

# Responsabilité, fraternité et développement durable en droit:

Une conférence en mémoire de l'honorable Charles D. Gonthier

# Responsibility, Fraternity, and Sustainability in Law

A Symposium in honour of Charles D. Gonthier

20-21 Mai 2011 à la faculté de droit de l'université McGill

May 20-21, 2011 at the McGill University Faculty of Law

# Manuscripts de la conférence Conference Proceedings

**Réflexions critiques sur les  
implications de la «fraternité»**

**Nathalie Desrosiers**

## Réflexions critiques sur les implications de la "fraternité"

Nathalie Desrosiers

### Introduction

« Du pain, de la liberté , de la dignité » : C'est la devise de la révolution égyptienne qui se vit ces jours-ci, me dit le porte parole de the Egyptian Initiative for Personal Rights, Hossam Baghat. C'est donc un schéma en trois temps, qui rappelle les thèmes chers à l'Honorable Gonthier de « Liberté, Égalité, fraternité ». C'est une devise autrement plus dynamique et inspirante que les thèmes organisateurs de la constitution canadienne, en trois temps toujours : Paix Ordre et Bon gouvernement, qui comme Hugh Segal le dit (peut être l'a-t-il emprunté à d'autres) : « Peace Order and Good government , we got two out of three, that is not bad »).

Cette devise en trois temps semble bien refléter l'histoire du pays qui ne connaît que des révolutions tranquilles, des transitions apparemment modérées, malgré que sous des apparences d'être un « ilot de tranquillité », comme le disait le National Post cette semaine, les chose changent.

Mon propos, à l'instar d'autres dans le cadre de cette conférence, est de réfléchir sur la portée du concept de « fraternité » et de sa juridicité.

Le grand mérite de l'article de l'Honorable Charles Gonthier, paru en 2000<sup>1</sup>, était qu'il visait à donner un sens au terme « fraternité ». D'une certaine façon, c'était une réponse à l'invitation lancée un an plus tôt par le juge Morrisette dans un autre article publié en 1999 où il affirme:

Si nous transplantions ici la devise de la République française, "**Liberté, Égalité, Fraternité**", nous pourrions avancer que l'époque de la **liberté** occupa la majeure partie des XIXe et XXe

---

<sup>1</sup> L'honorable Charles D. GONTHIER, *Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy*, (2000) 45 R.D. McGill 567-589.

siècle, que celle de l'**égalité** a commencé avec l'après-guerre, et que celle de la **fraternité** (ou de la solidarité, dirait-on plus volontiers aujourd'hui) est encore devant nous.<sup>2</sup>

La fraternité posée ainsi comme un projet non défini, futur, lointain, demandait que quelqu'un l'articule pour nous. C'est ce que l'Honorable Gonthier accomplit dans *Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy*

Aujourd'hui je veux aller un peu plus loin et tenter de cerner où nous en sommes avec ce projet de définir une fraternité, contraignante ou simplement explicatrice, et de poser certains jalons pour l'avenir. Ce sera le thème de ma réflexion : la fraternité est-elle un principe juridique, qui impose des obligations exigibles ou est-elle simplement un cadre de réflexion ou d'explication des choix législatifs comme peut-être l'entendait l'Honorable Charles Gonthier.

Mon texte est donc en deux parties principales :

1. La fraternité a une face cachée dans son sens historique et même dans l'interprétation qu'en donne le juge Gonthier elle pourrait devenir une simple **fraternité de justification** (acceptant comme légitime tout choix fait par la communauté) ou elle pourrait devenir une **fraternité d'exclusion** : fraternité soutenant une forme d'appartenance culturelle ou politique à l'exclusion d'autres, par exemple. Ces deux faces cachées de la fraternité doivent à mon avis être considérées et rejetées.
2. Plus ambitieuses seraient les **fraternité de redistribution, fraternité de compassion et fraternité de participation** que j'expose ensuite; Ces sens oubliés de la fraternité offrent des possibilités plus démocratiques. Cependant, selon moi, malgré leurs promesses, ces trois dernières fraternités demeurent à l'état d'ébauche, « elle sont encore devant nous », comme dirait le juge Morrissette, mais je termine tout de même sur une note optimiste quant au potentiel de la fraternité de continuer d'être un catalyseur pour la liberté et l'égalité, « le ciment qui rattache la liberté et l'égalité à une société civile » comme le disait l'Honorable Gonthier. C'est peut-être comme contre

