

Le Tribunal des Femmes du Canada

Diana Majury*

Le commencement . . .

20 h, le 27 février 2004—la fin d’une longue journée! Dix militantes féministes, avocates et universitaires, qui s’intéressent au droit à l’égalité telle que définie dans la *Charte*¹, sont assises autour d’une table à déguster des pâtes et à boire du vin rouge dans un restaurant italien du centre-ville de Toronto. Nous avons passé la journée ensemble à discuter de l’article 15 de la *Charte*—des arrêts récents, des revers récents. Nous avons exigé beaucoup de nous-mêmes en poussant les limites de notre raisonnement, en renforçant et en peaufinant notre analyse de l’égalité, en tentant de répondre aux défis que présentent l’intersectionnalité et les « conflits entre les droits fondamentaux ». Nous avons élaboré des stratégies sur la façon de mettre nos idées de l’avant. Durant la journée, nous avons connu des moments d’euphorie, des moments de débats et de discussions intenses en plus de moments de révélation, de style « eurêka »! La journée a été très excitante, productive et remplie de possibilités. Et pourtant, en dépit de tous ces aspects positifs, nous éprouvons une certaine tristesse, provoquée par ce que nous voyons comme un recul malheureux de la jurisprudence en matière d’égalité. À la fin de la journée, nous manquons d’entrain. Nous sommes démoralisées, frustrées, en colère. L’égalité entre les sexes est encore douloureusement loin de correspondre à la réalité—trop de femmes vivent dans la pauvreté, incapables de se nourrir et de se loger convenablement, elles et leurs enfants; des lesbiennes sont à peine tolérées, perçues comme ayant adopté un mode de vie déviant, parfois victimes de haine et de violence; des femmes vivant avec des handicaps n’ont toujours pas accès au transport, à l’emploi et à l’autonomie; des femmes racialisées sont stigmatisées et marginalisées, et, dans le climat politique engendré par les événements du 11 septembre 2001, certaines sont perçues comme des terroristes potentielles; des femmes autochtones disparaissent—violées, assassinées, puis abandonnées. Les enjeux pressent; il y a beaucoup à faire en matière d’égalité. Mais le monde politique et les juges de la Cour suprême du Canada partagent l’opinion que, dans l’ensemble, les femmes ont déjà atteint l’égalité et que d’autres questions (les budgets équilibrés et la sécurité

*Traduction française par Michelle Boivin, professeure retraitée de la Faculté de droit civil de l’Université d’Ottawa.

1. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l’annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11.

nationale) doivent avoir priorité. En matière d'égalité, nous perdons du terrain et nous risquons de perdre pied.

Le droit à l'égalité a subi des revers terribles dans les arrêts récents de la Cour suprême du Canada². L'impact a été dévastateur, non seulement pour les personnes revendiquant des droits devant les tribunaux, mais aussi, plus généralement, pour la théorie du droit et le militantisme en matière d'égalité. Bien que l'on continue à employer la rhétorique de l'égalité substantive, la promesse d'une égalité substantive authentique s'éloigne et les voix des personnes revendiquant l'égalité sont assourdies. De plus en plus fréquemment, les tribunaux refusent aux groupes de femmes et aux groupes revendiquant la justice sociale d'intervenir dans les causes. Ils pensent qu'ils ont déjà entendu ce que nous avons à dire, même si, au fur et à mesure que surgissent des questions d'égalité complexes dans ces temps difficiles, nous débordons de nouvelles idées et de nouvelles directions à explorer dans la quête de l'égalité. Même lorsque nous obtenons la permission d'intervenir, nos arguments devant la cour sont trop souvent rejetés ou négligés.

Il y a un besoin pressant d'agir. Et pourtant, vu la hiérarchie juridique—qui constitue la structure de pouvoir au sein de laquelle nous avons choisi de poursuivre le combat pour l'égalité, nous toutes assises autour de la table—il est difficile de savoir où trouver le point d'entrée qui nous est refusé et comment s'assurer que nos idées reçoivent l'attention sérieuse qu'elles méritent. C'était là le sujet de conversation autour de la table. Nous étions dans ce genre d'état démoralisé qui peut sombrer dans l'abattement ou qui peut déclencher action et énergie. Et alors que nous étions momentanément au bord du désespoir, quelqu'un a dit: «Et si on leur montrait comment cela aurait pu se justifier, à quoi aurait ressemblé l'égalité substantive dans ces arrêts? Pourquoi ne pas récrire ces opinions qui sont si erronées»? Il n'en fallait pas plus pour mettre le feu aux poudres et c'est ainsi que naquit le Tribunal des Femmes du Canada.

