

L'ÉGALITÉ, VALEUR SOUVERAINE AU COEUR DE LA « DÉMOTIQUE » MODERNE

David Gilles

Volume 42, numéro 1-2, 2012

20 ans du Tribunal des droits de la personne

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1106032ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10266>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gilles, D. (2012). L'ÉGALITÉ, VALEUR SOUVERAINE AU COEUR DE LA « DÉMOTIQUE » MODERNE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 42(1-2), 255–308. <https://doi.org/10.17118/11143/10266>

Résumé de l'article

L'égalité comme valeur semble avoir de nos jours une place particulière dans la philosophie du droit. En effet, plus que toute autre, l'aspiration à l'égalité est devenue le palimpseste de toute communauté moderne. Toutefois, la question de sa prédominance sur les autres valeurs – et notamment la liberté – s'affirme de plus en plus comme une problématique d'actualité. À travers une perspective historique et philosophique, l'égalité s'affirme comme une valeur dont la genèse se trouve au cœur de la « démotique » occidentale. Ainsi, la notion a été tour à tour appréhendée comme la transposition juridique d'une forme d'égalité primordiale, comme un instrument de protection égale de certaines libertés fondamentales, comme un principe politique de participation à la démocratie, la formulation des conditions d'accès équitable aux ressources, une égalité des chances ou une égalité de traitement devant les instances judiciaires.

L'ÉGALITÉ, VALEUR SOUVERAINE AU CŒUR DE LA « DÉMOTIQUE » MODERNE

par David GILLES*

L'égalité comme valeur semble avoir de nos jours une place particulière dans la philosophie du droit. En effet, plus que toute autre, l'aspiration à l'égalité est devenue le palimpseste de toute communauté moderne. Toutefois, la question de sa prédominance sur les autres valeurs - et notamment la liberté - s'affirme de plus en plus comme une problématique d'actualité. À travers une perspective historique et philosophique, l'égalité s'affirme comme une valeur dont la genèse se trouve au cœur de la « démotique » occidentale. Ainsi, la notion a été tour à tour appréhendée comme la transposition juridique d'une forme d'égalité primordiale, comme un instrument de protection égale de certaines libertés fondamentales, comme un principe politique de participation à la démocratie, la formulation des conditions d'accès équitable aux ressources, une égalité des chances ou une égalité de traitement devant les instances judiciaires.

Equality has a particular place in legal philosophy as a value in itself. In fact, more than any other, the aspiration to equality has become the palimpsest/main focus of modern writing. However, issues of its predominance over other values, namely freedom, prove to be an increasing concern. Through a historical and philosophical perspective, equality asserts itself as a value whose origins are found in the heart of the Western demotic. Furthermore, this notion had been time and again apprehended as the legal transposition of a supreme equality, like an instrument of equal protection of fundamental liberties, and like a political principle of democratic participation, thus the creation of conditions of accessibility that are equitable to resources, as well as an equality of chance or an equality of treatment before judicial bodies.

* . Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

I. L'égalité comme valeur du droit : refuge et repoussoir ..	264
A/ L'affirmation historique de l'égalité.....	266
1) La genèse du lien axiologique entre juste et égalité ...	269
2) L'affirmation de l'égalité comme valeur axiologique de la société humaine	272
B/ L'égalité des chances ou le retour de la liberté	277
II. Au cœur de la démotique moderne : l'égalité, une valeur souveraine?	283
A/ Le primat de l'égalité?	283
1) L'égalité, une vertu souveraine selon Dworkin	285
2) L'égalité renégociée à l'aune de la liberté.....	292
3) L'égalité canadienne sous le prisme de la diversité....	295
B/ Quel juge pour l'égalité?.....	297
Conclusion	305

Pierre Bourdieu, dans un texte quelque peu méconnu des juristes portant sur « La force du droit », soulignait justement que :

[l]e droit est la forme par excellence du discours agissant, capable, par sa vertu propre, de produire des effets. Il n'est pas trop de dire qu'il fait le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui. Il importe en effet de s'interroger sur les conditions sociales – et les limites – de cette efficacité quasi magique [...]. En fait, les schèmes de perception et d'appréciation qui sont au principe de notre construction du monde social sont produits par un travail historique collectif mais à partir des structures mêmes de ce monde¹.

Dans cette perspective, les fondements du droit, et notamment les valeurs au cœur de nos systèmes juridiques, sont à la fois les créations mais aussi les piliers de nos sociétés. Le droit est ainsi caractérisé d'une part par l'établissement d'un ordre organique (le droit semble fixer certaines valeurs) et d'autre part par un ordre téléonomique (le droit réalisant certaines fins)². Ces fins doivent, afin d'asseoir la légitimité du pouvoir politique, correspondre autant que possible à celles affirmées par la société, de la même manière que le droit doit recouper les valeurs émanant de celle-ci. C'est au nom de cette dernière adéquation que le pouvoir politique entend rapprocher le système normatif, notamment les normes fondamentales, des valeurs ancrées dans la société, au premier rang desquelles figure l'égalité. Le droit comme les valeurs sont donc tous deux des produits d'une activité humaine, qu'il s'agisse de la construction des systèmes juridiques comme de la création et l'adoption des valeurs.

Le concept de valeur implique un recentrage vers des considérations profondément liées à la nature même de l'être

-
1. Pierre BOURDIEU, « La force du droit », 63 (1986) *Actes de la recherche en sciences sociales*, 3-19.
 2. Selon les termes d'André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, où va la sociologie du droit?*, coll. Philosophie du droit, LGDJ, 1981, pp. 10-11.

humain. Il s'agit en effet d'un concept qui ne se justifie que dans une perspective ontologique et subjective d'étude des ressorts qui permettent de justifier une conduite d'abord personnelle - et évidemment par extension une conduite collective - notamment par le biais des systèmes juridiques. Le rapport entre valeurs et droit génère ainsi sa propre confrontation, entre aspirations objectives et genèses subjectives. L'individu tient une place centrale dans l'univers des valeurs, dans la mesure où même quand elles prônent des conduites ou des façons d'être collectives, ou qu'elles font passer l'intérêt collectif au-delà du bien-être individuel, elles agissent pour cela par le biais d'un cheminement de pensée et d'une argumentation avant tout subjectifs et personnels. Les valeurs n'existent alors qu'en tant que :

[...] valeurs pour quelqu'un, et notamment pour l'homme [...]. Dans cette optique, notre « objectivisme » axiologique est bien éloigné des théories objectivistes traditionnelles, l'homme étant ici constitutif de l'ontologie des valeurs, qui existent objectivement, mais non extérieurement à lui³.

Ainsi, notamment depuis la seconde guerre mondiale, l'ensemble des systèmes juridiques ont connu une « montée en puissance » des valeurs dans leur formulation juridique, et notamment de la valeur égalité. Si la distinction, droit, morale, valeur a été largement débattue, si la hiérarchisation des normes a été centrale pour l'affirmation des systèmes normatifs modernes, la question spécifique de la hiérarchisation des valeurs et de leur place dans les systèmes normatifs a été bien moins abordée par la doctrine et la philosophie du droit. C'est assez largement afin de mettre en avant la valeur égalité qu'un instrument comme la Charte canadienne s'est constituée autour de l'article 15 et de l'affirmation de l'égalité comme valeur fondamentale⁴. Dans notre système juridique

-
3. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, préface de M. Villey, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1982, p. 118.
 4. Pour une analyse des valeurs sous-jacentes à l'égalité au moment de l'entrée en vigueur de la Charte, voir Daniel PROULX, « Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité », dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Éditions Yvon Blais,

civiliste, la vie, la liberté et l'égalité sont « [a]u cœur de toutes les valeurs qui bénéficient d'une protection dans les Chartes des droits [...] »⁵. Plusieurs affaires récentes, telles que l'affaire *Bruckner c. Marckovitz*, ont laissées certains analystes s'interroger sur la nécessité de donner un primat à l'égalité comme valeur fondamentale⁶.

La notion d'égalité réfère à de multiples sens élaborés au cours des siècles. Elle est ainsi passée d'une forme d'égalité primordiale à la protection égale de certaines libertés fondamentales établies juridiquement, formulée sous la forme de conditions susceptibles d'assurer l'égalité de cette participation jusqu'à l'effet direct du droit sur l'égalisation des rapports sociaux, puis l'accès adéquat des sujets aux bénéfices et aux charges de la coopération sociale⁷ et enfin aux traitement égal des sujets de droit devant les

1989, 61-71; « Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits », (1988) 48 R. du B., 633-685; « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité », (1988) 29 C. de D., 567-598.

5. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans *Collection de droit 2011-2012, École du Barreau du Québec*, vol. 7, *Droit public et administratif*, Titre I, Les droits et libertés fondamentaux, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 48.
6. Comme le souligne Louise LANGEVIN et al., « [l]orsque la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Bruker c. Marcovitz*, divers analystes de la scène politique et judiciaire ont conclu qu'elle venait de faire primer l'égalité entre les hommes et les femmes sur la liberté de religion (ou, plus largement, sur la protection supralégislative des convictions religieuses individuelles). Cette lecture de l'arrêt a également contribué à raffermir l'opinion de différents intervenants concernant le caractère alarmiste d'un bon nombre des positions exprimées dans le contexte - ou dans la foulée - des travaux de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, selon lesquelles l'évolution de la jurisprudence canadienne en matière de protection des convictions religieuses était de nature à nourrir des inquiétudes quant à l'intensité de la protection accordée par les chartes québécoise et canadienne au droit à l'égalité entre les hommes et les femmes »; Louise Langevin, Louis-Philippe Lampron, Christelle Landheer-Cieslak, Alain Prujiner et Patrick Taillon, « L'affaire *Bruker c. Marcovitz* : variations sur un thème », (2008) 49 C. de D. 655, au par. 57. Voir également Francesca ASTENGO, « Liberté de religion ou égalité entre les sexes? La cour Suprême du Canada se prononce sur un cas de divorce », (2008-2009) 39 R.D.U.S. 507, par. 26-27.
7. « Certains peuvent croire que l'égalité entre les individus ne peut être

instances chargées de la mise en œuvre des lois⁸. Comme le souligne Daniel Proulx, l'un des principaux dilemmes du concept d'égalité dans sa formulation moderne réside dans le fait qu'il signifie à la fois qu'il faut traiter les individus de la même façon (égalité formelle) et qu'il faut parfois les traiter différemment (égalité réelle)⁹.

Dans le champ de la philosophie du droit, Ronald Dworkin affirme récemment faire de l'égalité une valeur souveraine, en effaçant l'antagonisme entre la liberté et l'égalité. Cette perspective induit nécessairement une hiérarchisation des valeurs, et une intégration de celles-ci au droit. Toutefois, une telle aspiration peut générer des aspects négatifs, amplement mis en avant par les adversaires d'une telle immixtion des valeurs dans le droit et de la hiérarchisation de l'égalité et de la liberté. Premièrement, en pré-déterminant une hiérarchie entre ces valeurs - une hiérarchie entre normes traduisant ces valeurs juridiquement - on aboutirait à une oppression de l'une sur l'autre, voire à un carcan hiérarchique dont le juge ne pourrait s'extraire même face à des conséquences absurdes ou visiblement contraire à d'autres valeurs de la société¹⁰. Deuxièmement, une telle hiérarchie entre valeurs serait ubuesque au regard de la théorie même des droits fondamentaux selon la-

assurée qu'en offrant à tous le même traitement mais il n'en est rien : « l'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique et, en fait, un traitement différent peut s'avérer nécessaire dans certains cas pour promouvoir l'égalité ». En substance, les Chartes garantissent « non seulement l'égalité formelle d'un traitement analogue, mais aussi l'égalité réelle ». C'est ainsi que « la simple reconnaissance du droit à l'égalité d'un groupe ne peut, en soi, porter atteinte aux droits d'un autre groupe »; Christian BRUNELLE, préc., note 5, p. 61-62.

8. Voir Pierre NOREAU, « Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : Objets et perspectives pour la sociologie politique du droit », dans S.F.P.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 2-3, 12.
9. Daniel PROULX, « La dignité : élément essentiel de l'égalité ou cheval de Troie? », *Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés*, 2007, p. 98-99.
10. Pour une évocation des réticences à une hiérarchisation des valeurs par les juges, voir Myriam JÉZÉQUEL, « Conflits de droit, dilemme pour le juge ou simple mécanique juridique », dans *Revue du Barreau*, 2007, en ligne : http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol39/200710_03.pdf (consulté le 10 octobre 2010).

quelle tous ces droits - dont l'égalité - sont également fondamentaux. La hiérarchie serait antinomique à la notion même de droits fondamentaux¹¹ ou de droits de la personne.