---

<sup>2</sup> Y.-M. MORISSETTE, « Figure actuelle du juge dans la cité », (1999) 30 *R.D.U.S.* 1-31, par. 24.

pois que la fraternité ne doit pas être oubliée et exiger un engagement ferme et indéfectible envers la liberté et l'égalité : j'y reviendrai.

## Partie I – La face cachée de la fraternité

La devise de la république française a des résonances universelles<sup>3</sup> qui ont modelé le modèle international des droits de la personne. Cependant, la fraternité n'a pas su trouver la place au palmarès des idées que ses consœurs, liberté et égalité, ont réussi à se façonner.

De vouloir dynamiser le concept de fraternité ne doit pas nous empêcher de l'aborder avec circonspection parce que le concept pourrait avoir un héritage complexe et voire même dangereux<sup>4</sup>, une face cachée qu'il faut bien confronter. J'explore deux versions de la fraternité qui, selon moi, pourraient affaiblir notre démocratie : une fraternité de justification et une fraternité d'exclusion. Toutes les deux pourraient se déduire de certains écrits de la Révolution française et d'une lecture superficielle des écrits de l'Honorable Gonthier.

### a) La fraternité de justification

Dans son article, l'Honorable Gonthier explique :

La fraternité évoque des valeurs telles que l'empathie, la coopération, l'engagement, la responsabilité, la confiance, le *fair play* et l'équité.

Et plus loin :

In other words, the concept or value underlying the duty may be widely shared, but as applied in law, the duty itself may be imposed on a limited class of people. It is important to differentiate between the source of the obligation, *i.e.*, fraternity, and the obligation, itself as prescribed by law.

---

<sup>3</sup> Outre les contributions des juges Gonthier et Morissette, l'adage est repris aussi par le juge McIntyre dans *Andrews, infra*, note **Erreur ! Signet non défini.** ainsi que le texte entourant la note **Erreur ! Signet non défini.**, ainsi que dans d'autres travaux relatifs au droit constitutionnel canadien : A. GEDDIS, «*Liberté, égalité, argent : third party election spending and the Charter*» (2004) 42 *Alberta L Rev.* 429.

<sup>4</sup> Dangereuse fraternité? Mark Hunyadi p. 153 ss.

Il y aurait un danger de lire dans cet extrait, et dans l'article au complet, une attitude de déférence par rapport à tout choix législatif de la communauté : la fraternité expliquerait (serait la source de l'obligation), mais elle n'aurait aucun contenu exigible, seul le droit donnerait ce contenu.

Cette fraternité passive ne se mesurerait pas à la liberté et l'égalité qui, elles, ont certainement des contenus contraignants : une loi qui viole la liberté d'expression ou l'égalité entre les citoyens doit être justifiable pour survivre. On pourrait s'inquiéter de cette passivité qui pourrait donner lieu à une justification trop facile des choix législatifs.

À mon avis, ce n'est pas vraiment la pensée de l'Honorable Gonthier puisque comme Fabien Gélinas l'a bien exprimé, il s'est opposé à maintes occasions à des choix injustifiés du législateur ou de communautés<sup>5</sup>, par exemple, dans la décision dans *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*<sup>6</sup>,

Je fais une parenthèse ici pour passionnément souligner l'importance de ne pas abandonner ce rôle de contrôle des choix législatifs :

Il ne faudrait pas assister à un effritement du contrôle de l'objectivité ou une déférence ne servira qu'à justifier des choix politiquement acceptables mais déraisonnés ou non soutenus par la preuve ou le savoir.

Les Canadiens et Canadiennes ( en vertu de l'Article 1) avaient acquis le droit à une politique publique basée sur la preuve , « evidence based public policy », j'ai un peu peur qu'il y ait un retranchement de cet engagement.

