

**JUSTICE, ÉGALITÉ, ET ACTION POSITIVE:
UNE CRITIQUE DU
PROFESSEUR ROSENFELD**

par Me Michel Krauss*

L'auteur explique brièvement, dans cette réponse au texte de Michel Rosenfeld, sa thèse voulant que la justification que donne ce dernier à l'action positive soit incompatible, dans ses prémisses, avec les fondements d'une société volontariste. Il trace ensuite sa propre justification philosophique de l'action positive, qui est plus restreinte que celle de Rosenfeld.

The author briefly outlines, in this response to Michel Rosenfeld's text, his view that Rosenfeld's defense of affirmative action is incompatible with the premisses of a free society. He sketches his own philosophical justification of affirmative action, and finds it to be more restrictive than Rosenfeld's.

* Professeur agrégé à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteur est également Commissaire à la *Commission des Droits de la personne du Québec*, et tient à souligner qu'il s'exprime à titre purement personnel, et que ses opinions ne reflètent pas nécessairement celles de cet organisme.

Un débat n'est pas une bataille. Il n'est pas non plus un jeu où chaque participant cherche à accumuler des points: il est, au contraire, un outil intéressant dans l'éternelle recherche de la vérité. Mais si les débats étaient des jeux, le «commentateur» aurait, toujours, l'avantage sur le «commenté» de pouvoir *réagir* à une communication qu'il a devant lui. Toutefois, cet atout stratégique est dans certains cas amorti par l'obligation du commentateur de *commenter* de façon concise; après tout, un commentaire n'est pas un article de fond.

Cette contrainte cause des difficultés particulières dans le cas de l'article complexe et intéressant de mon ami Michel Rosenfeld¹, car ce texte constitue en réalité une tentative de suggérer une justification morale complète pour une extension des programmes d'Action positive. Je crois qu'il a failli à sa tâche, et qu'il n'a donc pas justifié moralement l'extension qu'il préconise; mais je ne puis ici l'imiter et énoncer ma *propre* philosophie morale de la compensation étatique en cas de discrimination pour me justifier²...

Que l'ambition modeste de ce texte soit donc explicitée à l'avance. Je me propose des commentaires de trois ordres. Dans un premier temps, je soulignerai les domaines (et il y en a plusieurs) où il y a accord entre le professeur Rosenfeld et moi. Dans un deuxième temps, j'insisterai de nouveau³ sur certains points conceptuels élaborés par lui. En troisième lieu j'offrirai des critiques à différents éléments ponctuels de son texte. Mon espoir est de suggérer que la conclusion à laquelle il arrive ne s'impose point, et qu'une autre, meilleure justification pour l'action positive lui donnerait une portée pratique plus restreinte dans une société libre.

-
1. M. ROSENFELD, «Justice, Égalité, et Action positive: Justification et Limites», (1987) 17 R.D.U.S., pp. 243-346.
 2. Déjà une constatation importante est de mise: Rosenfeld ne croit en l'action positive que comme remède à une discrimination antérieure; vg, p. ex., *id.*, p. 344. Il semble même que la discrimination en question, qui légitimise pour Rosenfeld l'action positive, doit provenir de l'État (il ne doit donc pas s'agir d'une discrimination purement privée). Il s'agit là de la plus importante «limitation» de l'action positive dans l'article de Rosenfeld; celui-ci ne prétend pas justifier une redistribution des ressources en l'absence d'une discrimination étatique antérieure. Il sera plus longuement question de cette limitation, *infra*.
 3. Certains de ces points auront déjà été traités par moi dans M. KRAUSS, «L'action positive: réflexions historiques et philosophiques», (1985) 16 R.D.U.S. 459.

I

La partie la plus agréable de ce commentaire consiste sans doute à énumérer des points qui ne font pas l'objet de litige entre Rosenfeld et moi. Voici, explicités, quatre importants domaines d'accord:

1° Nous sommes tous deux d'accord pour dire que l'état actuel du droit positif aux États-Unis, au Canada et au Québec consiste à permettre sans doute un certain degré d'action positive⁴. Évidemment, l'état actuel du droit positif n'établit guère la thèse de Rosenfeld, car celle-ci est normative, pas positive;

2° Nonobstant cette dernière constatation, ce droit positif est ou bien incomplet (en ce qu'il n'énonce pas clairement les prémisses de base de l'action positive; donc, il *risque* l'incohérence si celle-ci présupposait une philosophie politique incompatible avec le reste de la structure juridique)⁵; ou bien carrément incohérent dans son traitement *ad hoc* des litiges⁶;

3° Rosenfeld et moi sommes d'accord sur la phrase suivante (mais je ne suis pas sûr que nous sommes d'accord sur son *sens*): [Dans un monde idéal], «le fait d'être une femme ou le membre d'un groupe ethnique minoritaire ne compte[rait] pour rien dans le contexte de l'allocation d'une éducation ou d'un emploi»⁷. Cette phrase, qu'il avait écrite et que je fais mienne, est toutefois très ambiguë et mérite d'être expliquée, tellement les problèmes purement sémantiques en matière d'action positive sont nombreux. Cette phrase évoque une préférence morale de l'auteur (ici, *des* auteurs, Rosenfeld et moi) à l'effet qu'un *employeur* ne devrait pas choisir des employés (ou une *école* des étudiants) sur la base des critères qui sont sans pertinence causale dans la détermination de leur performance.

