de la libération.

réagit devant un traitement juste comme devant un gain d'argent ou une dégustation de chocolat. Un traitement équitable, selon les chercheurs, active dans le cerveau le circuit de la récompense⁷. L'équité active dans le cerveau des humains le même circuit que celui du cerveau des rats et des singes quand on leur présente de la nourriture. Au contraire, un traitement inéquitable active une région que l'on a identifiée comme celle des émotions négatives, du dégoût moral, par exemple⁸.

De plus, selon les chercheurs de l'Université Emory à Atlanta, les animaux, comme les humains, ont un sens inné de la justice. Au cours d'une expérience, ces chercheurs récompensent deux singes après une tâche donnée en leur offrant des morceaux de concombre. Ce n'est pas ce qu'ils préfèrent manger, mais, quand on leur en donne, ils continuent à accomplir avec entrain la tâche qu'on leur a assignée. Ensuite, pour la même tâche, les chercheurs commencent à donner des raisins à l'un des singes, un aliment qu'ils aiment particulièrement, alors que son compagnon continue à recevoir du concombre. À partir de ce moment-là, ce dernier refuse d'accomplir sa tâche, il se retire, semble mécontent et déprimé.

La situation du singe à qui l'on donne du concombre pourrait correspondre à la mienne si je découvrais qu'un de mes collègues qui travaille comme moi reçoit un salaire deux fois plus élevé que le mien. Ma réaction émotionnelle serait, selon ces études, non seulement intellectuelle mais également biologique.

7. « Recevoir une proposition juste active dans le cerveau le même circuit que quand nous mangeons des aliments que nous aimons beaucoup, quand nous gagnons de l'argent ou que nous voyons un beau visage », déclare Golnaz Tabibnia, chercheur de post-doctorat au Semel Institute for Neuroscience and Human Behavior à UCLA et principal auteur de l'étude publiée dans le numéro d'avril 2008 du magazine *Psychological Science*. Voir UCLA Newsroom, <http://newsroom.ucla.edu/portal/ucla/brain-reacts-to-fairness-as-it-49042.aspx>

8. *Ibid.*

Donc, étant donné que la justice n'est pas seulement essentielle au bon fonctionnement de la société, mais apparemment solidement arrimée au cerveau et inhérente à tout individu, une société juste n'exige pas seulement que des règles soient appliquées avec impartialité et justice et que les décideurs soient impartiaux et indépendants, mais également que les biens publics soient distribués équitablement.

Après cette introduction rapide, il est clair que cet exposé pourrait emprunter différentes voies. Il semble que la justice ne puisse se définir par un seul principe global ou par un ensemble de quelques principes. Je me limiterai donc ici à aborder la notion de justice dans le cadre du capitalisme démocratique. Et cela parce que ce type de capitalisme reconnaît en théorie que les libertés individuelles au sens large doivent être les mêmes pour tous, avec diverses applications possibles et des ajustements particuliers quand différentes libertés sont en conflit ou qu'il existe un consensus pour qu'il en soit autrement. J'insisterai en particulier sur cet aspect de la justice qui amène l'un des singes à se retirer et à bouder dans un coin quand on lui donne du concombre alors qu'on a donné du raisin à son compagnon. En d'autres termes, je m'apprête à aborder la justice dans le cadre d'une égalité et d'une liberté que je considère comme les piliers de tout système de droit.

Il y a plus de 2 500 ans, Aristote et Platon discutaient déjà de justice. Ils sont arrivés à la conclusion que, fondamentalement, sans égalité, il n'y a pas de société juste possible. Pour formuler les choses simplement, ils pensent que les individus qui sont égaux entre eux doivent profiter des mêmes avantages. Cette vision des choses est profondément enracinée dans la pensée occidentale et elle est connue sous le nom d'égalité formelle.

Aristote et Platon ont élaboré le principe de l'égalité formelle dans le contexte d'une société civile comprenant une élite dirigeante, des hommes du commun, des esclaves et des femmes. Dans ces

conditions, traiter équitablement les égaux entre eux établit des différences claires entre les nobles et les hommes du commun, entre les esclaves et les hommes libres, entre les hommes et les femmes.

L'un des aspects centraux de cette théorie était que ces distinctions entre des groupes se fondaient sur le mérite, sur le « à chacun son dû » de l'expression populaire. Quand il s'agit de décider ce qu'est ce « dû », les philosophes grecs mesurent le mérite en termes de capacité de raisonner et de posséder des biens. Cette mesure est, bien sûr, tout à fait intéressée, puisque seules les élites ont accès à la propriété et à l'éducation.

Devant le traitement qu'on leur réserve, les femmes, les esclaves et les pauvres ne peuvent se plaindre d'injustice ou de discrimination puisque que, selon les normes en vigueur, ils sont différents : ils ne sont pas les égaux des privilégiés. La norme ne les autorise à se plaindre que quand ils sont traités injustement au sein de leur propre groupe.

Plus tard, des penseurs libéraux comme Thomas Hobbes et John Locke, sans s'opposer à l'approche aristotélicienne, tentent de dépasser les conventions sociales de la société civile et de découvrir les caractères universels et constants de la nature humaine. S'ils y parvenaient, ils pourraient, pensent-ils, déterminer les exigences d'une société juste et légitime. Hobbes arrive à la conclusion que l'homme, à l'état de nature, est méchant et plein de vices, mû seulement par ses intérêts propres. Sans les contraintes de la société, les êtres humains vivraient perpétuellement en guerre les uns contre les autres⁹. Bien qu'une société juste exige que les individus soient libres de faire ce qu'ils veulent dans les limites d'un comportement raisonnable, elle exige également un pouvoir souverain pour légiférer et protéger les droits naturels comme le droit à la vie, à la liberté, à la propriété.

9. A.P. Martinich, *The Two Gods of Leviathan : Thomas Hobbes on Religion and Politics* (Cambridge : Cambridge University Press, 1992).

La relation entre les citoyens et l'État prend dès lors la forme d'un contrat social, en vertu duquel les gouvernés acceptent de renoncer à certaines libertés dont ils jouissaient dans l'état de nature, en échange de la protection et du maintien de l'ordre. Hobbes prétend que les lois ne sont observées que quand le peuple craint le châtement, l'État devant donc rendre les punitions si lourdes qu'elles auront un effet dissuasif sur ceux qui voudraient enfreindre la loi.