---

<sup>5</sup> Le professeur Gélinas s'exprime ainsi : « Aussi, bien qu'il ait été soucieux d'aménager une marge de manœuvre suffisante au législateur dans la poursuite des politiques publiques, il était tout à fait disposé à déclarer les lois inconstitutionnelles lorsque les restrictions aux droits garantis le justifiaient. » F. GÉLINAS, *Une Justice Fraternelle: Éléments de la Pensée de Charles Doherty Gonthier* (2010) 55 McGill L.J. 357, à la p. 361.

<sup>6</sup> [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54;

Il en résulte un appauvrissement de notre discours politique. L'habilitation du citoyen qui émane du processus en vertu duquel le gouvernement doit expliquer ses choix dans le cadre de l'article 1<sup>7</sup> est une source importante de démocratisation et de participation. Un des aspects les plus fondamentaux de la Charte dès ses débuts a été le renversement du fardeau de preuve vers le gouvernement dans le cadre de l'article 1. Cela devait permettre une démocratisation des décisions publiques, une plus grande transparence dans l'élaboration des politiques publiques, une clarification des enjeux sociaux, voire une gouvernance plus « scientifique », basée sur des preuves et études. Ce renversement du fardeau de preuve n'a certainement pas empêché les gouvernements de procéder à la mise en œuvre de leurs politiques, avec peut-être à l'occasion avec quelques retards ou retouches. L'imposition d'un fardeau de preuve devrait amener une intériorisation des valeurs de la *Charte* dans le discours politique. L'article premier n'a jamais visé à donner « la » solution aux gouvernements<sup>8</sup> ou à substituer les tribunaux aux législateurs. Il devait et doit toujours permettre un processus d'explication en regard des valeurs constitutionnelles, un recentrage peut-être des politiques et une clarification des enjeux et ce de façon rationnelle. Je préconise donc une **fraternité de raison**.

Les tribunaux ont été critiqués parce qu'à l'occasion, la preuve de sciences sociales sur lesquelles ils se sont basés était faible, biaisée ou carrément erronée. Il ne faudrait pas en venir à ne plus exiger cette preuve. Si elle est faible, biaisée ou carrément erronée, elle circule certainement dans l'espace public et a peut-être été utilisée par les gouvernements. C'est un service à rendre à la société que de permettre un examen rigoureux de la preuve de sciences sociales qui sous-tend souvent les approches gouvernementales. Si la preuve est faible, elle peut être rectifiée ou compensée ou on peut conclure que la question demeure incertaine et que le savoir ne permet pas de conclure dans une direction ou une autre. Cette conclusion d'incertitude m'apparaît plus sensée qu'une conclusion qui n'évalue même pas la preuve au

---

<sup>7</sup> Voir L. B. TREMBLAY, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel», (1999) 44 *R.D. McGill* 39-110, pour une démonstration de la nécessité de la justification valable dans les sociétés.

<sup>8</sup> Dans un contexte de gestion des rapports entre minorités et majorité, une approche thérapeutique milite contre la découverte de « la » solution : voir l'analyse thérapeutique du *Renvoi sur la sécession du Québec*, N. DES ROSIERS, *supra*, note **Erreur ! Signet non défini.** et N. DES ROSIERS « La gérance de l'incertitude en droit constitutionnel: une analyse du discours judiciaire», dans E. MACKAAY (dir.), *Les incertitudes du droit / Uncertainty and the Law*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1999, p. 95-115.

motif que la communauté a le droit de décider sans preuve aucune. Dans la même veine, on doit s'inquiéter des ressacs sur la question du renversement du fardeau de preuve, en effet, l'imposition du fardeau au citoyen de démontrer que ses intérêts tiennent compte d'intérêts de la société, en particulier dans le contexte de l'article 7 élimine l'aspect d'habilitation du renversement du fardeau de la preuve de l'article 1 : on ne se rend jamais à l'argumentation de l'article 1 et le gouvernement n'est pas vraiment appelé à justifier ses choix et s'expliquer devant les citoyens en regard des valeurs constitutionnelles<sup>9</sup>.