Voilà ce que cette phrase signifie. Pour moi, elle **ne signifie pas** (mais une lecture littérale pourrait permettre cette interprétation) qu'il devrait être interdit aux *membres* de ces différents groupes (c.à.d. aux candidats potentiels) d'avoir des goûts ou des aptitudes différents pour divers métiers ou professions. Ainsi, je ne crois pas⁸ que les Juifs *devraient* poser leur candidature en aussi

4. ROSENFELD, pp. 305-318.

5. C'est le cas pour le Canada et le Québec: ROSENFELD, pp. 305-307.

6. C'est le cas pour les États-Unis: ROSENFELD, p. 318.

7. ROSENFELD, p. 329.

8. Et je suis sûr que le pr. Rosenfeld ne croit pas...

grande proportion que les Amérindiens pour des emplois dans la construction des gratte-ciel, ou que les Canadiens d'origine suédoise *devraient* vouloir être aussi actifs dans le domaine de la restauration que les Canadiens d'origine grecque. De même⁹, il n'est point moralement obligatoire que les goûts (passés, actuels, ou futurs) des femmes soient individuellement ou statistiquement identiques aux goûts des hommes pour quelque activité que ce soit¹⁰. Notre citation commune ci-dessus ne vise donc pas à anéantir toutes les différences entre les goûts, les cultures ou les modèles de socialisation dans les familles; elle ne vise pas non plus à ériger l'un de ces modèles en exemple que tous devront moralement suivre. L'idéale précitée vise, **au contraire**, à assurer la coexistence de diverses formes de socialisation lorsque les justiciables transigent dans le marché, en déplorant moralement l'imposition d'une sur les autres. Je ne prétends donc pas que tous les individus, ou toutes les cultures, sont ou devraient être identiques;

4° Le professeur Rosenfeld et moi sommes (je crois) également d'accord pour dire que le problème de la discrimination illécite par l'État est, pratiquement et philosophiquement, plus grave que ne l'est le cas des discriminations purement privées. Ainsi, Rosenfeld reconnaît dans son texte¹¹ qu'en l'absence de toute aide étatique, le marché aura tendance à faire disparaître les discriminations purement privées à cause des inefficiences que celles-ci provoquent¹². Mais le marché ne pourra remédier aux obstacles à l'efficacité érigés en lois; et c'est effectivement lorsque de telles lois existent que les problèmes sociaux sont plus épineux¹³. Ainsi envisagée, la problématique de l'action positive participe (c.à.d. est une question parmi d'autres à être réglée lors de l'examen) d'une question plus

9. Ici, à cause d'un grave problème méthodologique dont souffre à mon avis le texte du professeur Rosenfeld (voir *infra* au sujet de la 'fausse conscience') je n'ose plus présumer de son accord.

10. Vg. KRAUSS, *supra*, note 4, pp. 468 et ss.

11. ROSENFELD, p. 298, 313 et 314.

12. Vg. aussi G. BECKER, *The Economics of Discrimination*, (2e éd.) Chicago, U. of Chicago Press, 1971; T. SOWELL, *Civil Rights: Rhetoric of Reality?*, New York, Morrow, 1984, chs 1 et 4.

13. Ainsi, des préjugés *privés* très répandus n'ont pas empêché la mobilité sociale des immigrants européens en Amérique du Nord; mais des lois discriminatoires contre les Noirs (États-Unis avant 1970, Afrique du Sud) et les Amérindiens (Canada jusqu'à tout récemment), par exemple, ont effectivement freiné le progrès économique des membres des groupes visés.

globale: quels dédommagements sont dûs par l'État lorsque celui-ci viole les droits de ses ressortissants?¹⁴

L'explicitation de ces quelques domaines d'accord entre Rosenfeld et moi permet de passer à un bref examen conceptuel de son texte.

II

Si la question fondamentale est celle du rôle de l'État dans la réparation des dommages qu'il a causés de par des lois passées et *immorales* (immorales parce que ne respectant pas la notion appropriée d'égalité), il importe de décrire précisément la notion d'égalité à laquelle on réfère. Michel Rosenfeld insiste¹⁵ avec raison sur les différents sens qu'on peut donner à ce concept, et j'aimerais surenchérir un peu car je crois (comme lui) que le déroulement du débat concernant l'action positive souffre beaucoup de son imprécision.

Le terme «égalité» a une connotation positive pour tous, mais certaines de ses acceptions font franchement peur. De Platon à Revel cette crainte a été exprimée avec force; ainsi, dans son oeuvre principale, Alexis de Tocqueville décrit cette menace qui pesait sur la jeune démocratie américaine qu'il admirait tant:

«La progression graduelle de l'égalité est une fatalité... Tout ce livre a été écrit sous l'impulsion d'une sorte d'effroi religieux inspiré par la contemplation de cette terrible révolution écrasant, siècle après siècle, tous les obstacles, mais avançant même maintenant parmi les ruines qu'elle a elle-même créées.»¹⁶

Qu'avait en tête Tocqueville? Succinctement, il craignait que la notion d'égalité juridique axée sur l'*individu* et les *moyens*¹⁷ (où l'égalité signifie que chaque individu à la même opportunité juridi-

14. Le problème de l'État-délinquant est l'un des plus épineux en doctrine juridico-philosophique actuellement, Vg., p. ex., R. EPSTEIN, *Takings*, Cambridge, Mass., Harvard U. Press, 1985; J. KNETSCH, *Property Rights and Compensation: Compulsory Acquisition and Other Losses*, Toronto, Butterworths, 1983; F. ÉWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.