Toutes les valeurs - ou leurs symétriques - peuvent alors entrer en concurrence et faire l'objet d'un conflit de valeurs qui impose à l'individu de les hiérarchiser. Ainsi, par exemple, le choix de la *Liberté* peut s'exprimer chez un individu par le primat de la liberté individuelle sur la solidarité; chez un autre, par le primat de la liberté collective à l'information sur la liberté individuelle du journaliste de taire certaines informations. De même, l'égalité peut-être perçue comme une valeur fondamentale lorsqu'elle est envisagée en tant que fondement de tout système éducatif mais comme un obstacle à la liberté d'exercice de la religion au sein du même système éducatif¹². En ce sens, et même si les valeurs peuvent être partagées par des communautés d'individus ou même des civilisations, aucune valeur ne pourrait, selon Habermas, « prétendre par sa nature à une priorité absolue par rapport à d'autres valeurs »¹³.

Toutefois, l'égalité comme valeur semble avoir une place particulière dans la philosophie du droit et à ce titre – si ce n'est prétendre à une priorité absolue – du moins revendiquer une singularisation lui conférant une priorité relative. L'égalité – en tant que valeur – ne pourrait alors être « [...] une simple chimère, une invention de l'homme pour donner un peu de couleur à un monde chaotique, amorphe, inarticulé »¹⁴. Comme l'affirme Ronald Dworkin, l'égalité figure comme l'une des valeurs souveraines actuelles. C'est le cas notamment dans le système juridique canadien et québécois. En effet, plus que toute autre, l'aspiration

11. Sur les rapports entre fondements du droit et droits fondamentaux, au regard de la philosophie du droit notamment, voir Charlotte GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2010, p. 57-203.

12. Voir par exemple *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6.

13. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, NRF, Gallimard, 1992, p. 277.

14. C. GREZGORCZYK, préc., note 3, p. 95.

à l'égalité est devenu le palimpseste de toute communauté moderne. Toutefois, la question de sa prédominance sur les autres valeurs - et notamment la liberté¹⁵ - s'affirme de plus en plus comme une problématique d'actualité¹⁶. La confrontation entre égalité et liberté de religion en est un exemple. Réguler les individus antagonistes au sein d'une société pérenne est le défi de toute civilisation, de toute société, de tout système juridique.

Le rôle du juge, en matière de droits fondamentaux¹⁷, se caractérise largement par la conciliation de droits antagonistes, de manière apparente ou réelle, tout en s'efforçant de ne pas les hiérarchiser de manière absolue. Ce refus d'établir une échelle de valeurs de principe entre les droits fondamentaux oblige les juges à caractériser de manière fort précise la portée et la nature du conflit entre normes¹⁸. Résoudre la question de l'affirmation des valeurs et de leur possible hiérarchisation dans le schéma normatif - avec l'égalité en point d'orgue - vise alors deux objectifs distincts.

D'une part, faciliter la conciliation entre droits en prédéterminant la résolution de certains conflits ce qui renforcerait la sécurité juridique. D'autre part, en mettant en exergue certaines valeurs sociétales au sein du système juridique on souhaite, à tort ou à raison, rendre plus lisibles, plus légitimes

-
15. Pour une posture différente, voir Brian BARRY, « John Rawls and the priority of liberty », (1973) *Philosophy and Public Affairs* 2, 274-291.
 16. Sur les visions les plus extrêmes des rapports entre liberté et égalité, voir notamment les travaux de Kai Nielsen, l'un des penseurs canadiens les plus engagé sur ces questions Kai Nielsen, *Equality and Liberty: A Defense of Radical Egalitarianism*, N.J. Rowand and Allanheld, Totawa, 1985, essentiellement p. 3-43.
 17. David GILLES, « Le rôle du juge face aux droits fondamentaux garantis par des normes fondamentales : France-Canada, une vision croisée », dans S.F.C.B.Q., Barreau du Québec, viol. 268, *Les 25 ans de la charte canadienne des droits et libertés*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 123-161.
 18. Sur cette procédure voir Louise ROLLAND, « La surdétermination des valeurs au droit par les tribunaux », dans A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA, G. ROCHER, (ss. dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Bruylant, 1998, p. 93-97.

certaines solutions juridiques qui seraient alors davantage en adéquation avec des valeurs partagées par l'ensemble de la société. Comme le soulignait déjà Lord Devlin¹⁹, une société ne peut subsister sans le ciment d'une moralité sociale. Sans moralité, ou valeurs communes, une société se désagrègerait et toute violation de son code moral pourrait tendre à l'affaiblir et mettre ainsi en danger l'essence de son existence. De ce point de vue, il semble assez évident que la création du Tribunal des Droits de la personne repose sur l'affirmation d'une « démotique » forte en faveur de l'égalité au sein de la société québécoise. Une remarque préliminaire et terminologique doit être faite avant d'aborder plus avant cette perspective. Étymologiquement, le terme démotique signifie penser ou ressentir comme le peuple²⁰. On parle par exemple d'écriture démotique pour la forme d'écriture populaire. Confronté à l'étude du droit, cette notion suppose que les normes (au premier chef, les normes fondamentales telles que les Chartes) doivent faire office de miroir de la diversité culturelle au sein de l'État²¹, faute de quoi, elles ne sauraient bénéficier d'une légitimité suffisante.

19. Lord DEVLIN, *The enforcement of Morality*, Oxford University press reprint, 1987, p. 15. Sur cette question, voir également l'article de Ronald DWORKIN, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », (1966) 75 *The Yale Law Journal*, 986-1005.

20. En grec : δημοτικός; Katia BLAIRON, « La question démotique et la problématique d'une constitution européenne », Congrès international de droit constitutionnel Association Internationale de Droit Constitutionnel, *Ré-imaginer les frontières du droit constitutionnel*, Athènes, 11-15 juin 2007, en ligne : <http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Katia%20Blairon.pdf> (consulté le 11 septembre 2011).

21. Comme le soulignait Daniel Proulx en 1996, « [...] l'obligation d'accommodement fait partie intégrante du droit à l'égalité. Et c'est pour cela que la Cour affirmait avec raison dans l'arrêt de principe *Andrews c. Law Society of British Columbia* qui, soit dit en passant, portait sur un cas de discrimination directe, l'obligation de traiter différemment certains individus pour ne pas trahir l'objet du droit à la non-discrimination. Voici, en effet, comment s'exprimait le juge McIntyre dans cet arrêt : « Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. [...] [L]e respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites » »; Daniel PROULX, « L'accommo-

Si la perspective semble aujourd'hui résolument défavorable à une hiérarchisation formelle de la valeur égalité dans le système normatif, la doctrine se trouve bien plus favorable à un rôle du juge accru en la matière, faisant de celui-ci, par bien des aspects, le Saint Georges terrassant l'inégalité.

I. L'égalité comme valeur du droit : refuge et repoussoir

L'autopoïèse du droit - le fait que le sujet de droit est à la fois à l'origine et le destinataire du droit - a pour conséquence que l'individu « ordinaire » ne subit plus le cours de l'histoire, mais il en est un acteur décisif. La relativisation des « vérités absolues » auxquelles il est donné à l'Homme d'avoir accès l'invite à remettre en cause cette croyance aveugle, y compris dans les sciences. Wagdi Sabete remarque ainsi que

Notre connaissance sur les valeurs repose sur des évidences intelligibles pour la conscience, celles qui constituent les conditions de la raison. Ces évidences reposent, à leur tour, sur un acte de confiance raisonnable. Au commencement il n'y a qu'un acte de foi. Car il n'y a pas et il n'y a jamais eu de démonstration première de la validité : la fondation se dérobe toujours. $2+2=4$? Sans doute mais au nom d'axiome ou de présupposition, c'est-à-dire de proposition non démontrée²².

Les valeurs, pour éclore, sont donc tributaires d'une forme d'individualisme²³ que les sociétés contemporaines ont exacerbée,

dement raisonnable, cet incompris : Commentaire de l'arrêt Large c. Stratford », (1996) 41 R.D. McGill, 669.

22. Wagdi SABETE, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », dans M. DOAT, J. LE GOFF et Ph. PÉDROT (ss. dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 234.

23. Les valeurs n'existent alors qu'en tant que » [...] valeurs pour quelqu'un, et notamment pour l'homme [...]. Dans cette optique, notre « objectivisme » axiologique est bien éloigné des théories objectivistes traditionnelles, l'homme étant ici constitutif de l'ontologie des valeurs,

schéma dans lequel prend évidemment place l'égalité. Kelsen a choisi de résoudre la difficulté posée par les valeurs qu'il observait dans le droit en octroyant à celles-ci un statut dérivé des normes elles-mêmes²⁴. Son système repose sur l'idée d'une objectivation du droit et de sa légitimité fondée sur le respect du processus d'adoption, sur la conformité de la norme au contenu de la norme supérieure²⁵. La pratique a toutefois obligé la théorie du droit à contester largement cette vision irréductible des valeurs exogènes au droit. Refuser tout jugement de valeurs authentiques dans le droit et refuser tout fondement philosophique au droit revient à s'écarter de l'observation du droit posé, pourtant fondement de la théorie positiviste. De la norme législative à la solution jurisprudentielle, toutes portent en elles cette part de subjectivité, cette expression d'une ou de plusieurs valeurs transcendantes. C'est une évidence, pour les juristes et notamment pour les juges que les principaux problèmes juridiques trouvent fréquemment des réponses non pas à l'intérieur de la science juridique mais à l'extérieur, dans le domaine de la philosophie, de la morale, des valeurs. Comme le soulignait Christelle Landheer-Cieslak la notion d'égalité présente à l'heure actuelle « un double sens : un sens formel qui fait de l'égalité un principe au fondement de l'application de

qui existent objectivement, mais non extérieurement à lui »; C. GREZGORCZYK, préc., note 3, p. 118.

24. Kelsen évacue toute évaluation externe des normes, refusant ce qui apparaît à ses yeux comme une impureté. Constatant l'existence des valeurs, il en fait des valeurs extra-juridiques. Il ne voit dans tout jugement de valeurs qu'une simple expression d'une émotion personnelle, d'un subjectivisme non juridique; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 1962, p. 23-24.
25. La pyramide kelsénienne ainsi constituée écarte alors les valeurs en privant celles-ci de toute validité exogène, de tout fondement moral. Le critère de la conformité à la norme supérieure ne permet l'affirmation de valeurs que par leur appendice principal, transformant celles-ci en principes juridiques qui trouvent leur fondement dans la conformité dans la norme supérieure. Il en est ainsi de l'égalité dont la force, la « valeur » ne dépend, a priori, dans nos systèmes juridiques que de sa place dans la hiérarchie de l'ordonnement normatif. Confrontée à l'ordonnement juridique québécois, cette réalité transparait dans la place singulière qui a été accordée à cette valeur dans notre système juridique. Voir Christophe GREZGORCZYK, préc., note 3, p. 28.

la règle de droit; un sens matériel qui fait de l'égalité une finalité de l'application de la règle de droit. Pour le juge québécois, l'égalité est un principe et une finalité de la règle de droit »²⁶. Transcendant ce principe et cette finalité, l'égalité est également une valeur dont la genèse se trouve au cœur de la « démotique » occidentale. Ainsi, la notion a été tour à tour appréhendée comme la transposition juridique d'une forme d'égalité primordiale, comme un instrument de protection égale de certaines libertés fondamentales, comme un principe politique de participation à la démocratie, la formulation des conditions d'accès équitable aux ressources, une égalité des chances ou une égalité de traitement devant les instances judiciaires²⁷.