Celles qui nous ont précédées

Le Tribunal des Femmes du Canada se situe dans la tradition admirable établie par des Canadiennes qui ont refusé d'accepter comme définitive une décision de la Cour suprême du Canada. Nous avons une longue histoire de femmes déterminées et créatrices qui ont cherché des redressements juridiques au-delà de la Cour suprême du Canada. Lorsque nous nous sommes butées

2. Voir, à titre d'exemples saisissants, les arrêts *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 [ci-après «*Gosselin*»]; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381 [ci-après «*N.A.P.E.*»]; *Hodge c. Canada (Ministre des Ressources et du Développement)*, [2004] 3 R.C.S. 357; et *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657.

contre la porte fermée par un forum, nous avons cherché une autre juridiction pour y faire valoir nos arguments et faire pression pour obtenir l'égalité. En 1929, dans le célèbre arrêt *Persons*, les Canadiennes ont dû porter appel au Comité judiciaire du Conseil privé en Angleterre pour obtenir une déclaration énonçant que les femmes comptent comme «personnes» admissibles à la nomination au Sénat³— le mot «personnes» ayant été jugé ambigu par la Cour suprême du Canada⁴. En 1930, la Canadienne Elizabeth Bethune Campbell, une femme sans éducation formelle ni formation juridique, a plaidé sa propre cause devant le Comité judiciaire du Conseil privé — la première femme à s'être présentée en ce lieu⁵. Campbell a tenu tête à l'establishment juridique de l'Ontario au sujet du testament de sa mère et elle a finalement eu gain de cause devant ce tribunal d'appel de dernière instance. Deux ans plus tard, une deuxième Canadienne se présentait devant ce même Comité pour y plaider sa propre cause, soit une poursuite en plagiat contre H.G. Wells⁶. Se méfiant de la Cour suprême du Canada après son refus de reconnaître les femmes comme personnes légales seulement trois ans plus tôt, Florence Deeks en a appelé directement au Comité judiciaire du Conseil privé de la décision de la Cour d'appel d'Ontario. Contrairement aux femmes qui l'ont précédée, Madame Deeks n'a cependant pas eu gain de cause en appel. En 1981, Sandra Lovelace a damé le pion à la Cour suprême du Canada en gagnant son recours devant le Comité des droits de l'homme (*sic*) des Nations Unies, dans lequel elle contestait la révocation par le Canada du statut d'Indienne dans le cas des femmes des Premières Nations qui épousaient des hommes qui n'avaient pas le statut d'Indien⁷. Alors que la Cour suprême du Canada avait jugé, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell, Isaac c. Bédard*⁸, que ce dépouillement odieux des droits et de l'identité des femmes des Premières Nations ne constituait pas de la discrimination fondée sur le sexe, le Comité des droits de l'homme (*sic*) des Nations Unies a décidé que le Canada n'avait pas respecté ses engagements en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

La tradition des femmes poursuivant leur quête de justice au-delà du plus haut tribunal du Canada se perpétue. Depuis 1974, l'Association nationale de la femme et du droit n'a pas cessé de faire entendre les voix des femmes, tant en proposant des réformes juridiques qu'en exigeant des modifications législatives à la suite d'arrêts de la Cour suprême qui ne tenaient pas compte des intérêts des femmes; le *DisAbled Women's Network* continue

3. *Edwards v. A.-G. Canada*, [1930] A.C. 124.

4. *Re: British North America Act 1867 (UK) Section 24*, [1928] S.C.R. 276.

5. Constance Backhouse et Nancy Backhouse, *The Heiress versus the Establishment*, Vancouver, UBC Press, 2004.

6. A.B. McKillop, *The Spinster and the Prophet*, Toronto, Macfarlane Walter and Ross, 2001.

7. *Lovelace c. Canada*, communication n° R.6/24, Doc. N.U. 40 (A/36/40), p. 166 (1981).

8. *Lavell c. Canada (Procureur général)*, [1974] R.C.S. 1349.

de répéter, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des salles de cours, que l'inégalité créée par les handicaps est fonction du genre; l'Association des femmes autochtones du Canada persiste dans sa lutte de trente ans pour améliorer la vie socio-économique, culturelle et politique des femmes autochtones du Canada, en invoquant ou en contestant la loi, selon les circonstances; et l'Alliance féministe canadienne pour l'Action internationale se présente maintenant régulièrement devant des organismes des Nations Unies pour faire mieux connaître les obligations du Canada découlant des pactes internationaux en matière de droits de la personne tant par les gouvernements et les tribunaux que par les femmes elles-mêmes.

