

JUSTICE, ÉGALITÉ, ET ACTION POSITIVE : JUSTIFICATION ET LIMITES

Michel Rosenfeld

Volume 17, Number 1, 1986

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108754ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19846>

[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

Rosenfeld, M. (1986). JUSTICE, ÉGALITÉ, ET ACTION POSITIVE : JUSTIFICATION ET LIMITES. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 17(1), 243–346. <https://doi.org/10.17118/11143/19846>

Article abstract

Philosophers and legal scholars have intensely debated the legitimacy and constitutionality of affirmative action, without yet having provided a satisfactory solution to the multiple and complex issues which it raises. This is in significant part due to the failure to examine affirmative action in terms of an adequate conception of justice and equality. By making use of recent work resulting in the development of a structural grammar of equality, this article examines the nature and scope of justification which can be offered for affirmative action in the context of adherence to a liberal political philosophy based on the ideology of individualism and of the rights of equality prescribed by the constitutions of Canada and the United States. The article argues that affirmative action is justified under the principle of justice as reversibility to remedy the present effects of past discrimination in the context of a society that is committed to the implementation of equality of opportunity in the fields of education and of competition for scarce employment positions.

JUSTICE, ÉGALITÉ, ET ACTION POSITIVE: JUSTIFICATION ET LIMITES

par Michel ROSENFELD*

Le débat sur la légitimité et la constitutionnalité de l'action positive a été vigoureusement poursuivi aussi bien par des juristes que par des philosophes, sans pour autant avoir abouti à une solution satisfaisante des problèmes difficiles qu'elle soulève. Ceci est dû, en grande partie, au fait que la plupart des théories énoncées jusqu'à présent au sujet de l'action positive ne sont pas fondées sur des conceptions adéquates de la justice et des multiples faces de l'égalité. À partir d'une grammaire structurale de l'égalité conçue au cours de travaux récents, cet article cherche à définir les limites de la justification de l'action positive dans le cadre de la philosophie politique libérale basée sur l'idéologie de l'individualisme et des droits à l'égalité conférés par les constitutions du Canada et des États-Unis. La thèse principale de cet article est, à savoir, que l'action positive est justifiée selon le principe de la justice en tant que réversibilité pour remédier aux effets présents de la discrimination dans le passé, dans le contexte des sociétés qui ont adopté le principe de l'égalité des chances comme norme de distribution par rapport à l'éducation et aux emplois.

Philosophers and legal scholars have intensely debated the legitimacy and constitutionality of affirmative action, without yet having provided a satisfactory solution to the multiple and complex issues which it raises. This is in significant part due to the failure to examine affirmative action in terms of an adequate conception of justice and equality. By making use of recent work resulting in the development of a structural grammar of equality, this article examines the nature and scope of justification which can be offered for affirmative action in the context of adherence to a liberal political philosophy based on the ideology of individualism and of the rights of equality prescribed by the constitutions of Canada and the United States. The article argues that affirmative action is justified under the principle of justice as reversibility to remedy the present effects of past discrimination in the context of a society that is committed to the implementation of equality of opportunity in the fields of education and of competition for scarce employment positions.

* Professeur agrégé, New York Law School.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	245
 PREMIÈRE PARTIE — LE CADRE THÉORIQUE	
1. Égalité, égalités et inégalités	250
2. Le postulat de l'égalité	253
3. Égalité des résultats et égalité des chances	259
4. Allocation des biens et rôle du gouvernement	262
5. La justice distributive, la justice compensatrice et la justice de procédure	267
6. Égalité, identité, différence et infériorité	274
7. La justice en tant que réversibilité et l'égalité en tant que différentiation	277
 DEUXIÈME PARTIE — PRÉSUPPOSÉS PHILOSOPHIQUES DES DROITS CONSTITUTIONNELS À L'ÉGALITÉ ET À L'ACTION POSITIVE	
1. Le principe de l'anti-discrimination, le postulat de l'égalité, et la présomption de l'égalité	289
2. Le sujet, l'agent d'allocation et le domaine d'allocation de l'égalité constitutionnelle	295
3. Les droits constitutionnels à l'égalité et l'égalité des résultats	301
4. Les droits constitutionnels à l'égalité et l'égalité des chances	305
5. Le traitement judiciaire de l'action positive dans le cadre de la Constitution des États-Unis	307
 TROISIÈME PARTIE — LA JUSTIFICATION PHILOSOPHIQUE ET CONSTITUTIONNELLE DE L'ACTION POSITIVE	
1. La connexion entre l'action positive, l'égalité des chances et la justice compensatrice	318
2. L'action positive et le rapport entre l'individu et le groupe ...	326
3. La justice en tant que réversibilité et le problème de la «victime innocente» de l'action positive	331
4. La justification constitutionnelle de l'action positive	343
 CONCLUSION	 346

INTRODUCTION

Le rapport entre l'action positive, la justice et l'égalité a déjà fait l'objet de nombreuses analyses menées par des juristes aussi bien que par des philosophes¹. Bien que les partisans de l'action positive, de même que ses adversaires, aient pu faire valoir plusieurs arguments à l'appui de leurs positions respectives, ni les uns ni les autres n'ont encore offert une synthèse permettant d'intégrer les dimensions philosophiques, juridiques et constitutionnelles du problème de l'action positive. Sur le plan constitutionnel, la Charte des droits et libertés de la Constitution du Canada, et la Charte des droits et libertés de la personne du Québec font toutes deux une place légitime aux programmes d'action positive ou d'accès à l'égalité dans le cadre des droits à l'égalité². La Constitution des États-Unis, par contre, ne mentionne pas l'action positive, ce qui explique en partie l'intensité du débat américain sur la constitutionnalité de l'action positive. La Cour suprême des États-Unis a finalement dû aborder le problème ces dernières années, et a déclaré que certains programmes d'action positive sont constitutionnels et conformes au mandat de protection égale de la loi (*equal*

1. En ce qui concerne les analyses faites par des juristes, voir entre autres *Symposium on Regents v. Bakke*, 67 CALIF. L. REV. 1 (1979); *DeFunis Symposium*, 75 COLUM. L. REV. 483 (1975); Mishkin, *The Uses of Ambivalence; Reflections on the Supreme Court and the Constitutionality of Affirmative Action*, 131 U. PA. L. REV. 907 (1983); Choper, *The Constitutionality of Affirmative Action: Views from the Supreme Court*, 70 KENT. L.J. 1 (1981); Karst, *The Bakke Opinions and Equal Protection Doctrine*, 14 HARV. CIV. R. CIV. LIB. L. REV. 7 (1979); Tribe, *Perspectives on Bakke: Equal Protection, Procedural Fairness or Structural Justice*, 92 HARV. L. REV. 864 (1979); Sandalow, *Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role*, 42 U.CHI. L. REV. 653 (1975); Ely, *The Constitutionality of Reverse Discrimination*, 41 U.CHI. L. REV. 723 (1974); O'Neil, *Preferential Admissions: Equalizing the Access of Minority Groups to Higher Education*, 80 YALE L.J. 699 (1971).

En ce qui concerne les analyses faites par des philosophes, voir entre autres, A. Goldman, *JUSTICE AND REVERSE DISCRIMINATION* (1979); T. Nagel, *MORTAL QUESTIONS*, Ch. 7 (1979); B. Gross, *DISCRIMINATION IN REVERSE: IS TURNABOUT FAIR PLAY?* (1978); R. Dworkin, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, Ch. 9 (1977); M. Cohen, T. Nagel et T. Scanlon, eds., *EQUALITY AND PREFERENTIAL TREATMENT* (1977); *Symposium on Reverse Discrimination*, 90 ETHICS 81 (1979).

2. Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 15(2); et *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, 86.1.

protection) imposé par la Constitution américaine³. Cependant, en égard aux difficultés théoriques et politiques soulevées par la notion de l'action positive, il n'est pas surprenant que les déclarations faites à ce sujet par la Cour suprême demeurent ambiguës, et que les limites constitutionnelles de l'action positive n'aient été ébauchées qu'avec imprécision.

Sur le plan philosophique, les difficultés théoriques posées par la notion d'action positive tiennent en fin de compte à l'ambiguïté du concept de l'égalité. En effet, selon Perelman, «la notion de justice suggère à tous inévitablement l'idée d'une certaine égalité»⁴. Conformément à cette vue, et étant donné l'acceptation d'un lien nécessaire entre la justice et l'égalité, le problème principal qui reste à résoudre est de trouver la conception de l'égalité que requiert la notion de justice. De plus, si l'on pouvait découvrir cette conception de l'égalité, il semble qu'il deviendrait possible, par le moyen d'une simple opération, d'établir les paramètres de la légitimité de l'action positive, à travers ses rapports avec la conception de l'égalité, et des rapports de cette dernière avec la notion de justice. Malheureusement, cependant, il n'y a pas de conception unique de l'égalité, ni d'accord sur le genre d'égalité nécessaire à la justice, ni même d'accord sur les principes de la justice concrète.

Dans la société contemporaine, chacun, ou peut s'en faut, est partisan de l'égalité. Le sens émotif du terme s'est donc intensifié aux dépens de la clarté et de la précision de son sens descriptif⁵. En effet, la notion d'égalité a été utilisée pour dénoter tant d'états de choses différents, voire même contradictoires, que l'on peut à juste titre demander si elle n'a pas été presque complètement réduite à sa seule dimension émotive⁶. Étant donné la diminution de la force descriptive du terme, il est fort compréhensible que les partisans de l'action positive et ses adversaires soient prêts à invoquer la notion d'égalité pour justifier des positions diamétralement opposées⁷. De plus, c'est justement cette juxtaposition de cas de l'utilisation de la notion d'égalité à des fins contradictoires qui

3. Voir *Fullilove c. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980); *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

4. C. Perelman, *JUSTICE ET RAISON*, 2e éd., 21 (1972).

5. Voir D. Rae, *EQUALITIES* 18 (1981) («Almost everyone seems somehow a partisan of equality»).

6. Voir A. Gutmann, *LIBERAL EQUALITY*, ix (1980).

7. Comparer *Bakke*, *supra*, note 2, 438 U.S. 407 à *Fullilove*, *supra*, note 2, 448 U.S. 526.

semble justifier la thèse récente selon laquelle la notion d'égalité est vide de tout contenu⁸.

L'incertitude qui enveloppe la notion d'égalité a pour effet non seulement d'empêcher de mener à bien le débat philosophique sur la justice de l'action positive, mais aussi de contribuer à l'incertitude régnant en ce qui concerne sa constitutionnalité. Le problème constitutionnel, en outre, se pose aussi bien dans le cadre d'une constitution qui reconnaît la légitimité de l'action positive — telle celle du Canada — que dans celui d'une constitution qui n'en fait aucune mention — telle celle des États-Unis. Dans le contexte d'une constitution comme celle du Canada, si l'on maintient que l'action positive est irréconciliable avec la conception de l'égalité que l'on décide d'adopter comme étant conforme avec la notion de justice, l'action positive ne peut qu'entrer en conflit avec les droits constitutionnels à l'égalité qu'elle est justement censée faire valoir. S'agissant, d'autre part, d'une constitution comme celle des États-Unis, aucune décision définitive sur la constitutionnalité de l'action positive ne peut être prise sans que certaines conclusions sur le rapport précis entre l'action positive et le droit constitutionnel à l'égalité aient déjà été tirées. En somme, il semble qu'il n'y ait pas d'autre moyen d'établir la portée et les limites philosophiques et constitutionnelles de l'action positive, que de commencer par une analyse de la notion d'égalité permettant d'attribuer à cette notion un sens descriptif suffisamment précis pour qu'un rapport significatif entre l'égalité et l'action positive puisse être dégagé.

L'analyse systématique de la notion d'égalité peut être effectuée à partir de la formule de la justice formelle ou abstraite énoncée par Perelman. La fonction principale de cette formule est de fournir une conception du rapport entre l'égalité et la justice qui transcende toutes les difficultés et toutes les controverses suscitées par les rapports possibles entre les diverses visions de la justice concrète et de l'égalité. Selon Perelman, on peut définir la justice formelle ou abstraite comme «un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon»⁹. Cette définition ne donne, cependant, aucune indication sur la façon de déterminer quand certains êtres appartiennent à une «même catégorie essentielle», ni même sur ce qui constituerait une «catégorie essentielle». En d'autres termes, le principe de la justice formelle stipule qu'il faut traiter également

8. Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982).

9. C. Perelman, *supra*, note 4, p. 26.

tous ceux qui sont égaux, mais ne fournit absolument aucun moyen de déterminer qui est l'égal de qui, ou en quoi consiste l'égalité d'une personne et d'une autre. Il semble, par conséquent, que le principe de la justice formelle puisse finalement être réduit à un principe de cohérence logique selon lequel si l'on a décidé qu'un groupe de personnes appartient à la même catégorie essentielle et qu'il doit donc être traité de la même façon, il serait injuste de traiter certains membres de ce groupe d'une façon différente par la suite. Pourvu qu'il soit appliqué d'une manière systématique¹⁰, le principe de la justice formelle est satisfait aussi bien par un critère qui permet de traiter des personnes différemment selon leur race ou leur sexe que par un critère qui, au contraire, défend tout traitement inégal fondé exclusivement sur les différences de race ou de sexe.

Bien que les exigences imposées par le principe de la justice formelle soient au fond très faibles, elles possèdent, néanmoins, une force suffisante pour présenter un obstacle apparemment difficile à surmonter aux partisans de l'action positive. En effet, étant donné le principe de cohérence impliqué par le principe de la justice formelle, il semble, à première vue du moins, que les partisans de l'action positive se trouvent dans une situation difficile, à partir de laquelle ils ne peuvent pas justifier la légitimité de leur propre position, sans être contraints de reconnaître comme légitime la position du raciste ou de celui qui exerce une discrimination à l'encontre des femmes. Ou bien la race et le sexe sont des attributs dont la signification morale justifie un traitement inégal — auquel cas la discrimination à l'encontre des membres d'une race ou d'un sexe semble être aussi légitime que la discrimination en faveur de cette même race ou ce même sexe — ou bien la justice interdit toute prise en considération des différences de race ou de sexe — auquel cas tout traitement inégal fondé sur ces différences serait immoral, indépendamment des motifs de ceux qui proposent un tel traitement.

La force de l'argument opposé à l'action positive à partir du principe de la justice formelle est en grande partie due à sa simplicité, à son élégance et à sa symétrie. La notion d'égalité n'est certainement pas une notion simple, cependant. Qui plus est la symétrie produite par l'application du principe de la justice formelle ne semble être obtenue que par des moyens qui dépendent de la sup-

10. Voir *id.*, pp. 26-27.

pression de l'histoire¹¹. En général, il semble fort possible que l'imprécision et le caractère arbitraire que revêt la notion d'égalité soient le produit du processus d'abstraction mené à son terme. Ainsi, lorsque l'idée d'égalité est systématiquement isolée de tout contexte social et politique, elle risque fort d'apparaître comme dépourvue de tout contenu concret, ou de découler du choix arbitraire d'un individu ou d'un groupe particulier, ou peut-être même, plus exactement, de sembler dépourvue de tout sens concret précisément *parce qu'elle n'a pas au fond d'autre rôle que de permettre l'expression des préférences arbitraires de l'individu ou du groupe.*

Si l'on admet que chaque demande d'égalité doit s'exprimer dans un contexte social, politique et historique particulier, il est vraisemblable que l'on considèrera la notion de l'égalité comme étant très complexe, et de plus, comme étant toujours dans une certaine mesure indéterminée, mais certainement pas comme étant vide de tout contenu¹². Du reste, si l'on examine la question de plus près, il s'avère qu'il n'y a pas de norme unique de l'égalité, mais bien plutôt des ensembles complexes formés par une série d'oppositions entre égalités particulières et inégalités particulières¹³. D'autre part, la notion de la justice ne revêt pas non plus un caractère monolithique, vu qu'elle englobe diverses notions telles que celle de la justice distributive, celle de la justice compensatrice, et celle de la justice de procédure (*procedural justice*)¹⁴. En somme, dans la mesure où l'égalité et l'inégalité servent à exprimer une multiplicité de genres d'égalités et d'inégalités, il semble peu probable que l'action positive puisse être simplement justifiée ou condamnée d'emblée¹⁵.

11. Une analyse excellente qui rend compte de la grande complexité de la notion d'égalité est celle de D. Rae, *supra*, note 5.

12. La thèse que l'égalité est un concept vide a été attaqué récemment par plusieurs juristes. Voir, par exemple, Greenawalt, *How Empty is the Idea of Equality?*, 83 COLUM. L. REV. 1167 (1983); Karst, *Why Equality Matters*, 17 GA. L. REV. 245 (1983); D'Amato, *Is Equality a Totally Empty Idea?*, 81 MICH. L. REV. 600 (1983).

13. Voir D. Rae, *supra*, note 5, pp. 130.

14. Voir Rosenfeld, *Contract and Justice: the Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory*, 70 IOWA L. REV. (1985); voir aussi, *infra*, pp. 25-32.

15. En effet, tout énoncé affirmant que l'action positive promeut l'égalité ou l'inégalité devra être interprété, en dernier lieu, comme un énoncé indiquant une approbation de certaines égalités et certaines inégalités et une condamnation de certaines autres égalités et inégalités. Cf. D. Rae, *supra*,

L'objet principal de cet article est de découvrir les limites de la justification de l'action positive en fonction d'une théorie de l'égalité, des multiples dimensions du concept de justice et de l'imposition de droits constitutionnels à l'égalité. En partant d'une analyse théorique du concept d'égalité, on examinera les limites des justifications philosophiques de l'action positive, les présupposés philosophiques qui sont à la base des droits constitutionnels à l'égalité, et les paramètres de la légitimité constitutionnelle de l'action positive dans le cadre de sa justification philosophique.

La première partie de cet article sera consacrée à la construction d'un cadre théorique pour la compréhension systématique du problème posé par l'action positive. Les éléments principaux de ce cadre théorique seront la formulation d'une phénoménologie de l'égalité capable de rendre compte des rapports complexes entre des égalités particulières et des inégalités particulières opérant au sein de contextes sociaux et politiques actuels, et la description des rapports multidimensionnels entre la justice et l'égalité.

La deuxième partie de l'article visera à mettre à jour les présupposés philosophiques qui se trouvent à la base du droit constitutionnel à l'égalité, et à analyser le traitement constitutionnel accordé à l'action positive. Par rapport à cette dernière tâche, en outre, l'analyse sera fondée en partie sur l'expérience plus considérable des États-Unis touchant les problèmes constitutionnels soulevés par la mise en oeuvre de programmes d'action positive. Pour conclure, on s'efforcera de déterminer l'ensemble des implications que l'expérience américaine pourrait avoir dans le cadre de la problématique mise en relief par la Constitution du Canada, et la Charte des droits de la personne du Québec.

Enfin, la troisième partie de l'article portera sur l'élaboration d'une justification philosophique et constitutionnelle de l'action positive dans le cadre des limites établies dans les deux premières parties.

PREMIÈRE PARTIE — LE CADRE THÉORIQUE

1. Égalité, égalités et inégalités

Dans un univers où tous les sujets seraient complètement semblables les uns aux autres, et où tous les biens sociaux seraient

note 5, p. 19 («The question is not 'Whether equality?' but 'Which equality?' »).

divisibles en parties égales, de telle sorte que tous les sujets resteraient complètement semblables les uns aux autres après la distribution à chacun de son lot de biens, l'égalité serait simple, et la justice pourrait être réduite au principe de la distribution égale¹⁶. Dans n'importe quel autre univers, cependant, l'égalité est liée d'une manière inextricable à l'inégalité dans une dialectique marquée par un processus de détermination mutuelle¹⁷. Dans un univers où les sujets ont des besoins différents, par exemple, une distribution d'un lot égal à chaque sujet établirait l'inégalité dans le traitement de chaque sujet selon ses besoins et, au contraire, la distribution à chaque sujet d'un lot proportionné à ses besoins mènerait à la distribution de lots inégaux¹⁸. Dans un univers où il existe des différences entre les sujets, il est impossible de traiter tous les sujets de façon égale à tous les égards, et il devient donc nécessaire de choisir les éléments par rapport auxquels les sujets devraient être traités sur un pied d'égalité. De plus, dès qu'un tel choix est fait, il s'ensuit forcément que les sujets devraient, à certains égards, être traités de façon inégale¹⁹.

L'imposition de l'égalité à un certain égard est non seulement accompagnée par la nécessité d'instituer l'inégalité à un certain autre égard, mais en plus, dans tous les cas sauf un²⁰, le traitement égal en fonction d'un élément pertinent ne peut que mener à l'inégalité parmi les personnes différentes. Ainsi, si l'on doit, par exemple, traiter chacun également selon ses mérites, l'égalité requiert que l'on traite ceux dont les mérites ne sont pas identiques, différemment. En effet, si l'on refusait de traiter inégalement ceux dont

16. Voir D. Rae, *supra*, note 5, p. 7.

17. Cf. *id.*, p. 144 («because of the antagonisms between one equality and another, *there must always be some inequalities*. For any society with structural complexity, there must be choices among equalities, hence equalities left out»).

18. Par exemple, si A et B étaient tous les deux malades et si chacun avait besoin d'un médicament, mais le médicament dont A avait besoin coûtait dix fois plus que celui dont B avait besoin, de traiter A et B selon leurs besoins respectifs signifierait que l'on devrait distribuer à A un lot qui soit dix fois plus grand que celui que devrait recevoir B. D'autre part si A et B recevaient le même lot — qui serait suffisant pour satisfaire le besoin d'obtenir le médicament de B, mais non celui de A — A et B finiraient par être traités inégalement dans le sens que le besoin de B serait satisfait mais non celui de A.

19. Voir note 17, *supra*.

20. Ce cas est celui où tous sont traités également. Dans ce cas toutes les distributions doivent être faites en lots égaux à chaque sujet de l'égalité.

les mérites sont inégaux, on violerait le principe: «à chacun selon ses mérites»²¹.

Le rapport dialectique entre l'égalité et l'inégalité affecte aussi le choix d'un sujet de l'égalité. Le sujet de l'égalité peut être ou bien l'individu, ou bien le groupe²². Si l'on choisit l'individu, on risque fort de produire des inégalités parmi les groupes²³. Par contre, si l'on choisit le groupe, on risque de produire des inégalités entre les individus qui appartiennent à des groupes différents, ou même entre les individus qui sont membres d'un même groupe²⁴. En outre, lorsque le sujet de l'égalité est défini de manière à n'inclure que certains individus ou certains groupes, l'inclusion dans la classe des sujets produit l'égalité entre les membres de cette classe, mais l'inégalité entre ces derniers et les individus ou les groupes qui ne sont pas membres²⁵.

Un autre aspect du rapport dialectique entre l'égalité et l'inégalité se manifeste lorsque l'on considère que les sujets de l'égalité et les objets de distribution sont toujours situés dans un cadre historique²⁶. Ainsi, si des distributions préalables ont créé une allocation inégale des biens, toute nouvelle distribution de biens en lots équivalents aura pour effet de perpétuer l'inégalité existante. En pareil cas, par conséquent, la possession inégale des biens ne peut être éliminée que par une nouvelle distribution de lots inégaux.

21. Ceci découle du principe de la justice formelle. En effet de traiter les «égaux également» implique que l'on traite les «inégaux inégalement».

22. Voir D. Rae, *supra*, note 5, p. 20 ss.

23. Par exemple, si chaque individu a droit à recevoir dix unités d'un bien, et si tous les individus sont divisés en deux groupes dont le premier comprend deux fois autant d'individus que le second, le premier groupe finirait par recevoir deux fois plus d'unités du bien en question que le deuxième.

24. Si le groupe qui a deux fois plus de membres que l'autre reçoit un lot égal, chaque membre du premier groupe — en supposant que chaque groupe décide de diviser son lot en portions égales pour le distribuer parmi ses membres — finira par recevoir un lot qui sera équivalent à la moitié du lot que recevra chaque membre du deuxième groupe. Par ailleurs, chaque groupe pourrait recevoir un lot égal et décider de le distribuer inégalement parmi ses membres.

25. Par exemple, tous les citoyens d'un pays pourraient jouir d'un certain nombre de biens qui ne seraient généralement pas reçus par des étrangers. Dans ce contexte, le paradigme est le droit du vote qui est accordé à tous les citoyens adultes mais refusé à tous les étrangers.

26. Voir S. Benn et R. Peters, *PRINCIPLES OF POLITICAL THOUGHT* 131-32 (1965); M. Walzer, *SPHERES OF JUSTICE* 9 (1983); D. Rae, *supra*, note 5, p. 13.

Quoique brève, la discussion qui précède suffit pour suggérer, qu'étant donné les multiples rapports possibles entre diverses égalités et inégalités, il n'est pas possible d'extraire de la notion d'égalité elle-même une série d'égalités et d'inégalités qui seraient moralement significatives. L'égalité est un rapport qui établit un ordre de semblables et de dissemblables²⁷. L'égalité ne spécifie pas, cependant, qui est le sujet de l'égalité, ou à quel égard les membres de la classe des sujets de l'égalité doivent être égaux, ou quel but serait servi par l'attribution d'une signification morale à la désignation d'une certaine classe de sujets comme devant être considérés en tant qu'égaux à un certain égard. En fin de compte, ces sujets ne peuvent être précisés que dans le contexte de normes déterminées qui sont indépendantes de la notion d'égalité ou, plus précisément, de la notion d'égalité prise dans son sens descriptif.

2. Le postulat de l'égalité

Depuis le dix-huitième siècle, la proposition normative suivant laquelle tous les individus sont moralement égaux *en tant qu'individus* a progressivement été acceptée en Occident²⁸. Cette proposition, ou «postulat de l'égalité», occupe une place centrale dans la philosophie politique libérale de Locke à Kant, et de Nozick à Rawls et à Dworkin²⁹. On retrouve aussi le postulat de l'égalité à la base du gouvernement constitutionnel des États-Unis³⁰, aussi bien qu'à la base de la Charte des droits du Canada et de celle du Québec³¹. D'autre part, quoiqu'il n'y ait pas d'accord unanime sur

27. Voir D. Rae, *supra*, note 5, p. 26 («Equality is a purely *relational* concept»).

28. Voir A. Gutmann, *supra*, note 6, p. 18 («The belief in human equality... is an idea that... is basic to the modern doctrine of individualism, equal respect for the human dignity of all people being essential to the realization of individual autonomy, the protection of privacy, and the opportunity for self-development»). Voir aussi Feher et Heller, *Forms of Equality*, dans E. Kamenka and A. Erh-soon Tay, eds., JUSTICE 149-171, 152 (1980).

29. D. Rae, *supra*, note 5, p. 96. Voir aussi R. Nozick, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974); J. Rawls, A THEORY OF JUSTICE (1971); R. Dworkin, *Liberalism*, dans S. Hampshire, ed., PUBLIC AND PRIVATE MORALITY 113 (1978).

30. Voir Tussman et ten Broek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 CALIF. L. REV. 341 (1949).

31. Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 2, 7, 15(1) et 26; voir aussi, P. Hogg, CANADA ACT 1982 ANNOTATED 70 (1982). En ce qui concerne le Québec, voir Charte des droits et libertés de la personne, *supra*, note 2, Préambule.

le sens précis du postulat de l'égalité, au minimum ce postulat exige que tous les individus aient un droit égal à l'autonomie³² et au respect³³ en tant que sujets ayant la faculté de faire des choix moraux et en tant qu'êtres capables de choisir et de poursuivre d'une manière rationnelle leur propre plan de vie³⁴.

Le postulat de l'égalité lui-même ne spécifie pas quelles sont les égalités et les inégalités qui sont justifiées dans un contexte socio-politique donné. Néanmoins, l'adoption du postulat de l'égalité permet de donner plus de spécificité et de valeur concrète à la notion de l'égalité que l'appui exclusif sur le principe de la justice formelle. Ainsi, par exemple, le postulat de l'égalité permet de poser l'individu comme sujet de l'égalité³⁵, aussi bien que d'éliminer certaines différences entre individus comme des bases morales pouvant servir à justifier certains traitements inégaux. En outre, l'interdiction de se fonder sur certaines différences pour justifier un traitement inégal ne découle pas de l'observation empirique, mais plutôt de l'adoption de certaines normes éthiques³⁶. Dans une perspective historique, il est clair que le postulat de l'égalité a originellement été formulé en vue de combattre la légitimité des privilèges féodaux fondés sur le statut et sur la naissance³⁷; il interdit donc d'utiliser les différences de statut et de naissance pour justifier le traitement inégal des personnes.

Une des conséquences importantes du refus de traiter les individus inégalement à cause de certaines différences particulières de nature physique, sociale ou culturelle, est de placer la charge de la preuve sur quiconque propose de justifier un traitement inégal à partir de différences de ce type. Ceci a pour effet de créer une présomption d'égalité selon laquelle la justice exige que tous soient traités également. En outre, pour surmonter cette présomption dans un cas particulier, il serait nécessaire de fournir des raisons

32. Voir A. Gutmann, *supra*, note 6, p. 35.

33. Voir Baker, *Outcome Equality or Equality of Respect: the Substantive Content of Equal Protection*, 131 U. PA. L. REV. 933, 938 (1983).

34. Voir J. Rawls, *supra*, note 29, pp. 92-93: «a person's good is determined by what is for him the most rational long-term plan of life... To put it briefly, the good is the satisfaction of rational desire».

35. Voir S. Lukes, *INDIVIDUALISM* 137 (1977).

36. Voir Williams, *The Idea of Equality*, dans H. Bedeau, éd., *JUSTICE AND EQUALITY* 116-137 (1971).

37. Voir S. Benn et R. Peters, *supra*, note 26, p. 132.

morales persuasives à l'appui de la justification d'un traitement inégal dans les circonstances considérées³⁸.

La présomption d'égalité est peut-être utile en tant que dispositif procédural, mais elle est trop imprécise pour indiquer quelles différences peuvent ou ne peuvent pas servir de base pour justifier un traitement inégal. À ce dernier égard, une suggestion qui semble logique serait de faire une distinction entre les différences immuables et les différences qui dépendent des actions d'êtres humains³⁹. Cette distinction semble être justifiée dans la mesure où, d'une part, personne ne peut être considéré comme moralement responsable d'attributs, tels sa race ou son sexe, sur lesquels il ne peut exercer aucun contrôle, et d'autre part, où chacun peut être jugé moralement responsable des actes qu'il est capable de contrôler⁴⁰. En se fondant sur cette distinction, on pourrait tenir à imposer une charge de la preuve plus lourde sur celui qui proposerait de justi-

38. Mais voir *infra*, pp. 32-35. En fin de compte, dans un univers sans domination, la présomption de l'égalité serait remplacée par une prise en considération automatique des différences qui sont moralement significatives et par un refus automatique de faire jouer des différences qui n'ont aucune signification morale. Vu de la perspective d'une phénoménologie de l'égalité, cependant, le premier moment de la rencontre du soi et de l'autre semblerait être le mieux caractérisé par le rapport entre le maître et son esclave. Le maître traite l'esclave comme inférieur car ce dernier est différent. Le maître désire supprimer la différence ou l'altérité de l'esclave en forçant la conscience de l'esclave à devenir une pure réflexion de l'image du maître. Voir G. Hegel, PHENOMENOLOGY OF SPIRIT 111-119 (Miller trad. 1979). Le deuxième moment de la rencontre du soi et de l'autre, d'autre part, ressemble plutôt au paradigme du rapport entre le colonisateur et le colonisé. À la différence du maître, le colonisateur ne traite pas l'autre comme un inférieur du seul fait que ce dernier soit différent. Au lieu de cela, le colonisateur traite l'autre comme un égal mais essaye de le forcer en même temps à abandonner ce qui le rend différent du colonisateur. Ainsi les conquistadors espagnols n'ont pas simplement réduit les indigènes des nouvelles colonies à l'esclavage. Ils les ont plutôt forcé à renoncer à leur religion afin d'adopter le christianisme. Voir généralement, T. Todorov, LA CONQUÊTE DE L'AMÉRIQUE: LA QUESTION DE L'AUTRE (1982). L'esclave n'a pas d'autre choix que de continuer à être traité comme un inférieur, alors que le colonisé peut atteindre l'égalité mais seulement au prix d'abandonner sa propre identité. Il est possible qu'il soit plus urgent d'éliminer l'esclavage que le colonialisme, mais le postulat de l'égalité exige qu'ils soient éliminés tous les deux. La présomption de l'égalité est, par conséquent, le produit du fait d'accorder une priorité phénoménologique au besoin d'abolir l'esclavage.