15. ROSENFELD, pp. 250-277.

16. A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, p. 12.

17. «*Individual-regarding and Means-based equality*» selon la terminologie de l'excellent volume de Douglas RAE, *Equalities*, Cambridge Mass., Harvard U. Press, 1981.

que *ex ante* de réaliser son but «X») soit progressivement supplantée par une autre acception, basée sur les *classes* et les *allocations*¹⁸ (où l'égalité signifie que chaque classe de gens a la même portion *ex post* du bien «X»). Cette dernière acception permettrait à certains d'exproprier d'autres pour «égaliser», comme Tocqueville l'a bien vu.

Il serait sans doute pédant d'étaler systématiquement les conséquences historiques catastrophiques du totalitarisme inhérent à ce déplacement de la notion d'égalité. Je me contenterai donc de souligner la justesse de la crainte de Tocqueville, et donc la nécessité de bien choisir entre l'individu et la classe comme sujet d'égalité, et entre les moyens juridiques *ex ante* et l'allocation *ex post* comme objet d'égalité. Le texte de Rosenfeld, pour qui veut bien le lire, regorge justement de tentatives de justifier l'action positive en d'autres termes que ceux que craignaient Tocqueville. L'action positive se justifie-t-elle selon la première approche (celle d'une société libre) ou non?

Une stratégie intéressante de Rosenfeld en réponse au dilemme des concepts d'égalité consiste à suggérer que les programmes d'action positive **paraissent** superficiellement s'insérer dans la deuxième acception (totalitaire) d'égalité, mais qu'en réalité il n'en est rien. Au fond, prétend-il, les programmes d'action positive ne seraient qu'un moyen surprenant, mais justifié, d'atteindre la première sorte de société¹⁹. Pour déplacer l'action positive à ce premier niveau (moralement plus attrayant), Rosenfeld invoque une deuxième distinction conceptuelle que je désire rappeler, entre la justice *compensatrice* et la justice *distributive*. Il est largement d'accord²⁰ que la première est fondamentale dans notre droit privé: son rôle essentiel est de préciser les droits et les obligations compensatoires en cas de leur violation. La justice distributive (c'est à dire, la croyance que je puis avoir, ou que vous pouvez avoir, qu'une certaine répartition des ressources sociales est «bonne» ou «mauvaise») n'a pas de contenu jurisprudentiel²¹ dans une société libérale. En d'autres termes, la justice distributive n'a pas de contenu moral: il est inexact d'affirmer, par hypothèse, qu'il est *injuste* que Jos soit né handicapé ou qu'il ait perdu son bras dans un accident d'alpinisme.

18. «*Bloc-regarding and Lot-based equality*», selon l'expression de Rae (*id.*).

19. ROSENFELD, pp. 304-307, 318-325.

20. ROSENFELD, pp. 318-325.

21. J'utilise ce terme, tout au long du présent Commentaire, dans son premier (chronologiquement), sens, philosophique («Science du droit»).

Cet évènement est *malheureux*, mais pas *injuste*. Il serait, par contre, *injuste* que je viole les droits de Jos en lui coupant le bras. Je devrai alors (moralement et en droit positif) compenser Jos, si nous sommes dans une société où règne le *rule of Law*. Friedrich Hayek a souligné tous ces points avec tellement de force en 1944 que je n'y insisterai pas ici, si ce n'est que pour renvoyer à son oeuvre²².

Reconnaissant la force morale de la justice compensatrice dans notre jurisprudence²³, Rosenfeld tente donc de justifier l'action positive comme mesure de justice compensatrice seulement. Je reviendrai à cette tentative, dont le succès est essentiel à la vérification de sa thèse, dans la troisième partie de mes commentaires.

III

Les deux premières parties de ce commentaire visent à jeter les bases pour un examen critique de la thèse du professeur Rosenfeld. Dans un troisième temps j'aborderai des éléments précis de son texte. Vues ensemble, et dans la mesure où elles sont justes, mes critiques suggéreront une thèse différente de la légitimité et de l'étendue appropriée de l'action positive. J'esquisserai alors cette thèse dans une quatrième et brève partie du commentaire.

1° Je soumets que Rosenfeld glisse méthodologiquement, sans l'admettre (donc sans en être conscient, possiblement) de l'individu au groupe comme sujet légitime du droit à l'égalité [Rappelons que le groupe serait sujet légitime de ce droit dans les sociétés qui sont *bloc-regarding* et *lot-based*²⁴; ce ne sont pas là les sociétés que vante le professeur Rosenfeld].

22. Dans *Le Chemin de la Servitude*. Pour les non-initiés, une excellente introduction à la pensée de Hayek est celle de E. BUTLER, *Hayek*, Londres, Temple Smith, 1983.

23. Dans une correspondance privée, Rosenfeld a nié mon affirmation (dans une version provisoire de ce Commentaire) qu'il accepte la prédominance de la justice compensatrice dans un pays libre. Avec respect, je ne puis guère concilier cette affirmation avec la stratégie rhétorique de son texte, qui consiste justement à défendre l'action positive comme étant la meilleure *compensation* possible pour les victimes d'une discrimination étatique (voir, *inter alia*, ROSENFELD, pp. 318-325), alors que ses caractéristiques *redistributives* sont claires. Dans la version publiée de ce texte, j'utilise toutefois un langage plus pondéré («force morale» remplace «prépondérance»), pour respecter son souci.