Lorsque les femmes ont été exclues des négociations et du processus de rédaction qui ont mené à la mise en œuvre de la *Charte*, les femmes se sont mobilisées et ont protesté. Elles voulaient s'assurer d'être incluses dans les termes d'égalité les plus larges possibles—des termes qui devaient empêcher que se répètent les décisions étroites, limitant les droits à l'égalité, que la Cour suprême du Canada avait rendues pendant l'époque pré-*Charte*, en se fondant sur la *Déclaration canadienne des droits*⁹. Afin de tenter de garantir que les tribunaux respecteraient la promesse de l'égalité contenue dans la *Charte* pour laquelle les femmes avaient tant lutté, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes a réagi et est devenu une voix féministe cherchant à obtenir l'égalité des femmes devant les tribunaux. Avec l'aide d'autres groupes revendiquant la justice sociale, les femmes ont contribué à élaborer la jurisprudence en matière d'égalité dès l'avènement de la *Charte* en proposant une conceptualisation innovatrice de l'égalité substantive.

Le Tribunal des Femmes du Canada vient s'ajouter à cette stratégie incessante des femmes qui trouvent des voies différentes pour nous aider à crier fort et haut quand nous confrontons des interprétations judiciaires qui n'accordent pas aux femmes leurs pleins droits de personnes humaines. Nous avons célébré récemment les vingt ans de l'article 15 de la *Charte*. C'est le moment idéal pour réexaminer le potentiel ainsi que les limites de la garantie d'égalité, pour trouver de nouvelles façons de promouvoir l'égalité et d'explorer de nouveaux champs d'action dans lesquels mettre nos idées à l'épreuve.

9. La Cour suprême du Canada a entendu seulement deux causes de discrimination fondée sur le sexe en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44—*Lavell* et *Bédard*, *supra* note 8 et *Bliss c. Canada (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 183. Les revendications des demanderessees dans les deux causes ont été rejetées avec fracas dans des termes sexistes et en utilisant un raisonnement sexiste, ce qui a eu pour effet d'ajouter à l'injustice. Dans sa première décision concernant l'article 15, soit *Andrews c. Law Society of British Columbia (Barreau de la Colombie-Britannique)*, [1989] 1 R.C.S. 143, la Cour suprême du Canada a admis que les termes de l'article 15 n'étaient pas compatibles avec l'approche développée dans *Lavell* et *Bliss*. Dans d'autres arrêts par la suite, la Cour a néanmoins repris un raisonnement et un discours qui ont des résonances profondes avec ceux des arrêts pré-*Charte*.

Le présent numéro de la *Revue Femmes et Droit* contient les six premières décisions du Tribunal des Femmes du Canada—*Symes c. Canada*, *Association des Femmes autochtones du Canada (Ministre de l'Emploi et l'Immigration) c. Canada*, *Conseil scolaire du comté de Brant c. Eaton*, *Law c. Canada*, *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, et *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*¹⁰. Ce sont là les décisions que les membres actuels du Tribunal des Femmes du Canada se sont senties, au départ, obligées d'écrire ou de réécrire d'abord. D'autres juges du Tribunal des Femmes auraient sans doute choisi de réécrire d'autres arrêts de la Cour suprême du Canada et, dans l'avenir, des nouvelles recrues prendront la relève. Certaines choisiront de réécrire des arrêts d'autres cours ou tribunaux. D'autres vont rédiger des décisions portant sur des causes qui, d'après elles, auraient dû être portées devant les tribunaux pour y chercher un redressement. De nouvelles juges vont utiliser leurs décisions pour repousser les frontières de notre système judiciaire et de la Charte, pour les rendre plus accessibles et plus disposés à entendre une gamme élargie de revendications de justice sociale. Il y a—hélas!—de nombreuses causes et situations qui exigent un examen ou un réexamen par le Tribunal des Femmes.

Ce qui suit, cependant, ne doit pas être considéré simplement comme six arrêts distincts. Ces arrêts tentent de poser les assises d'une théorie constitutionnelle de l'égalité, sans se limiter à l'article 15, qui traite expressément du droit à l'égalité, mais en invoquant aussi d'autres articles de la *Charte*, y compris l'article 7 et même d'autres parties de la *Loi constitutionnelle de 1982*, où l'on retrouve notamment les articles 35 et 37. Une théorie constitutionnelle de l'égalité implique nécessairement des théories sur le sens et la pratique de la démocratie ainsi que sur le rôle de l'égalité et le sens de la protection des droits des personnes subordonnées «dans une société libre et démocratique», au sens de l'article premier de la *Charte*. Nous n'avons donc pas limité notre champ d'action aux seules causes où l'égalité des sexes a été expressément plaidée. Nous cherchons plutôt à révéler les questions de genre présentes dans des jugements analysés en fonction d'autres motifs et à développer nos différents comptes rendus de l'égalité d'une manière à rendre justice à l'égalité des sexes tout en posant les fondements d'une approche constitutionnelle intégrée visant à remédier à toutes les formes d'inégalités.

