

Théories critiques du droit

Pascale Fournier



Université d'Ottawa

FACULTÉ DE DROIT

DCL 5737

Théories critiques du droit

Semestre: Printemps 2016

Type de cours: Séminaire

Horaire: Mardi, 8:30-12:30 (FTX 315)

Professeure: Pascale Fournier

Tél.: (613) 562-5800 (3083)

Heures de bureau: SVP prendre rendez-vous

E-mail: Pascale.Fournier@uottawa.ca

Objectifs et contenu du cours

Théories critiques du droit cherche à examiner le rôle du droit dans la formation de l'individu en tant qu'agent de pouvoir. À cette fin, différents courants de pensée critiques seront abordés, tels la critique identitaire du droit (le sujet de droit localisé), la critique féministe du droit (le sujet de droit sexué), droit et littérature (le sujet de droit fictif), la critique marxiste du droit (le sujet de droit prolétaire ou bourgeois), la critique althussérienne du droit (le sujet de droit idéologique), la critique postcoloniale du droit (le sujet de droit colonisé ou colonisateur), les *critical legal studies* (le sujet de droit postmoderne), le pluralisme juridique (le sujet de droit décentralisé), l'analyse philosophique du droit (le sujet de droit discursif) et l'analyse économique du droit (le sujet de droit rationnel). Certaines des thématiques abordées comprennent : quel est l'apport du droit dans la constitution et la régulation de l'individu? Comment traduire les rapports de pouvoir, dont la manifestation est par essence plurielle et malléable, au moyen du langage formel et rigide du droit? Le droit peut-il régir les rapports humains sans avoir recours à des catégories qui reproduisent la subjectivité? Tout au long de ce périple critique, vous serez encouragé-e-s à réfléchir au rôle du droit dans la société au moyen de controverses réelles ayant été débattues—ou étant en voie de l'être—devant les tribunaux, le Parlement ou la société civile à l'intérieur de différentes démocraties libérales (Canada, France, Turquie, Maroc, Palestine, Israël). L'étude des cas pratiques comprend: les accommodements raisonnables; la régulation de la polygamie; la construction judiciaire de

l'agression sexuelle; l'existence des « serments de bonnes mœurs » exigée de la part des ordres professionnels du droit; la protection juridique du fœtus; la reconnaissance du divorce religieux juif et musulman par les tribunaux séculiers; l'occupation israélienne en territoires palestiniens; le droit à l'éducation et la prohibition de signes religieux dans l'espace public; les crimes d'honneur et la défense de provocation. Les théories critiques du droit examinées lors de ce séminaire serviront de point d'ancrage dans la discussion plus pragmatique des Ateliers pratiques.

Évaluation

- **Participation (15%):** présence régulière à tous les cours et participation active aux discussions.
- **Trois travaux réactionnaires (45%):** Les travaux « réactionnaires » consistent en une critique constructive des textes assignés pour une semaine donnée. Votre écrit doit incorporer, de manière directe, un ou deux des thèmes/textes abordés pour la semaine choisie. Aucune recherche supplémentaire n'est requise. À l'aide de la documentation fournie dans le cadre de l'atelier pratique, vous pouvez mettre en opposition la prétention de différents auteurs, déconstruire une position donnée ou tenter de réconcilier des positions d'apparence contradictoire. L'originalité de la pensée est valorisée (« thinking outside the box »). Chaque travail « réactionnaire », comportant au total deux pages à simple interligne, doit m'être envoyé par courriel (Pascale.Fournier@uottawa.ca) 24 heures avant le début de la session en question.
- **Un exposé oral de 20 minutes (40%):** L'exposé oral constitue une réflexion plus approfondie relative à deux ou trois des théories critiques étudiées dans le cadre du séminaire. Afin d'effectuer ce chemin exploratoire, vous devez choisir une décision ou une loi n'ayant pas été discutée en classe et critiquer cet acte judiciaire ou parlementaire au moyen de différentes écoles de pensée (comment l'analyse économique du droit réagirait-elle à cette décision? Qu'en dirait l'école postcoloniale? Si l'école marxiste devait elle-même avoir un délégué au Parlement, refuserait-elle l'adoption de cette loi et, le cas échéant, que proposerait-elle comme modifications législatives?, etc). N'oubliez pas de joindre une copie de la décision ou de la loi sous étude. Vous devrez soumettre vos choix de lecture une semaine avant le dernier cours pour circulation en classe.