24. Vg. *supra*, notes 18-19 et texte correspondant.

Ainsi, lors d'une discussion²⁵ de la définition de «l'égalité des chances» *individuelles*, l'on peut lire que, dans la mesure où le succès d'un individu dépend de la formation qu'il a reçue, «l'équité pourrait bien exiger une égalité de chances fondée sur l'égalité des **probabilités**». Cette phrase exige, tout simplement, un glissement de l'individu au groupe; car nous ne saurons jamais quelle est la «probabilité» *ex ante* que l'individu X obtienne un emploi donné; mais nous pourrions déterminer statistiquement combien de gens de *groupe Y* (dont ferait partie X) détiennent de tels emplois, en comparaison (par exemple) au *groupe Z*. À la limite, si X (et pas un groupe) est vraiment le sujet de notre examen, la notion même de probabilité est inintelligible. La même erreur grave est commise plus loin dans son texte²⁶, où il est affirmé que la meilleure compensation pour une discrimination qu'a subie un *individu* donné serait de «garantir 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». Il s'agit là d'une égalité qui est clairement *bloc-regarding* tout en prétendant ne pas l'être.

Le problème peut être illustré si nous isolions une des personnes en question. De quel groupe doit-elle faire partie? Quel chapeau doit-elle porter? Est-elle «femme», «résidente d'Outremont», «graduée d'une école privée», etc.? Selon le groupe qu'on choisit, la «probabilité» statistique du succès varie énormément. Or, c'est cet **individu** qui postule un emploi, pas son groupe. Voilà l'obstacle méthodologique: l'individu fait partie d'une configuration vaste, complexe, et changeante de groupes volontaires et involontaires. L'individu n'est pas un épiphénomène dont l'existence tourne autour de son appartenance à un seul groupe. Fondre cet individu dans *un* groupe, c'est justement faire abstraction de son unicité, de son individualité: c'est commettre exactement l'erreur philosophique que le professeur Rosenfeld reproche au contractarianisme de John Rawls²⁷. Je souligne que, de l'aveu même de Rosenfeld, une

25. ROSENFELD, p. 261. La mise en relief est de moi.

26. ROSENFELD, pp. 322-323. La mise en relief est de moi.

27. ROSENFELD, pp. 280. Un extrait de cette page décrit, selon nous et paradoxalement, aussi bien le processus intellectuel de Rosenfeld que celui de Rawls:

«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

théorie qui ne respecte pas l'individualité des justiciables ne peut justifier adéquatement l'action positive²⁸.

2° L'application du «principe de réversibilité» de Kohlberg²⁹ par Rosenfeld³⁰ me paraît très peu satisfaisante.

Rappelons que selon Rosenfeld, le «principe de réversibilité» autorise moralement des allocations non-parétiennes³¹, sur la base du consentement hypothétique: une partie acquiescerait à cette allocation même si elle en sort «perdante», car elle a été obligée d'adopter la perspective de son «adversaire» et a ainsi vu la justesse de l'allocation décidée³². Le principe de réversibilité permet donc d'obtenir un accord unanime sur une décision d'allocation de ressources rares. Il joue un rôle crucial dans le schéma de Rosenfeld, car il permet de justifier le fait que le «perdant» dans l'action positive (ou, le «payeur» de la compensation) peut avoir été totalement

hypothétiques placés dans une 'position originale' à partir de laquelle ils sont censés découvrir des principes communs. À cause de ce voile de l'ignorance, aucun contractant ne connaît son plan de vie ou 'sa position dans la société'... Par conséquent, les principes communs sont dérivés non pas à partir de la diversité de perspectives qui reflètent la multitude des différences individuelles, mais plutôt à partir de l'identité purement abstraite qui égalise toutes les perspectives individuelles...»

28. Dans une correspondance privée, le professeur Rosenfeld a commenté ce paragraphe en soulignant que, par hypothèse, *d'autres* auront au préalable traité l'individu différemment à cause de son appartenance à un groupe précis, et qu'il s'agit maintenant de réagir contre ce traitement. Cela est exact, évidemment: mais l'utilisation illicite d'une identification de groupe ne dicte point moralement, en logique, sa ré-utilisation!

Rosenfeld veut peut-être dire que, *techniquement*, la compensation sera plus efficacement dispensée si nous tenons compte du groupe et non de l'individu. Dans ce cas, son commentaire est déplacé; car il faut souligner que cet argument n'est plus du tout un argument *moral*. Je crois comme lui qu'une compensation est due aux victimes des délits d'État; voir *infra*, Partie IV, pour une discussion de ce sujet.

29. L. KOHLBERG, «Justice as Reversibility: The Claim to Moral Adequacy of a Highest Stage of Moral Development», ch. 5 de son *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice*, New York, Harper & Row, 1981.

30. ROSENFELD, pp. 331-342.

31. C'est à dire, des allocations dans un jeu à somme nulle (où deux parties luttent pour un bien), et qui produiront donc au moins un «perdant».