39. Voir Sherry, *Selective Judicial Activism in the Equal Protection Context: Democracy, Distrust and Deconstruction*, 73 GEO L.J. 89, 113 (1984).

40. *Id.*

fier un traitement inégal à cause de l'existence d'une différence immuable. En général, cependant, cette distinction ne peut pas être automatiquement utilisée pour distinguer les différences qui justifient le traitement inégal de celles qui ne le justifient pas, car il existe des cas où des différences fondées sur des attributs immuables justifient le traitement inégal aussi bien que des cas où des différences qui peuvent être éliminées au moyen d'actes volontaires ne justifient pas le traitement inégal⁴¹.

On pourrait complètement satisfaire aux fins du postulat de l'égalité s'il y avait suffisamment de biens à distribuer pour que chaque individu puisse accomplir tous les buts de son propre plan de vie. Si cela était possible, chaque individu recevrait vraisemblablement un lot inégal, car il semble improbable que le même nombre ou le même genre de biens soit nécessaire pour la satisfaction du plan de vie de chaque individu. Dans la mesure où chaque individu serait capable de mener à bien son propre plan de vie, l'allocation de lots inégaux ne risquerait pas de provoquer la jalousie ou la rancœur. En pareil cas, une distribution inégale représenterait seulement le moyen de réaliser les exigences imposées par le postulat de l'égalité dans les circonstances visées. En d'autres termes, une distribution inégale constituerait une *inégalité marginale* qui serait nécessaire pour réussir à instituer l'*égalité globale* contemplée par le postulat de l'égalité dans les circonstances en question⁴².

S'il n'y a pas assez de biens pour pouvoir satisfaire le plan de vie de chaque membre de la société, on doit faire face à la nécessité de prendre une décision difficile au sujet de la distribution des biens dont on dispose. Devrait-on allouer les biens en lots égaux? Ou devrait-on plutôt avoir recours à une allocation proportionnée au degré de satisfaction que chaque destinataire de ces biens serait vraisemblablement capable d'éprouver. Si l'on choisissait la distri-

41. La morale n'exige pas que l'on ignore toutes les différences immuables. Ainsi, par exemple, on ne doit pas accorder à une personne qui est aveugle un droit égal de conduire une voiture. Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 COLUM. L. REV. 1024, 1066 n. 220 (1978). D'autre part, bien qu'une personne puisse changer de religion, cela ne justifie pas le traitement inégal fondé sur des différences d'affiliation religieuse.

42. Voir D. Rae, *supra*, note 5, p. 11: «Marginal equality is defined with respect to (often small) changes from the status quo, with the *changes* being equal in magnitude for all. Global equality is defined with respect to holdings above zero, with their *amounts* or end states being equal».

bution de lots égaux, l'égalité marginale serait produite aux dépens de l'égalité globale. Si, d'autre part, on choisissait une égalité axée sur le sujet, on obtiendrait une inégalité marginale au service d'une égalité globale imparfaite.

Si l'on pouvait mesurer objectivement la valeur qu'un bien donné est censé avoir dans le cadre du plan de vie choisi par un individu particulier, il serait probablement préférable de choisir l'égalité axée sur le sujet pour mieux satisfaire les desseins du postulat de l'égalité. Mais puisqu'il est souvent impossible de déterminer une telle valeur⁴³, il semble plus prudent d'invoquer la présomption de l'égalité en faveur d'une égalité de lots. En effet, l'avantage de cette dernière suggestion consiste principalement à imposer la charge de la preuve à celui qui soutiendrait qu'une exception au principe de l'égalité de lots serait justifiée selon le postulat de l'égalité. Idéalement, une distribution inégale ne serait permise que si ceux qui ont apparemment le plus à gagner par sa réalisation arrivaient à convaincre tous les autres intéressés qu'une telle distribution pouvait mieux servir les préceptes d'un principe de justice accepté par ces derniers⁴⁴.

Dans certains cas, les exigences de l'égalité axée sur le sujet coïncident avec celles de l'égalité de lots. Ainsi, par exemple, lorsqu'un groupe de personnes est incapable de quitter un immeuble en flammes sans l'aide de sauveteurs, chaque membre du groupe a un besoin égal d'être sauvé quel que soit son plan de vie particulier. Pour satisfaire ce besoin de survivre, chaque membre doit en outre recevoir le même bien: le concours d'un sauveteur. Si l'on suppose une situation dans laquelle un pompier seulement serait en mesure de fournir un pareil service, et ne serait capable de sauver qu'une seule personne, la justice exigerait que l'on envoie autant de

43. Cf. Rosenfeld, *supra*, note 14, p. 778 («Individual desires and individual conceptions of the good ... are essentially irreducible, because each individual is the best, if not the sole, judge of his or her own conception of the good and of the urgency and intensity of his or her own desires»). Cf. aussi Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685, 1769 (1976) (L'individualisme considère que les valeurs de l'individu sont subjectives et arbitraires).

44. Voir, par exemple, les deux principes de la justice énoncés par Rawls, qui ne permettent que les inégalités capables de produire un bénéfice pour tous. J. Rawls, *supra*, note 29, pp. 14-15: «the first [principle of justice] requires equality in the assignment of basic rights and duties, while the second holds that social and economic inequalities ... are just only if they result in compensating benefits for everyone, and in particular for the least advantaged members of society».

pompiers qu'il y a de personnes prisonnières dans l'immeuble en flammes.

Tant qu'on ne manque pas du bien qui doit être distribué dans un cas où l'égalité axée sur le sujet coïncide avec l'égalité de lots, les exigences de la justice peuvent être satisfaites sans difficulté. Lorsqu'on manque du bien en question, par contre, comme dans le cas où cent personnes seraient à l'intérieur de l'immeuble en feu et où seulement cinquante pompiers pourraient être envoyés pour les sauver, il se pose un dilemme qui semble, au premier abord, difficile à résoudre. Ou bien les cent personnes dans l'immeuble sont traitées également, et personne ne sera sauvé, ou bien les cinquante pompiers sont envoyés pour sauver la moitié du groupe dans l'immeuble, mais alors les membres du groupe seraient traités inégalement et donc apparemment injustement.

Une solution à ce dilemme est fondée sur une distinction établie par Dworkin entre le droit à un traitement égal et le droit d'être traité comme un égal. Selon Dworkin, ce dernier droit est fondamental et il consiste à être traité avec le même intérêt et le même respect que ceux dont bénéficient tous les autres; le droit à un traitement égal, par contre, est seulement dérivatif⁴⁵. La distinction faite par Dworkin est en harmonie avec le postulat de l'égalité et la présomption de l'égalité, qui se transformerait donc en une présomption en faveur d'un traitement égal que l'on pourrait surmonter au moyen d'un argument persuasif en faveur d'un traitement inégal, pourvu que ce dernier ne risque pas de violer le principe fondamental — dérivé du postulat de l'égalité — que chacun doit être traité comme un égal.

Sans doute, dans le cas de l'immeuble en feu, la possibilité de sauver cinquante vies fournit-elle un argument persuasif pour surmonter la présomption en faveur d'un traitement égal. Le seul problème — à supposer qu'aucune des cent personnes dans l'immeuble n'a un plus grand besoin d'être sauvée que toutes les autres — serait donc de trouver un moyen d'exécuter ce traitement inégal, qui est apparemment justifié, sans violer le droit fondamental d'être traité comme un égal de quiconque. En d'autres termes, l'essence du problème peut être exprimée par la question suivante: puisqu'il n'y a pas de différences morales significatives entre tous ceux qui ont besoin d'être sauvés, comment peut-on justifier moralement un plan visant à sauver certains plutôt que tous?

45. R. Dworkin, *supra*, note 1, p. 227.

3. Égalité des résultats et égalité des chances

Il existe une solution à ce problème, qui est fondée sur la distinction entre l'égalité des résultats et l'égalité des chances⁴⁶. Parmi les cas où la morale exige en principe une égalité des résultats — c'est-à-dire, où l'on ne peut pas trouver de différences qui seraient moralement significatives et qui pourraient donc justifier un traitement inégal — on peut en trouver quelques unes au sujet desquelles il y a des raisons probantes de substituer l'égalité des chances à l'égalité des résultats. Ce qui distingue ces derniers cas du reste de l'ensemble des cas où l'égalité des résultats est en principe justifiée, est un manque de biens qui rend impossible la satisfaction égale de tous les besoins qui sont moralement équivalents. Ainsi, dans l'exemple de l'immeuble qui brûle, la possibilité de sauver cinquante vies fournit certainement une raison probante de s'écarter du principe de l'égalité des résultats. De plus, si chaque membre du groupe qui se trouve à l'intérieur de l'immeuble se voit accorder une chance égale d'être sauvé, il aura été traité comme un égal, et ainsi tous auront été traités conformément aux exigences du postulat de l'égalité. Si le choix des cinquante personnes que l'on va sauver est fait par tirage au sort, chaque membre du groupe des cent commence par recevoir une chance égale — dans le sens d'une même probabilité⁴⁷ — d'être sauvé. En pareil cas, chacun est traité avec le même respect que tous les autres. En revanche si le choix de ceux qui sont destinés à être sauvés est fait sur la base de différences raciales, les exigences du postulat de l'égalité seront certainement violées, car ceux qui se seront vu refu-

46. L'égalité des résultats doit être distinguée de l'égalité des chances. Feher et Heller, *supra*, note 28, pp. 149-153. Voir N. Rescher, DISTRIBUTIVE JUSTICE 94 (1966) («A distribution that does not give all equally deserving claimants an equal share must, in the interests of justice, at least preserve an equality of opportunity»). L'égalité des chances, pour sa part, implique que les «Opportunities of power, right and acquisition are to be equal; power, right and acquisition themselves are not». D. Rae, *supra*, note 5, p. 64.

47. L'égalité des chances dans le sens d'une égalité des probabilités («*prospect-regarding equal opportunity*») a été définie de la manière suivante: «Two persons *j* and *k*, have equal opportunities for X if each has the same probability of attaining X». D. Rae, *supra*, note 5, p. 65. En outre, on doit distinguer de l'égalité des probabilités, l'égalité des chances dans le sens de l'égalité des moyens («*Means-regarding equality of opportunity*») qui a été définie de la manière suivante: «Two persons, *j* and *k*, have equal opportunities for X if each has the same instruments for attaining X». *Id.*, p. 66.

ser la chance d'être sauvés seulement à cause de leur race auront été traités avec moins d'intérêt et de respect que les autres.

Là où l'égalité des résultats serait légitime, l'égalité des chances ne peut être justifiée que s'il n'y a pas un nombre suffisant des biens que chacun désire et que chacun mérite⁴⁸. Ainsi, pour revenir à l'exemple de l'immeuble qui brûle, s'il était possible d'obtenir les services de cent pompiers, on ne pourrait pas justifier, à partir du postulat de l'égalité, de se servir seulement des services de cinquante, même si on avait préalablement organisé une loterie qui aurait donné à chacun sa chance égale d'être choisi pour être sauvé. Dans ce dernier exemple, en effet, la poursuite de l'égalité des résultats ne mènerait à aucun des résultats nocifs auxquels elle pourrait mener en cas de manque de biens à distribuer. Le refus de poursuivre l'égalité des résultats, par contre, conduirait à la perte inutile de cinquante vies. En somme, donc, là où les biens à distribuer ne font pas défaut, la poursuite de l'égalité des chances pourrait bien causer des maux qui pourraient être complètement évités par l'adhésion au principe de l'égalité des résultats.

Le principe consistant à réserver les emplois à ceux qui les méritent parce qu'ils possèdent le plus de talent (ou une combinaison de talent et d'effort) implique une adhésion à l'égalité des chances⁴⁹. L'égalité des chances pour démontrer un talent supérieur a de la valeur à cause de la rareté des emplois à pourvoir, mais l'élimination de cette rareté justifierait le remplacement de l'égalité des chances par une égalité des résultats. En outre, l'égalité des chances peut prendre des formes différentes selon diverses conceptions des aptitudes, des moyens pour développer les aptitudes, et des rapports entre l'acquisition des aptitudes et la nécessité de fournir un effort significatif. Ainsi, l'on peut interpréter l'égalité des chances soit comme exigeant que chaque individu qui veut concourir pour un emploi soit assuré de disposer des mêmes moyens — c'est-à-dire des mêmes outils — que ceux auxquels ont

48. «[R]esort to the concept of 'equality of opportunity' is a *faute de mieux* procedure, a counsel of despair, as it were. It represents a means for achieving an equalization of opportunities (and risks) in cases in which a direct allocation of shares to claims is infeasible». N. Rescher, *supra*, note 46, p. 94.

49. Voir S. Benn et R. Peters, *supra*, note 26, p. 132 (Le principe de réserver les emplois pour ceux qui peuvent démontrer qu'ils possèdent le plus de talent fut à l'origine conçu pour remplacer la pratique selon laquelle les postes les plus élevés étaient réservés pour les membres de l'aristocratie. Dans les temps plus récents ce principe a été associé à l'égalité des chances).

accès les autres concurrents; soit encore comme exigeant que chaque individu jouisse d'un même degré de probabilité de réussir à obtenir l'emploi qu'il postule⁵⁰. Si l'on pense que chacun est en mesure de démontrer ses aptitudes pourvu seulement qu'aucun obstacle ne soit placé sur son chemin, alors la première des trois interprétations de l'égalité des chances semblerait suffisante, et la justice pourrait être satisfaite grâce à l'adoption d'un principe de l'égalité des chances qui resterait purement formel. D'autre part, si l'on pense que les aptitudes risquent de rester cachées à moins que leur possesseur soit pourvu des moyens nécessaires pour les montrer, l'évaluation équitable des aptitudes relatives de divers candidats à un poste semblerait impossible à moins qu'il y ait une égalité des chances fondée sur l'égalité des moyens. Enfin, si l'on pense plutôt que le développement des aptitudes dépend plus de l'entraînement que l'on reçoit et de l'effort que l'on fournit que de la simple mise en valeur des qualités innées, l'équité pourrait bien exiger une égalité de chances fondée sur l'égalité des probabilités. Dans ces deux derniers cas, l'égalité des chances formelle serait insuffisante, et devrait par conséquent céder le pas à une égalité des chances équitable (*faire equality of opportunity*) — c'est-à-dire à une égalité des chances qui, ou bien assure que chaque individu possède les instruments nécessaires pour pouvoir démontrer ses aptitudes, ou bien qui garantit le développement et l'entraînement des facultés qui pourraient permettre à chaque individu d'améliorer ses chances de réussir à obtenir l'emploi qu'il postule.

Paradoxalement, le succès intégral de l'égalité des chances axée sur l'amélioration des probabilités de réussite de chaque individu mène à l'élimination de la justification tendant à réserver les emplois à ceux qui possèdent le plus de talent ou d'aptitudes. Tant que ce genre d'égalité ne mène qu'à l'égalisation relative des aptitudes, elle semble rendre la concurrence pour les emplois plus équitables, sans réduire la justification des carrières réservées à ceux qui démontrent qu'ils sont les mieux qualifiés. Menée à sa conclusion logique, cependant, ce genre d'égalité pourrait, du moins en théorie, complètement égaliser les chances de chaque individu — par des moyens tels que la manipulation génétique — de telle sorte que l'on arriverait à une allocation égale d'aptitudes et de talents pour chaque individu. À ce moment, les talents et les aptitudes ne pourraient plus servir comme base pour distinguer entre les divers candidats à des emplois qui sont rares⁵¹. Par conséquent, pour main-

50. Voir note 47, *supra*.

51. D. Rae, *supra*, note 5, p. 75.

tenir le respect du droit qu'a chaque individu d'être traité comme un égal, il faudrait avoir recours à un autre moyen, tel qu'une loterie, pour distribuer les postes à remplir.

Pour récapituler: un moyen d'échapper à l'abstraction pure du principe de la justice formelle est d'adopter le postulat de l'égalité comme principe normatif, et de diviser le domaine de l'égalité, dans le sens descriptif du terme, en un réseau complexe d'égalités et d'inégalités qui se déterminent mutuellement. Le postulat de l'égalité est axé sur l'individu plutôt que sur le groupe, et l'une de ses fonctions principales est d'exclure l'invocation de certaines différences pour légitimer des traitements inégaux. Ceci mène, en outre, à la présomption d'égalité qui place la charge de la preuve sur celui qui propose qu'une différence particulière justifie un traitement inégal. Bien qu'il soit impossible de formuler une règle absolue, généralement les différences immuables sur lesquelles l'individu n'exerce aucun contrôle risquent moins de justifier un traitement inégal que les différences qui résultent d'actes volontaires. Dans la mesure où le postulat de l'égalité exige que la poursuite pour chacun de son propre plan de vie soit également respectée, l'égalité axée sur le sujet paraît idéalement préférable à l'égalité des lots. Néanmoins puisque la communication de la valeur subjective des biens est souvent problématique, il semble justifié d'imposer une présomption réfutable en faveur de l'égalité des lots. Finalement, on doit tenir compte d'une dialectique qui oppose l'égalité des chances à l'égalité des résultats. Si cette dernière est justifiée et si les biens qui doivent être distribués également ne font pas défaut, il ne semble y avoir aucune raison pour l'adoption de l'égalité des chances. Par contre, si un tel manque existe, l'égalité des chances protège le droit qu'a chaque individu d'être traité comme un égal et évite le mal inévitable qui découlerait de la stricte adhésion au but de réaliser l'égalité des résultats.

4. Allocation des biens et rôle du gouvernement

Jusqu'à présent nous avons discuté des demandes relatives à la distribution égale des biens, ou des chances d'obtenir des emplois rares sans aborder deux questions importantes: qui est responsable de ces distributions? Et, dans quelle mesure peut-il y avoir quelqu'un qui serait responsable de l'allocation de tous les biens que l'on puisse distribuer? Pour pouvoir correctement évaluer les réponses à ces questions, il serait utile de se référer à la distinction de base entre l'agent chargé de l'allocation, le domaine de l'allocation

tion — c'est-à-dire la classe des biens susceptibles d'être distribués — sur lequel l'agent en question exerce un contrôle, et le domaine de compte (*domain of account*) — c'est-à-dire le domaine qui comprend tous les biens qu'un demandeur affirme devoir être distribués également⁵².

L'agent d'allocation peut être l'État, le gouvernement ou l'un de ses organes, un employeur privé qui a des postes à offrir, une université d'État ou privée, etc. Dans le cadre de cette analyse néanmoins, nous nous concentrerons sur le gouvernement comme agent d'allocation, et la question principale que nous aborderons sera celle de la détermination d'un domaine d'allocation légitime pour lequel le gouvernement serait responsable en tant qu'agent d'allocation.

La gamme des domaines d'allocation possibles sur lesquels le gouvernement pourrait agir comme agent d'allocation est fort étendue. Il est concevable, d'une part, que le gouvernement n'ait aucun bien à distribuer, et n'ait d'autre fonction que le maintien des distributions déjà établies par l'intervention d'autres agents d'allocation. D'autre part, il est aussi concevable que le gouvernement soit chargé d'un domaine d'allocation qui contiendrait chaque bien que l'on puisse distribuer ou redistribuer. De plus, le nombre et les genres de biens qu'un gouvernement pourrait distribuer risquent de changer d'une période historique à une autre. Ainsi, par exemple, alors qu'un gouvernement contemporain serait capable de distribuer un vaccin contre la poliomyélite à tous ses citoyens, cela n'était pas possible pour un gouvernement d'il y a plus de quarante ans. Par ailleurs, un gouvernement peut lui-même contribuer à l'élargissement de son domaine d'allocation, comme lorsqu'il finance la mise au point de nouveaux produits, ou bien il peut simplement devenir l'agent d'allocation de biens conçus ou créés par des sources qui se trouvent en dehors du gouvernement.

À moins que les biens contenus dans un domaine de compte soient aussi contenus dans un domaine d'allocation, et à moins que le gouvernement soit l'agent d'allocation de ce domaine, il serait inutile de faire une demande au gouvernement pour la distribution égale des biens qui font partie du domaine de compte. Du point de vue normatif, le problème principal concerne la découverte d'un domaine d'allocation permettant au gouvernement de s'acquitter de

52. Cette distinction entre le domaine d'allocation et le domaine de compte est basée sur celle qui a été énoncée par Douglas Rae. Voir D. Rae, *supra*, note 5, pp. 48-49.

sa fonction légitime, en conformité avec les exigences du postulat de l'égalité. En termes généraux, la solution de ce problème dépend de la construction d'un domaine d'allocation capable de porter au maximum les chances qu'a chaque individu de réaliser son plan de vie, sans empiéter sur le droit de chaque autre individu à l'égalité de respect et à l'égalité d'autonomie⁵³. Les limites précises de ce domaine d'allocation dépendent, cependant, du potentiel social, économique, scientifique et technique des groupes actuels occupant une place particulière dans l'histoire, et par conséquent elles risquent de changer d'une époque à une autre, et d'un endroit à un autre.

En considérant les domaines d'allocation que le gouvernement pourrait légitimement contrôler, il conviendrait de tenir compte de la distinction entre les droits à l'égalité négative et les droits à l'égalité positive⁵⁴. Les premiers sont les droits de chaque individu à la non-intervention et à la non-ingérence des autres dans sa propre zone d'autonomie. Ces droits vont de pair avec l'obligation qu'a chacun de s'abstenir d'intervenir dans la zone d'autonomie d'autrui. En d'autres termes, selon un régime de droits à l'égalité négative, chaque individu a un droit égal à jouir de sa propre zone d'autonomie, que tous les autres ont l'obligation de s'abstenir de pénétrer. Par ailleurs, le rôle du gouvernement, en tant qu'agent d'allocation, dans le cadre d'une société où les droits négatifs prédominent risque d'être fort limité. Au fond, il semble être limité à la distribution des biens — tels que la protection par la police, l'exécution des contrats, et les services de juges désintéressés pour présider sur des procès équitables — qui sont nécessaires pour la préservation égale de la zone d'autonomie de chaque individu. En outre, dans le contexte d'une société fondée sur la protection des droits négatifs, le domaine d'allocation contrôlé par le gouvernement serait si restreint qu'il ne pourrait garantir qu'une égalité des chances formelle. En effet, en pareilles circonstances, la zone d'autonomie de chaque individu devrait être protégée pour que chacun puisse jouir de la même liberté — c'est-à-dire, de la même absence d'ingérence de la part des autres — d'exploiter ses propres aptitudes.

53. Cet énoncé est conforme aux deux principes de la justice de Rawls. Voir J. Rawls, *supra*, note 29, pp. 60-77.

54. Pour une discussion de la distinction entre les droits positifs et les droits négatifs, voir Rosenfeld, *Between Rights and Consequences: A Philosophical Inquiry into the Foundations of Legal Ethics in the Changing World of Securities Regulation*, 49 GEO. WASH. L. REV. 462, 481-83 (1981).

Le modèle socio-politique fondé principalement sur le respect des droits négatifs est celui qui s'accorde le mieux avec la conception de l'état légitime comme étant le plus limité possible, que l'on associe avec la philosophie politique libérale classique à partir de Locke⁵⁵. Mais il existe, d'autre part, un modèle différent qui dépend en grande mesure de la distribution des droits positifs, et qui est généralement associé avec l'état social (*welfare state*)⁵⁶. Un droit positif est un droit d'obtenir quelque chose de quelqu'un, et il implique donc l'obligation positive de fournir une chose à celui qui y a droit. Ainsi, par exemple, le droit positif qu'aurait chaque citoyen de recevoir un minimum vital impliquerait pour l'État l'obligation positive de fournir ce minimum à chaque citoyen. Pour pouvoir honorer ses obligations positives, en outre, l'État serait probablement contraint d'imposer des obligations positives à ses citoyens. Ainsi, pour obtenir le revenu nécessaire pour garantir à chacun un minimum vital, il est fort probable que l'État devrait imposer à ses citoyens l'obligation positive de payer des impôts. En fin de compte, pour déterminer si un mode d'organisation socio-politique donné qui est fondé dans une large mesure sur la cession de droits positifs est conforme au postulat de l'égalité, il faut évaluer l'effet cumulatif de l'exercice des droits positifs et de l'exécution des obligations positives qui leur sont corrélatives. En tout état de cause, un ordre fondé sur des droits positifs est mieux équipé qu'un autre fondé sur des droits négatifs, pour promouvoir une égalité des chances équitable et l'égalité des résultats.

Si l'État viole (ou approuve les violations de) certains droits négatifs, et ainsi prive les individus dont les droits ont été violés, de l'égalité des chances formelle, il peut exister un remède très simple, à savoir l'élimination ou la correction de la violation. Par exemple, si un membre d'une minorité raciale est empêché de suivre une vocation professionnelle pour laquelle il est sans doute qualifié, à cause d'une loi discriminatoire à l'encontre de la minorité raciale dont il est membre, il est possible que la simple abrogation de cette loi raciste suffise pour remettre cet individu victime d'une discrimination fondée sur sa race, sur le même plan que les

55. Robert Nozick, l'exposant contemporain principal du libéralisme fondé sur Locke, a déclaré que «The minimal state is the most extensive state that can be justified». R. Nozick, *supra*, note 29, p. 149.

56. Cf. M. Walzer, *supra*, note 26, p. 74 («The arguments for a minimal state have never recommended themselves to any significant portion of mankind ... The political community grows by invasion as previously excluded groups, one after another ... demand their share of security and welfare»).

individus qui sont des membres d'autres races. En outre, puisque l'abrogation d'une loi ne risque pas de coûter grand chose ou de contraindre l'État à élargir son domaine d'allocation, l'égalité des chances formelle peut être rétablie sans altérer l'équilibre entre les droits et les obligations. Une question bien plus difficile se pose, cependant, lorsque la simple révocation d'une loi ne suffit pas pour rétablir le *status quo ante*, ou, en d'autres termes, lorsque la suppression de l'égalité de protection formelle pendant une période relativement prolongée est telle que son rétablissement est insuffisant pour satisfaire les exigences du postulat de l'égalité.

Une question encore beaucoup plus complexe se pose lorsqu'un État a systématiquement privé certains individus du droit à l'égalité des chances équitable ou du droit à l'égalité des résultats dans un contexte socio-politique où il y a une prédominance des droits positifs⁵⁷. En pareil cas, le rétablissement des droits injustement supprimés exigerait ou bien que l'État élargisse son domaine d'allocation, ou bien qu'il effectue un changement dans l'ordre de distribution des biens qui se trouvent déjà sous son contrôle. Dans l'un et l'autre cas, la configuration totale des droits et des obligations risque d'être sensiblement modifiée, avec de nouvelles obligations positives qui devraient vraisemblablement être imposées à certains individus n'ayant rien eu à faire avec les violations de droits qui sont à l'origine de ces changements⁵⁸. En outre, il est difficile de déterminer si le postulat de l'égalité justifie l'imposition de ces nouvelles obligations. Pour faciliter la tâche, cependant, il est d'abord nécessaire d'examiner de plus près le rapport entre la justice distributive et la justice compensatrice.

57. Comme exemple d'une telle privation de droits à l'égalité des chances, on pourrait citer le cas d'une université d'état — opérant dans le cadre d'une loi qui exigerait une égalité des chances pour tous les candidats qui se présentent au concours d'admission — qui refuserait systématiquement de considérer les candidatures des membres d'une minorité raciale. D'autre part, comme exemple d'une telle privation de droits à l'égalité des résultats, on pourrait citer le cas d'un état qui garantirait à tous ses citoyens un droit positif de recevoir un paiement annuel d'une somme de 1 000 \$, mais qui refuserait de faire un tel paiement aux membres d'une minorité raciale.

58. Par exemple, si l'état décide de compenser certaines victimes qui furent lésées en conséquence de ses propres actions, il est possible qu'il ait besoin d'obtenir plus de revenu et qu'il soit donc forcé d'élever les taux d'impôts pour tous ses citoyens.

5. La justice distributive, la justice compensatrice et la justice de procédure

La justice distributive et la justice compensatrice constituent deux aspects complémentaires de la justice⁵⁹. En théorie, les deux concepts sont nettement distincts: la justice distributive comprend la division équitable et la distribution d'un domaine d'allocation⁶⁰; la justice compensatrice, pour sa part, comprend un échange volontaire ou involontaire d'équivalents qui a pour objet de rétablir l'équilibre entre deux agents qui se sont engagés (volontairement ou involontairement) dans une même transaction⁶¹. En pratique, cependant, le sujet de la justice distributive semble inextricablement lié à celui de la justice compensatrice, soit dans un rapport complémentaire, soit dans un rapport de contradiction mutuelle.

Comme paradigme d'un rapport complémentaire entre la justice distributive et la justice compensatrice, on peut citer l'exemple d'un contexte socio-politique où la notion de contrat fournit l'étalon de justice pour les distributions aussi bien que pour les compensations⁶². Dans ce contexte, le marché économique est agent d'allocation, alors que le domaine d'allocation comprend la classe des biens qui peuvent être distribués au moyen d'échanges contractuels. La notion de contrat fait en outre fonction de norme légitime de distribution satisfaisant les exigences du postulat de l'égalité, car les échanges contractuels semblent conduire à l'allocation des biens la plus efficace, tout en garantissant la meilleure protection possible de l'autonomie de l'individu. D'autre part, la notion de contrat joue aussi le rôle de norme légitime de compensation, dans la mesure où la valeur des biens échangés dans le cadre d'un contrat semble être purement subjective. Ainsi, pour déterminer les équivalences entre les biens échangés en vertu d'un contrat, il faut établir ce que l'une des parties avait accepté d'accorder à l'autre en contrepartie de ce que la première partie espérait recevoir de la seconde. Et en cas de rupture du contrat, la mesure légitime de compensation serait donc la valeur subjective que la partie lésée avait accordé

59. La distinction entre la justice distributive et la justice compensatrice a son origine dans l'oeuvre d'Aristote. Voir Aristote, L'ÉTHIQUE DE NICHOMACHE, Livre V.

60. «Distribution» est utilisé ici dans le sens du processus de distribution ainsi que dans celui du *produit* d'une distribution. Voir J. Feinberg, SOCIAL PHILOSOPHY 107-08 (1973).