Dans le contexte de tenter de reconnaître et de soutenir les vœux de la communauté, c'est-à-dire l'expression de la « fraternité », il serait dangereux que les tribunaux oublient de continuer d'exiger que les gouvernements et décideurs présentent des preuves au soutien de leurs allégations. D'autant plus que l'exercice décisionnel produit souvent la marginalisation de certaines personnes ou certains groupes.

b) La fraternité d'exclusion

Philippe Roger<sup>10</sup> écrit :

[...]La Fraternité révolutionnaire, en effet, n'est pas seulement la bénigne héritière des vertus d'amitié maçonne ou de charité chrétienne décrite par plusieurs historiens; elle ne se résout pas non plus dans cet humanitarisme transnational qui séduira les révolutionnaires de 1848; elle est aussi, dans le contexte où elle apparaît en 1793, injonction violente d'appartenir corps et âme à la communauté des patriotes et, par contrecoup, *exclusion de cette communauté de tout corps étranger (...)*

Un mot célèbre de Chamfort résume cette violence; on ne sait pas toujours qu'il fut prononcé en réponse à l'ordre de Pache de couvrir Paris de l'inscription « Liberté, Egalité, Fraternité, ou la mort ». « Mieux vaudrait », commente alors Chamfort, « Sois mon frère ou je te tue ». Lui aussi

---

<sup>9</sup> Voir les commentaires de la juge L'Heureux-Dubé en dissidence dans *Gosselin* : « Affaiblir le cloisonnement entre les dispositions constitutives de droits et l'article premier de la *Charte canadienne*, par une prise en considération du point de vue du législateur dans l'analyse fondée sur l'art. 15, va à l'encontre de l'approche que la Cour a adoptée en matière d'égalité et ne sert certainement pas les objectifs de l'art. 15 ». (par. 104).

<sup>10</sup> Philippe Roger, *La Révolution française et la Justice ou le second exil d'Astrée*, p. 13ss, dans Olga Inkova, *Justice, Liberté, Egalité, Fraternité : Sur quelques valeurs fondamentales de la démocratie européenne*, Euryopa, Institut européen de l'Université de Genève, Genève, Suisse, 2006.

cherchait l'intruse: son terrible bon mot isole la nouvelle venue: la fraternité, et l'associe elle seule à l'alternative mortifère posée par « ou la mort ». Chamfort n'avait pas tort de soupçonner réversible cette formule du « dévouement »: le sacrifice de soi, comme stratégie rhétorique, vise à (s')autoriser le sacrifice d'autrui. Mais il n'y voit qu'une injonction propre à terroriser les « faux frères » comme lui (ceux qui résistent à la radicalisation jacobine), *alors qu'il s'agit d'un dispositif bien plus ample visant à légitimer l'élimination de toute hétérogénéité* – adversaires politiques désormais traités en « monstres », *mais aussi étrangers résidant en France* (dont Saint-Just réclame et obtient la mise en détention) ou encore, à l'apogée terroriste, soldats anglais et hanovriens qu'il sera interdit par décret de la Convention de faire prisonniers, même s'ils se rendent: dont il faudra faire promptement justice en les passant au fil de l'épée.

(Les italiques ont été ajoutés)

La fraternité n'a donc pas toujours eu des ascendants paisibles ou tolérants. Même dans le texte de l'Honorable juge Gonthier, on retrouve une idéalisation des valeurs communes et de l'identité commune (il cite Kymlicka à ce sujet). De plus, il ajoute :

The extent to which these principles of fraternity inform the **Canadian** legal system is the subject of the following sections. In a way, the question “who then, is my neighbour?” is as relevant for the concept of fraternity as it is for the law of negligence. Although fraternity is sometimes expressed as “universality” or “humanité”, it is often expressed within defined parameters. W.C. McWilliamans said that fraternity “is limited in the number of persons and in the social space to which it can be extended”. To the extent that fraternity is based on shared values and goals, the class of people with whom one shares a fraternal relationship may be limited. On the other hand, fraternity may be universal in its object. Many of the goals advanced by international organizations involve fraternal concepts.