32. Vg. ROSENFELD, pp. 280-287 pour une explication générale du «principe de réversibilité».

innocente de tout acte de discrimination³³. Par le biais du principe de réversibilité, ce perdant consent à la perte d'emploi/d'éducation dont il est question! De plus, et à la différence du «voile de l'ignorance» de Rawls (une autre façon d'«obtenir» un consentement hypothétique à une allocation défavorable), le principe de réversibilité serait plus concret, plus terre-à-terre, et ne ferait pas abstraction de l'individualité de chaque citoyen³⁴.

Il me semble que deux remarques s'imposent à ce sujet. La première s'inspire directement de l'invocation par le professeur Rosenfeld de l'oeuvre de Juergen Habermas³⁵. Cette oeuvre souligne, *inter alia*, la nécessaire absence de *distortion* si une vraie compréhension entre personnes est possible³⁶. Or, comme Rosenfeld l'admet lui-même, il y aura presque toujours de la *distortion* (ou, en théorie de l'information, du *bruit*) dans les discours. À la limite, je ne puis comprendre clairement (*i.e.* sans *distortion* aucune) le discours ou la perspective d'autrui sans «devenir» autrui en dehors de moi³⁷. Obliger une personne (théoriquement) à s'abandonner (*i.e.* à abandonner ses perspectives, ses rêves, ses valeurs) pour «devenir» autrui afin de décider de ce qui est bien, c'est (me semble-t-il) nier précisément son individualité... N'est-ce pas là commettre l'erreur dont Rawls est si souvent accusé (y compris par Rosenfeld lui-même) et qui fait hésiter plusieurs avant d'épouser son *contractarianisme*?

Ma deuxième remarque à ce sujet est plus fondamentale. Tout simplement, je trouve l'application du principe de réversibilité par Rosenfeld absolument indéterminée, non-convaincante et tautologique. Pour comprendre cette critique, il faut se rappeler que

33. Rosenfeld admet que toute sa défense de l'action positive échoue s'il ne justifie pas le fait que le prix en est payé par des victimes probablement innocentes. Il dit aussi ne trouver aucune autre justification de l'imposition de ce prix, sauf le «principe de réversibilité». Vg. ROSENFELD, pp. 106-107.

34. Vg. *supra*, note 28.

35. ROSENFELD, note 109 et texte correspondant.

36. Il s'agit d'un terme de jargon en théorie de l'information. Pour une introduction accessible aux enseignements généraux que la théorie de l'information peut fournir en Droit, vg. J. CAMPBELL, *Grammatical Man: Information Theory, Entropy, and Life*, New-York, Simon & Schuster, 1982.

37. Cette remarque s'inspire bien de la métaphore kantienne, où l'objectivité requiert que le «noumène» perce sans altération la membrane du «soi nouménal». Ce passage indemne s'avérant impossible, c'est un «phénomène» qui est capté par l'auditeur plutôt que le noumène lui-même. Vg. la deuxième édition de I. KANT, *Critique de la raison pure*.

Rosenfeld admet (avec Kohlberg) que le principe de réversibilité ne produira un accord hypothétique que si les (deux) interlocuteurs sont d'accord sur les valeurs de base³⁸. Donc, la mère dont l'enfant est peu blessé comprendra que le médicament rare doit être administré à un autre, plus gravement malade que ne l'est sa fille³⁹. Par contre, si les goûts sont différents (je désire que le terrain vague serve de terrain de baseball; vous préférez qu'il devienne un court de tennis; il reste suffisamment de terrain/d'argent pour l'un mais non les deux), aucun consentement hypothétique ne suivra nécessairement l'application du principe de réversibilité⁴⁰.

Or, pour ce qui est de l'action positive, le dialogue «kohlbergien» entre le bénéficiaire et le perdant produit miraculeusement un accord⁴¹. Le Blanc (les appellations sont de Rosenfeld) voit maintenant la frustration profonde du Noir; ce dernier «diminue» ses demandes (autrefois plus radicales), après avoir compris le Blanc, pour n'exiger plus que l'action positive telle que prônée par Rosenfeld! Avec respect, je trouve cet accord hypothétique purement axiomatique: il ne me semble ni inévitable ni même probable. D'une part, un survol de la littérature et des sondages révélera que plusieurs Blancs favorisent l'action positive, et qu'un très grand nombre de Noirs la détestent⁴², *avant* tout dialogue kohlbergien⁴³. D'autre part, et à supposer que nous nous limitons aux opposants (*ex ante*) blancs et aux supporters «radicaux» (*ex ante*) noirs de l'ac-

38. ROSENFELD, p. 284.

39. ROSENFELD, p. 283.

40. ROSENFELD, p. 284.

41. ROSENFELD, pp. 335 et ss.

42. Ex., W. ALLEN, «Constitutional Principles: Is Affirmative Action Constitutional?», (July 1985) *Regulation* 12; T. SOWELL, *supra*, note 13; W. WILLIAMS, «On Discrimination, Prejudice, Racial Income Differentials and Affirmative Action», in W. BLOCK et M. WALKER, éds., *Discrimination, Affirmative Action, and Equal Opportunity*, Vancouver, Fraser, Institute, 1982, 69.