61. Voir N. Rescher, *supra*, note 46, pp. 5-6.

62. Voir Rosenfeld, *supra*, note 14, pp. 782-84.

lors de la formation du contrat à l'exécution contractuelle de la partie responsable pour la rupture. Dans ces circonstances, de faire respecter les obligations contractuelles servirait et à effectuer les desseins de la justice compensatrice et à contribuer à la réalisation des desseins de la justice distributive⁶³.

Comme exemple d'un rapport contradictoire entre la justice distributive et la justice compensatrice, on peut citer, par contre, le cas où la justice distributive exigerait l'égalité des chances quant à la distribution de l'emploi. En pareil cas, le postulat de l'égalité exigerait que les emplois soient distribués à ceux qui sont les plus qualifiés pour en remplir les fonctions, et que chaque candidat reçoive une chance égale de démontrer ses qualifications pour le poste qu'il postule. Par ailleurs, la justification de distribuer ces postes aux mieux qualifiés est fondée sur l'acceptation d'une telle distribution comme menant à une plus grande efficacité dans la production et la distribution des biens, et par là éventuellement à l'amélioration du sort de chaque membre de la société.

Le domaine d'allocation pertinent est l'ensemble de tous les postes susceptibles d'être distribués, alors que les agents d'allocation sont tous ceux qui ont des postes à offrir, chacun d'entre eux exerçant un contrôle sur une partie du domaine d'allocation. Supposons, par exemple, qu'un individu *A* qui avait fait la concurrence pour un poste *P* était à un moment *M* le plus qualifié pour remplir les fonctions du poste, mais que *P* a néanmoins été offert à un autre individu *B*, en conséquence d'une infraction du droit de *A* à l'égalité des chances. Dans un monde idéal, la compensation parfaite pour cette infraction serait de faire marche arrière dans le temps et de retourner au moment *M* pour donner *P* à *A*, comme étant celui qui méritait le plus d'obtenir *P* au temps *M*. Puisque cela est, cependant, impossible, le mieux qu'on puisse faire pour mettre *A* dans une position aussi proche que possible de celle qu'il aurait eue s'il avait reçu *P* à *M*, ce serait de forcer l'agent d'allocation, coupable d'avoir causé du tort à *A*, d'engager *A* au moment *M*₁ pour un poste *P*₁ qui ressemble autant que possible au poste *P*. S'il se trouvait que *A* était la personne la mieux qualifiée pour le poste *P*₁ à *M*₁, cette solution serait capable de satisfaire d'un même coup les exigences de la justice compensatrice ainsi que celles de la justice distributive. S'il se trouvait, par contre, que *A* n'était pas la personne la mieux qualifiée pour le poste *P*₁ à *M*₁, cette solution serait en mesure de satisfaire les exigences de la justice compensa-

63. *Id.*

trice mais seulement au prix de violer les principes de la justice distributive.

Il est non seulement possible qu'il y ait une contradiction entre les buts de la justice compensatrice et ceux de la justice distributive, mais l'adoption d'un nouveau principe de la justice distributive risque de provoquer un conflit entre les droits qui découlent de l'ancien principe et ceux qui découlent du nouveau. Ce genre de conflit se manifeste dans le «paradoxe du réformateur», selon lequel étant donné une distribution initiale imparfaite (vue de la perspective du nouveau principe de la justice distributive), toute redistribution pour atteindre une distribution plus équitable doit nécessairement se heurter à des droits déjà établis sous l'ancien principe, et qui doivent être reconnus comme étant légitimes⁶⁴. Par conséquent, si l'adhésion au postulat de l'égalité dans le contexte de changements sociaux et historiques significatifs rend nécessaire l'adoption d'un nouveau principe de la justice distributive, l'une des plus grandes difficultés sera vraisemblablement d'établir un équilibre entre les droits futurs qui découleront du nouveau principe et les droits qui ont déjà été établis à partir de l'ancien principe.

Lorsque le besoin de compensation découle d'une transgression d'une norme distributive qui continue à être en vigueur, il existe une solution au dilemme posé par la contradiction mutuelle entre les buts distributifs et les buts compensatoires. Cette solution, proposée par Goldman, consiste à accorder une priorité à la compensation des infractions au principe de la justice distributive même si cela force la suspension provisoire de l'application des préceptes du principe de la justice distributive⁶⁵. Ainsi, par exemple, l'infraction des droits à l'égalité des chances quant à la distribution des emplois pourrait être compensée au moyen d'une distribution aux victimes d'emplois disponibles dans le futur, même si cela menait à la suspension provisoire des droits à l'égalité des chances de ceux qui n'ont pas été des victimes. Selon Goldman, en outre, cette solution est justifiée car à moins que l'on accorde la priorité aux droits de compensation, ceux qui sont préparés à commettre des infractions contre les principes légitimes de la distribution seraient en mesure de frustrer les desseins de la justice distributive avec impunité⁶⁶. Pour éviter cela, et pour protéger la probité du prin-

64. Voir N. Rescher, *supra*, note 46, p. 121.

65. A. Goldman, *supra*, note 1, pp. 65-66.

66. *Id.*

cipe de distribution qui a été violé, il est donc fort probable que l'on doive, paradoxalement, refuser d'agir strictement selon le principe de la justice distributive pendant le temps nécessaire pour compléter le processus de compensation.

Le dilemme posé par le conflit créé par l'application successive de différents principes de justice distributive est plus difficile à résoudre. Dans ce dernier cas, il n'y a pas de transgression contre un principe de la justice, mais seulement un changement de principes correspondant à des bouleversements d'ordre significatif dans les conditions sociales et historiques. Les demandes conformes à l'ancien principe étaient sans doute justifiées lorsqu'elles furent faites, et il est vraisemblable que rien qui soit sous le contrôle des demandeurs n'aie changé depuis le temps de la demande (ou de la distribution faite en conséquence de ces demandes). Toute privation future d'une distribution qui fut justement reçue aurait comme conséquence de promouvoir l'instabilité et de miner le respect pour les principes établis de la justice. D'autre part, cependant, si le partage des biens qui résulte des distributions faites selon l'ancien principe de la justice distributive est devenu si immuable que le nouveau principe ne peut pas être effectivement mis en opération, on pourrait soutenir qu'il serait nécessaire d'invalider certaines distributions faites sous l'ancien principe afin de poursuivre les objectifs distributifs établis par le nouveau principe. En somme, les conflits entre divers principes de la justice distributive ne peuvent pas être résolus dans l'abstrait; dans chaque contexte particulier, les alternatives devront être mesurées, afin d'arriver à un équilibre adéquat entre la stabilité sociale et politique et le besoin de réforme.

Au-delà des possibles conflits entre la justice distributive et la justice compensatrice, cette dernière pourrait bien apparaître, du moins à première vue, comme étant d'une application relativement simple. En effet, le but de la justice compensatrice est simplement d'établir un équilibre entre deux agents qui se sont engagés volontairement ou involontairement l'un et l'autre dans une même transaction qui a lieu à travers une certaine période de temps. Vue de plus près, cependant, une fois que l'on s'éloigne de certains cas paradigmatiques, les limites de la justice compensatrice tendent à devenir brouillées, et la notion de compensation elle-même semble se perdre dans celle de distribution.

Dans les meilleures des conditions, la compensation est un processus qui aboutit à une somme nulle (*zero-sum process*). Le paradigme de la justice compensatrice est le contrat, et en particu-

lier le contrat entre deux personnes pour un simple échange de biens⁶⁷. Pour qu'un tel contrat soit juste, il faut qu'il y ait une équivalence entre les biens fournis et les biens reçus par chaque contractant. En outre, au cas d'une rupture d'un contrat après l'exécution des obligations contractuelles de l'un des contractants, la justice compensatrice requiert que le contractant responsable de la rupture dédommage le contractant innocent d'une somme équivalente à la valeur du bénéfice reçu par le contractant responsable de la rupture.

Le modèle de compensation applicable dans le cas d'un contrat est aussi valable pour les cas de détournement de la propriété d'un autre. Dans ce dernier cas le gain du coupable est équivalent à la perte de la victime, et la justice compensatrice exige que la partie coupable dédommage sa victime d'une somme qui est équivalente à la somme détournée. Ainsi, d'un seul coup, la compensation élimine et le gain illicite et la perte qui n'a pas été méritée. Il n'en est néanmoins pas ainsi pour tous les cas où l'application du principe de compensation pourrait être considéré comme étant juste, et il existe plusieurs situations où la compensation n'aboutit pas à une somme nulle⁶⁸. Par exemple, une victime pourrait souffrir une perte en conséquence de la négligence d'un autre, et par là acquérir un droit d'être dédommagé de sa perte. Du point de vue de la victime, la valeur reçue en compensation devrait être autant que possible équivalente à la valeur de ce qui a été perdue. Le délinquant qui est obligé de dédommager la victime, d'autre part, souvent ne dérive aucun bénéfice — ou du moins ne dérive pas de bénéfice proportionné à la perte de la victime — de son acte négligent⁶⁹. Du point de vue du délinquant, donc, l'obligation de dédommager la victime risque le plus souvent d'aboutir à une perte nette.

Le fait d'obliger un délinquant négligent à dédommager sa victime, et ainsi d'absorber une perte nette, peut être justifié à partir de la responsabilité morale du délinquant pour son acte négligent⁷⁰. Mais cela ne justifie pas nécessairement les inégalités qui

67. Voir Rosenfeld, *supra*, note 14, pp. 847-47.

68. Voir Coleman, *Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits II*, 2, LAW & PHIL. 3, 10 (1983).

69. Voir *id.* («If a negligent motorist causes another harm, he normally secures no *additional* gain in virtue of his doing so»).

70. Mais voir *id.*, p. 11 (La justice compensatrice ne justifie pas d'elle-même que l'on impose à un délinquant négligent qui ne tire aucun bénéfice de son acte une obligation de compenser sa victime).

seraient forcément produites du fait de placer sur chaque délinquant la responsabilité de dédommager les pertes actuelles de sa victime. En effet, deux délinquants responsables d'avoir agi de la même manière négligente pourraient l'un causer une perte très légère, alors que l'autre pourrait, par contre, en causer une qui serait particulièrement lourde. Puisque l'objet de la justice compensatrice, dans le cadre de la loi des torts, est de dédommager toutes les victimes innocentes de leurs pertes actuelles⁷¹, bien que la responsabilité morale des deux délinquants soit identique, le deuxième sera chargé de dédommager sa victime d'une somme beaucoup plus élevée que le premier. Étant donné cette différence, on pourrait soutenir que bien qu'il puisse sembler équitable d'obliger les délinquants à dédommager leurs victimes, il ne peut pas y avoir de justification à exiger que la mesure de compensation soit proportionnée à la perte actuelle de la victime⁷². D'autre part, on pourrait aussi bien soutenir que quoiqu'une compensation calculée en fonction des pertes actuelles des victimes ne produise pas l'égalité entre les délinquants, elle établit toutefois un genre d'égalité — dans le sens d'un équilibre — entre chaque délinquant qui est moralement responsable pour les pertes causées par ses actes négligents et sa victime innocente.

Dans des cas de responsabilité sans faute (*strict liability*), le lien entre la perte de la victime et la compensation que la partie qui est rendue légalement responsable est obligée d'assumer semble encore plus faible. Dans de pareils cas, il ne semble pas être question de responsabilité morale pour la perte, mais seulement du transfert de la charge d'assumer certaines pertes⁷³. Il est vrai qu'un tel transfert peut être soutenu dans la mesure où il établit un équilibre entre une somme de bénéfices et une somme de pertes. Ainsi, le fabricant d'un produit consommé par la masse, sur lequel la loi place une responsabilité sans faute pour tous les torts causés par son produit, pourrait apparaître comme étant injustement traité, si l'on considère qu'une transaction sur laquelle le fabricant a fait un bénéfice de quelques centimes peut mener à une obligation de dédommager un consommateur d'une somme de plusieurs milliers de dollars. Mais si, par contre, l'on considère la somme totale de

71. Cf. *id.*, p. 14 (La justice compensatrice requiert que l'on efface la perte d'une victime d'un tort).

72. Cf. *id.*, (La justice compensatrice ne rend pas le délinquant négligent responsable d'absorber la perte de la victime).

73. Voir *id.*, p. 29: «Strict liability cases often involve a decision regarding who shall bear a loss when neither the victim nor the injurer is at fault».

ventes faites par le fabricant et le nombre total de torts qui sont causés par l'utilisation de ses produits, il est fort probable que le fabricant retire un bénéfice net substantiel de la vente de ses produits même après avoir déchargé toutes ses obligations de dédommagement qui découlent de sa responsabilité sans faute. Vue de cette perspective d'ensemble, la responsabilité sans faute peut paraître équitable, mais elle ne ressemble presque plus du tout au paradigme de compensation⁷⁴. En effet, elle paraît surtout comme un moyen de distribuer équitablement les pertes causées par des accidents, plutôt que comme moyen de compensation. En outre, dans la mesure où le fabricant réussit à défrayer le prix de l'assurance publique qu'il doit assumer pour garantir ses obligations de responsabilité sans faute en le mettant au compte des consommateurs de ses produits, il met en marche tout un plan de distribution. Selon ce plan, tous ceux qui tirent un bénéfice de la fabrication et de la consommation des produits du fabricant reçoivent leur portion distributive des pertes imputables à l'entreprise du fabricant. En somme, c'est la justice distributive, et non la justice compensatrice, qui justifie la distribution proportionnelle des pertes — qui semblent être la conséquence inévitable d'une activité utile — entre tous ceux qui dérivent un bénéfice de l'activité qui en est la cause, au lieu de permettre que la victime choisie par le hasard absorbe des pertes catastrophiques auxquelles elle ne pouvait pas s'attendre⁷⁵. Ainsi, le mouvement qui va de la responsabilité fondée sur la faute à la responsabilité sans faute et absolue semble aller de pair avec un déplacement de la justification permettant d'imposer la responsabilité distributive. Ou, peut-être plus précisément, cette justification reste dans le domaine de la compensation en ce qui concerne la victime, mais passe à celui de la distribution en ce qui concerne tous les autres.

Même s'il y avait un accord unanime sur des principes légitimes de la justice distributive et de la justice compensatrice, il serait toujours possible de ne pas pouvoir atteindre des résultats justes à moins de posséder des procédures adéquates. S'il existe des procédures qui garantissent la réalisation des buts définis par les principes pertinents de la justice distributive et de la justice compensatrice, il y a, selon Rawls, une «justice de procédure par-

74. Voir *id.*, p. 12 (L'imposition d'une responsabilité sans faute peut être justifiée pour des raisons d'efficacité ou de distribution mais non pour des raisons de compensation).

75. Voir *id.*, p. 29.

faite»⁷⁶. S'il existe seulement des procédures qui rendent la réalisation de ces buts plus probable sans pouvoir nécessairement l'assurer, d'autre part, il y a une «justice de procédure imparfaite»⁷⁷. Finalement, s'il n'existe pas de critère indépendant de la justice à partir duquel on puisse déterminer la justice des résultats, mais qu'il existe une procédure qui, pourvue qu'elle soit appliquée équitablement, mène à des résultats justes, il y a une «justice de procédure pure»⁷⁸.

6. Égalité, identité, différence et infériorité

Au cours de la discussion précédente nous avons analysé un nombre de questions qui doivent être adressées au cours d'une tentative d'établir un rapport précis entre le postulat de l'égalité et l'ensemble complexe d'égalités et d'inégalités qui se définissent mutuellement. Bien que nous ayons progressé au delà de la pure abstraction du principe de la justice formelle, nous n'avons pas encore pu déterminer quelles sont les égalités et les inégalités particulières qui seraient compatibles avec le postulat de l'égalité dans un contexte socio-politique donné. Cette tâche complètera l'exposé du cadre théorique, mais pour mieux pouvoir l'évaluer, il est nécessaire d'abord d'examiner de plus près le postulat de l'égalité lui-même.

Comme nous l'avons déjà signalé, le postulat de l'égalité requiert que l'on ne tienne pas compte de certaines différences entre individus conformément à la proposition normative selon laquelle les individus sont égaux les uns aux autres en tant qu'individus. Pour être en mesure de saisir toutes les implications qui découlent de cette proposition normative, il faut la placer dans le contexte de la tendance naturelle à traiter ceux qui sont différents comme s'ils étaient inférieurs⁷⁹. Si l'on tient compte de cette tendance, l'interdiction morale contre l'utilisation de certaines différences peut être interprétée comme une proscription contre l'invocation de différences entre individus pour stigmatiser certains d'entre eux d'être inférieurs.

76. J. Rawls, *supra*, note 29, p. 85.

77. *Id.*

78. *Id.*, p. 86.

79. Voir T. Todorov, *supra*, note 38, p. 152.

De même qu'il y a une tendance à associer la différence avec l'inégalité, il y a aussi une tendance correspondante à associer l'identité à l'égalité⁸⁰. Le lien entre l'égalité et l'identité n'est dans un certain sens que le corollaire du lien entre la différence et l'inégalité⁸¹. Prétendre que ceux qui sont différents sont aussi inégaux ou inférieurs est l'équivalent de prétendre que l'égalité est réservée à ceux qui sont identiques. Par conséquent, il existe un moyen de circonvenir l'esprit sinon la lettre d'une interdiction de la prise en considération de certaines différences, qui consiste à imposer ses propres valeurs aux autres dans l'espoir de les rendre identiques à soi. En d'autres termes, au cas où il ne serait pas permis de discriminer à l'encontre d'autres du fait qu'ils sont différents, mais où l'on refuserait toutefois d'accepter leurs différences, il semblerait logique d'essayer d'éliminer ou de refouler ces différences en forçant ces autres à devenir identiques à soi⁸². Ainsi, par exemple, dans une société bilingue, une interdiction du traitement des membres de la minorité linguistique en tant qu'inférieurs ne suffirait certainement pas à garantir l'égalité d'autonomie du groupe minoritaire, si en même temps, tous les membres de la société étaient également forcés d'être éduqués et de mener toutes leurs affaires dans la langue dominante.

Compte tenu des observations précédentes, on devrait interpréter le postulat de l'égalité comme interdisant l'exploitation des différences entre les individus pour légitimer des rapports de subordination ou de domination. De même, on devrait aussi l'interpréter comme permettant l'égalisation et le traitement identique seulement dans la mesure où ils ne sont pas mis au service d'un plan de suppression des différences authentiques pour imposer certaines valeurs comme des valeurs dominantes. L'idéal, donc, serait de trouver une égalité qui respecte toutes les différences authentiques sans en exploiter aucune⁸³.

Dans la mesure où le postulat de l'égalité est applicable dans des contextes socio-politiques où des formes limitées de subordination doivent être tolérées pour le bien commun, il est important de distinguer les différences qui offrent une base légitime pour définir des rapports limités de subordination d'autres différences qui ne

80. *Id.*

81. Ces liens sont logiquement mais non pas phénoménologiquement équivalents. Voir *supra*, note 38.

82. Voir *supra*, note 38.

83. Voir T. Todorov, *supra*, note 38, p. 253.

justifient pas de tels rapports. Réciproquement, il est aussi important de ne pas étendre l'interdiction d'utiliser une différence pour légitimer un rapport de subordination à d'autres contextes, où la prise en considération d'une telle différence aurait tendance à mettre en valeur le respect mutuel. Ainsi, par exemple, il serait justifié d'ignorer les différences de religion dans le contexte de la distribution des postes les plus convoités dans une hiérarchie professionnelle. D'autre part, cependant, le refus de reconnaître les différences de religion dans le contexte de certains rapports sociaux ou culturels pourrait bien priver ceux qui n'appartiennent pas à la religion de la majorité du droit qu'ils ont à l'égalité de respect.

Pour mieux pouvoir distinguer les différences qui devraient être prises en considération de celles qui ne le devraient pas, il est utile de diviser l'univers en diverses sphères de justice, selon la suggestion de Walzer⁸⁴. Ainsi, dans la sphère de justice qui comprend le domaine de l'allocation des emplois, les différences de race ou de religion ne devraient généralement pas compter. Dans la sphère de justice qui comprend les manifestations et les échanges culturels, par contre, les différences de race, d'origine nationale et de religion devraient être considérées dans la mesure où elles peuvent contribuer à établir l'égalité dans la pluralité et la diversité.

Dans le cadre d'une sphère de justice où une différence particulière n'a pas de signification morale, l'idéal au sujet de cette différence devrait être un idéal d'assimilation⁸⁵ — c'est-à-dire, de traiter cette différence comme si elle n'existait pas. Dans une telle sphère, l'idéal d'assimilation exigerait que l'on impose une présomption contre l'utilisation d'une telle différence pour déterminer le mode d'allocation des biens appartenant à cette sphère. Cette présomption pourrait être réfutée, cependant, par un argument capable de démontrer que la différence en question est significative dans le cas donné, et qu'un traitement inégal fondé sur cette différence n'aboutirait pas au traitement de certains membres de la société en tant qu'inférieurs. Réciproquement, dans le cadre d'une sphère de justice où le fait de ne tenir aucunement compte d'une différence particulière mènerait à une infraction du droit à l'égalité de respect, l'idéal au sujet d'une telle différence devrait être un idéal de différenciation — c'est-à-dire, de traiter des personnes différemment selon qu'elles possèdent ou non les attributs qui mar-

84. M. Walzer, *supra*, note 26, p. 10.

85. Voir généralement Wasserstrom, *Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics*, 24 U.C.L.A. L. REV. 581 (1977).

quent la différence en question. Dans une sphère de justice où l'idéal de différenciation est justifié, on devrait établir une présomption permettant une telle différence pour déterminer le mode d'allocation des biens appartenant à cette sphère. Pour réfuter cette présomption on devrait donc démontrer que si l'on tenait compte de cette différence, l'on aboutirait à un traitement de certains membres de la société en tant qu'inférieurs. En somme, en déterminant pour chaque différence les sphères qui devraient être des sphères d'assimilation, et celles qui devraient être des sphères de différenciation, il serait possible de distinguer les différences qui devraient compter de celles qui ne le devraient pas aussi bien que de savoir quand une différence donnée devrait compter et quand elle ne le devrait pas. Si l'on pouvait exécuter ce processus avec succès, le besoin de subordination serait réduit au minimum nécessaire pour préserver le bien commun, et l'égalité réussirait à encourager plutôt qu'à frustrer la diversité⁸⁶.

Nous avons tenté de démontrer que le postulat de l'égalité requiert l'adhésion à un genre d'égalité qui tolère les différences, et le traitement des différences de sorte qu'elles ne puissent pas dégénérer en un symbole d'infériorité; et que la légitimité de l'adoption d'un idéal d'assimilation ou de différenciation dépend de la différence particulière et de la sphère de justice particulière dont il s'agit. Il est maintenant temps de déterminer s'il y a moyen de découvrir les égalités et les inégalités particulières qui sont compatibles avec le postulat de l'égalité et avec une conception de l'égalité qui permette de respecter toutes les différences authentiques.

7. La justice en tant que réversibilité et l'égalité en tant que différenciation

Un processus idéal permettrait l'intégration de toutes les perspectives individuelles sans sacrifier les différenciations entre elles. Un tel processus serait capable de coordonner tous les points de vue individuels sans brouiller les différences qui garantissent à chacun son individualité. Deux critères de la justice, le critère utilitaire et le critère contractaire (*contractarian*), qui sont compatibles avec le postulat de l'égalité, pourraient sembler en mesure de fournir les

86. Cf. M. Walzer, *supra*, note 26, p. 18 («Equality is a complex relation of persons, mediated by the goals we make, share, and divide among ourselves; it is not an identity of possessions. It requires then, a diversity of distributive criteria that mirrors the diversity of social goods»).

moyens nécessaires pour arriver à une synthèse entre l'intégration et la différenciation. Vus de plus près, cependant, il devient évident que ces deux critères ne sont pas à la hauteur de la tâche.

Selon le critère utilitaire, chaque individu compte pour un et aucun individu ne compte pour plus d'un⁸⁷. De plus, les préférences de chaque individu sont ajoutées les unes aux autres — sans considérer l'identité du sujet d'une telle préférence⁸⁸ — en vue d'obtenir la somme nette de toutes les préférences — c'est-à-dire la somme nette obtenue par l'addition de tous les plaisirs et de tous les déplaisirs qui seraient produits par la satisfaction d'une préférence formulée à partir des besoins ou des désirs issus de plans de vie particuliers. Le critère utilitaire de la justice sanctionne comme juste toute distribution de biens qui puisse satisfaire la somme nette des préférences. Il envisage le désir d'intégration en considérant chaque individu comme étant capable d'avoir des préférences, et il rend compte des exigences de la différenciation, en mesurant toutes les préférences pertinentes au cours de son calcul de la somme nette des préférences. Le critère utilitaire n'aboutit pas à une synthèse, cependant, car il définit une égalité purement formelle⁸⁹ et produit un degré de différenciation qui demeure insuffisant⁹⁰. Ainsi, par exemple, si le degré d'intensité de la préférence d'une personne nécessiteuse pour une nourriture suffisante ou pour un logis décent n'est pas plus forte que celle d'un millionnaire pour un luxe additionnel, le critère utilitaire n'exigerait pas que la satisfaction de la préférence de la première reçoive une priorité sur celle de la deuxième. Bien qu'il soit en mesure de reconnaître ces deux préférences, le critère utilitaire manque de moyens afin de pouvoir décider qu'une préférence pour les nécessités de la vie mérite d'être traitée avec plus d'urgence qu'une préférence également intense pour des luxes⁹¹.

87. L'énoncé classique de la philosophie utilitaire se trouve dans les oeuvres de Jeremy Bentham et celles de John Stuart Mill. Voir, par exemple, J. Bentham, *AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION* (1948); J.S. Mill, *UTILITARIANISM* (Warnock ed., 1962).

88. Voir S. Lukes, *supra*, note 35, p. 48 (la préoccupation principale de l'utilitarisme est «to aggregate experiences of satisfaction or utility, no matter whose experiences they are: thus it is committed to 'atomism' applied to the individual person and need be no 'respector of person' in its computations of utilities or disutilities»).

89. *Id.*

90. Voir J. Rawls, *supra*, note 29, p. 27 («Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons»).

91. Cf. C. Fried, *RIGHT AND WRONG* 33-34 (1978) («Utilitarianism ... in its

Le *contractarianisme* contemporain tel qu'il a été présenté par Rawls semble accorder un plus grand respect que l'utilitarisme à l'autonomie égale de chaque individu⁹². Selon le *contractarianisme* il ne suffit pas de compter les individus, mais il faut aussi obtenir leur consentement avant de pouvoir légitimement s'attendre qu'ils se soumettent à des normes sociales. Pour souligner l'importance d'un accord unanime, Rawls se sert du dispositif du contrat social hypothétique⁹³. Le but de ce dernier, pour Rawls, est d'établir des principes de la justice et une charte sociale soutenus par l'accord unanime de tous les contractants⁹⁴. Chaque contractant apporte sa propre perspective au processus de négociations qui précède la formation du contrat social hypothétique⁹⁵. Le but du processus de négociation est d'arriver à des principes communs (intégration) qui soient conformes à la perspective individuelle de chaque contractant (différentiation)⁹⁶. Le principe opératoire qui mène de la multiplicité des perspectives individuelles à l'adoption de principes communs, en outre, est la norme de réciprocité — c'est-à-dire, la norme selon laquelle chacun reconnaît autrui comme possédant son propre plan de vie⁹⁷. En appliquant la norme de réciprocité, le *contractarianisme* espère découvrir des principes communs capables de promouvoir le respect égal pour chaque individu, et le type de coopération sociale qui pourrait assurer à chaque individu un maximum de chances de poursuivre son propre plan de vie sans empiéter sur la chance des autres de faire de même⁹⁸.

La limitation principale du *contractarianisme* de Rawls découle du fait qu'il n'est pas en mesure de rendre compte de la richesse et de la diversité produites par la différenciation. À l'origine de ce problème se trouve le «voile de l'ignorance» qu'impose Rawls aux contractants hypothétiques placés dans une «position originale» à

uncompromising universality deprives all individual differences, and thus the individual himself of moral significance»).

92. Voir J. Rawls, *supra*, note 29, p. 3.

93. *Id.*, pp. 11-12.

94. *Id.*

95. *Id.*, p. 11.

96. *Id.*

97. *Cf. id.*, p. 33 (une «well ordered society [is] a scheme of cooperation for reciprocal advantage regulated by principles which persons would choose in an initial situation that is fair»).

98. Voir *id.*, p. 94: «Everyone is assured an equal liberty to pursue whatever plan of life he pleases as long as it does not violate what justice demands».

partir de laquelle ils sont censés découvrir des principes communs⁹⁹. À cause de ce voile de l'ignorance, aucun contractant ne connaît son plan de vie ou «sa position dans la société, sa classe sociale, ou son statut, ou bien encore son lot dans l'allocation des talents naturels et des habilités, son intelligence, sa force, et cetera»¹⁰⁰. Par conséquent, les principes communs sont dérivés non pas à partir de la diversité des perspectives qui reflètent la multitude des différences individuelles, mais plutôt à partir de l'identité purement abstraite qui égalise toutes les perspectives individuelles après avoir neutralisé toutes les sources possibles de différences entre les individus.

Pour surmonter les limitations de l'utilitarisme et du *contractarianisme* il est nécessaire de trouver un moyen de coordonner la multiplicité des perspectives individuelles sans compromettre la différenciation qui les distingue l'une de l'autre. Du *contractarianisme* on devrait retenir la notion de la nécessité du consentement de chaque individu; de l'utilitarisme, la nécessité de rendre compte de toutes les différentes préférences individuelles. Un principe susceptible de réaliser ces deux buts simultanément est le principe de la justice en tant que réversibilité énoncé par Kohlberg¹⁰¹.

La notion de réversibilité englobe celle de réciprocité mais elle s'étend au-delà de cette dernière¹⁰². Dans le cadre du discours normatif, la réciprocité consiste à reconnaître les autres en tant qu'égaux parce qu'ils possèdent leur propre perspective individuelle. La réversibilité, d'autre part, consiste non seulement à reconnaître que les autres ont une perspective individuelle, mais aussi à changer de place avec eux afin de prendre conscience de la nature et du contenu de leur perspective, et ainsi de pouvoir ainsi mieux comprendre leurs objectifs. Selon l'énoncé de Kohlberg, la réversibilité est donc «une réciprocité des perspectives»¹⁰³.

Dans le contexte du postulat de l'égalité, on remarque une progression de la non-réciprocité à la réciprocité, et de la réciprocité à la réversibilité. Le paradigme d'un rapport non-réciproque est celui du maître et de l'esclave, dans lequel le maître ne recon-

99. *Id.*, p. 12.

100. *Id.*

101. Voir Kohlberg, *Justice as Reversibility*, dans P. Laslett et J. Fishkin, éds., 5 *PHILOSOPHY, POLITICS AND SOCIETY* 257-272 (1979).