Dans la tradition de la *common law*, nous formulons ce genre de théories à partir du cas par cas, car nous croyons que l'égalité n'est pas un concept théorique abstrait que l'autorité peut imposer d'en haut. Nous ne cherchons pas une solution miracle qui va tout régler—de fait, plusieurs des premières décisions du Tribunal des Femmes critiquent justement l'approche de la

10. *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Association des Femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 62; *Conseil scolaire du comté de Brant c. Eaton*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, supra note 2 et *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, supra note 2.

Cour suprême dans l'arrêt *Law c. Canada*¹¹, qui propose une formule rigide énumérant des critères d'égalité. Nous voyons l'égalité comme un concept vivant et plein de possibilités qu'il faut moduler et préciser en l'appliquant à des inégalités précises. Contrairement aux limites rigides de l'égalité formelle, l'égalité substantive apporte la souplesse et la profondeur nécessaires pour analyser les nouvelles mutations ainsi que les manifestations changeantes de l'inégalité en plus des inégalités systémiques, aux racines profondes. Nous croyons qu'une analyse authentique de l'égalité substantive pourrait potentiellement améliorer en profondeur la vie quotidienne des Canadiennes.

Nous rédigeons donc ces décisions pour réagir aux échecs subis par les femmes qui ont porté des questions urgentes d'égalité devant les tribunaux; nous rédigeons ces décisions afin de construire une vision d'une société égalitaire où de telles inégalités seraient inimaginables. Ces six décisions définissent le sens de l'égalité et le rôle que pourraient jouer les arrêts en vue de favoriser l'accès à l'égalité substantive.

Le Tribunal des Femmes du Canada

Le Tribunal des Femmes du Canada est né spontanément en raison du moment et de la situation dans lesquels nous nous trouvions et dans lesquels nous nous trouvons toujours. Comme tel, il est fluide et indéterminé. Il va grandir et changer et peut-être même se transformer en quelque chose d'entièrement différent, selon les personnes qui se joindront au tribunal et selon les aléas de l'arène juridique. Pour l'instant, le Tribunal compte dix-sept membres—celles qui étaient présentes au dîner fondateur et qui se sont ralliées à l'idée, plus quelques autres que nous avons invitées à se joindre à nous pour nous aider dans les arrêts précis que nous étions à rédiger. Nous sommes des membres qui se sont portées volontaires pour siéger à un tribunal que nous avons inventé de toutes pièces. Nous sommes des avocates, des universitaires et des militantes oeuvrant en matière de droits de la personne. Nous sommes un groupe éclectique et grandissant de femmes qui réfléchissent à l'égalité, qui viennent de partout au pays et qui se sont réunies pour récrire la jurisprudence au Canada en matière d'égalité. Nous sommes une collection de femmes, plutôt qu'un collectif. Nous n'avons aucun critère de sélection des membres au-delà d'un engagement féministe à l'égard de l'égalité substantive et un désir de participer. Nous n'avons pas fait de publicité et nous n'avons pas tenté de recruter les nombreuses et merveilleuses militantes féministes qui n'étaient pas des nôtres lors du dîner. Nous avons saisi l'occasion, profité du dynamisme ainsi créé et foncé à toute allure.

11. *Law*, *supra* note 10.

Nous avons hâte d'élargir notre rayon d'action et de voir grandir notre nouveau-né dans l'espoir qu'il va se lancer dans de nouvelles avenues.

Au tout début, dans nos discussions, nous avons soulevé la possibilité de créer un Tribunal des Femmes comme satire ou comme parodie. De façon intéressante, aucune d'entre nous n'était vraiment attirée par cette idée. Nous voulions examiner sérieusement ce que nous pouvions faire dans l'arène difficile de l'adjudication judiciaire, voir comment nous réagirions aux exigences posées par la rédaction d'une décision qui refléterait nos meilleurs espoirs d'égalité. Le titre que nous nous sommes attribué, Tribunal des Femmes du Canada, reflète un engagement de formuler comment l'égalité peut se concevoir de manière réfléchie dans la jurisprudence relative à l'article 15 et de démontrer comment le retour à une théorie formelle n'était pas du tout inévitable. Nous voulions donner à l'égalité plus de substance véritable tout en observant les formes traditionnelles du discours juridique. Nous voulions explorer, de façon très concrète, la capacité et les limites des tribunaux dans la quête d'égalité et de justice sociale et nous prouver, à nous-mêmes aussi bien qu'aux autres, que notre idéalisme n'était pas dépourvu de réalisme. C'est la raison pour laquelle nous avons décidé d'écrire ces décisions en respectant les paramètres actuels du droit, en appliquant le discours et les principes juridiques traditionnels. Nous proposons des solutions différentes à certains arrêts de la Cour suprême, en respectant les mêmes règles juridiques que la Cour, mais en appliquant des analyses différentes quant à l'égalité qui conduisent inévitablement à des conclusions différentes.

