Pierre Mackay (1945-)

Professeur, Département des sciences juridiques à l'UQAM

(1984)

“Les notions de justice et d'équité
dans les sciences sociales québécoises
(1935-1985): ruptures et continuités...
absences et apparences”

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

Courriel: jmt_sociologue@videotron.ca

Site web: <http://pages.infinit.net/sociojmt>

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"

Site web: http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi

Site web: <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de :

Pierre Mackay

"Les notions de justice et d'équité dans les sciences sociales québécoises (1935-1985): ruptures et continuités... absences et apparences." Un article publié dans *Continuité et rupture. Les sciences sociales au Québec* (2 tomes). Textes réunis par Georges-Henri Lévesque, Guy Rocher, Jacques Henripin et al., éditeurs. Tome II, chapitre XXII, pp. 337-359. Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 1984, tome II, 359 pp. [pp. 311 à 670]

M. Pierre Mackay (1945 -) est professeur au département de sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

[L'auteur nous a autorisé le 7 septembre 2004 à diffuser cet article]

mackay.pierre@uqam.ca

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times, 12 points.

Pour les citations : Times 10 points.

Pour les notes de bas de page : Times, 10 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2001 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format
LETTRE (US letter), 8.5'' x 11''

Édition complétée le 8 septembre 2004 à Chicoutimi, Québec.

Table des matières

Préambule

Première partie:

La justice, le droit et les sciences sociales : aperçu historique

- A. L'enseignement du droit : universitaire ou professionnel ?
- B. Le droit et les sciences sociales
- C. Les juristes engagés dans les mouvements sociaux
- D. La domination positiviste
- E. La remise en question fonctionnaliste, structuraliste et systémiste
- F. Le curriculum
- G. Le contenu des cours
- H. La recherche
- I. L'articulation d'une critique radicale
- J. Fondements théoriques
- K. Le développement historique

Deuxième partie:

Le double sens de la notion de justice: une justice problématique

- A. Au départ : ce qui est juste
- B. À la fin : une justice qui s'administre
- C. En guise de conclusion, à suivre...

Pierre Mackay

“Les notions de justice et d'équité dans les sciences sociales québécoises (1935-1985): ruptures et continuités... absences et apparences.”

Un article publié dans *Continuité et rupture. Les sciences sociales au Québec* (2 tomes). Textes réunis par Georges-Henri Lévesque, Guy Rocher, Jacques Henripin et al., éditeurs. Tome II, chapitre XXII, pp. 337-359. Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 1984, tome II, 359 pp. [pp. 311 à 670]

Préambule

[Retour à la table des matières](#)

L'histoire des sciences sociales et celle des sciences juridiques et du droit sont, au Québec, en grande mesure, des histoires parallèles. La justice, l'équité ont bien sûr été l'inspiration, sinon l'objet, de travaux et de recherches chez les uns et chez les autres, mais selon des itinéraires et des voies qui ne se sont pas souvent rencontrés.

Nous tenterons donc, dans une première partie, de retracer les chemins empruntés par les juristes québécois, au royaume de la justice, en soulignant à l'occasion les endroits où nous croyons que leur parcours a croisé celui des sciences sociales. Dans une seconde partie, nous nous livrerons à un exercice plus périlleux encore, celui d'évaluer le lieu où les a menés ce trajet.

Première partie

La justice, le droit et les sciences sociales : aperçu historique

[Retour à la table des matières](#)

La notion de justice n'est pas simple et univoque. Sur ce thème un fossé profond s'est creusé entre l'idée que le droit véhicule de la justice - un ensemble de garanties procédurales et formelles dans l'application des lois existantes - et l'approche que peut vouloir privilégier un sociologue, un économiste, un historien, un criminologue, soit-il fonctionnaliste, structuraliste, systémiste ou matérialiste.

À partir du moment où l'on commence à considérer le résultat économique, social ou politique de l'application des lois, le juriste a traditionnellement invoqué son incompétence professionnelle pour refermer ses codes et ses lois, et faire cesser là toute discussion : c'est le positivisme juridique. Avant d'aborder de plus près ce sujet, il m'est apparu utile de retracer dans les grandes lignes l'évolution, souvent parallèle, du droit et des sciences sociales au Québec.

Car, il me semble que c'est précisément dans l'étude, descriptive ou explicative, des mouvements sociaux que les sciences sociales trouvent leur objet. En refusant de considérer comme une question pertinente à leur étude les éléments sociaux, politiques ou économiques qui encadrent ou déterminent le contenu des lois et leur application, les juristes ont véritablement refusé d'inscrire le droit au rang des sciences sociales. Ils ont aussi rendu impossible la définition d'un terrain commun d'exploration.

Cette façon de penser n'a pas toujours eu cours. Elle a cependant dominé le droit, à l'université comme au prétoire, dans le dernier demi-siècle. Depuis

une quinzaine d'années, elle est contestée par des juristes qui ont refusé de se laisser enfermer dans cette problématique bloquée.

Dans les chemins théoriques et méthodologiques de ce questionnement, ils ont rencontré les courants et les écoles qui traversent les sciences sociales : le fonctionnalisme, le systémisme, le structuralisme et même le matérialisme. Unis dans un sort commun contre les positivistes à tous crins, ils ont cependant trouvé entre eux de nouveaux terrains de querelles théoriques. Ils ont aussi trouvé ailleurs dans les sciences sociales certains courants et certaines affinités avec lesquels ils ont entrepris des démarches conjointes.

C'est un peu l'histoire de ces flux et reflux, telle que pour une partie je l'ai retracée par des recherches historiques et telle que pour une autre partie je l'ai vécue et j'y ai participé, que je vais maintenant aborder.

A. L'enseignement du droit: universitaire ou professionnel ?

[Retour à la table des matières](#)

Contrairement aux traditions européennes « continentales » et aux traditions sud-américaines, on ne retrouve ni au Canada ni au Québec de faculté de sciences sociales, économiques et juridiques ou de faculté de science politique et de droit. Cette tradition scientifique qui regroupe dans les mêmes murs ceux qui étudient l'État et le pouvoir et ceux qui étudient la production de cet État et l'expression de ce pouvoir, le droit, n'a pas marqué la tradition nord-américaine.

Les facultés de droit ont évolué très largement sinon essentiellement comme des écoles professionnelles, sortes d'écoles techniques pour avocats (et notaires dans le cas du Québec). Le rapport de la Commission *d'enquête sur la formation des jeunes avocats*¹ présidée par le juge Guy Guérin en 1973 retrace l'historique de l'enseignement du droit au Québec.

¹ Gouvernement du Québec, 1973, texte photocopié, 52 p. et des annexes. Nous nous en inspirons largement dans le résumé qui suit.

Ce n'est qu'à partir de 1785 que l'État établit par ordonnance les premières règles d'admission à la pratique du droit. À cette époque, c'est une cléricature et un examen professionnel qui servaient de base à l'admission.

