

QUELQUES POINTS DE REPÈRE SUR L'ÉGALITÉ DANS UNE SOCIÉTÉ DIVERSIFIÉE

Yves-Marie Morissette*
Montréal

L'idée d'égalité aujourd'hui au Canada a une emprise considérable en droit et dans les débats politiques. L'auteur examine cette idée sous quatre aspects. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt Law, en a fixé la portée proprement juridique. L'histoire, en particulier aux États-Unis, démontre la plasticité de son contenu, qui s'est transformé entre la Révolution et les théories actuelles sur la racialisation. D'un point de vue épistémologique, l'idée d'égalité peut elle-même constituer un stéréotype; elle revêt, en tout cas, des sens fort différents dans les sociétés monoculturelles et multiculturelles. Enfin, sur un plan déontologique, cette idée sollicite particulièrement le juge, car juger consiste à discriminer (au sens de pratiquer des distinctions), une activité qui exige du juge une constante objectivité de soi sur soi.

Today in Canada, the idea of equality holds considerable sway in law and in debates over public policy. The author discusses four aspects of equality. The Supreme Court of Canada in Law spelled out the approach to equality as a legal construct. As is apparent from history, and particularly American history, the idea of equality has a malleable content which changed radically between the Revolution and present-day Critical Race Theory. From an epistemological standpoint, this idea may itself amount to a stereotype; at any rate, its significance is altogether different in monocultural and multicultural societies. Finally, inasmuch as it is now an accepted principle of judicial ethics, equality creates an added tension in the business of judicial differentiation and it reminds us that critical self-perception is an essential element of judging.

I.	Repères juridiques	81
II.	Repères historiques	86
III.	Repères épistémologiques	92
IV.	Repères déontologiques et éthiques	95

I. Repères juridiques

Il y a quelque chose de trompeur dans la notion d'égalité comme on l'utilise de nos jours dans le débat public canadien. Elle tend en effet à réifier ce qui est en fait une démarche intellectuelle. Ainsi, on parle volontiers d'un *droit* à l'égalité,

* Yves-Marie Morissette, de la Faculté de droit et de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Montréal, Québec. Ce texte est basé sur une communication livrée à Montréal en octobre 1999 pour l'Institut national de la magistrature lors du Colloque conjoint des juges de la Cour d'appel et de la Cour supérieure du Québec sur le thème «Rendre justice dans une société diversifiée».

alors que l'idée d'égalité renvoie nécessairement (1) à une opération de l'esprit, c'est-à-dire à une comparaison, et (2) à des objets sur lesquels cette comparaison doit porter. Les seconds prêtent souvent à controverse, comme parfois la méthode de comparaison elle-même, car la ligne de démarcation entre la comparaison et ce sur quoi elle porte n'est pas parfaitement nette.

Il peut arriver que la loi résolve une ou plusieurs de ces questions controversées en fixant d'avance certaines données du débat. C'est ce que fait, par exemple, l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* lorsqu'il prohibe dans son premier paragraphe la disparité salariale «entre hommes et femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes»¹, et qu'il définit dans son second paragraphe les éléments pertinents de la comparaison². Mais la plupart du temps, de telles définitions ne font que repousser plus loin le seuil de la controverse. Celle-ci réapparaît inévitablement là où elle redevient possible³.

D'autre part, dans l'application de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et souvent aussi en matière d'égalité, la méthode de comparaison et le choix des objets de comparaison sont une construction prétorienne. Le dernier en date des arrêts de principe sur ces questions de méthode est l'arrêt *Law*⁴. On sait que la Cour suprême du Canada, par une décision unanime, y formule une analyse en dix points, destinée à faire la synthèse de sa jurisprudence. Cette unanimité, acquise au prix de nombreuses nuances, se paie en intelligibilité⁵, et elle n'est évidemment pas garante d'une unanimité future, comme l'a démontré quelque temps plus tard l'arrêt *M. c. H*⁶. Mais l'arrêt *Law* épure le droit.

¹ L.R.C. c. H-6. C'est le critère connu en anglais comme «equal pay for work of equal value».

² «Le critère permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des salariés dans le même établissement est le dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail.»

³ Voir par exemple *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada* (*Commission canadienne des droits de la personne*), [1989] 2 R.C.S. 879 [ci-après *L'Acadie*], ainsi que, plus récemment, *Bell Canada v. Communications, Energy And Paperworkers Union of Canada*, [1998] F.C.J. No. 312 (C.F.), [1999] 1 F.C. 113 (C.A.F.) et [1999] S.C.C.A. No. 1, surtout pour le jugement de première instance. Il faut aussi mentionner ici la décision du juge Evans de la Cour fédérale rendue dans le dossier où s'opposaient l'Alliance de la fonction publique du Canada au Conseil du trésor, [1999] F.C.J. No. 1531.

⁴ *Law c. Canada* (*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), [1999] 1 R.C.S. 497 [ci-après *Law*].

⁵ Voir K. Makin, «Unanimity: Is it creating as many problems as it solves — Canada's top judges work for consensus, but experts argue that concurring rulings can be confusing, dissenting judgments can be important», *The Globe and Mail*, 12 octobre 1999, pp. A8.

⁶ [1999] A.C.S. no 23 (arrêt rendu le 20 mai 1999 et où le juge Gonthier, tout en s'appuyant comme ses collègues sur la méthode d'analyse de l'arrêt *Law*, précité, rendu le 25 mars, conclut à l'absence de discrimination). Voir aussi, sur la notion de motif analogue de discrimination, *Corbiere c. Canada* (*Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*), [1999] A.C.S. no. 24 [ci-après *Corbiere*], et, sur la méthode à utiliser dans l'analyse d'une garantie légale contre la discrimination, *Colombie-Britannique* (*Public*

Après dix ans, donc, cet arrêt prend le relais de l'arrêt *Andrews*⁷, et comme lui il met en relief le rôle central de la comparaison dans les litiges sur l'égalité⁸. Il n'est pas étonnant, comme on l'a déjà dit, que l'objet de la comparaison, ainsi que la démarche comparative, soient matières à controverse. Aussi, à défaut de pouvoir recourir à une méthode expérimentale, on pratique souvent dans les sciences humaines la méthode comparative, et les comparaisons suscitent fréquemment ce genre de débat, surtout si elles portent sur des objets complexes⁹. Or, les comparaisons auxquelles on est habitué dans le contentieux sur l'égalité, bien que qualitatives plutôt que quantitatives, n'en sont pas moins complexes.

Il faut relever un deuxième aspect important de l'arrêt *Law*. Le premier était l'idée de comparaison, celui-ci concerne le but général de l'article 15. Il s'agit, nous dit la Cour, d'«empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même

Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union (B.C.G.S.E.U.), [1999] A.C.S. no 46. Dans l'affaire *Gosselin c. P.G. du Québec*, [1999] R.J.Q. 1033 (C.A.Q.), dont les faits présentent une certaine ressemblance avec l'affaire *Law*, les divergences de vues entre les trois juges qui entendirent l'appel montrent bien que l'analyse de l'arrêt *Law* (sur l'effet de laquelle il y a désaccord entre les juges Mailhot d'une part, et Baudouin et Robert d'autre part) demeure d'application délicate; lorsqu'on y ajoute le critère de l'arrêt *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (sur l'effet duquel il y a désaccord entre les juges Baudouin et Robert), le raisonnement gagne encore en complexité. On peut se demander si la tâche ardue qui revient aux magistrats dans ce sous-ensemble du contentieux sur l'égalité ne tient pas à l'impossibilité de pleinement saisir avec les moyens du droit des questions de justice distributive qui demeurent irréductiblement politiques.

⁷ *Andrews v. Law Society (British Columbia)*, [1989] 1 S.C.R. 143.

