

L'ACTION POSITIVE : RÉFLEXIONS HISTORIQUES ET PHILOSOPHIQUES

Michel Krauss

Volume 16, Number 1, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1109193ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19754>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Krauss, M. (1985). L'ACTION POSITIVE : RÉFLEXIONS HISTORIQUES ET PHILOSOPHIQUES. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 16(1), 459–478. <https://doi.org/10.17118/11143/19754>

Article abstract

In this comment, the author describes two different notions of "affirmative action". Claiming that the two notions are philosophically incompatible, he finds that the "modern" version of affirmative action is both philosophically and technically unsound. Affirmative action in favour of women is examined in particular detail.

Commentaire

L'ACTION POSITIVE: RÉFLEXIONS HISTORIQUES ET PHILOSOPHIQUES*

par Michel KRAUSS**

Dans ce commentaire, l'auteur décrit les deux acceptions différentes de la notion d' "action positive". Les prémisses philosophiques de ces deux acceptions sont opposées.

L'auteur démontre ensuite que la version "moderne" d'action positive est philosophiquement viciée et politiquement inopportune. La question d'action positive en faveur des femmes est particulièrement, mais non exclusivement adressée.

In this comment, the author describes two different notions of "affirmative action". Claiming that the two notions are philosophically incompatible, he finds that the "modern" version of affirmative action is both philosophically and technically unsound. Affirmative action in favour of women is examined in particular detail.

* Une première version de ce texte a été livrée lors d'une conférence sur l'action positive organisée par la Fondation canadienne des droits de l'homme à Montréal, le 16 septembre 1984.

** Professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	461
I. NOTE HISTORIQUE SUR L'ACTION POSITIVE	461
II. PRÉMISSES DE LA NOTION MODERNE D'ACTION POSITIVE	466
III. NOTE SUR LE CAS SPÉCIAL DES FEMMES	471
IV. DEUX ASPECTS PERVERS DE L'ACTION POSITIVE MODERNE	475

INTRODUCTION

Ces réflexions se veulent en quatre parties. Dans un premier temps, j'aimerais commenter généralement et assez brièvement la notion de discrimination (au sens péjoratif de ce terme), et tracer l'évolution historique de la notion d'action positive¹. Dans un deuxième temps, je désire explorer les prémisses implicites de la version moderne d'action positive. Je me propose en troisième lieu d'adresser brièvement le problème particulier des femmes, principales futures bénéficiaires (au Canada) d'action positive (version moderne). Enfin, dans un quatrième temps, j'aimerais dire quelques mots sur certains effets des politiques modernes d'action positive.

La proposition qui ressort de ces réflexions est que la version moderne d'action positive est philosophiquement incompatible avec l'idée d'une société libérale: donc, que sa justification devra surmonter ce lourd obstacle moral, possiblement en invoquant des motifs axés sur les conséquences (en anglais j'aurais dit *compelling consequentialist reasons*) pour la justifier. Je ne prétends pas qu'il soit impossible de trouver de tels motifs pour justifier l'action positive dans certains cas particuliers; j'en fournirai même une illustration plus loin. Toutefois, j'estime que les efforts théoriques et empiriques à date n'ont pas validé généralement la notion moderne d'action positive.

I. NOTE HISTORIQUE SUR L'ACTION POSITIVE

Il n'y a, je crois, rien qui abuse le sens de justice d'une personne plus que le fait de faire l'objet d'un traitement qui est fonction d'une caractéristique qu'il estime impertinente au traitement en question. C'est ce traitement inégal qui constitue de la "discrimination" au sens péjoratif du terme². L'on pourrait même

1. Le choix d'un vocable français ("action positive"; "discrimination à l'envers"; "accès à l'égalité" (de la Commission des droits de la personne du Québec) est difficile, tant toute appellation comporte une connotation négative ou positive qui ne serait appropriée qu'*après* avoir établi ma thèse. Je me servirai d'action positive, tout en me divorçant de l'implication positive de ce terme.

2. Sans sa connotation négative, la "discrimination" n'est évidemment que la faculté de distinguer entre différentes choses: voilà qui caractérise l'homme cultivé. En français surtout, ce n'est que depuis peu que le terme a un deuxième sens, négatif, relié aux préjugés et à un manque de jugement éclairé.

dire que "discrimination", ainsi décrite est l'antonyme de "justice", surtout dans la mesure où elle est pratiquée par l'autorité publique.³

Depuis avant la Guerre civile américaine, l'injustice et l'humiliation associées à la discrimination ont préoccupé des citoyens et les législateurs du monde libre. Cette préoccupation a été exprimée dans les mouvements d'émancipation de Noirs, de femmes, de Juifs, et d'autres groupes d'individus victimes de discrimination législative. Comme nous le savons, ces mouvements ont parfois abouti en des changements quasi-constitutionnels ou constitutionnels, aux niveaux national et international, destinés à minimiser ces violations de la dignité de l'individu. Sans en faire une énumération, il y a lieu ici de tracer l'historique d'une manifestation législative de ce but, soit l'idée d'action positive.

L'idée centrale soutenant l'action positive à ses débuts (je prétendrai plus bas que cette idée est toujours valable) est qu'il ne suffit pas de cesser de faire un acte condamnable; il faut aussi rétablir la situation, replacer la victime de l'acte dans l'état où elle aurait été en son absence. Il faut souligner que ce désir participe de la même notion individualiste que celle qui soutient notre droit de la responsabilité civile délictuelle. Il ne suffit pas de cesser l'activité délictuelle: encore faut-il compenser la victime, *make the victim whole*. Cette idée de réparation par l'individu coupable, à l'individu victimisé, se conjugue parfaitement avec cette conception occidentale dont Immanuel Kant a peut-être donné la meilleure description: que toute personne humaine a une dignité individuelle intrinsèque, et que cette dignité requiert qu'on la punisse si elle viole la dignité d'autrui, et qu'on la dédommage si sa dignité a été violée. Autrement, l'on ne respecte la dignité ni de l'auteur ni de la victime de la violation.