Les premières écoles de droit firent leur apparition au XIX^e siècle, la Société des bibliothèques en 1830, l'Université McGill en 1848, le Collège Ste-Marie en 1851, l'Université Laval en 1854. La Corporation du Barreau avait entre-temps été formée en 1849 et la loi lui reconnaissait une compétence absolue sur l'admission à l'étude et à l'exercice du droit.

Pendant près d'un siècle le système de cléricature continua de prévaloir comme principal mode d'accès à la profession. Seule la durée de la cléricature variait pour les étudiants qui fréquentaient l'université (trois ans au lieu de cinq ou six).

Ce n'est qu'en 1937 que le système de cléricature fut abandonné et remplacé par le cours universitaire de trois ans suivi d'un stage pratique. C'est le Conseil général du Barreau qui adopta en 1939 le programme des études que devaient suivre les universités ! L'entraînement pratique se donnait dans les facultés selon le programme fixé par le Barreau.

Comme le constate le Rapport Guérin :

Ce système eut malheureusement pour effet d'accentuer l'opposition entre les facultés axées surtout sur la formation générale des étudiants et le Barreau davantage intéressé à leur formation pratique. Face à l'inquiétude grandissante des praticiens à l'égard de l'enseignement universitaire contrôlé principalement par des professeurs de carrière, le Barreau crut utile d'enlever aux facultés la direction de la formation professionnelle des futurs candidats à l'exercice².

En 1968, le Barreau « rapatria » la quatrième année de formation professionnelle et imposa aux étudiants universitaires un profil dit obligatoire au niveau de leurs études universitaires. Ce profil qui couvre plus des deux tiers de leur programme n'est jamais entré légalement en vigueur.

L'entrée en vigueur du Code des professions et la mise en place de l'Office des professions en 1975, retira au Barreau le pouvoir d'accréditation sur les programmes pour le confier à l'Office. À la même époque, le ministère de l'Éducation fit connaître au Barreau qu'il n'avait plus l'intention de financer l'École de formation professionnelle car il n'était plus question pour l'État de verser à une corporation professionnelle plusieurs millions de dollars annuellement pour des enseignements qui devaient être rapatriés dans les universités.

² Ibid., p. 9.

Depuis ce temps, les six programmes de droit québécois, le Barreau, les administrations universitaires, le Conseil des universités, l'Office des professions et le ministère de l'Éducation se retrouvent plusieurs fois par année autour de tables diverses et dans des forums multiples pour discuter du principe et des modalités de ce rapatriement qui, huit ans plus tard, tarde. Le Conseil des universités a officiellement pris position en faveur du rapatriement, les programmes et facultés sont divisés sur le principe et sur les modalités, le Barreau s'oppose. L'Office des professions vient d'entreprendre une consultation publique devant conduire à la détermination, par voie réglementaire s'il le faut, des modalités que prendra le rapatriement, d'ici 1984 nous dit-on :

Ce bref historique montre que le Barreau, depuis sa constitution en corporation autonome, a toujours exercé un contrôle étendu sur l'admission à l'exercice de la profession d'avocat...

L'on perçoit déjà par cette esquisse les tensions toujours actives entre théoriciens et praticiens, entre l'Université et le Barreau, sans cesse à la recherche d'un équilibre. D'ailleurs, ces tensions, voire ce conflit, n'ont rien de nouveau ; on les retrouve dans tous les pays et à toutes les époques ³.

La place du droit dans l'université ne s'est donc pas acquise simplement, et son intégration n'est pas encore complète. Il faudra tenir compte de cette tension interne toujours présente dans le droit, en abordant maintenant les liens fragiles qui se sont tissés entre le droit et les sciences sociales au Québec.

B. Le droit et les sciences sociales

[Retour à la table des matières](#)

Puisque le cadre de cet ouvrage fait remonter aux années 30 le début de notre étude, commençons par le commencement.

Il est de notoriété publique que dans la politique québécoise, les avocats et les notaires ont longtemps joué un rôle de premier plan. On ne sera donc pas étonné de voir apparaître, au début des années 30, la signature de plusieurs avocats et notaires au bas du manifeste intitulé *Programme de restauration sociale*, inspiré du programme doctrinal de l'École sociale populaire et publié dans *l'Action nationale* en 1933.

³ Ibid., pp. 10 et 11.

La présence de ces avocats et de ces notaires ne surprend pas dans un manifeste qui prône si clairement et ouvertement la défense et la promotion du corporatisme : « tendre à l'aménagement d'un ordre *corporatif* qui déchargerait l'État ».

À cette époque, nous l'avons vu, les études universitaires de droit sont facultatives. La faculté de droit est essentiellement composée de professeurs à la leçon, praticiens et magistrats qui y enseignent tôt le matin et en fin d'après-midi. Le premier, et pendant de nombreuses années le seul professeur de droit à temps plein à Montréal, Maximilien Caron, fut engagé comme professeur de droit civil en 1938. À cette époque, Maximilien Caron connaissait bien le mouvement de l'École sociale populaire et il écrivait régulièrement dans *L'Action nationale* des analyses en termes juridiques, sur des éléments du programme de restauration sociale de 1933.

C. Les juristes engagés dans les mouvements sociaux

[Retour à la table des matières](#)

Ainsi, dans un article sur « *Les compagnies à fonds social* »⁴, il Utilisait l'artifice rhétorique d'exposer le point de vue de l'économiste et du sociologue chrétien pour poser ses propres réflexions et prendre une position qu'il n'a pas été chose courante de voir des juristes d'après guerre reprendre :

La compagnie à fonds social creuse entre le capital et le travail un fossé dangereux. D'un côté, se tiennent les actionnaires, les bailleurs de fonds de l'entreprise, y collaborant très peu ou pas du tout, n'assumant qu'un risque limité, mais visant un dividende aussi gros que possible. De l'autre, les ouvriers, les producteurs, retirant presque toujours un salaire insuffisant et travaillant dans des conditions souvent abjectes. Le capital, dans ces conditions, perd tout contact avec le travail. Les deux en viennent à se méconnaître. Le capitaliste considère le travail humain comme une marchandise sur laquelle il est normal de spéculer. D'autre part, le travailleur se demande en vertu de quel droit l'actionnaire prélève une part, quelquefois considérable, du produit de son labeur. Aussi bien l'économiste et surtout le sociologue demandent-ils au juriste et au législateur de faire quelque chose. Si la compagnie à fonds social n'est pas intrinsèquement mauvaise, si, parfois même, elle sert le bien commun en suppléant à l'insuffisance des ressources individuelles, elle a besoin d'être étroitement réglementée. Dans l'ordre juridique, la réforme de notre régime économique s'opérera principalement par celle des sociétés par actions⁵.

⁴ *L'Action nationale*, vol. 8, 1938, p. 91.

⁵ *Ibid.*, pp. 96 à 98.