⁸ [1999] 1 R.C.S. 497, §§ 23-25 et 56-59.

⁹ J'en donnerai comme exemple récent, à la fois remarquable et toujours contesté, l'Indice du développement humain (IDH) de l'Organisation des Nations Unies. Créé dans le cadre du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), cet indice, dont l'histoire est assez mouvementée, fut conçu pour nuancer certaines conclusions fondées sur un indice jusque-là standard dans toute comparaison macro-économique, le PNB (produit national brut). De tels indices permettent de faire des comparaisons et donc de procéder à des évaluations et des classements, mais, devenus d'utilisation routinière, ils risquent d'occulter la réalité dont il s'agit, celle qu'ils prétendent dépeindre. Amartya Sen, lauréat du Prix Nobel de sciences économiques 1998, relate brièvement l'histoire du l'IDH dans le *Human Development Report 1999*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 23. Derrière de telles controverses se profile une question plus épineuse encore, le problème de l'incommensurabilité, comme l'aborde la philosophie analytique moderne, et que l'on ne peut évoquer sans penser à Kuhn, Feyerabend, Davidson ou Putnam. Il peut en effet y avoir incommensurabilité entre les objets comparés (par ex., les hommes et les femmes, le travail généralement confié aux hommes et aux femmes, etc...) ou entre les méthodes de comparaison (par ex., *equal pay for equal work* ou *equal pay for work of equal value*, distinction examinée dans l'arrêt *L'Acadie*, *supra*).

considération¹⁰. » Cette conception de la finalité de l'article 15 se rapproche d'une idée d'égalité de conditions: en tout cas, il est manifeste que nous n'en sommes plus à l'époque où le droit à l'égalité signifiait *equality of opportunities*, une égalité des chances ou une égalité formelle.

On aurait tort d'en déduire que le contentieux sur l'égalité formelle est une chose du passé, purement et simplement. En effet, l'égalité devant la loi, comme la concevait déjà Dicey, était une proposition en partie défectueuse et qui traînait dans son sillage bien des inégalités¹¹. Aussi les tribunaux continuent-ils encore de nos jours à corriger «à la pièce» ces situations qui font figure d'anomalie dans une société où le principe égalitaire exerce une emprise grandissante sur les mentalités. Ainsi, par deux fois au moins en 1999, la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans des affaires qui soulevaient précisément ce genre de difficulté: l'affaire *Campbell*¹² et l'affaire *Wells*¹³. Les deux jugements sont unanimes. Dans le premier cas, on affirme, nul doute parce que cela était nécessaire, que la participation par des agents de la Gendarmerie Royale du Canada à une opération policière de «vente surveillée» d'un narcotique ne les soustrait pas à l'application du droit criminel¹⁴. Dans le second cas, on étend aux provinces de common law, tout en l'élargissant, un principe déjà avancé en 1980 par M. le juge Beetz dans l'arrêt *Labrecque*¹⁵: les relations entre un haut fonctionnaire et la Couronne relèvent du droit

¹⁰ [1999] 1 R.C.S. 497, § 51.

¹¹ On pense ici au passage célèbre de son essai *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan Press Ltd., 1885 (10^{ème} éd. par E.C.S. Wade, 1975), p. 193: «We mean in the second place, when we speak of the «rule of law» as a characteristic of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank, or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals.» Cette proposition ne résiste à l'analyse que si l'on accepte un tempérament de taille, qui allait de soi pour Dicey, savoir que ni le souverain ni la Couronne ne sont «every man», et que l'un et l'autre peuvent invoquer un vaste réseau d'immunités dont seuls le souverain et la Couronne bénéficient selon le droit commun. Pour une illustration moderne de ce problème en droit anglais, voir *Malone v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] 2 W.L.R. 700 (Ch.) et *Malone c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, 2 août 1984, série A, no 82.

¹² [1999] 1 R.C.S. 565.

¹³ [1999] A.C.S. no 50.

¹⁴ [1999] 1 R.C.S. 565, §§ 18, 19 et 23 (le juge Binnie au nom de la Cour): «Une des réalisations importantes de la common law est que toute personne est soumise au droit commun du pays indépendamment de sa position publique ou de son statut au sein du gouvernement. [...] Il est naturellement reconnu que les policiers ne retirent aucun gain personnel d'actes qui sont commis dans le cadre d'efforts déployés de bonne foi pour éliminer le crime et qui, par incidence, contreviennent à la loi qu'ils tentent de faire respecter. Néanmoins, le paradoxe apparent de contrevenir à une loi afin de mieux la faire respecter a des répercussions importantes sur la règle de la primauté du droit. [...] L'allégation que les policiers se sont placés au-dessus de la loi est très grave et comporte des incidences en matière constitutionnelle bien au-delà des limites du droit criminel.»

¹⁵ [1980] 2 R.C.S. 1057.

commun relatif au contrat individuel de travail¹⁶ et non d'un régime d'exception dont seule la Couronne pourrait bénéficier en droit canadien.

Enfin, retenons un troisième et dernier aspect de l'arrêt *Law*, la perspective ou le point de vue à partir duquel se pratique la comparaison mentionnée plus haut. Le juge Iacobucci en traite aux §§ 59 et suivants de ses motifs, et il renvoie à un passage de la dissidence de Mme la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Egan*¹⁷. C'est dans ce jugement, on s'en souvient, que Mme la juge L'Heureux-Dubé avait employé la métaphore du projectile lancé contre une surface molle et une surface résistante. Elle écrivait alors: «[l']analyse [de l'impact d'une distinction sur la dignité d'une personne] devrait être effectuée suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit.» Le juge Iacobucci ajoute: «La partie objective signifie que, pour fonder une allégation formulée en vertu du par. 15(1), le demandeur ne peut se contenter de prétendre que sa dignité a souffert en raison d'une loi sans étayer davantage cette prétention¹⁸.»

Cette perspective, c'est celle que doit adopter le juge. Elle laisse place à une mesure de subjectivité, de sorte que nous nous sommes détournés, à tout jamais je pense, d'une conception classique, étroitement libérale et objective (c'est-à-dire objectivée par le juge seul), de l'égalité et de la discrimination. Mais la mesure de subjectivité en cause en est une que l'on maintient sous contrôle de justice, si j'ose dire. Et il est heureux qu'il en soit encore ainsi. Sinon, tout s'engouffre à plus ou moins court terme dans la subjectivité sans fond du sujet et celle-ci risque d'engloutir le droit: la subjectivité sans fond, c'est donner raison à Valéry Fabrikant parce qu'il est victime de harcèlement et de discrimination, comme il en est sans doute intimement convaincu¹⁹.

¹⁶ [1999] A.C.S. no 50, §§25 et 29 (le juge Major au nom de la Cour): «Les hauts fonctionnaires sont souvent dans une situation incertaine, pris entre la condition féodale des employés exerçant leurs fonctions à la volonté de la Couronne et un monde moderne d'obligations contractuelles réciproques. L'origine du concept féodal de la fonction publique remonte au XIV^e siècle. Ce concept prévoyait qu'un «fonctionnaire» était un serviteur du Roi et faisait partie de la maison royale, et que le poste occupé relevait du droit de propriété. [...] À mon avis, le temps est venu de mettre fin à l'incertitude et de confirmer que le droit relatif aux hauts fonctionnaires concorde avec la compréhension contemporaine du rôle et des obligations de l'État dans ses rapports avec ses employés. Un emploi au sein de la fonction publique ne constitue pas une servitude féodale. Le poste de l'intimé n'était pas une forme de patronage monarchique.»

¹⁷ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, §§ 56 et ss.

¹⁸ *Supra* note 10, § 59.