Plus tard, un autre Tribunal des Femmes tentera peut-être de concevoir un système juridique très différent du système actuel et d'explorer à quoi pourraient ressembler des arrêts dans ce contexte. Nous sommes quelque peu atterrées de devoir constater que le Tribunal des Femmes rend des décisions de trente-cinq pages, rédigées dans la langue de bois juridique¹²! Peut-être que, dans l'avenir, de nouvelles juges du Tribunal des Femmes choisiront d'être plus audacieuses et plus visionnaires. Nous avons choisi, au contraire, de rester dans l'immédiat et de travailler avec les outils qui sont présentement à la disposition des tribunaux. Les décisions qui suivent sont les décisions que la Cour suprême aurait pu écrire au moment où l'arrêt initial a été rendu. Nous avons parfois eu recours à des informations et données actuelles plutôt qu'à ce qui était disponible à l'époque, mais pas si cette information à jour avait pu influencer sur l'analyse ou la décision. Au-delà de cette prémisse de base, nous avons mis au point nos «règles de pratique», s'il en est, au fur et à mesure de la rédaction, en réponse à des questions précises soulevées par la doctrine.

12. Nous tentons présentement d'obtenir des subventions en vue de défrayer les coûts de la traduction de ces décisions en résumés brefs et accessibles tant en français qu'en anglais.

Notre statut de tribunal est assez mal défini. Nous nous considérons comme un tribunal de révision judiciaire plutôt que comme un tribunal d'appel pour éviter les règles techniques et contraignantes propres aux pourvois. Nous nous sommes permis certaines dérogations tant dans la forme des jugements que dans la procédure de révision. Dans ces cas, une note de l'auteure explique sa décision. Presque toutes les juges ont été frustrées par le peu d'information comprise dans le dossier officiel. Les trous dans les dossiers de preuve étaient peut-être là depuis le début, mais, sans accès au dossier original, il devenait impossible de savoir d'où provenaient ces lacunes. C'est là un des aspects épineux du métier de juge. Alors que le jugement de première instance peut fort bien se fonder sur une preuve solide, une fois cette décision rendue, la description de la preuve devient nécessairement filtrée par cette première décision dans le processus de rédaction des motifs. Une fois que la cause entre dans le processus d'appel, il devient de plus en plus difficile de déceler à quel stade se sont produites les erreurs d'interprétation de la preuve. À chaque palier, le tribunal examine les faits et décide lesquels sont pertinents à la lumière de la décision rendue. La preuve continue d'être élaguée ou reformulée au fur et à mesure que la cause chemine dans le processus d'appel. Il peut se créer des hiatus dans les faits, difficiles, sinon impossibles à combler, notamment lorsqu'une juge qui siège en révision d'une décision souhaite réorienter l'analyse. Tous les tribunaux du Canada, y compris la Cour suprême, ont le pouvoir de nommer des avocats-conseils ou des *amici curiae* pour représenter des intérêts qui divergent de ceux des parties à la cause. De plus, la Cour suprême peut choisir d'admettre des preuves supplémentaires touchant toute question de fait¹³. D'après notre expérience, la Cour devrait invoquer ces pouvoirs plus souvent afin d'aider les juges à mieux comprendre les questions d'égalité dans leur contexte social et à façonner, en conséquence, des remèdes appropriés.

Le présent numéro de la *Revue Femmes et Droit* contient les jugements rendus par le Tribunal des Femmes du Canada et indique les noms des juges qui les ont signés. Dans cette première ronde de décisions, nous n'avons pas de mécanismes formels pour exprimer ni l'accord ni la dissidence. Il est important de se rappeler, toutefois, que ces décisions ne sont pas des jugements unanimes du Tribunal. Chaque jugement a été rédigé par une auteure ou un groupe d'auteurs qui en porte la pleine responsabilité. D'autres membres du Tribunal ont fourni des commentaires sur chaque ébauche et au moins deux évaluatrices ou évaluateurs externes en ont fait une critique exhaustive. Cela dit, les jugements ne représentent pas l'opinion du Tribunal *en banc*. Ce sont des décisions individuelles. Notre but consistait à permettre à des théoriciennes et juristes de l'égalité de démontrer les résultats concrets de l'application de ce qu'elles considèrent, chacune pour soi, comme la meilleure

13. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 62 (3).

façon d'aborder la question de l'égalité dans les circonstances. Nous ne sommes pas toutes d'accord avec bon nombre de ces décisions—ni quant à l'analyse retenue, ni quant aux questions en litige, ni même quant à la question de décider si, oui ou non, une décision aurait dû faire l'objet d'une révision judiciaire. Nous ne sommes pas toutes d'accord sur une seule théorie de l'égalité, ni même sur ses fondements théoriques, mais nous respectons les avis des autres suffisamment pour penser que cette collection de jugements saura alimenter et éclairer arguments et analyses.