En 1938, tout juste avant son entrée à la Faculté, il traitait longuement dans les pages de *l'Action nationale* de *l'organisation corporative et la constitution canadienne*⁶. Après avoir rappelé la doctrine catholique sur le sujet énoncée par Pie XI dans l'encyclique « *Divini Redemptoris* »⁷, il situait cette position sociale et économique dans le cadre du nationalisme québécois et des difficultés de son cadre constitutionnel :

Cette tâche de l'autorité publique que rappelle le Souverain Pontife n'est pas facile, il faut le reconnaître. Les obstacles à écarter sont nombreux et divers. Il faudra juguler l'opposition des profiteurs d'un régime qu'ils voudraient voir durer, secouer l'apathie de la multitude des faibles exploités, éviter le danger de la dictature oui, dans l'homme, paralyse l'initiative, étouffe la personnalité. À ces difficultés d'ordre général s'ajoutent, chez nous, celles que suscite l'application de notre Constitution. L'on a affirmé que l'Acte de 1867 contrariait l'établissement du corporatisme. L'opinion émanait, c'est entendu, d'adversaires, trop heureux d'invoquer cette objection qui apaisait leur esprit inquiet. Au risque de troubler leur précaire paix, nous nous proposons de présenter la thèse adverse, en répondant succinctement à ces trois questions que l'on nous a soumises :

I) La Constitution permet-elle une délégation par l'État fédéral ou provincial des pouvoirs essentiels à une corporation ?

II) La corporation sera-t-elle établie sur le plan fédéral ou provincial ?

III) Quelles réformes de la Constitution l'organisation corporative exige-t-elle⁸ ?

On ne saurait pas douter que derrière ces propos de Maximilien Caron se dégage une conception de la justice sociale et économique et de l'organisation politique propre à la réaliser qui ne choquerait pas dans la bouche d'un G.H. Lévesque ou d'un Esdras Minville.

À cette époque, Caron, comme les autres membres de la première génération des sciences sociales québécoises, ne distingue pas sa technique - le droit - de sa pensée et de sa pratique sociales. Sa nomination à la Faculté de droit est d'ailleurs saluée par l'équipe de *l'Action nationale* en ces termes :

Cette nouvelle a réjoui tous ceux qui s'intéressent à la formation des jeunes hommes et à l'avancement des études juridiques... Sa lucidité d'esprit, son sens juridique, sa façon concise et sûre d'appuyer ses raisonnements sur l'érudition et la connaissance des faits lui assurent chez ses étudiants l'ascendant que seuls possèdent les vrais professeurs, et hors de l'Université, une influence de plus en plus considérable⁹.

Il nous faut aussi souligner quelques années plus tard les engagements sociaux du professeur Frank Scott de McGill. La cause célèbre de *Roncarelli*

⁶ Vol. 11, 1938, p. 229.

⁷ « Une saine prospérité doit se baser sur les vrais principes d'un corporatisme sain... La mission principale et la plus authentique du pouvoir civil est précisément de promouvoir efficacement cette harmonie. »

⁸ pp. 229-230.

⁹ Vol. 12, 1938, p. 27.

c. Duplessis¹⁰ fut l'occasion pour lui de faire le lien entre ses compétences éminentes de juriste, ses affiliations politiques au CCF (NPD) et sa lutte contre la grande noirceur du régime duplessiste. La participation du professeur John Humphrey à la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'O.N.U. dépassait aussi le cadre des enseignements traditionnels.

Il faut mentionner que pour certains juristes, tel Marie-Louis Beaulieu et Louis-Philippe Pigeon, le fait d'enseigner à la nouvelle Faculté des sciences sociales, « par les soirs », au début des années 40, constituait un véritable défi à *l'establishment* de la Faculté de droit, et pouvait être considéré comme une preuve d'engagement dans l'idéal de réforme véhiculé par le père Lévesque.

Enfin, on ne peut pas passer sous silence le fait que les facultés de droit ont été, surtout depuis les années 60, une pépinière de ministres fédéraux ou québécois. On se doute bien que l'engagement d'un Pierre-Elliott Trudeau à *Cité libre* pouvait teinter ses enseignements en droit constitutionnel, ou que, d'un autre point de vue, la position du Québec en droit international pouvait faire l'objet d'une attention particulière de la part d'un Jacques-Yvan Morin.

Mais il y a entre ces professeurs devenus politiciens, sinon hommes d'État, et les Caron, Scott ou Beaulieu une différence fondamentale. L'engagement social de ces derniers s'est vécu dans la faculté. En quittant l'enseignement ou en le séparant du politique, les autres ont laissé tout le champ libre au positivisme.

D. La domination positiviste

[Retour à la table des matières](#)

Le droit, aidé en cela par son haut degré de technicité, son langage jargonnant et son corporatisme bien établi, s'est refermé sur lui-même.

Les facultés de droit se sont réapproprié les études et les enseignements sur la justice, tout comme le droit et l'État s'étaient approprié le concept même de justice en le réduisant à celui de l'administration de la justice et en l'enfermant dans le cadre étroit des garanties procédurales. Cette appropriation a été si totale et complète qu'en 1981, dans des Notes préliminaires concernant

¹⁰ (1959) R.C.S., p. 121.

les enseignements touchant la justice et les sciences humaines au Québec, Marie-Andrée Bertrand et André Normandeau commencent par cette phrase. « Il est relativement aisé de bien identifier et de savoir où ont été logés les enseignements touchant « la justice », au Québec entre 1935 et 1960, et l'on peut prétendre que les facultés de droit de Montréal, de McGill et de Laval « s'en occupaient »...

Elles s'en occupaient, certes, mais à la manière dont on parle de territoires ou de pays occupés. Les préoccupations épistémologiques qui étaient présentes chez Caron ou même chez Antonio Perreault dans leurs écrits des années 30, et malgré toutes les critiques qu'on peut leur adresser, ont complètement été évacuées des facultés de droit.

L'enseignement s'est enfoncé dans le positivisme le plus plat et les facultés de droit sont devenues ou plutôt ont continué d'être, les écoles professionnelles qu'elles n'avaient jamais cessé d'être.

Durant la période 1945-1965, il faut souligner quelques exceptions notoi-res, quelques lumières qui, si blafardes soient-elles, font figure de phare dans cette grande noirceur. Soulignons par exemple les travaux d'un Pierre Carignan parus en 1953 dans la revue *Thémis* et portant sur une interrogation qui pour l'époque semble relever bien plus de la science politique que du droit ¹¹.

Il faudrait aussi parler d'un autre cas isolé, celui de Fernand Dumont qui en 1952 posait la question d'une sociologie du droit ¹².

Ce qu'il faut dire, c'est que l'histoire du droit et des sciences sociales est, jusqu'en 1970, faite de bien plus d'absences et d'évitements que de continuités et de ruptures.

Sur le plan de ce qui se passait dans les facultés de droit, les grands débats se situaient uniquement entre positivistes qui discutaient de sujets ayant une prise sur la réalité aussi forte que : les conditions d'existence de l'action « *de in rem verso* », de l'action paulienne ou de la théorie de l'enrichissement sans cause !