The question remains: who then, is my neighbour? How does one define the extent of the fraternal relations? The answer to this question depends in no small part on the nature of the interest in question. For example, duties imposed on parents of advance the best interests of the child necessarily involve a notion of limited fraternity. There is no general obligation on all individuals to treat this individual child in the manner expected by or of the parents, although at a wider level, children are given special protection against *all* people. In other words, the concept or value underlying the duty may be widely shared, but *as applied in law, the duty itself may be imposed on a limited class of people.*

(italiques ajoutés)

Poussée à ses limites, la fraternité juridique pourrait justifier l'exclusion des non-citoyens, ou de tout groupe qui ne partage pas les mêmes « valeurs et identité ». À cet égard, mentionnons que les exemples abondent dans notre histoire de traitement discriminatoire de personnes ou de groupes perçus comme ne partageant pas les mêmes valeurs. Le Mccarthéisme voulait purger la société américaine des valeurs non-américaines des sympathies communistes, les Doukhobors étaient assujettis à des pénalités parce qu'ils rejetaient les valeurs de suprématie de l'État et d'individualisme, les Mennonites, honnis parce qu'ils s'opposaient à la conscription (aux valeurs donc de défense armée de la liberté et de la nation). Plus proches de nous, le grand débat entourant le niqab est aussi défini comme en combat entre les valeurs d'égalité entre les sexes et l'identité propres à la société québécoise, française ou belge et les « valeurs » traditionnelles de certaines familles musulmanes. Finalement, on parle aussi d'opposition entre les valeurs et l'identité laïques et valeurs et l'identité religieuses.

La question qui doit nous préoccuper comme juriste n'est pas s'il y a opposition de valeurs, (une conclusion correcte au point de vue sociologique) mais si ce constat doit entraîner des conséquences juridiques : est-ce que la fraternité peut accepter d'exclure certaines personnes? Encore une fois, je ne pense pas que ce soit le fond de la pensée de l'Honorable Gonthier, puisque la fraternité ne doit pas s'imposer à l'égalité mais bien la compléter. Même si les « frères et sœurs » décident d'exclure certains étrangers, le concept d'égalité devrait les en empêcher.

## Partie II - Les sens oubliés de la fraternité

Je ne voudrais pas simplement évoquer des aspects négatifs de la fraternité sans aussi mentionner les possibilités extraordinaires que le concept peut offrir pour la démocratie canadienne.

### a) La liberté de redistribution –Le PAIN

La fraternité « de partage » ou solidarité est bien explicitée dans les travaux relatifs à la fraternité. Elle vise l'identification et l'élimination de la marginalisation dans toutes ses

formes : marginalisation culturelle, psychologique et économique. Il s'agira donc ici de discuter des droits économiques et sociaux, ces droits de la personne de la deuxième génération qui ne se retrouvent pas explicitement dans la *Charte*.

Bosc explique :

[...]En conséquence du principe de fraternité les hommes ne forment une société que si et seulement si, le droit à l'existence du plus faible d'entre eux est garanti : car pour être libre il faut exister, non pas survivre mais mener une existence digne. Si cette condition n'est pas garantie, il n'y a pas état social entre les hommes, mais état de guerre – c'est-à-dire le « droit » du plus fort, du dominant, du conquérant.

Plus loin :, il ajoute :

« Le 29 août 1789, trois jours après le vote de la Déclaration, la Constituante décrète donc la liberté illimitée du commerce des grains au nom de la fraternité : « L'Assemblée nationale, considérant que l'Etat n'est pas composé de différentes sociétés étrangères l'une à l'autre, et moins encore ennemies ; que tous les Français doivent se regarder comme de véritables frères, toujours disposés à se donner mutuellement toute espèce de secours réciproques ; que cette obligation est plus impérieuse encore et plus sacrée lorsqu'il s'agit d'un intérêt aussi important et aussi général que celui de la subsistance (...) » décrète la liberté du commerce des blés. »<sup>11</sup>

Olga Inkova dira la même chose : « En retrouvant son sens premier, la notion de fraternité résume tous les devoirs des hommes à l'égard les uns des autres; elle signifie: dévouement, abnégation, tolérance, bienveillance, indulgence, ce qui la rapproche de la notion de solidarité, par laquelle elle est d'ailleurs souvent remplacée. Dans la société moderne, la fraternité (ou la solidarité?) justifie la reconnaissance de droits économiques et sociaux qui viennent contenir ou contredire les injustices inéluctablement produites par la société marchande »<sup>12</sup>