102. Voir *id.*, pp. 265-66. Voir aussi L. Kohlberg, *THE PHILOSOPHY OF MORAL DEVELOPMENT* 201-02 (1981).

103. Kohlberg, *supra*, note 101, p. 266.

naît même pas que l'esclave a droit à sa propre perspective. Le maître ne perçoit l'esclave qu'en tant qu'inégal et qu'inférieur¹⁰⁴. Par contre, un rapport réciproque comporte, ainsi que nous l'avons déjà signalé, une reconnaissance mutuelle entre deux individus, chacun admettant que l'autre a sa propre perspective¹⁰⁵. Dans le cadre d'un rapport réciproque, chaque individu est l'égal de l'autre en tant que possesseur de sa propre perspective. Mais au sein d'un rapport qui est purement réciproque, ma conscience du contenu de la perspective d'autrui est limitée par ma propre perspective. Ainsi, bien que je reconnaisse l'égalité d'autrui en tant que possesseur d'une autre perspective, je ne peux rendre compte des manifestations issues de sa perspective qu'à partir de ma propre perspective, de telle sorte que j'impose la marque de mes propres valeurs à toutes les expressions d'autrui. Par conséquent, la réciprocité pure peut produire l'égalité de l'identité mais est du reste incapable de soutenir la plus riche égalité qui rend compte des différences. Pour atteindre cette dernière, il faut avoir recours à une réciprocité des perspectives qui me permette de traiter le contenu de la perspective d'autrui comme je traiterais le contenu de ma propre perspective; c'est-à-dire, qu'il faut que je sois en mesure de changer de perspective avec lui. En somme, seule la réversibilité des perspectives semble permettre l'atteinte du genre d'égalité qui est suffisamment riche pour pouvoir rendre compte de toutes les différences significatives¹⁰⁶.

La justice en tant que réversibilité exige que les conflits intersubjectifs soient résolus au moyen de la soumission de toutes les revendications aux perspectives respectives de chaque individu engagé dans le conflit dont il est question, jusqu'au moment où seulement les revendications réversibles — c'est-à-dire, celles qui peuvent être justifiées du point de vue de chacune de ces perspectives — soient capables de survivre¹⁰⁷. Comme le critère de justice de l'utilitarisme, la justice en tant que réversibilité compte chaque individu pour un et personne pour plus d'un, mais à la différence de l'utilitarisme, elle ne sépare pas les préférences individuelles de leurs sujets et elle n'abandonne pas l'individu après l'avoir compté.

104. Voir *supra*, note 38.

105. Voir *supra*, p. 38.

106. Le mouvement vers la réversibilité est marqué par une progression simultanée vers un degré plus haut de différenciation et d'intégration. L. Kohlberg, *supra*, note 102, p. 219.

107. Kohlberg, *supra*, note 101, p. 262.

D'autre part, comme le critère de justice du *contractarianisme*, la justice en tant que réversibilité est fondée sur un consentement mutuel (hypothétique), mais à la différence du *contractarianisme*, elle ne dépend pas de l'élimination de la plupart des différences individuelles afin de pouvoir mener à un accord unanime¹⁰⁸.

L'application systématique du critère de la justice en tant que réversibilité permet de distinguer trois types de situations différentes où il est question de faire face à des revendications contradictoires. Le premier type de situation a lieu lorsque l'on a affaire à certaines revendications fondamentales, dont le refus semblerait violer le postulat de l'égalité. Un exemple d'une situation de ce type serait un cas où l'une des revendications contradictoires serait fondée sur l'affirmation d'un droit moral à ne pas être traité comme un esclave. Étant donné que le simple refus de reconnaître ce droit moral suffirait pour causer une violation du postulat de l'égalité, cette revendication devrait avoir droit à une priorité sur toutes les revendications contradictoires. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de comprendre la perspective particulière de celui qui affirme avoir un droit à ne pas être traité comme un esclave. Il suffit de reconnaître que le demandeur a droit à sa propre perspective pour être obligé de reconnaître que la revendication en question est légitime. Appliqué à ce type de situation, donc, le critère de la justice en tant que réversibilité est l'équivalent fonctionnel du critère de la justice du *contractarianisme*.

Le deuxième type de situation a lieu lorsque le refus de l'une des revendications contradictoires ne semble pas, du moins à première vue, mener à une infraction du postulat de l'égalité. Comme exemple, on pourrait citer le cas des deux mères qui ont chacune

108. Kohlberg lui-même indique que la position originale derrière le voile de l'ignorance de Rawls fournit un exemple de «l'idée formaliste» selon laquelle les jugements moraux doivent être réversibles. L. Kohlberg, *supra*, note 101, p. 197. Il est vrai que la position originale de Rawls représente une situation réversible, mais elle n'est réversible que dans un sens purement formel. L'effet du voile de l'ignorance est d'éliminer ce qui différencie une perspective individuelle d'une autre. Ce qui reste c'est une seule perspective partagée par tous les individus qui se trouvent dans la position originale. Ainsi, bien que les perspectives individuelles présentes dans la position originale soient complètement réversibles, dans la mesure où toutes les différences entre individus ont été supprimées, l'existence de la réversibilité de telles perspectives devient purement insignifiante. En effet, dans un cadre où toutes les différences ont été éliminées, la réversibilité est l'équivalent de la simple reconnaissance du fait que les autres, de même que moi, sont pourvus d'une perspective.

un enfant malade, et qui font des revendications mutuellement contradictoires pour obtenir le médicament rare qui pourrait seul guérir leur enfant. Supposons que l'État est l'agent d'allocation pour ce médicament, et qu'il ne peut distribuer qu'une quantité de ce médicament qui suffirait seulement pour guérir l'un des deux enfants. Supposons de plus, que l'un des enfants représente un cas moins grave de la maladie et qu'il ne risque pas d'en mourir bien que sans médicament il soit voué à passer par une période de souffrances, alors que l'autre enfant est beaucoup plus malade et qu'il risque fort de mourir s'il n'obtient pas le médicament. Au niveau de la réciprocité pure, chaque mère reconnaîtrait le droit de l'autre à revendiquer le médicament pour son propre enfant, mais la mère dont l'enfant éprouve le cas le moins grave de la maladie continuerait à insister sur sa propre revendication car la souffrance de son propre enfant risque de lui causer plus de peine que la mort de l'enfant de l'autre mère. Au niveau de la réversibilité, cependant, chaque mère est en mesure de percevoir correctement la perspective de l'autre, en imaginant qu'elle est la mère des deux enfants malades. Dans ce dernier cas, il semble clair que chaque mère voudrait que le médicament soit donné à l'enfant qui risque autrement de mourir. Ainsi, la justice en tant que réversibilité exige que la revendication de la mère dont l'enfant est plus gravement malade l'emporte sur celui de l'autre mère. Dans ce type de situation, donc, la justice en tant que réversibilité requiert que certaines revendications soient sacrifiées ou abandonnées afin que d'autres puissent être satisfaites. Ces sacrifices, néanmoins, devraient être assumés volontairement car les individus qui devraient renoncer à certaines de leurs revendications devraient être moralement *persuadés* que de tels sacrifices sont nécessaires pour préserver la probité de tout système socio-politique fondé sur le postulat de l'égalité.

Dans le troisième type de situation, par contre, le renversement des perspectives ne dévoilerait aucune revendication comme étant nettement supérieure aux autres. Ce type de situation peut être illustré par l'exemple suivant. Supposons qu'une municipalité a un surplus de revenu que tous souhaitent utiliser pour la construction d'installations consacrées aux loisirs collectifs. Supposons, en outre, que le choix doit être fait entre la construction d'une piscine ou de terrains de tennis. Certains citoyens préfèrent la piscine; d'autres les terrains de tennis. En pareil cas, si chaque citoyen changeait de place avec chaque autre citoyen, ils seraient tous vraisemblablement forcés de conclure qu'aucune des préférences individuelles pour la piscine ou pour les terrains de tennis n'a droit à la priorité envers n'importe quelle autre préférence individuelle à ce

sujet. Par conséquent, on pourrait satisfaire la justice en tant que réversibilité en soumettant la question au vote des citoyens de la municipalité, et en décidant de construire l'installation préférée par la majorité. De plus, puisque même le changement de perspectives ne permet pas de découvrir des revendications qui soient supérieures à d'autres, en ce qui concerne ce troisième type de situation le critère de la justice en tant que réversibilité est l'équivalent fonctionnel du critère de la justice de l'utilitarisme.

Dans la mesure où elle dépend de la capacité de percevoir les revendications d'autrui à partir de la perspective de ce dernier, le succès de la justice en tant que réversibilité est lié à la possibilité de communication intersubjective non seulement des revendications particulières mais aussi du point de vue particulier qui donne la forme à ces revendications. Dans certains cas, comme celui des deux mères et de leurs enfants malades, un niveau élevé de compréhension de la perspective d'un autre peut être atteint à partir d'un minimum de communication. Puisque chaque mère sait ce que la mère d'un enfant malade ressent, il ne lui faut pas grand chose pour imaginer ce qu'elle ressentirait si elle était la mère de l'autre enfant. Dans d'autres cas où les perspectives de ceux qui interposent des revendications qui sont mutuellement exclusives sont beaucoup moins proches les unes des autres, cependant, la communication au sujet de la perspective de l'autre risque d'être beaucoup plus difficile. Ainsi, par exemple, pour un membre d'un groupe racial dominant qui n'a jamais éprouvé de la discrimination raciale à son encontre, il semblerait très difficile de ressentir les effets complexes du racisme de la perspective de ses victimes.

Lorsque la nature de la perspective d'un autre ne peut pas être directement déchiffrée, la connaissance d'une telle perspective dépend de la possibilité d'une communication libre de toute distorsion¹⁰⁹. Il y a une distorsion de la communication, en outre, lorsque certaines pressions poussent le locuteur à dissimuler sa propre

109. La notion d'une communication libre de toute distorsion est fondée sur la notion d'une «ideal speech situation» proposée par Habermas. Le but d'une «ideal speech situation» est de permettre que l'on puisse arriver à un consensus qui découle exclusivement de la force du meilleur argument plutôt que des contraintes accidentelles ou systématiques imposées à la communication. Voir T. McCarthy, *THE CRITICAL THEORY OF JURGEN HABERMAS* 306 (1978). Selon Habermas, la structure de la communication ne peut être libre de toute contrainte — ainsi que le signale McCarthy — que «when for all participants there is a symmetrical distribution of chances to select and employ speech acts, when there is an effective equality of opportunity for the assumption of dialogue roles». *Id.* De plus,

perspective ou à adopter une perspective qui reflète les plans de vie d'autres plutôt que le sien¹¹⁰. Un revendicateur peut introduire la distortion dans la communication afin de gagner un avantage stratégique, en mentant sur les circonstances qui auraient donné lieu à sa revendication, ou en dissimulant ses objectifs ultérieurs¹¹¹. L'allocutaire, d'autre part, peut introduire la distortion dans la communication en utilisant son pouvoir supérieur afin d'inhiber le locuteur et ainsi d'obliger ce dernier à retirer ou à modérer ses revendications. Ceci pourrait arriver, par exemple, lorsqu'un employeur demande à ses employés s'ils ont des sujets de plaintes concernant leur emploi. Il est possible que ces derniers soient mécontents et qu'ils l'aient discuté entre eux, mais qu'ils décident toutefois de dissimuler leurs vrais sentiments de peur de perdre leur emploi ou de souffrir d'autres conséquences adverses¹¹². Finalement, il faut mentionner le phénomène de la fausse conscience, qui a lieu lorsque le locuteur adopte la perspective d'une personne plus puissante ou d'un groupe dominant¹¹³. Ici, le paradigme est celui de l'esclave qui est traité un peu mieux que le reste des esclaves et qui par conséquent adopte le point de vue du maître dans ses rapports avec d'autres esclaves.

Les distortions que nous avons mentionnées sont significatives et souvent difficiles à identifier. Par conséquent la communication libre de toute distortion ne peut être qu'un idéal. Néanmoins, tant que la communication est possible — dans le sens que le locuteur et l'allocutaire parlent la même langue — il existe des mesures capables de réduire la distortion suffisamment pour légitimer l'ap-

une «ideal speech situation» doit assurer «not only unlimited discussion but discussion that is free from distorting influences, whether their sources be open domination, conscious strategic behavior, or the more subtle barriers to communication deriving from self-deception». *Id.*

110. Voir *id.*

111. Cf. D. Rae, *supra*, note 11, p. 95 (problème de la manipulation stratégique produite par ceux qui mentent à propos de leurs désirs ou de leurs satisfactions).

112. La communication libre de toute distortion requiert que «the participants are equally free in their relations with one another to express their most intimate feelings, and that they offer each other help». Pettit, *Habermas on Truth and Justice*, dans G. Parkinson, ed., *MARX AND MARXISMS* 214-15 (1982).

113. Cf. *Castaneda c. Partida*, 97 S. Ct. 1272, 1284 (1977): «Members of minority groups frequently respond to discrimination and prejudice by attempting to dissociate themselves from the group, even to the point of adopting the majority's negative attitudes towards the minority».

plication du critère de la justice en tant que réversibilité. Ainsi, les distortions des revendicateurs peuvent être limitées à la suite d'une comparaison avec les revendications de ceux qui se trouvent dans une situation similaire, et de l'élimination des revendications, qui semblent être, vu cette comparaison, les plus aberrantes. D'autre part, les distortions qui découlent du pouvoir supérieur et de la position dominante de l'allocutaire pourraient être minimisées si l'on pouvait imaginer les revendications que ferait le même locuteur au cas où son allocutaire ne jouissait plus d'un pouvoir supérieur¹¹⁴. En outre, il semble, en principe du moins, possible de découvrir et donc de neutraliser les manifestations de la fausse conscience bien qu'il n'y ait pas souvent d'accord à propos de ce qui devrait compter comme une manifestation de la fausse conscience dans un ensemble de circonstances particulières¹¹⁵.

Étant donné que la communication libre de toute distortion ne constitue qu'un idéal, la justice en tant que réversibilité ne peut garantir qu'une procédure imparfaite. Par conséquent, les dénouements auxquels cette justice mène sont toujours susceptibles d'être transformés en fonction de révisions ultérieures fondées sur de nouvelles possibilités d'éliminer ou de réduire certaines distortions relatives au contexte pertinent de la communication. Toutefois, malgré son imperfection en tant que justice de procédure, la justice en tant que réversibilité demeure supérieure à ses alternatives en vue de la capacité unique qu'elle a pour coordonner toutes les perspectives diverses à partir desquelles des revendications morales peuvent être formulées, sans priver aucune de ce qui la différencie des autres. En somme, bien que la justice en tant que réversibilité

114. En d'autres termes, une demande adressée à une personne qui se trouve dans une position dominante peut être reformulée dans le cadre d'un «ideal speech situation».

115. Ainsi, par exemple, dans le contexte d'une société contemporaine, on pourrait interpréter l'expression par une femme de la position que le seul rôle social qui convient aux femmes est celui d'épouse et de mère comme relevant d'une fausse conscience au sein d'un contexte social marqué par la domination de l'homme. Au dix-neuvième siècle, cependant, un grand nombre d'hommes et de femmes étaient apparemment convaincus qu'une ordonnance divine avait imposé aux femmes une obligation religieuse d'assumer le rôle d'épouse et de mère. Voir L. Tribe, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1061 (1978). Par conséquent, il semble naturel de se poser la question suivante: est-ce qu'une femme du dix-neuvième siècle qui aurait exprimé son adhésion à cette dernière vue devrait être considérée comme faisant preuve d'une fausse conscience ou plutôt comme faisant preuve d'une conviction religieuse sincère?

ne fournit pas une liste fixe et immuable des égalités et des inégalités qui devraient compter comme justes, elle garantit néanmoins l'obtention de la meilleure approximation possible dans le cadre d'un ensemble de contextes socio-politiques particuliers.

Ayant complété cette esquisse du cadre théorique dans lequel s'insère la problématique de l'action positive, nous sommes maintenant prêts à aborder la question des présupposés philosophiques qui se trouvent à la base du droit constitutionnel à l'égalité. Après avoir examiné cette question, nous espérons, en outre, être en mesure d'élaborer une analyse systématique du traitement constitutionnel accordé à l'action positive.

DEUXIÈME PARTIE — PRÉSUPPOSÉS PHILOSOPHIQUES DES DROITS CONSTITUTIONNELS À L'ÉGALITÉ ET À L'ACTION POSITIVE

La Charte canadienne des droits et libertés protège les droits à l'égalité, notamment «l'égalité devant la loi et l'égalité de bénéfice et protection égale de la loi»¹¹⁶. Pour sa part, la Charte des droits et libertés de la personne du Québec proclame que «tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi»¹¹⁷. Ces formules générales des droits constitutionnels à l'égalité sont fort similaires à l'énoncé du droit constitutionnel à l'égalité de la Constitution des États-Unis¹¹⁸. En outre, tous ces énoncés des droits constitutionnels à l'égalité sont de nature si générale et si abstraite qu'ils ne sont pas en mesure d'indiquer quelles égalités sont dignes d'être garanties par la constitution, ou quelles inégalités particulières peuvent être maintenues légitimement malgré les droits constitutionnels à l'égalité.

L'expression «une égale protection de la loi» semble être particulièrement ambiguë. En effet, à un extrême, on pourrait inter-

116. *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 15(2).

117. L.R.Q. ch. C-12 (Préambule).

118. U.S. Const. amend. XIV, §1.

prêter cette expression comme exigeant tout simplement que toute loi, quel que soit son contenu, doit être appliquée également à tous. Selon cette interprétation, une loi déclarant que tous les membres d'une majorité raciale doivent être traités comme des personnes libres tandis que tous les membres d'une minorité raciale doivent être traités comme des esclaves, serait parfaitement légitime pourvu que le statut de personne libre ne soit refusé à aucun membre de la majorité et qu'aucun membre de la minorité ne soit autorisé à devenir émancipé. À l'autre extrême, par contre, on pourrait interpréter le droit à une égale protection de la loi comme interdisant toute loi qui n'accorde pas une mesure de protection identique à tous les membres de la société. Selon cette dernière interprétation, seules des lois du type «chaque personne a droit de recevoir la même somme d'argent» ou «chaque personne a une obligation de payer la même somme en impôts» pourraient être considérées comme étant constitutionnellement légitimes. Une loi telle que «tout voleur reconnu coupable doit être mis en prison» serait donc inconstitutionnelle, car elle propose de traiter les voleurs reconnus coupables d'une manière différente de celle dont on traiterait tous les autres membres de la société.

Pour échapper à ces deux extrêmes, il est nécessaire ou bien de préciser ce que l'on entend par la notion de l'égalité dans le contexte des droits constitutionnels, ou bien d'adopter un principe d'interprétation constitutionnelle capable de fournir une norme de médiatisation qui permette de déterminer quelles égalités et quelles inégalités sont compatibles avec le droit à une protection égale de la loi. La Constitution des États-Unis ne précise pas le sens constitutionnel de la notion de l'égalité, et ne fournit pas de principe d'interprétation qui permette la disposition systématique des demandes fondées sur le droit constitutionnel à l'égalité, mais la Cour suprême des États-Unis a adopté un principe d'anti-discrimination comme principe d'interprétation judiciaire applicable au sujet du droit à une protection égale de la loi¹¹⁹. D'autre part, du moins dans une certaine mesure, la Constitution du Canada et la Charte des droits du Québec offrent toutes les deux certaines précisions à l'égard de leur conception de la dimension constitutionnelle de la notion de l'égalité, et, de plus, elles adoptent explicitement le principe de l'anti-discrimination¹²⁰. Étant donné la plus grande expé-

119. Voir Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, dans M. Cohen, T. Nagel et T. Scanlon, *supra*, note 1, 84-154, p. 85 s.

120. Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 15(1); et L.R.Q. ch. C-12, 10, 16, 17, 86.1.

rience des États-Unis avec les problèmes constitutionnels créés par le droit à l'égalité, l'exemple américain sera invoqué dans l'analyse suivante, pour illustrer et pour mieux dégager les présupposés philosophiques qui sont à la base de la Charte du Canada et de celle du Québec.

1. Le principe de l'anti-discrimination, le postulat de l'égalité et la présomption de l'égalité

Pour échapper aux extrêmes mentionnés ci-dessus, il faut que le droit constitutionnel à l'égalité implique quelque chose de plus que l'adhésion au principe de la justice formelle, et quelque chose de moins que l'acceptation rigide et sans exception du principe de la justice égalitaire avec sa formule «à chacun la même chose». Vu de cette perspective, l'avantage du principe de l'anti-discrimination est de permettre un pas important sur la voie qui mène du principe de la justice formelle à l'établissement du postulat de l'égalité.

Le principe de l'anti-discrimination est essentiellement un principe contre le traitement inégal qui est fondé exclusivement sur certaines différences spécifiques tels que la race, le sexe, ou la religion. Ce principe qui exige que l'on ne prenne pas certaines différences en considération peut être justifié à partir du postulat de l'égalité. En effet, des différences telles celles de race ou de sexe n'affectent pas les droits à l'autonomie morale et à la dignité de l'individu, et ne peuvent donc pas être légitimement invoquées afin de justifier un traitement inégal. Ainsi, par exemple, le refus d'un emploi à une personne à cause de son sexe ne peut pas être justifié conformément au postulat de l'égalité, car étant donné l'insignifiance morale des différences de sexe dans le contexte de la sphère d'allocation des emplois, le traitement inégal fondé sur une telle différence équivaut à une infraction au droit d'être traité comme un égal. Dans la mesure où le principe de l'anti-discrimination interdirait le traitement inégal fondé sur chacune des différences que le postulat de l'égalité exige que l'on ne prenne pas en considération, il donnerait une expression constitutionnelle au postulat de l'égalité. Dans la mesure où il ne se heurterait que contre certaines de ces différences, par contre, il ne donnerait une expression constitutionnelle qu'à une version limitée du postulat de l'égalité.

Comme nous l'avons déjà signalé, les constitutions du Canada et des États-Unis aussi bien que la Charte du Québec ont toutes les trois adopté, par des moyens divers, le principe de l'anti-discrimina-

tion dans l'une ou l'autre de ses multiples expressions¹²¹. Aux États-Unis, l'adoption du principe de l'anti-discrimination fut l'oeuvre de la Cour suprême, qui s'en sert comme principe d'interprétation¹²². Au Canada, d'autre part, le principe de l'anti-discrimination surgit du texte même de l'article 15 de la Constitution. Ainsi, le paragraphe 15.(1) énonce en partie que:

«... tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques».

De plus, dans la mesure où la liste des différences énumérées dans le paragraphe 15.(1) n'est pas considérée comme étant exhaustive¹²³, on peut soutenir que la Constitution du Canada adopte un principe général de l'anti-discrimination, et par conséquent qu'elle donne une expression constitutionnelle au postulat de l'égalité. De même, le texte de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, et, en particulier le Chapitre 1.1, témoigne de l'adoption d'un principe de l'anti-discrimination général, et donc de l'expression constitutionnelle du postulat de l'égalité.

L'adoption du principe de l'anti-discrimination même sous sa forme la plus générale ne garantit pas cependant la satisfaction du postulat de l'égalité dans la mesure où l'on ne l'interprète pas comme interdisant toutes les lois qui imposent un traitement inégal à la base d'une différence qui est moralement insignifiante. Bien que l'expérience canadienne à ce sujet soit limitée, il apparaît significatif que la Cour suprême ait pu considérer comme justifiée une loi permettant la discrimination raciale dans le cadre des droits à l'égalité antérieurs à la Constitution de 1982¹²⁴. L'expérience américaine à ce sujet est, par ailleurs, vaste et peut donc servir de guide pour explorer la portée et les limites du principe de l'anti-discrimination en tant que principe constitutionnel au service d'une conception de l'égalité conforme au postulat de l'égalité.

Pour être en mesure de mieux comprendre le rôle du principe de l'anti-discrimination tel qu'il a surgi dans le cadre du droit constitutionnel américain, il faut commencer par préciser qu'une application absolue et rigide d'un tel principe ne pourrait pas être

121. Voir *supra*, note 120.

122. Voir Fiss, *supra*, note 119, p. 85 s.

123. Voir P. Hogg, *supra*, note 31, p. 51.

124. *Id.*, p. 13.

conforme aux exigences du postulat de l'égalité. En effet, compte tenu du fait que ce postulat exige la prise en considération des différences entre individus ou entre groupes dans le contexte des sphères de différenciation, de même qu'il exige le contraire dans le contexte des sphères d'assimilation, une interdiction absolue contre la prise en considération d'une différence donnée risquerait d'être aussi nocive qu'un ordre rigide de traiter les individus de façon inégale selon ou non qu'ils possèdent l'attribut sur lequel est fondé la différence en question. D'un point de vue idéal, donc, le principe de l'anti-discrimination devrait interdire l'utilisation d'une différence dans le contexte des sphères d'assimilation et la permettre sinon l'encourager dans celui des sphères de différenciation¹²⁵. Comme on le verra par la suite, l'application du principe de l'anti-discrimination — du moins dans sa version américaine — ne réussit pas à atteindre cet idéal¹²⁶.

L'opération du principe de l'anti-discrimination dans le cadre de la Constitution des États-Unis a pour effet d'instituer une présomption d'égalité. Cette présomption est plus ou moins forte, et donc plus ou moins difficile à surmonter, selon la différence dont il s'agit. En général, les lois classifient, et traitent divers membres de la société différemment, selon les positions que ces derniers viennent à occuper en conséquence de la classification. Conformément au principe de l'anti-discrimination, il existe une présomption d'égalité selon laquelle les lois ne sont pas censées traiter les individus d'une façon inégale du seul fait qu'ils possèdent des attributs différents. Pour surmonter cette présomption, il est nécessaire d'établir un rapport entre la classification imposée par une loi et le but législatif que l'on désire atteindre à travers cette loi. Si le but législatif d'une loi est un but légitime, et si la classification imposée par cette loi établit un moyen rationnel d'atteindre ce but, la présomption d'égalité peut être surmontée, et par conséquent les différences de traitement qui découlent de la classification peuvent être constitutionnellement justifiées, pourvu qu'il s'agisse d'un cas de législation dans le domaine économique, où la présomption de l'égalité est la plus faible¹²⁷.

Lorsque la classification imposée par une loi est fondée sur des différences de sexe, de race ou d'origine nationale, la présomp-

125. Voir *supra*, pp. 32-35.

126. Voir *infra*, pp. 65-76.

127. Voir J. Nowak, R. Rotunda, J. Young, CONSTITUTIONAL LAW 591 (2e éd., 1983).

tion d'égalité devient plus difficile à surmonter. Dans le cas des classifications fondées sur des différences de sexe, pour surmonter la présomption de l'égalité, il faut démontrer que le but législatif de la loi contestée est «important» et que la classification en question fournit un moyen qui est «fortement relié» à l'atteinte de ce but¹²⁸. Finalement, dans le cas de classifications fondées sur des différences raciales ou d'origine nationale, la présomption de l'égalité atteint sa plus grande force. Dans un cas pareil, elle ne peut être surmontée que si le but est «compulsif» (*compelling*) et si la classification en question fournit un moyen «nécessaire» pour atteindre ce but¹²⁹.

En pratique, la division tripartite de la présomption d'égalité établie à travers l'application du principe de l'anti-discrimination mène presque toujours à la réfutation de la présomption là où elle opère sous sa forme la plus faible, et, au contraire, presque toujours à l'impossibilité de la surmonter là où elle atteint son expression la plus forte¹³⁰. Ceci tend à créer l'impression que le principe de l'anti-discrimination dans le contexte de l'égalité constitutionnelle est moins indéterminé que la présomption d'égalité associée au postulat de l'égalité dans le contexte de la conception philosophique de l'égalité. Cette impression est, néanmoins, décevante. En effet, la détermination du rapport précis qui doit relier des moyens législatifs donnés à un but législatif donné aussi bien que la détermination de ce qui constitue un but législatif «légitime» plutôt qu'un but législatif «important» ou «compulsif», ne peut pas se faire exclusivement à partir du postulat de l'égalité et de la présomption d'égalité, ni même à partir de la division tripartite de cette dernière¹³¹.

En un sens la division tripartite de la présomption constitutionnelle de l'égalité crée un inconvénient grave pour le principe de l'anti-discrimination qui n'a pas d'équivalent dans le contexte philosophique de l'égalité. Cet inconvénient devient apparent surtout là où la présomption d'égalité implicite au principe de l'anti-discrimination obtient sa plus grande force, comme par exemple dans le cas où une classification législative est fondée sur des différences raciales. Si une telle classification est imposée dans le cadre d'une sphère d'assimilation, l'extrême difficulté à surmonter la pré-

128. Voir, par exemple, *Craig c. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

129. Voir, par exemple, *Korematsu c. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

130. Voir G. Gunther, *CONSTITUTIONAL LAW* 588-89 (11^e éd. 1985).

131. Voir Fiss, *supra*, note 119, p. 98 s.

somption de l'égalité semble considérablement renforcer la probabilité d'atteindre un résultat juste et conforme au postulat de l'égalité. Ainsi, le besoin de prouver qu'un but législatif est «compulsif» et que la classification fondée sur des différences raciales est un moyen «nécessaire» pour accomplir ce but «compulsif» semble éliminer la possibilité de justifier la discrimination raciale dans le contexte de la sphère d'allocation des emplois, qui est une sphère d'assimilation. Mais si, par contre, une classification fondée sur des différences raciales est mise en jeu dans le cadre d'une sphère de différenciation, il n'est pas du tout évident que le besoin de prouver l'existence d'un but «compulsif» et des moyens «nécessaires» avance les intérêts de la justice et du postulat de l'égalité. Ainsi, si une loi classe selon des différences raciales en vue de compenser une minorité raciale, pour des inégalités économiques résultant d'une discrimination systématique, ou en vue de donner de l'assistance économique à une telle minorité raciale pour lui permettre de développer ses ressources culturelles, il semble en toute probabilité que cette loi soit juste et conforme au postulat de l'égalité même si l'on estime que le but législatif est «important» plutôt que «compulsif» et que les moyens sont «fortement reliés» à l'atteinte de ce but, plutôt que «nécessaires» pour sa réalisation.

Un autre désavantage du principe de l'anti-discrimination — du moins dans sa version américaine — découle du fait qu'il vise la classification elle-même plutôt que le contexte pour lequel elle a été conçue. Ainsi, selon le principe de l'anti-discrimination, toute classification raciale est «suspecte», sans distinction entre le contexte d'une sphère d'assimilation et celui d'une sphère de différenciation. En outre, du fait que le principe de l'anti-discrimination est axé sur les classifications législatives, il ne permet pas de faire entrer en considération les revendications fondées sur l'absence de classification législative¹³². Le postulat de l'égalité peut être violé, cependant, aussi bien par l'imposition d'une classification qui permet l'exploitation de certaines différences dans le but de traiter certains individus en tant qu'inférieurs, que par le refus de classer et donc de faire valoir certaines différences authentiques dans le but d'imposer l'identité¹³³. Ainsi, de traiter une minorité systématiquement dépourvue des biens dont le reste de la société a bénéficié, comme s'il n'en était rien, ou de refuser de reconnaître qu'une telle minorité puisse avoir des besoins culturels différents de ceux de la

132. L. Tribe, *supra*, note 115, pp. 993-94.

133. *Id.*, p. 993.

majorité, semble être l'équivalent de traiter cette minorité avec indifférence, et donc de traiter ses membres comme s'ils n'étaient pas des égaux.