¹⁹ Signalons au passage l'ouvrage publié par Mathieu Beauregard, *La folie de Valéry Fabrikant*, Paris et Montréal, L'Harmattan, 1999, où l'auteur soutient (c'est sa thèse) que les comportements de Fabrikant furent rendus possibles par l'anomie (état de dérèglement, absence d'organisation, de coordination, dit Durkheim) de son milieu universitaire. Sur la querulence probable de l'intéressé, voir *Fabrikant c. Adolph*, Cour supérieure du Québec, No. 500-05-015133-935, 19 mars 1998. Le juge gardien de l'objectivité est un rempart contre l'anomie.

Il semble bien que, de tout temps, la volonté d'égalité ait été voisine de la volonté de justice et qu'elle ait constitué un enjeu important en droit. C'est ce qu'attestent, entre autres, le contenu du Livre V («La justice») de l'*Éthique de Nicomaque*²⁰, ou la maxime célèbre d'Ulpien (*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*²¹). Néanmoins, pendant longtemps, le juge ne s'est intéressé à l'égalité que là où elle était une condition de la justice commutative; la justice distributive, elle, était l'affaire du législateur, elle était une considération en quelque sorte pré-juridique, et les choix les plus difficiles en matière d'égalité impliquaient le plus souvent la justice distributive. Or, le contentieux sur l'égalité se tourne de plus en plus vers la justice distributive et il invite le juge à comparer la situation des personnes dans leur dignité en tant qu'êtres humains. Cet examen se pratique dans des conditions qui en juridicisent le contenu (ainsi, l'exigence d'objectivité à laquelle fait allusion le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*²², ou encore la présence exigée de motifs de distinction énumérés ou analogues, comme en traite l'arrêt *Corbiere*²³), mais, par-delà les formes juridiques, on ne peut nier que désormais le juge se préoccupe souvent de justice distributive: par exemple, l'arrêt *Eldridge*²⁴. Sans doute n'y a-t-il pas lieu de regretter cette évolution, conforme à la mentalité de l'époque actuelle. Mais l'idée de justice se transforme d'autant²⁵, de même que la fonction du juge. Et soumettre au juge des controverses de plus en plus polycentriques n'aura pas pour effet de les rendre plus facilement solubles selon les procédés traditionnels du droit.

II. Repères historiques

L'égalité a donc une longue histoire. Elle était, bien sûr, une valeur centrale de la Révolution française, mais il est douteux que nous trouvions là de quoi nous

²⁰ Aristote, *Éthique de Nicomaque* (traduction par Jean Voilquin), Paris, GF-Flammarion, 1992.

²¹ Sur cette maxime, voir A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et de locutions latines utilisées en droit*, 3^{ème} éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994.

²² *Supra* note 19.

²³ *Supra* note 7. La Cour suprême conclut unanimement dans cet arrêt que l'autochtonie-lieu de résidence est un motif analogue, quoique la minorité le fasse de manière plus catégorique que la majorité: voir la § 10 du jugement des juges McLachlin et Bastarache.

²⁴ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

²⁵ Voici ce qu'écrit Michel Villey, lecteur assidu d'Aristote, dans un commentaire sur l'*Éthique de Nicomaque*: «Selon le texte d'Aristote, l'office du juge est de vérifier la justice de répartitions *préalablement* opérées — nous ne savons pas trop par qui — mais point par le juge lui-même. Et qu'elles ne pourront être égalitaires. [...] Aristote constate qu'«en matière de distribution», le juste consiste en une *proportion* entre la quantité de choses distribuées et les qualités diverses des personnes. Quelle qualités entrent ici en ligne de compte, selon quels critères on les apprécie — laissons le problème à plus tard.» *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, pp. 50-51 (les italiques sont tirées du texte original).

éclairer. L'émergence de l'égalité en France signifie surtout la fin de l'Ancien Régime, du droit féodal et de la monarchie/aristocratie comme mode de gouvernement. Nous, d'une part, n'avons jamais décapité le roi, et d'autre part, nous avons une conception de l'égalité qui est manifestement nord-américaine. Aussi n'est-il pas inutile de rappeler comment cette notion a évolué en Amérique du Nord. Son véritable point d'origine est la constitution américaine. Je distingue sept étapes dans cette évolution.

(A) La constitution américaine, telle qu'elle a été ratifiée en 1788, de même que le *Bill of Rights* de 1791, n'emploient nulle par le mot «égalité», et sont pratiquement silencieux sur l'esclavage. Il n'est mentionné qu'une fois, presque par préterition, dans une disposition transitoire, en des termes qui donnent à penser que la question avait été laissée délibérément en suspens dans l'espoir qu'elle se réglerait par une voie politique²⁶.

(B) Appelée à décider en 1857, dans la célèbre affaire *Dred Scott*²⁷, si un esclave pouvait acquérir la citoyenneté américaine, la Cour suprême répondit par la négative. Elle scellait ainsi le sort d'un esclave qui pendant des années avait été au service d'un chirurgien de l'armée fédérale et qui, ayant longtemps vécu dans des parties de l'Union où l'esclavage n'existait pas, avait conçu le projet d'obtenir son émancipation en s'adressant aux tribunaux fédéraux²⁸. La portée de ce jugement dépassait naturellement le cas de *Dred Scott* puisqu'on pouvait en déduire qu'un esclave non affranchi n'était pas susceptible d'acquérir la citoyenneté américaine.

(C) En 1861, soit quatre ans après *Dred Scott*, Lincoln devient président. L'attitude de Lincoln face à l'esclavage est nuancée sans être ambiguë. Il y est opposé, et veut le voir aboli partout où on le pourra; d'ailleurs, dès 1857, il a critiqué en termes mesurés mais explicites l'arrêt *Dred Scott*, dont il conteste la

²⁶ Il s'agit de l'alinéa premier (§ 1) du paragraphe X (Section X) de l'article un (Article I) de la Constitution, qui se lit comme suit: «The migration or importation of such persons as any of the States now existing shall think proper to admit shall not be prohibited by the Congress prior to the year one thousand eight hundred and eight, but a tax or duty may be imposed on such importation, not exceeding ten dollars for each person.» La disposition vise le commerce des esclaves et on a pu écrire à son sujet qu'elle est un indice de ce que souhaitaient les auteurs de la constitution, c'est-à-dire que «under the power to regulate commerce, Congress would be authorized to abridge [slave trade] in favour of the great principles of humanity and justice.» Voir *United States v. The Williams*, 28 Fed. Cas. No. 167000, (1808).

²⁷ *Scott v. Sanford*, 19 How. 393 (1857).

²⁸ L'affaire *Dred Scott* était en fait criblée de difficultés juridiques, relatives notamment à la compétence des tribunaux fédéraux, à la procédure et au statut des territoires non encore formés en États. Sur ce dernier point, par exemple, la Cour suprême estima que, comme tous les citoyens de l'Union pouvaient avoir accès aux territoires, le Congrès fédéral ne pouvait avoir le pouvoir d'y prohiber l'esclavage, car cela équivaldrait soit à fermer l'accès de ces territoires aux citoyens venant des États esclavagistes, soit à les forcer, contrairement au V^{ème} Amendement, à renoncer à leur propriété. *Dred Scott* avait passé plusieurs années à Fort Snelling, au Minnesota, alors simple territoire, mais, selon cette conclusion de la Cour, la loi fédérale qui prétendait y interdire l'esclavage était sans effet.

valeur de précédent²⁹. En revanche, Lincoln souhaite ne pas heurter la souveraineté des États du sud, avec lesquels il espère encore une solution négociée. Mais il ne tarde pas à être emporté par les événements qu'il a contribué à créer. Quatre mois après son entrée en fonction, les hostilités avec le Sud commencent. En juin 1862, Lincoln signe une loi du Congrès qui, en violation apparente de l'arrêt *Dred Scott*, abolit l'esclavage dans les territoires fédéraux. Six mois plus tard, le 1^{er} janvier 1863, il proclame l'émancipation de tous les esclaves de l'Union.