En droit canadien, on retrouvera encore une certaine incohérence dans les notions de partage. Tout d'abord, on reconnaît que les personnes vulnérables doivent être protégées dans la société (et cette protection se retrouvera non seulement dans l'article 1, mais aussi à l'article 7 (principes de justice fondamentale); il s'agit donc d'une fraternité qui vient limiter la liberté et

---

<sup>11</sup> Yannick Bosc, *Sur le principe de fraternité*, GRHIS-Université de Rouen, *Révolution française.net*, [En ligne] <http://revolution-francaise.net/2010/01/19/359-sur-le-principe-de-fraternite>

<sup>12</sup> Olga Inkova, *Justice, Liberté, Egalité, Fraternité : Sur quelques valeurs fondamentales de la démocratie européenne*, euryopa, Institut européen de l'Université de Genève,

l'égalité. De plus, on semble reconnaître des droits aux consommateurs, ceux de services de santé entre autres. La fraternité n'impose pas de devoirs très exigeants au gouvernement, dira la juge en chef dans *Chaoulli* : « La *Charte* ne confère aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé. Cependant, lorsque le gouvernement établit un régime de soins de santé, ce régime doit respecter la *Charte*.<sup>13</sup> ».

De plus, la juge McLachlin, à l'opinion de laquelle le juge Gonthier souscrit, dans *Gosselin* laisse une porte entrouverte à l'élaboration d'une théorie des droits économiques et sociaux en vertu de l'article 7 de la Charte, mais cette ouverture est bien mince puisqu'elle envisage l'article 7 davantage comme une obligation de ne pas faire pour l'État :

Même s'il était possible d'interpréter l'art. 7 comme englobant les droits économiques, un autre obstacle surgirait. L'article 7 précise qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. En conséquence, jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'art. 7 impose à l'État une obligation positive de garantir à chacun la vie, la liberté et la sécurité de sa personne. Au contraire, on a plutôt considéré que l'art. 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte à ces droits. Il n'y a pas d'atteinte de cette nature en l'espèce.<sup>14</sup>

Pour l'Honorable Gonthier, les limites institutionnelles du pouvoir judiciaire obligent à une réserve dans l'élaboration d'une théorie positive des droits économiques et sociaux. Selon moi, cette « réserve », qu'elle soit raisonnable ou non, semble s'être imposée pour l'instant. Bien qu'on constate quelques signes de développement (Bedford), le carcan semble difficile à secouer. Il se peut que ce soit les pressions internationales (presque toutes les nouvelles constitutions prescrivent des droits économiques et sociaux) qui poussent le Canada dans cette voie, probablement essentielle pour pouvoir véritablement parler de fraternité.

#### b) La fraternité de compassion

On a utilisé le concept de fraternité pour tenter de réfléchir sur l'harmonisation des droits de victimes et des contrevenants et pour une approche plus contextualisée e du droit criminel (qui irait même jusqu'à jeter un regard critique sur l'utilisation même du véhicule ou de l'outil

---

<sup>13</sup> *Chaoulli*, *supra*, note 21, par. 104 ; *Auton*, *supra*, note **Erreur ! Signet non défini.**

<sup>14</sup> *Gosselin*, *supra*, note 21, par. 81.

du droit criminel). À cet égard, on pourrait lire dans la fraternité de compassion, un encouragement à l'approche de justice réparatrice, à des démarches alternatives en matière de peine (R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688). L'Honorable Gonthier mentionne certainement l'« empathie » comme indice de fraternité.

La fraternité ne vise pas ici à alléger le fardeau de la responsabilité des contrevenants mais plutôt de reconnaître une approche contextualisée de la criminalité. Elle pourrait aussi justifier un soutien économique aux victimes et une reconnaissance de leur souffrance qui ne soit pas seulement liée à l'imposition d'une peine d'emprisonnement plus longue pour les contrevenants. Le rejet d'une conception binaire du système de justice criminelle, où ce qui est « bon » pour l'accusé est nécessairement « mauvais » pour les victimes, est peut-être à envisager.