A/ L'affirmation historique de l'égalité

Valeurs et normes, si elles doivent être distinguées, se complètent. La principale distinction reposerait sur le caractère

26. Christelle LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil? », (2006) 47 C. de D. 239, à la p. 1.

27. Pierre Noreau catégorise quant à lui l'évolution historique de la notion de la manière suivante « 1/à la protection égale de certaines libertés fondamentales établies juridiquement (Habermas, Kelsen); (2) à la participation égale des membres de la communauté politique à la définition du droit (Locke, Rousseau, Tocqueville, Habermas, Rawls); (3) aux conditions et ressources susceptibles d'assurer l'égalité de cette participation (Habermas, Dworkin); (4) à l'effet direct du droit sur l'égalisation des rapports sociaux, [...] (5) à l'accès adéquat des sujets aux bénéfices et aux charges de la coopération sociale (forme d'égalité des chances) (Rawls); (6) au traitement égal des sujets de droit devant les instances chargées de la mise en œuvre des lois [...] soit dans la perspective d'une impartialité formelle issue d'un certain positivisme, où l'égalité est consacrée par le caractère général, abstrait et impersonnel du droit et de la procédure (Locke, Austin, Kelsen); soit dans une perspective plus concrète, qui prévoit la nécessité d'une mise à égalité des conditions de participation à la communauté interprétative et, par extension, des conditions de mobilisation du droit et de recours au pouvoir judiciaire (Dworkin) [...] »; Pierre NOREAU, « Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : Objets et perspectives pour la sociologie politique du droit », dans S.F.P.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 2-3, 12.

déterminé des secondes par rapport aux premières. Si les valeurs naissent d'un débat collectif, elles expriment une adhésion personnelle. Les normes, au contraire, ont pour fonction de réunir sur elles précisément un consensus permettant de réguler le vivre-ensemble dans le pluralisme des valeurs et de leur hiérarchisation. Ce consensus - issu dans nos systèmes d'un volontarisme juridique - découle de la constitution de l'État Léviathan hobbesien, sur la base même de la volonté de chaque individu. Normes et valeurs sont alors intrinsèquement liées. La norme est toujours provisoire et susceptible d'être invalidée²⁸. La valeur vise à la permanence, même si elle ne peut l'atteindre²⁹. La norme est binaire, mathématique, alors que la valeur exprime le caractère préférable des biens auxquels on adhère, laissant une plénitude d'options ouvertes³⁰.

Caractériser ces valeurs peut se faire par deux méthodes : il est possible d'identifier les valeurs aux intérêts socialement reconnus à une époque, à une société et une civilisation donnée. Il est possible alors de les ordonner, de les arbitrer selon une hiérarchie plus ou moins complexe comme a tenté de le faire

28. Jürgen HABERMAS, préc., note 13, p. 278.

29. La flexibilité des valeurs est bien entendue à envisager en contre-plan de l'immutabilité des normes « naturelles » issues du jusnaturalisme, à laquelle les valeurs ne peuvent être assimilées

30. « Les normes en vigueur obligent leurs destinataires, sans exception et de la même manière, à adopter une attitude satisfaisant à des attentes de comportement généralisées, tandis que les valeurs doivent s'entendre comme des préférences intersubjectivement partagées »; *Id.*, p. 278. Pour lui, « les valeurs expriment le caractère préférable de biens qui, dans le cadre de certaines collectivités, sont considérées comme dignes d'effort et qui peuvent être acquis ou réalisés au moyen d'une activité développée en fonction d'une fin déterminée » alors que les normes se présentent sous la forme de la prétention à la validité à caractère binaire », soit valide soit invalide. Il distingue norme et valeur selon 4 critères : tout d'abord par leur rapport à l'action obligatoire ou à l'action téléologique, ensuite par le codage binaire pour les unes ou le codage graduel de leur prétention à la validité pour les autres par leur force d'engagement absolue ou relative et enfin par les critères auxquels doivent satisfaire la cohérence des systèmes normatifs et des systèmes de valeurs; *Id.*, p. 278.

Roscoe Pound par exemple³¹, à travers sa balance d'intérêts sociaux³² (*balancing of interest*)³³. L'autre méthode consiste à proclamer sa foi en des valeurs objectives, rationnelles et universelles, « communes à toutes les civilisation et à toutes les époques, indépendamment de leur reconnaissance concrète par une société donnée »³⁴. Paradoxalement, l'égalité comme valeur peut-être analysée en tant que résultat de ces deux méthodes. Valeur universelle, bien que souvent mise à mal, l'égalité correspond également à un choix fait par nos sociétés modernes, notamment dans son passage d'une égalité de droit de plus en plus effective à une égalité de fait, à l'équilibre de plus en plus critique. Comme le soulignait toutefois récemment Pierre Noreau :

Dans la foulée du débat théorique des derniers siècles, il est difficile de conclure sur une définition unifiée de ce que recouvre la notion d'égalité juridique, même si sa nécessité est rituellement rappelée comme un fondement ou une garantie intrinsèquement associée à l'État de droit³⁵.

Si l'on cherche la valeur égalité dans nos systèmes juridiques, on observe sous la forme de principe le recours à l'équité qui figure largement comme le cheval de Troie de l'égalité au sein du système normatif. Ces deux courants, l'un davantage sociologique, l'autre davantage jusnaturaliste ou fondamentaliste –

-
31. À travers une recherche des équilibres sociaux, voir Paul DUBOUCHET, *Commons et Hayek défenseurs de la théorie normative du droit*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2003, p. 96; *Droit et philosophie: une critique des sciences humaines*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2010, p. 232.
32. Roscoe POUND, *Jurisprudence*, Union, Clark, N.J., Lawbook Exchange, 2000, p. 241. Il aborde d'ailleurs le rapport entre égalité et liberté dans son ouvrage *New Paths of the Law* : Roscoe POUND, *New paths of the law : first lectures in the Roscoe Pound lectureship series*, Clark, N.J. : Lawbook Exchange, 2006, p. 5.
33. Martin Philip GOLDING, *Legal Reasoning*, Brodview Press, Peterborough, 2001, p. 28.
34. C. GREZGORCZYK, préc., note 3, p. 29.
35. Pierre NOREAU, « Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : Objets et perspectives pour la sociologie politique du droit », dans S.F.P.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 2-3, 12.

en référence aux droits fondamentaux – répondent concomitamment au besoin évident et légitime qui parcourt la communauté juridique de trouver des solutions juste à des situations juridiques, sans recourir à la doctrine morale proprement dite.

1. La genèse du lien axiologique entre juste et égalité

Chez Platon comme chez Aristote, on trouve l'idée - plus tard systématisée par John Rawls - selon laquelle si les règles sont justes et connues de tous car définies clairement, il ne peut - il ne doit... - y avoir de tensions sociales. De cette idée il ne faut pas déduire une égalité de principe, à laquelle d'ailleurs les philosophes de l'antiquité sont largement étrangers. Au contraire, pour Platon, les individus étant inégaux, il incombe d'organiser leur sélection pour constituer les classes supérieures, la justice consistant à faire coïncider les aptitudes et les positions. Dans une société qui connaît - légitimement selon Platon - la distinction entre citoyen et esclave³⁶, il déplore que les lois humaines soient trop souvent sous l'influence du plus grand nombre. Le peuple, aspirant à une plus grande égalité, détourne ainsi les lois de leur juste objectif :

Certes, ce sont les faibles, la masse des gens, qui établissent les lois, j'en suis sûr. C'est donc en fonction d'eux-mêmes et de leur intérêt personnel que les faibles font les lois, qu'ils attribuent des louanges, qu'ils repartissent des blâmes. Ils veulent faire peur aux hommes plus forts qu'eux et qui peuvent leur être supérieurs. [...] Car, ce qui plaît aux faibles, c'est d'avoir l'air d'être égaux à de tels hommes, alors qu'ils leur sont inférieurs³⁷.

36. La cité idéale est composée pour Platon de trois classes ayant chacune leurs fonctions propres : les philosophes sont ceux qui dirigent, les guerriers sont ceux qui la défendent alors que les artisans sont ceux qui procurent le bien-être matériel. Les esclaves, quant à eux, participent au bien-être matériel de tous.

37. *Id.*, p. 213.

Là où les meilleurs devraient triompher selon Platon dans le *Gorgias*, les lois, au nom de l'aspiration à l'égalité, viennent établir un cadre injuste selon le philosophe, injuste pour les meilleurs de la cité :

[...] Chez nous, les êtres les meilleurs et les plus forts, nous commençons à les façonner dès leur plus jeune âge, comme on fait pour dompter les lions; avec nos formules magiques et nos tours de passe-passe, nous en faisons des esclaves, en leur répétant qu'il faut être égal aux autres et que l'égalité est ce qui est beau et juste³⁸.

Aristote, quant à lui, distingue deux domaines où doit s'exercer la justice : la distribution des honneurs et des richesses (la justice distributive qui donne à chacun selon ses titres) et le domaine des contrats (la justice commutative qui assure l'égalité des prestations). Dans le premier cas, comme les individus sont inégaux, la justice consiste à donner à chacun selon son mérite. Fondant la notion de Justice particulière³⁹, Aristote distingue l'injuste au sens d'inégal et l'injuste au sens d'illégal, le premier étant au second comme la partie à l'égard du tout⁴⁰. Si tout inégal va contre la loi, tout illégal ne réalise pas intrinsèquement l'inégalité. Il esquisse ainsi une distinction entre justice et équité, qui est l'expression juridique de l'aspiration à l'égalité en droit. Pour Aristote, l'exigence du Bien-commun prime alors sur celles qui régissent les rapports entre hommes libres et égaux⁴¹, logique qui sera reprise par la suite par le docteur angélique⁴². La justice

38. PLATON, *Gorgias*, traduit par Monique Canto-Sperber, Éditions GF-Flammarion, Paris, 1987, n° 482-484, p. 213.

39. La justice particulière se dit soit comme justice distributive (dianemètikè) soit comme justice correctrice (diorthotikè), les deux consistant dans les deux manières de réaliser l'égalité dans la répartition des biens communs ou des biens individuels; ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction J. Tricot, Paris, Éditions Vrin, 1979, Livre V, chap. V., 1130b16-18.

40. *Id.*

41. *Id.*

42. « Réponse: Nous venons de voir que la justice légale ne se confond pas essentiellement avec n'importe quelle vertu. Il faut donc qu'en plus de cette vertu générale qui ordonne l'homme de façon immédiate au bien

appelle ainsi l'égalité, que l'injuste soit inégal, le juste égal, c'est ce que l'on admet communément, sans autre raisonnement écrit le Stagyrte⁴³.

Ainsi, dépassant le simple cadre des justices distributives et commutatives, c'est la période chrétienne et la période moderne qui s'avèrent les plus riches d'enseignements. La chrétienté a développé une relation fort ambivalente à l'égalité, dont nous sommes encore aujourd'hui les tributaires. Le christianisme n'est pas, en tant que tel, porteur de revendications égalitaires. Il s'accommode de l'ordre civil en vigueur et il recommande l'obéissance aux puissances constituées. Dans une perspective augustinienne, la valeur d'ordre semble d'ailleurs primer sur toute autre valeur dans un respect du schéma divin. Le christianisme postule une égalité de tous les croyants vis-à-vis du dessein divin, une soumission égalitaire de tous face à Dieu mais aussi une hiérarchisation très forte de l'appareil ecclésiastique lui-même et une acceptation quasi absolue - à l'exception des courants néothomistes - de l'ordre civil, et des inégalités dont il est la source. Thomas d'Aquin réaffirme l'idée aristotélicienne de justice qu'il adapte au dogme chrétien. Contrairement à Augustin, il libère l'homme, il lui redonne son libre-arbitre, considérant que la grâce divine consiste justement à recréer une nature humaine dotée du libre-arbitre : il fait de la liberté humaine l'effet de la toute puissance divine. Le statut de la justice humaine s'en trouve considérablement revalorisé et devient plus qu'un simple élément

commun, il y en ait d'autres qui l'ordonnent immédiatement aux biens particuliers. Les uns peuvent nous concerner personnellement, ou bien regarder un autre individu. Donc de même qu'en dehors de la justice légale il faut qu'il existe des vertus particulières qui ordonnent l'homme en lui-même, telles la tempérance et la force, ainsi une justice particulière est encore requise pour l'ordonner au sujet de ce qui appartient à d'autres personnes. Solutions : 1. Que la justice légale ordonne suffisamment l'homme envers autrui, c'est vrai de façon immédiate par rapport au bien commun; mais seulement d'une façon médiate par rapport au bien individuel. C'est pourquoi en ce qui concerne le bien particulier des individus, une justice particulière est requise »; Fondant ainsi une justice particulière, Thomas D'AQUIN, *Somme théologique, II-IIæ*, qu. 58, art. 7, p. 389.

43. ARISTOTE, préc., note 39, Livre V, chap. V, 1129a34 et 1130b9-33.

insignifiant au regard de la justice divine. La justice constitue pour Saint Thomas la « volonté permanente et constante d'attribuer à chacun son droit »⁴⁴. Pour certains auteurs chrétiens, si l'égalité est bien affirmée comme principe, elle s'avère antinomique à la liberté, paradigme qui caractérisera les relations des deux valeurs jusqu'à nos jours. Toutefois, de cette ambiguïté intrinsèque de l'égalité chrétienne, désarmée dans la société des hommes, l'égalité va s'affirmer à travers les plumes de Duns Scot et surtout de Guillaume d'Ockham⁴⁵, qui, par un nominalisme radical, n'envisage plus que des individus et des relations volontaires, où l'égalité devient la règle, non plus dans un rapport théologique, mais dans un rapport collectif.