En somme, l'avantage principal du principe de l'anti-discrimination réside dans son efficacité contre les lois discriminatoires. Dans le contexte de la Constitution des États-Unis où les droits à l'égalité furent créés lors de l'émancipation des esclaves noirs¹³⁴, la présomption forte contre la légitimité des lois qui classifient selon les différences raciales avec l'intention de perpétuer le statut inférieur des noirs est un instrument fort utile, et sans aucun doute juste. Mais, comme nous l'avons vu, en dehors du cadre limité des lois qui discriminent au sein d'une sphère d'assimilation, le principe de l'anti-discrimination est un instrument beaucoup trop grossier pour guider le choix des égalités et des inégalités compatibles avec la justice et le postulat de l'égalité¹³⁵. En particulier, le principe de l'anti-discrimination semble inadéquat pour décider des questions constitutionnelles posées par les programmes d'action positive. Ainsi, aux États-Unis, où la Constitution elle-même ne contient aucune mention de l'action positive, le principe de l'anti-discrimination a été parfois rigide appliqué pour rejeter la constitutionnalité de certains programmes d'action positive à la base d'une analyse purement abstraite et superficielle¹³⁶.

Le même problème ne se présente pas au Canada dans la mesure où la Constitution et la Charte des droits du Québec indiquent toutes les deux que les droits constitutionnels à l'égalité indépendamment de sa race ou de son sexe etc., ne doivent pas être considérés comme ayant l'effet d'interdire les programmes d'action positive¹³⁷ ou d'accès à l'égalité¹³⁸ qui favorisent certains individus ou certains groupes en fonction de leur race ou de leur sexe, etc. Néanmoins, le simple fait de déclarer que l'adoption de

134. Voir *Trimble c. Gordon*, 430 U.S. 762, 780 (1977); Perry, *supra*, note 41, p. 1027.

135. Voir Sherry, *supra*, note 39, pp. 105-109 (Le principe de l'anti-discrimination est trop abstrait).

136. Un exemple récent d'une telle application rigide du principe de l'anti-discrimination a été fourni par le Département de la justice du gouvernement fédéral. Voir *New York Times* 4/3/1985, p. A16. Pour un exemple judiciaire, voir l'opinion de M. le juge Stewart dans l'affaire *Fullilove c. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980).

137. *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 15(2).

138. L.R.Q., ch. C-12, 86.

principe de l'anti-discrimination n'a pas l'effet d'«interdire» les programmes d'action positive¹³⁹ ou qu'un programme d'accès à l'égalité «est réputé non-discriminatoire»¹⁴⁰ ne peut pas de lui-même créer une harmonie entre le principe de l'anti-discrimination et l'action positive. Pour déterminer dans quelle mesure l'action positive peut être justifiée dans le cadre d'une adhésion au principe de l'anti-discrimination, et réciproquement, dans quelle mesure le principe de l'anti-discrimination peut être légitimé dans le contexte de l'acceptation des programmes d'action positive, il faut donc examiner de plus près la nature concrète des droits constitutionnels à l'égalité. En d'autres termes, il ne semble pas possible de saisir les limites de la coexistence entre le principe de l'anti-discrimination et l'action positive, à moins de posséder une idée plus précise du sujet de l'égalité, du domaine de l'égalité, de l'agent d'allocation et du type d'égalité qui sont impliqués par le droit constitutionnel à égalité.

2. Le sujet, l'agent d'allocation et le domaine d'allocation de l'égalité constitutionnelle

Le sujet de l'égalité constitutionnelle n'est pas exactement le même au Canada qu'aux États-Unis. La Cour suprême des États-Unis a clairement indiqué que la Constitution américaine accorde le droit à l'égalité à l'individu et non pas au groupe¹⁴¹. Au Canada, par contre, les droits constitutionnels à l'égalité appartiennent tantôt à l'individu et tantôt au groupe¹⁴². Dans la mesure où l'action positive est plus facile à justifier dans le contexte d'un sujet collectif de l'égalité, sa justification constitutionnelle pourrait sembler être beaucoup moins limitée au Canada qu'aux États-Unis. Néanmoins, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, puisque l'égalité entre groupes risque souvent de causer l'inégalité entre les individus¹⁴³, la protection constitutionnelle accordée aux droits à l'égalité de l'individu au Canada pourrait certainement limiter la portée de la justification des programmes d'action positive destinés à l'égalité.

139. *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 15(2).

140. L.R.Q. ch. C-12, 86.1.

141. *Shelley c. Kramer*, 334 U.S. 1 (1948).

142. Voir, par exemple, *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 15(2); L.R.Q. ch. C-12, 10, 43 et 86.1.

143. Voir *supra*, p. 10.

sation des groupes dans la mesure où ces derniers ont tendance à produire des inégalités significatives parmi les individus. Ainsi, la portée de la justification de l'action positive dans le cadre de toute constitution qui reconnaît des droits à l'égalité de l'individu dépend, en fin de compte, des rapports entre les droits de l'individu et les droits collectifs. Ces rapports seront examinés ci-dessous, dans la troisième partie de cet article¹⁴⁴.

La Constitution du Canada et celle des États-Unis stipulent toutes les deux que l'État est le seul sujet d'allocation qui est obligé d'agir conformément aux droits constitutionnels à l'égalité. Ainsi, au Canada c'est le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces, tandis qu'aux États-Unis c'est le gouvernement fédéral et les gouvernements des divers États de la confédération qui doivent opérer les domaines d'allocation sous leur charge en fonction des restrictions imposées par les droits constitutionnels à l'égalité¹⁴⁵. Ni l'une ni l'autre de ces deux constitutions, par contre, n'applique de telles restrictions aux sujets d'allocation privés¹⁴⁶. La Charte des droits du Québec, cependant, garantit des droits à l'égalité qui peuvent être invoqués contre des sujets d'allocation privés, tels, par exemple, les employeurs qui embauchent des employés pour travailler dans le secteur privé¹⁴⁷.

Dans la mesure où les domaines d'allocation au sein d'une société sont divisés entre des sujets d'allocation appartenant au secteur privé, et d'autres appartenant au secteur public, des droits constitutionnels à l'égalité comme ceux du Canada et des États-Unis risquent d'être beaucoup moins étendus que d'autres comme ceux de la Charte du Québec. D'autre part, néanmoins, dans la mesure où il n'y a pas de point fixe pour la division des domaines d'allocation entre le secteur public et le secteur privé, l'étendue des droits à l'égalité peut varier significativement même lorsqu'ils sont limités au secteur public. En effet, à mesure que ce dernier assume une plus grande partie des domaines d'allocation se trouvant au sein d'une société, les droits constitutionnels à l'égalité deviennent proportionnellement plus étendus. À la limite, lorsque le secteur public contrôle tous les domaines d'allocation, les droits à l'égalité issus d'une constitution destinée exclusivement au secteur public,

144. Voir *infra*, pp. 84-89.

145. En ce qui concerne le Canada voir *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 32(1). En ce qui concerne les États-Unis, voir U.S. Const. amend. XIV, §1.

146. Voir P. Hogg, *supra*, note 31, p. 76.

147. L.R.Q. ch C-12, 16.

seraient identiques à ceux qui seraient issus d'une constitution qui s'adresse également au secteur privé et au secteur public. En vue de ceci, la question d'étendre ou de limiter le sujet de l'allocation des biens soumis aux droits constitutionnels à l'égalité ne paraît être que secondaire. Beaucoup plus importante, par contre, est la question de déterminer quel est le domaine d'allocation que l'on devrait soumettre, conformément aux exigences du postulat de l'égalité, aux restrictions imposées par les droits constitutionnels à l'égalité.

Comme nous l'avons indiqué au cours de la première partie de l'article, la configuration du domaine d'allocation qui risquerait le plus de satisfaire le postulat de l'égalité serait celle qui pourrait porter au maximum les chances de chaque individu de réaliser son propre plan de vie sans empiéter sur les droits qu'ont tous les autres d'être traités avec une mesure égale de respect et d'autonomie. Cette configuration risque de varier selon les ressources et le potentiel que possède la société dont il est question¹⁴⁸. Par conséquent, il ne semble pas possible de définir un domaine immuable qui soit toujours en mesure de satisfaire le postulat de l'égalité au moyen d'une adhésion stricte aux droits constitutionnels à l'égalité. Ainsi, par exemple, on pourrait contester la nécessité de soumettre le domaine d'allocation constitué par tous les biens produits et échangés sur le marché économique libre, aux restrictions imposées par les droits constitutionnels à l'égalité¹⁴⁹. Si l'on conclue que le postulat de l'égalité exige que ce domaine d'allocation soit soumis aux restrictions imposées par les droits constitutionnels à l'égalité, on pourrait ou bien placer ce domaine sous le contrôle de l'État — dans le cadre d'une constitution qui impose l'obligation de respecter les droits constitutionnels à l'égalité exclusivement sur l'État — ou bien imposer des obligations constitutionnelles aux membres du secteur privé qui sont les sujets de l'allocation des biens distribués à travers le marché — dans le cadre d'une constitution qui envisage l'imposition des obligations de promouvoir les droits constitutionnels à l'égalité aux sujets d'allocation situés dans le secteur privé. D'autre part, cependant, on pourrait soutenir que toute restriction à la liberté des sujets de l'allocation qui opèrent au sein du marché économique libre résulterait dans une telle perte d'efficacité, qu'elle aboutirait à la frustration des buts établis confor-

148. Voir *supra*, pp. 22-23.

149. Comparer, par exemple, la position prise par Nozick selon laquelle l'État ne doit pas intervenir dans l'économie, voir R. Nozick, *supra*, note 29, p. 149; à celle de Walzer, selon laquelle l'État a une obligation de s'occuper du bien-être de ses citoyens, voir M. Walzer, *supra*, note 26, p. 74.

mément au postulat de l'égalité. Paradoxalement, donc, il est concevable que dans certaines circonstances, l'imposition de droits constitutionnels à l'égalité dans le cadre de certains domaines d'allocation servirait à frustrer plutôt qu'à faire avancer les buts du postulat de l'égalité. Toutefois, un tel résultat n'est certainement pas forcément contradictoire, car comme nous l'avons signalé ci-dessus, il peut y avoir des circonstances où l'imposition rigide d'une obligation de traiter tous également risquerait d'aboutir à la négation du bien commun¹⁵⁰.

La nature du domaine d'allocation que l'on devrait mettre sous le contrôle de l'État ou sous l'emprise des droits constitutionnels à l'égalité est un sujet de controverse politique¹⁵¹. Il n'est donc pas étonnant que les constitutions du Canada et des États-Unis manquent toutes deux de préciser un domaine d'allocation devant servir de lieu pour l'exécution des droits constitutionnels à l'égalité. Du moins en théorie, ces deux constitutions sont également compatibles avec un milieu socio-politique fondé sur la distribution des droits négatifs qui réserve à l'État un rôle limité au minimum requis pour préserver l'ordre public et protéger la propriété privée, qu'avec, au contraire, un milieu socio-politique caractérisé par la distribution libérale des droits positifs qui, par conséquent a besoin d'un État activiste en charge d'un vaste domaine d'allocation.

Même dans un contexte socio-politique où l'État n'a qu'un rôle limité au minimum, il peut néanmoins involontairement élargir le domaine d'allocation par rapport auquel il est nécessaire de mettre en pratique les droits constitutionnels à l'égalité. Cette éventualité risque de se présenter à la suite d'une ingérence par l'État dans le fonctionnement d'un domaine d'allocation sur lequel il n'est pas censé exercer de contrôle. Pour illustrer le problème créé par une telle intervention illicite, on peut citer l'exemple suivant. Supposons une société qui possède un État limité au minimum et qui compte sur le fonctionnement de l'économie du marché libre comme moyen d'allocation de tous les biens matériels. Supposons, en outre, que ce dispositif soit nettement supérieur afin de réaliser les desseins du postulat de l'égalité, vu les ressources et le potentiel de la société en question, qui dans ce cas comprend un manque relatif de biens et l'égalité des chances — garantie par les mécanismes d'auto-régulation du marché — pour réussir dans la concurrence pour les biens rares fournis par le marché. Dans ces

150. Voir *supra*, pp. 16-18.

151. Voir *supra*, note 149.

conditions, le seul rôle légitime de l'État en vue de préserver l'égalité des chances, semble être un rôle de neutralité et de non-intervention dans le marché libre. Supposons cependant que l'État promulgue une loi interdisant aux membres d'une minorité raciale de faire la concurrence pour les biens fournis par le marché. Il est évident que cette loi, qui implante une discrimination officielle à l'encontre de la minorité raciale en question et qui interfère avec la probité du marché, empiète sur les droits constitutionnels à l'égalité. Si cette loi n'est en vigueur qu'à court terme, sa révocation seule pourrait suffire pour rétablir la probité du marché. Et une fois cette révocation accomplie il n'y aurait plus lieu de redresser les inégalités créées au cours du fonctionnement normal du marché¹⁵².

Si la loi en question reste en vigueur pendant plusieurs générations, cependant, sa révocation éventuelle pourrait bien être insuffisante pour rétablir l'égalité des chances qui avait existé avant sa promulgation. Dans une telle situation, à cause des privations injustes souffertes par la minorité qui fut victime de la discrimination à son encontre au cours de plusieurs générations, ses membres ne seraient probablement plus en mesure de mener une concurrence efficace pour les biens alloués par le marché¹⁵³. Ainsi, le seul rétablissement d'une égalité des chances formelle serait insuffisant pour dédommager les membres de cette minorité, compte tenu des torts subis au cours de longues années, ou pour les mettre dans la position qu'ils auraient sans doute occupée s'ils n'avaient pas subi les effets nocifs de la loi inconstitutionnelle. Afin de remédier à une telle situation, afin de dédommager la minorité en question et afin de rétablir la probité du marché, il pourrait être nécessaire de donner aux membres de cette minorité un droit à l'égalité des chances équitable; ou de leur distribuer d'autres biens en vue de leur permettre de regagner la capacité de participer d'une manière efficace à la concurrence pour les biens du marché. Chacune de ces alternatives dépend cependant de l'exécution d'un programme qui forcerait l'État à prendre un rôle actif dans un domaine d'allocation originellement destiné à rester en dehors de sa sphère légitime d'intervention. Par conséquent, il se poserait un dilemme entre le besoin de l'intervention active de l'État — qui produirait la néces-

152. Cf. *Douglas c. California*, 372 U.S. 353, 362 (1963) («The Equal Protection Clause does not impose on states and affirmative duty to lift the handicaps flowing from differences in economic circumstances»).

153. Cf. Maguire, *The Triumph of Unequal Justice*, 95 CHRISTIAN CENTURY, 883-84 (1978) (les noirs aux États-Unis furent traités comme une caste inférieure. Ils «were never accorded their full status of humanity»).

sité d'implanter les droits constitutionnels à l'égalité dans le domaine d'allocation traditionnellement réglé par les mécanismes automatiques du marché — et la norme (en général) légitime de la non-intervention de l'État dans le marché — qui implique le refus d'implanter des droits constitutionnels à l'égalité dans le cadre du domaine d'allocation soumis aux mécanismes de règlement du marché.

Il est toutefois possible de résoudre le dilemme constitutionnel posé par la nécessité apparente d'une intervention et d'une non-intervention simultanée de l'État dans le marché, qui implique le besoin simultané d'une exécution et d'une non-exécution des droits constitutionnels à l'égalité dans le cadre du marché. La solution à ce dilemme ressemble à celle du conflit entre les fins de la justice compensatrice et celles de la justice distributive, dans le contexte d'une infraction à un principe accepté de la justice distributive¹⁵⁴. Pour la même raison que Goldman a proposé de justifier la priorité d'un plan de compensation sur un plan de distribution — c'est-à-dire afin d'éviter la destruction éventuelle de ce dernier¹⁵⁵ — l'exécution des droits constitutionnels à l'égalité au sein d'un domaine d'allocation envers lequel l'État a une politique de non-intervention serait justifiée si la probité de ce domaine avait été atteinte à la suite d'une ingérence illégitime de la part de l'État. Autrement, la totalité des circonstances qui — conformément au postulat de l'égalité — avaient originellement justifié la non-intervention ne pourrait pas être rétablie, et l'on semblerait être voué à la perpétuation d'un état des choses illégitime.

En somme, les constitutions du Canada et des États-Unis ne définissent pas le domaine d'allocation qui doit servir de lieu à l'implantation des droits constitutionnels à l'égalité. Même si l'on suppose que la constitution confère une liberté complète à l'État de choisir en premier lieu les limites de ce domaine d'allocation, l'adhésion aux droits constitutionnels à l'égalité impose néanmoins certaines restrictions et certaines obligations à l'État, et dans certaines circonstances, contribue à élargir les limites du domaine d'allocation prévu pour la mise en oeuvre des droits constitutionnels à l'égalité.

154. Voir *supra*, pp. 27-28.

155. Voir *supra*, note 65.

3. Les droits constitutionnels à l'égalité et l'égalité des résultats

Bien qu'une constitution ne définisse pas directement le domaine d'allocation devant servir de lieu à la mise en oeuvre des droits constitutionnels à l'égalité, elle peut tout de même contribuer indirectement à la détermination des contours légitimes de ce domaine par le moyen de l'imposition d'une obligation, dans certains cas, de poursuivre l'égalité des résultats. En effet, si une constitution, par exemple, garantissait à chacun le droit de recevoir une somme fixe pour pouvoir satisfaire le minimum vital, cela impliquerait une nécessité de contrôler un domaine d'allocation pertinent afin de pouvoir distribuer les biens dont dépend la réalisation d'une telle égalité des résultats. Dans l'espoir de pouvoir mieux saisir les domaines d'allocation mis en valeur par les constitutions du Canada et des États-Unis, nous passons donc brièvement l'examen des mesures en vertu desquelles ces constitutions garantissent des droits à l'égalité des résultats.

La Constitution des États-Unis n'exige la réalisation d'une égalité des résultats que dans un nombre de cas fort limité. Parmi ces cas, l'on en trouve certains concernant des droits politiques essentiels tel, le droit de vote¹⁵⁶, et certains droits personnels essentiels, tel le droit d'accès au tribunal lors d'un procès criminel¹⁵⁷. En dehors de ces cas limités, par contre, la Constitution des États-Unis s'avère plutôt hostile à l'égard de l'égalité des résultats, particulièrement dans le cadre de l'allocation des biens économiques¹⁵⁸.

Même lorsqu'elle exige l'égalité des résultats, la Constitution des États-Unis n'a pas pour but final la réalisation de l'égalité des résultats en soi, mais plutôt l'institution de cette égalité comme moyen nécessaire pour l'atteinte d'une égalité des chances plus étendue. Ainsi, dans le cas du droit de vote, par exemple, lorsque l'État décide de l'accorder à ses citoyens, chaque citoyen a droit

156. Voir *Harper c. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966); *Kramer c. Union Free School Dist. No. 15*, 395 U.S. 621 (1969).

157. Voir *Griffin c. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *Douglas c. California*, 372 U.S. 353, 362 (1963).

158. Voir *Dandridge c. Williams*, 397 U.S. 471 (1970); *Douglas c. California*, 372 U.S. 353, 362 (1963): «The Equal Protection Clause does not impose on states and affirmative duty to lift the handicaps flowing from differences in economic circumstances. To so construct it would be to read into the Constitution a philosophy of levelling that would be foreign to many of our basic concepts concerning the proper relation between the government and society».

d'avoir une voix égale au cours du processus électoral¹⁵⁹. Du point de vue du bien distribué, c'est-à-dire le vote, chaque citoyen reçoit exactement la même chose, un vote et pas plus d'un, ce qui assure l'égalité des résultats. Du point de vue du but pour lequel le vote est distribué, c'est-à-dire permettre aux citoyens de participer à la vie politique de leur pays, cependant, chaque citoyen reçoit une chance égale — et dans ce cas, il y a une convergence entre l'égalité des chances fondée sur l'égalité des probabilités et celle fondée sur l'égalité des moyens — afin de pouvoir influencer le cours des événements politiques. De même, dans le cas des droits à l'accès égal au tribunal, le but final de la Constitution américaine est d'assurer l'égalité des chances plutôt que l'égalité des résultats. En effet, le droit à l'égalité d'accès devant le tribunal a pour but immédiat d'assurer que le pauvre puisse, autant que le riche, présenter son cas devant le tribunal¹⁶⁰. Pour pouvoir atteindre ce but, il est parfois nécessaire de permettre au pauvre l'accès au tribunal sans payer les frais qui sont imposés à tous les autres qui veulent faire de même¹⁶¹. En pareil cas, le riche et le pauvre sont traités inégalement dans le but d'atteindre une égalité de résultat. En d'autres termes, dans ce cas la promotion de l'inégalité marginale se présente comme moyen nécessaire afin de parvenir à l'égalité de résultat globale. En outre, s'il est vrai que l'objectif d'établir l'accès égal au tribunal justifie cette égalité de résultat, il ne faut pas cependant perdre de vue que la réalisation du but fondamental de la préservation de la probité du système des procès criminels exige que chacun ait droit à l'égalité des chances pour présenter sa cause devant le tribunal. Dans ce cas, il s'agit, de plus, de l'égalité des chances fondée sur l'égalité des moyens afin d'assurer que la probabilité de succès de chaque plaideur soit déterminée par le mérite de sa cause, plutôt que par sa condition financière.

La Constitution du Canada semble exiger la poursuite de l'égalité des résultats dans un nombre de circonstances plus considérable que celle des États-Unis.

Comme cette dernière, la Constitution du Canada semble exiger l'égalité des résultats en ce qui concerne certains droits politiques fondamentaux, tel le droit de vote¹⁶², et certains droits per-

159. Voir *supra*, note 156.

160. Voir *supra*, note 157.

161. *Id.*

162. *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 3.

sonnels essentiels, tel l'accès devant le tribunal lors d'un procès criminel¹⁶³. De plus, dans certains autres cas, elle semble promouvoir l'égalité des résultats plus directement. Ainsi l'article 36 de la Constitution du Canada semble présenter un exemple ambitieux d'un effort pour imposer à l'État une obligation constitutionnelle d'établir une égalité des résultats. Le paragraphe 36(2) énonce:

« Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables ».

L'égalité visée par ce paragraphe semble être l'égalité des résultats quant à l'allocation des services publics pour tous les individus qui vivent au Canada. Prenant en considération une inégalité dans l'allocation des services publics comme conséquence de l'inégalité des revenus des diverses provinces, l'objet de ce paragraphe est l'allocation inégale des revenus aux diverses provinces afin d'atteindre éventuellement une égalité globale dans l'allocation des services publics de tous les habitants du pays, quelque soit la province de leur résidence.

Bien que le paragraphe 36(2) énonce un dessein d'atteindre l'égalité des résultats, il a été interprété comme imposant des obligations morales ou politiques plutôt que des obligations légales¹⁶⁴. Ainsi, malgré son ambition apparente, selon cette interprétation, l'article 36 ne crée pas à vrai dire de droits concrets à l'égalité de résultat qu'un citoyen pourrait revendiquer devant un tribunal.

D'autre part, l'article 23 de la Constitution du Canada semble nettement créer un droit légal à l'égalité des résultats au sujet de l'instruction dans la langue maternelle. En effet, l'article 23 accorde un droit à l'instruction dans la langue de la minorité linguistique d'une province, et autorise l'utilisation de fonds publics pour financer l'établissement de programmes éducatifs dans la langue de la minorité¹⁶⁵. En outre, le paragraphe 16(3) déclare que la Charte « ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais ». À la différence de l'article 23, le paragraphe 16(3) ne crée pas de droit positif à la progression vers l'égalité des résultats. Néanmoins, l'effet de ces deux dispositions est d'établir la légitimité

163. *Id.*, 7.

164. P. Hogg, *supra*, note 31, p. 84.

165. *Id.*, p. 63.

mité constitutionnelle d'un traitement inégal qui a pour objet la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais. En d'autres termes, dans le cadre du but de la protection de la diversité linguistique, la Constitution canadienne semble tolérer l'inégalité marginale en vue de l'atteinte d'une égalisation globale. En premier lieu, l'égalité visée dans ce contexte est l'égalité de résultat parmi les groupes linguistiques. En outre, dans la mesure où l'approximation d'une telle égalité a pour effet de réduire les possibilités de domination d'un groupe linguistique par un autre, elle semble aussi être destinée à contribuer à l'égalisation des chances des membres du groupe linguistique à l'encontre duquel il y eut une discrimination et des tentatives de subordination.

Finalement, en dehors du domaine des droits à l'égalité des divers groupes linguistiques, il faut mentionner le paragraphe 15(2) de la Constitution du Canada qui précise que le paragraphe 15(1) — qui garantit à tous «la même protection» et le «même bénéfice de la loi» — n'a pas pour effet «d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés...». Comme le paragraphe 16(3), le paragraphe 15(2) ne confère pas de droit positif à l'égalité de résultat, mais il autorise — par rapport à un domaine apparemment beaucoup plus large que celui auquel s'adresse le paragraphe 16(3) — le traitement inégal en vue d'une égalisation des résultats.

Le paragraphe 15(2) confère explicitement la légitimité constitutionnelle à l'action positive¹⁶⁶, et permet ainsi à la Constitution canadienne, contrairement à celle des États-Unis, de surmonter l'incertitude à ce sujet. Néanmoins, dans la mesure où le paragraphe 15(2) s'adresse aux programmes destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés «du fait de leur race..., de leur religion, de leur sexe...,» etc., il semble logique de l'interpréter comme autorisant l'action positive non pour arriver à l'égalité des résultats en général, mais seulement pour dédommager les victimes à l'encontre desquelles il y eut une discrimination illícite. Si cette interprétation est correcte, le but légitime de l'action positive serait d'établir ou de rétablir l'égalité des chances plutôt que d'atteindre l'égalité des résultats. En somme, donc, il est possible qu'en dehors du domaine limité des droits linguistiques, la Constitution du Canada ne confère pas de droits à l'égalité des résultats, à moins que ces derniers ne constituent une précondition à la réalisation des droits à l'égalité des chances¹⁶⁷.

166. *Id.*, p. 52.

167. On pourrait conférer une interprétation similaire à la Charte du Québec.

4. Les droits constitutionnels à l'égalité et l'égalité des chances

Si l'on est convaincu qu'un manque de biens exclut la possibilité d'atteindre l'égalité des résultats à l'échelle globale, on peut justifier l'adhésion à l'égalité des chances comme le moyen essentiel pour arriver à la satisfaction du postulat de l'égalité. Envisagées d'une telle perspective, l'égalité des chances en vue d'obtenir une éducation dont la fonction serait de développer les aptitudes et les intérêts individuels, et l'égalité des chances en vue de faire la concurrence pour les emplois que des candidats postulent dans l'espoir d'être en mesure de mieux pouvoir réaliser leur plan de vie, ont tendance à acquérir une importance fondamentale. En outre, étant donné la dialectique de l'égalité des chances et de l'égalité des résultats, un idéal fondé sur l'égalité des chances peut justifier la poursuite de l'égalité des résultats dans le contexte de l'allocation de certains biens. En effet, la réalisation de cette dernière égalité pourrait être une condition nécessaire à la réalisation d'une égalité des chances plus englobante, et pourrait ainsi, en fin de compte, contribuer à la justification d'une inégalité des résultats plus étendue. Ainsi, par exemple, une véritable égalité des chances afin d'obtenir des emplois rares pourrait très bien dépendre de l'atteinte d'un certain niveau d'éducation par tous les candidats qui postulent les emplois dont il est question. Dans de pareils cas, le principe de l'égalité des chances semblerait exiger que tous ceux qui désirent se présenter comme candidats pour de tels emplois puissent également bénéficier de l'instruction nécessaire afin d'atteindre le niveau d'éducation requis pour pouvoir réussir au concours pour les emplois qu'ils postulent.

Bien que les décisions de la Cour suprême des États-Unis à ce sujet manquent parfois de consistance, on peut toutefois interpréter la Constitution américaine comme adoptant l'idéal de l'égalité des chances¹⁶⁸. De même, comme le suggère notre discussion ci-dessus, il semble raisonnable d'interpréter les droits à l'égalité reconnus par la Constitution du Canada comme soutenant l'idéal de l'égalité des chances. En effet, même l'article 36 qui, à première vue du moins, semble fournir le plus grand support à la thèse selon laquelle la Constitution du Canada aspirerait à la réalisation éventuelle de l'égalité des résultats, énonce que les gouvernements fédé-

Voir, par exemple, L.R.Q. ch. C-12, 45 et 86.1.

168. Voir Wilkinson, *The Supreme Court, the Equal Protection Clause and the Three Faces of Constitutional Equality*, 61 VA. L. REV. 945, 984 (1975).

ral et provinciaux s'engagent à «promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être» et à «favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances»¹⁶⁹. En outre, même les articles 16 et 23 qui, comme nous l'avons déjà indiqué, justifient les programmes qui ont pour but d'établir une égalité des résultats dans le domaine des droits linguistiques, peuvent être, en fin de compte, interprétés comme faisant partie d'un plan constitutionnel général dont le but essentiel serait l'implantation de l'égalité des chances. Ainsi, l'on pourrait soutenir la thèse que l'égalité des résultats quant aux droits linguistiques est nécessaire pour garantir l'égalité des chances d'obtenir les emplois importants et les positions les plus élevées dans la hiérarchie sociale, économique et politique. En d'autres termes, les droits à l'égalité des résultats dans le domaine de la langue seraient au fond nécessaires pour éviter la domination d'un groupe linguistique par un autre, et en conséquence d'une telle domination, l'implantation de l'inégalité des chances dans le contexte des concours pour obtenir les postes les plus convoités.

En ce qui concerne la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, elle semble viser en partie l'égalité des résultats et en partie l'égalité des chances. Ainsi l'article 40 qui confère à chacun un droit à l'instruction publique gratuite, et l'article 45 qui confère à chacun un droit à des mesures «d'assistance financières et des mesures sociales ... susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent», semblent avoir pour but l'atteinte d'une égalité des résultats. D'autre part, les articles 19 et 20 qui permettent le traitement inégal fondé sur l'expérience ou le mérite et la préférence ou l'exclusion fondée sur les aptitudes ou les qualités requises par un emploi semblent susceptibles d'être justifiés à partir du principe de l'égalité des chances. En outre, il semble valable de soutenir la thèse qu'en dehors du domaine étroit de certains besoins essentiels tels ceux qui sont l'objet de l'article 45, les droits à l'égalité conférés par la Charte des droits du Québec découlent du principe de l'égalité des chances. Vu sous cette perspective, un droit tel celui à l'instruction publique gratuite conféré par l'article 40 serait un droit à une égalité des résultats qui est rendue nécessaire par — et qui demeure subordonnée à — la poursuite de l'égalité des chances au sein de sphères importantes, telle la sphère d'allocation des emplois visée par les articles 19 et 20. Conformément à cette interprétation, les programmes d'accès à l'égalité, ainsi que l'indique

169. *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, 36(1).

l'article 86, dans la mesure où ils ont pour objet «de corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination dans l'emploi, ainsi que dans les secteurs de l'éducation...»¹⁷⁰, sembleraient aussi susceptibles d'être en fin de compte justifiés à partir du principe de l'égalité des chances.

En somme, l'analyse précédente semble mener à la conclusion que dans une mesure très importante les constitutions du Canada et des États-Unis ainsi que la Charte du Québec instituent des droits à l'égalité dont la légitimité est fondée sur l'adhésion au principe de l'égalité des chances. En particulier ceci semble jouer dans le cas des sphères de justice qui comprennent les domaines d'allocation pour l'éducation et pour les emplois. En outre, ces derniers domaines d'allocation occupent une place particulièrement importante au sein de la controverse au sujet de la justification de l'action positive, dans la mesure où les arguments les plus passionnés en faveur de l'action positive ainsi que les objections les plus véhémentes contre elle sont le plus souvent exprimés dans le contexte de ces domaines. En vue de ceci, et en vue de la convergence des constitutions dont nous avons discuté vers le principe de l'égalité des chances dans le contexte de ces domaines, il semble utile d'entreprendre une brève analyse du traitement accordé par la Cour suprême des États-Unis à l'action positive dans le cadre des droits à l'égalité reconnus par la Constitution américaine.