(D) La doctrine de Lincoln, cependant, n'a pas encore pris corps dans un grand texte. La première expression de cette doctrine dans un texte qui fera marque apparaît avec le célèbre «*Gettysburg address*». Le cadre en est connu. La bataille de Gettysburg, un point tournant de la guerre, fut aussi un carnage. Elle dure trois jours et fait 43 000 morts en juillet 1863. En novembre de la même année, Lincoln participe à la consécration du cimetière où sont enterrées ces victimes. Il prend la parole après Edward Everett, ancien président de l'Université Harvard et ancien Secrétaire d'État de l'Union, qui a déjà parlé deux heures. Le discours de Lincoln a 270 mots. Il est éclatant, sans doute le discours le plus célèbre de l'histoire des États-Unis³⁰. Lincoln innove par la forme mais aussi

²⁹ Voir l'excellent ouvrage de D.E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case — Its Significance in American Law and Politics*, New York, Oxford University Press, 1978, pp. 442-3: «... the Dred Scott decision as of June 1857, according to Lincoln, was in an intermediate phase between promulgation and legitimation. Its doctrines were not yet the accepted law of the land and not compelling as «political rules». The Republicans, knowing that the Court had more than once overruled its own previous decisions, intended to work for such a reversal in this case. Neither was the decision, at its present stage, binding on coordinate branches of the federal government.»

³⁰ Voici le texte intégral de ce discours: «Four score and seven years ago our fathers brought forth on this continent a new nation, conceived in Liberty, and dedicated to the proposition that all men are created equal. Now we are engaged in a great civil war, testing whether that nation, or any nation so conceived and so dedicated, can long endure. We are met on a great battle-field of that war. We have come to dedicate a portion of that field, as a final resting place for those who here gave their lives that that nation might live. It is altogether fitting and proper that we should do this. But, in a larger sense, we can not dedicate — we can not consecrate — we can not hallow this ground. The brave men, living and dead, who struggled here, have consecrated it, far above our poor power to add or detract. The world will little note, nor long remember, what we say here, but it can never forget what they did here. It is for the living, rather, to be dedicated to the unfinished work which they who fought here have thus far so nobly advanced. It is rather for us to be here dedicated to the great task remaining before us — that from these honored dead we take increased devotion to that cause for which they gave the last full measure of devotion — that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain — that this nation, under God, shall have a new birth of freedom — and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth.» J'utilise ici la version de B. MacArthur, *The Penguin Book of Historic Speeches*, Londres, Penguin Books, 1996, p. 367. Il s'est écrit des quantités de choses sur le Gettysburg address, dont les deux ouvrages suivants, de parution récente: G. Wills, *Lincoln at Gettysburg*, New York, Simon & Schuster, 1992, et S. Booth, *Precious Nonsense — The Gettysburg Address, Ben Johnson's Epitaphs on his children, and Twelfth Night*, Berkeley, University of California Press, 1998.

par le fond, en affirmant que la liberté *et* l'égalité sont les deux assises de la démocratie américaine fondée en 1787³¹. Le XIII^{ème} Amendement à la constitution, ratifié dès la fin de la guerre, et qui abolit l'esclavage, est un premier pas dans ce sens.

(E) Lincoln, comme on le sait, est assassiné alors que la guerre se termine (il meurt le 15 avril 1865 et la capitulation se signe le 26 du même mois). Trois ans après l'assassinat de Lincoln, le XIV^{ème} Amendement est ratifié. Il ne s'agit plus de neutraliser l'arrêt Dred Scott, ce que faisait déjà le XIII^{ème} Amendement ratifié l'année de la capitulation, mais de proclamer l'égalité de tous devant la loi (la partie pertinente de ce long Amendement se lit: «No State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law.»). Sont alors mises en place, semble-t-il, les deux conditions qui auront éventuellement raison de la conception formelle de l'égalité: en premier lieu, un postulat constitutionnel d'égalité devant la loi, mais surtout, en deuxième lieu, une inégalité de fait criante entre les Blancs et les Noirs, insurmontable à court comme à moyen terme, en raison du siècle d'asservissement où les premiers ont tenu les seconds. Cet état de choses fera très vite l'objet de contestations judiciaires, parfois victorieuses, et cela à vrai dire avant même que les XIV^{ème} et XV^{ème} Amendements n'entrent en vigueur³²; la confirmation en 1896 de la conformité de la ségrégation raciale avec la constitution, par la tristement célèbre décision de *Plessy c. Ferguson*³³, ne signifie évidemment pas que la question cesserait d'être controversée.

(F) Il faudra attendre presque cent ans après le XIV^{ème} Amendement pour que soit attaquée de front dans son dernier retranchement la conception strictement formelle de l'égalité: je pense ici à l'arrêt *Brown c. Board of Education of Topeka*³⁴, où la Cour suprême déclare inconstitutionnelle la ségrégation raciale et conclut, en somme, que «separate means unequal». La ségrégation était une tentative de concilier un principe d'égalité formelle devant la loi avec une inégalité manifeste de conditions dans les faits. En condamnant ce type d'organisation sociale, *Brown* ouvre la voie à un nouveau contentieux

³¹ Voir par exemple Wills, *op. cit.*, p. 145: «... Lincoln was a revolutionary in another sense [...] he not only put the Declaration [of Independence] in a new light as a matter of founding law, but put its central proposition, equality, in a newly favored position as a principle of the Constitution (which [...] never uses the word.)» (Les italiques sont tirées de l'original). Cela explique les reproches faits à Lincoln par une certaine droite américaine, dont Edwin Meese et Robert Bork.

³² Ainsi, voir *Railroad Co. v. Brown*, 84 U.S. 445 (1873). Les faits qui avaient donné naissance à cette affaire remontaient à 1868.

³³ 163 U.S. 537 (1896). Plessy, que l'on décrit comme une personne aux 7/8 de race caucasienne et pour 1/8 de race noire, avait refusé de se retirer d'un wagon réservé aux blancs et de monter à bord d'un wagon prévu pour les noirs. Contrairement à l'affaire *Brown*, *supra*, où la passagère voyageait à bord d'un train qui, traversant Washington, était assujetti aux lois du Congrès fédéral, Plessy voyageait à l'intérieur de la Louisiane. La jurisprudence citée par la Cour suprême dans l'affaire *Plessy* montre bien que la question de la ségrégation raciale demeurerait très controversée à la fin du XIX^{ème} siècle.

³⁴ 347 U.S. 483 (1954).

sur l'égalité, celui qui affirme que l'égalité des chances, *ça ne marche pas*, et qui s'attaque à l'inégalité de conditions.

(G) Voilà le seuil qui est atteint aujourd'hui aux États-Unis, et certaines théories du droit qui ont cours dans les universités américaines voudraient pousser encore beaucoup plus loin la portée de l'idée égalitaire. La critique féministe du droit y est pour quelque chose, mais, comme il n'a été question jusqu'ici que de la conquête d'une égalité raciale, je veux m'arrêter sur une autre critique, encore plus corrosive, celle que l'on appelle *Critical Race Theory* (CRT).