Plan de cours détaillé et lectures obligatoires

1. Mardi, le 2 février 2016

Introduction

2. Mardi, le 9 février 2016

La critique identitaire du droit / Le sujet de droit localisé

Dans nos sociétés contemporaines, on estime que l'identité est une valeur politique fondamentale. Mais qu'est-ce que l'identité? Pourquoi est-elle importante? Comment interagit-elle avec les normes sociales et les luttes politiques? Quel genre d'intervention étatique est requis en vue de la protéger? **Charles Taylor** soutient que l'identité moderne se caractérise par l'insistance sur le moi intérieur et sur la volonté d'atteindre une forme d'authenticité véritable, c'est-à-dire la capacité de vivre d'une façon ou d'une autre en conformité avec soi-même. Lors de cette première session, nous tenterons d'établir ce que signifie l'identité sur les plans politiques, philosophiques et juridiques. À cette fin, nous discuterons de textes clés explorant les enjeux du genre, de l'appartenance raciale et de la nationalité, qu'il s'agisse de l'interprétation ambivalente du corps féminin (maternel), du corps noir (blessé) ou de la nation homogène (pure). Par le biais de son texte complexe, lyrique et méditatif, *Et l'une ne bouge sans l'autre*, nous nous familiariserons avec la préoccupation de **Luce Irigaray** concernant la rupture des frontières entre l'intérieur et l'extérieur du corps féminin ainsi que le rôle joué par les relations mère-fille dans une surdétermination représentative de « l'espace intérieur ». On comparera son approche à celle de **Ralph Ellison** dans *L'Homme invisible*, ainsi qu'à celle de Renan dans *Qu'est-ce qu'une nation?* Se heurtant aux parois d'un étroit couloir, la négritude de *L'Homme invisible* se reflète et se déforme à travers des prismes esthétiques qui reproduisent monstrueusement une vision et une attribution du sens promulguées par la société dominante, une société blanche. Cette unité attributive—externe, déguisée, mouvementée, autoritaire et forte—produit l'identité de l'homme noir comme invisible et muette. Par opposition, **Renan** présente la nation comme une entité fixe, stable et fière. Ces lectures permettront de nous questionner sur les rapports de pouvoir au sein des sociétés libérales et de reconfigurer le discours juridique comme espace contesté de luttes diverses. Jusqu'à quel point la formation de l'identité et la cohérence interne du sujet sont-elles reproduites, touchées ou réglementées par le discours juridique dans la décision *Ewanchuk*?

Lectures critiques:

- Taylor**, Charles, *Les sources du moi*, (Éditions du Seuil : Paris, 1998), pg. 44-51.
- Irigaray**, Luce, *Et l'une ne bouge sans l'autre*, (Éditions de Minuit : Paris, 1979).
- Ellison**, Ralph, *L'homme invisible*, (Bernard Grasset : Paris, 2002), pg. 35-65.
- Renan**, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation?*, (Presses Pocket : Paris, 1992), chapitre 1-3.

Atelier pratique :

- **R. c. Ewanchuk**, [1999] 1 R.C.S. 330. (extraits)

La critique althussérienne du droit / Le sujet de droit idéologique

Dans cette session, nous adoptons la méthode Althussérienne pour développer une problématisation de la relation sujet/objet dans la représentation de l'« Autre ». Dans *L'idéologie et appareils idéologiques d'État*, **Althusser** tente de développer une théorie marxiste de l'idéologie s'appuyant non pas sur l'approche classique de subordination mais sur un modèle du pouvoir fragmenté et décentralisé. À cette fin, il remplace « l'appareil d'État » générique—défini principalement par son pouvoir répressif qui fonctionne dans l'intérêt de la classe dominante chez Marx—par une distinction explicite entre l'Appareil Répressif d'État (ARE : la police, le système pénal et les prisons) et les Appareils Idéologiques d'État (AIE : la religion, la famille et l'école). Selon **Althusser**, l'AIE est crucial parce qu'il crée des idéologies qu'internalisent les individus et conformément auxquelles ceux-ci agissent comme sujets obéissants. Il définit ainsi l'idéologie comme un système des représentations composé d'idées, de mythes et d'images du rapport imaginaire des individus à leurs conditions réelles d'existence. Ainsi, chaque individu souscrit à plusieurs idéologies qui servent de filtre pour tout ce qu'il voit, entend et ressent, de telle sorte que toute expérience émanant du réel devient réduite à une simple représentation de la réalité. Cependant, l'AIE ne produit pas seulement des idées, mais assujettit également les individus en les interpellant dans le domaine de l'Imaginaire. **Althusser** conçoit donc l'idéologie comme si elle émane de l'intérieur, librement et spontanément, et agissant sur des sujets libres. Or, la fonction de l'idéologie est de reproduire les rapports de production, i.e. une main d'œuvre qui est prête, moralement et politiquement, à être subordonnée à la logique des moyens de production capitalistes. En quoi la conception de l'idéologie chez **Althusser** diffère-t-elle de celle proposée par **Marx**? Êtes-vous en accord avec la place centrale accordée à l'éducation chez **Althusser** depuis la perspective du 21^e siècle? Certains AIE contemporains sont-ils absents de l'analyse althussérienne?

Lectures critiques:

- **Althusser**, Louis, *L'idéologie et appareils idéologiques d'État*, 1970.