En 1935 aux États-Unis, la *Wagner Act*⁴ (qui visait à protéger les salariés désireux de se regrouper pour des fins de négociation des conditions de travail) a utilisé la phrase "action positive" pour décrire l'obligation de l'employeur condamné pour avoir harcelé ses employés syndiqués. Il s'agit à ma connaissance

3. Une importante question soulevée implicitement par cette remarque ne peut être abordée dans ce texte: est-il opportun pour l'État de prohiber une discrimination purement "privée" (i.e. dans laquelle l'État n'a joué aucun rôle)? Plusieurs commentaires ci-dessous sont, je crois, très pertinents dans l'examen de cette question.

4. Il s'agit du *National Labor Relation Act* de 1935. C'est l'article 10(c) qui est paraphrasé.

du premier usage législatif du terme. Par "action positive" on entendait qu'un tel employeur devait (en plus de s'abstenir de commettre de tels actes dans l'avenir — c'est de l'action négative): 1) afficher l'avis qu'une nouvelle politique de non-découragement des activités syndicales serait dorénavant en vigueur; et 2) reprendre à son solde, avec plein paiement du salaire perdu, tous ceux qui auraient été illégalement licenciés. L'on comprend bien que l'acte d'information générale est nécessaire, car, autrement, l'effet futur de l'intimidation passée freinerait le libre choix individuel (de se syndiquer ou non) que la loi voulait assurer. L'action positive comprenait donc et la réparation par le "coupable" aux individus lésés (ce qui est de toute manière prévu par la responsabilité délictuelle) et une intervention active dans le réseau général d'information. L'on comprendra que c'est cette intervention informationnelle qui distinguait donc le phénomène d'action positive.

Or, les mêmes problèmes informationnels prévalent dans tous les cas classiques de discrimination, même si celle-ci cesse (i.e. par action négative) pour le futur. Pensons à la pratique courante, dans certaines petites entreprises, de n'engager de nouveaux employés qu'à la suite de références (formelles ou informelles) d'un employé actuel: si l'employeur discriminait (disons, racialement) dans le passé pour s'assurer que le personnel était (par exemple) exclusivement de race blanche, la pratique des références pourrait perpétuer la discrimination sans aucun acte futur de l'employeur. (La Commission des droits de la personne du Québec a récemment été confrontée à ce problème dans l'industrie du taxi à Montréal.) L'action positive traditionnelle, dans ce contexte, consiste à imposer de nouvelles procédures informationnelles, pour que chaque individu susceptible de s'intéresser au poste en question sache qu'un emploi est disponible, qu'il peut le postuler, et que sa sélection ou son rejet ne sera basé que sur des facteurs pertinents à sa performance. De même, tout individu qui démontre que sa demande d'emploi antérieure avait été refusée pour des motifs discriminatoires aurait droit à une indemnisation pour la perte monétaire subie. Voilà pour l'action positive: l'action négative consistait bien sûr en l'interdiction de discriminer dans l'avenir.

C'est de cette façon qu'était comprise l'action positive au début des années '60, quand elle fut justement appliquée pour la première fois au domaine ethnique ou racial. Ainsi, l'*Executive Order* 10925 du président Kennedy en 1961 obligeait les entrepreneurs ayant des contrats gouvernementaux "to take positive

action” pour s’assurer que l’engagement des employés ne soit pas en fonction de leur race⁵. Les modalités de cette action positive s’avéraient parfaitement compatibles avec une égalité de chances pour chaque individu: il s’agissait d’obliger l’entrepreneur à faire des efforts de *publicité* particuliers à l’intention de la communauté noire (victime de discrimination dans le passé). Avec le nouveau réseau informationnel ainsi créé, l’engagement des candidats pourrait procéder sans égard à la race. De plus, le gouvernement pourrait débloquer des fonds pour l’entraînement des gens anciennement exclus des bénéfices étatiques de l’éducation spécialisée (i.e., des Noirs), pour permettre à ceux qui le désiraient de compétitionner dans un système où ils n’étaient plus exclus. Il faut souligner que rien dans ce concept d’action positive ne présume d’une existence de quota, ou d’une quelconque quantification du nombre d’individus appartenant à chaque groupe à être éventuellement engagés. Ce dernier phénomène ne se justifie qu’à l’aide d’importantes suppositions additionnelles, aux incidences philosophiques et pratiques perverses.

Dans la même veine, le *Civil Rights Act* de 1964 constituait une application claire de ce sens premier d’action positive. À son article 703(j), cette loi prohibait expressément “preferential treatment to any individual or group on account of any imbalance which may exist ... in comparison with the total number of percentage of persons of such race, color, religion, sex, or national origin in any community”. En distinguant entre un réseau *informationnel* spécial (requis par le *Civil Rights Act*) et un traitement *décisionnel* préférentiel (interdit par cette loi), le concept original d’action positive ne faisait que refléter les valeurs de responsabilité individuelle, de dignité individuelle, et de choix individuel auxquelles j’ai déjà fait allusion.