La professionnalisation des sciences sociales dans l'après-guerre a été pour le droit une réalité encore plus pénétrante. Les sociologues et les politico-logues qui, durant les années 50, se sont attachés à décrire la société, plus qu'à l'expliquer, avaient au moins l'avantage de travailler sur des objets concrets

¹¹ Carignan, Pierre, « Le droit de se faire justice dans l'ordre national et international », (1953) 7 *Revue juridique Thémis*, 137.

¹² Dumont, Fernand, « Une science à construire : la sociologie du droit », (1952) *Revue juridique Thémis*, p. 51.

(l'État, par exemple, avec ses appareils visibles), même s'ils n'y ont jeté qu'un regard extérieur. Les juristes, je devrais dire les praticiens professeurs de droit, sont allés un pas plus loin dans cette voie. Ils se sont contentés de décrire, c'est-à-dire de répéter, le discours juridique, le droit avec ses règles et ses normes. « La loi, c'est la loi », l'aphorisme montre bêtement ce qui se passait au plan scientifique dans les facultés de droit. Les professeurs de cette époque ne se sont jamais interrogés sur l'origine, même immédiate, de ces règles. Ils n'ont encore bien moins jamais cherché à expliquer pourquoi et comment le droit est devenu le mode dominant de contrôle social.

Cette tendance au positivisme pur allait graduellement être contestée principalement à partir de la fin des années 60, et des événements importants ont préparé cette contestation.

D. La remise en question fonctionnaliste, structuraliste et systémiste

[Retour à la table des matières](#)

Outre les événements politiques de 1960 et de la Révolution tranquille, il faut souligner un élément interne aux facultés de droit : la constitution d'un corps professoral permanent. Cela allait permettre à quelques personnes de commencer à préparer à plein temps des enseignements, libres des contingences de la pratique quotidienne, et allait permettre aussi à quelques juristes de commencer à s'interroger sur les origines immédiates et historiques du droit et parfois sur ses fondements. Les cours que j'ai suivis entre 1965 et 1970, m'ont bien montré qu'il ne suffit pas d'être professeur de droit à plein temps pour dépasser le positivisme. Cependant, dans quelques cas, dès cette époque, on abordait les balbutiements de cette nouvelle approche, dont je reparlerai.

D'autres événements, extérieurs aux facultés de droit, doivent être soulignés.

Au début des années 60 fut créé l'Office de révision du Code civil qui, dans le sillage de la Révolution tranquille, devait voir à remettre à jour les dispositions vieilles d'un siècle de notre Code civil, pour les faire correspondre aux nouvelles réalités (et aux nouveaux impératifs ?) sociaux et économiques. Dirigé par le professeur Crépeau de McGill, l'Office dut faire appel à de

nombreux travaux et à de nombreuses expertises du domaine des sciences sociales.

Les travaux de cet Office et ceux de la Commission de réforme du droit, créée à Ottawa au début des années 70, allaient représenter une des ouvertures les plus marquées pour des juristes universitaires québécois sur l'univers des sciences humaines.

La participation à de nombreuses commissions d'enquête dans lesquelles l'aspect juridique de problèmes sociaux était soulevé allait aussi marquer cette génération de juristes. Je pense ici aux grandes commissions d'enquête qui ont marqué dans les années 60 la réforme de l'État québécois et canadien et en particulier : la Commission Parent, la Commission Castonguay-Neveu, la Commission Laurendeau-Dunton, la Commission Bélanger, etc. Cette participation, soit directe comme adjoint de recherche ou secrétaire, soit indirecte par des projets de recherche subventionnés dans le cadre de ces grandes enquêtes, a mis en contact un grand nombre de jeunes juristes, professeurs ou sur le point de le devenir, avec trois réalités. D'abord avec le problème complexe mais concret des mécanismes par lesquels les lois et le droit se transforment pour faire face aux réalités sociales nouvelles : la simple étude du droit positif ne peut pas expliquer ces changements sociaux, encore moins trouver des solutions adéquates. Ensuite, cette participation a mis ces juristes en contact avec des économistes, des sociologues, des criminologues, des éducateurs, des travailleurs sociaux, etc., elle a permis que des liens personnels s'établissent. Enfin, elle a mis les juristes en contact avec les méthodes de recherche et de travail des sciences sociales.

Tout cela allait préparer les ferments d'une contestation du monopole de l'école positiviste dans les facultés de droit et du monopole de ces facultés dans l'étude des questions reliées au droit.

Les premières brèches dans ce monolithisme sont apparues tant à l'extérieur des facultés de droit qu'à l'intérieur de leurs murs.

De l'extérieur, quelques sociologues et quelques politicologues avaient commencé à se poser la question du droit et des normes juridiques comme objet de leurs propres études. Mais il me semble qu'une des premières vraies percées est venue de la création de l'École de criminologie de l'Université de Montréal.

Il est fort intéressant d'entendre Denis Szabo raconter comment ce projet a essuyé refus après refus de la part des facultés officielles, au rang desquelles la Faculté de droit par la bouche de son doyen Maximilien Caron. Selon la Faculté de droit, ce champ d'étude et cette discipline ne différaient pas en substance de celui du droit criminel ! Cette attitude démontre bien combien la

Faculté et son doyen d'alors avaient évolué pour s'enfermer dans un positivisme tout à fait étroit. Qui oserait aujourd'hui prétendre que l'étude de la conduite délinquante fait un seul et même objet avec l'étude des lois criminelles ? Et où en serions-nous aujourd'hui si l'on avait laissé aux seuls juristes le soin d'entreprendre chez eux l'étude de la criminologie ? Je voudrais ajouter que la création de cette École de criminologie n'a pas eu l'heur de déranger beaucoup la Faculté de droit. jamais durant le temps que j'y ai passé n'ai-je entendu parler dans un seul de mes cours des travaux qui pouvaient se mener à l'École de criminologie.

D'autres brèches se sont aussi bien lentement et timidement ouvertes de l'intérieur dans l'enseignement positiviste traditionnel. Au niveau du curriculum d'abord, puis au niveau du contenu des cours, et enfin au niveau de la recherche.

F. Le curriculum

[Retour à la table des matières](#)

Sur le plan interne, le relevé des programmes des facultés de droit fait par l'équipe du Centre de recherche en droit public en 1975 montre bien l'absence de toute approche interdisciplinaire.

J'avais eu, en 1965, le privilège de suivre un des premiers cours de sciences économiques donné sur les bancs de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. On avait eu recours pour l'occasion à un professeur de Grenoble, M. Reboud, et tous les lundis matins nous, apprenions en plus des lois civiles et criminelles, les lois de l'offre et de la demande et les lois du Marché. Samuelson remplaçait Lagarde, Keynes se substituait à Mazaud et Mazaud. Après deux ans, c'est à Madame Livia Thur que l'on confia ces enseignements, qui furent ensuite abandonnés au profit de la possibilité, souvent plus théorique que pratique, de suivre deux ou trois cours hors facultés.

Même le programme du nouveau Département des sciences juridiques qui allait s'ouvrir à l'Université du Québec à Montréal en 1973 ne comportait que deux cours de sociologie (dont un seul obligatoire) et un seul cours d'histoire des institutions juridiques assumé dans une perspective matérialiste, par un professeur du Département d'histoire, Alfred Dubuc.