43. En réaction à cette affirmation dans une correspondance privée. Michel Rosenfeld répond que ce différend d'opinion «s'explique à partir de la distorsion de la communication». En d'autres termes, si seulement la communication était claire, le Blanc et le Noir croiraient certainement ce que Rosenfeld les «fait» croire!! Ce recours à la «clarté de la communication» assume dorénavant le statut de «stratagème d'immunication» [le terme est de Karl Popper, *La logique de la découverte scientifique*, 1959] contre toute tentative de repousser la thèse principale. Comme Popper l'a souligné alors, ces stratagèmes transforment la thèse en un projet métaphysique, non-testable...

tion positive, qui peut dire qu'il n'y a pas de désaccord fondamental entre eux (*i.e.* un désaccord que la réversibilité ne «guérira» pas)? Peut-être les supporters désirent-ils une société *bloc-regarding* et *lot-based*, tandis que les opposants préconisent un État qui serait *individual-regarding* et *means-based*?⁴⁴ Douglas Rae a bien souligné⁴⁵ que ces notions sont philosophiquement incompatibles. Il faut donc conclure que le test de réversibilité «réussie» de Rosenfeld présuppose qu'il y a accord entre les parties sur le postulat précis d'égalité qui conduirait exactement à l'action positive actuelle! Nous avons bouclé la boucle: si je le comprends bien, le raisonnement devient:

1. tout le monde pense (ou devrait penser) comme R.⁴⁶, pour ce qui est d'une conception précise d'égalité;
2. si tout le monde pense comme R., alors après avoir oublié leurs intérêts immédiats ils vont réaliser qu'ils sont d'accord avec R.;
3. R. préconise une conception d'égalité qui permet l'action positive;
4. l'accord hypothétique de tous (y compris des perdants) *prouve* que la conception de R. est bonne et morale.

Évidemment, la conclusion (# 4) ne suit point les affirmations (# 1-3), et la validation kohlbergienne est donc une non-validation. Cet élément crucial de la thèse du professeur Rosenfeld n'accomplit donc pas sa fonction.

3° L'une des parties les plus troublantes du texte de Rosenfeld traite de la «fausse conscience». Il semble que le membre du groupe minoritaire qui fait sienne *la perspective*⁴⁷ du groupe majoritaire souffre de fausse conscience.⁴⁸ À un moment crucial, le concept de fausse conscience est introduit au dialogue kohlbergien pour exclure la possibilité que l'une des parties ait une perspective autre que celle commandée par son appartenance au groupe approprié.⁴⁹ Ainsi et par exemple, des femmes qui penseraient que le

44. Vg. *supra*, note 18 et texte correspondant.

45. D. RAE, *supra*, note 18, p. 56.

46. [R]osenfeld.

47. Le seul énoncé du problème de cette manière me trouble beaucoup, car il suppose que le groupe majoritaire a *une* perspective «officielle», *i.e.* une perspective partagée par chacun de ses membres et *dictée* par le membership dans ledit groupe, supprimant donc les perspectives issues de tout autre rôle social. J'ai déjà critiqué cette prémisse comme étant tout-à-fait fausse. Vg. *supra*, notes 29 et 43 et le texte correspondant.

48. ROSENFELD, p. 285.

49. ROSENFELD, note 115 et texte correspondant. L'on voit que la «fausse

meilleur rôle des femmes est au foyer avec les enfants auraient une «fausse conscience»; celles qui, au contraire, verraient leur place dans les forces armées auraient une «vraie» conscience⁵⁰.

Le lecteur voit tout de suite comment l'accord hypothétique sera possible. En plus de nier l'individualité de l'expérience intellectuelle humaine de par un déterminisme de groupe⁵¹, la «fausse conscience» rend toute l'opération kohlbergienne circulaire. Ainsi, si le dialogue en matière d'action positive n'est pas celui prévu par Rosenfeld⁵² (i.e. si le Blanc persuade le Noir que l'action positive n'est pas dans les meilleurs intérêts de ce dernier), ce sera là une démonstration de la «fausse conscience» du Noir; dans ce cas on lui prête tout simplement l'opinion qu'il *aurait eue* s'il avait une «*authentique conscience de Noir*». Est-il nécessaire d'explicitier les implications politiques de la croyance en une «vraie» conscience (qui «compte») et une «fausse» conscience (qui ne «compte» pas)?⁵³.

conscience» sert donc la même fonction d'immunisation méthodologique que celle de «distortion»: vg. *supra*, note 44.

50. *Ibid.*

51. Vg. *Supra*, notes 29, 43 et 48, et le texte correspondant.

52. ROSENFELD, pp. 335 et ss.

53. Je ne puis résister à la tentation de relier cette technique à un débat actuel en Interprétation juridique. Il s'agit de savoir si une *bonne* (ou *meilleure*) interprétation existe objectivement pour un litige donné, ou si tout n'est pas plutôt simple question de pouvoir politique («le Droit, ce n'est que ce que ce juge dit être le Droit»). Comme je l'ai indiqué ailleurs [M. KRAUSS, «Le nihilisme et l'Interprétation des lois», (1986) 20 *Thémis* 125], de la réponse à cette question dépend son point de vue concernant l'existence ou non du *rule of law*. La méthodologie de Michel Rosenfeld, qui consiste à voir de la «fausse conscience» lorsqu'une opinion est différente de celle que prône une certaine élite puissante (qui pourrait évidemment changer demain: à preuve est l'aveu de Rosenfeld que la conscience de la malheureuse dame au foyer n'aurait pas été «fausse» dans le passé; ROSENFELD, note 115) fait écho à l'argument de puissants *lobby* féministes canadiens, qui rappellent à l'organisme *REAL WOMEN* (qui préconise le libre choix de carrières et la valorisation du rôle au foyer) que celui-ci ne «représente pas la perspective des femmes» car il n'est pas «au pouvoir» dans les institutions féministes. Ce quasi-nihilisme m'est fort troublant dans ses implications jurisprudentielles.