Protéger les libertés individuelles signifie que les individus peuvent à leur guise s'exprimer, pratiquer leur religion, s'associer, sans une intervention quelconque de l'État.

Cette idée, conjuguée au principe de l'égalité formelle, assure aux élites de pouvoir protéger et définir au mieux la teneur de leurs droits naturels et de leurs libertés, en fonction de leurs intérêts propres.

Et c'est exactement ce qu'elles font.

La liberté d'expression, par exemple, est donc conçue pour favoriser au mieux la liberté de parole sur une sorte de marché des idées, en supposant que tous les membres de la société puissent sans distinction y accéder pour s'exprimer et se faire entendre.

Le cas est comparable pour la liberté d'association, de religion, etc. Selon le principe de l'égalité formelle, les femmes, les pauvres, les esclaves et les groupes indigènes n'ont pas le même accès à ces libertés ; souvent, ils n'y ont pas accès du tout ou n'ont aucune possibilité de les définir en fonction de leurs besoins particuliers.

Un exemple moderne de ce principe en vigueur au Canada, c'est le traitement réservé aux Indiens selon la Loi sur les Indiens¹⁰. Jusqu'en 1952, la Loi sur les Indiens ne les autorise pas à entrer à l'université, à moins de renoncer à leur statut d'Indiens ; ils n'ont pas le droit d'engager des avocats pour défendre leurs terres, ils n'obtien-

10. Indian Act (« An Act Respecting Indians ») R.S., 1951 c. 1-5. Voir également Constance Backhouse, *De la couleur des lois : une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950* (Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa, 2010), 63.

nent le droit de vote qu'en 1961. Du coup, les Indiens, comme les femmes et les esclaves du temps de Platon et d'Aristote, ont moins accès aux droits et libertés – les droits territoriaux, la liberté d'expression, l'autonomie ou la liberté d'association – que l'élite, que la population non autochtone en général. Selon le principe de l'égalité formelle, leur appartenance raciale ne leur confère pas le « mérite » nécessaire pour prétendre à un traitement égal à celui que l'on réserve à la majorité blanche. Ils ne peuvent donc pas se plaindre.

Au XVIII^e siècle, rompant avec ses prédécesseurs Locke et Hobbes¹¹, Jean-Jacques Rousseau envisage tout à fait autrement les exigences d'une société juste. Comme eux, il s'intéresse à l'analyse de la question de la morale et de la société à partir des origines de l'homme, mais il n'est pas d'accord pour affirmer que la vie dans l'état de nature était « solitaire, indigente, dégoûtante, animale et brève »¹².

Contrairement à Hobbes, il ne croit pas que l'égoïsme seul anime l'homme dans l'état de nature. Il croit à l'existence d'un autre principe aussi important : la compassion ou « une répugnance innée à voir souffrir son semblable¹³ ». Il explique qu'en vertu de ces deux principes conjugués, les humains sont par nature fondamentalement pacifiques, satisfaits et égaux, capable de jouir d'une forme supérieure de bonté morale. Il reconnaît également que, dans le cours de l'histoire, l'influence corruptrice de la division du travail et de la

11. Voir Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1754), connu sous le nom de deuxième discours. http://fr.wikipedia.org/wiki/Jean-Jacques_Rousseau. Jean-Jacques Rousseau écrit ce texte en 1754 en réponse à un concours de l'Académie de Dijon qui posait la question : « Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes et si elle est autorisée par la loi naturelle ? »

12. Voir Hobbes, *Leviathan*, chap. XIII; reproduit à <http://philotra.pagesperso-orange.fr/hob13.htm>.

13. Voir Deuxième Discours, *op. cit.*

propriété crée les classes sociales qui, à leur tour, créent les conditions d'une inégalité éternellement reconduite¹⁴. Il pense que le progrès matériel effréné est ennemi de la société juste, car il est source de jalousie, d'inégalités, de peurs et de soupçons. La société juste a donc besoin de l'intervention d'un gouvernement pour garantir à la fois la liberté et surtout l'égalité de tous ses citoyens. Il affirme qu'il est possible d'atteindre un équilibre délicat entre intervention de l'État et droit des citoyens tant que l'exercice de la souveraineté reflète la volonté générale, et pas simplement celle des détenteurs du pouvoir. Si l'équilibre se révèle juste, les lois seront respectées pour leur valeur propre, même si elles peuvent parfois entrer en conflit avec la volonté des individus.

Il considère le contrat social de Hobbes comme tout à fait discutable – ni plus ni moins qu'un instrument utile aux riches et aux puissants pour tromper le peuple et le conduire à renoncer à ses libertés, un instrument qui met l'inégalité au cœur de l'État moderne¹⁵. Rousseau est certes considéré comme le chantre de l'égalité pour les opprimés¹⁶, mais sa vision généreuse exclut les femmes. Il prétend que leur soumission au sein de la famille patriarcale est nécessaire. Le rôle spécifique de la femme se situe dans la sphère privée, domestique, où elle assume la responsabilité du foyer, de

14. Selon Jean-Jacques Rousseau, quand l'homme de l'état de nature instaure la propriété individuelle, le ver est dans la pomme. L'homme primitif aurait dû déménager pour empêcher le mal de se répandre. Cette propriété établit des divisions dans le monde de la nature. La première, c'est la relation maître-esclave. La propriété amène également la formation des familles. L'homme primitif n'est plus seul. Les divisions qui vont suivre découlent presque toutes de cette division de la terre.

15. Jean-Marie Tremblay (dir.), *Du contrat social*, par Jean-Jacques Rousseau (Chicoutimi : UQAC, 2002), http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.pdf

16. On considère souvent que l'insistance de Rousseau sur l'importance de l'égalité dans une société juste a été une source d'inspiration pour la Révolution française.

l'éducation de la petite enfance, sous l'égide d'un époux éduqué et autonome, occupant la sphère publique, politique¹⁷. L'héritage de Rousseau sur la question de l'égalité est toutefois important, car il a compris que les lois, la justice et l'égalité sont inextricablement reliées. Autrement dit, le fait que nul homme ne puisse se situer au-dessus des lois est un bien pour une société juste. Mais tant qu'on ne remettra pas en cause les vues de Platon et Aristote sur l'égalité formelle, les normes qui sous-tendent le droit vont servir d'abord et avant tout les intérêts des élites.