Ce mouvement a pris une ampleur considérable depuis quelques années. Il s'attaque notamment, et de manière fondamentale, à la conception libérale et traditionnelle de la fonction judiciaire. Mais la critique qu'il élève contre le postulat libéral de la neutralité judiciaire (on ne dirait plus aujourd'hui de «l'objectivité» judiciaire) risque de se retourner contre lui et de susciter des questions comme la suivante: verra-t-on un jour des situations où l'une des raisons pour lesquelles quelqu'un s'est vu confier une fonction judiciaire ou quasi judiciaire devient subséquentement la raison précise pour laquelle on demande la récusation de cette personne? Sans doute le problème est-il plus susceptible de se présenter lorsqu'une personne exerce une fonction de nature quasi judiciaire au sein d'un tribunal administratif³⁵, car dans ce contexte on admet plus volontiers qu'il y ait une expertise et une représentativité particulières

³⁵ Le cas de figure est probablement *Newfoundland Telephone Co. c. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, bien que la difficulté n'y soit pas abordée en ces termes, mais plutôt sous l'angle du comportement manifestement partisan du décisionnaire (comportement dont il faut pourtant convenir qu'il s'expliquait directement par les convictions consuméristes de l'intéressé). Voir par ailleurs les affaires suivantes, où la difficulté est parfois traitée directement et parfois résolue sur un autre plan: *U.F.C.W., Local 1252 v. Prince Edward Island (Labour Relations Board)* (1988), 31 Admin. L.R. 213, conf. 31 Admin. L.R. 196 (C.A. I.-P.É.), *Canada (Canadian Human Rights Commission) c. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)* (1990), 44 Admin. L.R. 238 (C.F.), *Re Great Atlantic & Pacific Co. of Canada, Ltd. and Ontario Human Rights Commission et al.* (1993), 13 O.R. (3d) 824 (C. Div.), 048545 N.B. Ltd. v. S.M.W., *Local 437* (1993), 12 Admin. L.R. (2d) 156 (B.R.N.-B.), *Nartey v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] A.C.F. no 120 (C.F.), *Jokhulall v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] A.C.F. no 319 (C.F.), *Saleh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1995] A.C.F. no 745 (C.F.) et *Grigorenko c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. no 1224 (C.F.). La prétention selon laquelle une personne, en raison même de son identité, inspire une crainte de partialité, est généralement rejetée; en revanche, on retiendra plus facilement contre elle son comportement. Cela semble sensé. Après tout, l'identité de quelqu'un est du domaine public au moment où il accède à des fonctions de décision; on peut donc supposer qu'il y a eu un premier jugement de porté sur la qualification de l'intéressé, même si cette appréciation n'est pas de nature judiciaire. Mais, lorsque l'on accepte que l'identité de quelqu'un peut guider ses comportements, on s'aperçoit que la distinction pratiquée ici ne dit pas tout. Sur un problème connexe, voir le jugement sur requête de M. le juge Bastarache, en date du 4 novembre 1999, dans le dossier *Arsenault-Cameron, Costa-Petitpas et la Fédération des parents de l'Île-du-Prince-Édouard inc. c. Government of Prince Edward Island*.

des décisionnaires. Mais, tôt ou tard, la neutralité du juge judiciaire est elle aussi prise à partie par les thèses *CRT*. C'est le problème qui s'est posé, quoique à mots couverts, dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*³⁶; la Cour suprême du Canada y a cherché et trouvé un point d'équilibre précaire, et peut-être provisoire, entre les exigences légitimes de la représentativité institutionnelle, qui ne sont pas évoquées en tant que telles, et celles de l'impartialité. Cependant, il viendra un jour où se posera quelque part en Amérique du Nord la question sous-jacente de savoir si le droit peut tolérer explicitement que l'issue d'un processus de décision judiciaire varie en fonction de l'identité, raciale, linguistique ou autre, du juge appelé à décider. Il semble bien, a priori, que cette interrogation appelle une réponse négative³⁷. Aussi le postulat libéral de la neutralité du juge judiciaire paraît-il toujours bien se porter au Canada. Mises à part les quelques nuances qu'y apporte la minorité dans l'arrêt *R.D.S.*³⁸, il demeure à peu près

³⁶ [1997] 3 R.C.S. 484 [ci-après *R.D.S.*]. L'étude attentive des points de convergence entre les motifs des juges Major, Lamer et Sopinka d'une part, et Cory et Iacobucci d'autre part, de même qu'entre les motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin d'une part, et La Forest et Gonthier d'autre part, démontre que l'opinion dominante sur le droit au sein de la Cour n'est pas celle qu'expriment Mmes les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Leur analyse de cette question, au demeurant très mesurée, présente certaines affinités avec les perspectives féministes et *CRT* sur la fonction judiciaire. Voir aussi l'arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, qui examine le problème sous l'angle de la composition d'un jury.

³⁷ C'est la question qui sourd dans le passage suivant des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, au § 29 de l'arrêt *R.D.S.*: «...il est inévitable et légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à profit et se reflète dans ses jugements, à condition que cette expérience soit pertinente, qu'elle ne soit pas fondée sur des stéréotypes inappropriés, et qu'elle n'entrave pas la résolution juste et équitable de l'affaire à la lumière des faits mis en preuve.» Cependant, cette expérience peut-elle, en soi et à elle seule, rendre compte du résultat obtenu — par ex., de l'acquittement ou de la déclaration de culpabilité d'un prévenu? Sur un plan théorique, la réponse doit être négative, car la fonction du droit ici est justement d'objectiver autant que faire se peut la décision coercitive du juge sur un point contesté, de telle sorte qu'un autre juge parviendrait hypothétiquement au même résultat. Mais on peut soutenir que cette question n'est que théorique, qu'elle n'a aucune application pratique, puisque le droit ne s'intéresse qu'à ce qui est à sa portée, soit les erreurs démontrables et les apparences de partialité, et que par conséquent il ne peut contrôler en fait ce qui influe intimement mais secrètement sur la pensée du juge. La réponse claire en théorie est donc hors de portée du droit en pratique, sauf peut-être lorsqu'on parvient à établir qu'est fondée en fait une allégation du type de celle qui fut plaidée dans l'affaire *Grigorenko c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1224 (C.F.) (allégation selon laquelle un membre de la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié aurait systématiquement rejeté les demandes de requérants venant d'un certain pays alors que celles-ci étaient accordées à 52% des revendicateurs de statut en provenance du même pays). L'idée qu'on puisse juger le juge en fonction de moyennes, une idée controversée, n'est pas nouvelle (voir Paul C. Weiler, *In the last resort; a critical study of the Supreme Court of Canada*, Toronto: Carswell, Methuen, 1974) mais il est peut-être préférable d'en confiner l'application au domaine de la théorie du droit. C'est elle, cependant, qui pourra dicter le choix d'un arbitre de grief en droit du travail.

³⁸ Voir en particulier les § 34 (juges L'Heureux-Dubé et McLachlin) et § 118 (juges Cory et Iacobucci) sur les idées de neutralité et d'impartialité.

inflexible. Tout au plus le droit canadien reconnaît-il en creux que la formation de droit civil ou de common law peut constituer un élément déterminant dans les qualifications requises pour siéger à la Cour suprême du Canada³⁹. C'est là un aspect important, certes, mais bien anodin, de l'identité du juge.

Pendant ce temps, la perspective *CRT* commence à acquérir de l'influence au Canada, même à l'extérieur des universités. Les auteurs du récent rapport commandité par l'Association du Barreau canadien, *Le défi de l'égalité raciale: mettre les principes en application*⁴⁰, adoptent cette perspective dans leur terminologie. Ils choisissent, par exemple, d'écarter les expressions «minorités visibles» ou «minorités raciales» au profit de l'expression «collectivités racialisées», car la race, dans la perspective *CRT*, c'est un construit et non une donnée de la nature. Le mouvement *CRT* a des visées concrètes, «militantes» dirait-on dans le vocabulaire contemporain⁴¹. Il pratique le «narrativisme», c'est-à-dire le récit individuel d'expériences «paradigmatiques» telles qu'elles ont été vécues par le sujet. Dans certaines de ses avancées, il prône «des positions épistémologiques telles que celle voulant que seul un Afro-Américain soit capable, du fait de sa quiddité identitaire, de discuter de la condition des membres de ce groupe.» En somme, il réintroduit le sujet racialisé dans le droit et l'exhorte à libérer sa subjectivité. Qui accepterait d'être jugé par un tel sujet? observeront certains. Mais les choses sont déjà ainsi, répond le mouvement *CRT*, à ceci près que les sujets jugeant partagent très majoritairement une seule et même identité. Cela m'amène à mon point suivant, l'épistémologie.