Atelier pratique : diverses formes de manifestation idéologique distribuées en classe

Les *critical legal studies* / Le sujet de droit postmoderne

S'inspirant du réalisme américain, l'école des *Critical Legal Studies* vise à faire éclore la frontière entre le droit et la politique, de même que la distinction entre les sphères privées et publiques. Le droit est par nature indéterminé et sujet à l'interprétation de ceux et celles qui lui donnent vie et autorité. Lors de cette session, nous discuterons de la nature du pouvoir et de son rapport à la subjectivité. Ainsi, nous poserons la question des origines du pouvoir, de sa localité et de la manière dont il est diffusé. Un thème principal sera celui de la conception **Foucaultienne** qui projette une image du pouvoir comme institution discursive diffuse dans

sa nature, circulaire dans son comportement et génératif de sujets « déjà-toujours » constitués comme effets du pouvoir. De manière plus spécifique, nous aborderons la question des rapports qu'entretient le pouvoir avec la sexualité en général et la femme sexuée/asexuée en particulier. Dans *Sexy Dressing*, Duncan **Kennedy** décrit le pouvoir non comme une imposition coercitive pyramidale, mais plutôt comme une série ouverte des relations constitutives auxquelles participent et contribuent les hommes intéressés à l'érotisation de la domination féminine. L'approche **Foucaultienne** permet-elle selon vous de combattre les rapports de force inégaux dans la société? La critique est-elle incompatible avec l'activisme? Que nous offrent **Foucault** et **Kennedy** dans l'analyse de la décision **Lavallée**?

Lectures critiques:

- **Foucault**, Michel, *L'histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, (Paris : Gallimard, 1976), pg. 121-135.
- **Kennedy**, Duncan, *Sexy Dressing : Violences sexuelles et érotisation de la domination*, (Paris : Flammarion, 2008) (extraits)

Atelier pratique :

- *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852. (extraits)

3. Mardi, le 23 février 2016

La critique postcoloniale du droit / Le sujet de droit colonisé ou colonisateur : Partie I

Dans *Les damnés de la terre*, Frantz **Fanon** questionne les concepts de liberté, d'égalité, de fraternité, d'amour, d'honneur et de patrie, lesquels se présentent comme des préceptes fondamentaux de la culture européenne et de son hypocrisie libérale. Par exemple, la notion d'égalité a, selon lui, été utilisée pour déshumaniser les colonisés, en fabriquer « des esclaves et des monstres » dissociés de la personne humaine. C'est ainsi que la production de différences, d'oppositions, de classes et de racisme avait pour but de stratifier les sociétés et de créer la discorde entre les opprimés eux-mêmes. Dépouillés de leur culture et de leur langue et exclus d'avance de la construction de nouvelles traditions, les colonisés demeuraient en marge de la société. Dans *Portrait du colonisé Portrait du colonisateur*, Albert **Memmi** caractérise la relation coloniale entre le colonisateur et le colonisé comme une dépendance par laquelle chacun réagit à l'autre pour façonner ses traits propres et dicter ses conduites personnelles. Cette relation coloniale ne repose pas uniquement sur des aspects économiques mais également sur l'existence d'une croyance objective en l'infériorité du colonisé. Ainsi, la relation coloniale construit un système circulaire au moyen duquel l'argument justifiant l'oppression est fondé sur l'oppression. En effet, en refusant aux colonisés la qualité de personne humaine et en les privant de marques de civilité, le colonisateur crée une situation insoutenable par laquelle il est démontré que le colonisé mérite, de fait, son traitement. En quoi la perspective de **Fanon** diffère-t-elle de celle de **Memmi**? Comment situer la prétention de Randall Kuhn à l'égard de l'occupation

israélienne dans l'étendue et la manifestation du rapport colonial? Comment échapper au colonisateur? La force est-elle justifiée pour casser la relation coloniale? Peut-on légitimement utiliser l'oppression passée pour constituer un nouveau rapport colonial (le colonisé devenant à son tour colonisateur et justifié de l'être au nom de la légitime défense)? Lisez le projet de loi 62 dans cet esprit. Que voyez-vous?

Lectures critiques:

- **Fanon**, Frantz, *Les damnés de la terre*, (Éditions François Maspero : Paris, 1961), pg. 29-57.
- **Memmi**, Albert, *Portrait du colonisé Portrait du colonisateur*, (Éditions Gallimard : Paris, 1985), pg. 33-55, 101-110, 124- 30, 157-164.

Atelier pratique :

- Randall **Kuhn**, “When Israel expelled Palestinians: What if it was San Diego and Tijuana instead?”, *The Washington Times*, Wednesday, January 14, 2009.
- Projet de loi n°62: Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements religieux dans certains organismes.