C'est ce qui inspirera à Anatole France l'un de ses commentaires célèbres : « La majestueuse égalité des lois [...] interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain¹⁸. »

Vers la fin du XIX^e siècle, la société juste se définit par l'égalité formelle, la protection des libertés individuelles contre l'intervention de l'État et par l'égalité devant la loi¹⁹.

Après la Seconde Guerre mondiale et les enseignements qu'elle dispense au monde sur ce que devient l'égalité formelle entre les mains d'un régime diabolique et assassin, certains philosophes commencent à s'opposer aux formalistes et à leur conception de

17. Jean-Marie Tremblay (dir.), *Émile, ou De l'Éducation*, par Jean-Jacques Rousseau (Chicoutimi : UQAC, 2002), http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/emile/emile.html

Une des traductions anglaises comprend une introduction d'Allan Bloom (Jean-Jacques Rousseau, *Emile, or On Education* [New York : Basic Books, 1979]). Les premières féministes critiquèrent Rousseau pour sa façon de concevoir le rôle des femmes. Voir Mirium Brody (dir.), *A Vindication of the Rights of Women*, by Mary Wollstonecraft (Penguin Group, 1792).

18. Anatole France, *Le Lys rouge* (Paris : C. Lévy, 1894), chapitre 7, 118.

19. Les idées de Rousseau ont beaucoup influencé la Révolution française, nourri la pensée de ceux qui demandaient des réformes radicales comme la redistribution des terres et d'autres mesures destinées à accroître l'égalité. Voir Jonathan I. Israel, *Les Lumières radicales : la philosophie, Spinoza et la naissance de la modernité, 1650-1750* (Paris : Éditions Amsterdam, 2005), 274.

la société juste. Le plus célèbre d'entre eux est John Rawls, dont la vision de l'égalité fait appel à une notion de justice redistributive. En tentant de réconcilier liberté et égalité, il élabore une théorie de la « justice comme équité ». Il reconnaît que le modèle de l'égalité formelle non seulement reconduit indéfiniment les inégalités, mais peut justifier les formes les plus radicales de la discrimination. Rawls estime qu'une société juste doit tenir compte de l'inégalité des plus démunis et que celle-ci doit être réduite au minimum si l'on vise la justice. Pour lui, la solution réside dans une égalité sociale et économique réelle, ce qui exige l'engagement de l'État, non seulement pour subvenir aux besoins des moins favorisés, mais également pour faire de l'égalité une valeur fondamentale. Pour aider les gens à penser à la morale, à la justice et aux exigences d'une société juste, Rawls propose un exercice de réflexion. Son idée est à peu près celle-ci : imaginez qu'avant de naître vous ayez à décider dans quel monde vous voulez voir le jour. Vous vous trouvez devant un « voile d'ignorance » : vous ne savez pas dans quel lieu vous allez naître ; à quelle race, à quel sexe, à quelle famille vous allez appartenir, quelle sera votre orientation sexuelle. Vous ne savez pas du tout si vous allez être intelligent, en bonne santé, fort, riche, pauvre, ou si vous allez appartenir à une classe privilégiée. Alors Rawls pose la question : quelle société fonderiez-vous ? Quelles règles voudriez-vous établir²⁰ ?

L'exercice de Rawls nous oblige à penser au contrat social de Locke, Hobbes et Rousseau du point de vue de tous les membres de la société, mais, en particulier, de celui des moins favorisés. Rawls pense que puisque les êtres humains ont une aversion pour le risque et qu'ils risqueraient de se retrouver dans n'importe quelle position sociale une fois le « voile d'ignorance levé », l'exercice débouchera sur un nouveau contrat social à l'avantage des membres les moins favorisés de la société. Son objectif est d'élaborer un contrat social garantissant que, quelle que soit la position sociale, la vie vaille la

20. John Rawls, *Théorie de la Justice* (Paris : Seuil, 1987).

peine d'être vécue, avec assez de liberté réelle pour que les individus puissent réaliser leurs objectifs. Rawls considère que ces principes de justice devraient s'appliquer aux structures de base de la société, y compris aux constitutions, aux tribunaux, aux marchés, etc.

Jusqu'à l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés, la conception dominante de la justice et de l'égalité est fondée au Canada sur le modèle de la justice formelle. Bien que les idées de Rawls aient eu quelque influence dans l'administration publique de l'après-guerre et dans le fait de reconnaître les libertés fondamentales, les décisions des cours de justice sur l'égalité démontrent une fidélité claire à l'égard de la pensée d'Aristote et de Platon. Jusqu'à la fin des années 1980, le traitement des égaux en égaux et l'égalité devant la loi sont les deux grands principes jumeaux qui sous-tendent notre système de droit et de justice.

En fonction de qui vous êtes et d'où vous venez, cela peut se révéler positif ou négatif. Les normes du traitement égal sur les questions raciales correspondent aux intérêts des Blancs; celles de l'égalité entre les sexes, aux intérêts des hommes; celles qui concernent l'orientation sexuelle, aux intérêts des hétérosexuels; celles de l'égalité religieuse, aux intérêts des chrétiens; celles de l'égalité ethnique, aux intérêts des Anglo-Saxons.

Pour les femmes, les effets de ce système sont assez désastreux. Par exemple, quand elles sont enceintes et qu'elles annoncent leur grossesse, on les licencie. Parce qu'elles sont différentes des hommes qui, eux, ne connaissent pas cette condition, les femmes ne disposent, sous la Charte canadienne des droits, d'aucune base juridique sur laquelle se fonder pour arguer qu'on devrait les traiter comme les hommes²¹. Même chose en ce qui concerne les problèmes que

21. Voir *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183 qui autorise la discrimination fondée sur la grossesse, ce qui a pour effet de pénaliser les femmes par rapport à des avantages comme les congés de maternités et les prestations de retraite. Ce n'est qu'en 1989 dans l'affaire *Brooks c. Canada Safeway*

posent le droit sur le harcèlement sexuel, le viol, la prostitution, l'obscénité et autres actes spécifiques au genre, ce qui amène la célèbre théoricienne féministe Catharine MacKinnon à remarquer : « Si les hommes n'en ont pas besoin, les femmes ne l'obtiendront pas²². »

Les Indiens n'ont pas non plus été très gâtés par le système de l'égalité formelle. Aux termes de la loi, c'est-à-dire de la Loi sur les Indiens, ils sont obligés de vivre dans leurs réserves, ils n'ont pas le droit d'entrer dans les universités, d'engager des avocats et de voter, toutes ces exclusions se justifiant par les critères de l'égalité formelle : les Indiens sont différents des non-Indiens. Dans la mesure où l'on traite tous les Indiens de la même manière, les tribunaux jugent que les lois répondent aux normes de justice qu'elles étaient censées respecter.