5. Le traitement judiciaire de l'action positive dans le cadre de la constitution des États-Unis

Étant donné l'intensité du débat américain sur la légitimité de l'action positive¹⁷¹, il est surprenant que la Cour suprême n'ait abordé de face le problème de la constitutionnalité de l'action positive qu'en deux occasions. La première fut en 1978, lors de la décision de l'affaire *Regents of the University of California c. Bakke*¹⁷², au cours de laquelle la question de la constitutionnalité de l'action positive fut seulement abordée par cinq des neuf juges de la Cour suprême. Deux ans plus tard, la question fut cependant carrément adressée par tous les membres de la cour, lors de l'affaire *Fullilove*

170. L.R.Q., ch. C-12, 86.1.

171. Voir *supra*, note 1.

172. 438 U.S. 265 (1978).

c. *Klutznick*¹⁷³. En outre, certaines autres décisions de la Cour suprême au sujet de la validité de programmes d'action positive en dehors du contexte du droit constitutionnel sont aussi en mesure de contribuer à la compréhension du traitement constitutionnel accordé à cette question difficile¹⁷⁴. Néanmoins, même en prenant en considération toutes ces décisions, il serait difficile de préciser la portée et les limites constitutionnelles de l'action positive dans le cadre de la Constitution des États-Unis. L'analyse de ces décisions est donc plus utile pour illustrer la problématique de l'action positive que pour découvrir les limites de sa justification constitutionnelle.

Dans l'affaire *Bakke*, le demandeur récusait le programme spécial d'admission à la faculté de médecine de l'université d'État de la Californie, établi pour assurer l'admission en faculté d'un nombre spécifique de candidats noirs ou appartenant à d'autres groupes minoritaires. Selon ce programme, seize des cent places réservées annuellement pour de nouveaux étudiants à la faculté de médecine devaient être remplies par des candidats appartenant à un groupe minoritaire¹⁷⁵. Tous les candidats, qu'ils appartiennent à un groupe minoritaire ou non, avaient droit d'autre part à participer également au concours d'entrée pour les quatre-vingt-quatre places restantes¹⁷⁶. Le demandeur, Alan Bakke, un candidat blanc, fut refusé à l'admission à la faculté de médecine après avoir obtenu au concours d'entrée des résultats inférieurs à ceux des candidats qui réussirent à obtenir l'une des quatre-vingt-quatre places ouvertes à tous, mais supérieurs à plusieurs des candidats qui réussirent à obtenir l'une des seize places réservées aux membres de groupes minoritaires¹⁷⁷. Bakke alléga qu'à cause de l'exécution du programme spécial d'admission, sa candidature avait été rejetée à cause de sa race, ce qui représentait une infraction contre son droit constitutionnel à la protection égale de la loi¹⁷⁸.

Le programme spécial d'admission de la faculté de médecine avait plusieurs buts différents. Certains de ces buts relevaient de la justice distributive alors que d'autres, du moins en partie, de la jus-

173. 448 U.S. 448 (1980).

174. Voir, par exemple, *Firefighters' Local Union No. 1784 c. Stotts*, 104 S. Ct. 2576 (1984).

175. 438 U.S. 265, 305.

176. *Id.*, pp. 276, 289, 305.

177. *Id.*, pp. 276-77.

178. *Id.*, p. 270.

tice compensatrice; certains étaient conformes à un idéal d'assimilation, d'autres, à la préservation des différenciations entre groupes divers. L'un de ces buts consistait à établir l'intégration raciale au sein de la profession médicale¹⁷⁹, c'est-à-dire un but nettement distributif et d'assimilation. Un autre but était de contrecarrer la discrimination¹⁸⁰, c'est-à-dire un but relevant surtout de la justice compensatrice, mais aussi dans une certaine mesure de la justice distributive. Encore un autre but qui consistait à produire une augmentation du nombre de médecins qui seraient disposés à offrir leurs services dans des communautés mal desservies¹⁸¹, était révélateur d'une sensibilité envers les différences culturelles et d'une conscience des effets causés par la ségrégation raciale des lieux de résidence. En outre, il semble fort possible que ce dernier but avait comme origine le désir d'égaliser, au sein de chaque groupe, la proportion des médecins accessibles par rapport au nombre d'individus qui font partie du groupe; et à travers l'égalisation relative au groupe, de produire pour chaque individu quelque soit son groupe, un accès égal aux services d'un médecin. Enfin, le programme spécial d'entrée relevait d'un autre but qui n'était pas du même ordre que les autres. Ce but consistait à allouer les bénéficiaires d'une instruction à la faculté de médecine à un groupe d'étudiants dont la composition raciale et ethnique soit suffisamment diverse afin de pouvoir enrichir le milieu d'éducation dont il est question¹⁸². Tous ces buts, sauf le dernier, semblaient bien disposés à contribuer à la réalisation des fins du postulat de l'égalité. Le dernier but, par contre, pouvait vraisemblablement être justifié à partir d'un certain idéal de la bonne éducation, mais il semble n'avoir eu aucun rapport avec la notion d'égalité.

Tous les cinq juges de la Cour suprême des États-Unis qui abordèrent la question de la constitutionnalité de l'action positive au cours de leur décision dans l'affaire *Bakke* furent d'accord pour reconnaître que l'action positive, sous une forme ou une autre, était susceptible d'une justification constitutionnelle. Néanmoins, ces cinq juges ne furent d'accord ni sur les circonstances qui justifient l'action positive ni sur les limites constitutionnelles de sa portée. Ainsi, l'un des cinq juges déclara que l'action positive ne peut être justifiée que dans le cadre étroit de la poursuite de la diversité

179. *Id.*, p. 306.

180. *Id.*

181. *Id.*

182. *Id.*

raciale et ethnique parmi les étudiants en médecine, pourvu qu'il n'y ait pas d'effort d'établir des barèmes déterminés à l'avance¹⁸³. Les quatre autres juges, par contre, donnèrent preuve d'une vue beaucoup plus étendue de la justification constitutionnelle de l'action positive en se fondant en partie sur des considérations de la justice distributive et en partie sur des considérations de la justice compensatrice¹⁸⁴.

Le premier juge, M. Powell, conclut que les droits constitutionnels à la protection égale de la loi auxquels avait droit M. Bakke avaient été violés par l'exclusion de ce dernier de la concurrence pour les seize places réservées aux candidats minoritaires. En effet, selon M. Powell, le demandeur M. Bakke avait été exclu de la concurrence pour ces seize places seulement à cause de sa race, et ainsi bien qu'innocent de toute action discriminatoire ou raciste, il avait été forcé d'assumer la charge de dédommager les victimes d'un tort commis envers un groupe minoritaire¹⁸⁵. Étant donné que le droit constitutionnel à l'égalité aux États-Unis protège l'individu et non le groupe, un individu innocent, tel M. Bakke, ne devait pas être involontairement chargé de sacrifier son espoir de devenir médecin au bénéfice d'un groupe envers lequel il n'avait commis aucun mal.

Malgré l'opposition de M. Powell contre le sacrifice des droits de l'individu à ceux du groupe, il n'exclut pas la possibilité d'accorder une légitimité constitutionnelle à certains programmes d'action positive. En effet, il trouva que l'université possédait un intérêt légitime à attirer un groupe d'étudiants marqué par la diversité raciale et ethnique qui fournissait une justification suffisante pour permettre l'utilisation consciente des différences raciales au cours d'un processus d'admission, pourvu que chaque candidat soit considéré en tant qu'individu et non seulement en tant que représentant d'un groupe racial ou ethnique¹⁸⁶. Il faut signaler, cependant, que l'objectif d'arriver à la diversité raciale et ethnique des étudiants semble devoir se heurter à toute politique fondée sur l'adhésion à l'égalité des chances pour tous les candidats. En outre, si l'on justifie l'utilisation des différences raciales dans le but d'obtenir la diversité parmi les étudiants, il semble difficile d'éviter la manipulation de telles différences en vue de limiter l'entrée en faculté des

183. *Id.*, pp. 315-319.

184. *Id.*, p. 369.

185. *Id.*, p. 298.

186. *Id.*, pp. 315-319.

membres de certains groupes ethniques ou raciaux. Ainsi, par exemple, si une proportion relativement élevée des membres d'un groupe ethnique donné réussissait à entrer à la faculté de médecine d'une université d'État exclusivement à la base d'un concours d'entrée, l'université en question pourrait vraisemblablement causer une réduction significative de la proportion des membres de ce groupe pour des raisons répréhensibles tout en dissimulant ses intentions réelles sous la prétention de vouloir augmenter la diversité parmi ses étudiants. En somme, le but de différenciation qui se trouve à la base du désir de diversité parmi les étudiants risque non seulement de contredire le principe de l'égalité des chances, mais aussi de brouiller la différence entre la prise en considération des différences raciales dans le contexte d'une acceptation des autres avec toutes leurs différences en tant qu'égaux et dans le tout autre contexte de la mise en oeuvre d'un plan dont l'objet est de réduire les membres de certaines races à une position d'infériorité¹⁸⁷.

Contrairement à M. Powell, les quatre autres juges qui abordèrent la question constitutionnelle soulevée par l'affaire *Bakke*, conclurent que le programme spécial d'entrée de la faculté de médecine pouvait être justifié conformément au droit constitutionnel à la protection égale de la loi. Selon ces quatre juges, le groupe qui était en mesure de subir le désavantage le plus marqué à cause de l'implantation du programme spécial d'entrée était la classe des candidats blancs tels M. Bakke. Le traitement différent de cette classe, cependant, n'avait pas l'effet de réduire ses membres à une position d'inférieurs ou à les stigmatiser dans leurs rapports sociaux¹⁸⁸. En outre, selon ces juges, le programme spécial d'admission avait comme but final la réalisation de l'égalité des chances pour tous, un but qui «ne peut pas être réalisé au moyen de la neutralité à cause des effets de la discrimination du passé et de celle du présent»¹⁸⁹.

Le but de la réalisation de l'égalité des chances est d'ordre distributif, mais il ne fournit pas de lui-même une justification constitutionnelle au traitement préférentiel accordé aux groupes minoritaires par le programme spécial d'admission dont il fut question dans l'affaire *Bakke*. Selon les quatre juges, il ne suffit pas que les groupes minoritaires soient continuellement sous-représentés dans la profession médicale — ce qui indique que la probabilité qu'un

187. Voir R. Fullinwider, *supra*, note 1, p. 82.

188. 438 U.S. 265, 359.

189. *Id.*, p. 371.

membre d'un tel groupe devienne médecin est beaucoup inférieure à celle d'un blanc — car il faut pouvoir démontrer qu'une telle sous-représentation constitue l'effet d'une discrimination à l'encontre du groupe minoritaire dont il est question dans le passé. Ainsi, dans l'opinion des quatre juges, un État a le droit d'adopter un programme de traitement préférentiel fondé sur des différences raciales dans le but d'«éliminer l'effet disparate sur les races différentes produit par la discrimination dans le passé»¹⁹⁰. Dans la mesure où la constitutionnalité de l'action positive dépend de la preuve d'une discrimination passée à l'encontre de ses bénéficiaires, elle semble exiger une certaine justification dérivée du principe de la justice compensatrice. Dans la mesure où, par ailleurs, elle dépend de l'existence d'un plan pour combattre les désavantages éprouvés par les membres de certains groupes dans le cadre de la concurrence pour entrer à la faculté, elle relève d'un élément distributif — qui est rendu manifeste par le fait que le traitement préférentiel peut être légitimement accordé à un individu qui est membre d'un groupe lésé même s'il n'a pas personnellement été l'objet d'une action illicite¹⁹¹. En somme, selon les critères employés par les quatre juges, la constitutionnalité d'un programme d'action positive dépend d'une combinaison d'éléments distributifs et d'éléments compensateurs, ce qui exclut la possibilité de justifier un programme dont le but est purement distributif ou purement compensateur.

Les quatre juges rejetèrent d'une manière plutôt sommaire, l'argument de M. Bakke, à savoir, qu'il était devenu la victime innocente injustement chargée d'assumer le fardeau de la compensation à l'égard d'un groupe auquel il n'avait fait aucun tort. Dans l'opinion de ces juges, «il est raisonnablement clair que si ce n'était pas à cause de la discrimination répandue partout, M. Bakke aurait échoué au concours d'entrée, même en l'absence de l'existence d'un double programme d'admission»¹⁹². Si cette observation est correcte, M. Bakke ne semble pas avoir de revendication légitime, dans la mesure où il ne peut pas y avoir de justification à exiger le maintien des bénéfices illicites reçus en conséquence d'une discrimination passée à l'encontre de ceux qui sont maintenant favorisés par le double programme d'admission. Néanmoins, dans la mesure où l'on peut concevoir théoriquement

190. *Id.*, p. 369.

191. *Id.*, p. 363.

192. *Id.*, pp. 365-66.

qu'un candidat blanc qui est innocent eut pu être exclu dans le cadre d'un plan d'action positive alors qu'il aurait certainement réussi en l'absence de ce plan et en l'absence de toute discrimination passée en faveur des blancs, le problème du blanc qui figure comme victime innocente de l'action positive reste à résoudre.

Du fait de leur refus de percevoir M. Bakke en tant que victime authentique, les quatre juges ne semblent pas avoir considéré nécessaire d'analyser le programme spécial d'admission en fonction des rapports qu'il avait tendance à établir entre les intérêts de l'individu et ceux du groupe. Toutefois, certaines limites constitutionnelles découlant de la nature de ces rapports sont implicitement suggérées par la décision qu'un plan d'action positive possède une justification constitutionnelle s'il a pour objet d'éliminer les effets présents d'une discrimination qui a eu lieu dans le passé. Étant donné que le but d'un tel plan d'action positive n'est pas limité exclusivement à la compensation des individus qui furent personnellement visés par des actes concrets de discrimination, mais qu'il a aussi comme objet d'établir une préférence distributive envers tous les membres du groupe à l'encontre duquel il y eut la discrimination, il semble raisonnable de supposer que l'imposition judiciaire de la nécessité de démontrer qu'une telle discrimination eut lieu dans le passé découle principalement d'une préoccupation concernant les intérêts du groupe. L'élément distributif du critère constitutionnel de la légitimité de l'action positive, d'autre part, semble relever de préoccupations au sujet des intérêts de groupe aussi bien que de ceux de l'individu. Ainsi, dans la mesure où le but distributif est d'égaliser la proportion de la représentation du groupe à l'encontre duquel il y eut une discrimination dans le passé au sein de la profession médicale, il semble affecté d'une préoccupation pour les intérêts du groupe. Dans la mesure, cependant, où ce but distributif est d'égaliser les probabilités de succès des individus quelque soit le groupe auquel ils appartiennent — vu que la discrimination a eu l'effet de réduire les chances de réussite des candidats noirs, et vu que l'objet d'un traitement préférentiel est supposé être l'élimination des désavantages injustes causés par une telle réduction des chances — il semble nettement relever d'une préoccupation concernant les intérêts de l'individu.

L'effet produit par la juxtaposition des égalités et des inégalités relatives à un plan de traitement préférentiel qui a pour objet de remédier aux effets présents causés par la discrimination dans le passé est fort complexe. Dans le contexte de l'affaire *Bakke*, la discrimination dans le passé avait consisté à traiter les noirs de façon inégale à cause de leur race, et plus précisément à refuser d'accor-

der aux noirs une égalité des chances formelle. En effet, pendant une certaine époque aux États-Unis, il était interdit par la loi, sous peine de sanction criminelle, d'éduquer un noir¹⁹³. Par conséquent, les noirs ne furent pas capables d'obtenir le minimum nécessaire d'éducation afin de pouvoir réellement participer aux concours pour obtenir les emplois les plus convoités, et la probabilité de leur chances de réussite fut donc radicalement réduite. En d'autres termes, la privation par l'État de leur égalité des chances au moyen de l'élimination systématique de (la possibilité de) l'égalité de leurs moyens, mena éventuellement à la réduction progressive de l'égalité des chances dans le sens de l'égalité de probabilité (de réussite) des noirs en tant que groupe. En outre, l'inégalité de la probabilité de réussite au niveau du groupe semble mener inévitablement à l'inégalité des résultats au même niveau, ce qui veut dire que la proportion des noirs qui ont un emploi alloué à la suite d'un concours est de beaucoup inférieure à la proportion du nombre de noirs dans la population totale.

Le simple abandon par l'État d'une politique de discrimination rétablit l'égalité des chances formelle (dans le sens d'une égalité des moyens), mais ne fait que prolonger l'inégalité des chances — dans le sens de l'inégalité des probabilités — et les inégalités de résultat en ce qui concerne les individus aussi bien qu'en ce qui concerne les groupes. Le traitement préférentiel, d'autre part, établit une inégalité des chances — dans les deux sens de l'inégalité des moyens et l'inégalité des probabilités — en ce qui concerne les individus. De plus, il tend à produire l'égalité des chances — dans le sens de l'égalité des probabilités — ainsi que l'égalité des résultats en ce qui concerne les groupes.

Si l'on ne maintient pas une perspective historique, ou si l'on ne tient pas compte de l'équilibre entre les égalités et les inégalités, il semble fort improbable que l'on puisse évaluer la légitimité d'un plan de traitement préférentiel d'une manière correcte ou équitable. D'autre part, il semble évident que l'on peut facilement faire appel aux passions irrationnelles et provoquer la controverse en isolant certaines égalités et inégalités données et en les présentant en dehors du contexte au sein duquel elles opèrent. Ainsi, par exemple, si l'on isole l'inégalité des chances — dans le sens de l'inégalité des probabilités — accordée par les programmes de traitement préférentiel aux individus, et l'égalité des résultats conférée par ces mêmes programmes aux groupes, on risque fort de provoquer la

193. *Id.*, p. 371.

controverse et de créer l'impression que de tels programmes sont injustes. Ces réactions probables s'expliquent du fait que lorsque les égalités et les inégalités en question sont considérées en dehors du milieu dans lequel elles opèrent, elles semblent contredire le principe de l'égalité des chances. Vues d'une perspective historique dans leur contexte socio-politique, comme étant des contremesures prises pour neutraliser d'autres égalités et inégalités, cependant, les égalités et les inégalités mentionnées ci-dessus risquent fort d'être perçues comme les attributs nécessaires d'un plan systématique chargé de rétablir une égalité des chances authentique¹⁹⁴.

En somme, l'opinion des quatre juges, qui furent d'accord pour reconnaître que le programme d'action positive dont il était question dans l'affaire *Bakke* était constitutionnel, précise que le traitement préférentiel est susceptible d'une justification constitutionnelle si sa fonction est de remédier les effets actuels d'une discrimination qui a eu lieu dans le passé. Leur opinion, cependant, ne justifie pas leurs conclusions d'une manière systématique. Comme nous le verrons ci-dessous, il est possible d'élaborer une telle justification¹⁹⁵. En outre, l'opinion de ces quatre juges ne suggère pas de solution au problème de la «victime blanche innocente», ou à celui d'établir un équilibre constitutionnel entre les intérêts de l'individu et ceux du groupe.

Deux ans après l'affaire *Bakke*, lors de sa décision dans l'affaire *Fullilove c. Klutznick*¹⁹⁶, la Cour suprême des États-Unis déclara qu'un programme d'action positive implanté pour remédier aux inégalités qui découlent des effets actuels de la discrimination dans le passé était susceptible d'une justification constitutionnelle¹⁹⁷, et discuta le problème de la «victime blanche innocente»¹⁹⁸. Le programme d'action positive à la base de la controverse dans l'affaire *Fullilove* relevait, cependant, d'une portée beaucoup moins étendue que celle du programme dont il fut question dans l'affaire *Bakke*. En effet, selon le programme dont il fut question dans l'affaire *Fullilove*, seuls avaient droit de recevoir un traitement préférentiel les membres d'un groupe minoritaire qui avaient été personnellement lésés en conséquence d'une discrimination passée à

194. Voir *infra*, pp. 80-84.

195. Voir *infra*, pp. 78-84.

196. 448 U.S. 448 (1980).

197. *Id.*, pp. 475, 477-78.

198. *Id.*, p. 484.

leur rencontre¹⁹⁹. Ainsi, bien que la décision dans l'affaire *Fullilove* fournisse une déclaration plus claire que celle de l'affaire *Bakke* en faveur de la constitutionnalité de l'action positive, elle ne s'adresse pas vraiment aux problèmes constitutionnels soulevés par le traitement préférentiel accordé à des individus du seul fait qu'ils appartiennent à un groupe à l'encontre duquel il y eut une discrimination.

Le programme d'action positive dont il était question dans l'affaire *Fullilove* faisait partie d'un plan pour la distribution de fonds par le gouvernement fédéral aux gouvernements municipaux en vue de la réalisation de certains travaux publics²⁰⁰. Il était prévu que ces travaux seraient effectués par des firmes privées choisies au moyen d'un concours. Chaque firme privée qui désirait participer à un tel projet devait soumettre son offre aux autorités gouvernementales en charge du projet. Les firmes qui avaient soumis les offres les moins onéreuses avaient droit d'être choisies pour participer au projet dont il était question²⁰¹. Le gouvernement fédéral avait cependant précisé qu'il ne distribuerait pas de fonds pour un projet à moins que dix pour cent des travaux à effectuer pour compléter ce projet soit accordé à des firmes appartenant à des membres de certains groupes minoritaires²⁰². Pour assurer une participation suffisante par de telles firmes, les autorités gouvernementales en charge d'un projet devaient — s'il était autrement impossible d'atteindre ces dix pour cent — engager de telles firmes même si ces dernières n'avaient pas soumis les offres les moins onéreuses, pourvu que les différences entre leurs offres et celles qui étaient moins coûteuses puissent être expliquées en fonction d'augmentations de frais découlant des effets actuels d'une discrimination subie par les firmes minoritaires en question dans le passé²⁰³. Des firmes non-minoritaires subissaient apparemment un tort en conséquence de ce programme, dans la mesure où elles étaient exclues de la concurrence pour dix pour cent des fonds fédéraux alloués pour les projets de travaux publics dont il était question dans l'affaire *Fullilove*.

Selon la décision de la Cour suprême, la constitution permet l'implantation d'un remède pour éliminer les effets actuels d'une

199. *Id.*, p. 474.

200. *Id.*, pp. 454-57.

201. *Id.*

202. *Id.*, p. 454.

203. *Id.*

discrimination dans le passé, même si cela force une personne ou une firme innocente à «partager le fardeau» (*share in the burden*)²⁰⁴ imposé par la nécessité de dédommager les victimes à l'encontre desquelles a eu lieu une telle discrimination. En effet, même si l'on suppose que les firmes non-minoritaires qui souffrent un tort en conséquence de leur exclusion de la concurrence pour dix pourcent des fonds fédéraux, n'ont jamais tiré aucun bénéfice des actes illicites dont les effets sont visés par le programme d'action positive, ces firmes non-minoritaires ne jouissent cependant pas de droits constitutionnels à l'égalité qui puissent servir de barrière contre un tel programme d'action positive. Dans l'affaire *Fullilove*, le tort subi par les firmes non-minoritaires n'était pas suffisamment significatif dans la mesure où ces firmes n'étaient en effet exclues, à cause de l'implantation du programme d'action positive, que de 0.25% de la totalité des projets destinés à recevoir des fonds fédéraux²⁰⁵. Ainsi, si l'on compare les bénéfices et les inconvénients produits par l'exécution de ce programme d'action positive, il est évident que les premiers l'emportent de loin sur les derniers²⁰⁶.

Dans l'affaire *Fullilove*, la simple comparaison entre les bénéfices et les inconvénients produits par le programme d'action positive semble suffisante étant donné que l'inéquité dont avaient soufferte les firmes non-minoritaires n'était que «marginale»²⁰⁷. Dans d'autres cas, où l'inéquité soufferte par la «victime innocente» d'un programme d'action positive serait plus significative, cependant, une simple comparaison entre les ordres de magnitude des bénéfices et des inconvénients produits par un tel programme semblerait insuffisante. En effet, de fonder une décision exclusivement sur une telle comparaison risquerait fort de violer les droits qu'ont les «victimes innocentes» d'être traitées comme des égaux. Dans la mesure où les droits constitutionnels à l'égalité dépendent d'une adhésion au postulat de l'égalité, donc, le résultat dans l'affaire *Fullilove* n'est pas en mesure d'indiquer quelles sont les limites constitutionnelles légitimes des programmes d'action positive qui ont l'effet de produire des victimes innocentes auxquelles ils imposent des inéquités d'ordre significatif.

En somme, aux États-Unis la portée et les limites constitutionnelles de l'action positive n'ont pas été encore précisément

204. *Id.*, p. 484.

205. *Id.*, pp. 484-85.

206. *Id.*, p. 515.

207. *Id.*

définies par la Cour suprême. Néanmoins, l'analyse précédente permet de dégager les trois problèmes principaux que toute théorie cohérente des limites constitutionnelles de l'action positive doit aborder de face: à savoir, le rapport entre les buts distributifs et les buts compensateurs, l'équilibre entre les intérêts du groupe et ceux de l'individu, et le tort causé par un programme d'action positive à un membre innocent du groupe qui n'a pas droit à un traitement préférentiel. Bien que la Cour suprême n'ait pas jusqu'à présent énoncé de solution cohérente ou systématique à ces problèmes, l'analyse de l'équilibre entre les égalités et les inégalités engendrées par l'action positive permet d'entrevoir certaines voies qui pourraient mener à de telles solutions. Ce qui reste à faire, donc, c'est d'explorer ces problèmes plus à fond, en fonction des aperçus philosophiques et constitutionnels obtenus au cours de la discussion précédente.

TROISIÈME PARTIE — LA JUSTIFICATION PHILOSOPHIQUE ET CONSTITUTIONNELLE DE L'ACTION POSITIVE

1. La connexion entre l'action positive, l'égalité des chances et la justice compensatrice

En fin de compte, l'action positive ne peut être systématiquement justifiée que dans le contexte d'un milieu socio-politique où l'adhésion au postulat de l'égalité mène à l'adoption du principe de l'égalité des chances. D'autre part, au cas où l'on pourrait atteindre l'égalité des résultats du fait qu'il n'y aurait pas de manque des biens à distribuer, l'action positive serait ou bien superflue — dans le sens qu'il semblerait complètement futile d'établir des préférences pour certains membres de la société lorsqu'il est possible d'accorder à chacun ce qu'il désire — ou carrément injuste — dans la mesure où son rôle principal serait de soutenir un système qui produit un manque artificiel afin de préserver certains rapports de subordination dans des circonstances où l'abondance est à la portée de chacun²⁰⁸. Enfin, au sein des milieux socio-politiques où l'on

208. Voir *supra*, p. 18.

ne considère ni l'égalité des résultats ni l'égalité des chances comme étant légitimes, l'action positive manquerait tout à fait de force morale. En effet, en l'absence d'une adhésion au postulat de l'égalité, il n'y aurait pas de nécessité morale de traiter les individus comme des égaux, et il n'y aurait donc *a priori* aucune contrainte morale contre la préférence de n'importe quel individu ou n'importe quel groupe sur n'importe quel autre²⁰⁹.

Le lien le plus évident entre l'action positive et le principe de l'égalité des chances découle du fait qu'ils sont tous les deux justifiés dans le contexte du manque d'un bien à distribuer au sein d'une société qui respecte le postulat de l'égalité. En dehors de ceci, cependant, l'action positive pourrait sembler, à première vue, contredire l'idéal de l'égalité des chances. Ainsi, par exemple, l'égalité des chances semblerait exiger que les emplois rares soient seulement distribués à ceux qui soient en mesure de démontrer qu'ils possèdent plus de talent que les autres candidats²¹⁰, alors qu'un programme d'action positive, par contre, exigerait probablement que d'autres facteurs que le talent, tels la race ou le sexe du candidat, jouent un rôle, et parfois même un rôle décisif, dans l'allocation des emplois en question²¹¹.

Bien que cette première impression soit fautive dans la mesure où elle ne tient pas du tout compte de l'histoire, elle est néanmoins utile car elle fait ressortir deux points importants. Premièrement, à partir d'une perspective dirigée exclusivement vers l'avenir, l'établissement d'un système de distribution fondé sur le principe de l'égalité des chances n'est pas en mesure de justifier l'adoption d'un programme d'action positive. Deuxièmement, certains attributs tels la race ou le sexe, par opposition à d'autres tels les capacités intellectuelles, les talents naturels ou l'entraînement professionnel, ne sont pas généralement considérés pertinents dans le cadre d'une distribution de biens rares selon le principe de l'égalité des chances. Ainsi, si l'on veut justifier un traitement préférentiel fondé sur des différences raciales ou de sexe, l'on devrait trouver un moyen de justification qui soit du moins en partie axé sur le passé.

209. C'est-à-dire, plus précisément, aucune contrainte découlant de considérations fondées sur la notion d'égalité. Il est bien entendu possible qu'il y ait de telles contraintes fondées sur d'autres principes, tels des principes politiques, éthiques ou religieux où l'égalité ne figure pas du tout, ou du moins où elle ne figure qu'en un rôle tout à fait subordonné.

210. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, pp. 26-28.

211. Voir, par exemple, *United Steelworkers of America c. Weber*, 443 U.S. 193, 199 (1979).

Un système d'allocation fondé sur le principe de l'égalité des chances, s'il fonctionne correctement, ne justifie pas l'adoption de programmes d'action positive. Paradoxalement, cependant, si un tel système cesse de fonctionner correctement pendant une période de temps, qui est suffisamment longue pour permettre des changements significatifs dans la distribution des moyens nécessaires pour réussir et dans les probabilités de réussite d'un grand nombre d'individus, l'adoption provisoire d'un plan d'action positive pourrait s'avérer comme le meilleur moyen pour rétablir la probité du système en question. L'exemple le plus clair et le moins polémique que l'on puisse mentionner à ce sujet est celui du besoin d'accorder un traitement préférentiel à une victime à l'encontre de laquelle il y eut une discrimination dans le passé²¹². Dans le cas le plus fort, la victime en question serait le candidat qui aurait sans doute réussi à obtenir le poste pour lequel il avait concurrencer, s'il n'y avait eu aucune discrimination à son encontre. En outre, la meilleure manière de dédommager une telle victime du tort qu'elle a subi serait de lui accorder le même poste dont elle avait été injustement privée, ou si cela n'était plus possible, un autre poste ressemblant autant que possible à ce dernier²¹³. Dans ce cas, l'action positive est mise au service exclusif de la justice compensatrice, dans une situation où les fins de cette dernière jouissent d'une priorité nette sur l'exécution des préceptes de la justice distributive. En effet, ce cas semble fournir un exemple particulièrement clair de la nécessité d'une suspension provisoire de l'application des règles de la justice distributive dans le but même de soutenir la probité de cette dernière à long terme²¹⁴.

Bien que l'on ait considéré l'action positive, dans le sens étroit de fournir une compensation en nature aux victimes à l'encontre desquelles il y eut une discrimination dans le passé, comme si elle consistait à établir une préférence à la base de différences telles celles de race ou de sexe²¹⁵, ceci n'est pas strictement correct. En effet, ce n'est pas à cause de sa race ou de son sexe qu'une telle victime a droit à une compensation en nature. C'est plutôt parce qu'elle a été personnellement traitée injustement, et parce que la compensation en nature semble être plus appropriée pour la remet-

212. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, pp. 93-120.