Sur le plan du curriculum des facultés, le soit disant « profil obligatoire » du Barreau continue de faire sentir une très forte pression sur les choix de cours des étudiants. En pratique, cela rend extrêmement difficile l'ouverture des programmes sur des perspectives : multidisciplinaires. L'héritage historique de la formation professionnelle n'a pas fini de peser lourd.

G. Le contenu des cours

[Retour à la table des matières](#)

J'ai déjà souligné comment, au cours de mes études de licence et de maîtrise entre 1965 et 1971, le contenu des cours se limitait encore quasi totalement à des enseignements de droit positif. Il faut cependant souligner quelques exceptions notoires.

Dans des séminaires de droit public dirigés par Andrée Lajoie en 1966, il était possible de discuter des aspects politiques et économiques des décisions rendues par la Cour suprême du Canada. Les cours de droit administratif de Jean-Denis Gagnon ouvraient parfois quelques fenêtres sur des éléments d'administration publique. Le cours d'Yves Ouellette sur la fonction publique commençait par une longue introduction qui n'aurait pas été déplacée dans un cours de relations de travail dans le secteur public. Le cours de Claude Tellier en droit constitutionnel nous introduisait à l'étude des avantages politiques respectifs de diverses formules d'amendement contenues dans diverses constitutions fédérales, à travers le monde. Le cours de droit fiscal de Robert Bertrand comportait l'étude de certains principes économiques en matière de fiscalité.

Mais au chapitre des cours au contenu réellement nouveau et stimulant, je ne peux citer qu'un seul exemple, le cours de droit social donné à la maîtrise par Robert Bureau en 1970. Avant de nous conduire dans les dédales des lois et règlements dans le secteur de la sécurité sociale, Bureau nous présentait pendant une bonne moitié du cours les différents systèmes de sécurité sociale et leurs origines politiques, de même que les principales politiques sociales qui les mettaient en oeuvre au Québec et au Canada. L'étude technique des normes réglementaires prenait ensuite un éclairage fort différent qui leur faisait perdre leur caractère abstrait et les rendait d'autant plus compréhensibles.

Il n'en reste pas moins que tous ces cours se comptaient sur les doigts d'une main, et qu'ils constituaient pour celui qui recherchait des éléments d'explications au droit positif, des oasis bien rares dans une longue traversée du désert.

H. La recherche

[Retour à la table des matières](#)

La création du Centre de recherche en droit public à l'Université de Montréal et, plus tard, la création du Laboratoire sur la justice administrative à l'Université Laval de Québec, allaient également Marquer, dans le champ de la recherche juridique, certains rapprochements avec les sciences sociales.

La plupart des travaux de ces organismes sont encore largement marqués par la recherche empirique en droit positif. Cependant, une préoccupation nouvelle, celle de mesurer l'adéquation entre, d'une part, les règles de droit positif et leur application et, d'autre part, les besoins sociaux s'est fait jour dans les travaux du CRDP depuis près de dix ans.

La première de ces études, la *Place du juriste dans la société québécoise*¹³ a, pour la première fois, marqué la venue de sociologues, de politicologues et d'économistes dans une recherche faite dans le cadre d'une faculté de droit. Elle a aussi été le lieu du développement d'une première méthodologie de mesure quantitative dans le champ du droit. Une seconde étude sur le droit de la santé qui est actuellement en cours a donné lieu dans un premier temps à la rédaction d'un *Traité de droit de la santé*¹⁴. Ce premier volet, qui tient beaucoup plus d'une étude de droit positif « pur », sera suivi d'un second volet, déjà en cours, qui porte sur une approche critique du droit de la santé. Ce second volet veut identifier les besoins de protection juridique des droits concédés par les lois du secteur de la santé et tenter de cerner et d'expliquer les décalages qui peuvent exister entre les lois dans leur application et les politiques (énoncées ou souhaitées) qui ont donné naissance à ces lois. Ce programme s'éloigne sensiblement du simple inventaire et de la simple récitation des règles de droit positif.

¹³ (1976) 11 *Revue juridique Thémis*, no 3.

¹⁴ Les Presses de l'Université de Montréal, 1981.

Il existe aussi des embryons de recherches à caractère pluridisciplinaire dans le cadre du Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

Cette énumération, bien incomplète, illustre cependant que les liens entre le droit et les sciences sociales se multiplient.

Voici donc exposés succinctement, et avec de nombreuses lacunes, j'en suis sûr, les éléments conjoncturels qui ont marqué l'émergence de juristes, perméables aux influences des sciences sociales. Leur contribution significative ou originale ne me paraît pas à prime abord avoir marqué profondément la conception juridique de la justice, bien que leurs travaux peuvent contenir les éléments d'une certaine évolution de ce concept à l'intérieur des limites du cadre de l'ordre juridique actuel. Ainsi les travaux du Laboratoire sur la justice administrative marquent-ils une volonté de faire avancer les garanties procédurales, considérées comme l'essence juridique de la justice, dans les institutions et les organismes administratifs de l'État.

La naissance de l'école matérialiste en droit s'est axée d'abord autour de l'articulation d'une critique, elle a été favorisée par une conjoncture et elle s'est articulée autour de certains lieux privilégiés.

I. L'articulation d'une critique radicale

La critique matérialiste du droit n'est pas encore complète. Elle évolue constamment, au gré bien sûr de l'évolution de la pensée matérialiste dans l'ensemble des sciences sociales. Pour illustrer cette évolution, sans prétendre en retracer toutes les nuances, je voudrais citer les trois extraits suivants.

J. Fondements théoriques

[Retour à la table des matières](#)

En 1973, lors de la création du programme des sciences juridiques, les professeurs adressèrent aux candidats à l'admission une lettre dans laquelle ils exposaient leur conception du droit et les critiques qu'ils adressaient à la formation traditionnelle :

L'objet d'étude au module des sciences juridiques sera naturellement le droit, considéré non pas d'abord comme une réalité sociale, mais comme un langage dont la principale fonction est de masquer au profit d'intérêts précis et identifiables une réalité sociale oppressive pour la majorité.

Cette définition du droit comme langage implique que la norme se situe au niveau idéologique, et appartient à l'univers superstructurel du discours de l'État et non à la réalité concrète...

Cette perspective critique commande une conception particulière du rôle du juriste et plus spécifiquement du processus de formation d'un avocat. L'avocat serait ce technicien chez qui a été particulièrement développée l'aptitude à établir et à effectuer cette relation nécessaire entre un langage abstrait, le droit et la norme d'une part et d'autre part la réalité et les problèmes sociaux. C'est cette aptitude à découvrir les liens entre la réalité concrète et le discours abstrait que le processus de formation vise à développer.