La critique postcoloniale du droit / Le sujet de droit colonisé ou colonisateur : Partie II

En comparant les crimes d'honneur en Orient et la défense de provocation en Occident, nous tenterons de dépasser les dichotomies du nous/eux, ici/là, Occident/Orient, colonisateur/colonisé afin d'évaluer « les différences inhérentes » rencontrées dans l'interaction entre le droit comparé et le féminisme. La lecture des décisions **Humaid** et **Kimpe** nous permettra de délimiter la portée juridique de la défense de provocation et des crimes d'honneur au Canada. Quelles sont les prémices idéologiques qui informent la réglementation criminelle de la défense de provocation au Canada? Cette approche est-elle liée à des conceptions plus larges portant sur l'honneur masculin et hétérosexuel et la cohésion de la famille nucléaire? Qui, au juste, représente « la personne raisonnable et ordinaire privée de la maîtrise de soi »? Êtes-vous en accord avec l'**Association nationale Femmes et Droit** lorsque celle-ci affirme que la défense de provocation devrait être abolie? Pourquoi?

Lectures critiques:

- **Côté**, Andrée, Elizabeth Sheehy & Diana Majury, Arrêtons d'excuser la violence contre les femmes, Mémoire de l'ANFD sur la défense de provocation, 2001, pg. 9-25.

Atelier pratique :

- [R. v. Humaid, 81 O.R. \(3d\) 456 \(CA\)](#): paras. 7-12 + 67-76 + paras. 80-86, 91-94
- [R. v. Kimpe, 2010 ONCA 812](#) paras. 1-8 pour les faits + para. 10

4. Mardi, le 8 mars 2016

La critique féministe du droit / Le sujet de droit sexué

Dans *Le féminisme irréductible, Discours sur la vie et la loi*, **Catherine Mackinnon** questionne l'impartialité du système juridique et critique de manière radicale la posture scientifique comme pouvoir social reflétant et reproduisant le pouvoir masculin. Elle suggère une grille d'analyse alternative dénonçant la domination et la subordination des femmes : si la domination crée des différences, le droit camoufle ces différences en diffusant et légitimant une idéologie libérale capable de neutraliser les disparités du pouvoir. Ainsi, les systèmes légaux contribuent à « disposer de deux voies pour maintenir les femmes sous la coupe d'une norme masculine et appeler ça l'égalité des sexes ». *La domination masculine* de **Pierre Bourdieu** expose, quant à elle, le fonctionnement interne et externe de l'ordre social comme ratifiant la domination masculine par le simple fait que cette dernière en constitue le fondement. En introduisant ce qu'il dénomme la relation de causalité circulaire, **Bourdieu** soulève un problème récurrent qui se pose dans les tentatives à éradiquer la domination masculine : la force de l'ordre masculin se passe de justification. De fait, le pôle masculin n'a pas besoin de s'énoncer dans les discours visant à le légitimer parce que la division entre les sexes découlant de la construction dichotomique paraît être dans l'ordre des choses. En lisant **Mackinnon** et **Bourdieu**, pensez à des moyens concrets grâce auxquels le système juridique accomplit le travail de reproduction de la domination masculine. Est-il possible de repenser le système de manière telle à libérer les forces du changement social? En quoi la perspective féministe est-elle utile afin de mieux comprendre l'impact de la motion M-312 sur les femmes canadiennes? Le fœtus devrait-il avoir une voix?

Dans son avis « Droit à l'égalité entre les hommes et les femmes et liberté religieuse », le Conseil du statut de la femme du Québec proposait l'ajout dans la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* d'un article interprétatif analogue à l'article 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel réitère l'importance fondamentale du droit à l'égalité entre les femmes et les hommes. L'avis insiste cependant sur le caractère parfois discriminatoire de certaines pratiques religieuses et affirme ainsi que l'égalité entre les femmes et les hommes ne peut être mise de côté par la liberté de religion. Le 10 juin 2008, l'Assemblée nationale du Québec adopte le *Projet de loi no. 63* modifiant la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* et apporte deux modifications importantes ayant pour but de réaffirmer que l'égalité entre les femmes et les hommes constitue une valeur publique fondatrice du Québec moderne. Selon vous, le droit à l'égalité entre les femmes et les hommes l'emporte-t-il sur la liberté religieuse et la liberté de conscience? Est-il souhaitable de hiérarchiser les droits fondamentaux? Cette bataille féministe est-elle légitime et porteuse d'espoir quant à son application? L'égalité réelle passe-t-elle forcément par le droit et la reconnaissance juridique?

Lectures critiques:

- **Mackinnon**, Catherine, *Le féminisme irréductible, Discours sur la vie et la loi*, (Des femmes-Antoinette Fouque : Paris, 2005), pg. 39-53.
- **Bourdieu**, Pierre, *La domination masculine*, (Éditions du Seuil : Paris, 1998), pg. 17-39.
- **Conseil du statut de la femme**. [Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse](#). Avis du Conseil du statut de la femme 2007 :
- **Charte des droits et libertés de la personne**, (L.R.Q., chapitre C-12) : ancienne version (extraits)

Atelier pratique :