213. Voir *supra*, pp. 26-28.

214. *Id.*

215. Voir, par exemple, *Fullilove c. Klutznick*, 448 U.S. 448, 525 n. 4 (1980).

tre, autant que possible, dans la position qu'elle aurait occupée si elle n'avait pas été traitée de façon injuste.

Du point de vue de la victime à l'encontre de laquelle il y eut une discrimination au niveau du concours pour un emploi, l'action positive, dans le sens étroit, semble être la meilleure mesure possible de compensation. En ce qui concerne d'autres victimes, cependant, une forme aussi limitée de l'action positive paraît être largement insuffisante. Ainsi, par exemple, le membre d'une minorité raciale qui a reçu une éducation inférieure à cause du racisme officiel risque fort de ne pas être suffisamment préparé pour réussir au concours pour l'emploi qu'il postule. Dans ce dernier cas, une compensation en nature, c'est-à-dire la chance de recevoir la même éducation que les membres de la race dominante risque fort d'être inadéquate. Ceci serait surtout le cas si une telle éducation demandait de nombreuses années d'études et si le membre de la minorité raciale dont il est question était un adulte devant gagner son pain pour nourrir sa famille²¹⁶. Par ailleurs, de simplement conférer l'emploi en question à une victime du racisme qui le postule par le moyen d'un traitement préférentiel, ne paraît pas justifié dans la mesure où — contrairement au cas où la personne éprouve la discrimination à son encontre lors du concours pour l'emploi — dans ce cas il n'est pas nécessairement raisonnable de supposer que la victime qui subit une discrimination à son encontre au niveau de l'éducation aurait obtenu l'emploi en question en l'absence d'une telle discrimination²¹⁷.

La discrimination systématique au niveau de l'éducation prive certains membres de la société d'outils qui sont indispensables pour tous ceux qui désirent concurrencer pour des emplois, et ainsi, comme la discrimination au niveau du concours pour ces postes, elle mine la probité de tout plan de distribution qui est fondé sur le principe de l'égalité des chances. En outre, cette probité est minée à cause de deux effets distincts: une perte de légitimité — qui découle du refus d'accorder l'égalité des chances à certains membres de la société — et une perte d'efficacité — qui est due à l'exclusion de certains individus possédant des aptitudes ou des talents supérieurs de l'accès aux emplois les plus convoités, du fait qu'ils ne possèdent pas certains outils essentiels pour pouvoir bien remplir les fonctions de ces emplois. Dans le cas du candidat qualifié pour l'emploi à l'encontre duquel il y a une discrimination au

216. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, pp. 127-28.

217. *Id.*, p. 130.

niveau du concours pour l'emploi en question, le fait de lui accorder cet emploi (ou un emploi similaire) en compensation ne risque pas de diminuer sérieusement l'efficacité du système de distribution des biens, même s'il a un certain effet négatif sur ce dernier. Dans le cas où les candidats ont été privés des outils nécessaires pour remplir les fonctions des emplois qu'ils postulent, par contre, le fait d'accorder de tels emplois en compensation à des candidats qui ne sont pas qualifiés pour les remplir risque d'avoir un effet négatif significatif sur le système de distribution, et risque aussi de réduire encore plus l'efficacité du fonctionnement déjà compromis de ce système²¹⁸.

Du point de vue de l'efficacité du système de distribution, il semble qu'il serait mieux d'éviter de dédommager les victimes qui ont été injustement traitées au niveau de l'éducation en leur accordant des postes pour lesquels elles ne sont pas suffisamment qualifiées. Du point de vue de la légitimité de ce système, cependant, il est fort possible qu'il soit insuffisant de compter exclusivement sur d'autres formes d'indemnité tels des dommages monétaires. En effet, les dommages monétaires, même s'ils étaient accompagnés par l'élimination de la discrimination à l'encontre des minorités raciales dans le système d'éducation, pourraient bien être insuffisants pour permettre, dans un temps raisonnable, à la plupart des victimes de pouvoir abandonner leurs positions subordonnées, et ainsi d'acquérir plus de dignité et de confiance à l'égard du système²¹⁹. Ce qu'il faudrait pouvoir trouver c'est un moyen de réintégrer ces victimes au sein de la société — ce qui implique qu'elles recevront une portion des postes distribués par la société — sans devoir leur réserver des emplois qu'elles n'auraient pas réussi à obtenir même si elles n'avaient jamais subi un traitement injuste.

Une des conséquences les plus pernicieuses de la discrimination à l'encontre de certains groupes dans le contexte de l'éducation est de priver ses victimes des moyens nécessaires pour pouvoir faire une concurrence efficace pour les emplois rares²²⁰. À cause de

218. *Id.*

219. *Cf. Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265, 396 (1978):

«In the light of the sorry history of discrimination and its devastating impact on the lives of Negroes, bringing the Negro into the mainstream of American life should be a state interest of the highest order. To fail to do so is to ensure that America will forever remain a divided society».

220. Voir *id.*, pp. 394-96.

leur manque de *moyens égaux*, ces victimes jouissent de *probabilités* significativement plus basses d'atteindre certains biens, tels les biens matériels, le pouvoir et le prestige que la société distribue à ceux qui ont des emplois convenables. En d'autres termes, l'inégalité des chances — dans le sens de l'inégalité des moyens — causée par l'allocation à ces victimes d'une éducation inférieure résulte en l'inégalité des probabilités qu'elles puissent atteindre les emplois distribués au moyen d'un concours. L'effet présent qui est la conséquence du traitement injuste dans le passé est donc *la diminution de la probabilité d'obtenir un emploi convenable*. Par conséquent, le moyen de compensation le plus équitable pour ces victimes semblerait consister à augmenter le taux de leur probabilité d'obtenir de tels emplois de telle sorte qu'ils finissent par jouir de la même probabilité de succès qu'ils auraient sans doute atteinte en l'absence de toute discrimination à leur encontre. En outre, dans la mesure où il semble logique qu'en l'absence de toute discrimination à leur encontre dans le passé, le groupe qui fut traité injustement aurait éprouvé la même proportion de succès que les groupes qui ne furent pas traités ainsi, la meilleure solution semblerait consister à égaliser les probabilités de tous les groupes, en garantissant au groupe traité injustement une proportion des emplois convenables qui soit équivalente à la proportion des membres de ce groupe par rapport à la population générale.

Conforme à l'analyse ci-dessus, l'action positive afin d'éliminer les effets dans le présent de la discrimination dans le passé, est, en dernier lieu, compensatoire plutôt que distributive — ou plus précisément compensatoire en ce qui concerne toutes les victimes et distributive en ce qui concerne tous les autres. En raison du fait que le tort qui requiert d'être dédommagé est la diminution injuste des probabilités de réussite de l'individu dans l'arène distributive, la compensation opère sur la sphère de distribution, et a donc un effet direct sur cette dernière. Toutefois une telle action positive est par dessus tout de nature compensatoire, comme l'indique sa nature provisoire. En effet, une fois que les probabilités de succès auront été égalisées au moyen de l'action positive et de l'élimination de la discrimination à l'encontre de certains groupes dans le système d'éducation et dans celui de l'allocation des emplois, la nécessité de compensation pour les torts du passé sera vraisemblablement satisfaite, alors que de nouveaux torts du type qui requiert ce genre de compensation n'auront presque certainement plus lieu. En pareil cas, tous les programmes d'action positive finiraient par perdre leur justification et devraient par conséquent être éliminés.

L'action positive est un moyen pour atteindre les fins de la

justice compensatrice, mais elle est aussi, bien entendu, une procédure imparfaite²²¹, dans la mesure où elle est incapable de mener à l'égalisation des probabilités de succès que pour ceux qui possèdent le minimum de qualification nécessaire pour remplir d'une manière compétente les fonctions de l'emploi qu'ils postulent²²². Ceux qui ont été privés, du fait de la discrimination à leur encontre dans le passé, de la possibilité d'atteindre ce minimum de qualification ne peuvent pas tirer de bénéfice de l'action positive. Toutes les autres victimes, cependant, peuvent en profiter dans la mesure où l'action positive a pour but d'éliminer la différence entre leur probabilité de succès et celle de ceux qui ne furent pas des victimes. Par ailleurs, comme nous l'avons signalé, l'action positive peut avoir un effet négatif sur la sphère de distribution. La préférence d'une victime moins qualifiée à une non-victime plus qualifiée pourrait avoir comme effet la diminution relative de l'efficacité totale du système de distribution. Néanmoins, la préférence des victimes les plus qualifiées aux victimes qui sont moins qualifiées semblerait assurer que l'effet négatif sur l'efficacité d'ensemble de la sphère de distribution soit d'ordre limité. Ainsi, l'action positive semblerait particulièrement apte à mener à la réintégration des victimes au sein de la société, sans par là trop interférer avec le fonctionnement efficace de la sphère de distribution.

L'analyse présente permet de démontrer qu'une des critiques principales de l'action positive manque sa cible. Selon cette critique l'action positive est inéquitable car elle favorise les membres les plus qualifiés du groupe à l'encontre duquel il y eut une discrimination aux dépens de ses membres les moins qualifiés, bien que ces derniers aient probablement besoin davantage des bénéfices que pourrait conférer un traitement préférentiel. Réciproquement, selon cette critique, l'action positive est injuste envers ceux qui n'appartiennent pas au groupe des victimes, dans la mesure où il est plus probable qu'elle cause un tort à ceux d'entre eux qui sont les moins qualifiés qu'à ceux qui sont les plus qualifiés²²³.

221. Voir *supra*, pp. 31-32.

222. Un programme d'action positive qui établirait une préférence en faveur de ceux qui ne possèdent même pas le minimum de capacité afin de pouvoir remplir les fonctions de l'emploi qu'ils postulent ne serait pas seulement complètement inefficace mais aussi complètement futile. En effet, d'accorder des emplois à ceux qui sont incapables d'en remplir les fonctions ne risque vraisemblablement pas de réintégrer ces derniers au sein de la société.

223. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, pp. 90-91; B. Gross, *supra*, note 1, pp. 112-113.

Cette critique manque sa cible car elle ne rend aucunement compte du fait que la légitimité de l'action positive dépend de l'adhésion au principe de l'égalité des chances plutôt qu'à celui de l'égalité des résultats. Ainsi, il est fort possible que l'on ne devrait accorder aucune valeur morale aux différences de talent, dans la mesure où les individus ne semblent pas plus responsables pour leurs talents et leurs capacités innées que pour d'autres attributs immuables telle leur race²²⁴. Si l'on accepte que les différences de talent n'ont aucune signification morale, cependant, ce serait les systèmes de distribution fondés sur le principe de l'égalité des chances qui devraient s'avérer eux-mêmes injustes plutôt que les programmes d'action positive dont le seul but serait de servir de moyen de compensation dans le contexte de ces systèmes. L'égalité des chances favorise ceux qui ont le plus de talent et qui sont les plus qualifiés aux dépens de ceux qui ont moins de talent et sont moins qualifiés, et il en est de même avec l'action positive. En outre, où le principe de l'égalité des chances a été adopté comme norme officielle, la discrimination à l'encontre de certains groupes cause un tort relativement plus grand à celles de ses victimes qui ont le plus de talent, et réciproquement, elle confère un bénéfice qui n'a pas été mérité relativement plus grand aux membres les moins qualifiés du groupe des non-victimes. Conformément à ceci, l'action positive a tendance à soustraire aux moins qualifiés les bénéfices qu'ils n'ont pas mérité et qu'ils n'auraient vraisemblablement pas obtenu s'il n'y avait pas eu de discrimination à l'encontre d'autres. De même, l'action positive tend aussi à augmenter la probabilité que les membres les plus qualifiés du groupe qui fut victime reçoivent des bénéfices qu'ils auraient en toute probabilité déjà obtenu s'ils n'avaient pas éprouvé de discrimination à leur rencontre.

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, l'action positive promet en même temps l'inégalité des chances — dans le sens de l'inégalité des probabilités — en ce qui concerne les individus et l'égalité des chances — dans le sens de l'égalité des probabilités — en ce qui concerne les groupes²²⁵. C'est-à-dire, d'une part que les individus qui sont membres d'un groupe donné ont la même probabilité d'obtenir les biens rares distribués par un agent d'allocation que d'autres individus qui sont membres d'un autre groupe, et aussi d'autre part qu'à l'intérieur d'un même groupe, la probabilité

224. Voir T. Nagel, *supra*, note 1, pp. 95, 97.

225. Voir *supra*, pp. 72-73.

qu'à chaque membre d'obtenir de tels biens peut être différente de celle de chaque autre membre. Nous sommes maintenant en mesure d'ajouter que la promotion à travers l'action positive de l'inégalité des chances — dans le sens de l'inégalité des probabilités — concernant les individus et de l'égalité des chances (dans le même sens) concernant les groupes, fait partie d'un même projet systématique dont le but est d'éliminer la distortion que la discrimination à l'encontre de certains groupes a produit au sujet des probabilités de succès de chaque individu, et ainsi de rétablir la mesure d'inégalité des chances — dans le sens de l'inégalité des probabilités — concernant les individus qui découle nécessairement de l'application universelle et ininterrompue du principe de l'égalité des chances²²⁶. En outre, dans le cadre de cette perspective, l'égalité des chances concernant les groupes ne paraît pas être un but en soi. Elle paraît plutôt être subordonnée au but de régler les probabilités de succès des individus de telle sorte que chaque individu soit éventuellement en mesure d'atteindre la probabilité de succès dont il aurait joui s'il n'y avait jamais eu de discrimination à l'encontre de certains groupes. Ainsi, du moins dans la mesure où elle est mise au service du principe de l'égalité des chances, l'action positive ne subordonne pas les intérêts de l'individu au but d'atteindre l'égalité parmi les groupes²²⁷, mais au contraire, elle se sert des égalités de groupe dans le seul but de rétablir l'égalité des chances — dans le sens de l'égalité des moyens — pour l'individu.

2. L'action positive et le rapport entre l'individu et le groupe

Même si l'on est prêt à accepter que le but final de l'action positive est de rétablir l'égalité des chances de l'individu plutôt que celles du groupe, on pourrait opposer que dans la mesure où elle accorde une préférence à tous les membres d'un groupe, elle favorise néanmoins le groupe aux dépens de l'individu. Si tous les

226. L'inégalité des probabilités de succès qui découle nécessairement de l'application du principe de l'égalité des chances n'est que la réflexion des inégalités de capacités et de talents parmi ceux qui font la concurrence pour des emplois rares. Dans la mesure où la discrimination à l'encontre de certains d'entre ces derniers prive ses victimes des moyens de faire la concurrence, elle produit un changement significatif dans la configuration globale des inégalités de probabilités qui de telle manière ne correspond plus exclusivement aux différences de capacité et de talent.

227. Voir *supra*, pp. 53-54.

membres d'un groupe victime n'ont pas été personnellement maltraités, et si d'autre part certains membres de groupes non-victimes ont toutefois été les victimes d'un traitement injuste, l'action positive pourrait sembler être doublement inéquitable. En effet, elle semblerait inéquitable dans la mesure où elle accorderait une préférence à certains individus qui n'ont pas personnellement été maltraités, et aussi dans la mesure où, en même temps, elle ne permettrait pas d'accorder une telle préférence à certains individus qui furent actuellement maltraités quoique le groupe auquel ils appartiennent n'ait pas été généralement victime d'un traitement inéquitable²²⁸. Conformément à ces observations, certains ont conclu que le traitement préférentiel ne peut être justifié que s'il est limité aux victimes d'un traitement inéquitable, ce qui implique qu'à moins qu'on puisse démontrer que tous les membres d'un groupe ont personnellement été traités d'une manière inéquitable, l'action positive envers les groupes manque de justification²²⁹. Pour pouvoir déterminer si cette conclusion est valable, il est nécessaire d'examiner le rapport de l'individu au groupe de plus près.

Bien que certains partisans d'un individualisme radical aient tendance à concevoir le groupe comme l'antagoniste principal de l'individu, et comme faisant obstacle à la quête de l'individu en vue de satisfaire son propre plan de vie, la dichotomie entre l'individu et le groupe a été beaucoup exagérée²³⁰. En fait, il ne peut pas y avoir d'individu qui soit complètement indépendant d'un groupe, ni de droits de l'individu sauf dans le contexte d'un groupe organisé, tel une communauté politique²³¹. En outre, il semble bien qu'un individu qui poursuit son propre plan de vie risque au moins autant de s'associer volontairement à certains groupes qu'il risque d'entrer en conflit avec des buts collectifs. La question principale dans le cadre de droits constitutionnels à l'égalité qui ont pour objet de protéger l'individu, cependant, est de savoir dans quelle mesure il est légitime de faire valoir les associations à un groupe et les intérêts collectifs.

228. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, pp. 76-77, 191-92. (Ceux qui sont les victimes de la pauvreté chronique ont le plus besoin des bénéfices proportionnés par l'action positive).

229. Voir, par exemple, *id.*, pp. 191-92, 197-98.

230. Voir M. Fisk, *ETHICS AND SOCIETY* 9-10, 15, 24 (1980).

231. *Cf.* M. Walzer, *supra*, note 26, pp. 28-29 (La communauté est le bien le plus important que l'on puisse distribuer), 32 (le droit d'appartenir à la communauté est distribué par les membres aux non-membres).

Comme principe général, conformément au postulat de l'égalité, on devrait prendre en considération les adhésions volontaires à un groupe dans le contexte des sphères de la réalité gouvernées par l'idéal de la différenciation, alors qu'on ne devrait pas ordinairement prendre en considération les affiliations involontaires à un groupe dans le contexte d'une sphère de la réalité gouvernée par l'idéal de l'assimilation²³². Ainsi, par exemple, on doit tenir compte du fait que quelqu'un est membre d'un club pour pouvoir lui accorder les privilèges auxquels tous les membres ont droit. D'autre part, par contre, on ne devrait pas tenir compte de la couleur de la peau des individus dans le contexte de l'allocation des droits politiques et les droits de la personne. En outre, étant donné que le sexe, la race et l'origine nationale d'une personne ne sont pas des caractéristiques qu'il serait juste de prendre en considération dans le contexte de l'allocation d'une éducation ou d'un emploi²³³, la question est de savoir si le refus de fournir une éducation ou un emploi à cause de la race, du sexe ou de l'origine nationale justifie l'institution d'un système de compensation fondé sur des différences de race, de sexe ou d'origine nationale.

Pour aborder cette question correctement, il faut faire allusion à la différence entre la compensation faite à un groupe et la compensation faite à un individu à cause du fait qu'il appartient à un groupe donné. On peut seulement dédommager un groupe s'il a une existence indépendante et séparée de celle de ses membres²³⁴. Ainsi, par exemple, on peut dédommager un pays, une organisation religieuse ou une société anonyme²³⁵. Par ailleurs, on ne peut pas dédommager les femmes ou les noirs dans la mesure où ils ne sont pas tous organisés en un groupe cohérent qui possède une identité distincte de celle des individus qui en sont les membres²³⁶.

Une compensation faite à l'individu à cause du fait qu'il est membre d'un groupe, par contre, est une compensation qui est en

232. Par «affiliations involontaires à un groupe», je désigne, en gros, des attributs immuables. Néanmoins, il ne faut pas oublier que certaines adhésions «volontaires» à un groupe, telles les adhésions à des groupes religieux, ne doivent non plus être considérées dans le contexte des sphères d'assimilation. Voir *supra*, note 41.

233. Voir, par exemple, *Brown, c. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Mississippi University for Women c. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982).

234. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, pp. 82-86.

235. *Id.*, p. 84.

236. *Id.*, pp. 85-86.

dernier lieu destinée à l'individu plutôt qu'au groupe. Ainsi, si l'on décidait, par exemple de dédommager les femmes en conséquence des torts qu'elles ont subi en tant que victimes d'une discrimination à leur encontre fondée sur les différences de sexe, chaque femme finirait par recevoir sa portion distributive de l'ensemble des biens réservés pour effectuer une telle compensation. Au contraire, au cas où des réparations de guerre seraient faites par un pays pour le bénéfice d'un autre, c'est le gouvernement de ce dernier qui recevrait les biens donnés à cette fin et ses citoyens eux-mêmes n'auraient pas en toute probabilité de droits individuels à une portion distributive de ces biens.

L'idéal serait que le fait d'être une femme ou le membre d'un groupe ethnique minoritaire ne compte pour rien dans le contexte de l'allocation d'une éducation ou d'un emploi. En vue de ceci, il est nécessaire de déterminer ce qui pourrait justifier de donner de l'importance au fait d'être une femme ou le membre d'un groupe ethnique minoritaire dans le contexte de la justice compensatrice. Ces faits en eux-mêmes ne sont pas en mesure de fournir une solution à ce problème dans la mesure où l'on doit leur accorder une valeur normative neutre dans le contexte des sphères d'assimilation. En outre, une telle solution ne pourrait pas simplement découler du fait d'avoir été personnellement la victime d'un traitement inégal dans l'allocation de l'éducation ou des emplois, car ceci signifierait un droit à la compensation limité aux femmes ou aux membres d'un groupe ethnique donné à la fois «sous-inclusif» (*under-inclusive*)²³⁷ — car, par exemple, toutes les victimes d'un traitement inéquitable dans l'allocation des emplois ne sont pas des femmes — et «sur-inclusif» (*over-inclusive*)²³⁸ — car, par exemple, certaines femmes n'ont pas personnellement subi un tel traitement inéquitable. Néanmoins, le fait d'être une femme ou d'appartenir à un groupe racial donné peut acquérir une signification morale *par dérivation* en conséquence de la discrimination à l'encontre des femmes ou d'un groupe racial²³⁹. Le raciste, par exemple, en désignant tous les membres d'une race comme étant inférieurs de ce fait, transforme des traits raciaux qui témoignent originellement d'une neutralité morale dans le contexte des sphères d'assimilation en signes et en symboles d'un traitement en tant qu'un inférieur.

237. Voir Tussman et ten Broek, *supra*, note 30.

238. *Id.*

239. Voir Bayles, *Reparations to Wronged Groups*, dans B. Gross, ed., REVERSE DISCRIMINATION 305 (1977).

Ainsi, un trait racial donné peut éventuellement devenir une caractéristique associée à un besoin de compensation. Par exemple, aux États-Unis le racisme a été si généralement répandu et a figuré avec une telle intensité à l'intérieur même des institutions gouvernementales qu'il semble raisonnable de supposer que tous les noirs ont été, d'une manière ou d'une autre, les victimes du racisme²⁴⁰.

Si l'on est prêt à accepter que toutes les femmes ou tous les noirs appartiennent à un groupe dont tous les membres ont éprouvé le sentiment d'avoir été traités en tant qu'inférieurs, la compensation faite à toutes les femmes ou à tous les noirs ne semblerait pas être «sur-inclusive». Toutefois, dans la mesure où il y aurait d'autres victimes ayant été traités en tant qu'inférieurs sans être ni des femmes ni des noirs, une telle compensation pourrait sembler être «sous-inclusive». Vue de plus près, cependant, une telle compensation pourrait bien être défendue comme n'étant pas «sous-inclusive» si l'on prend en considération le fait que la discrimination fondée sur le sexisme ou le racisme affecte ses victimes d'une manière différente que d'autres types de discrimination fondés sur d'autres stéréotypes négatifs. Ainsi, le sexiste risque de soutenir que les femmes sont instables dans leurs émotions et moins rationnelles que les hommes; le raciste que les noirs sont paresseux et peu responsables²⁴¹; et l'antisémite que les juifs sont cupides et malhonnêtes. Bien que le sexiste, le raciste et l'antisémite soient tous les trois coupables de diffuser une diffamation de groupe qui a pour effet de léser les individus qui sont membres du groupe diffamé, chacun des trois peint un portrait différent du groupe qu'il vise, et par conséquent cause un tort de type différent. En effet, dans la mesure où les victimes de la diffamation de groupe ont tendance à adopter le point de vue du diffamateur, les femmes seront marquées par les lésions du sexisme, les noirs par celles du racisme, et les juifs par celles de l'anti-sémitisme. Puisque ces lésions ne sont pas les mêmes, le mode de compensation qui serait efficace pour l'un des groupes diffamés ne le serait pas nécessairement pour un autre. Par conséquent, il est possible, du moins en théorie, que l'action positive soit justifiée pour les victimes du sexisme ou du racisme sans être pour cela justifiée pour d'autres victimes²⁴². Il est donc aussi possible qu'un programme d'action

240. Voir *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265, 387-402 (1978).

241. Bayles, *supra*, note 239, p. 304.

242. Voir Maguire, *supra*, note 153, pp. 883-84 (discussion du traitement unique accordé aux noirs au cours de l'histoire des États-Unis).

positive qui limite le traitement préférentiel aux membres d'un groupe donné ne soit ni significativement «sous-inclusif» ni significativement «sur-inclusif».

Jusqu'à présent le rapport entre l'individu et le groupe a été examiné à partir de la problématique de ceux qui auraient droit à être dédommagés en fonction d'un plan issu des principes de la justice compensatrice. La question du rapport entre l'individu et le groupe se présente aussi, en outre, à partir de la perspective de ceux qui risquent le plus de subir les conséquences négatives d'un plan de compensation particulier. Dans la mesure où c'est l'État qui assume le rôle de sujet d'allocation d'un plan d'action positive, la dichotomie entre l'individu et le groupe ne risque pas de figurer significativement par rapport à l'allocation. D'autre part, cependant, dans la mesure où l'action positive prive une classe de personnes innocentes de biens dont elles auraient autrement pu jouir, elle présente carrément la question suivante: à savoir, s'il est juste pour de telles personnes d'assumer une partie disproportionnée des frais collectifs de la compensation, à cause du seul fait qu'elles font partie d'un groupe qui n'a pas droit au traitement préférentiel.

L'implantation d'un programme d'action positive par l'État risque de produire deux genres de frais: les frais administratifs engendrés par la gérance du programme, et la perte relative d'efficacité vraisemblablement produite en conséquence de déviations du principe selon lequel les emplois doivent être accordés aux candidats les plus qualifiés. Dans la mesure où tous les frais assumés par l'État sont, en dernier lieu, distribués parmi tous ses citoyens, l'implantation d'un programme d'action positive par l'État ne risque d'avoir qu'un effet distributif négatif atténué sur chaque citoyen²⁴³. Il ne semble donc pas qu'il soit raisonnable de s'opposer à l'action positive du seul fait de ses effets généraux sur tous les membres de la société.

3. La justice en tant que réversibilité et le problème de la «victime innocente» de l'action positive

Il se pose un problème beaucoup plus difficile, cependant, au sujet de la condition de la personne innocente qui est privée d'une

243. Cet effet distributif ne semble pas plus onéreux que celui qui est imposé à la suite de l'application d'une loi qui place une responsabilité sans faute au sujet de toutes les lésions qui découlent de l'utilisation d'un produit sur le fabricant dudit produit. Voir *supra*, pp. 30-31.

éducation ou d'un emploi en conséquence directe de l'implantation d'un plan d'action positive. Une telle personne innocente semble avoir à sa disposition un argument très puissant, à savoir que d'être désignée du seul fait d'appartenir à un groupe donné afin d'absorber les frais les plus onéreux de l'action positive constitue une infraction grave au droit qu'elle a à être traitée en tant qu'é-gale. Même si son groupe peut être rendu responsable de la conduite illicite qui pourrait autrement justifier l'implantation d'un plan d'action positive, l'individu qui n'a jamais été personnellement coupable se verrait sans doute comme la victime d'une injustice, dans la mesure où il lui faudrait absorber une proportion démesurée des frais de l'action positive. Ainsi, il semble logique qu'il soutienne que rien ne pourrait justifier de lui imposer un fardeau aussi lourd et aussi disproportionné, sauf la preuve qu'il fut en quelque sorte responsable du tort auquel l'action positive est censé remédier.

Toute tentative de justifier l'action positive à partir de la notion de la responsabilité collective semble vouée à l'échec²⁴⁴. En effet, la seule réception passive des bénéfices qui découlent d'une discrimination dans le passé à l'encontre de certains groupes semble insuffisante pour imposer à une personne innocente une portion distributive de la culpabilité collective²⁴⁵. Il est possible que la seule manière dont une personne innocente aie tiré un bénéfice de la discrimination consiste en l'obtention — car elle ne possédait pas d'autre choix — d'une éducation supérieure qui avait été interdite à ses contemporains qui étaient membres des groupes victimes. Même si cela justifiait l'imposition sur une telle personne innocente d'une portion proportionnelle de la culpabilité collective, cela ne semblerait certainement pas justifier l'imposition sur une telle personne d'une portion hautement disproportionnée de l'obligation de dédommager les victimes dont il est question.

Il existe un autre moyen de justifier le fardeau que l'action positive impose sur certaines personnes innocentes, qui n'est pas fondé sur la notion de la responsabilité collective. Cette justification est fondée sur l'application du principe de la justice en tant que réversibilité, et elle indique par le moyen de la coordination de toutes les perspectives pertinentes que l'action positive ne viole pas le droit qu'a la personne innocente d'être traitée en tant qu'é-gale. En effet, si l'on suppose l'existence de circonstances dans lesquelles le postulat de l'égalité requiert l'adhésion au principe de l'égalité

244. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, pp. 103-111.

245. *Id.*, p. 103.

des chances, on peut montrer que l'application du principe de la justice en tant que réversibilité, dans le cadre d'un contrat social hypothétique où le voile de l'ignorance est soulevé²⁴⁶, mène à l'adoption d'une charte sociale qui envisage l'utilisation d'un traitement préférentiel comme moyen de remédier aux effets nocifs de la discrimination faite dans le passé à l'encontre de certains groupes.

Pour pouvoir comprendre comment la justice en tant que réversibilité peut justifier l'action positive il est d'abord nécessaire de se faire une idée claire des intérêts légitimes des personnes innocentes qui risquent d'être adversement affectées par son implantation. Dans le contexte de l'opération du principe de l'égalité des chances, les candidats pour un nombre de places limité dans une institution d'éducation supérieure ou pour des emplois rares n'ont pas le droit d'obtenir la place ou l'emploi qu'ils postulent. Ils ont, cependant, le droit à l'égalité des chances pour participer au concours pour la place ou l'emploi en question. En outre, même si tous les candidats pouvaient bénéficier d'une égalité des chances — dans le sens d'une égalité des moyens — parfaite, étant donné qu'il est inévitable que des candidats différents soient placés dans des groupes de concurrents différents, il est évident que les probabilités de succès d'un candidat particulier varient selon le groupe de concurrents dans lequel il se trouve placé²⁴⁷. Ainsi, par exemple, si deux candidats pareillement qualifiés décidaient respectivement, à un an d'écart, de faire le concours d'entrée à la faculté de droit de la même université, il serait tout à fait possible que les probabilités de succès du premier candidat soient significativement inférieures à celles du deuxième. Ceci serait le cas si le groupe de candidats contre lequel le premier candidat devait faire la concurrence était beaucoup plus vaste que celui contre lequel le deuxième candidat devait à son tour faire de même. Néanmoins, les différentes probabilités de succès qui découlent exclusivement du placement d'individus divers dans des groupes de candidats différents ne constituent certainement pas une injustice et donc ne violent pas le postulat de l'égalité.