Il s'agit là d'un choix pédagogique précis que peu de facultés de droit ont fait jusqu'ici, et c'est ce qui justifie le qualificatif d'expérimental que nous donnons à notre projet. En effet, les facultés traditionnelles se contentaient d'évoluer au seul niveau de la norme et du langage, et l'enseignement ne trouvait sa cohérence que dans la logique et la cohérence même du droit, comme en vase clos, sans liens constants avec les problèmes réels ; et il appartenait à l'étudiant de développer par lui-même ses aptitudes à transposer en langage juridique les problèmes concrets, et s'il ne le faisait pas, il s'exposait à éprouver un choc brutal à son entrée dans la pratique du droit ¹⁵.

Quelques années plus tard, Dorval Brunelle dans *le Code civil et les rapports de classe* ¹⁶ écrivait :

L'analyse d'un texte de loi devrait permettre d'expliquer non seulement la genèse d'une institution ou d'une norme, mais encore sa fonction. Pourtant, il ne doit pas s'agir, afin de déterminer la ou les fonctions d'une norme, de traiter « le droit ainsi qu'une chose » ¹⁷ parce que cette approche débouche sur un fonctionnalisme pur où les seuls rapports qui existent sont des rapports d'extériorité entre des institutions, entre des normes, tandis que le problème qui se pose n'est pas l'étude des rapports entre institutions, entre normes, entre formes sociales, mais l'analyse des rapports sociaux concrets qui déterminent telles formes sociales et l'analyse des rapports que ces formes elles-mêmes déterminent par ce qu'on

350

peut appeler une « action en retour ». Dans le même sens, le droit de la propriété privée ou le contrat de travail sont des produits de rapports capitalistes de production et agissent, en tant que formes sociales concrètes, pour maintenir ces rapports de production de telle sorte que ces formes puissent fonder la reproduction de tels rapports.

La limite principale de la méthode historico-comparative tient à l'impossibilité théorique, tant et aussi longtemps que la forme demeure une simple chose, de révéler la fonction d'une forme, non par rapport à d'autres formes ou par rapport à la société prise dans son ensemble, mais par rapport à Tels rapports sociaux concrets, des rapports de classes.

¹⁵ Brault, Serge, Robert Bureau, René Laperrière, Georges LeBel, Pierre Mackay, *l'Université, la politique et le droit*, Les Éditions québécoises, Montréal, 1973, p. 37 et 38.

¹⁶ Les Presses de l'Université du Québec, 1975, pp. 6 et 7.

¹⁷ Carbonnier, J., *Sociologie juridique*, A. Colin, 1972, p. 180. Voir aussi : Durkheim, Émile, *les Règles de la méthode sociologique*, P.U.F., pp. 15-47.

L'étude scientifique du droit doit dépasser l'analyse des formes pour dégager, par-delà ces formes, les rapports sociaux qui les sous-tendent.

Nous citerons enfin le professeur Normand Marion qui résume bien les éléments que l'analyse matérialiste pose aujourd'hui sur le juridique :

Si l'on procède à faire brièvement le point sur les rapports juridiques, en fonction du matérialisme dialectique et historique, nous constatons, en prenant en considération la primauté des conditions matérielles et leur caractère évolutif, que la sphère juridique :

1. est déterminée par la sphère économique (en fonction des rapports de production et de la division sociale du travail) ;
2. surdéterminée par la sphère politique (en fonction (a) de l'organisation des rapports de production et de la division sociale du travail et (b) en fonction du maintien de la domination politique générée par les rapports de classes sociales) ;
3. est correspondante aux formes de consciences sociales déterminées ¹⁸.

La critique matérialiste du droit, des institutions juridiques et de l'enseignement du droit ainsi posée, voyons maintenant ce qui, au Québec, a pu favoriser l'émergence de cette école de pensée.

K. Le développement historique

[Retour à la table des matières](#)

On peut d'abord parler du climat étouffant et sclérosé qui régnait dans les facultés de droit des années 60, et de l'effet de ce climat sur les étudiants (et ils étaient assez nombreux) qui cherchaient à comprendre la société dans laquelle ils vivaient, et à expliquer le contenu du droit qu'ils apprenaient bêtement par cœur, lors d'examens semestriels tous semblables les uns aux autres. Il ressort de la description des cours que j'ai faite précédemment, que ce n'est pas là qu'ils pouvaient trouver réponse à leurs questions. Pour qui avait eu la curiosité intellectuelle de lire Levi-Strauss ou Margaret Mead, l'explication du « *jus naturalis* », que répétaient encore les professeurs, était plus choquante qu'éclairante. Il fallait donc chercher ailleurs des réponses.

Après s'être fait répondre à une, deux ou trois reprises que tout travail ou toute recherche qui cherchait à comprendre le pourquoi des règles de droit ne constituait pas un travail juridique mais un travail de sociologie - cela dit sur

¹⁸ *Les méfaits du méfait : éléments de réflexion*, texte photocopié, 1981, p. 20.

un ton souvent hautain - et parfois méprisant - un certain nombre de ces étudiants abandonnaient, pour se réorienter en sociologie ou en science politique. D'autres recherchaient dans une « action sociale étudiante » ou dans une action politique à leur portée, le syndicalisme étudiant, une stimulation intellectuelle combien de fois supérieure à celle trouvée sur les bancs des amphithéâtres. D'autres enfin, après avoir enduré pendant trois ans, se précipitaient à l'étranger pour voir si des études supérieures en sociologie, en histoire, en science politique, n'allaient pas répondre à leurs interrogations.

Le développement de l'école matérialiste ne se serait sûrement pas fait de la même façon sans la poussée démographique et l'effort de démocratisation de l'enseignement supérieur au Québec. C'est cette conjoncture qui a rendu nécessaire l'ouverture de l'Université du Québec et qui a permis le regroupement, en particulier autour de l'UQAM, de nombreux jeunes professeurs. Ils ont pu y trouver une université naissante, d'où était donc absent le poids de l'autorité traditionnelle qui contraindait à entrer dans le moule ou à quitter l'université.

Dans le domaine du droit, le regroupement s'est fait principalement autour du programme et du Département des sciences juridiques sur le plan de la critique théorique et académique, et autour de l'Association des juristes québécois, pour la contestation et l'action sur le terrain de la pratique du droit.

Quant à la recherche, elle a des liens et des affinités qui se développent parfois avec les juristes structuralistes mais plus souvent avec les autres tenants de l'école matérialiste dans les divers champs des sciences sociales. Elle est résolument ouverte à l'interdisciplinarité. Environ la moitié des professeurs du Département des sciences juridiques possèdent une double diplomation, droit et sociologie, sciences économiques ou science politique.

Les contributions spécifiques des juristes de la quatrième génération sur le thème de la justice se sont donc faites autant sur le terrain de la pratique que sur le terrain de la théorie.

Au niveau de la théorie, ils ont réintégré dans leur conception de la justice un concept de justice sociale et de justice économique en critiquant le concept de justice formelle comme n'étant qu'un simulacre de justice. En cela ils s'apparentent aux juristes comme Caron ou Scott, s'en distinguant par ailleurs au plan de la pratique et du lien nécessaire qu'ils établissent entre théorie et pratique.