- **Projet de loi no 63**, (2008, chapitre 15), Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne
- Texte de la motion **M-312** :
(<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=5437818>) : « M. Woodworth (Kitchener-Centre) — Qu'un comité spécial de la Chambre soit créé et chargé d'examiner la déclaration figurant au paragraphe 223(1) du Code criminel, selon laquelle un enfant devient un être humain seulement lorsqu'il est complètement sorti du sein de sa mère, et de répondre aux questions énoncées plus loin; que le comité spécial se compose de 12 membres, dont sept provenant du parti gouvernemental, quatre de l'Opposition officielle et un du Parti libéral, attendu que son président soit du parti gouvernemental; que les membres du comité spécial soient nommés par le Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre et que le rapport sur la composition du comité spécial soit présenté à la Chambre au plus tard 20 jours de séance après l'adoption de cette motion; que l'on autorise les substitutions dans la composition du comité spécial, au besoin, conformément aux dispositions de l'article 114(2) du Règlement; que le comité spécial dispose de tous les pouvoirs conférés à un comité permanent en vertu du Règlement; et que le comité spécial présente à la Chambre des communes, dans les 10 mois suivant l'adoption de cette motion, son rapport final comprenant les réponses aux questions suivantes, (i) quelles preuves médicales existe-t-il démontrant qu'un enfant est ou n'est pas un être humain avant le moment où il a complètement vu le jour, (ii) la prépondérance de la preuve médicale concorde-t-elle avec la déclaration figurant au paragraphe 223(1) du Code criminel, selon laquelle un enfant est un être humain seulement lorsqu'il est complètement sorti du sein de sa mère, (iii) quel est l'impact juridique et quelles sont les conséquences du paragraphe 223(1) sur les droits de la personne fondamentaux d'un enfant avant le moment où il a complètement vu le jour, (iv) de quelles options le Parlement dispose-t-il dans l'exercice de son pouvoir législatif conformément à la Constitution et aux décisions de la Cour suprême pour affirmer, modifier ou remplacer le paragraphe 223(1). »

La critique marxiste du droit / Le sujet de droit prolétaire ou bourgeois

Le texte classique *Le manifeste communiste* présente la théorie marxiste en vertu de laquelle la notion de pouvoir est conçue comme étant concentrée dans la base économique. Chez **Marx**, chaque sujet tient une position particulière vis-à-vis des moyens de production propres au système capitaliste. Cette hiérarchie du pouvoir, en fonctionnant de façon systématique et cohérente, fait état d'une logique certaine dans son organisation et ses mécanismes de reproduction sociale : deux classes s'opposent ontologiquement et matériellement—la bourgeoisie et le prolétariat. Devant une telle subordination structurelle, la « conscience politique » du sujet prolétaire est camouflée et ne peut être libérée que par le dévoilement du fonctionnement de l'ordre social stratifié. Dans *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*, Nancy **Fraser** propose plutôt l'approche de «l'intersectionnalité» afin de réorienter le phénomène de la subordination de manière plus inclusive, i.e. en y incluant «les groupes mixtes». Ainsi, l'étude du genre et de l'appartenance raciale pourrait selon elle bénéficier d'une stratégie analytique comprenant à la fois la redistribution (reposant sur l'indifférenciation) et la reconnaissance (reposant sur la différenciation). Comment concrètement pénétrer la mystification idéologique de l'ordre social selon **Marx** et **Fraser**? La révolution passe-t-elle obligatoirement par un renversement de l'ordre établi et, le cas échéant, ce renversement est-il matériel ou idéologique? Comment sont conceptualisées les personnes bénéficiaires de l'aide sociale dans *Gosselin* et en quoi l'approche marxiste peut-elle contribuer à réorienter la décision?

Lectures critiques:

- **Marx**, Karl, “Le manifeste communiste” dans *Œuvres de Karl Marx*, (Éditions Gallimard : Paris, 1965), pg. 161-195.
- **Fraser**, Nancy, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, (Éd. La Découverte : Paris, 2005), pg. 21-30.

Atelier pratique :

- *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84 : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2027/index.do> (lire le résumé)

5. Mardi, le 15 mars 2016

L'analyse économique du droit / le sujet de droit rationnel

Ejan **Mackaay** et Michael **Trebilcock** développent une théorie économique du droit incorporant la question du choix sous des conditions de rareté. Quand les ressources sont limitées, la science économique prétend que les individus tendent à maximiser leur utilité. Pour les théoriciens économiques du droit, l'individu est rationnel en ce qu'il agit de manière à maximiser son profit. À cet égard, le système juridique joue un rôle de premier plan afin de structurer les choix les plus efficaces disponibles aux individus dans des domaines divers. Êtes-vous en accord avec l'affirmation selon laquelle l'individu est rationnel? Le droit a-t-il

pour objet de pallier aux déficiences du marché? Quels sont les avantages de l'application d'une analyse coûts-avantages (costs/benefits)? Quelle place est réservée au « collectif » dans cette vision « individuelle » du marché et de la société? La décision *Hartshorne c. Hartshorne* nous permettra de réfléchir sur le caractère volontaire des contrats conclus dans le cadre familial et des conditions de l'expression du choix « rationnel ». Selon vous, le rôle des tribunaux est-il de faire respecter les contrats ou de s'assurer d'une redistribution équitable entre les parties? Pourquoi? Quels sont les coûts/bénéfices de l'une ou l'autre approche?