2) L'affirmation de l'égalité comme valeur axiologique de la société humaine

Pour Locke⁴⁶ et Hobbes, la valeur égalité devient une valeur primordiale, un « droit » qui se distingue des autres. D'une part

44. St-Thomas D'AQUIN, *La Somme Théologique*, II a II ae, Qu. 57, art. 1. Il est vrai que Saint Augustin attribue à la justice la fonction de « venir au secours des malheureux ». Mais dans ce cas, répond Saint Thomas, nous ne leur donnons pas ce qui est à eux, mais ce qui est à nous. La miséricorde est une autre vertu que la justice, laquelle consiste à rendre à chacun ce qui est sien, selon les deux règles bien connues (justice commutative, égalité arithmétique, et justice distributive, égalité géométrique - dans ce second cas, il y a aussi égalité, puisque chacun reçoit autant qu'il a donné).

45. André de MURALT, *L'unité de la philosophie politique: de Scot, Occam et Suárez au libéralisme*, Paris, Éditions Vrin, 2002, p. 182.

46. « Le judicieux Hooker considère cette *égalité* des hommes par nature comme si évidente en elle-même, et tellement hors de question, qu'il en fait le fondement de l'obligation d'amour mutuel entre les hommes, amour sur lequel il bâtit les devoirs qu'ils ont les uns à l'égard des autres; c'est de là qu'il dérive les grandes maximes de la *Justice* et de la *Charité*. Voici ses paroles : « Une même inclination naturelle a porté les hommes à reconnaître que l'amour des autres ne fait pas moins partie de leurs devoirs que l'amour de soi-même, car on voit que les choses qui sont égales doivent nécessairement être traitées de la même manière; si je ne peux m'empêcher de souhaiter recevoir des autres tout le bien qu'un homme peut souhaiter pour son âme, comment pourrais-je m'attendre à voir la plus petite partie de mon désir satisfaite si je ne suis pas moi-même

parce qu'elle devient naturelle et partagée par tous et d'autre part parce qu'elle représente l'un des rares droits dont disposent les hommes en l'État de nature. Chez les deux auteurs, l'état de nature est un état d'égalité et de liberté, mais ces deux éléments sont envisagés de manière plus positive chez Locke que chez Hobbes.

4. Pour bien comprendre ce qu'est le pouvoir politique, et pour le faire remonter à son origine, nous devons considérer dans quel état tous les hommes se trouvent par nature; c'est-à-dire, *un état où ils ont la parfaite liberté* d'ordonner leurs actions et de disposer de leurs possessions et de leurs personnes comme ils l'estiment convenable, à l'intérieur des limites de la loi de nature, sans demander la permission à quiconque et sans dépendre de la volonté d'aucun autre homme. C'est-à-dire encore un *état d'égalité*, où tout pouvoir et toute juridiction sont réciproques, personne n'en ayant plus qu'un autre : rien n'est plus évident en effet que des créatures de la même espèce et du même rang, nées sans distinction pour jouir des mêmes avantages de la nature et pour user des mêmes facultés, devraient aussi être égales les unes aux autres sans aucune subordination ni sujétion, à moins que leur Seigneur et Maître à toutes n'en établisse une au-dessus des autres par une déclaration manifeste de sa volonté, et

*attentif à satisfaire le désir identique qui se trouve certainement chez les autres hommes puisque nous sommes d'une seule et même nature? Se voir traités à l'encontre de leurs désirs doit certainement les affliger autant que moi, en sorte que si je leur fais du mal, je dois m'attendre à souffrir, puisqu'il n'y a pas de raison que les autres fassent preuve à mon égard d'un amour plus grand que celui que je leur témoigne; mon désir d'être aimé - autant que cela est possible - de ceux qui me sont égaux par leur nature m'impose donc un devoir naturel d'avoir pleinement à leur endroit la même affection. Aucun homme n'ignore que c'est de ce rapport d'égalité entre nous-mêmes et d'autres qui sont comme nous-mêmes, que la raison naturelle a tiré diverses règles et lois pour la conduite de la vie. Eccl. Pol., Lib. 1 »; John LOCKE, *Le second Traité du gouvernement*, Paris, PUF, 1994, c. II, n° 5, p. 5.*

ne lui confère, par une désignation évidente et claire, un droit indubitable à l'empire et à la souveraineté⁴⁷.

Ainsi, chacun, dans l'état de nature, dispose d'une liberté et d'une égalité de droit. Il ajoute à la suite cette formulation lapidaire et explicite affirmant que « [...] dans cet *état d'égalité parfaite*, où il n'existe par nature aucune supériorité ni aucune juridiction d'un homme sur un autre, ce qu'il est permis à un homme de faire en exécution de cette loi, tout homme doit nécessairement avoir le droit de le faire »⁴⁸. Dans ces modèles contractualistes, l'égalité devient la règle, au moins dans l'état de nature, et au même titre que la volonté et la liberté, il s'agit d'un élément primordial permettant l'adhésion au contrat social ou au Léviathan. Pour Hobbes, édifiant ce que C.-B. Macpherson nomme « l'individualisme possessif »⁴⁹, l'essence de l'homme, est d'être « libre, indépendant de la volonté d'autrui, et cette liberté est fonction de ce qu'il possède. Dans cette perspective, la société se réduit à un ensemble d'individus libres et égaux, liés les uns aux autres en tant que propriétaires de leurs capacités et de ce que l'exercice de celles-ci leur a permis d'acquérir »⁵⁰.

Toutefois, il faut apporter immédiatement une nuance à cette perspective hobbesienne. Dans son *Léviathan*, Hobbes présente deux arguments majeurs pour expliciter l'égalité par nature des individus : premièrement, il n'existe pas, selon lui, une inégalité des forces suffisante à fonder un droit à la domination de certains sur d'autres; la différence d'un homme à un autre n'est pas si considérable qu'un homme puisse de ce chef réclamer pour lui-même un avantage auquel un autre ne puisse prétendre aussi bien que lui. En effet, pour ce qui est de la force corporelle, l'homme le plus faible en a assez pour tuer l'homme le plus fort

47. John LOCKE, *Le second Traité du gouvernement*, Paris, PUF, 1994, c. II, n° 14, p. 12.

48. *Id.*

49. Voir Crawford Brough MACPHERSON, *La Théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. M. Fuchs, Paris, 1971, pp. 5-9.

50. *Id.*, p. 13.

soit par machination secrète, soit en s'alliant à d'autres qui courent le même danger que lui »⁵¹. Le second argument porte, quant à lui, sur les facultés de l'esprit. Il affirme :

[...] j'y trouve entre les hommes une égalité plus parfaite encore que leur égalité de forces. Car la prudence n'est que de l'expérience, laquelle, en des intervalles de temps égaux, est également dispensée à tous les hommes pour les choses auxquelles ils s'appliquent également⁵².

51. « La Nature a fait les hommes si égaux pour ce qui est des facultés du corps et de l'esprit que, quoiqu'on puisse trouver parfois un homme manifestement plus fort corporellement, ou d'un esprit plus vif, cependant, tout compte fait, globalement, la différence entre un homme et un homme n'est pas si considérable qu'un homme particulier puisse de là revendiquer pour lui-même un avantage auquel un autre ne puisse prétendre aussi bien que lui. Car, pour ce qui est de la force du corps, le plus faible a assez de force pour tuer le plus fort, soit par une machination secrète, soit en s'unissant à d'autres qui sont menacés du même danger que lui-même. Et encore, pour ce qui est des facultés de l'esprit, sans compter les arts fondés sur des mots, et surtout cette compétence qui consiste à procéder selon des règles générales et infaillibles, appelée science, que très peu possèdent, et seulement sur peu de choses, qui n'est ni une faculté innée née avec nous, ni une faculté acquise en s'occupant de quelque chose d'autre, comme la prudence, je trouve une plus grande égalité entre les hommes que l'égalité de force ».

52. « [...] Ce qui, peut-être, fait que les hommes ne croient pas à une telle égalité, ce n'est que la conception vaniteuse que chacun a de sa propre sagesse, [sagesse] que presque tous les hommes se figurent posséder à un degré plus élevé que le vulgaire, c'est-à-dire tous [les autres] sauf eux-mêmes, et une minorité d'autres qu'ils approuvent, soit à cause de leur renommée, soit parce qu'ils partagent leur opinion. Car telle est la nature des hommes que, quoiqu'ils reconnais-sent que nombreux sont ceux qui ont plus d'esprit [qu'eux-mêmes], qui sont plus éloquents ou plus savants, pourtant ils ne croiront guère que nombreux sont ceux qui sont aussi sages qu'eux-mêmes; car ils voient leur propre esprit de près, et celui des autres hommes de loin. Mais cela prouve que les hommes sont plutôt égaux qu'inégaux sur ce point. Car, ordinairement, il n'existe pas un plus grand signe de la distribution égale de quelque chose que le fait que chaque homme soit satisfait de son lot. De cette égalité de capacité résulte une égalité d'espoir d'atteindre nos fins. Et c'est pourquoi si deux hommes désirent la même chose, dont ils ne peuvent cependant jouir tous les deux, ils deviennent ennemis; et, pour atteindre leur but (principalement leur propre conservation, et quelquefois le seul

Dans une pointe de dérision, il ajoute même qu'un signe évident que la prudence, condition idoine de l'art de gouverner, est également partagée par tous est que chaque individu s'attribue à lui-même une plus grande part de prudence qu'aux autres hommes. Or, selon lui, « il n'y a pas de meilleur signe d'une distribution égale de quoi que ce soit, que le fait que chacun soit insatisfait de sa part »⁵³. La pensée de Hobbes, si elle constate l'égalité naturelle, constitue également une forte critique de la revendication républicaine d'une répartition égalitaire du pouvoir à partir d'une philosophie qui met paradoxalement l'accent sur l'égalité naturelle des individus. Si l'égalité peut difficilement s'incarner ainsi dans le rapport au politique, est-il possible de la consacrer juridiquement?

Ainsi, un juriste janséniste comme Domat, dont l'œuvre marqua si profondément les codificateurs civilistes, n'hésitait pas, dans un même mouvement, à déclarer tous les hommes égaux⁵⁴ mais également à construire juridiquement les inégalités juridiques comme conformes à la loi divine. Pour lui « [t]ous les hommes étant égaux par nature, c'est-à-dire par l'humanité qui fait leur essence, elle n'en rend aucun dépendant des autres »⁵⁵. Dans le même temps où l'égalité devient un droit naturel, l'affirmation de la valeur égalité, comme bien auquel les hommes adhèrent volontairement se fait plus prégnante. Toutefois, l'amour de l'égalité, l'adhésion forcenée à ce bien va engendrer sa propre antinomie, l'égalité comme valeur engendrant l'inégalité dans les droits voire dans les faits.

plaisir qu'ils savourent), ils s'efforcent de se détruire ou de subjuguer l'un l'autre »; *Id.*

53. *Id.*

54. « Cette nécessité d'un gouvernement sur les hommes que leur nature rend tous égaux et qui ne sont distingués les uns des autres que par leurs différences que Dieu met entre eux par leurs conditions et par leurs professions, fait voir que c'est de son ordre que dépend le gouvernement (...) »; Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e partie, Le Droit Public, Paris 1756, L.I, T.I, S.I, 5, p. 6.

55. *Id.*, L.I, T.I, préambule, p. 5.

Hobbes était déjà conscient de ce moment critique. Pour lui, l'égalité primitive crée elle-même une situation insupportable. L'égalité des aptitudes engendre la rivalité, l'égalité dans la capacité de nuire crée une insécurité permanente et la prétention des individus à la supériorité de jugement, emporte que chacun ne peut recevoir une égale reconnaissance, cultivant alors la déception. L'égalité naturelle produirait ainsi la discorde, la rancœur et l'insécurité. Toutefois, et il s'agit d'une partie de la martingale hobessienne, la création du Léviathan, de l'État, est l'œuvre conjointe de tous les individus égaux ce qui confère d'emblée au nouvel ordre juridique créé une doxa, une ligne force qui est d'assurer la même part de sécurité pour chacun, soit une égale sécurité. Le travestissement - progressif - de l'égalité naturelle à la valeur égalité, puis à l'affirmation d'un droit à l'égalité dans les sociétés dites moderne constitue l'héritage de cette ambiguïté originelle. Les déclarations des droits, en souhaitant affirmer l'égalité de droit, l'égalité en droit, montreront, par l'évanescence des conséquences pratiques de ceux-ci, les limites de cet exercice⁵⁶.

