

JASON PIERCESON, *COURTS, LIBERALISM, AND RIGHTS: GAY LAW AND POLITICS IN THE UNITED STATES AND CANADA*, PHILADELPHIE, TEMPLE UNIVERSITY PRESS, 2005.

*Par Rémi Samson**

Jason Pierceson, professeur adjoint d'études politiques et juridiques à l'Université d'Illinois (Springfield), propose, dans son essai *Courts, Liberalism, and Rights : Gay Law and Politics in the United States and Canada*¹, un tour d'horizon, ancré dans l'idéologie du libéralisme, des développements récents, principalement aux États-Unis, en matière de droits des gais et lesbiennes sur les scènes politique et juridique.

Sa thèse, explicitée dans les quatre premiers chapitres, part d'un constat simple : la récente montée en force du « discours des droits » (*rights discourse*) dans les sociétés libérales comme le Canada et les États-Unis a permis aux tribunaux de prendre des décisions dans les champs de la politique publique traditionnellement réservés aux autres organes du pouvoir. Selon l'auteur, il est plus facile pour un tribunal de prendre une décision « politique » lorsque le débat lui est présenté comme en étant un de « droits » individuels, et ceci, pour diverses raisons.

D'abord, les juges sont « relativement » isolés du processus politique; ils sont moins vulnérables aux pressions exercées par la majorité que le sont les représentants élus. De plus, le champ des questions en litige étant généralement restreint par les parties elles-mêmes, le nombre d'intérêts et de valeurs en jeu et qu'ils doivent considérer est réduit. Enfin, pour interpréter les problèmes juridiques qui leur sont posés, les juges doivent faire appel à des « valeurs théoriques » qui l'emportent sur les méthodes d'interprétation traditionnelles comme la recherche de l'intention du législateur. Par exemple, comme le démontre l'auteur, la valeur d'égalité a mené à la reconnaissance juridique du mariage entre conjoints de même sexe au Canada, tandis que l'importance accordée à l'autonomie, à la vie privée et à la liberté a mené à l'abolition des lois anti-sodomie aux États-Unis.

* LL.B., LL.M., Conseiller juridique, Cour suprême du Canada. L'auteur tient à remercier monsieur Iwan Chan, maître Julie Terrien et maître Timothy R. Wilson pour leur appui et suggestions indispensables. SamsonR@scc-csc.gc.ca.

¹ Jason Pierceson, *Courts, Liberalism, and Rights: Gay Law and Politics in the United States and Canada*, Philadelphie, Temple University Press, 2005.

Les tribunaux, auparavant simples « bouches de la loi », constituent désormais une source institutionnelle distincte d'influence sur le processus juridique et politique et ils prennent de plus en plus au sérieux leur rôle d'agents de changement. Selon l'auteur, leur apport est d'autant plus fort lorsqu'il s'harmonise avec la tradition politique dans la société. Il s'agit là, d'ailleurs, de la clé de leur légitimité au sein des sociétés démocratiques.

Admettre et accepter que les tribunaux jouent un rôle actif dans la protection des droits des minorités ne porte pas atteinte, selon l'auteur, aux principes démocratiques. Les tribunaux, de par leur nature, sont inévitablement assujettis à des contraintes variées : des cultures juridique et politique déterminées, une doctrine juridique établie, la nécessité de rendre une décision qui soit intelligible et acceptable pour la communauté des interprètes², des préjugés sociaux et politiques personnels, des limites pragmatiques à la mise en œuvre des solutions prescrites, etc. Dans la mesure où leurs interprétations se fondent tant sur la réconciliation des intérêts divergents que sur les traditions politiques établies, les tribunaux sont justifiés d'adopter une approche plus proactive.

L'auteur estime que, dans le contexte des revendications des droits des gais et lesbiennes, l'histoire récente démontre que les tribunaux parviennent à maximiser leur influence sur la politique publique lorsqu'ils ont un « potentiel activiste » et lorsque la culture politique libérale de l'État est favorable à une conception positive des droits.

Il explique qu'il est moins avantageux de concevoir les droits individuels comme un ensemble de droits négatifs destinés à protéger l'individu du pouvoir de l'État (par exemple, la position libertarienne inspirée des écrits de John Locke, et traditionnellement associée à la culture américaine), que de les voir comme un ensemble de droits positifs qui reconnaissent la dignité et la valeur inhérentes à chaque individu ainsi que le rôle actif de l'État dans l'accomplissement du potentiel intellectuel et physique de chacun (un libéralisme à la John Rawls, Ronald Dworkin ou

² Voir aussi, dans le même sens, Chaïm Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979; Stanley Fish, *Is there a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

encore à la Hebert Lionel Adolphus Hart).

La suite de l'ouvrage s'articule résolument autour de ces deux conceptions du libéralisme, qui sont contrastées dans le contexte du mouvement de libération des gais et lesbiennes aux États-Unis.

La conception négative des droits individuels, au cœur de l'approche américaine à l'égard de la protection de la liberté d'expression et du droit à la vie privée, est exemplifiée par la longue lutte pour l'abolition des lois anti-sodomie aux États-Unis. L'auteur retrace, dans les chapitres cinq et six de son livre, l'évolution des conceptions de la liberté sous-jacentes à cette problématique, de la fin du XIX^e siècle jusqu'à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Lawrence v. Texas*³ en 2003. De même, pour souligner comment l'acceptation négative de la liberté est devenue essentielle à la conception de la relation entre l'État et l'individu en matière de pratiques sexuelles, il insiste particulièrement sur l'importance de l'inclusion de la sexualité (hétérosexuelle), dans les années 1950, dans la sphère de la vie privée protégée par la *Constitution américaine*.