La théorie de l'égalité formelle avantage même les Indiens par rapport aux Indiennes. Par exemple, une Indienne qui se marie avec un non-Indien perd son statut d'Indienne aux termes de la Loi sur les Indiens, tandis qu'un Indien qui épouse une non-Indienne ne le perd pas. Selon la loi, les femmes non-indiennes deviennent indiennes dans ces cas-là. Quand cette loi est remise en question par la Charte canadienne des droits et libertés qui garantit l'égalité devant la loi, la Cour suprême du Canada, avec des arguments inspirés de la théorie de l'égalité formelle d'Aristote, juge qu'à partir du moment où les femmes indiennes ont droit à un traitement égal entre elles, la Charte est respectée²³.

D'autres minorités, comme les homosexuels, se voient refuser des logements, des emplois et le droit de se marier. Il est même possible de les poursuivre en raison des relations intimes qu'ils ont avec leurs partenaires, car leur différence par rapport à la

Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1219 que la Cour suprême annulera cette décision.

22. Catharine MacKinnon, *Are Women Human? : And Other International Dialogues* (Cambridge : Harvard University Press, 2006).

23. *Procureur général du Canada c. Lavell; Isaac c. Bédard* [1973] R.C.S. 1349.

norme hétérosexuelle garantit le respect des principes de l'égalité formelle²⁴.

Ces cas en disent long sur le pouvoir des théories de la justice ainsi que sur le danger qu'il y a à suivre des règles abstraites et hors contexte. Quand les juges et les décideurs se contentent d'appliquer les règles, en dehors d'un contexte, et surtout quand ils s'appuient sur des précédents (traiter de la même façon les affaires qui se ressemblent) et sur des philosophies comme celle de l'égalité formelle, il est non seulement plus facile de commettre des injustices, mais aussi de les justifier. Quand on prend des décisions abstraites sans tenir compte de la réalité concrète et de la complexité de la vie, on se trouve dans une position trop distante pour comprendre véritablement les exigences de la justice.

Les théoriciennes féministes ont montré que la nature même du droit, son langage et sa logique, ne sont pas seulement injustes parce que fondés sur la notion d'égalité formelle, mais aussi parce que fondés sur une conception de la justice et sur un type d'analyse propre aux hommes²⁵. Elles soulignent que les femmes n'ont pas été autorisées à pratiquer le droit avant que le siècle dernier n'ait été bien entamé, et que les hommes ont élaboré l'essentiel des doctrines juridiques que nous utilisons tous les jours, avec des problèmes d'hommes en tête, et l'empreinte de leurs visions du monde.

Les minorités raciales, en particulier les Premières Nations, soutiennent que le droit reflète la vision du monde et la version des

24. En 1965, la Cour suprême du Canada confirma une décision qui qualifiait Everett Klippert de « délinquant sexuel dangereux » et l'envoyait en prison pour avoir avoué qu'il était gai et qu'il avait des relations sexuelles avec des hommes. *Klippert v. The Queen* [1967] R.C.S. 822. Six semaines après la condamnation de cet homme, le premier ministre Trudeau fit amender le Code criminel pour décriminaliser l'homosexualité. Klippert restera cependant en prison jusqu'en 1971.

25. Lucinda Finley, « Breaking Women's Silence in Law », *Notre Dame Law Review*, n° 64, 886.

événements des Blancs, mâles et européocentriques. Ils prétendent que la justice est hors de leur portée parce qu'elle ne fait aucune place à l'expression de leur culture et de leurs valeurs fondées sur le groupe²⁶.

Dans les régimes de droits individuels dans l'héritage d'Aristote de Locke, Hobbes et Rousseau, il faut évoquer la violation des droits individuels et non pas des droits collectifs pour pouvoir fonder une poursuite. C'est ce qui a permis au Canada, pendant 150 ans, d'obliger les enfants autochtones à intégrer des pensionnats créés expressément pour détruire leurs cultures et leurs langues, et cela en toute impunité. Tout cela a pu se produire non seulement parce que les enfants autochtones étaient différents des non autochtones mais également parce que les droits collectifs n'étaient pas reconnus sur le plan juridique, ce qui rendait impossible d'intenter des procès pour avoir été privé de sa langue et de sa culture. La Charte canadienne des droits et libertés²⁷, qui est en quelque sorte la réponse de Trudeau à quelques-uns de ces problèmes, est entrée en vigueur en 1982²⁸. En donnant pour la première fois aux individus et aux groupes (linguistiques et autochtones) des droits constitutionnels fondamentaux, Trudeau transmet en fait à ses concitoyens la charge de créer une société juste, mais en leur donnant les moyens de « démonter la maison du maître²⁹ ».

Avec la Charte en toile de fond, les femmes, les homosexuels, les groupes autochtones, les minorités linguistiques et tous ceux et celles qui réclament l'égalité et ont été laissés pour compte depuis si

26. Voir John Borrows, *Recovering Canada : the Resurgence of Indigenous Law* (Toronto : University of Toronto Press, 2002), 4.

27. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sanctionnée le 29 mars 1982.

28. Les dispositions sur l'égalité du paragraphe 15 de la Charte n'entrèrent en vigueur qu'en 1985.

29. Pour un point de vue contraire et plus pessimiste, voir Andrew Lourde, « The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House », dans *Sister Outsider, The Crossing Press Feminist Series* (1984).

longtemps, commencent pour la première fois à pouvoir donner de la justice une définition correspondant à leur réalité propre.

Mais ce sont les interprétations par la Cour suprême des dispositions de la Charte sur l'égalité qui vont apporter des changements majeurs dans notre conception de la justice.

La Charte offre des garanties sur l'égalité dont l'étendue est sans équivalent dans aucune autre constitution du monde. Elle garantit l'égalité de quatre façons différentes, l'égalité devant et selon la loi, ainsi que l'égalité des avantages et de la protection de la loi. La plupart des constitutions ne contiennent qu'une seule de ces garanties ou deux au maximum.