B/ L'égalité des chances ou le retour de la liberté

Affirmer, dans son article 1^{er}, que tout homme naît libre et égal en droit à l'instar de la Déclaration française de 1789, exprime deux choses : en premier lieu, le désir collectif des français de cette époque – du moins les élites imprégnées des œuvres de Rousseau – d'adhérer à la valeur égalité, en faire un bien premier au même niveau que la liberté. En second lieu, le fait de ne pas faire suivre cette affirmation de la valeur-égalité des extensions juridiques, des droits rendant un droit à l'égalité effectif, annihile dans le même temps tous les espoirs mis dans cette symbolique.

Certes, quelques pas positifs sont faits, dont l'égal accès à l'éducation par exemple, mais l'esclavage, la condition de l'ouvrier

56. Voir Frédéric ROUVILLOIS, *Les Déclarations des droits de l'Homme*, coll. Champs classiques, Paris, Flammarion, 2009, p. 12.

face au patron, le statut de la femme mariée éclipsera longtemps l'espoir mis dans cette valeur. En fait, seuls les systèmes juridiques modernes parviendront à traduire cette égalité en droit en un certain degré d'égalité sociale, par l'accès de droit au système de santé, l'accès de masse au système éducatif... Outre cette difficile détermination de l'égalité permettant de transformer l'égalité en droit en égalité juridique, la valeur égalité a connu une histoire sombre, dont Hanna Arendt s'est largement faite l'écho au XXe siècle, confrontée au développement des totalitarismes prônant l'égalité absolue, coercitive. Contrairement à la liberté individuelle, dont l'excès n'est caractérisé que lorsqu'elle attend celle des autres, l'égalité peut donc connaître dans son aspiration collective exacerbée un effet destructeur certain, ce qui explique peut-être les réactions fortes à l'idée de son affirmation en tant que valeur primordiale. Une des analyses les plus importantes, les plus troublantes d'Hanna Arendt vise la complexité des droits de l'homme et l'utilisation perverse que peuvent en faire les systèmes totalitaires ou les systèmes politiques en général. Les proclamations des droits furent conçues comme un instrument de protection des individus face à l'État, face au monde nouveau pour des hommes qui ne pouvaient – voulaient? – plus se dire égaux devant Dieu. Pour ce faire, dit Arendt, le discours des droits de l'homme confère à celui-ci « l'abstraite nudité de celui qui n'est plus rien qu'homme »⁵⁷, le prive de son identité, de son histoire, de sa culture qui le fait différent.

57. L'œuvre d'Hanna Arendt s'attache à l'analyse des systèmes totalitaires. Dans sa perspective, le totalitarisme accomplit une atomisation du social. Le totalitarisme vise à un rapport direct des individus avec l'État en supprimant les corps intermédiaires chers à Montesquieu. Le système totalitaire vise à réaliser le projet à l'origine démocratique d'égalisation des conditions, affirmant un seul statut juridique, estimant que les individus sont tous égaux en droits et devoirs jusqu'à priver cette égalité de toute substance, car elle ne peut être désirable que si l'inégalité existe. Ainsi, les populations d'Europe de l'Est rejetèrent comme un seul homme la valeur-égalité à la chute du Mur de Berlin, car le désir n'était plus là, la liberté, la soif de consommation s'étant substituées à l'illusion de l'égalité collectiviste. Hanna ARENDT, *Les origines du totalitarisme*, tome 2, *L'Impérialisme*, trad. Martine Leiris, coll. Poche, Paris, Seuil, 2005, p. 167.

Il ne fait aucun doute que partout où la vie publique et sa loi d'égalité seront complètement victorieuses partout où une civilisation parviendra à éliminer ou à réduire à son degré minimal l'arrière plan obscur de la différence, elles finiront par se pétrifier et être punies, si l'on peut dire, pour avoir oublié que l'homme n'est que le maître et non le créateur du monde⁵⁸.

Peut-on dire ainsi que de vouloir à toute force affirmer la prééminence de l'égalité face à la liberté de religion, ou du moins face à une tradition qui se réclame de celle-ci, serait faire le lit du totalitarisme au sein même « d'une société libre et démocratique »? Ce serait à notre sens procéder à une interprétation abusive de cette idée. Que nous dit Arendt? Qu'il faut, dans le jeu des valeurs, une pondération qui doit faire désirer l'égalité à l'aune des autres désirs collectifs. Cette pondération de valeurs, ou de droits, est familière aux juristes et aux juges, et s'il y a bien une hiérarchie des désirs, des valeurs, chaque valeur, même traduite en norme, trouve sa limite dans le réseau complexe des autres valeurs.

Robert Nozick adopte une posture similaire dans son analyse de l'égalité. Il avance que « la conception de la justice fondée sur les droits de possession ne donne aucune présomption en faveur de l'égalité, ni de tout autre modèle d'ensemble ou d'état final. On ne saurait simplement supposer que l'égalité doive être intégrée à toute théorie de la justice »⁵⁹. Celui-ci dénonce le fait qu'il manque d'arguments en faveur de l'égalité « capables de se mesurer aux considérations qui sous-tendent une conception de la justice non global et non organisée en matière de propriété »⁶⁰. Ainsi, à la première section du chapitre « Égalité, envie, exploitation, etc. » de son ouvrage *Anarchie, État et Utopie*, Robert Nozick analyse l'argumentation de Bernard Williams dans son

58. *Id.*, p. 291.

59. Robert NOZICK, *Anarchie, État et utopie*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 2008, à la p. 287.

60. *Id.*

essai « The Idea of Equality »⁶¹. Selon ce dernier, parmi les différentes descriptions s'appliquant à une activité, s'il « en est une qui contienne « un but interne » de l'activité, alors (et ceci est une vérité nécessaire) les seuls véritables motifs de l'accomplissement de cette activité, ou de sa distribution si elle est rare, sont liés à la réussite effective du but interne. Si l'activité s'applique aux autres, le seul critère adéquat pour la distribution de l'activité réside dans le fait qu'ils en ont besoin, s'ils en ont besoin »⁶². Il convient toutefois de se demander pourquoi le but interne de l'activité doit-il passer avant le but, voire la motivation, de l'individu⁶³? En analysant l'argumentation de Williams, c'est avec facilité que l'on découvre l'idée selon laquelle la société, à savoir chacun d'entre nous agissant ensemble d'une façon organisée, « devrait répondre aux besoins importants de tous ces membres »⁶⁴. Toutefois, il semblerait que Williams ne se préoccupe que des questions de distribution, au détriment de la question de la provenance des choses devant être données et distribuées. Il ne prend donc pas en considération la question « de savoir si [les choses ou les actions] sont déjà liées aux gens qui sont habilités à les recevoir [...], gens qui sont donc en mesure de décider par eux-mêmes à qui ils donneront ces choses et pour quelles raisons »⁶⁵.

Nozick aborde ensuite la question de l'égalité des chances, à savoir la notion que plusieurs auteurs considèrent être le but égalitaire minimal, ne pouvant être remis en question que lorsqu'elle est trop faible. Cette égalité pourrait être maintenue de deux manières : « en dégradant directement la situation de ceux qui sont le plus favorisés par la chance ou en améliorant la situation des moins favorisés »⁶⁶. Ceci entraîne toutefois un

61. Bernard WILLIAMS, "The idea of equity", *Philosophy, politics and society*, 2e série, Blackwell, Peter Laslett et W.G. Runcinam, éd., Oxford, 1962.

62. Robert NOZICK, préc., note 59, p. 288.

63. Nozick, afin d'illustrer son questionnement, utilise l'exemple d'un coiffeur : « Si quelqu'un devient coiffeur parce qu'il aime parler à nombre de gens différents, est-il injuste de sa part de distribuer ses services à ceux auxquels il préfère parler? », voir *id.*

64. *Id.*, p. 289.

65. *Id.*

66. *Id.*, p. 290.

problème non négligeable, à savoir que les biens (ou « avoirs », pour reprendre les termes de l'auteur) des plus favorisés ne peuvent être saisis, même dans le but d'assurer une égalité « minimale » à d'autres. Afin d'illustrer le thème de l'égalité des chances, il est possible de visualiser la situation comme une course couronnée d'un prix :

Une course dans laquelle certains sont partis plus proches de la ligne d'arrivée que d'autres serait injuste, comme le serait une course dans laquelle certains seraient forcés de porter des poids élevés sur le dos, ou de courir avec du gravier dans leurs chaussures de sport. Mais la vie n'est pas une course dans laquelle nous sommes tous en compétition en vue d'un prix établi auparavant par quelqu'un; [...] il existe différentes personnes donnant à d'autres personnes des choses différentes. Ceux qui donnent (chacun d'entre nous, à son tour) ne se préoccupent en général pas des mérites ni des handicaps subis par les autres; ils se soucient tout simplement de ce qu'ils obtiennent⁶⁷.

En d'autres termes, il n'y a aucun procédé centralisé pouvant juger de ce que font les gens des chances qui leur sont offertes, car il ne s'agit pas de l'objectif des processus de coopération et d'échanges sociaux.

Le processus de coopération et d'échanges sociaux est compétitif :

Si la personne possédant davantage de possibilités [qu'une autre à satisfaire à la condition proposée par le cédant] n'existait pas, le cédant pourrait traiter avec quelque personne ayant moins de possibilités qui serait alors, dans les circonstances, la meilleure personne avec qui traiter. Ceci diffère d'une situation dans laquelle des êtres non liés mais semblables, vivant sur des planètes différentes, font face à certaines difficultés et ont différentes possibilités d'atteindre leurs différents buts. En

67. *Id.*

l'occurrence, la situation de l'un n'affecte *absolument pas* celle d'un autre; certes, il vaudrait mieux que la planète la pire fût mieux dotée qu'elle ne l'est, cela ne serait pas *plus juste*⁶⁸.

À noter qu'il en est de même de la situation où une personne ne choisit pas d'améliorer la situation d'une autre personne, bien qu'elle le puisse. Nozick approche la question d'un autre angle tout aussi intéressant et propose que l'individu possédant de meilleures possibilités puisse être considéré comme quelqu'un bloquant ou empêchant

[...] la personne ayant des possibilités moindres de devenir plus à l'aise. [...] Une personne ayant moins de chances de réussite ne peut-elle légitimement se plaindre de ce qu'elle est empêchée par une autre qui ne *mérite pas* cette plus grande possibilité de satisfaire certaines conditions?⁶⁹

Comme le rappelle l'auteur, « personne n'a droit à quelque chose dont la réalisation requiert certaines utilisations de choses et certaines activités sur lesquelles d'autres gens ont des droits et des titres (*entitlements*) »⁷⁰. Il existe ainsi deux types de droits particuliers : « certains portent sur des choses particulières détenues par des particuliers et d'autres permettent de parvenir à des accords avec d'autres, s'il est possible d'acquérir avec eux les moyens de trouver un accord. Toutefois, aucun droit n'existe en conflit avec cette « infrastructure de droits particuliers ». À contre courant de cette vision, la doctrine des droits fondamentaux et de la lutte pour les droits civiques s'attachera à faire de l'égalité une vertu primordiale, comme le fait Dworkin dans l'un de ses derniers ouvrages *Une vertu souveraine*.

68. *Id.*, p. 291.

69. *Id.*, p. 292.

70. *Id.*, p. 293.

II. Au cœur de la démotique moderne : l'égalité, une valeur Souveraine?

Sous la plume des plus illustres auteurs, l'égalité figure, à l'instar de la liberté, comme une valeur supérieure aux autres, non pas forcément par sa place dans la hiérarchie des valeurs mais par son antériorité au système sociétal lui-même. L'homme de l'état de nature comme celui de la position originelle de Rawls ne peut être envisagée que comme l'égal des autres hommes. Toute théorie édifiée sur une base contractualiste ne peut qu'aspérer à la réalisation à la fois d'une liberté et d'une égalité aussi parfaites que possibles des contractants, condition *sine qua none* d'un consentement non vicié. Selon nous, l'égalité constitue une valeur que l'on pourrait qualifier de « valeur-système », c'est-à-dire qu'elle oblige à la concrétisation d'un certain nombre de normes qui la rendent effective et qui permettent la pérennité de l'adhésion des individus à cette valeur. Dworkin fait du droit un système de règles et de principe, donnant au juge Hercule la charge de découvrir la solution juridique à l'aide de ces deux outils. Il estime qu'il y a une « right answer » à chaque controverse juridique, et qu'il revient au juge de la dégager. Dans son action politique et son œuvre doctrinale, il met en avant - notamment dans *Taking Rights Seriously* - l'importance de la prise en compte des droits fondamentaux, la notion de *dignité* constituant un concept cardinal de la pratique juridique. Celui-ci devrait notamment guider l'appréciation qu'ont les praticiens d'autres concepts majeurs de la science juridique tels la *liberté* ou *l'égalité*.