IV

Le moment est venu, dans une dernière partie du Commentaire, de me tendre le cou et d'esquisser fort brièvement (donc sans pouvoir défendre complètement) *ma* conception des paramètres philosophiques de l'action positive. Je précise que je ne vise ici (tout comme le professeur Rosenfeld) que les programmes d'action positive imposés obligatoirement par l'État, et non les programmes volontaires privés; là la problématique jurisprudentielle est différente. De plus, je tiens pour acquis que les programmes «sociaux» visant à établir une égalité de chances (éducation publique, soins de santé aux frais de l'État, etc.) ne sont pas actuellement visés par le vocable *action positive*; il n'est donc pas question d'en discuter ici.⁵⁴

Je pars aussi de l'hypothèse que l'État a lésé certains individus par une discrimination moralement illégitime⁵⁵. La discrimination par l'État cesse pour l'avenir («action négative»). Mais, comme le savent tous ceux qui ont réfléchi aux problèmes de responsabilité civile, il faut **plus** que la cessation du délit pour l'avenir: la justice compensatrice exige aussi de dédommager autant que faire se peut la victime, *to make him whole* en faisant disparaître les effets du délit passé. Or, comme l'a souligné Michel Rosenfeld⁵⁶ (son raisonnement est toutefois applicable à tout le champs délictuel, et pas seulement ni principalement au seul domaine de la discrimination illicite), l'impossibilité de revenir dans le temps interdit souvent une exécution en nature de l'obligation; une autre sorte de réparation est alors de mise. Tout le problème est alors à savoir quelle autre sorte de réparation est la meilleure.⁵⁷

Il me semble que ces réparations peuvent prendre plusieurs formes, dont toutes consistent en une certaine «action positive»:

1° L'État peut fournir un dédommagement monétaire aux seuls individus directement lésés par lui. Cette solution a l'avantage de respecter la base individuelle de notre concept d'égalité. De plus, cette solution a l'avantage de faire payer la note du dédom-

54. Je suis d'accord avec le professeur Rosenfeld (ROSENFELD, pp. 306-307) que de tels politiques participent d'une différente source normative que les programmes d'action positive dont il est question ici.

55. Vg. *supra*, notes 14-15 et le texte correspondant.

56. ROSENFELD, p. 266.

57. Pour un énoncé de plusieurs raisons pour lesquelles l'action positive n'est point la meilleure réparation dans bien des cas, vg. KRAUSS, *supra*, note 4.

agement par chacun des contribuables⁵⁸, et non par quelques individus innocents et sans lien avec le délit. Cette solution est même envisageable lorsque le nombre de victimes est élevé⁵⁹. Elle exige évidemment le rejet des réclamations dont le lien de causalité avec la discrimination est trop indirect: en d'autres termes, ici autant qu'ailleurs une doctrine de causalité immédiate⁶⁰ est absolument exigée.

Cette solution participe donc de la nature de la problématique générale de la responsabilité civile, et n'exige pas une allocation de biens non-fongibles (emplois, etc.) à des individus du seul fait de leur appartenance à un groupe donné.

2° Dans certains cas, une telle allocation précise (donc, une certaine «action positive») s'imposera.

[i] L'un de ces cas est celui où l'identification de groupe est en soi un facteur dans la performance efficace de l'emploi⁶¹ en question. Ainsi, un argument persuasif en faveur de l'engagement de policiers ou de pompiers en fonction de leur race existe, SI la race du policier ou du pompier affecte son efficacité dans un quartier donné, et SI pour une raison donnée l'engagement «neutre» n'a pas produit le nombre optimal de policiers/pompiers minoritaires.

Il faut noter que cette action positive demeure légitime, selon moi, même en l'absence d'une discrimination antérieure.

[ii] Un autre cas est celui où la fonction en question a en grande partie une raison d'être symbolique ou de visibilité: *i.e.* que la fonction même consiste en grande partie à communiquer au public que la discrimination a cessé et que le poste est ouvert aux personnes semblables au nouveau titulaire. En d'autres termes, il est possible que le meilleur «affichage» que puisse faire l'État de sa nouvelle politique de non-discrimination soit de l'étaler publiquement avec des symboles. Ainsi, plusieurs postes peuvent légitimement comporter des «quota» régionaux, sexuels, raciaux, etc., mais seulement en fonction de cette visibilité.

58. Je suis tout à fait d'accord avec Michel Rosenfeld (ROSENFELD, p. 331) pour dire que le léger et proportionnel fardeau assumé par les innocents dans ce cas ne viole pas nos principes moraux.

59. Ex. le cas de l'internement des Nippo-canadiens pendant la deuxième guerre mondiale; ou le cas des réparations allemandes aux ayant cause des familles juives persécutées; etc.

60. Art. 1075 C.c..

61. Ou du projet d'études...

Dans ce deuxième cas aussi, l'on voit que l'allocation du poste en fonction du critère racial/sexuel aura pour but d'augmenter l'efficacité de la performance du titulaire: seulement, ici un aspect de cette performance est justement la communication à qui de droit de l'information que ledit poste est ouvert à tous les candidats qualifiés.