La Charte comprend également une disposition sur la discrimination positive, reconnaissant qu'il peut être nécessaire de réserver un traitement différent ou préférentiel pour corriger les effets passés de la discrimination sur des groupes défavorisés.

L'égalité entre les sexes y est reconnue en termes clairs et on y lit que les différences culturelles font partie intégrante de l'identité canadienne. Les articles sur les Autochtones reconnaissent les droits ancestraux et les droits découlant des traités.

En 1985, reconnaissant que les garanties sur l'égalité seraient sans effet si les gens qu'elles sont censées protéger ne peuvent avoir accès aux tribunaux, le gouvernement fédéral décide de les aider en créant un Programme de contestation judiciaire qui accorde un financement de base pour la représentation juridique dans les causes types. Cet outil favorisant l'accès à la justice permet à ceux qui revendiquent l'égalité de porter leurs causes devant les tribunaux à leur façon, et de décrire les effets des lois discriminatoires sur leurs vies³⁰. Cette réforme fait écho aux idées de John Rawls et à sa conception d'une société juste.

30. Un comité parlementaire sur les droits à l'égalité, présidé par Patrick Boyer, organisa des audiences dans tout le Canada et recommanda dans son rapport, *Égalité pour tous*, que des « fonds [...] soient fournis pour aider ceux qui

Parce qu'aussi importante que les articles de la Charte sur l'égalité et que les programmes de contestation judiciaire, il faut souligner la réaction des juges devant les causes sur l'égalité qui leur sont soumises. Pour l'ancien juge en chef du Canada, Brian Dickson, l'interprétation de la Charte est une véritable révolution du rôle des juges³¹. Il affirme que ceux-ci doivent adopter une nouvelle approche, contraire à la tradition et aux principes de l'égalité formelle. Il exhorte ses collègues à pratiquer une justice compassionnelle, déclarant que la compassion fait partie de la nature même de la justice et que la décision juridique ne doit pas se borner à l'application de règles abstraites.

Je considère le droit, déclare-t-il, comme un moyen de réguler les relations sociales afin de créer les conditions de la coopération entre les personnes et parvenir à la justice. Par compassion, j'entends un sentiment d'empathie, ou de sympathie devant les souffrances que vivent les autres, un sentiment qui se prolonge par un sens de la responsabilité et un souci de soulager ces souffrances, au moins dans une certaine mesure... je crois et j'affirme que pour qu'une loi soit juste, elle doit exprimer la compassion. Pour qu'un juge puisse parvenir à une décision pleine de justice et d'équité, elle ou il doit se

sont engagés dans des litiges sur l'égalité». Dans ce rapport, le comité déclare : « Le déséquilibre entre les ressources financières, techniques et humaines des parties opposées représente un handicap sérieux pour ceux qui voudraient se réclamer des bénéfices de l'article 15, ce déséquilibre réduit donc l'efficacité du recours aux tribunaux en tant que moyen d'obtenir réparation.» Le gouvernement fédéral réagit rapidement aux recommandations et aux remarques du comité. Le mandat du Programme est élargi pour inclure les contestations des lois fédérales, des politiques et des pratiques fondées sur l'article 15 (sur l'égalité), l'article 27 (sur le multiculturalisme) ou l'article 28 (sur l'égalité entre les sexes) de la Charte. Le gouvernement fédéral participera également à un accord de financement sur 5 ans avec le Conseil canadien de développement social, pour que le Programme puisse être géré en toute indépendance.

31. L'honorable Claire L'Heureux-Dubé, « Making a Difference : The Pursuit of a Compassionate Justice », dans « Conversations on Equality », *Manitoba LJ*, vol. 26, n° 273 (1999), 283-295, 298.

laisser guider par une conscience et un souci constants des difficultés des autres et de la condition humaine³².

Il poursuit ainsi : « La compassion n'est pas un élément extra-juridique qu'un décideur magnanime consent à reconnaître. Elle est surtout partie intégrante de la nature et de la teneur même de ce que nous appelons le "droit". »

Cette déclaration extrêmement importante, qui reflète à la fois la sagesse de Rousseau et de Rawls, modifie le fondement de ce qui avait été la pensée juridique depuis des années et qui insistait sur les avantages du positivisme et l'application abstraite des règles.

En 1989, la Cour suprême a pour la première fois l'occasion de donner une interprétation de l'égalité selon la Charte³³. La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait statué que l'égalité de la Charte devait se comprendre comme l'identité de traitement pour ceux qui sont semblables, autrement dit, on s'en tenait au vieux modèle aristotélien de l'égalité formelle. La décision est portée en appel et, après l'audition de toute une série d'intervenants représentant des minorités défavorisées et des femmes, la Cour suprême annule la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en arguant que l'égalité formelle ou le traitement égal peut convenir dans certains cas, mais ne peut suffire pour parvenir à l'égalité au sens de la Charte.

La Cour opte pour l'égalité réelle, une approche exigeant des juges qu'ils examinent le contexte social de la vie des plaignants et qu'ils cherchent à déterminer si la loi ou la pratique contestée aggrave ou non les préjudices subis, sans se préoccuper de savoir s'ils sont ou non traités comme le groupe dominant.

La décision Morgentaler montre comment s'est jouée cette nouvelle manière d'appliquer une justice compassionnelle et cette

32. *Ibid.*, 288, tiré d'un discours de collation des grades en 1986 à la faculté de droit de l'Université de Toronto.

33. *Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143

prise en compte du contexte dans les décisions³⁴. Dans ce cas-là, la loi régissant l'avortement est contestée et jugée fondamentalement injuste, car elle ne tient aucun compte de l'aspect humain en exigeant qu'un comité de médecins décide si les femmes peuvent avorter. En décidant d'abolir la loi, les juges ont compris ce que les législateurs avaient ignoré : le droit de se reproduire ou non est « à raison [considéré] comme faisant partie intégrante de la lutte contemporaine de la femme pour affirmer sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain³⁵ ». Ils concluent qu'on n'a pas le droit de traiter les femmes comme des moyens pour arriver à une fin, comme les objets passifs de décisions prises par d'autres et cela tout en invoquant la dignité humaine.