A/ Le primat de l'égalité?

Dans *La vertu souveraine*, Ronald Dworkin consacre donc principalement son étude au concept d'égalité qui, selon lui « fait figure d'espèce menacée »⁷¹. Il n'hésite d'ailleurs pas à la qualifier de « vertu suprême de toute communauté politique », car « sans elle, le gouvernement n'est qu'une tyrannie »⁷². Il cherche donc à

71. Ronald DWORKIN, *La Vertu Souveraine*, trad. par J.F. Spitz, Harvard University Press (2002), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 43.

72. *Id.*

déterminer la place qu'il conviendrait de lui accorder au sein des systèmes juridiques contemporains, notamment au regard de la confrontation classique à la liberté. La pensée commune est généralement de faire une analyse dichotomique des deux valeurs, la pleine application de l'une entraînant nécessairement un amoindrissement de l'autre⁷³.

Le primat de l'égalité pose de plus la question des rapports entre conception individuelle des droits et conception collective. Selon Dworkin il existe deux types d'obligations morales pour l'homme. La première, l'obligation de type « opératoire » représente l'idée de traiter correctement et également avec autrui. La deuxième, l'obligation « positive », est plutôt liée aux vues subjectives de l'être humain quant à la finalité de l'existence. Autrement dit ce que la vie idéale représente pour chaque être humain. Dans cette perspective, la société libérale selon Dworkin devrait s'abstenir d'adopter une position partisane sur la finalité de l'existence, au contraire, la société est plutôt unie autour d'une puissante obligation opératoire ce qui permet de conserver une égalité de traitement entre tous⁷⁴. Lorsqu'il est question de

73. Sur la hiérarchisation des valeurs voir Jean Marc FERRY, *Valeurs et normes*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002; il y a affirmé notamment que « la raison pratique attachée aux normes, c'est-à-dire la rationalité procéduralement requise, d'un point de vue moral, à l'adoption de normes se révèle largement indépendante de la raison pratique attachée aux valeurs, c'est-à-dire de la rationalité procéduralement requise, d'un point de vue moral, à la hiérarchisation des valeurs », mais également que : « certaines valeurs (...) peuvent avoir une puissance régulatrice qui leur confère objectivement un statut à part, même si, subjectivement, elles en sont pas placées au premier rang de ce qui vaut moralement »; *Id.*, p. 49.

74. Cette doctrine est d'autant plus importante dans un contexte où la diversité des sociétés modernes menace le projet commun. En effet, en ne demeurant pas neutre, l'État pourrait imposer une conception à certaines personnes : une attitude qui irait contre l'égalité de traitement des citoyens. Avec l'adoption de cette conception, il devient évident qu'une revendication de type collective, par exemple, si un groupe souhaitait adopter et se faire reconnaître une vision autre de la finalité de l'existence, cette reconnaissance irait à l'encontre du projet sociétal plus important. Bien qu'il s'agisse là d'une tradition née du creuset

revendiquer des droits de nature collective dans un univers où la primauté de droits individuels est la norme, un hiatus apparaît au regard de la doctrine des théoriciens d'une politique libérale individualiste. Il est difficile alors pour le groupe, sur ce fondement, de se faire attribuer une protection différenciée de leurs droits et privilèges au sein de la société. Cette argumentation s'édifie autour d'une révision du concept d'égalité tel que perçu par la théorie libérale individualiste - par exemple rawlsienne - pour prendre en compte les circonstances liées à l'historique particulier de chaque revendication égalitaire. Les groupes minoritaires recherchent donc une autre forme d'égalité : réelle plutôt que formelle⁷⁵.

1) L'égalité, une vertu souveraine selon Dworkin

Dworkin donne le primat à l'égalité en raison de son caractère fondamental - de « vertu souveraine » - mais également en raison du fait que la liberté s'inscrit nécessairement au sein d'un système juridique par le biais d'une conception égalitaire du droit. En quelque sorte, une société égalitaire génère

américain, elle a été popularisée au Canada et ailleurs, où la tradition démocratique est centrée sur la protection de droits individuels.

75. Autrement dit, l'un des postulats de la théorie libérale individualiste implique l'égalité de tous les citoyens. Hors, dans un contexte donné, ce postulat crée des inégalités réelles, et parfois, nécessite une intervention de l'État ou une protection particulière pour rétablir l'égalité réelle entre tous les individus. Cette critique s'apparente à la critique menée contre la théorie habermassienne du droit, laquelle négligerait l'égalité réelle dans le processus discursif. L'égalité réelle est l'idée de traiter également les égaux et inégalement les inégaux (ce que revendique Charles Taylor). L'égalité formelle est l'idée de traiter tout le monde de la même façon (ce que revendique Ronald Dworkin). Comme l'exprime Taylor dans une perspective connexe : « Il existe une politique de respect égal, enchâssée dans un libéralisme des droits, qui est inhospitalière à la différence, parce qu'elle repose sur une application uniforme des règles qui définissent ces droits, sans exception, et parce qu'elle est très méfiante envers les desseins collectifs [...] je la qualifie d'« inhospitalière à la différence » parce qu'elle ne peut accepter ce à quoi les membres des sociétés distinctes aspirent réellement, et qui est la survivance »; Charles TAYLOR, *Multiculturalisme, Différences et Démocratie*, Paris, Flammarion, 2004, p. 83.

naturellement une liberté alors que l'inverse ne serait pas vrai. Il affirme ainsi qu'

[o]n peut entretenir l'espoir de parvenir à formuler une théorie plausible de l'ensemble des valeurs politiques essentielles c'est-à-dire, la démocratie, la liberté, la société civile, mais aussi l'égalité qui montrerait que chacune d'entre elles est issue de toutes les autres et se reflète en elles; cette analyse viserait à concevoir par exemple que l'égalité est non seulement compatible avec la liberté mais aussi qu'elle constitue une valeur que ne peut manquer de chérir tout homme qui chérit la liberté. Mieux encore, nous pouvons entretenir l'espoir de formuler une théorie de l'ensemble de ces valeurs qui montrerait que celles-ci ne sont que le reflet d'engagements plus fondamentaux encore, portant sur la valeur de la vie humaine et sur la responsabilité qui incombe à chacun de réaliser cette valeur dans sa propre existence⁷⁶.

Il pose sa propre définition de l'égalité, qui sert de colonne vertébrale à sa réflexion. Pour lui, le véritable problème qui se pose ne porte pas sur la définition intrinsèque de la notion d'égalité, mais bien sur les différentes conceptions qui s'y arriment et brouillent l'entendement. Un peu à la manière de Bobbio lorsqu'il analyse les différentes conceptions du droit naturel et du positivisme, Dworkin affirme qu'

[...] il nous incombe (...) de distinguer les différentes conceptions de l'égalité afin de déterminer, quelle est, parmi toutes ces conceptions, la conception ou la combinaison de conceptions qui énonce un idéal politique séduisant, à supposer qu'il y en ait une qui en soit capable⁷⁷.

Il distingue alors deux types d'égalité, l'égalité de bien-être et l'égalité de ressources. Il vise d'abord l'égalité distributionnelle, dont l'égalité de bien-être et de ressources forment les deux

76. Ronald DWORKIN, préc., note 71, p. 48.

77. *Id.*, p. 53.

archétypes. À cette occasion, Dworkin apparaît presque comme un moraliste lorsqu'il fustige la conception traditionnelle d'une vie réussie basée sur une réussite matérielle ostentatoire, « [a]ucune conception de la vie bonne, ne saurait » selon lui « s'approcher plus près que celle-ci de l'absurdité pure et simple »⁷⁸. L'égalité de bien être se définit comme une conception de l'égalité qui se propose de rendre les individus égaux du point de vue de ce qui est fondamentalement important aux yeux de tous. En effet, une forme de consensus se forme autour de la notion de bien être, considérée comme ce qui importe réellement aux individus, bien davantage que de simples considérations matérielles:

Les individus accordent ainsi des valeurs différentes à la réussite relative (...). La puissance de séduction fondamentale et immédiate de l'égalité de bien-être sous la forme abstraite où je l'ai formulée au début, réside dans l'idée que le bien être est ce qui importe réellement aux yeux des individus, à la différence de l'argent, et des autres biens qui ne comptent à leurs yeux que de manière instrumentale et seulement dans la mesure où ils ont une utilité dans la production du bien être⁷⁹.

Celle-ci « rend les gens égaux dans tout ce qu'ils valorisent tous de manière égale et essentielle lorsque la situation ou le contexte dans lequel eux-mêmes sont placés est en cause »⁸⁰. À l'intérieur de l'égalité de bien-être, on peut distinguer selon la nature même du bien être, entre égalité de réussite⁸¹ et égalité de

78. *Id.*, p. 201.

79. *Id.*, p. 82.

80. *Id.*, p. 83.

81. Au sein même de cette catégorie d'égalité de réussite, deux courants s'opposent : l'égalité de réussite globale, et l'égalité de réussite relative. La théorie de l'égalité de réussite relative débouche cependant sur une impasse quant à l'évaluation du bien-être des individus, du fait de la diversité des conceptions de cette même réussite qu'ils peuvent avoir. Il convient donc de se tourner vers la réussite globale, afin de déterminer si celle-ci constituerait un meilleur outil à cet égard. Elle désigne une « égalité dans la réussite telle que les individus en jugent eux-mêmes, c'est-à-dire du point de vue de leurs croyances philosophiques respectives, qui peuvent fort bien être différentes les unes des autres »;

jouissance⁸². Le caractère subjectif qui s'attache à ces différentes conceptions constitue toutefois un obstacle de taille pour l'analyste qui tente de mesurer de façon satisfaisante une hypothétique égalité de bien être entre les individus. Dworkin est alors contraint de se tourner vers des théories objectivistes du bien-être⁸³, qui ne se révèlent pas davantage satisfaisantes⁸⁴. Il est donc nécessaire de s'orienter vers une autre conception de l'égalité, l'égalité de ressources⁸⁵. Dworkin s'interroge alors sur l'hypothèse d'un système théorique au sein duquel une égalité des ressources entre les membres de ce système serait garantie. La difficulté de mise en place de celui-ci apparaît à l'évocation même de la définition de la notion d'égalité des ressources, tant les sociétés contemporaines semblent aujourd'hui loin de satisfaire à cette exigence. Selon lui, l'égalité des ressources consiste en

[...] une égalité de toutes les ressources, quelle qu'en soit la nature, qui sont possédées par les individus de manière privative. (...) Pour être complète, une théorie de l'égalité doit donc trouver un moyen d'intégrer en un seul ensemble ressources privées et pouvoir politique⁸⁶.

L'auteur américain pose alors comme clé de voûte de son hypothèse la notion de marché, prenant appui sur l'image de marché des biens.

Ronald DWORKIN, préc., note 71, p. 84. Il souligne à cet égard qu'il est difficile alors de dégager « un critère de la réussite globale ou une manière de cette dernière qui soit à la fois pertinents et indépendants de tout postulat préalable quant à l'égalité de répartition »; *Id.*, p. 98.

82. L'égalité de jouissance ne semble pas davantage satisfaisante aux yeux de Dworkin. En effet, elle implique de postuler sur ce à quoi les individus devraient accorder de l'importance dans l'absolu, et non ce à quoi ils en accordent concrètement, ce qui est « incompatible avec l'énoncé même et la justification de l'idée d'égalité de jouissance »; *Id.*, p. 105.

83. *Id.*

84. Les arguments que j'ai présentés ne réfutent pas la notion d'égalité de bien être lorsque celle-ci est considérée comme une théorie portant sur la manière de traiter les individus comme des égaux. Toutefois (...), la thèse de l'égalité comme égalité de bien être est plus faible que nous ne l'avions initialement pensée; *Id.*, p. 134.

85. *Id.*

86. *Id.*, p. 135.

Il convient de placer la notion de marché économique, compris comme procédure de fixation des prix pour un vaste ensemble de biens et de services, au cœur de n'importe quelle analyse théorique de l'égalité des ressources qui se voudrait attractive⁸⁷.

Se rattachant aux perspectives procédurales, Dworkin fige un marché où seront mises aux enchères des ressources entre des individus qui y auront accès sur un pied d'égalité⁸⁸.