Graduellement, cette notion d’action positive était supplantée par une autre, axée sur le processus décisionnel et non plus le réseau informationnel. En 1965, le président Johnson a créé l’*Office of Contract Compliance*. En 1968, ce bureau a émis ses premiers “goals” et “timetables”. Ces mots inquiètent à première vue, car ils semblent porter sur l’allocation éventuelle des emplois. Il ne s’agissait toutefois que de buts et d’échéanciers “for the prompt achievement of full and equal employment *opportu-*

5. Vg. U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Legislative History of Titles VII and XI of Civil Rights Act of 1964*, Washington, U.S. Government Printing Office, aucune date, p. 4.

nity" (les italiques sont de nous)⁶. En 1970, cependant, ce bureau commence explicitement à viser le résultat du processus décisionnel⁷, et en 1971, il indique clairement que ses "timetables" étaient dorénavant destinés à remédier à la "sous-utilisation" de minorités et de femmes ("sous-utilisation" étant définie comme suit: "having fewer minorities or women in a particular job classification than would be reasonably expected by their availability⁸"). En cas de "sous-utilisation" statistique, l'on imposa sur l'employeur un fardeau de preuve de non-discrimination si difficile à relever qu'il y renonçait habituellement⁹. Il fallait alors remédier à la "sous-utilisation". Voilà une transformation radicale de la notion d'action positive: elle est maintenant quantitative (qu'il s'agisse de quotas explicites, ou de quotas cachés sous le vocable de "buts" plus flexibles), et elle vise maintenant l'allocation de postes par groupes, et non plus l'égalité de chances pour chaque individu quel que soit le groupe auquel il peut appartenir.

Je ne peux pas relater ici l'histoire des contestations judiciaires de cette transformation. Il suffit de mentionner qu'une série de jugements de la Cour suprême américaine, et surtout peut-être les arrêts *Griggs* de 1971 et *Weber* de 1979¹⁰, a sanctionné cette vision, en interprétant très "librement" l'article 703(j) du *Civil Rights Act* (cité plus haut). Cette révolution dans la compréhension d'action positive est toujours très contestée aux États-Unis, tant au niveau législatif que doctrinal. Malgré cette contestation, elle a été importée au Canada et au Québec, à en croire, par exemple, le projet de *Règlement sur les programmes*

6. Title 41, Codified Federal Regulations, 60-1.40.

7. *Id.*, 60-2.10 et 2.11.

8. *Ibid.*

9. Vg., concernant les tests d'aptitude à l'emploi, "Note", (1971) 84 *Harv. L. R.* 1127, 1130: "(I)f applied literally they would raise the cost of testing for many employers beyond tolerable limits... The Guidelines, if applied as strictly as their language allows, would encourage many employers to use a quota system of hiring. Because of the impracticality of the validation and alternative showing requirements, and the fact that the Commission will scrutinize closely higher rejection rates for minority candidates than non-minority candidates, the easiest way for an employer to stay out of trouble and avoid exhaustive validation techniques is to hire an acceptable proportion of blacks by applying a lower cut-off score to black candidates".

10. *Griggs v Duke Power Co.*, (1971) 401 U.S. 424; *United Steelworkers of America v. Weber*, (1979) 443 U.S. 193.

d'accès à l'égalité au Québec (pas encore en vigueur). C'est de cette nouvelle version d'action positive que j'aimerais traiter dans le reste de mes propos.

II. PRÉMISSSES DE LA NOTION MODERNE D'ACTION POSITIVE

La principale différence philosophique entre les notions ancienne et contemporaine d'action positive vient d'être signalée: tandis que la première avait pour but d'assurer que les caractéristiques "impertinentes" (race, ethnie, etc.) de l'individu ne soient pas des facteurs dans les décisions le concernant, la deuxième a précisément pour effet d'obliger quelqu'un (un employeur, une école) à considérer ce trait de groupe pourtant non-relié (axiomatiquement) à la performance individuelle. Il s'agit évidemment de discrimination, selon l'acception classique explicitée au début de ces remarques. Le fardeau est donc sur les défenseurs de l'action positive moderne de la concilier avec les notions de liberté et d'égalité juridique des personnes.

Or, ceux qui font allègrement ce saut d'"égalité des chances individuelles" à "égalité de résultat pour des groupes" associent la soi-disant "sous-représentation" du groupe visé à une discrimination (souvent dite "systémique") contre tous et chacun des candidats membres de ce groupe. De cette façon, l'intervention quantitative au niveau décisionnel (et non plus simplement informationnel) devient *l'équivalent fonctionnel de la compensation versée à la victime dans le cas de délits classiques*. Par ce raisonnement, qui est absolument crucial pour la validation morale de leur démarche, ses défenseurs prétendent sauver l'action positive moderne. Celle-ci se concilierait alors¹¹ avec les valeurs morales dont les grandes lignes ont été tracées dans les propos précédents.

Il y a lieu d'examiner critiquement cette métaphore intellectuelle. Il me semble que le raisonnement est à peu près le sui-

11. Remarquez que même si cette analogie est bonne (et nous allons l'attaquer dans les lignes qui suivent), une très importante différence avec la notion de responsabilité classique demeure: ceux qui "paient" la compensation (i.e. ceux qui ne sont pas admis ou engagés) ne sont pas les auteurs du présumé délit. Leur seul crime est de ne pas faire partie du groupe "victime". Or, la valeur morale de la compensation requiert qu'elle provienne des auteurs du délit. Autrement, l'"impérative catégorique" de Kant est violée, car les "payeurs" sont traités comme des moyens d'atteindre un but social.

vant: 1) Une sous-représentation d'un groupe au sein d'une activité professionnelle valorisée ne peut résulter que de la discrimination exercée contre ce groupe, ou d'une infériorité génétique de ce groupe; 2) Des différences génétiques entre groupes sont axiomatiquement écartées; 3) Donc, la sous-représentation du groupe est la preuve, (ou au moins une preuve *prima facie* qu'il incombe à l'employeur de réfuter¹²) que tous les candidats membres de ce groupe ont été victimes d'une discrimination dont l'auteur est ou bien ledit employeur, ou bien les candidats "majoritaires", ou au moins le "système" dont ledit employeur et lesdits candidats "majoritaires" font (moralement) partie intégrante.