Au cours des 20 premières années de l'application de la Charte, bien d'autres décisions transforment considérablement notre façon de concevoir la justice. En se servant de l'égalité réelle, fondée sur le contexte, et de la justice compassionnelle, la Cour rend des décisions favorables à des femmes qui demandent le statut de réfugié sur la base d'une persécution liée au genre ; elle conclut que le harcèlement sexuel et la grossesse sont des formes de discrimination sexuelle ; elle apporte son soutien aux lois protégeant les femmes de la pornographie violente et dégradante, et à celles qui protègent des appels à la haine les homosexuels et les minorités religieuses, ethniques et raciales³⁶. Les mêmes droits à l'égalité sont inscrits dans les législations provinciales ; on affirme les droits des handicapés à obtenir des services publics ; quant aux réfugiés, ils peuvent eux aussi profiter de la protection de la Charte. Les cultures et la dignité des Premières Nations sont reconnues, on autorise les tribunaux à considérer les preuves tirées de l'histoire orale et on instaure l'obligation

34. R. c. *Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30.

35. *Ibid.*

36. Pour une vision d'ensemble et une critique de ces problèmes, voir Diana Majury, « *The Charter, Equality Rights, and Women : Equivocation and Celebration* », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 40, n^{os} 3 & 4, 298.

légale de consulter les communautés avant d'entreprendre quelque développement que ce soit sur des terres appartenant aux Indiens.

Ces décisions, et bien d'autres qui peuvent s'appliquer aux femmes et aux minorités défavorisées grâce au Programme de contestation juridique, révolutionnent les lois sur l'égalité au Canada ainsi que les normes de justice. Cette révolution s'opère à la fois par l'application de la Charte et par le traitement de certaines causes qui concernent les valeurs mêmes de la Charte : des affaires reliées aux droits humains, aux réfugiés, au droit de la famille³⁷.

J'utilise le terme « révolution », parce que ces décisions reconnaissent explicitement l'histoire et la multiplicité des expériences que représentent ceux qui font appel à la Charte et qu'elles tentent de corriger les injustices passées. Rien de semblable ne s'était produit jusqu'alors.

Avec des décisions qui évoquent ouvertement l'interaction entre les événements historiques, les changements juridiques, politiques, le pouvoir et la domination, la jurisprudence montre clairement l'influence de la diversité sur le processus de la délibération juridique et son rôle dans l'apparition d'une nouvelle façon de concevoir l'impartialité.

C'était évidemment tout à fait révolutionnaire d'arriver à instaurer égalité et équité en invoquant la différence plutôt que de se servir d'elle pour maintenir les inégalités. Cela faisait preuve d'une nouvelle perception plus large du concept de justice et d'égalité.

J'ai toujours trouvé curieux que la métaphore de l'aveuglement désigne une justice neutre et impartiale : un personnage tenant la balance de la justice, un bandeau sur les yeux. C'est curieux parce que si l'on considère le sens du terme aveuglement dans d'autres

37. Pour une vue d'ensemble détaillée, voir Mary C. Hurley, *Les droits à l'égalité : Interprétation de l'article 15 de la Charte dans les décisions de la Cour suprême du Canada*, Liste de publications, Bibliothèque du Parlement, www2.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp402-f.htm

contextes, il n'est guère synonyme d'objectivité, d'impartialité et d'universalité des perspectives. On le comprend au contraire comme une incapacité de saisir un problème dans son ensemble, ce qui peut mener à des erreurs de jugement et de compréhension.

Cela évoque pour moi la vieille parabole des six aveugles à qui l'on demande de décrire un éléphant. L'aveugle qui tâte la patte de l'animal dit que l'éléphant ressemble à une colonne, celui qui tâte la queue qu'il ressemble à une corde; celui qui tâte la trompe, parle de la branche d'un arbre; celui qui tâte l'oreille, d'un éventail, celui qui tâte le ventre, d'un mur et enfin celui qui tâte la défense dit que l'éléphant ressemble à un tuyau plein. Aucun d'entre eux ne peut imaginer l'éléphant en entier.

Je dirais que la justice compassionnelle et l'égalité réelle débarrassent Dame justice de son bandeau et qu'ainsi elle peut voir les problèmes dans toutes leurs spécificités, comme elle pourrait voir l'éléphant dans son entièreté. C'est certainement le cas de la jurisprudence de la Charte dans les 20 premières années, de 1982 à 2002. La vision de Trudeau d'une société juste, dans la lignée de Rousseau et de Rawls, commence à faire son chemin.

Mais tout va évoluer différemment pendant les années 1980 et 1990. Là où elle existait, une certaine approche de la gouvernance fondée sur la compassion et l'ouverture allait être remplacée par l'égalité formelle et par la norme des mâles blancs, cette norme à partir de laquelle on mesure toutes les autres perspectives qui sont jugées déviantes si elles ne se conforment pas³⁸. Cela a eu pour effet de revenir en arrière par rapport aux progrès accomplis pour parvenir à une égalité réelle dans les premières années des jugements inspirés par la Charte influençant des décisions quant au soutien

38. F.L. (Ted) Morton et Avril Allen, « Feminists and the Courts : Measuring Success in Interest Group Litigation in Canada », *Revue canadienne de science politique*, vol. 34, n° 1 (mars 2001), 55-84. F.L. Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party* (Peterborough : Broadview Press, 2000).

d'organisations œuvrant dans le domaine des droits de la personne ou encore les nominations des juges. Certains conseillers des politiques au pouvoir ont devant la Charte une attitude de sceptiques de droite et certains d'entre eux seront élus, comme Ian Brodie, le chef d'état-major du gouvernement Harper. Dans un livre paru en 2002, sa position anti-égalitaire est claire comme de l'eau de roche : il accuse, entre autres, la Cour suprême et le Programme de contestation juridique de favoriser les groupes féministes et les organismes de défense des droits des homosexuels. Se faisant l'écho de Morton et de Knopff³⁹, ses maîtres à penser, Brodie fustige la plus haute cour en affirmant que ses jugements sont politiques sous couvert d'interprétation de la Loi constitutionnelle et il vise en particulier le Programme de contestation juridique de la Cour arguant qu'il mettait en question des principes d'égalité⁴⁰. Il n'est guère surprenant que le gouvernement Harper ait rapidement saboté ce programme⁴¹. Et cela même si les Nations Unies le présentent comme un exemple pour le monde entier parce qu'il donne accès à la justice aux citoyens marginalisés⁴². En y mettant fin, le gouvernement fait d'une pierre deux coups puisque toutes les causes sur l'égalité ou presque ne peuvent plus se rendre jusqu'aux tribunaux⁴³.