[D]ans l'égalité de ressources, les gens décident quel genre de vie ils veulent mener sur fond d'information portant sur les coûts réels que leurs propres choix imposent aux autres, et par conséquent sur la quantité totale de ressources susceptibles d'être utilisées. Avec la notion d'égalité des ressources, les informations qui, dans l'égalité de bien-être, n'étaient dévoilées qu'au niveau indépendant de la politique, sont désormais pertinentes au niveau des choix individuels⁸⁹.

L'égalité de ressources vise ainsi une responsabilisation des individus qui composent la société au sein de laquelle elle aurait vocation à s'appliquer. Toutefois, Dworkin est conscient qu'une telle situation ne peut s'avérer qu'hypothétique. Il faut alors la confortée par d'autres mécanismes à même de compenser les inégalités inhérentes à la nature humaine. Il propose à cet égard un système d'assurances qui constitue « un guide contrefactuel grâce auquel l'égalité des ressources est en mesure d'affronter dans le monde réel les problèmes posés par les handicaps »⁹⁰. Cette logique s'oppose pour partie à l'égalité de bien être dans la mesure où

[...] rien, dans l'idée d'une vente aux enchères initiale égalitaire suivie par un processus d'échange et de production limité par une structure fiscale reproduisant

87. Ronald DWORKIN, préc., note 71, p.137.

88. *Id.*, p. 143.

89. *Id.*, p. 142.

90. *Id.*, p. 154.

un marché hypothétique des assurances, ne vise à l'égalité de bien être, qu'elle qu'en soit l'acceptation de ce concept; il n'y a rien non plus, qui, dans notre conception, ait la moindre chance de converger avec l'égalité de bien être. Dans notre théorie, telle que nous l'avons développée jusqu'à présent, il n'y a donc aucune place ne serait-ce que pour des comparaisons interpersonnelles en termes de bien être⁹¹.

On aboutit donc à une vision dichotomique des deux égalités, répondant chacune de manière imparfaite à l'inégalité sociale. Toutefois, s'il relève que l'égalité de bien-être et de ressources sont des objectifs nécessaires, il cherche à résoudre la problématique en envisageant le principe d'égalité non pas sous l'angle du bien être des individus, mais sous l'angle des ressources dont ils disposent. La liberté se définit selon lui comme « ce que l'on appelle parfois liberté négative; c'est-à-dire le fait d'être libre de toute contrainte par la loi et non la liberté ou le pouvoir d'une manière générale »⁹². Il précise également s'intéresser uniquement au rapport entre liberté et égalité distributionnelle, et non à la liberté en général. Le renversement de paradigme visé par Dworkin est alors posé de manière formelle

[...] si nous acceptons de considérer l'égalité des ressources comme la meilleure interprétation de l'égalité distributionnelle, la liberté devient alors un aspect de l'égalité et non pas, comme on le pense souvent, un idéal politique indépendant et qui entre potentiellement en conflit avec l'égalité elle-même⁹³.

Il cherche donc à hiérarchiser les deux valeurs fondamentales des démocraties contemporaines, en appréhendant l'une d'entre elles comme un élément intrinsèque et essentiel à l'autre, et non pas comme une valeur nécessairement distincte et donc potentiellement en conflit. Cette perspective est évidemment induite par la conception de départ de l'analyste. C'est la

91. *Id.*, p. 205.

92. *Id.*, p. 218.

93. *Id.*, p. 220.

conception de l'égalité et de la liberté qu'a Ronald Dworkin qui permet cette éventuelle conciliation. Puisqu'il retient la conception de l'égalité comme égalité des ressources, il soutient que, grâce à celle-ci, il est possible d'éviter les ornières engendrées par les conceptions « conflictuelles » ces deux valeurs fondamentales.

Dans l'optique de l'égalité des ressources, en effet, les droits à la liberté que nous considérons comme fondamentaux sont une partie ou un aspect de l'égalité distributionnelle, et par conséquent, ils sont automatiquement protégés lorsque l'égalité est réalisée. La priorité de la liberté est garantie, non pas aux dépens d l'égalité mais en son nom. [...] les droits essentiels dans toute conception adéquate de la liberté se voient assigner, dans le contexte de l'égalité des ressources, une place si fondamentale qu'il est impossible de voir surgir, dans le cadre de l'égalité des ressources, le moindre conflit entre ces droits et cette conception de l'égalité distributionnelle⁹⁴.

Il étaye alors sa réflexion très théorique par une analyse des sociétés contemporaines, notamment les systèmes juridiques britanniques et américains, la problématique de l'accès aux soins et de l'efficacité des systèmes de santé formant un fil rouge de son propos. Ainsi, selon lui

[...] il est impossible que l'égalité et la liberté entrent en conflit comme s'il s'agissait de deux vertus politiques distinctes et toutes deux fondamentales, parce qu'il n'est même pas possible de définir l'égalité sans postuler l'existence préalable de la liberté, et parce qu'il n'est pas possible d'accroître l'égalité, même dans le monde réel, en recourant à une politique qui compromettrait la valeur de la liberté⁹⁵.

94. *Id.*, p. 239.

95. *Id.*, p. 313

2) L'égalité renégociée à l'aune de la liberté

Au contraire, Rawls semble poser la liberté comme principe premier, même s'il vise l'équité comme objectif⁹⁶. Aussi bien dans la *Théorie de la Justice* que dans *La justice comme équité*, celui-ci considère que les principes de justice émergent d'un consensus unanime dans la position originelle⁹⁷. Comme le rappelle le prix nobel d'économie, Amartya Sen, les principes rawlsiens envisagent la liberté comme priorité, notamment dans le premier principe : « [...] la liberté maximale de chacun, sous condition d'une liberté semblable pour tous, passe avant toute autre considération, dont celle de l'équité économique et sociale »⁹⁸. Rawls met essentiellement de l'avant deux prémisses : la première est de nature individualiste et veut que l'individu soit un être autonome. Dans cette perspective, l'individu représente une fin en soi et la seule source valide de revendications à caractère moral. La seconde est de nature égalitaire : elle estime que tous les individus ont un statut moral d'égale valeur⁹⁹. Plusieurs conséquences découlent de ces deux éléments¹⁰⁰ mais Rawls vise essentiellement la primauté des droits individuels sans ingérence de l'État. En effet, celui-ci

96. Rawls attire également l'attention sur la présence, chez les êtres humains, de « facultés morales [liées à leur] capacité à acquérir un sens de la justice [et] une conception du bien », en plus de faire la distinction entre le « rationnel » et le « raisonnable »: Amartya SEN, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010 à la p. 93.

97. Rappelons que dans leur première formulation, ces deux principes s'énoncent de la manière suivante : « 1° Chaque personne a un droit égal à un système pleinement adéquat de libertés de base égales pour tous, qui soit compatible avec un même système de libertés pour tous. 2° Les inégalités sociales et économiques doivent satisfaire à deux conditions : a) elles doivent d'abord être attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, dans des conditions de juste (*fair*) égalité des chances; et b) elles doivent procurer le plus grand bénéfice aux membres les plus désavantagés de la société »; John Rawls, *Théorie de la justice*, 1^{ère} éd., 1971, trad.. fr. de Catherine Audard, Paris, Éditions du Seuil, 1987, à la p. 347.

98. Amartya SEN, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010, pp. 89-90.

99. John RAWLS, *Théorie de la Justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987.

100. Voir notamment Dimitrios KARMIS, « Cultures autochtones et libéralisme au Canada : les vertus médiatrices du communautarisme libéral de Charles Taylor » (1993) 26 C.J.P.S. 69.

doit demeurer neutre dans l'attribution de droits particuliers octroyés à certains groupes. Ainsi, une liberté personnelle est préférée aux exigences du second principe portant sur l'égalité de certaines possibilités générales, ainsi que sur l'équité dans la répartition des ressources d'ordre général¹⁰¹. Cette hiérarchisation est introduite à titre incitatif par Rawls¹⁰², ce qui vaut à sa théorie certaines critiques. Ainsi, G. A. Cohen, dans « Rescuing Justice and Equality »¹⁰³, avance que « l'intégration de l'inégalité pour des raisons d'incitation limite la portée de la théorie rawlsienne de la justice. [...] Une société se présentant comme parfaitement juste ne devrait pas s'embarrasser d'une inégalité fondée sur les incitations »¹⁰⁴. Rawls donne à la liberté un rôle prééminent : en plus de la considérer parmi les « biens primaires », celle-ci

101. « On ne peut violer les libertés dont tous peuvent jouir sous prétexte que cela permettrait [...] d'accroître la richesse ou le revenu, ou encore de mieux répartir les ressources économiques dans la population »; *Id.*, p. 90.

102. La thèse générale de Rawls est - selon Sen - que la liberté ne peut pas être réduite à un moyen qui complète d'autres moyens. Le second principe, quant à lui, règle d'autres problèmes de choix institutionnels. Dans sa première partie (2^aa), un impératif institutionnel est établi : « garantir que les positions et fonctions publiques soient ouvertes à tous, sans exclure ou défavoriser quiconque » (*Id.*, à la page 90). La seconde partie (2^ab) du principe, quant à elle, porte autant sur l'équité distributive que sur l'efficacité globale, en plus de prévoir de favoriser le plus possible les plus désavantagés de la société. Pour Rawls, les « biens premiers » (ou biens primaires), à savoir « les droits, les libertés et les possibilités offertes à l'individu, les revenus et la richesse, [ainsi que les bases sociales du] respect de soi-même » (*id.* à la page 93) constituent des moyens généraux permettant d'atteindre une série de finalités. Sen soulève alors, au sujet de la théorie de Rawls de la répartition, que : « [...] les différences de capacité productive sont [...] reconnues indirectement, à travers leur rôle dans les progrès de l'efficacité et de l'équité : les inégalités qui leur sont liées sont autorisées et justifiées [...] si elles aident les plus désavantagés à améliorer leur sort, notamment par le jeu des incitations »; Amartya SEN, préc., note 98, p. 90.

103. Gerald Allan COHEN, *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2008. Pour une synthèse de ces réflexions, voir G. A. Cohen et Michael Otsuka, *On the Currency of Egalitarian Justice, and Other Essays in Political Philosophy*, Princeton University Press, 2011, p. 236-261.

104. Amartya SEN, préc., note 98, p. 92.

intervient « à la fois dans la dimension personnelle, touchant aux aspects les plus intimes de la vie individuelle, mais aussi comme moyen élémentaire, par exemple sous la forme de la liberté d'expression, pour exercer le raisonnement public qui compte tellement dans l'évaluation sociale »¹⁰⁵.

[E]n se concentrant sur les biens premiers [...], Rawls reconnaît indirectement l'importance de la liberté humaine, puisqu'il donne aux gens des possibilités réelles – et non simplement formelles – de faire ce qu'ils veulent de leur vie. [...] En soulignant, dans une perspective instrumentale, l'importance de la liberté humaine, Rawls a donné [...] une place irrévocable à la pensée de la liberté dans le corps de sa théorie de justice¹⁰⁶.

H.L.A. Hart s'interrogeait de la manière suivante à la lecture de Rawls : « Pourquoi faudrait-il considérer que la faim, la malnutrition et la négligence médicale sont moins importantes que la violation de n'importe quelle liberté personnelle? »¹⁰⁷. Cette question, reprise par Amartya Sen dans sa propre lecture de Rawls stigmatise le primat accordé par Rawls à la liberté.

On peut en effet admettre que la liberté doit avoir une certaine priorité, mais il est à peu près certain qu'une priorité totale et sans réserve est excessive. Il existe, par exemple, de nombreux mécanismes de pondération différents qui permettent de donner un avantage partiel à une préoccupation sur une autre¹⁰⁸.

Le raisonnement rawlsien pétri de libéralisme individualiste a également d'autres implications, notamment au regard d'une société multiculturelle comme le Canada, auquel est confronté bien évidemment le tribunal des droits de la personne

105. *Id.*, p. 94.

106. *Id.*, p. 95-96.