Ce raisonnement est clairement présent dans une opinion d'un membre du *Equal Employment Opportunities Commission* américain, émise en 1971: "Absent discrimination, one would expect a nearly random distribution of women and minorities in all jobs"¹³.

Or, la conclusion de ce syllogisme ne s'impose que si on accepte ses prémisses. Le problème provient du fait que, même en admettant hypothétiquement la prémisse mineure, il faut rejeter la conclusion, car la majeure est radicalement fautive. Il y a bien d'autres raisons que la génétique et la discrimination qui expliqueraient les différences dans la performance moyenne des groupes. Sans pour autant prétendre énumérer tous ces facteurs, il y a lieu d'en faire état des plus importants, quitte à faire des commentaires particuliers pour ce qui est du cas des femmes, qui seront vraisemblablement les principales bénéficiaires d'action positive au Canada.

I. Âge

L'âge est un facteur important dans la détermination du revenu et du profil professionnel. Or, il n'y a aucune raison de supposer que l'âge moyen de différents groupes raciaux ou ethniques est similaire, car les recensements nous disent le contraire. Ainsi, par exemple, en Amérique du Nord l'âge médian des Amérindiens est probablement inférieure de plus de 10 ans à celui des Irlandais, Polonais, ou Japonais d'origine, et de plus

12. Pour ce qui est du "poids" de ce fardeau, vg. *supra*, note 9.

13. *A Unique Competence: A Study of Equal Employment Opportunity in the Bell System*, (analyse pré-enquête et résumé de la preuve du Equal Employment Opportunity Commission devant le Federal Trade Commission), Washington D.C., Docket no. 19143, p. 23.

de 25 ans à celui des Juifs¹⁴. Aux États-Unis, la moitié des Mexico-américains et des Portoricains ont 18 ans ou moins (données de 1970). Et ainsi de suite. Comparer la représentation d'un groupe dans un corps professionnel donné avec la représentation d'un autre groupe dans cette profession, ou avec le pourcentage de ce groupe dans la population *at large*; c'est comparer des pommes et des oranges.

Ces comparaisons deviennent encore plus grossières lorsqu'elles prétendent démontrer des disparités de revenus entre membres adultes des différents groupes (i.e. "les femmes juristes ne gagnent que X% des hommes juristes", où $X < 100$). Encore, à titre d'exemple, pleinement 50% des Juifs ont plus de 45 ans (la période où le revenu est typiquement à son sommet), mais seulement 12% des Portoricains ont cet âge¹⁵. Même si les différents groupes ethniques, raciaux ou sexuels étaient identiques à tous autres points de vue (ce qui n'est pas le cas), les différences d'âge à elles seules expliqueraient une importante sous- ou sur-représentation à l'usine, aux bureaux de direction, dans les prisons, et dans les sports (entre autres).

2. Profil culturel/éducatif

De la même manière que l'âge, le profil de la socialisation diffère beaucoup selon les groupes ethniques, raciaux ou sexuels. Le nombre d'années de scolarité des groupes ethniques, par exemple, *même en contrôlant pour l'âge*, varie énormément d'un groupe à l'autre. Il ne faut pas se surprendre que ces différences aient des répercussions sur le profil occupationnel et la répartition des revenus.

Aussi importantes que le degré de scolarité, sont la qualité et la sorte d'éducation reçue. Les études ont laissé voir que ces profils culturels varient énormément d'un groupe à l'autre. Une

14. U.S. BUREAU OF THE CENSUS, *U.S. Census of Population*, 1970, Subjects Reports pc(2)-1B, p. 2; pc(2)-1F, p. 2; pc(2)-1G, p. 2. Une collection très utile de ces données statistiques se trouve au deuxième chapitre du récent livre de T. SOWELL, *Civil Rights: Rhetoric or Reality*, New York, Morrow, 1984.

15. U.S. BUREAU OF THE CENSUS, *Current Population Reports*, vol. p-20, no. 213, p. 6; et no. 221, p. 4. Dans cette note et dans la note précédente, "Américain d'origine russe" sert de substitut pour "Américain juif". Cette pratique démographique commune et relativement fiable est le résultat des limitations légales imposées au Bureau du recensement américain en ce qui regarde les groupements religieux.

étude californienne des écoles secondaires en 1973 a permis d'apprendre que 80% des jeunes d'origine asiatique suivaient des cours de mathématique incluant le calcul différentiel; seulement 20% des Noirs suivaient de tels cours¹⁶. Des différences sexuelles en ce qui regarde le goût pour les maths sont également significatives, *même en contrôlant pour le groupe ethnique et l'âge*. Ainsi, une étude faite au Maryland en 1982 a révélé qu'au début de leurs études universitaires, les femmes blanches avaient quatre ans de maths de moins, en moyenne, que les hommes blancs, et que les femmes noires avaient quatre ans de maths de moins, en moyenne, que les hommes noirs¹⁷. Une bonne formation en mathématiques est extrêmement importante pour le succès dans les sciences pures, les sciences appliquées, et certaines sciences sociales.