En même temps, les concepts d'égalité réelle et de justice compassionnelle subissent les critiques du gouvernement et de ses

39. Ian Brodie, *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada* (Albany: State University of New York Press, 2002).

40. *Infra*, note 45.

41. Dix-huit mois plus tard, la partie sur les droits linguistiques du mandat de la Cour était rétablie.

42. Le comité des droits économiques, sociaux et culturels recommanda que le Programme de contestation juridique soit étendu pour financer les causes type de litiges mettant en cause les lois provinciales et les politiques violant les droits constitutionnels concernant l'égalité. Voir www.fafia-afai.org/fr/frontpage ou www.ccpj.ca.

43. Charlie Smith, « Women Kick Harper's Ass », *Straight.com*, 14 décembre 2006; www.straight.com/article-59499/women-kick-harpers-ass.

partisans, sous prétexte qu'ils permettent d'accorder des « droits particuliers » à certains et pas à d'autres. Le message envoyé est clair : on préfère nettement l'approche de l'égalité formelle.

Des attaques sans précédent de la part de politiciens, d'universitaires et de médias conservateurs sont lancées et continuent contre ce que l'on appelle les « juges militants » qui, dans leurs décisions, déclarent inconstitutionnelles les lois discriminatoires en appliquant une justice compassionnelle. On ridiculise leurs jugements et quelques-uns d'entre eux sont personnellement victimes de diffamation⁴⁴. Certains commentateurs prétendent que le gouvernement a l'intention de nommer des juges opposés à la Charte pour revenir à une conception plus limitée de l'égalité⁴⁵.

Les revendications des Autochtones sont ainsi marginalisées, alors même que les Premières Nations sont en crise, avec plus d'enfants à la charge de l'État que jamais, des taux de suicide des jeunes plus élevés que partout ailleurs dans le monde, sans parler du manque d'écoles, d'eau propre et d'équipements de santé dans

44. Voir par exemple, F.L. (Ted) Morton, « Can Judicial Supremacy be Stopped? », *Policy Options* (novembre 2003), 25; F.L. (Ted) Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party* (2000), *op. cit.*; F.L. (Ted) Morton, « Damn the Law Profs! », *Globe and Mail*, 27 janvier, 2005; Rory Leishman, *Against Judicial Activism : the Decline of Freedom and Democracy in Canada* (McGill Queen's Press, 2005); Rainer Knopff et F.L. (Ted) Morton, *Charter Politics* (1992); Robert Hawkins et Robert Martin, « Democracy, Judging and Bertha Wilson », *McGill Law Journal* (1995); Robert Martin, *The Most Dangerous Branch : How the Supreme Court of Canada Has Undermined Our Law and Our Democracy* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2003).

45. Cristin Schmitz, « Conservatives aim to replace judicial "Charterphiles" with "Charterphobes" », *Lawyer's Weekly*, n° 25 (février 2007), 36 : <http://lawyersweekly.ca/printarticle.php>. Elle prétend que puisque le premier ministre et d'autres personnalités du gouvernement Harper ne sont pas d'accord avec la façon de faire de la Cour suprême, et en particulier quand elle donne une interprétation large et libérale de la notion d'égalité, ils veulent absolument y régner en maîtres. Ils désirent ardemment faire basculer l'équilibre des forces de la Cour pour refléter l'idéologie plus orientée vers la droite du gouvernement actuel.

presque toutes les réserves du pays⁴⁶. L'opposition du gouvernement actuel à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est tout à fait cohérente avec sa rhétorique sur les droits particuliers, même si, pendant 25 ans, avant la prise de pouvoir des conservateurs, le Canada a défendu ce texte et y a travaillé⁴⁷.

Parmi les fonctionnaires du gouvernement fédéral, on prétend que, dans certains ministères, on ne peut pas prononcer le mot « genre » ; des ONG et d'autres organismes qui ont le terme « égalité » inscrit dans leur mandat se voient refuser leurs subventions fédérales ; 12 des 16 Conseils du statut de la femme du pays ont été supprimés ainsi que leurs fonds de recherches ; quant à Droits et Démocratie, une organisation internationale de défense des droits humains indépendante – dont j'ai moi-même été présidente de conseil –, elle a été de toute apparence prise d'assaut sur le plan idéologique par des commis du gouvernement décidés à changer l'orientation de ce qu'ils perçoivent comme une organisation « qui penche à gauche ».

Mais, actuellement, la campagne la plus véhémement contre le concept d'égalité s'attaque aux lois et aux commissions sur les droits⁴⁸. La législation sur les droits de la personne accomplit dans

46. Voir Borrows, *Recovering Canada*, *op. cit.*

47. Voir Tom Flanagan, *First Nations? Second Thoughts* (Montreal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2000).

48. Ezra Levant, *Shakedown : How our government is undermining democracy in the name of human rights* (Toronto : McLelland & Stewart, 2009). Levant est un critique farouche de la Commission sur les droits humains de l'Alberta, en particulier au sujet d'un prêcheur qui a été condamné en mai 2008 à une amende de 7 000 dollars et à qui on a interdit de « décrier... les gais et les homosexuels » en public. Cette affaire a pour objet une lettre publiée par un journal local en 2002 dans laquelle le prêcheur attaquait le « programme des homosexuels » qu'il qualifiait de « pernicieux ». En juin 2008, Levant reproduit la lettre dans son blog. Quand la Commission rejette la plainte qui s'ensuit en novembre 2008, Levant accuse cette instance de discrimination religieuse, affirmant que « 100 % des cibles de la Commission sont des Blancs, des chrétiens ».

le domaine privé ce que la Charte est censée accomplir dans le domaine public. Quand elle entre en vigueur dans les années 1950, elle est destinée à éliminer la discrimination dans les services, le logement et l'emploi, une discrimination comparable à celle qu'a pu subir Fred Christie en juillet 1936, quand on refuse de lui servir à boire au Forum de Montréal, simplement parce qu'il est noir⁴⁹.