246. Goldman se sert aussi du dispositif du contrat social hypothétique. Il ne lève cependant pas complètement le voile de l'ignorance dans la mesure où il stipule que les contractants ne sont pas conscients de leur race ou de leur sexe. A. Goldman, *supra*, note 1, p. 12. Comme il deviendra évident par la suite, la conscience de sa race et de son sexe est essentielle afin de faire valoir le contrat social hypothétique dans le contexte du principe de justice en tant que réversibilité.

247. M. Walzer, *supra*, note 26, p. 144.

Bien qu'il provienne d'une cause différente, le désavantage qu'a un candidat blanc dans le contexte d'un programme spécial d'admission tel celui dont il fut question dans l'affaire *Bakke* est fort semblable à celui qu'éprouve le candidat qui fait partie d'un groupe de candidats qui est beaucoup plus grand que la moyenne. M. Bakke ne fut pas exclu de la concurrence pour toutes les places à la faculté de médecine à l'université de Californie; il lui fut accordé une chance équitable de participer dans la concurrence à l'égard des quatre-vingt-quatre places ouvertes aux candidats blancs. D'autre part, le fait qu'il ne fut pas accordé à M. Bakke la chance de faire la concurrence pour les autres places à la faculté de médecine eut sans doute l'effet de diminuer ses probabilités d'obtenir une des places allouées, mais il en aurait été de même s'il s'était présenté au concours, au cours d'une année où le nombre de candidats avait été beaucoup plus élevé.

La différence importante entre quelqu'un comme M. Bakke et quelqu'un qui fait partie d'un groupe très nombreux de candidats concerne la nature de l'intérêt qui est négativement affecté. Le candidat qui fait partie d'un groupe nombreux reçoit toutes les chances auxquelles il a droit si on lui permet de participer sans restrictions au concours, c'est-à-dire pour toutes les places qui sont à distribuer. M. Bakke et d'autres comme lui, par contre, sont dépourvus de la chance de participer au concours pour certaines places qui sont réservées d'avance pour d'autres candidats, et deviennent ainsi les victimes apparentes d'un attentat contre leur droit fondamental à être traités en tant qu'égaux²⁴⁸. Ainsi on pourrait soutenir que l'échec à un concours ne donne lieu qu'à des soucis ou des reproches d'ordre purement personnels; mais que d'être exclu d'un concours, par contre, mène à la destruction de la légitimité de tout système distributif fondé sur l'égalité des chances.

Pour comprendre comment l'application du principe de justice en tant que réversibilité pourrait convaincre une personne innocente d'accepter l'action positive sans considérer que son droit à un traitement en tant qu'égal soit en quelque manière compromis, il serait utile d'imaginer un contrat social hypothétique, ou plus précisément, la renégociation d'un tel contrat social. Contrairement à la version du contrat social hypothétique énoncée par Rawls, la version dont il est question présentement ne se sert pas du disposi-

248. Cf. A. Goldman, *supra*, note 1 p. 163 (le droit le plus essentiel consiste à recevoir une considération égale quant à ses propres intérêts. Ce droit implique un droit à l'égalité des chances afin de satisfaire ses propres intérêts).

tif du voile de l'ignorance. Chaque contractant sait qu'il vit dans un contexte socio-politique marqué par l'adhésion au postulat de l'égalité, le principe de l'égalité des chances, et la conviction que les sphères de l'éducation et des emplois sont des sphères d'assimilation. Chaque contractant est aussi conscient du fait que selon les termes d'un contrat social conclu dans le passé, il fut établi que l'allocation des places dans l'éducation et des emplois serait strictement effectuée conformément au principe de l'égalité des chances. Il y eut, cependant, une rupture de ce contrat social lors de l'invocation de certaines caractéristiques de groupe sans aucune signification morale (dans le contexte des sphères d'assimilation) afin de servir de base à une discrimination à l'encontre de certains groupes. À cause de ceci, plusieurs individus furent exclus des places et des emplois qu'ils auraient autrement presque certainement obtenu. En outre, les effets cumulatifs de cette discrimination à l'encontre de certains groupes sont vraisemblablement à la base de la disproportion significative de la représentation de ces groupes à l'université et aux emplois les plus convoités, ainsi qu'à la base de l'érosion significative des probabilités de succès des individus appartenant à ces groupes²⁴⁹.

Las de leur sort de victimes, les membres de ces groupes lésés — qui, pour des raisons de simplicité seront désormais considérés comme faisant partie d'un seul groupe — auraient soumis un ultimatum aux membres du groupe dominant — un groupe composé d'individus qui ont personnellement agi à l'encontre des victimes, et d'autres qui n'ont pas agi d'une manière illicite contre qui que ce soit et qui n'ont pas consciemment profité des effets de la discrimination. Cet ultimatum proposerait une renégociation du contrat social qui puisse garantir un remède aux effets actuels des infractions commises dans le passé, sous peine que les victimes se retirent de la communauté politique dont ils font partie à présent. En outre, les termes du contrat social qu'ils voudraient voir résulter de la renégociation, seraient les mêmes que ceux du contrat social original, avec l'addition d'une obligation d'implanter des programmes d'action positive qui seront destinés à durer jusqu'au moment où la discrimination à l'encontre de tous les groupes sera éliminée et où une représentation proportionnée des victimes de cette discrimination sera établie dans les universités et dans les emplois les

249. Voir *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265, 387-402 (1978) (le pourcentage de noirs dans les universités et dans les emplois convoités est très réduit à cause de la discrimination systématique à leur encontre).

plus convoités. Enfin, du fait que le voile de l'ignorance a été soulevé, chaque individu en mesure de participer à cette renégociation est conscient de tous ses attributs personnels et de sa place dans la société, inclus sa race et son sexe, le niveau d'éducation qu'il a atteint et s'il a ou non de l'emploi. Le seul fait significatif dont les contractants ne seraient pas informés, serait l'identité de ceux qui réussiraient à l'avenir aux concours d'entrée à l'université et à la concurrence pour les emplois rares²⁵⁰. Ainsi, chaque contractant serait capable de calculer l'effet d'un programme d'action positive donné sur ses chances d'obtenir la place ou l'emploi qu'il convoite. Chaque contractant aurait aussi une idée approximative de la place qu'il occuperait au sein du groupe de candidats auquel il appartient, en fonction de ses capacités et de ses talents. Aucun contractant, cependant, ne serait capable de prédire si l'implantation de programmes d'action positive aurait comme effet de le priver d'un emploi qu'il aurait autrement obtenu. Pour des raisons de simplicité et de clarté, nous allons assumer, dans ce qui suit, que la renégociation imaginaire du contrat social a lieu dans le contexte d'une société qui comprend deux groupes: un groupe majoritaire composé de blancs, et un groupe minoritaire de noirs à l'encontre desquels il y eut discrimination raciale dans le passé et qui de ce fait ont exigé la renégociation.

Dès le début de cette renégociation, les blancs reconnaîtront, au minimum, que les noirs ont droit à l'égalité des chances, et que les obstacles imposés par la société dans le passé pour qu'une telle égalité puisse être atteinte, doivent être éliminés. On peut arriver à cette conclusion à partir d'une position de simple réciprocité qui reconnaît que les autres, en tant qu'égaux, ont le droit de poursuivre leurs propres intérêts²⁵¹. Toujours à partir de la perspective de la réciprocité — mais d'un stade plus élevé de la réciprocité, qui me permet de considérer les intérêts d'autrui à partir de ma propre perspective — les blancs reconnaîtraient que les noirs ont droit à la compensation en nature pour des infractions spécifiques à leurs droits, à cause d'un refus de leur accorder des places ou des emplois qu'ils auraient vraisemblablement obtenu s'ils n'avaient pas été des victimes d'un traitement inéquitable systématique. Cette

250. Le fait qu'ils ne possèdent pas cette information ne découle pas d'une utilisation du dispositif du voile de l'ignorance. Il découle plutôt du fait que dans la réalité, les candidats ne connaissent pas à l'avance le sort de leur candidature, bien qu'ils puissent avoir une idée relativement correcte de leur probabilité de succès.

251. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, p. 28.

conclusion découle de l'application du principe général selon lequel les violations de droits distributifs acquis conformément aux critères de la justice distributive doivent être compensées même si cela requiert la suspension provisoire des règles distributives pertinentes²⁵²; et de la capacité d'une personne de race blanche de réaliser que si on lui avait refusé une place ou un emploi qu'elle avait mérité, elle aurait été suffisamment déçue pour exiger que les responsables soient forcés de lui fournir une compensation en nature. À ce stade de la réciprocité, un blanc peut projeter sa propre perspective sur un noir, et peut, par conséquent, logiquement supposer que dans les mêmes circonstances, ce dernier tirerait la même conclusion que lui.

À partir de la perspective d'un blanc qui opère à ce stade de la réciprocité, cependant, l'action positive ne serait pas justifiée. En effet, si ce blanc avait été la victime d'une discrimination à son encontre dans le passé, l'élimination de cette discrimination jointe à la possibilité d'une compensation en nature, telle celle mentionnée ci-dessus, paraîtraient amplement suffisantes pour rétablir son égalité d'accès à une éducation supérieure et à des emplois qu'il postule. À partir d'une telle perspective, à la suite de l'élimination de tous les obstacles formels, il ne semble plus y avoir aucune raison qui empêcherait une ancienne victime de réussir. Et si une telle victime blanche est maintenant capable de réussir, il devrait en être de même pour une victime noire. En d'autres termes, limité par sa propre perspective, un blanc peut admettre que la discrimination à l'encontre des noirs les aie empêché de faire la concurrence à partir d'une position égale, mais n'arrive pas à percevoir les effets d'une telle discrimination sur les capacités d'un noir ou sur la perspective même de ce dernier.

Après avoir atteint le stade final de la réversibilité, les blancs et les noirs seront tous les deux capables de voir les problèmes à partir de la perspective de l'autre aussi bien que de leur propre perspective²⁵³. À ce stade, les blancs sont capables de comprendre que de la perspective des noirs, l'égalité des chances ne peut pas être vraiment rétablie tant que les effets présents de la discrimination du passé n'ont pas été suffisamment éliminés. Les blancs sont aussi en mesure de saisir les sentiments de dégradation et d'humiliation ressentis par les victimes du racisme, et de percevoir dans quelle mesure les noirs ont assimilé certains aspects du message

252. Voir *supra*, pp. 27-28.

253. Voir *supra*, pp. 38-45.

diffusé par le raciste²⁵⁴. Par ailleurs, les blancs sont capables de percevoir les handicaps éprouvés par les noirs dans la concurrence pour des biens rares à cause de la discrimination à leur encontre, et d'apprécier le degré d'aliénation qui caractérise le rapport des noirs au système d'allocation fondé sur la concurrence, en conséquence de leur exclusion systématique de ses bénéfices les plus convoités.

D'autre part, les noirs peuvent comprendre le sentiment que la personne blanche innocente éprouve du fait qu'elle ne se sent pas responsable pour la discrimination à l'encontre des noirs, et par conséquent, le fait qu'elle ne considère pas qu'il soit juste qu'on lui demande de contribuer démesurément aux frais de compensation découlant d'une telle discrimination. Les noirs peuvent aussi comprendre le désir des blancs de préserver autant que possible le *status quo*, et leur aversion contre les conflits raciaux et l'agitation politique.

Au stade de la réversibilité complète, les blancs et les noirs semblent être en mesure de renégocier le contrat social au moyen de discussions franches et honnêtes fondées sur l'idéal d'une communication libre de toute distortion²⁵⁵. Il semble presque certain qu'ils devront tous deux prendre conscience du fait que le succès de toute renégociation dépend de la possibilité de convaincre les noirs qu'ils pourront atteindre une égalité des chances équitable. En effet, à partir de leurs perspectives réversibles, les blancs sont en mesure de comprendre que le seul rétablissement d'une égalité des chances formelle aurait pour conséquence la perpétuation des inéquités découlant de la discrimination. Les blancs seraient donc en toute probabilité d'accord pour garantir l'égalité des chances équitable, et le problème principal deviendrait alors de trouver le meilleur moyen d'accomplir ce but. Vu de la perspective des noirs, des programmes dont le but exclusif serait de fournir une préparation supplémentaire relative à l'éducation ou à l'emploi, semble raient être insuffisants dans la mesure où ils mèneraient à un progrès lent, et étant donné la disproportion actuelle du nombre des noirs dans la hiérarchie professionnelle et dans celle de l'éducation. Ce qui paraîtrait plus acceptable serait une égalisation des probabilités de succès qui pourrait servir à combattre les effets d'une discrimination du passé à l'encontre des noirs, et à établir le genre d'équilibre racial qui se serait vraisemblablement implanté s'il n'y

254. Voir *supra*, note 113.

255. Voir *supra*, pp. 42-44.

avait pas eu de discrimination. Les blancs trouveraient cette position fort compréhensible, mais seraient tout de même préoccupés, de leur point de vue, par les bouleversements que des changements massifs dans la hiérarchie professionnelle pourraient provoquer. De leur part, les noirs verraient que de forcer des personnes innocentes à renoncer à des postes qu'elles avaient occupés pendant de nombreuses années afin de les remplacer par des substituts qui manquent d'expérience, serait non seulement injuste mais aussi inefficace. En outre, les noirs pourraient aussi craindre que s'ils insistaient sur l'adoption d'un plan qui risquerait d'être trop onéreux de la perspective des blancs, ces derniers pourraient simplement abandonner leurs efforts de renégociation.

Vu de la perspective des noirs, l'action positive semblerait offrir la possibilité d'un compromis raisonnable. D'une part, l'action positive mènerait à une évolution plus graduelle vers l'équilibre qui aurait pu exister s'il n'y avait pas eu de discrimination, mais d'autre part, elle accomplirait sa mission d'une manière qui minimiserait les besoins de dislocation — dans la mesure où elle n'exigerait pas qu'une personne qui occupe déjà un poste soit forcée d'y renoncer afin d'accélérer le rétablissement d'un équilibre racial — et les inefficacités. L'action positive serait un moyen d'égaliser les probabilités de succès des noirs de la génération présente et de celles du futur, sans exiger des réparations pour remédier aux torts commis contre les générations du passé. Par rapport à la génération présente et aux générations futures, les partisans de l'action positive pourront concevoir l'histoire des discriminations du passé comme l'histoire des violations des mêmes principes distributifs qu'ils essaient, à présent, de réhabiliter. Par rapport aux générations du passé, par contre, les partisans de l'action positive seront disposés à traiter les discriminations à leur encontre du passé comme si elles avaient eu lieu dans le cadre de l'opération d'un principe de justice distributive différent²⁵⁶. Ainsi, pour améliorer les chances de succès de la renégociation du contrat social, les noirs seraient d'accord pour abandonner leurs revendications de compensation au sujet des torts subis par les générations du passé afin d'améliorer significativement leurs chances de devenir réintégrés au sein de la société aussi rapidement que possible sans causer un excès de dislocation ou d'inefficacité.

À partir de la perspective des blancs qui sont capables de percevoir la perspective des noirs, l'action positive devrait sembler équitable et raisonnable, en tant qu'elle paraît établir un juste milieu

256. Voir *supra*, pp. 27-28.

entre une demande inflexible pour la compensation totale — qui risquerait probablement de provoquer la dissolution de l'ordre social et politique²⁵⁷ — et une résignation à une égalité purement formelle — qui aurait tendance à perpétuer les inégalités existantes. Le problème principal que l'action positive semblerait poser pour les blancs, cependant, serait celui de la faire accepter à la classe des blancs de la génération présente et des générations futures qui risquent d'être plus dépourvus, en conséquence de son implantation, d'une place ou d'un emploi qu'ils auraient autrement obtenu. C'est donc en coordonnant la perspective de cette classe de blancs avec celle de la classe formée par les victimes noires que l'on pourra, en dernier lieu, déterminer si l'action positive viole le droit de certains individus à être traités en tant qu'égaux.

Il semble évident que les blancs qui doivent faire la concurrence pour entrer à l'université ou pour obtenir un emploi préféreraient qu'il n'y ait pas de programmes d'action positive. En effet, de tels programmes auraient comme effet de réduire leurs chances de succès, et l'échec risque certainement de produire des sentiments négatifs. Cette préférence doit être évaluée, cependant, conjointement avec l'hypothèse que l'action positive garantit le minimum possible d'intégration au sein de la société qui soit compatible avec l'élimination des conditions qui permettent de traiter les noirs en tant qu'inférieurs. C'est le racisme officiel qui a promu la perception des noirs en tant qu'inférieurs, et qui les a forcés à occuper les positions les plus basses dans la hiérarchie sociale. Pour réinstaurer une mesure complète de dignité, et de participation au sein de l'ordre socio-politique, il est donc nécessaire pour les noirs d'assumer la place qu'ils auraient vraisemblablement occupée dans la hiérarchie professionnelle et dans le cadre des structures du pouvoir s'ils n'avaient pas été les victimes du racisme. Le candidat blanc qui échoue, d'autre part, ne risque pas de devenir, à cause de cela, l'objet d'un stéréotype négatif, ou d'être perçu en tant qu'inférieur²⁵⁸. En effet, alors que la société pourrait bien — à la base des préju-

257. Je suppose, dans le contexte de cette discussion, que ni les blancs ni les noirs ne désirent constituer de nouvelles communautés. Bien entendu, s'ils décidaient de former deux communautés séparées il n'y aurait plus aucune raison pour implanter des programmes d'action positive. Cf. M. Walzer, *supra*, note 26, p. 33 (Une communauté n'a que des obligations très limitées envers les étrangers).

258. Voir *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265, 357 (1978) (Un programme d'admission préférentiel en faveur des membres de groupes minoritaires n'a pas pour effet de stigmatiser les blancs).

gés qui découlent du racisme — considérer un noir comme étant inférieur à cause de son échec dans la concurrence pour un emploi, il semble peu probable qu'il en soit de même par rapport à un blanc qui se trouverait dans une situation similaire²⁵⁹.

Bien que de ne pas réussir à obtenir une position que l'on désire d'une manière particulièrement intense puisse sans doute constituer une expérience pénible, la possibilité d'une telle expérience est acceptée volontairement d'avance par chaque candidat qui se soumet de son propre accord à un système distributif gouverné par le principe de l'égalité des chances. En outre, dans la mesure où un programme d'action positive à l'effet de discriminer à l'encontre des blancs, cette discrimination est la conséquence d'un effort pour dédommager les noirs et pour les réintégrer au sein de la société. Contrairement à la discrimination contre les noirs dont le but est l'humiliation et la dégradation, la discrimination dans le sens inverse traite les blancs inégalement, mais elle n'est pas implantée avec l'intention de les priver du même respect qui est accordé aux autres²⁶⁰.

À partir d'une intuition successive des sentiments qu'éprouverait un blanc lors de sa participation à un concours pour un poste rare dans le contexte de l'application d'un plan d'action positive et de ceux qu'éprouverait un noir au cas où aucune mesure ne serait prise pour remédier aux effets actuels de la discrimination à son encontre dans le passé, il devrait devenir apparent que ces deux genres de sentiment ne sont pas du même ordre. Un contractant blanc qui désire sérieusement renégocier le contrat social — car il préfère vivre dans une société multiraciale intégrée à devoir subir l'expérience de la dissolution de l'ordre social — et qui reconnaît que, de la perspective des noirs, un plan d'intégration équitable requiert l'utilisation de l'action positive, serait vraisemblablement prêt à admettre que la justice en tant que réversibilité accorde la légitimité morale à l'action positive. En effet, à partir de la réciprocité des perspectives, le besoin d'un noir à l'action positive afin d'effectuer la transition entre l'infériorité et l'égalité semble être moralement supérieur à celui d'un blanc de réduire son angoisse causée par sa peur d'échouer au concours pour un emploi qu'il postule. Dans le cadre d'une communication libre de toute distorsion et d'un marchandage équitable au cours de la renégociation du contrat social, un blanc intéressé à préserver la structure fondamentale de la société, et à réaliser l'intégration de tous les mem-

259. Voir *infra*, note 263.

260. *Id.*

bres de la société en un système uni de production et de distribution, serait donc d'accord pour implanter des programmes provisoires d'action positive même s'ils avaient l'effet de diminuer ses propres chances d'obtenir certains biens rares.

Comme nous l'avons suggéré ci-dessus, un nouveau contrat social conforme au principe de la justice en tant que réversibilité justifierait l'implantation de l'action positive mais non la proposition plus radicale voulant que l'on renvoie certains blancs des postes qu'ils occupent déjà afin d'accélérer la compensation pour la discrimination du passé. En effet, l'intérêt d'un individu à retenir un poste qu'il occupe est d'un ordre différent que l'intérêt d'un candidat à recevoir un poste pour lequel il postule. Celui qui occupe un poste s'attend normalement à le garder, pourvu qu'il en remplisse les fonctions d'une manière satisfaisante. Comme l'a observé Goldman, une fois qu'un individu obtient un poste, il peut d'habitude le conserver même si quelqu'un de plus qualifié était par la suite disposé à le remplacer²⁶¹. Ainsi, une fois qu'un poste est accordé à quelqu'un, même si la concurrence pour ce poste n'est pas tout à fait éliminée, elle diminue toutefois à tel point, qu'elle permet que l'on établisse une présomption en faveur de celui auquel il a été accordé²⁶². Par contre, celui qui postule pour un poste n'a pas le droit de compter l'obtenir, et donc l'action positive ne fait, en fin de compte, qu'altérer ses probabilités de recevoir ce poste.

En somme, quoique l'action positive intervient dans la sphère de distribution, sa nature relève, en dernier lieu, de la justice compensatrice. En outre, bien qu'elle accorde une importance morale à l'affiliation de groupe de ceux qui ont été spécialement désignés pour être traités en tant qu'inférieurs, l'action positive s'avère apte à subordonner les intérêts du groupe à la nécessité de réhabiliter l'individu en tant qu'égal. Finalement, s'il est vrai que les programmes d'action positive ont tendance à affecter négativement des membres innocents du groupe responsable de la discrimination qui se trouve à l'origine de la demande pour de tels programmes, ces innocents devraient toutefois devenir persuadés que ces programmes sont justes à partir d'une réciprocité totale de toutes les perspectives pertinentes. L'action positive, par conséquent, ne prive aucun individu de son droit à être traité en tant qu'égal²⁶³.

261. A. Goldman, *supra*, note 1, p. 125.

262. *Id.*

263. Voir R. Dworkin, *supra*, note 1, ch. 9. Contrairement à Dworkin, cependant,

4. La justification constitutionnelle de l'action positive

À la base de l'analyse précédente, il devient possible d'offrir une justification constitutionnelle de l'action positive aussi bien dans le contexte d'une constitution qui garantit des droits collectifs à l'égalité que dans celui d'une constitution qui protège les droits de l'individu à l'égalité. Dans le contexte d'une constitution qui ne reconnaît que des droits collectifs à l'égalité, la portée légitime de l'action positive serait fort étendue. En effet, si le but constitutionnel était exclusivement d'atteindre l'égalité des résultats ou l'égalité des chances pour les divers groupes qui font partie d'un milieu socio-politique donné, toute inégalité des résultats ou des chances parmi ces groupes justifierait l'implantation de programmes d'action positive quelque soient les inégalités que de tels programmes imposeraient au niveau de l'individu. Dans la mesure où une constitution protège des droits à l'égalité de l'individu, cependant, la portée légitime de l'action positive devient beaucoup moins étendue. En effet dans le cadre d'une constitution — telle celle du Canada, des États-Unis et telle la Charte des droits et libertés de la

la justice en tant que réversibilité traite la personne blanche innocente avec tout le respect que requiert sa dignité essentielle. La perspective de Dworkin est, en fin de compte, celle de «the utilitarian legislator». Simon, *Individual Rights and «Benign» Discrimination*, 90 ETHICS 88, 92 (1979). En d'autres termes, selon l'analyse de Dworkin l'homme blanc innocent compte pour un et ses préférences sont prises en considération. Voir R. Dworkin, *supra*, note 1, pp. 234-35. Par contre, l'argument à partir du principe de justice en tant que réversibilité suppose que l'homme blanc innocent lui-même serait prêt à accepter la nécessité de l'action positive dans le contexte d'une communication libre de toute distortion qui lui permettrait de saisir la perspective des victimes noires. Ainsi, l'homme blanc innocent qui opère selon le principe de justice en tant que réversibilité se trouve dans une position qui est semblable à celle de la mère de l'enfant malade qui devient persuadée que la mère de l'autre enfant qui est plus malade que le sien a un droit moral à la priorité afin de recevoir le médicament rare dont les deux enfants ont besoin. Voir *supra*, pp. 40-41. En fin de compte, il semble logique de supposer qu'un homme blanc comme M. Bakke, qui est capable d'obtenir un emploi convenable même s'il ne peut pas combler son désir de devenir médecin, préférerait les avantages du *status quo* aux incertitudes que causerait la dissolution de l'ordre politique. S'il comprend, en outre, le besoin de compensation qu'ont les victimes de la discrimination raciale, il semble probable qu'il puisse devenir persuadé que l'action positive serait dans l'intérêt de tous. Cf. *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265, 375 (Le fait d'avoir échoué au concours d'entrée de la faculté de médecine ne va pas affecter M. Bakke de la même façon que le refus d'une éducation décente a affecté les probabilités de succès des enfants noirs. M. Bakke ne sera pas traité comme un citoyen de classe inférieure à cause de la couleur de sa peau).

personne du Québec²⁶⁴ — qui reconnaît le droit de l'individu à l'égalité et qui, par conséquent, paraît garantir à chaque individu le traitement en tant qu'égal, l'action positive semble justifiée exclusivement comme moyen pour remédier aux effets présents d'une discrimination dans le passé. En d'autres termes, les droits constitutionnels de l'individu à l'égalité semblent incompatibles avec des programmes d'action positive dont le but serait purement distributif aussi bien qu'avec ceux dont le but serait purement compensatoire — dans le sens le plus restrictif du terme, selon lequel la justice compensatrice requiert le bénéficiaire d'un gain illicite de dédommager sa victime de telle sorte que la compensation élimine d'un coup le gain illicite et la perte injuste qui lui correspond. L'action positive dont le but serait purement distributif s'avère illégitime du fait qu'elle fonde le traitement préférentiel sur des attributs qui sont moralement neutres, ce qui conduit à la violation des droits qu'ont certains individus à être traités en tant qu'égaux. D'autre part, l'action positive dont le but est purement compensatoire, dans le sens précisé ci-dessus, s'avère aussi illégitime (sauf dans le cas rare où tous les membres du groupe ayant bénéficié d'un traitement préférentiel ont personnellement été les victimes d'un traitement injuste dans le passé) du fait qu'elle doit inévitablement dédommager certains individus qui ne méritent pas de compensation aux dépens de certains autres individus qui n'ont tiré aucun bénéfice illicite, ce qui la mène à violer les droits qu'ont ces derniers à être traités en tant qu'égaux. Dans le cas où l'action positive est utilisée comme moyen pour éliminer les effets présents de la discrimination du passé, par contre, l'application du principe de la justice en tant que réversibilité indique, comme nous l'avons signalé, que les droits qu'a chacun à être traité en tant qu'égal peuvent être tous pareillement respectés.

Une autre limite à la justification constitutionnelle de l'action positive provient du fait que celle-ci ne peut satisfaire les exigences du postulat de l'égalité que dans les circonstances où ce dernier requiert l'application du principe de l'égalité des chances. En effet, comme nous l'avons déjà vu, là où l'individu est le sujet de l'égalité et où l'égalité des résultats est à la portée d'une société, l'action positive serait (dans le meilleur des cas) purement superflue²⁶⁵. Néanmoins, s'il y a un manque des biens à distribuer, le principe de l'égalité des chances s'avère mieux disposé à servir aux fins du

264. Voir *supra*, p. 53.

265. Voir *supra*, p. 76.

postulat de l'égalité, et comme nous l'avons indiqué ci-dessus, les infractions faites contre ce principe peuvent amplement justifier l'appel à l'action positive.

Dans la mesure où la Constitution du Canada et la Charte du Québec accordent toutes les deux une valeur constitutionnelle au principe de l'égalité des chances²⁶⁶, il semble que l'on puisse justifier la constitutionnalité des programmes d'action positive dans le cadre de l'allocation de biens rares lorsque les conditions suivantes sont présentes: 1) il existe une classe d'individus qui a été privée dans le passé de ses droits à l'égalité des chances, du fait de posséder certains attributs qui n'ont aucune valeur morale (dans le contexte de sphères d'assimilation); 2) il existe des effets présents négatifs qui découlent de cette privation dans le passé; 3) les effets présents négatifs sont tels que cette classe, prise dans sa totalité, souffre un désavantage significatif dans la concurrence pour le bien rare qui est l'objet du programme d'action positive — le fait d'une probabilité de succès significativement plus basse des membres de la classe en question par rapport à celle du reste de la société constituant une preuve suffisante de l'existence d'un tel désavantage²⁶⁷; 4) le programme d'action positive a pour but d'égaliser les probabilités de succès des membres de la classe ayant subi le désavantage en question avec celles du reste de la société, dans la mesure où une telle égalisation des probabilités a tendance à promouvoir l'égalité des moyens; 5) il n'existe pas de remède alternatif qui puisse, sans dépendre sur la mise en oeuvre d'un traitement préférentiel, produire une égalisation des probabilités de succès aussi rapidement que l'action positive; et 6) la charge imposée par un plan d'action positive sur un membre innocent d'un groupe qui n'a pas droit à la préférence est limitée à une réduction de sa probabilité d'obtenir le bien qui est l'objet d'un tel plan.

266. Voir *supra*, pp. 63-65.

267. Voir A. Goldman, *supra*, note 1, p. 187 (Une différence statistique marquée parmi les groupes fait preuve d'une discrimination à l'encontre des groupes dont la représentation est disproportionnellement limitée et d'un manque actuel de l'égalité des chances).

CONCLUSION

Si l'on tient compte des complexités inhérentes à la notion de l'égalité, il est possible de démontrer que la philosophie et les constitutions qui reconnaissent les droits à l'égalité de l'individu justifient l'utilisation de l'action positive et l'imposition d'un traitement préférentiel afin de remédier aux privations systématiques de l'égalité des chances. L'action positive est un sujet de controverse, car on fait appel à elle afin d'éliminer les effets d'un traitement inégal que l'on condamne résolument au moyen de l'implantation d'une autre forme de traitement inégal. Néanmoins, la seule manière dont on peut rendre les inégaux égaux, c'est en les traitant de façon inégale. En outre, l'action positive peut apparaître comme un remède radical à cause de sa déviation apparente de l'idéal presque universel de l'égalité des chances. Strictement parlant, cependant, l'action positive relève d'une politique conservatrice dans la mesure où elle cherche à préserver et à protéger la probité du système actuel de production et de distribution²⁶⁸. En vue de remédier aux injustices du passé, elle remanie les places de certains individus, mais, par le fait même, elle maintient intactes les structures du pouvoir et les hiérarchies professionnelles existantes. L'action positive est un remède nécessaire pour rétablir équitablement et sans délai intolérable la probité de tout système socio-politique qui est fondé sur une égalité des chances authentique. Ironiquement, si elle pouvait trouver moins d'obstacles sur son chemin, elle pourrait vraisemblablement accomplir sa tâche sans délai, et par conséquent accélérer significativement l'arrivée du jour où, en toute probabilité, elle disparaîtrait d'elle-même.

268. Voir M. Walzer, *supra*, note 26, p. 153.