Il ne serait pas étonnant que ces différents profils culturels se reflètent sur les tests d'aptitudes. Effectivement, les résultats de tests S.A.T. en 1981 (pour l'admission à l'université) révèlent que les Asiatiques réussissent beaucoup mieux que les Blancs, les Blancs mieux que les Noirs, les hommes mieux que les femmes¹⁸. N'allez pas croire non plus que ces tests sont "biaisés" en faveur des riches: les Noirs et Amérindiens venant de familles dont le revenu dépassait 60,000\$US (soixante mille dollars américains) obtenaient un résultat moyen sensiblement inférieur à celui des Asiatiques (Chinois et Japonais) venant de familles gagnant moins que 6,000\$US (six mille dollars américains)¹⁹.

16. L. SELLS, "Leverage for Equal Opportunity Through Mastery of Mathematics", in S. HUMPHREYS (ed.), *Women and Minorities in Science*, Boulder, Col., Westview Press, 1982, pp. 12, 16.

17. *Id.*, 11.

18. COLLEGE ENTRANCE EXAMINATION BOARD, *Profiles, College-Bound Seniors, 1981*, New York, 1982, pp. 12, 22, 41, 51, 60, 65.

19. *Id.*, 27, 36, 46, 55. L'on ripostera (et on a souvent riposté) en dernier ressort que ces tests sont "biaisés culturellement". Voilà une question qui ne peut être vidée ici. Cependant, un commentaire s'impose. Il est à présumer que les tenants de la thèse du "biais culturel" ne trouveront un test "neutre" que lorsque les scores médians des différents groupes seront identiques. En d'autres termes, l'accusation de "biais culturel" n'est, méthodologiquement, qu'une répétition tautologique de l'axiome que les groupes ne diffèrent point dans leurs performances moyennes. Il n'y a donc pas lieu d'examiner la prétention de "biais culturel" ici, parce qu'elle n'ajoute strictement rien à l'affirmation que c'est l'égalité des résultats (et non d'opportunité) qui s'impose. Au contraire, elle ne fait que répéter cette affirmation, mais d'une manière cachée, donc intellectuellement malhonnête.

À la sortie de l'université ces différences culturelles sont toujours manifestes. Ainsi en 1980, l'on comptait trois fois plus d'hispano-américains que d'asiatiques parmi les nouveaux Ph. D. en histoire, mais dix fois plus d'asiatiques que d'hispanophones parmi les nouveaux Ph. D. en chimie. Plus de la moitié des Ph. D. asiatiques étaient dans des domaines scientifiques (fortement en demande et en pleine croissance); plus de la moitié des Ph. D. noirs étaient en sciences d'éducation (un domaine en stagnation démographique et économique)²⁰.

Qui plus est, ces différences traversent souvent les frontières nationales. Au début du siècle, les fermiers d'origine allemande, au Canada, avaient une meilleure productivité que tous les autres fermiers canadiens. *En Irlande*, les immigrants allemands avaient une meilleure productivité que les Irlandais²¹; *au Mexique*, que les Mexicains²²; *en Union soviétique*, que les Russes²³; et *au Chili*, que les Chiliens²⁴. Tous ces groupes ne sont guère victimes de discrimination raciale dans leurs propres pays! Les Juifs et les Asiatiques ont aujourd'hui un revenu supérieur à celui des Hispanophones, aux États-Unis; mais ils ont également un revenu supérieur aux Hispanophones *en Amérique latine*²⁵, et l'on peut difficilement conclure que cela est dû à une discrimination contre les Hispanophones en Amérique latine²⁶.

20. NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Summary Report: 1980 Doctorate Recipients From United States Universities*, Washington, National Academy Press, 1981, pp. 26, 29.

21. A. YOUNG, *A Tour In Ireland*, Shannon, Irish University Press, 1970, Vol. 1., pp. 377 ss.

22. H. SAWATSKY, *They Sought a Country*, Berkeley, U. of Calif. Press, 1971, pp. 129 ss.

23. H. WILLIAMS, *The Czar's Germans*, Lincoln Neb., American Society of Germans from Russia, 1975, pp. 135 ss.

24. C. SOLBERG, *Immigration and Nationalism*, Austin, U. of Texas Press, 1970, pp. 27 ss.

25. J. ELKIN, *Jews of the Latin American Republics*, Chapel Hill, U. of North Carolina Press, 1980, pp. 214 ss.

26. Il est, bien sûr, possible d'affirmer que dans de pareils cas la minorité "exploite" la majorité, et qu'en l'absence de cette "exploitation" la performance des groupes serait identique. Cette accusation, qui est celle des racistes anti-sémites et anti-asiatiques partout, met clairement en relief les implications néfastes de la croyance obstinée en l'égalité performative des groupes.

Il faut donc pouvoir contrôler pour ces différences avant de conclure à la discrimination. En 1976, Richard Freeman a fait une étude contrôle de Noirs et de Blancs²⁷. Il a trouvé qu'en contrôlant pour les habitudes de lectures (i.e. en n'examinant que des groupes de Noirs et de Blancs ayant les mêmes habitudes), les Blancs avaient un revenu médian supérieur à celui des Noirs jusque dans les années soixante (i.e. jusqu'à l'élimination des lois et des pratiques *étatiques* discriminatoires). Mais à compter de 1969, les revenus médians ainsi contrôlés étaient égaux! (Remarquez que ceci ne peut être dû à l'action positive moderne, qui date seulement de 1971 aux États-Unis.) En d'autres termes, la différence entre le revenu médian de tous les Noirs et de tous les Blancs n'étaient pas une différence raciale du tout, mais une différence culturelle. Dans ce contexte, des programmes spéciaux d'éducation en milieu noir seraient des exemples d'action positive *originale*. L'imposition de quotas raciaux (explicites ou non) à l'emploi serait, au contraire, de l'action positive moderne....