Au niveau de la pratique, ils ont participé à titre de juristes ou de militants à des luttes syndicales, populaires ou politiques, qu'il serait trop long d'énumérer ici.

L'école matérialiste n'est pas un courant uni ni un front politique, mais elle représente sur le plan scientifique une voie de contestation radicale des idées et des théories reçues. On sait que ce ne sont pas les idées reçues qui manquent en droit. Elle semble donc avoir du pain sur la planche pour encore quelques années.

Deuxième partie

Le double sens de la notion de justice: une justice problématique

[Retour à la table des matières](#)

Je voudrais maintenant illustrer comment le formalisme juridique véhiculé par les facultés de droit et les tribunaux a réussi à faire de la notion de justice ce qu'elle est aujourd'hui pour la majorité des juristes.

Du concept philosophique et moral large et généreux de « ce qui est juste », le droit des pays occidentaux a graduellement fait évoluer la notion de justice vers celle plus restreinte d'égalité. Cette notion d'égalité s'est ensuite définie par celle plus formelle de « traitement égal », puis sous l'influence américaine par celle plus legaliste de non-discrimination.

De la non-discrimination à l'« égalité devant la loi », il n'y avait qu'un pas qu'on eut tôt fait de franchir. Enfin, les tribunaux sont venus confirmer que l'égalité devant la loi, au Canada, résumait la justice à la règle du *Rule of Law*, le règne du droit. Pour mémoire, cette dernière notion signifie simplement que les fonctionnaires doivent respecter les mêmes lois que les autres citoyens. Si ce principe est respecté, on ne pourra jamais invoquer devant « la » justice le caractère injuste ou inique d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'un règlement statutaire.

Une telle métamorphose mérite qu'on s'y arrête un peu. Regardons de plus près son point de départ et son point d'arrivée.

A. Au départ : ce qui est juste

[Retour à la table des matières](#)

On peut parler de la justice pour signifier ce qui est juste. Dans ce sens le terme de justice n'est pas limité au droit, loin de là. On parle de justice sociale, de justice économique, de justice distributive. En philosophie, on distingue chez Aristote justice numérique ou justice proportionnelle, on parle de justice naturelle et de justice humaine, de justice immanente ou de justice divine.

Dans cette acception, le concept prédominant en matière de justice est celui qui, d'une manière ou d'une autre, stipule que les *semblables* doivent être traités de manière semblable, et on ajoutera souvent dans des situations semblables. On voit déjà poindre dans cette définition les multiples conflits autour de la définition de ce qui est semblable ou dissemblable. Les juristes reconnaîtront tout de suite ici le ferment du *distinguishing*, cet art de distinguer les situations les unes des autres jusque dans leurs plus fins raffinements, afin d'éviter ou d'invoquer l'application de tel ou tel précédent à la situation semblable ou dissemblable de son client, selon que le précédent est un jour favorable ou un autre jour défavorable aux intérêts représentés.

L'idée du traitement semblable ou similaire débouche rapidement sur les idées d'égalité, d'impartialité et de « à *chacun selon son dû* ».

Ces derniers concepts sont l'occasion, au niveau de l'action (sociale et politique), de débats, parfois vifs sinon violents, sur un double plan.

Premièrement, il faut définir qui sont les égaux. Cette question est éminemment politique, est-il besoin de le préciser. Des citoyens, depuis l'antiquité athénienne et romaine, en passant par la noblesse féodale, la bourgeoisie coloniale américaine, jusqu'à la bourgeoisie capitaliste du XIXe siècle et à celle du XXe siècle, ont été exclus du pouvoir et de la justice, parce que considérés et traités comme inférieurs, différents ou inégaux.

C'est l'histoire de toutes les femmes dans toutes les civilisations sur les plans politique et économique, avec des exceptions récentes et limitées. C'est l'histoire des serfs et des esclaves, celle plus récente des immigrants et des non-citoyens. C'est aussi de tout temps l'histoire des prisonniers de guerre et

dans une histoire plus récente celle des détenus politiques ou de droit commun, celle des exilés, des apatrides. C'est enfin l'histoire des malades, des aliénés et des interdits de toutes espèces. Le nombre des inégaux est bien plus lourd que celui des égaux ! En corollaire à la notion de justice, on parlera aussi de la notion formelle de discrimination, une interdiction légale de traiter inégalement des personnes que la loi considère égales.

Le droit actuel, né des révolutions bourgeoises (« liberté », « égalité », « fraternité »), a repris pour son compte le concept de justice et en a fait une force motrice des revendications politiques : égalité de traitement pour la bourgeoisie, par l'abolition des privilèges royaux ou féodaux, égalité de traitement pour les marchands des colonies par l'abolition des douanes excessives contre le commerce en provenance des colonies (le « Boston Tea Party »). Ces revendications ont été de puissantes motivations révolutionnaires, il y a environ deux siècles.

Cette égalité avait été réclamée et proclamée pour tous les « hommes » (sic) dans des déclarations des droits, des constitutions, ou des « *petitions of rights* » puisqu'il a bien fallu s'appuyer sur le peuple tout entier pour renverser le pouvoir féodal ou le pouvoir colonial. Et c'est ici que se pose la deuxième question en matière d'égalité.

Il faudra en effet s'entendre sur ce qui constitue un *traitement* semblable ou égal. C'est la réponse à cette question insoluble dans l'ordre économique capitaliste à laquelle le droit bourgeois a trouvé la réponse. Ce qui nous amène à parler de la notion de justice dans sa deuxième acception, l'administration de la justice. Mais avant d'y arriver cependant, nous voudrions rapidement faire l'inventaire de certains autres concepts qui gravitent autour de la notion de justice dans son sens premier, et qui se retrouveront aussi dans le vocabulaire de l'appareil légal et judiciaire.

Dans les conceptions philosophiques de la justice, au sens de ce qui est juste, on retrouve souvent comme nécessaire à la détermination de ce qui est égal, l'obligation du *maintien de l'ordre*, entendu généralement comme l'ordre social dominant, dans lequel peut seule être appréciée et mise en oeuvre une véritable égalité. Les conceptions *éthiques et morales* de la justice véhiculées alors sont celles de la classe qui domine l'ordre social, tandis que les valeurs des groupes inégaux et qui peuvent aspirer à changer cet état de fait seront considérées comme subversives, donc non justes.

Le *caractère raisonnable* est souvent représenté dans les idées d'équité ou de « *fair-play* ». Le concept d'équité est plus restreint que celui de justice car il se réfère essentiellement à l'idée que l'application trop rigoureuse des mécanismes mis en place pour réaliser la justice - dans notre système les lois ou les jugements - peut elle-même créer des inégalités, donc des injustices -

selon des critères de morale, de raison ou d'utilité -et que cette application a besoin d'être tempérée. Par exemple, les juges du tribunal des petites créances, pour des raisons d'utilité et de coût social, ne sont pas obligés de juger en droit mais peuvent le faire en équité.