Lectures critiques:

- **Mackaay**, Ejan, *L'analyse économique du droit*, (Montréal : Thémis, 2000), pg. 1-8.
- **Trebilcock**, Michael J., "An Introduction to Law and Economics" (1997) 23 *Monash U. L. Rev.* 123, pg. 125-133, 148-152.

Atelier pratique :

- *Hartshorne c. Hartshorne*, 2004 CSC 22 (extraits)

Droit et littérature / Le sujet de droit fictif

De Camus à Anouilh, d'Anouilh à Kertesz, la littérature ne cesse de susciter une réflexion sur le droit comme institution sociale et d'ébranler la légitimité et les fictions des règles juridiques existantes ou appréhendées. *L'Étranger* de **Camus** et la petite *Antigone* d'**Anouilh** acceptent de mourir pour la vérité, le premier parce qu'il refuse de simuler des regrets qu'il ne ressent pas devant un meurtre qu'on lui reproche, la seconde parce qu'elle refuse de compromettre ses désirs. Le jeune György de **Kertesz** (prix Nobel de la littérature), quant à lui, ressort des camps de concentration avec une certaine mélancolie des camps dont on ne peut accepter la teneur devant l'oppression devinée et l'horreur généralisée de la tragédie.

Juste avant de mourir, le personnage de l'Étranger affirme avec assurance :

« Sans doute, je ne pouvais pas m'empêcher de reconnaître qu'il avait raison. Je ne regrettais pas beaucoup mon acte. Mais tant d'acharnement m'étonnait. J'aurais voulu essayer de lui expliquer cordialement, presque avec affection, que je n'avais jamais pu regretter vraiment quelque chose. J'étais toujours pris par ce qui allait arriver, par aujourd'hui ou par demain. Mais naturellement, dans l'état où l'on m'avait mis, je ne pouvais parler à personne sur ce ton. Je n'avais pas le droit de me montrer affectueux, d'avoir de la bonne volonté. (...) Il a déclaré que je n'avais rien à faire avec une société dont je méconnaissais les règles les plus essentielles et que je ne pouvais pas en appeler à ce cœur humain dont j'ignorais les réactions élémentaires. (...) Moi, j'avais l'air d'avoir les mains vides. Mais j'étais sûr de moi, sûr de tout, plus sûr que lui, sûr de ma vie et de cette mort qui allait venir. Oui, je n'avais que cela. Mais du moins, je tenais cette vérité autant qu'elle me tenait.»

Devant cette mort qui l'attend, Antigone répond fièrement à Créon :

« Eh bien, tant pis pour vous. Moi, je n'ai pas dit "oui"! Qu'est-ce que vous voulez que cela me fasse, à moi, votre politique, votre nécessité, vos pauvres histoires? Moi, je peux dire "non" encore à tout ce que je n'aime pas et je suis seul juge. Et vous, avec votre couronne, avec vos gardes, avec votre attirail, vous pouvez seulement me faire mourir parce que vous avez dit "oui". (...) Je vous fais peur. C'est pour cela que vous essayez de me sauver. ... Mais vous allez tout de même me faire mourir tout à l'heure, vous le savez, et c'est pour cela que vous avez peur. C'est laid un homme qui a peur. (...) Pauvre Créon! Avec mes ongles cassés et pleins de terre et les bleus que tes gardes m'ont faits aux bras, avec ma peur qui me tord le ventre, moi je suis reine.»

Au sortir du camp de concentration, et répondant à l'insistance des gens qui exigent de lui une description presque graphique du massacre, György n'a que sa vérité désarmante à offrir:

« Et malgré la réflexion, la raison, le discernement, le bon sens, je ne pouvais pas méconnaître la voix d'une espèce de désir sourd, qui s'était faufilée en moi, comme honteuse d'être si insensée, et pourtant de plus en plus obstinée : je voudrais vivre encore un peu dans ce beau camp de concentration. (...) Puisque là-bas aussi, parmi les cheminées, dans les intervalles de la souffrance, il y avait quelque chose qui ressemblait au bonheur. Tout le monde me pose des questions à propos des vicissitudes, des "horreurs": pourtant en ce qui me concerne, c'est peut-être ce sentiment-là qui restera le plus mémorable. Oui, c'est de cela, du bonheur des camps de concentration, que je devrais parler la prochaine fois, quand on me posera des questions. Si jamais on m'en pose. Et si je ne l'ai pas moi-même oublié.»