Ces chiffres, et d'autres que je pourrais citer, attestent éloquemment de l'existence actuelle d'une égalité d'opportunité juridique pour chaque individu dans notre société. Ces chiffres ne signifient point une absence de discrimination privée chez-nous. Plutôt, elles signifient la fausseté de l'inférence "sous-représentation égale discrimination". De nombreux facteurs démographiques, culturels et géographiques rendent cette inférence statistique intenable. Pourtant, je le répète: c'est largement de cette inférence que dépend la validité morale de la version moderne d'action positive.

III. NOTE SUR LE CAS SPÉCIAL DES FEMMES

Il est, je crois, opportun d'ajouter quelques remarques visant l'action positive en faveur des femmes. Ces remarques sont pertinentes à la fois parce que *certaines* femmes seront vraisemblablement les principales bénéficiaires d'action positive chez nous, et aussi parce que certains des commentaires précédents (au sujet des différences d'âge, par exemple) pourraient paraître moins applicables (du moins à première vue) aux groupes sexuels qu'aux groupes ethniques ou raciaux.

Un fait statistique est indéniable: le revenu médian des femmes en Amérique du Nord est à peu près 60% celui des hom-

27. R. FREEMAN, *Black Elite*, New York, McGraw-Hill, 1976.

mes²⁸. De là à la conclusion que les employeurs (qui sont en grande majorité des hommes) discriminent systématiquement contre les employées féminines, il ne manque qu'un saut logique que beaucoup sont prêts à faire.

J'affirme qu'un saut logique est impliqué parce que cette conclusion n'est ni justifiée théoriquement, ni appuyée empiriquement.

D'abord, théoriquement, l'inférence nous ferait croire que les femmes sont (vis-à-vis des hommes) sous-payées par rapport à leur contribution ou productivité. Il s'ensuivrait que la perspective de profits immenses attendrait l'employeur (homme ou femme) qui constaterait l'existence de cette injustice, et qui offrirait *un peu plus* aux femmes pour les attirer des autres compagnies où elles sont "exploitées". De cette façon, et puisque les femmes choisiraient d'être employées par ceux qui les recruteraient au plus haut prix *ceteris paribus*, la concurrence sur le marché du travail ferait en sorte que leur salaire s'approcherait graduellement de leur productivité, au même degré que pour les hommes. Ceux qui persistent à croire que les femmes sont "exploitées" doivent donc croire: 1) à un immense complot de tous les employeurs, où la haine des femmes est tellement forte qu'elle efface le désir de réaliser des profits; ET 2) que cette clique d'employeurs érige des barrières à l'entrée empêchant des femmes (qui, présument, ne sont pas dévorées par une telle haine) de leur faire concurrence comme employeurs²⁹.

L'irréalisme de l'analyse théorique s'accompagne d'un examen (délibérément?) superficiel des statistiques. Car les données démontrent que les femmes *qui ne se sont jamais mariées* gagnent, à chaque année, à peu près le même revenu que les hommes qui ne se sont jamais mariés. Lorsqu'on contrôle pour le mariage ET pour la continuité sur le marché du travail (un contrôle important, parce qu'il permet d'écarter pour des fins de cette comparaison la classe des mères célibataires) les recensements révèlent que les femmes dans la trentaine, jamais mariées et qui n'ont jamais quitté le marché du travail, gagnent légèrement PLUS que

28. Tous les recensements récents situent le pourcentage autour de 60%. Dans *Le Devoir* du 11 février 1985 un pourcentage de 55% est cité (p. 1).

29. Cette constatation très importante vaut, en effet, pour toute forme de discrimination purement privée. Vg. *supra*, note 3. Quant à la discrimination publique, il suffit de constater que l'État est évidemment le meilleur érecteur et protecteur de barrières à l'entrée jamais imaginé...

les hommes dans la trentaine, jamais mariés et qui n'ont jamais quitté le marché du travail³⁰. L'écart entre les femmes et les hommes se voit, sous cette lumière, beaucoup plus comme un commentaire sur les effets socio-économiques du mariage et de la maternité que comme une preuve de discrimination anti-féminine par les employeurs.

Les effets économiques du mariage et de la procréation sont effectivement très différents pour les deux sexes. Le mariage et la paternité *augmentent* tous les deux la participation du mâle sur le marché du travail (mesurée par le nombre d'heures travaillées). L'effet est l'inverse chez la femme. La participation sur le marché du travail diminue avec le mariage, et elle diminue encore plus avec chaque naissance d'enfant. De toutes les catégories à ce niveau, les hommes mariés avec enfants travaillent (pour argent) le plus et gagnent le plus; les femmes mariées avec enfants travaillent (pour argent) le moins et gagnent le moins³¹.

D'ailleurs, le choix d'une carrière plutôt qu'une autre (choix qui a évidemment une grande influence sur le revenu gagné) est lui-même fonction de la possibilité d'une interruption de cette carrière. Dans certains domaines, quelques années d'absence du "milieu" suffisent pour rendre l'employé incompétent; dans d'autres domaines, la technologie et les connaissances évoluent moins rapidement. Une étude publiée dans l'*American Economic Review*³² en 1982 a estimé qu'un docteur en sciences physiques perd la moitié de la valeur de ses connaissances avec une absence de six ans, tandis qu'un historien doit s'absenter pendant vingt-cinq ans pour souffrir une perte semblable. L'ingénierie, certaines spécialisations juridiques, et la recherche scientifique exigent souvent une activité professionnelle continue, tandis que l'enseignement primaire et la bibliothéconomie, par exemple, supportent plus facilement des absences prolongées. Il n'est pas étonnant, dans ce contexte, de constater que les femmes choisissent en plus grand nombre relatif des carrières permettant ces absences pério-

30. Statistiques tirées de T. SOWELL, *Affirmative Action Reconsidered*, Washington, American Enterprise Institute, 1975, pp. 28, 41.