III. Repères épistémologiques

«Épistémologie» est un mot qu'il faut employer avec circonspection car il a en droit une connotation vaguement prétentieuse⁴². Cependant, c'est un mot utile: il sert d'appellation, simplement, à la réflexion philosophique (par exemple Michel Foucault) et scientifique (par exemple Jean Piaget) sur les fondements et les processus d'élaboration de la connaissance. Or, l'épistémologie nous

³⁹ Voir l'art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. c. S-26, enchâssé par l'article 41 d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut voir dans cette disposition une simple extension des articles 97 et 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁰ Rapport du Groupe de travail sur l'égalité raciale dans la profession juridique, Association du Barreau canadien, Ottawa, 1999. Je tiens à remercier Me Danielle Chalifoux pour la documentation précieuse qu'elle m'a fournie sur ce sujet.

⁴¹ Entre autres sources, je m'appuie ici sur un texte inédit de mon collègue J.-F. Gaudreault-Desbiens, *La pensée juridique américaine entre le racisme et la racialisation — Quelques remarques sur la Critical Race Theory*, 1999. Ce texte paraîtra prochainement sous forme d'article, probablement dans la revue française *Droit et société* où il est en instance d'acceptation. Voir aussi du même auteur, sur l'appropriation culturelle et le «délit d'inauthenticité», le chapitre 4 de *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Québec, Liber/Presses de l'Université Laval, 1996, pp. 103 et ss.

⁴² Je tairai la distinction aujourd'hui un peu surannée entre épistémologie et gnoséologie; le premier terme est utilisé ici comme un synonyme du second.

apprend que l'idée d'égalité, comme beaucoup d'autres, peut parfois devenir une espèce de préjugé — un stéréotype, en quelque sorte — et avoir un effet déformant sur la connaissance.

Donnons-en un exemple, qu'il faudrait inventer s'il n'existait pas, et qui est emprunté au philosophe des sciences canadien Ian Hacking. Dans un petit essai très intéressant qu'il vient de publier, et dont le titre assez provocant annonce bien la thèse⁴³, Hacking examine l'idée post-moderne selon laquelle le domaine du construit s'étend à des quantités de choses, qui vont bien au-delà des relations sociales, et rejoint aussi bien la race que les particules sub-atomiques. Hacking récuse cette dernière idée mais fournit un ensemble d'exemples de réalités scientifiques «construites»⁴⁴ qui donnent à réfléchir sur la place respective du donné et du construit.

En ce qui concerne l'égalité, Hacking relate aussi les faits suivants. Lorsque le test de quotient intellectuel Stanford-Binet a été conçu, ses auteurs Binet et Terman⁴⁵ ont postulé que les caractéristiques biologiques qui sous-tendent l'intelligence se présentent comme une distribution normale (une courbe de Gauss). On a donc formulé et modifié les questions utilisées dans les tests pour obtenir ce résultat. Hacking décrit la suite ainsi: «Binet devised questions which his subjects answered in such a way that scores shaped up on the familiar bell-shape curve. The trick was to get a set of questions which, when answered, had this property. Terman, with his able female assistants who administered most of the tests, discovered that women did better on his IQ tests than men. Since women «couldn't» be more intelligent than men, this meant that the questions were wrong. Some of the questions that women answered better than men had to be deleted and replaced by ones on which

⁴³ I. Hacking, *The Social Construction of What?*, Boston, Harvard University Press, 1999.

⁴⁴ L'un de ces exemples, *ibid.* aux pp. 175 et ss., est particulièrement frappant et a été étudié en détail par le sociologue français Bruno Latour dans *Laboratory Life : the Construction of Scientific Facts* (publié avec Steve Woolgar), Princeton, Princeton University Press, 1986 (Latour est l'un des principaux tenants de la thèse constructiviste). Cet exemple est celui d'une hormone connue sous le nom de Thyrotropin Releasing Hormone (TRH). L'hormone en question, dont on a supputé l'existence à partir de travaux de pure théorie endocrinologique, n'existe qu'en quantités infimes dans la nature. Au cours des recherches qui menèrent à sa synthétisation, il fallut utiliser 500 tonnes de cervelle de porc obtenues des abattoirs de Chicago pour isoler un *microgramme* de TRH. La définition de la substance en question la présentait comme une hormone s'analysant selon quelques caractéristiques précises, mais il n'y avait pas unanimité sur les critères à utiliser dans ces analyses. En cours de route, certains laboratoires de compagnies pharmaceutiques parvinrent à synthétiser un peptide présentant toutes les caractéristiques recherchées. On abandonna alors les recherches de TRH dans la nature et l'on commercialisa le peptide en question, maintenant breveté, comme du TRH synthétique. En somme, la méthode de recherche avait construit son objet.

⁴⁵ L'idée en revient au psychologue français Alfred Binet (1857-1911), auteur notamment de *Les enfants anormaux: guide pour l'admission des enfants anormaux dans les classes de perfectionnement*, Paris, Librairie A. Colin, 1907. Les tests ont cependant été développés à l'Université Stanford par le psychologue américain Lewis Terman.

men did better. [...] This procedure fixed, for some time, the form of knowledge about intelligence. [...] It became a synthetic *a priori* truth that women are no more intelligent than men.⁴⁶ »

Il y a évidemment beaucoup plus à dire sur ce sujet et je voudrais, brièvement, donner un peu plus de profondeur de champ à l'exposé. Nous vivons à l'heure actuelle le passage d'une société monoculturelle à une société multiculturelle. Le contentieux sur l'égalité n'est que l'une des facettes de cette transformation, au sujet de laquelle on peut observer qu'elle est commune aujourd'hui à beaucoup de sociétés occidentales, même si elle n'est pas ressentie partout de la même manière ou avec la même intensité. Deux philosophes canadiens, Will Kymlicka et surtout Charles Taylor, ont écrit abondamment à ce sujet, et leurs ouvrages ont eu un réel impact à l'étranger⁴⁷. Mais je m'intéresse ici à quelque chose de plus spécifique, le passage d'une épistémologie monoculturelle à une épistémologie multiculturelle.

Andrea Semprini, une universitaire française, a consacré à cette question un petit ouvrage fort éclairant⁴⁸. En appuyant délibérément le trait, elle note que l'épistémologie multiculturelle⁴⁹ (1) rejette le rationalisme et l'empirisme « naïf » de l'épistémologie traditionnelle, (2) conteste la discontinuité entre le monde naturel et les concepts utilisés pour le décrire, et (3) nie que les représentations du monde lui sont externes et n'ont aucune influence sur lui. Il en découle un certain nombre de propositions auxquelles souscrivent de plus en plus de gens: (1) La réalité est une construction. (2) Les interprétations sont subjectives. (3) Les valeurs sont relatives. (4) La connaissance est un fait politique. Chacune de ces propositions entre en collision directe avec les assises de l'épistémologie monoculturelle et rationaliste, que l'on peut énoncer comme suit: (1) La réalité existe indépendamment des représentations humaines. (2) La vérité est une affaire de précision dans la représentation. (3) La connaissance est objective. (4) Le sujet se réduit à des fonctions intellectuelles et cognitives. (5) Les facteurs culturels et symboliques de la vie collective sont contingents. (5) Les comportements ont une base biologique. (6) La pensée occidentale représente le sommet atteint par l'esprit humain.

⁴⁶ *Loc. cit.*, p. 173.