Ajoutons le principe de réciprocité d'où peut dériver l'idée que les contrats librement consentis seraient justes et d'où peut également dériver l'idée qu'une vengeance proportionnelle au tort causé constitue une juste réparation.

Les concepts d'utilité et d'efficacité en matière de justice débouchent sur les institutions de punition et de *récompense comme* moyens d'atteindre la justice.

Enfin, les concepts de coutume et de tradition fondent comme étant justes les doctrines ou les gestes fondés sur le précédent, la répétition *des* actes et la convention.

Voyons maintenant la notion de justice dans son acception légale.

B. À la fin : une justice qui s'administre

[Retour à la table des matières](#)

Il serait abusif de prétendre que le droit et l'État bourgeois ont accaparé le monopole exclusif du discours sur la justice. Mais il est indéniable qu'ils ont cependant bien accaparé tout l'appareil de mise en oeuvre de la justice et de ses moyens de mise en oeuvre. La règle fondamentale de droit « Nul ne peut se faire justice à lui-même » illustre bien cette situation, au point qu'une personne qui prendrait la justice entre ses mains commettrait elle-même une illégalité et serait sujette aux foudres de la justice.

Nous avons déjà souligné que la justice dont il est question sur le plan juridique n'est pas et ne peut pas être la justice sociale ou la justice économique, malgré le monopole dont jouit l'appareil de l'administration de la justice comme dispensateur de justice.

Le droit issu des révolutions bourgeoises stipule en effet clairement l'égalité des personnes ¹⁹, ou mieux des sujets de droit, devant la loi. En droit canadien, le formalisme en cette matière est de loin le courant dominant, voire le courant exclusif.

Les théoriciens du droit anglais, américain et canadien s'accordent d'ailleurs largement en la matière ; par exemple :

The essence of justice is largely procedural (K.C. Davis ²⁰).

It is not without significance that most of the provisions of the Bill of Rights are procedural. It is procedure that spells much of the difference between rule by law and rule by whim or caprice.

Steadfast adherence to strict procedural safeguards is our main assurance that there will be equal justice under the law (Le Juge Douglas, U.S. Supreme Court ²¹).

La jurisprudence des tribunaux canadiens nous amène même un pas plus loin dans la voie du formalisme légal en matière de justice. Pour illustrer ce propos, je parlerai de deux arrêts de jurisprudence dans lesquels on a voulu faire appliquer les dispositions de la Déclaration canadienne *des droits* pour rendre inopérantes des dispositions de la *Loi fédérale sur les Indiens*. Il s'agit des affaires la Reine c. Drybones ²² et le *Procureur général du Canada c. Lavell* ²³.

Ces deux affaires concernent l'application de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* et leur incompatibilité avec les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*.

On peut résumer ainsi ces deux affaires. En 1970, la Cour suprême du Canada acquitta Drybones, un Amérindien vivant dans les Territoires du Nord-Ouest, d'une accusation portée contre lui en vertu de la Loi canadienne sur les Indiens.

Cette loi décrivait qu'un Indien, trouvé ivre hors d'une réserve, était coupable d'un délit. Cette loi ne s'appliquait pas aux non-Indiens. Le motif de l'acquittement se fondait sur la Déclaration canadienne des droits, loi postérieure à la Loi sur les Indiens, qui déclarait expressément qu'une loi du Canada ne devait pas s'interpréter ou s'appliquer de manière à supprimer ou à

¹⁹ Au Canada, nous savons maintenant qu'au sens constitutionnel (légal) ce mot comprend également les femmes depuis l'arrêt *Edwards c. P.G. du Canada*, (1930) A.C. 124, grâce à une décision du Comité judiciaire du Conseil privé, renversant une décision de la Cour suprême du Canada à l'effet contraire.

²⁰ Cité par Ouellette, Yves et Pépin, Gifles, *Principes de contentieux administratif*, Éditions Blais, Montréal, 1979, p. 181.

²¹ Ibid.

²² (1970) R.C.S. 282.

²³ 38 D.L.R. (3d) 481.

diminuer l'égalité devant la loi d'une personne en raison de sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe.

Madame Lavell, une Indienne, avait perdu son statut d'Indienne par son mariage à un non-Indien. Elle réclama que le tribunal déclare cette disposition de la Loi des Indiens non applicable parce que créant une inégalité devant la loi entre les Indiens et les Indiennes, en raison de leur sexe.

Il pourrait paraître juste au profane que la cour traite Madame Lavell en raison de son sexe de manière semblable à M. Drybones en raison de sa race. Mais ce serait sans compter avec le formalisme extrême du concept juridique de justice.

Ce qu'il faut retenir, c'est que la Cour suprême du Canada, le plus haut tribunal du pays, a confirmé une interprétation étroite du concept d'égalité devant la loi. « Ces termes, aux dires du tribunal, ne sont pas efficaces pour invoquer le concept égalitaire illustré par le 14^e amendement de la Constitution des États-Unis, tel qu'interprété par les tribunaux de ce pays-là... l'égalité devant la loi doit se lire dans son contexte, comme une partie du « règne du droit » (*rule of law*). » La Cour suprême du Canada est même allée un pas plus loin en précisant que les termes « règne du droit » avaient au Canada le sens restreint qui a été proposé par Dicey. Ce concept se limite simplement « à exclure l'idée d'une exemption de fonctionnaires ou d'autres personnes du devoir d'obéissance à la loi à laquelle sont assujettis les autres citoyens ou de la compétence des tribunaux ordinaires »²⁴. La notion de justice véhiculée dans notre droit apparaît ainsi comme une véritable peau de chagrin.

Voici succinctement exposé le caractère hautement formel de la notion de justice véhiculée par le droit. Dans un tel contexte, le terrain d'entente entre les juristes et les sciences sociales sur la question de la justice est fort étroit.

C. En guise de conclusion, à suivre...

[Retour à la table des matières](#)

Les continuités et les ruptures dans les sciences juridiques et le droit sont marquées par les mêmes événements et les mêmes écoles que dans les autres domaines des sciences sociales. À cette différence près que tous les juristes ont pendant longtemps et que plusieurs juristes considèrent encore aujourd'hui

²⁴ Dicey, cité par Stephens, *Commentaries on the Laws of England*, 21^e éd., 1950, vol. III, p. 337.

leur objet d'étude comme ne pouvant pas faire l'objet d'une investigation scientifique. Les liens entre les sciences sociales et le droit sont donc encore ténus, et leur histoire est bien plus souvent marquée d'absences que de continuités ou de ruptures.

Sur le plan de la justice, le droit comme système de contrôle social a réussi à récupérer le contenu du concept de justice. Il a qualifié l'administration de ses lois du nom mystificateur d'administration de la justice. En se parant du nom et de l'habit de la justice, et en paradant dans des palais nommés au nom de la justice, le droit a voulu faire croire qu'il en avait pris les qualités.

Si c'est le rôle de la science de démêler l'apparent du réel, le droit et la justice offrent aux sciences sociales un champ d'exploration qu'elles ont à peine commencé à effleurer.

Fin du texte