Fait intéressant, même si dans *Bowers v. Hardwick*⁴ la Cour suprême des États-Unis a jugé que la jurisprudence garantissant aux hétérosexuels le droit au respect de leur vie privée sexuelle ne s'appliquait pas aux homosexuels, les cours des divers États ont, généralement, ignoré cet arrêt et conclu à des violations constitutionnelles injustifiables en faveur des homosexuels. Au cœur de ces décisions est réaffirmée l'importance pour l'État de respecter la sphère privée de chaque citoyen. L'État, manifestement, n'a pas sa place dans les chambres à coucher de la nation.

Pour l'auteur, cette approche « négative » des droits individuels, bien qu'étant à la base de l'abolition des lois anti-sodomie, ne peut suffire à assurer la reconnaissance d'un droit au mariage entre personnes de même sexe. Alors que l'activité sexuelle ne concerne généralement que la sphère privée, le mariage, parce qu'il est une institution qui contribue fondamentalement au

³ *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472 (2003).

⁴ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

développement social de l'individu, « déborde » dans la sphère publique.

Le échec relatif des réclamations au titre du droit au mariage aux États-Unis et les réactions politiques et populaires plus violentes par suite des quelques décisions judiciaires « progressistes » – sujet que l'auteur aborde en détail aux chapitres sept et huit – s'expliqueraient par la difficulté, pour les tribunaux américains, de recourir à une conception positive de la liberté pour justifier leurs jugements, face à une culture politique qui ne reconnaît comme légitime que la conception négative.

L'auteur estime que l'affaire *Lawrence*, de par son importance symbolique, marque l'arrivée d'un vent de changement aux États-Unis. Il relate que l'opinion majoritaire du juge Kennedy fait écho à la nécessité d'élargir la conception de la liberté. Alors qu'une conception négative aurait suffi pour abolir les lois anti-sodomie aux États-Unis, particulièrement face au nombre de décisions judiciaires et politiques en ce sens, le juge s'appuie plutôt sur une conception positive, soulignant, en plus de l'importance du droit à la vie privée, le caractère constitutif pour l'identité que peut représenter le comportement sexuel.

L'auteur estime que les changements positifs de grande envergure survenus au Canada offrent un contraste rempli d'espoir pour les personnes aux États-Unis dont l'orientation sexuelle est minoritaire. Au chapitre dix, plusieurs facteurs sont examinés par l'auteur pour expliquer les succès canadiens. Par exemple, l'appareil judiciaire au Canada serait plus disposé à prendre des décisions fondées sur une conception positive des droits et donc, à jouer un rôle de premier plan dans la défense de ces droits. L'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* a certes appuyé ce passage d'un régime de souveraineté parlementaire à un système de primauté des droits.

De plus, selon l'auteur, la culture du libéralisme au Canada serait plus riche que celle des États-Unis. L'inclusion dans la *Charte* de droits sociaux, de droits linguistiques et même l'adoption d'une approche relativement stricte vis-à-vis de la propagande haineuse, par exemple, témoignent de l'importance reconnue par la culture canadienne à l'appartenance de l'individu à la

communauté. Enfin, les citoyens canadiens seraient plus conscients de la valeur d'un discours des droits riche pour la société que ne le sont les Américains.

La recension de plusieurs décisions rendues par les tribunaux étatiques américains de même que l'examen des réactions politiques à ce sujet illustrent, selon l'auteur, qu'en l'absence d'intervention judiciaire, la volonté politique, tant à l'égard de la décriminalisation de la sodomie qu'à l'égard de la reconnaissance de droits en faveur de conjoints de même sexe, se fait opposer, principalement par des groupes conservateurs, des arguments « moralistes ».

Ceci porte l'auteur à croire que sans les tribunaux, les législateurs n'auraient probablement pas pris de mesures pour protéger les minorités sexuelles et les arguments traditionnels et moralistes l'auraient emporté, d'où l'importance de légitimer le pouvoir d'intervention des tribunaux. En introduisant dans l'arène politique de nouveaux arguments et sujets de discussion, le droit est un moteur de changement dans la vie des sociétés. Les tribunaux peuvent transcender les intérêts de la majorité et ainsi obliger le processus à faire un pas dans la « bonne » direction.

Par son essai, l'auteur cherche manifestement à réhabiliter les libéralismes rawlsien et dworkinien, discrédités notamment par les membres du mouvement *Critical Legal Studies*, mais aussi par les penseurs du communautarisme. Son scepticisme à l'égard des « *queer theorists* » et des tenants de la pensée post-moderne vient du fait qu'il croit qu'il n'est pas suffisant de déconstruire la norme de la majorité pour convaincre cette dernière de changer de norme. Quant au cadre communautariste, il fait nécessairement appel, dans toutes ses variations (Michael Sandel, John Finnis), à une notion d'appartenance à la communauté et établit des frontières fixes, ce qui rend difficile une renégociation des frontières de la communauté.

Plutôt, les efforts doivent être déployés pour convaincre la majorité qu'elle ne se conduit pas conformément à ses idéaux. En utilisant, de fait, le langage du libéralisme, des droits, de la liberté et de l'égalité, c'est, selon l'auteur, précisément ce que les tribunaux sont en mesure de faire.

L'auteur formule le souhait que son livre serve de tremplin vers une meilleure compréhension

d'éléments comme la tradition, la morale et les droits, ainsi que des liens que ces éléments entretiennent entre eux dans les démocraties libérales modernes. À cet égard, l'essai transcende le sujet spécialisé qu'il aborde. De fait, l'auteur invite l'appareil judiciaire à assumer légitimement la place qu'il occupe déjà en pratique dans nos sociétés. Pour qui accepte les tenants du libéralisme, l'exemple retenu illustre parfaitement le choix théorique de l'auteur et les conséquences qui s'ensuivent.