⁴⁷ Voir notamment, parmi d'autres titres, W. Kymlicka, *Ethnicity and group rights* (avec Ian Shapiro), New York, New York University Press, 1997, et *Multicultural citizenship : a liberal theory of minority rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, et C. Taylor, *Sources of the self*, Cambridge, Harvard University Press, 1989 (paru en français sous le titre *Les sources du moi*, Montreal, Boréal, 1998), *The malaise of modernity*, Don Mills, Anansi, 1991 (paru en français sous le titre *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992), et *Multiculturalism and «The politics of recognition»*, Princeton, Princeton University Press, 1994 (paru en français sous le titre *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994).

⁴⁸ *Le multiculturalisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

⁴⁹ Qu'expriment des auteurs contemporains comme Mead, Boas et Lévi-Strauss en anthropologie, Husserl, Wittgenstein, Merleau-Ponty et Foucault en philosophie, Jakobson en linguistique, Barthes et Derrida en littérature, ou Kuhn et Feyerabend en philosophie des sciences.

Je souligne pour conclure sur cette question que le mouvement CRT véhicule une épistémologie multiculturelle d'intensité variable, certes, mais qu'on ne saurait prendre pour autre chose.

IV. Repères déontologiques et éthiques

En dernier lieu, tournons-nous brièvement vers des considérations de déontologie et d'éthique judiciaires, pour nous demander en quoi l'idée d'égalité sollicite particulièrement le juge.

Il existe bien sûr à la Cour supérieure du Québec une «Politique-type sur l'égalité au sein du tribunal», mais il s'agit de normes d'application interne. La politique en question, fort intéressante, traite notamment de répartition égale du travail et d'accommodement. Cela dénote une volonté d'instaurer dans la mesure du possible entre les membres de la Cour une égalité de conditions, une égalité qui tienne mieux compte du sujet. Or, le sujet, en l'occurrence, c'est la personne du juge. Mais, encore une fois, il s'agit d'une question de régie interne.

Beaucoup plus exposé est le document publié récemment sous le titre *Principes de déontologie judiciaire*⁵⁰. En accord avec l'air du temps, ces principes se distinguent des autres textes comparables (dont au premier chef les deux principaux *Codes of Judicial Conduct américains*⁵¹) parce qu'ils rangent l'égalité parmi les cinq principes fondamentaux de la déontologie judiciaire. Cette innovation coïncide avec les préoccupations politiques⁵² de l'époque actuelle, mais l'on sent par endroits, notamment dans les commentaires sur la formation des juges⁵³ et sur leur obligation de se dissocier de certains comportements adoptés en leur présence⁵⁴, les tensions qui résultent de cette inclusion. Une réflexion fondamentale doit d'ailleurs se poursuivre sur la possibilité qu'il y ait de loin en loin une incompatibilité entre, d'une part, le fait de juger et, d'autre part, les postulats, de plus en plus forts de nos jours dans

⁵⁰ Conseil canadien de la magistrature, Ottawa, 1998. Je reviens ici sur une question que j'ai déjà abordée dans une communication livrée lors du Congrès des sociétés savantes de 1999 et qui paraîtra prochainement sous le titre «Figure actuelle du juge dans la cité» (1999-2000) *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, volume 30.

⁵¹ Le *American Bar Association Model Code of Judicial Conduct* de 1990 et le *American Bar Association Code of Judicial Conduct* de 1972. Dans les deux cas, le mot *equality* n'apparaît nulle part; dans les deux cas, la notion de discrimination n'est abordée que sous l'angle de l'appartenance à des associations ou regroupements pratiquant des formes répréhensibles d'exclusion.

⁵² Au sens de *public policy*.

⁵³ *Supra* note 51 à la p. 25: «Compte tenu des exigences de l'indépendance et de l'impartialité, ce ne sont pas nécessairement tous les types de formation ou outils de formations qui pourront être employés à cette fin. Les juges ne doivent cependant pas être paralysés par de tels dangers. Il faut éviter que des préoccupations d'image exagérées ou non fondées ne minent les efforts déployés pour parfaire la formation des juges.»

⁵⁴ *Ibid.*

l'espace public canadien, d'une idéologie égalitaire⁵⁵. Contraint de ne jamais remettre en question ces postulats, le juge risquerait à l'occasion de ne pas pouvoir exercer le libre arbitre et le discernement qu'on attend de sa part, et qui est garant de l'état de droit⁵⁶. Des incidents très divers, comme ceux qui ont mis en cause la juge Moreau-Bérubé de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick en 1999⁵⁷, le

⁵⁵ Il est assez naturel qu'un jugement explicite et réprobateur sur la crédibilité d'une partie ou d'un témoin soit ressenti comme blessant par la personne visée, à moins que celle-ci ne considère elle-même que la critique est méritée. Mais la soumission devant la critique n'est pas la règle. Or, on s'attend de la part du juge à des jugements *discriminants* (entendu évidemment au sens didactique): voir, parmi des quantités d'exemples, *R. v. Kelly*, [1999] O.J. No. 1781, notamment au § 183. Ne s'expose-t-on pas alors à l'accusation d'avoir «manqué de sensibilité» (*showing insensitivity*, selon l'expression anglaise, *supra* note 51, commentaire 4 sous le principe 5)? Voir aussi, qui illustrent cette tension entre l'exercice de la faculté de juger et la perception par le justiciable d'avoir été traité sans préjugé, *Mahendran v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 30 (C.A.F.), *Peraza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1551 (C.F.), *Saleh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 745 (C.F.) et *Villalobos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 806 (C.F.).

⁵⁶ Jusqu'ici, les juges canadiens semblent bien avoir résisté sans trop de difficulté à ce que certains dénoncent comme les excès de la «rectitude politique». De fait, lorsqu'on les a pris en défaut, comme ce fut le cas tout récemment de M. le juge John McClung (voir le communiqué du Conseil canadien de la magistrature en date du 21 mai 1999), c'était pour les excès inverses. Mais la question finira par se poser d'une manière qui fera ressortir les visées de l'idéologie égalitaire et les conséquences normatives qui en découlent. Plusieurs arrêts récents, et pas seulement sur le droit à l'égalité, en donnent des signes avant-coureurs. Voir par exemple *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, en particulier aux §§ 61-64. L'analyse est séduisante mais vide-t-elle la question? Celui qui voudrait aller au-delà de cette analyse risquerait-il de «manquer de sensibilité», selon la litote des *Principes de déontologie judiciaire* déjà citée plus haut?

⁵⁷ Voir la dépêche de la Presse Canadienne en date du 15 avril 1999, «Controversial judge removed from bench», ainsi que la décision du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick en date du 9 avril 1999. Le Conseil cite comme suit les propos de la juge Moreau-Bérubé, prononcés lors d'un jugement sur sentence: «If a survey were taken in the Acadian Peninsula, of the honest people as against the dishonest people, I have the impression that the dishonest people would win. We have now got to the point where we can no longer trust our neighbour next door or across the street. In the area where I live, I wonder whether I'm not myself surrounded by crooks. And, that is how people live in the Peninsula, but we point the finger at outsiders. Ah, we don't like to be singled out in the Peninsula. And it makes me sad to say this because I live in the Peninsula now. It's my home. But look at the honest people in the Peninsula, they are very few and far between, and they are becoming fewer and fewer.» Malgré des excuses publiques et apparemment sincères, Mme la juge Moreau-Bérubé fut démise de ses fonctions, faisant ainsi mentir l'adage «faute avouée est à demi pardonnée». Ces propos étaient sûrement intempestifs mais ne confond-on pas ici une défaillance ou un écart de conduite, même sérieux, avec la faute grave justifiant la destitution? N'y a-t-il pas danger que, tenus à peine de destitution de ne jamais commettre de telles erreurs, les juges s'abstiennent de porter des jugements impopulaires, même justifiés, de crainte de susciter une réaction trop hostile? Voir et comparer *Ancil c. Pearson*, [1974] C.A. 19, pour une autre approche, peut-être plus souhaitable, à ce genre de problème.

juge Francis Muldoon de la Cour fédérale en 1998⁵⁸ ou la juge Corinne Sparks du Tribunal de la jeunesse de Nouvelle-Écosse en 1994⁵⁹, montrent combien le fait de porter un jugement risqué de heurter celui ou celle qui en est la cible, et combien il importe de plus en plus pour le juge de ne jamais paraître sous l'influence d'un préjugé quelconque. Cela ne signifie pas pour autant que toute distance prise par rapport au principe d'égalité constitue un préjugé anti-égalitaire et que tout jugement critique à l'endroit de quelqu'un, ou même d'un groupe de personnes, brime un droit à l'égalité. Sans doute faudra-t-il laisser ici le temps faire son oeuvre. Néanmoins, les notions post-modernes d'égalité et d'épistémologie multiculturelle emportent une forme de démission normative que dénoncent le sociologue français Raymond Boudon⁶⁰ et le philosophe canadien Charles Taylor⁶¹.