L'Étranger, Antigone et György résistent chacun à leur façon, avec passion et sans regret aucun, à souscrire au texte, à la lettre, à la recette du bonheur homogène que leur impose la société. Ils sont seuls et pourtant libres devant la façade du grand silence. La liberté est-elle douloureuse? La dissidence est-elle nécessairement porteuse de liberté? Le compromis est-il propre au langage juridique? Pourquoi devons-nous respecter la loi si celle-ci nous semble illégitime et imparfaite? D'après les textes de **Camus**, **Anouilh** et **Kertesz**, quel est le lien entre le droit et la littérature? Est-il de nature conflictuelle? Ce rapport est-il constitutif de l'une et l'autre sphère?

Lectures critiques:

- **Camus**, Albert, *L'Étranger*, (Édition Gallimard : Paris, 1957), pg. 7-20, 144-150, 158-179.
- **Anouilh**, Jean, *Antigone*, (La Table Ronde : Paris, 2000), pg. 76-100.
- **Kertesz**, Imre, *Être sans destin*, (Actes Sud : Paris, 1998), 253-261, 326-361.

6. Mardi, le 22 mars 2016

Invitée spéciale : Sahar Ghadhban

Le pluralisme juridique : le sujet de droit décentralisé

Le pluralisme juridique de Martha-Marie **Kleinhans**/Roderick **MacDonald** et de Jean-Guy **Belley** présente une critique de la vision traditionnelle du droit, en vertu de laquelle le droit est une représentation de l'État et de ses instances reflétée par le Parlement, les tribunaux, les organismes gouvernementaux, etc. Selon cette approche, le droit ne se définit pas uniquement au moyen de règles imposées de façon coercitive mais plutôt grâce à l'émergence de normes émanant de l'interaction humaine. Ainsi, le pluralisme juridique introduit au cœur de la compréhension étatique du droit l'existence d'ordres juridiques concurrents: la famille, l'enfant, la communauté socioculturelle, l'espace religieux, les institutions publiques, le quartier, les facultés du droit, les lieux du travail deviennent source de droit au même titre que l'adoption d'une loi. Dans un tel contexte, le citoyen et la citoyenne d'un pays donné possèdent la capacité de créer le droit au lieu d'être simplement à la remorque de celui-ci. Le pluralisme juridique de **Belley** se définit-il en opposition à celui de **Kleinhans/MacDonald**? Que nous enseigne le pluralisme juridique au sujet de la régulation de la polygamie au Canada? Comment les trois décisions d'immigration incorporent-elles ou omettent-elles d'incorporer l'approche pluraliste du droit?

Lectures critiques:

- **Belley**, Jean-Guy, "Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit" *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin. Bâle: Helbing & Lichtenham*, 2002, pg. 135-165.
- **Kleinhans**, Martha-Marie & R A Macdonald, *What is critical legal pluralism?* 1997 : 12 Can. J. L. & Soc. 25.

Atelier pratique :

- *Ali c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 154 F.T.R. 285.
- *Gure c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 25 Imm. L.R. (3d) 197.
- *Otti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1031.

La critique religieuse du droit / Le sujet de droit musulman

Dans *Sexe idéologie islam*, **Mernissi** explore l'organisation du contrôle de la sexualité de la femme dans l'ordre social musulman par le biais du droit. Elle discute de la nouvelle structure familiale qui instaure la suprématie masculine et protège un système patriarcal ayant pour effet de trahir l'autodétermination des femmes musulmanes. Cette structure n'est pas étrangère au système juridique contemporain qui s'est prononcé sur la légalité de la

polygamie, de la répudiation et des garanties de paternité. Or, il fut un temps où les femmes musulmanes bénéficiaient d'une certaine autonomie dans le contrôle de leur sexualité et de leur vie. **Mernissi** cite notamment les pratiques de *kbul* et *tamlik*, lesquelles démontrent que la religion musulmane n'est pas intrinsèquement misogyne. Cependant, la mise en pratique d'une religion et son intégration dans un système juridique donné créent toujours la possibilité d'une subordination des femmes. L'arrêt français **Lille**, qui porte sur la légalité d'un contrat incorporant la virginité comme condition essentielle du mariage, et les décisions québécoises **M.H.D. c. E.A** et **M.F. c. MA. A.**, qui abordent le caractère obligatoire du *Mahr*, soulèvent la problématique de la relation entre droit séculier et droit religieux. Comment conceptualisez-vous cette relation?

Lecture critique:

- **Mernissi**, Fatima, *Sexe idéologie islam*, Paris : Tierce, 1983, p. 31-60

Atelier pratique:

- **Arrêt Lille**, Cour d'appel de Douai, No. 08/03786, 2008.
- **M.H.D. c. E.A.**, 42 Q.A.C. 144, J.E. 91-1560, 1991.
- **M.F. c. MA. A.**, Cour supérieure, Province de Québec Montréal, No. 500-12-254264-009, 2002