En rédigeant ces décisions, nous avons aussi pour objectif de démontrer clairement que le jugement de la Cour suprême dans chaque cas n'est que l'un des multiples jugements qui auraient pu être rendus. Il en va, évidemment, de même des jugements du Tribunal des Femmes du Canada. Nous espérons que les juges qui siégeront au Tribunal des Femmes dans l'avenir, aussi bien que d'autres personnes, vont réviser nos décisions et contester, élargir ou réexaminer notre analyse de l'égalité. De multiples approches analytiques, diverses évaluations de la preuve, plusieurs interprétations de l'article 15 ainsi que d'autres dispositions pertinentes pourraient trouver application dans chacune des décisions publiées ici. De fait, après avoir amorcé ce projet, nous avons découvert que la même méthode a été utilisée aux États-Unis par rapport à au moins deux arrêts de la Cour suprême des États-Unis—*Brown v. Board of Education* et *Roe v. Wade*. D'éminents juristes en droit constitutionnel ont été invités à récrire chacune de ces décisions comme elles auraient pu être écrites au moment où la décision initiale a été rendue, mais en tenant compte de l'histoire subséquente des États-Unis. Ces jugements ont été publiés dans deux volumes¹⁴.

14. Jack Balkin, dir., *What Brown v. Board of Education Should Have Said*, New York: New York University Press, 2002; et Jack Balkin, dir., *What Roe v. Wade Should Have Said*, New York, New York University Press, 2005. Le volume des jugements révisés portant sur *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (arrêt de la Cour suprême des États-Unis jugeant inconstitutionnelles les lois étatiques interdisant l'avortement) est différent de celui consacré à *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (arrêt de la Cour suprême des États-Unis jugeant inconstitutionnelle la ségrégation raciale des écoles publiques) d'une manière très importante bien que troublante. Les deux volumes présentent une gamme fascinante d'interprétations constitutionnelles à cette différence près: alors que tous les auteurs des jugements dans *Brown* partagent des principes fondamentaux, aussi bien que l'objectif commun de promouvoir l'égalité raciale et de supprimer le racisme systémique, ce n'est pas le cas des multiples auteurs dans *Roe*. Le jugement original dans *Brown* est décrit comme faisant l'objet de vénération, alors que celui dans *Roe* est décrit comme étant sujet à controverse. Derrick Bell a rédigé le seul jugement dissident dans le volume sur *Brown*, mais sa dissidence est un réquisitoire accablant contre le racisme. Dans le livre sur *Roe*, l'égalité des femmes en relation avec la question de l'avortement ne reçoit ni le même poids ni le même respect. Jack Balkin, instigateur et éditeur des deux volumes, a cherché un «équilibre» entre les personnes qui appuyaient la décision *Roe* et ses principes sous-jacents et celles qui la critiquaient vertement. Deux des quatre critiques de *Roe* fondent leurs décisions sur des principes expressément «pro-vie» et «anti-choix» et Michael Stokes Paulsen va même jusqu'à inclure dix pages de photos du développement du fœtus traditionnellement publiées par les groupes anti-choix. Cette recherche «d'équilibre» transforme le volume: au lieu d'une

Cette démarche qui consiste à demander à plusieurs auteures et auteurs d'examiner ou de réexaminer un même jugement présente également une manière intéressante d'explorer les mêmes questions et problèmes qui ont déclenché notre projet ainsi que les décisions rendues par le Tribunal des Femmes. Plusieurs sinon tous les jugements publiés dans ce numéro se prêteraient bien à de multiples réexamens.

Les premiers arrêts du Tribunal

Lorsque nous avons fait un tour de table au restaurant en posant la question: «Alors quel arrêt voudriez-vous récrire si vous aviez le choix»? Les réponses furent immédiates et passionnées. Chacune des décisions publiées dans ce numéro a été rédigée par quelqu'une qui cherchait désespérément l'occasion de réagir au jugement précis qu'elle a choisi de (ré)examiner. Dans certains cas, l'auteure a invité des collègues à se joindre à elle dans le projet de révision. Dans un bref commentaire, chacune des juges explique les raisons pour lesquelles elle a choisi l'arrêt en cause¹⁵. Et ces raisons sont très variées. Certaines juges n'ont aucun lien personnel avec l'arrêt—c'est la question en litige ou un autre aspect de la décision elle-même qui les ont poussées à prendre la plume. D'autres sont intimement liées à l'arrêt. Parfois, c'est l'avocate qui a représenté soit la demanderesse, soit une partie intervenante, qui a entrepris de rédiger le jugement qu'à son avis, la cour aurait pu et aurait dû rendre. Dans un cas, la demanderesse elle-même a participé à la réalisation du jugement. Ici nous avons carrément franchi les limites juridiques. Ces jugements ne sont pas, cependant, rédigés en fonction d'une résolution précise mais plutôt pour exposer l'analyse égalitaire qui fonde la conclusion, de telle sorte que le résultat ultime est secondaire. C'est l'analyse persuasive de l'égalité substantive qui compte dans tous les jugements qui suivent. C'est en ce sens que tous ces jugements s'inscrivent en faveur de l'égalité et visent à garantir que la *Charte* réalise son potentiel comme outil menant à l'égalité substantive.