[iii] Plus généralement, je crois qu'un «discriminateur» peut être condamné à faire de l'*action positive* dans le sens où ce terme fut utilisé jusque dans les années 70. Je crois qu'il est légitime pour l'État de prendre les mesures **informationnelles** spéciales vis-à-vis des membres d'une minorité autrefois victime de discrimination, mesures qu'il n'entreprend pas du tout (ou à un bien moindre degré) pour ce qui est de la majorité.⁶²

Ainsi, le «coupable» peut faire des efforts de publicité et de recrutement particuliers («discriminatoires») auprès des membres de ces groupes, pour enrayer le sentiment d'exclusion qu'il aura lui-même contribué à y faire naître. Si l'éducation avait été systématiquement niée aux membres du groupe victime, des mesures compensatrices tels des cours de formation permanente gratuits (offerts aux seuls ex-exclus) seraient de mise. Je conçois ainsi que l'État facilite l'obtention du crédit pour des entrepreneurs minoritaires, etc. Mais il faut toujours veiller à ce que l'**allocation finale** (à la différence de l'information transmise pour offrir aux individus les **moyens** de se concurrencer pour cette allocation) soit «spontanée»⁶³ et non déterminée par l'État; sinon, la conception d'égalité qui soutend toute l'opération aura été radicalement changée.

V

Le portrait de l'action positive tracée ci-dessus est beaucoup plus modeste (et il est justifié beaucoup plus modestement...) que celui de Michel Rosenfeld. J'espère avoir démontré que celui-ci n'a

62. Vg. KRAUSS, *supra*, note 4 à ce sujet. Ce remède s'avérera d'autant plus opportun que les victimes directes de la discrimination soient difficiles à déceler, ou que les effets d'une longue discrimination soient maintenant tellement diffus que la victimisation est relativement générale.

63. Le terme est utilisé dans son acception hayekienne, et signifie une absence de planification consciente, ou (pour emprunter les termes de Michel Rosenfeld) d'allocation par l'État de ces biens privés. Vg. *supra*, note 23.

pas réussi à justifier philosophiquement l'étendue d'action positive qu'il (et que bien d'autres) préfère. Je crois que l'action positive de Michel Rosenfeld est fondée sur un concept d'égalité où le groupe déplace l'individu en tant que sujet⁶⁴, et où l'allocation déplace les moyens en tant qu'objet. Tous ceux qui valorisent les fondements libéraux de nos États ne peuvent être d'accord avec lui.

Ce commentaire a passé en revue des aspects fondamentaux du texte de Michel Rosenfeld; il n'a donc pu être question des nombreux arguments accessoires, et intéressants, qui s'y trouvent. Il y aurait beaucoup à dire, par exemple, concernant l'opportunité morale de compenser l'élite des minorités⁶⁵ et d'en faire payer le prix par les moins favorisés des majorités⁶⁶, surtout quand ceux-ci

64. En plus des exemples de ce glissement inacceptable de l'individu au groupe que j'ai esquissés plus haut, il faut souligner un passage éloquent où Rosenfeld le révèle explicitement. À la page 322 de son texte, il essaie de justifier le fait que les bénéficiaires d'action positive ne seront pas nécessairement des victimes de discrimination, et qu'on ne sait comment ces membres du groupe minoritaire aurait «performé» en l'absence de discrimination. Une phrase cruciale lui permet de passer outre cette objection fondamentale:

«[I]l 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».

Cette phrase, cruciale à la thèse de Rosenfeld, est tout simplement stupéfiante. En premier lieu, elle est carrément incompatible avec toute l'expérience humaine. Comment «présumer» que tous les groupes ont la même performance que tous les autres (en l'absence de discrimination) sans nier les différences entre les individus, entre les cultures, donc entre la moyenne des groupes? (Vg. *supra*, notes 9-11 et le texte correspondant.) En deuxième lieu, cette phrase constitue un récidive pour Rosenfeld: en voyant le «succès» comme une caractéristique du *groupe* et non pas des individus (quelle que soit la constellation des nombreux groupes auxquels ils adhèrent ou appartiennent), Rosenfeld trahit son acceptation tacite d'un concept d'égalité qui est incompatible (de ses propos d'ores et déjà: vg. ROSENFELD, p. 252) avec nos traditions démocratique et libérale.

65. Rosenfeld avoue (ROSENFELD, p. 322) que, par hypothèse, moins un membre de la minorité aura été discriminé plus il sera en mesure, *ceteris paribus*, d'être concurrentiel, donc de bénéficier des programmes d'action positive. Les victimes de la pire discrimination (à la limite, ceux qui sont tués ou blessés) ne seront pas aussi souvent choisies à l'aide de quotas. L'action positive revient donc à compenser ceux qui, *ceteris paribus*, ont le moins de compensation due.

66. Un raisonnement semblable à celui de la note 66, *supra*, laisse voir que la compensation est payée par ceux qui ont le moins de ressources. Est-il étonnant que les *lobby* en faveur de l'action positive sont menés par l'élite

ne se sont rendus coupables d'aucun délit. Ces questions devront attendre un autre article. Mais une chose est tout de suite évidente: ces questions seraient sans pertinence dans une société où les allocations sont une fonction directe du groupe racial/sexuel auquel on appartient, et non de ses mérites individuels. L'ultime question est toujours là.

(souvent nullement défavorisée) des minorités, tandis que les défavorisés «non-minoritaires» n'ont guère d'organisation politique pour les combattre?