31. W. BOWEN et T. FINEGAN, *The Economics of Labor Force Participation*, Princeton, Princeton U. Press, 1969, pp. 40 ss; S. SMITH, "Estimating Annual Hours of Labor Force Activity", (1983) *Monthly Labor Review* 19.

32. J. MCDOWELL, "Obsolescence of Knowledge and Career Publication Profiles: Some Evidence of Differences Among Fields in Costs of Interrupted Careers", (1982) 72 *American Economic Review* 757.

diques, étant donné leur prédominance dans l'éducation des enfants. La relative abondance de l'offre dans ces emplois, ou (pour dire la même chose d'une autre façon) la relative rareté dans l'offre des emplois plus "changeants", due en partie précisément à ce choix rationnel de beaucoup de femmes, ne peut qu'avoir un effet à la baisse sur le salaire. On peut mettre en cause la valeur de la division traditionnelle des tâches entre père et mère³³, mais cela est très différent de l'accusation que les employeurs discriminent dans le salaire qu'ils paient aux femmes³⁴.

Dans ce contexte, des déductions fiscales pour les frais de garde d'enfants, et les programmes éducatifs informant les filles qu'aucune carrière ne leur est légalement fermée à cause de leur sexe, seraient de l'action positive dans son sens original: elles permettraient à plus de femmes de postuler des emplois, donc d'avoir l'opportunité d'être engagées au même titre que les hommes. Voilà qui est pleinement conciliable avec les prémisses libérales de notre société. Des quotas ou buts numériques pour des femmes dans différents cadres d'emploi, au contraire, nient l'égalité d'opportunité pour imposer une égalité de résultats. Cela présume que les femmes globalement et les hommes globalement sont identiques dans leurs caractéristiques pertinentes (ce qui n'est pas le cas); et cela requiert pour sa justification morale une théorie de discrimination qui n'est ni soutenable théoriquement, ni supportée par les statistiques.

Il y a lieu, à ce sujet, de souligner la publication d'une intéressante étude, faite en 1981, de l'une des cinq cents plus grandes sociétés commerciales aux États-Unis³⁵. La société avait été poursuivie par certaines employées, et accusée par l'*Equal Employment Opportunity Commission*, de discrimination sexuelle "systémique". Les statistiques semblaient la condamner. Par exemple, 82% des emplois de "premier niveau" étaient occupés par des femmes, mais seulement 61% des avancements d'échelon étaient consentis à des femmes. En d'autres termes, les employés

33. Je ne sais pas trop en quoi une telle critique consisterait, dans la mesure où l'État offre juridiquement aux couples un choix éclairé des rôles à adopter, si ce n'est qu'en l'énoncé par le critique que SON choix devrait être imposé à tout le monde.

34. Ce commentaire est évidemment lourd d'implications pour ce qui est du débat contemporain concernant le "salaire égal pour travail d'une valeur comparable".

35. C. HOFFMAN et J. REED, "Sex Discrimination?", (1981) *The Public Interest* 62.

masculins obtenaient deux fois leur "part normale" d'avancements. La compagnie ne pouvait déceler aucune intention de discriminer parmi les responsables de son processus de promotion; elle a donc engagé une société de recherches pour examiner la question.

Les conclusions du projet de recherche sont extrêmement frappantes. Il s'avérait que, proportionnellement: quatre fois plus d'hommes que de femmes avaient demandé une promotion; trois fois plus d'hommes que de femmes lisaient les avis d'ouverture de concours internes; trois fois plus de femmes que d'hommes disaient refuser une promotion si cela exigeait un déménagement; quatre fois plus de femmes que d'hommes disaient refuser une promotion si cela exigeait du travail à des heures non-favorisées (i.e. après dix-sept heures); six fois plus de femmes que d'hommes disaient avoir refusé de faire des heures supplémentaires depuis plus d'un an; et ainsi de suite. En contrôlant statistiquement pour ces différences, l'organisme de recherche a démontré qu'il n'y avait aucune discrimination par la compagnie dans la promotion des employés.

IV. DEUX ASPECTS PERVERS DE L'ACTION POSITIVE MODERNE

En terminant, il y a lieu de souligner brièvement certains effets non-voulus de la version moderne *d'affirmative action*. Plusieurs autres effets négatifs ont été largement discutés dans la littérature, et je ne ferai que les mentionner ici: entre autres, la nécessité dégoûtante d'établir des comités pour décider de l'appartenance ethnique ou raciale d'un individu en cas de litige sur son admissibilité à un programme d'action positive; les dommages psychologiques causés aux membres des minorités qui auraient réussi sous un régime d'égalité juridique, mais qui ne sauront plus pour certains si ce sont leurs talents ou (le cas échéant) leur pigmentation qui ont causé leur succès; l'humiliation des bénéficiaires peu qualifiés, mais qui sont engagés pour satisfaire à l'action positive et qui échouent dans leurs tâches³⁶; la constatation empirique que les bénéficiaires de l'action positive moderne ont tendance à être les membres déjà socialement favorisés des

36. Cette situation prévaut actuellement dans plusieurs facultés de droit canadiennes qui ont adopté une politique de quota à l'égard des étudiants amérindiens. Le taux d'échec de ces étudiants est affreusement élevé, et l'opinion que se font des Amérindiens leurs collègues étudiants en droit serait, selon plusieurs doyens, pire qu'avant l'instauration de la politique.

minorités (les études de Richard Freeman nous auraient amené à en prédire autant³⁷); le manque de confiance publique envers les diplômés "minoritaires", dû au soupçon que ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'exigences intellectuelles aussi sévères que les autres; etc.