Malheureusement, le régime canadien semble s'éloigner du modèle de la réhabilitation du contrevenant ou de la justice réparatrice. Les approches actuelles visent davantage l'imposition de peines minimales dans un contexte d'une dissuasion du crime, même si les études ne démontrent pas beaucoup de succès à ce compte.

La fraternité de compassion est loin à l'horizon.

#### c) La fraternité de participation

Mona Ozouf parle de « fraternité d'action »<sup>15</sup>. Fabien Gélinas souligne que le juge Gonthier pensait également que la *Charte* devrait « donner réalité à la participation éclairée du public aux débats fondamentaux qui orientent la société ». Il devrait en résulter un développement du sens du devoir et des responsabilités chez les justiciables.

Dans la présente partie, je tente d'explorer une fraternité qui réponde aux inquiétudes institutionnelles de l'Honorable Gonthier et qui n'exige pas une reconsidération des réflexes d'incarcération du droit criminel. C'est donc une fraternité modeste qui est mise de l'avant, une fraternité qui viserait une garantie de **participation** à la gouvernance démocratique.

---

<sup>15</sup> Mona OZOUF, « Liberté, égalité, fraternité », dans Pierre NORA (sous la dir. de), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, 1984, t. III, p. 597.

Selon moi, il est temps de réfléchir sur les outils conceptuels qui doivent être déployés pour permettre une participation accrue de tous les citoyens à leur propre gouvernance. Dans ce cadre, on peut évoquer la nécessité de développer, dans le cadre de l'article premier, des mécanismes de consultation<sup>16</sup>, à l'instar de ce qui a été imaginé dans le cadre des droits ancestraux. Encore une fois, on doit imaginer que les tribunaux sont bien placés pour juger d'un processus développé par les gouvernements, plutôt que des conclusions auxquelles ils arrivent. Il ne s'agit pas d'alourdir la tâche de gouverner mais de permettre une démocratisation des décisions par la voie de la participation accrue des citoyens.

La fraternité de participation viserait un engagement envers les processus démocratiques : on y verrait donc une évaluation des processus de consultation mis en place, de l'accès à l'information et de la protection d'un espace démocratique au travail, par la voie de la protection de la liberté d'association, par exemple.

#### Conclusion

Selon moi, il faut garder le cap et réaffirmer le rôle crucial des tribunaux dans une société démocratique :

- que la liberté s'affirme comme une valeur fondamentale, redéfinie étroitement ou pourrait assister à un effritement de la capacité d'innovation et de créativité;
- que l'égalité continue de se présenter comme un concept flou, ambigu, voire menaçant, dans une société qui demeure fondamentalement inégale; mais les difficultés doivent être surmontées.
- la fraternité a des assises implicites en droit constitutionnel canadien mais qui doivent être exploitées davantage pour permettre la création d'espaces véritables de débats pour assurer l'actualisation de la liberté et de l'égalité.

---

<sup>16</sup> Voir SHEPPARD, *supra*, note **Erreur ! Signet non défini.**;

Le juge Gonthier concluait que la “fraternity is essential to the well-being of liberty and equality, because only with shared trust and civic commitment can one advance these goals of liberty and equality. Further, the goal of fraternity is to work together to achieve the highest quality of individual existence. In short, liberty and equality depend on fraternity to flourish. At the same time, fraternity may be seen to be dependent upon liberty and equality for the fullness of its expression.”

On ne veut pas de liberté sans égalité. Ce serait une liberté immorale réservée seulement à quelques uns. On ne veut d’une égalité sans liberté sans le droit à la différence qui mène à une société homogénéisée. On ne veut pas non plus d’une liberté sans fraternité, sans un minimum de soutien alimentaire (de redistribution), de compassion et de participation à la gouvernance.

Au bout du compte, une réflexion critique et actualisée sur la fraternité peut nous permettre d’actualiser les promesses de la liberté et de l’égalité, voir de même réaliser celles de Paix, Ordre et même ... bon gouvernement.