Toutes les juges ont trouvé difficile la transition du rôle d'avocate et de critique à celui de juge et de rédactrices de jugements. Nous avons toutes, sans exception aucune, trouvé beaucoup, beaucoup plus difficile, lente et laborieuse que prévu, la rédaction de la décision envisagée. Il nous a fallu beaucoup de discipline et de remue-ménages. Grâce à cette expérience, nous avons appris qu'il y a des différences importantes entre le militantisme et

exploration du potentiel de la Constitution pour appuyer et promouvoir l'égalité des femmes, l'on retrouve un débat sur l'existence dans la Constitution d'un droit à l'égalité pour les femmes. De cette manière, le volume sur *Roe* illustre et perpétue la fragilité de nos gains en matière d'égalité et de reproduction.

15. Ces «Notes des auteures» se trouvent au début de chaque décision.

l'adjudication. Rédiger un jugement est fort différent de la rédaction d'un mémoire dans lequel il suffit de présenter les arguments favorisant un résultat en particulier. Rédiger un jugement est fort différent de la rédaction d'un commentaire d'arrêt, dans lequel vous avez beaucoup plus de liberté pour insister sur ce qui est clair pour vous et sur ce qui vous intéresse. Les praticiennes du droit dans notre groupe ont beaucoup parlé de ce qu'elles ont appris au sujet des litiges en matière d'égalité à partir de leur expérience de l'autre côté de la cour. Nous nous sommes poussées nous-mêmes et l'une l'autre afin de ne pas nous dérober, mais plutôt de confronter les questions difficiles que présentait chaque jugement. Il nous a fallu prendre des décisions difficiles et élaborer des motifs juridiques exhaustifs. Nous avons accepté ce défi et cet engagement en nous désignant « Tribunal des Femmes du Canada ». Nous voulions aller au-delà de la critique pour offrir une autre solution réfléchie, exposée en termes clairs. Nous voulions voir si, dans les limites d'une décision judiciaire, nous pouvions dire ce que nous voulions dire, ce qui, à notre avis, aurait dû être dit, ce qu'il fallait dire. Dans ce processus, nous ne proposons plus une perspective ou un argument ni même une analyse: nous rendions jugement.

Nous avons toutes éprouvé des difficultés quant à la question de la réparation—comment élaborer un remède qui résoudrait vraiment l'inégalité devant nous, sans franchir ce qui serait considéré comme les limites de la juridiction d'un tribunal dans l'imposition d'un changement social. Chaque juge a dû assumer le défi présenté par le souhait de repousser les limites du droit tout en les respectant. Chaque juge a dû décider de l'étendue limitée ou élargie de son jugement. C'était tentant de formuler des principes fondamentaux en matière d'égalité qui influenceraient les tribunaux et leurs décisions dans l'avenir. Et l'article 15 a clairement besoin d'assises solides pour formuler des principes et des valeurs susceptibles de promouvoir l'égalité. Depuis que la Cour suprême a rendu son premier arrêt sur l'article 15 dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹⁶, elle se perd dans l'incertitude et les interprétations judiciaires contradictoires. Toutefois, l'avenir est incertain et il y a toujours des conséquences imprévisibles à la généralité énoncée avec le plus de circonspection possible. L'histoire démontre que la méthode des petits pas est parfois beaucoup plus efficace à long terme. Et les juges du Tribunal des Femmes ne devaient pas perdre de vue les demandereses, les questions en litige et les circonstances qui avaient amené le dossier devant les tribunaux. Aucune d'entre nous ne voulait renoncer aux améliorations pratiques, même si de portée limitée, que nous pouvions apporter aux vies des femmes, au nom d'un idéal lointain d'égalité.

16. *Andrews*, *supra* note 9.

Nous étions toutes très conscientes du fait qu'il ne fallait pas sacrifier l'immédiat et le réel sur l'autel du symbolique¹⁷.