⁵⁸ Décision d'un comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature en date du 11 mars 1998. Le comité écrit (p. 3): «Your use of such needlessly inflammatory, derogatory and culturally insensitive language on matters of little or no relevance to the determination of the case leaves the impression that you used your judicial office inappropriately to express your personal opinions in relation to aboriginal rights.» Comparer avec *R. v. Brereton*, [1998] 8 W.W.R. 170 (Alta Q.B.); il y a, c'est incontestable, une nette différence de degré entre ces deux espèces.

⁵⁹ Voir *R.D.S.*, *supra* note 37. Les circonstances de cette affaire la distinguent des deux précédentes car il va de soi ici qu'une plainte déontologique ou disciplinaire contre le juge n'aurait pas eu sa raison d'être.

⁶⁰ Voir R. Boudon, «Critique de la bienveillance universelle, ou De la rationalité axiologique», paru dans G. La Forest et P. de Lara (dir.), *Charles Taylor et l'interprétation de l'identité moderne*, Québec, Centre Culturel International de Cerisy la Salle / Presses de l'Université Laval, 1998, pp. 285 et ss.

⁶¹ Cette question est beaucoup trop complexe pour être traitée convenablement ici. Je note toutefois ceci, qu'écrit Charles Taylor: «Il est juste de réclamer comme un droit que l'on aborde l'étude de certaines cultures avec une présomption de leur valeur [...]. Mais il est dépourvu de sens d'exiger comme un droit que nous finissions par conclure que leur valeur est grande ou égale à celle des autres. [...] Des théories subjectivistes — à demi néo-nietzschéennes — sont très souvent invoquées dans ce débat. Dérivant fréquemment de Foucault et de Derrida, elles proclament que tous les jugements de valeur sont fondés sur des critères qui sont, en dernier ressort, imposés (puis renforcés) par des structures de pouvoir. Ce pourquoi ces théories prolifèrent ici devrait être clair. Un jugement favorable sur demande est une ineptie, à moins que certaines de ces théories ne soient recevables. En outre, la délivrance d'un tel jugement sur demande est un acte de condescendance stupéfiant. Personne ne peut réellement y voir un authentique acte de respect. Cela ressemble plus à un acte de respect prétendu, accordé sur l'insistance de son bénéficiaire supposé. Objectivement, un tel acte implique le mépris pour l'intelligence de ce dernier: être l'objet d'un tel acte de respect dévalorise! Les tenants des théories néo-nietzschéennes espèrent échapper à ce noeud d'hypocrisie en transformant la totalité du problème en une question de pouvoir et de contre-pouvoir. La question n'est donc plus une affaire de respect, mais de parti-pris et de solidarité. Pourtant, c'est difficilement une solution satisfaisante, parce que, en prenant parti pris, on manque la force agissante de ce genre de politique, qui est précisément la recherche de reconnaissance et de respect.» *Multiculturalisme — Différence et démocratie* (traduction de *Multiculturalism and the Politics of Recognition*), Paris, Flammarion, 1992, pp. 93 et 95. Il y a tellement eu au XX^{ème} siècle d'injustices révoltantes fondées sur des préjugés raciaux, sexuels, ethniques et autres, que l'époque nous incite à suspendre tout jugement critique à partir de ces catégories: le jugement, même judiciaire, est de la sorte devenu préjugé.

Enfin, une dernière idée. Elle est développée par Martha Minow, professeur de droit à l'Université Harvard, dans un texte qu'elle a publié en 1996⁶². Minow, une *liberal*, utilise comme point de départ de sa réflexion un commentaire de Hillel l'Ancien, l'exégète et herméneute tamulduique, qui écrit [il s'agit évidemment d'une traduction] «If I am not for myself, who will be for me? If I am not for others, what am I? And if not now, when?» Minow «modernise» (ou «post-modernise»?) le propos comme suit: «If we girls are not for ourselves, who will be? But if we are not for the boys too, what are we? If we whites are not for ourselves, who will be? But if we are not for others, what are we? And so forth; we can substitute sexual orientation, disability, religion, region, ethnicity, nationality — all the familiar categories of group division and identity politics.⁶³ »

Il me semble à distance que, dans l'exercice de la fonction judiciaire, ce qu'il y a de plus difficile, c'est de se montrer manifestement capable d'objectivité (certains préfèrent le mot «neutralité», d'autres le mot «impartialité», mais l'idée ne change guère) par rapport à soi-même, par rapport à sa propre subjectivité, à son identité et au groupe dont on est issu. C'est, je crois, ce qu'exprime éloquemment une source que citent Mmes les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans l'arrêt *R.D.S.*: «La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre, de permettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.⁶⁴ » On ne saurait mieux dire. Et la preuve que l'objectivité et l'impartialité demeurent des valeurs cardinales dans une société libérale comme la nôtre se trouve en partie là. Souvent, en effet, les jugements qui présentent cette caractéristique de détachement par rapport à soi forcent l'admiration des observateurs et désarment la critique «des autres», tout en suscitant parfois l'hostilité «des siens». Aurait-on eu la controverse que l'on sait autour de l'arrêt *Ewanchuk*⁶⁵ si M. le juge McClung s'était exprimé comme Mme la juge L'Heureux-Dubé, et inversement? On répondra que c'eût été absolument impossible compte tenu de qui *étaient* les personnes en cause. Peut-être, mais je rappelle ceci. M. le juge Gonthier avait souscrit aux motifs de Mme la juge L'Heureux-Dubé. Lorsque le groupe de pression Real Women porta une plainte (saugrenue, sans doute) contre Mme la juge L'Heureux-Dubé devant le Conseil canadien de la magistrature, il s'abstint de viser M. le juge Gonthier⁶⁶. Cela, je crois, donne à réfléchir.

⁶² «Not Only for Myself: Identity, Politics and Law» (1996), 75 Oregon Law Review 647.

⁶³ *Ibid.* à la p. 648.

⁶⁴ *Supra* note 37, § 35. La citation est tirée de la monographie publiée sous les auspices du Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

⁶⁵ [1999] 1 R.C.S. 330. Je rappelle qu'à la suite de cette décision, une lettre de M. le juge McClung fut publiée par le *National Post*, ce qui déclencha une vive controverse. On peut se faire une idée de cette controverse en lisant l'article de B. Amiel, «Feminists, fascists, and other radicals — Claire L'Heureux-Dubé opposes the ideas for which we fought WWII and the Cold War», le samedi 6 mars 1999, et la réponse de K. Mahoney, «Feminists, equality, and the law», le lundi 15 mars 1999.

⁶⁶ Voir la décision du Conseil canadien de la magistrature en date du 31 mars 1999, rendue publique par communiqué de presse le 1^{er} avril 1999.