Deux autres aspects pervers de ce changement d'orientation de l'individu (égalité d'opportunité) au groupe (proportionnalité du résultat) méritent d'être signalées. La première est valide même si l'on suppose que TOUTES mes affirmations précédentes sont fausses (i.e. que les groupes ethniques, raciaux et sexuels sont effectivement identiques dans leurs âges, leurs talents, leurs cultures, dans leurs caractéristiques socio-économiques, etc.). Même là, c'est un abus flagrant de statistiques que d'extrapoler de la moyenne au cas individuel. En d'autres mots, *même si* les groupes étaient tous identiques, il ne s'ensuivrait pas que leur composition à l'intérieur de *chaque compagnie* devrait être proportionnelle à leur importance dans la population (ou dans l'industrie). C'est là oublier le phénomène (pourtant méthodologiquement élémentaire) de *variance statistique*.

Ce problème est facilement illustré. Si vous demandez à dix amis de faire dix fois chacun "pile ou face" avec une pièce de monnaie, vous finirez probablement avec (à peu près) cinquante "piles" et cinquante "faces", mais il est absolument improbable que chacun de vos amis fasse cinq "piles" et cinq "faces". Au contraire, il serait fort vraisemblable que certains fassent sept "piles" et trois "faces", ou huit "faces" et deux "piles", etc. Personne n'accuserait cet ami de "discriminer" en faveur des "piles" ou "faces". Pourtant, le phénomène de variance n'est pas permis comme défense par un employeur accusé de discrimination. Prenons par exemple, le test normal de "signification statistique" d'une variance: c'est le test ".05" (i.e. l'on ne retiendra dans ses constatations aucun résultat qui peut survenir par pure chance au moins cinq fois sur cent). Même si ce test est respecté, *et même si les groupes sont absolument identiques et qu'il n'y ait aucune discrimination*, une Commission des droits de la personne pourrait vérifier les compositions de (disons) mille employeurs non-discriminants et *quand même* trouver cinquante cas "significatifs", de par le seul phénomène de variance. Ces cinquante employeurs se verront présumés *prima facie* avoir fait de la discrimination³⁸, et ne comprendront sincèrement pas comment la

37. Vg. *supra*, note 27.

38. Vg. *supra*, notes 9 et 12.

“disproportion” a été créée (tout comme votre ami ne “comprendra” pas pourquoi il a obtenu huit ou neuf “faces”).

Une réaction possible, à l'exposé de ce problème, serait d'affirmer qu'un risque d'erreur de 5% est socialement acceptable; mais s'il y a trois groupes (sexuel, ethnique, racial, etc.) “protégés” au lieu d'un seul, il y a 14% de chances qu'un employeur aura une discordance significative à .05. S'il y a six groupes “protégés”, un quart de tous les employeurs non-discriminants seront présumés “discriminateurs” de par le seul phénomène de variance statistique. Évidemment, si j'ai raison de prétendre que les groupes ne sont *pas* absolument identiques, le degré de “sous-représentation” non-discriminatoire (mais présumée ainsi) sera beaucoup plus élevé encore. Le problème, en bref, est que notre procédure judiciaire et quasi-judiciaire examine des cas individuels, tandis que la conception moderne d'action positive est indifférente à l'individu, préférant se référer à des statistiques globales. Or, extrapoler des statistiques globales pour inférer une discrimination (qui est forcément un phénomène individuel en ce qui concerne “l'accusé” de discrimination) c'est mal utiliser les statistiques, et c'est placer le mis en cause (qui est donc toujours un individu ou une personne morale) devant une situation juridique quasi impossible.

Un second effet méconnu (mais peu surprenant, si l'on réfléchit un tant soit peu aux implications véritables de l'abus méthodologique discuté au paragraphe précédent) de la mutation du traitement individuel au traitement “selon le groupe auquel on appartient” est la “balkanisation” d'une société. Il devient, en effet, très rationnel pour différents groupes de lutter dans le partage de ce nouveau gâteau; l'aboutissement de cette lutte est un ré-arrangement juridique de la société. Ainsi, aux États-Unis une organisation polonaise a révélé que, dans des États ayant une grande concentration de Polono-américains, seulement 2% du personnel des cabinets des Sénateurs étaient d'origine polonaise³⁹. Elle a immédiatement réclamé plus de postes. Une autre étude de l'*Italian American Legislators College* a accusé l'Université de New York de discrimination, puisque 25% des étudiants étaient d'origine italienne tandis que seuls 4,5% des professeurs l'étaient. Une étude franco-américaine a réclamé que le prochain gouverneur du Maine soit d'origine canadienne-française, car ce groupe

39. Cet exemple, et les autres qui suivent, sont tirés de l'intéressant article de P. PERLMUTTER, “Balkanizing America”, (1980) *Commentary* 64.

représente 14% de la population et n'a jamais eu "son" gouverneur. Le directeur du *Italian-American Foundation* a déclaré: "We are more in favor of affirmative action than the blacks are, because we have yet to benefit from it, and we need it badly. The fact is that Americans of Eastern and Southern European Stock — Italians, Poles, Slavs, Lithuanians, Hungarians — are about as underrepresented in higher education as are blacks."

L'écrivain amérindien Vina Deloria, Jr., a compris l'aboutissement de ce processus: il souhaite ouvertement une reconstruction de la société américaine, où les groupes (non plus les individus) seraient les composantes juridiques de base. Nous voici à la quadrature du cercle, en quelque sorte: où l'avenir d'une personne serait déterminée par le groupe auquel elle appartient. J'ai défini la discrimination précisément en ces termes au début de ce texte. C'est à cette discrimination que voulait mettre fin la version originale d'action positive; c'est vers elle que tend précisément sa version actuelle.