En revêtant nos toges de juges, nous tenions toutes à traiter avec respect les demanderesses qui avaient eu le courage, l'imagination et la confiance d'exposer leurs vies et leurs expériences de l'inégalité aux tribunaux, dans l'espoir d'y obtenir examen, compréhension et redressement. Les demanderesses ont tendance à disparaître du dossier au fur et à mesure qu'il chemine dans le processus d'appel. Leurs expériences sont caractérisées en termes juridiques et font l'objet de débats et de disputes, alors que les demanderesses elles-mêmes deviennent souvent invisibles. Celles qui réussissent à demeurer visiblement présentes dans les arrêts des tribunaux supérieurs sont souvent critiquées et même dénigrées sous la loupe judiciaire. Les causes portant sur la *Charte* sont à ériger un bûcher funéraire de personnes sans importance dont les caractères et les vies ont été décortiqués par le tribunal avant d'être trouvées indignes du redressement demandé. C'est un processus déshumanisant et irrespectueux, d'autant plus qu'il est paradoxalement mené au nom de l'égalité et de la dignité. L'égalité et l'inégalité marquent des personnes en chair et en os et leur vécu. Nous voulions, dans la mesure du possible, replacer les demanderesses au centre de leurs propres causes. Et nous voulions nous assurer de les traiter avec respect et compréhension. Le Tribunal a fait de la dignité et du respect des critères déterminants de l'égalité. Cela doit se refléter dans les jugements mêmes ainsi que dans le traitement accordé aux braves âmes qui revendiquent l'égalité devant le Tribunal.

La suite

Jack Balkin décrit les jugements réexaminés comme rendant explicite le processus qui consiste à relire et à réinterpréter les décisions judiciaires marquantes. Il poursuit en ces termes:

Ce qui est vrai de l'arrêt *Brown* est encore plus vrai dans le cas de la Constitution comme telle. Si nous, les Américains, nous aimons vraiment notre Constitution, nous allons continuellement la récrire et l'annoter comme un vieux livre de chevet, tout usé et défraîchi—d'autant plus aimé que ses marges sont couvertes de griffonnages et ses pages, tout écornées par l'usage tant comme source constante que comme référence. La Constitution qui demeure parfaite sur sa page est

17. C'est là une tension que Mari Matsuda a soulevé de façon éloquentes dans son discours comme oratrice principale lors d'un colloque sur les femmes de couleur en 1989, «When the First Quail Calls: Multiple Consciousness as Jurisprudential Method» (1989) 11 *Women's Rights Law Reporter* 7.

une Constitution qui se dessèche et qui meurt. Seule persiste une Constitution qui est constamment relue et constamment réécrite¹⁸.

Nous éprouvons les mêmes sentiments à l'égard de notre *Charte*. C'est la raison pour laquelle nous avons fondé le Tribunal des Femmes du Canada et nous avons réexaminé et réécrit les jugements de la Cour suprême du Canada qui, à notre avis, ont perdu de vue l'objectif ultime de l'égalité substantive. Dans cette démarche, nous ne récrivons pas uniquement les jugements, mais aussi, de fait, la *Charte*, tentant ainsi de lui donner un sens renouvelé et une nouvelle orientation. Nous cherchons à explorer ce qui pourrait se réaliser à l'intérieur des limites du droit et à déterminer si la barrière à l'égalité substantive se situe dans le droit même ou dans le manque de vision égalitaire des personnes chargées d'interpréter et d'appliquer la loi. La *Charte* reflète nos valeurs et nos aspirations les plus fondamentales, à titre de Canadiennes et de Canadiens. Le mandat accordé à la Cour suprême d'interpréter et d'appliquer ces valeurs est très exigeant. Nous lui avons confié, en toute confiance, une lourde responsabilité. Il est crucial que leurs interprétations fassent l'objet de débats, de discussions, de révisions et de réexamens. Nous sommes d'avis que ce processus constant d'écriture et de réécriture est d'une importance cruciale pour la démocratie, nos valeurs fondamentales et l'égalité.

Le présent numéro de la *Revue Femmes et Droit* inaugure le Tribunal des Femmes du Canada. Nous attendons avec impatience la croissance et le développement du Tribunal ainsi que les idées et démarches novatrices que de nouvelles juges vont apporter au projet. Nous espérons que certaines de nos décisions vont engendrer d'autres et qu'au-delà du réexamen d'autres arrêts de la Cour suprême, des personnes choisiront de porter d'autres problèmes « judiciaires » devant ce Tribunal. Dans le processus de réécriture des arrêts, nous avons été attirées par l'adage en vertu duquel « les arrêts de la Cour suprême ne sont pas définitifs parce qu'ils font autorité; ils font autorité parce qu'ils sont définitifs ». Le Tribunal des Femmes du Canada met un terme au concept de l'arrêt définitif, non pas en proposant ses propres jugements comme définitifs, mais plutôt en réexaminant des causes en fonction de nos connaissances et de nos expériences, avec pour objectif d'entamer un dialogue et de présenter d'autres visions de l'égalité qui, à notre avis, reflètent mieux l'égalité substantive.

18. Balkin, *supra* note 14 à la p. 72.