7. Mardi, le 5 avril 2016

La critique religieuse du droit / Le sujet de droit juif

Dans « Jewish Law and Gender », Norma **Joseph** aborde la question du rôle des femmes dans le système halakhique moderne. Elle y décrit la loi juive en tant que système incorporant des domaines civils, criminels et religieux et prétend qu'il n'y a pas de traitement uniforme vis-à-vis les femmes—parfois le traitement est similaire aux hommes, parfois il diffère et parfois il est identique. Trois domaines posent particulièrement problème d'un point de vue féministe : le Get, les avortements et la fécondation. Malgré ces défis, **Joseph** est optimiste vis-à-vis la flexibilité de la loi juive à s'adapter aux changements exigés par la modernité. En effet, l'évolution du droit rabbinique fait état de nouvelles interprétations provenant de femmes qui ont maintenant percé le système autoritaire en devenant des rabbins, des enseignantes et des savantes. Êtes-vous en accord avec son optimisme? La décision **Bruker c. Marcovitz** porte sur le refus, pendant de nombreuses années, d'un époux juif d'accorder à sa femme le divorce religieux juif (Get) à la suite du divorce civil et ce, bien qu'il se soit préalablement engagé à procéder de la sorte sur le plan contractuel. Cette décision, écrite sous la plume de l'Honorable Rosalie Abella, jongle avec les concepts de liberté de religion et d'égalité des sexes. Le juge séculier a-t-il compétence pour juger de matières religieuses? Jusqu'où va cette intervention? Quels facteurs doivent guider notre compréhension de l'interaction entre droit civil et droit religieux, sphère publique et sphère privée? Ces dichotomies reflètent-elle une réalité tangible dans la vie des femmes religieuses?

Lecture critique:

- **Joseph**, Norma Baumel, “Jewish Law and Gender” in *Encyclopedia of Women and Religion in North America Vol. 2*, Rosemary Skinner Keller & Rosemary Radford Ruether (eds.), Indianapolis: Indiana University Press, pg. 576-588.

Atelier pratique :

- *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607 (extraits)

La critique séculière du droit / Le sujet de droit athée

En France et en Turquie, le principe de la séparation stricte entre l'Église et l'État est affirmé dans les constitutions respectives, à savoir à l'article premier de la **Constitution du 4 octobre 1958 de la République française** et à l'article 2 de la **Constitution de la République de Turquie**. Cette conception de la laïcité présuppose que l'identité religieuse relève nécessairement du domaine « privé » et, partant, exige de la part de l'État une préservation de la neutralité de la sphère publique en y excluant d'avance toute manifestation ouverte de croyances religieuses. En ce sens, **la loi française du 15 mars 2004** encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse et la **Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public** du 11 octobre 2010 abondent dans la même direction que l'affaire **Leyla Sahin c. Turquie**. Lors de cette session, nous examinerons la sémiotique complexe du *hijab* en se familiarisant avec les conflits de pouvoir et les négociations concurrentes qui sous-tendent la dimension symbolique et fonctionnelle de ce vêtement. En discutant de la relation entre le *hijab*, la subjectivité et le pouvoir, nous questionnerons le fondement de la législation française et turque prohibant le port du *hijab* dans la sphère publique. Quelle est la relation entre le droit et l'espace selon **Manderson** et **Lefebvre**? Comment la régulation du voile en France et en Turquie influe-t-elle la division de l'espace et la subjectivité qui en découle? De manière plus concrète, nous poserons la question de savoir si la politique identitaire, en projetant des significations multiples du *hijab* (le voile comme menace, le voile comme symbole d'oppression des femmes, le voile comme symbole religieux, le voile comme forme de terrorisme), a rendu invisibles les enjeux distributifs entourant la manifestation de l'identité (le voile comme relié aux conditions socio-économiques). En lisant les textes rassemblés pour cette session, demandez-vous : les législations prohibant le port du *hijab* produisent-elles des sujets dociles? Quelles conclusions pourrions-nous tirer d'une analyse économique de ces législations? La prohibition du *hijab* le rend-t-il plus attrayant? La laïcité crée-t-elle et renforce-t-elle la discrimination qu'elle vise à éliminer en excluant les femmes appartenant aux groupes minoritaires du système d'écoles publiques? Y a-t-il violation du droit à l'éducation? La dichotomie privée/publique constitue-t-elle une catégorie juridique utile?

Lectures critiques:

- **Manderson**, Desmond, “Interstices: New Work on Legal Spaces” (2005) 9 *Law, Text and Culture* 1 (extraits)

- **Lefebvre, Henri**, *La production de l'espace* (Paris, Éditions Anthropos, 1974) (extraits)

Atelier pratique :

- **Constitution du 4 octobre 1958 de la République française**, Article 1^{er}
- **Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République**, Rapport au Président de la République, France, 11 décembre 2003 (extraits)

- **Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004**, art. 1^{er} et 3
- **Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010**
- **Affaire Leyla Sahin c. Turquie** (Requête n° 44774/98), Cour européenne des droits de l'homme, 10 novembre 2005 (extraits)

8. Jeudi, le 7 avril 2016 (dernier cours : de 13h30 à 17h30 : de 13h30 à 16h au local 202 et de 16h30 à 17h30 au local 302)

Exposés oraux et révision du cours

Invitée spéciale : Claire L'Heureux-Dubé