Les commissions des droits de la personne, qu'elles soient fédérales ou provinciales, ont toutes le même objectif : donner à tous accès à la justice pour pouvoir profiter d'une bonne vie sans être enfermés dans le carcan de la discrimination fondée sur certains caractères immuables comme la race, l'âge, le sexe, la religion, l'orientation sexuelle et d'autres attributs personnels. Il y a peu de temps, le gouvernement fédéral a fermé les commissions des droits de la personne dans trois villes d'où provenaient 70 % des cas : Toronto, Halifax et Vancouver.

Mais ce qui est plus gênant encore, c'est que l'on attaque certains avocats et d'autres défenseurs des droits de la personne, parce qu'ils défendent ou qu'ils aident les gens qui font appel à eux pour se battre pour leurs droits. C'est ce qui m'est arrivé personnellement.

Il est clair que nous vivons aujourd'hui dans un monde qui a changé par rapport à celui de l'époque de Trudeau.

Depuis le 11 septembre 2001, il a fallu rééquilibrer certains droits en fonction de la sécurité. Savoir si l'on a atteint cet équilibre serait le sujet d'une autre présentation.

Mais cela ne peut en aucun cas expliquer pourquoi certaines minorités défavorisées, les Premières Nations et les femmes, sont devenues les cibles de politiques rétrogrades qui leur retirent ce

et des conservateurs» et qu'«il est légal pour un Juif comme moi de publier cette lettre. Il est illégal pour un chrétien comme le prêcheur de le faire». Voir également Ian Brodie, *Friends of the Court*, *op. cit.* Ian Brodie, «Interest Group Litigation and the Embedded State : Canada's Court Challenges Program», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 34, n° 2 (juin 2002), 357-376.

49. *Christie v. York* (1939) [1940] S.C.R. 139.

qu'elles ont acquis dans leurs luttes pour obtenir justice. Pourquoi le gouvernement en place et ses partisans se sont-ils attaqués à la recherche de l'égalité, de l'autonomie et de l'accès à la justice? Quelle idéologie inspire cette stratégie?

Trudeau nous a pourtant mis en garde : l'idéologie est souvent ennemie de la justice⁵⁰ et de la liberté, ce qui rappelle les avertissements d'Isaiah Berlin quand il écrit : « Je peux seulement dire que ceux qui se reposent ainsi sur un dogme confortable sont victimes d'une forme de myopie volontaire, d'ocillères qui peuvent certes apporter le contentement, mais point la compréhension de ce que c'est que l'être humain⁵¹. »

Trudeau sait, comme Locke, Mill, Rousseau et Rawls, qu'il est impossible d'atteindre les utopies « imaginées par les hommes ». Il affirme que « parvenir à une société juste est une tâche jamais achevée parce que nous sommes humains et imparfaits⁵² ».

Par ailleurs, il est suffisamment optimiste pour comprendre qu'on ne peut pas abandonner cette quête. Il écrit : « sur la voie sans fin de la perfection de la justice, nous [...] réussissons à créer la société la plus humaine et la plus compatissante possible⁵³ ».

Il est clair que le défi, c'est de parvenir à l'égalité. Il pose d'ailleurs la question suivante : « Où est la justice dans un pays où l'individu a la liberté de s'épanouir pleinement, mais dans lequel l'inégalité lui en enlève les moyens⁵⁴? » Lors du dévoilement du

50. Voir « On the Eve of the Third Millenium », dans Pierre Elliott Trudeau, *Against the Current* (Toronto : McClelland et Stewart, 1996), 325-340.

51. Isaiah Berlin, *Le bois tordu de l'humanité : romantisme, nationalisme et totalitarisme* (Paris : Albin Michel, 1992), 27.

52. Pierre Elliott Trudeau, *Conversation With Canadians* (Toronto : University of Toronto Press), 42.

53. *Ibid.*

54. Pierre Elliott Trudeau, « Des valeurs d'une société juste », dans *Les années Trudeau : la recherche d'une société juste*, sous la direction de Thomas S. Axworthy et Pierre Elliott Trudeau (Montréal : Le Jour, 1990), 382.

monument en hommage à Louis Riel à Régina, il déclare : « Il ne faut jamais oublier qu'à long terme on juge une démocratie sur la manière dont elle traite sa minorité. Le combat de Louis Riel n'a pas encore débouché sur une victoire⁵⁵. »

Je crois que notre pays se trouve devant une croisée des chemins très importante pour notre histoire et notre identité. Avant d'aller plus loin dans la voie sur laquelle nous nous sommes engagés, en dehors de toute idéologie ou de toute appartenance politique, je pense qu'il faut redonner force au débat public sur les conditions nécessaires à une société juste.

Je crois qu'il est important de comprendre – et je crois aussi que le gouvernement actuel le perd de vue – que la dignité humaine n'est pas une idéologie. C'est un besoin fondamental des êtres humains, de même que l'identité, la reconnaissance et la justice. Ce sont là des composantes non négociables du développement humain dans une société juste. Puisque la confiance en soi des individus est liée aux identifications collectives des peuples, la négation de ces identifications, par la discrimination, la répression – ou pire encore –, débouche fatalement sur le conflit. Et personne, on l'imagine sans peine, ne songerait à nous conseiller d'emprunter cette voie.

Trudeau nous a mis en garde : « Ce n'est que par l'habileté des politiques et des juristes à redéfinir constamment les contrats sociaux en fonction des changements rapides de notre époque que notre monde surpeuplé pourra se sentir à l'abri de la terrible vision de Yeats⁵⁶. »

La Seconde Venue ! À peine dits ces mots,
 Une image, immense, du *Spiritus Mundi*
 Trouble ma vue : quelque part dans les sables du désert,

55. Pierre Elliott Trudeau, « Democracy and Minorities », dans Trudeau, *Against the current*, op. cit., 297.

56. Pierre Elliott Trudeau, « On the Eve of the Third Millenium », op. cit.,

Une forme avec corps de lion et tête d'homme
Et l'œil nul et impitoyable comme un soleil
Se meut, à cuisses lentes, tandis qu'autour
Tournoient les ombres d'une colère d'oiseaux...
La ténèbre, à nouveau ; mais je sais, maintenant,
Que vingt siècles d'un sommeil de pierre, exaspérés
Par un bruit de berceau, tournent au cauchemar,
Et quelle bête brute, revenue l'heure,
Traîne la patte vers Bethléem, pour naître enfin⁵⁷?

57. Yves Bonnefoy (trad.) dans *Anthologie bilingue de la poésie anglaise* (Paris, Gallimard, La Pléiade, 2005).