107. H. L.A. HART, « Rawls on liberty and its priority », (1973) 40 *University of Chicago Law Review* 534-555.

108. Amartya SEN, préc., note 98, p. 96.

3) L'égalité canadienne sous le prisme de la diversité

Pour le courant du multiculturalisme canadien, l'enjeu de la liberté et de l'égalité prend une coloration particulière, où l'éventuelle neutralité de l'État est en question¹⁰⁹. Will Kymlicka pour sa part rejette une interprétation strictement individualiste des prémisses du libéralisme¹¹⁰. En partant de cette négation, il avance comme solution une théorie plus ouverte à la diversité culturelle. Semblant aller contre le courant libéral popularisé par Dworkin et Rawls, Kymlicka souhaite concilier sa perception de la théorie libérale à sa formulation par Rawls. Comme Taylor, son argumentation vise essentiellement la reconnaissance de droits collectifs et particuliers de certains groupes en proposant une révision de la théorie libérale¹¹¹. Ces deux auteurs aboutissent à

109. Certains auteurs comme Dimitrios Karmis, qui s'est essentiellement intéressé à la question autochtone dans le cadre canadien, souligne que la conclusion politique logique du raisonnement théorique libéral est alors : [...] une constitution dépourvue de mesures différenciant les individus en fonction de leur race, de leur culture ou de leur langue, une constitution à l'américaine. Que l'impact soit désiré ou non, pareille constitution risque fort de conduire ultimement à l'assimilation des minorités culturelles et linguistiques, mêmes nationales. Parce que tous doivent être égaux devant la loi, que l'État ne doit favoriser aucune façon de vivre particulière, l'individu issu d'un groupe minoritaire doit prendre place dans la société sans protection et sans égard au mode de vie lié à ses caractéristiques particulières. [...] Ainsi, en cherchant à ne discriminer aucun individu, en visant la neutralité étatique, on pose en quelque sorte un geste discriminatoire qui favorise nettement les individus du groupe culturel majoritaire. De l'égalité formelle on aboutit à une inéquité réelle; Dimitrios KARMIS, préc., note 100, p. 83.

110. Will KYMLICKA, *Liberalism, Community & Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 152-153 et 158-161 et, plus largement Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 2001.

111. Taylor reproche entre autre aux théories libérales de postuler que l'autonomie de l'être humain est un fait naturel. En réponse, le politologue élabore une interprétation moderne de la théorie libérale pour prendre en compte les phénomènes de multiculturalisme, d'immigration et les débats entourant la protection des minorités, etc. Taylor suggère une approche libérale qui met l'accent sur la participation politique et l'identité des communautés particulières. Voir notamment Charles

une reformulation de la relation entre égalité et liberté¹¹². Selon Taylor, la politique de la dignité égale a désormais préséance dans nos sociétés libérales contemporaines¹¹³. S'interrogeant sur l'effet homogénéisant d'une politique d'égalité¹¹⁴ Taylor avance qu'il est possible de s'éloigner de cette perspective purement égalitaire en se rapprochant d'une *politique de la différence*. La critique formulée par les théoriciens de la politique de la différence gravite autour de l'argument que la politique de la dignité égale ne permet qu'une reconnaissance limitée des identités culturelles distinctes¹¹⁵. En effet, la politique de la dignité égale empêche la construction d'un projet particulier au sein de la société puisque celui-ci irait contre le respect des droits individuels et l'égalité de tous les citoyens. Dans une perspective, généralement incarnée par une politique libérale individualiste, il y a préséance des droits individuels sur les desseins collectifs. Ceci mènerait à une inégalité réelle dans l'application de politiques jugées égales mais qui ne tiennent pas compte de caractéristiques distinctes ou de circonstances particulières. Une telle confrontation apparaît alors dans la jurisprudence canadienne par

TAYLOR, « Atomism » (1985) 2 *Philosophical Papers : Philosophy and the Human Sciences*, à la p. 189- 190.

112. L'une des différences entre la théorie avancée par Kymlicka et celle de Taylor réside dans le lien entre les notions de *culture* et de *liberté de choix*. Pour Kymlicka, la liberté réside dans la faculté de faire des choix éclairés en fonction du contexte culturel et des conditions sociales présentes dans ce contexte, et donc, « l'estime de soi » (*plan of life*) est plutôt liée à la possibilité d'évaluer les choix. Hors, pour Taylor, l'estime de soi trouve son sens dans les deux piliers de sa théorie : le concept de *reconnaissance* et le concept d'*identité*. Dans son ouvrage *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Taylor développe une *politique de reconnaissance* dans laquelle l'auteur tente de décrire le lien entre ces deux concepts (*reconnaissance* et *identité*) pour bâtir une théorie fondée sur l'égalité des membres de la société qui la compose. Selon Taylor, ces deux concepts permettent de rendre compte du caractère fondamentalement dialogique de l'être humain; Charles TAYLOR, préc., note 75, p. 51.

113. *Id.*, pp. 63-65.

114. *Id.*, p. 72.

115. *Id.*, p. 72.

exemple dans l'arrêt *R. c. Kapp*¹¹⁶, où la question des droits à l'égalité des populations autochtones est mise en exergue. L'affirmation philosophique d'une adhésion à une égalité vivifiée dans le contexte multiculturel oblige à s'interroger sur son application pratique et son incidence sur le rôle du juge. Importe-t-il pratiquement, comme le pensait Arendt, de faire s'affronter droits nationaux – historiques – constitutifs de l'identité et droits de l'homme universels, ou peut-on faire de la liberté une inclusion de l'égalité comme l'imagine Dworkin? Peut-on opposer le droit à la différence au droit à l'égalité? Quel est, dans ce changement de paradigme, le rôle du juge?

B/ Quel juge pour l'égalité?

À ces multiples interrogations, une des réponses pourrait être de réaffirmer le lien entre droits de l'homme et droit du citoyen. La sémantique canadienne, qui a substitué aux droits de l'homme ceux de la personne – en faisant de l'article 15 de la Charte un « article-système » – esquisse une voie à suivre. De même la création de juridictions spécialisée dans la protection des droits de la personne participe à la même logique. La citoyenneté plus marquée dans l'affirmation des droits permettrait en effet de résoudre le hiatus de l'universalité des valeurs canadiennes pour partie, mais impliquerait des difficultés symboliques toutes aussi problématiques. Le juge joue alors un rôle crucial souligné largement par Andrée Lajoie¹¹⁷. Ce dernier représente désormais

116. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, 2008 CSC 41, aux para. 16-64 pour l'évaluation par la majorité de la notion de droit à l'égalité tel que formulé par l'art. 15 de la Charte, et au para. 99 pour l'évaluation de cette confrontation par le juge Bastarache, dissident.

117. « Le contrôle constitutionnel tel qu'il se pratique en Amérique du Nord grossit en effet l'enflure, pourtant déjà imposante en elle-même, du rôle du juge de tradition anglo-saxonne non seulement à cause de l'immense latitude qui lui offrent des textes truffés de termes ultra-poreux, mais en regard du mode de rédaction des jugements, qui rend impossible d'en occulter le caractère non pas arbitraire, mais certes largement discrétionnaire, lequel pourrait d'ailleurs n'être pas beaucoup moins présent dans des systèmes juridiques moins transparents », A. LAJOIE, *Jugements de valeur, le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, collection Les voies du droit, 1997, p. 3.

un interlocuteur particulier au sein du système juridique canadien, un rouage essentiel à son fonctionnement et à une réalisation concrète d'une idée de Justice. Ce faisant, il participe de facto au phénomène d'obscurcissement des frontières qui séparent les mondes juridique et politique. La juridiction, devenue tribune publique, sert de joute aux confrontations entre égalité et liberté, notamment de religion. Ainsi, le juge aurait gagné un rôle magnifié en Amérique du nord, notamment du fait de « l'immense latitude qui lui offrent des textes truffés de termes ultraporeux »¹¹⁸. Dans cette perspective, les juges du Tribunal des Droits de la personne ont un rôle particulier à jouer.

Les juristes et les juges se prononcent - intuitivement ou non - pour certaines valeurs et en récusent d'autres. Toutefois, ils légitiment cette action non pas grâce à un fondement moral mais en référence à des principes juridiques - qui foisonnent en droit civil - et à ce que Dworkin appelle des principes et des politiques, inhérents au système juridique et qui servent de guide à la solution de droit. Celle-ci est souvent davantage viscérale que construite sur un fondement philosophique, l'argumentation juridique apportant alors la légitimation à la solution

Concernant l'égalité, valeur fondamentale, sa caractérisation dans l'absolu est facile. Le *suum cuique tribuere* évoque largement sa relation intime avec le droit lui-même dès son origine romaniste. Sa transcendance dans le système juridique ne pose pas davantage de difficultés. Les exemples en sont légions. Égalité homme-femme, égalité contractuelle, droit à une égale éducation. Toutefois, sa portée et sa place dans la hiérarchie normative pose une véritable difficulté. De même, le rôle du juge dans l'affirmation de cette valeur est une problématique à elle-seule. Si celui-ci est de plus en plus reconnu, notamment dans sa dimension constitutionnelle, sa légitimité, sa liberté d'action et son impact connaissent une frontière floue. Ainsi, selon Andrée Lajoie,

118. A. LAJOIE, préc., note 117, p. 3.

[L]’absence de transparence abrite des pratiques dont l’effet concret, malgré ses incidences apparemment négatives à l’égard du législateur, ou du gouvernement, favorise et conforte le plus souvent l’Etat dans son ensemble ne fait que confirmer la dimension idéologique du rôle du juge constitutionnel et aiguïser la curiosité en ce qui concerne l’ombre où se dissimulent les chemins de la médiation des valeurs dominantes à travers les attentes de l’auditoire étatique et les rapports complexes qu’entretiennent les idéologies et la surdétermination¹¹⁹.

En fait, dépassant la logique d’Arendt, la problématique que l’on connaît aujourd’hui se révèle pour partie à front renversée dans certaines confrontations concrètes. On oppose ainsi deux droits identitaires, d’une part la liberté de religion permettant de conserver une tradition religieuse forte de manière pérenne et d’autre part le droit à l’égalité entre les sexes, qui quant à elle réclame - au nom des luttes collectives du XXe siècle - la même permanence. Dans ce cadre, l’égalité revendiquée au Canada, dans toutes ses matérialisations, constitue autant un produit de l’histoire du peuple canadien qu’une valeur universelle à laquelle il adhère. En rejoignant Dworkin, on peut estimer que l’égalité possède une singularité parmi les autres valeurs, tout en reconnaissant la difficulté de démontrer une vérité scientifique de ces valeurs. Il est donc nécessaire de trouver une autre légitimité¹²⁰. La vérité, comme la valeur, sont relatives à ceux qui

119. A. LAJOIE, préc., note 117, p.117.

120. Les travaux d’André Comte-Sponville, relatifs au rapport entre valeur et vérité, permettent pour partie de répondre à ce type de question. Selon lui, il y a illusion « en ceci qu’on prétend faire de la vérité purement subjective de la valeur (...) une vérité objective qui vaudrait, non pour et par le désir, mais « en soi », comme dit Epicure après Platon et pour le récuser »; André COMTE-SPONVILLE, *Valeur et vérité*, 3ème édition, Paris, PUF, 1998, p. 14; pour fonder son argumentation, il rappelle dans ce même ouvrage les trois principales positions doctrinales relatives aux interrogations qui planent sur le lien qu’entretiennent les valeurs et la vérité (*Id.*, p. 28-29). Il fait d’abord état du dogmatisme selon lequel « une vérité existe et nous est accessible (dogmatisme pratique), laquelle relève non seulement de la connaissance (ce qui ne définirait qu’un dogmatisme théorique), mais suffit à justifier, voire à imposer, l’action (dogmatisme

l'expriment ou aux institutions qui en sont le creuset. De ce fait, ils ne peuvent éviter de tomber dans l'écueil de la subjectivité. Comme le soulignait André Comte-Sponville, « à défaut d'une vérité objective, on n'échappe à la pure et tragique dispersion des points de vue singuliers que par la loi du groupe (les tribus) ou de la majorité (la démocratie) »¹²¹. Les juges sont alors amenés, à jouer un rôle spécifique vis-à-vis des valeurs, même si, dans un premier temps, un tel comportement n'était pas forcément envisagé au regard de la norme constitutionnelle¹²².

Le statut « particulièrement ambigu »¹²³ que la Constitution accorde à la Cour Suprême, a eu des incidences sur la manière dont les juges des juridictions inférieures ont appréhendés la cristallisation des valeurs dans le système juridique canadien.

Ainsi, le jeu des valeurs auxquelles adhère le peuple canadien, la liste des biens premiers, pour reprendre la terminologie de Rawls, peut parfaitement harmoniser le désir d'égalité au regard du désir d'autres valeurs. La hiérarchie découlera alors d'une gradation de désir, dont la plupart des textes fondamentaux sont l'expression, au moins dans un sens restreint : certains droits sont fondamentaux, d'autres non et ne trouvent pas leur place dans une déclaration, dans une Charte fondamentale. La gestation puis la compréhension des valeurs précèdent leur affirmation dans la conscience même des individus. En ce sens, les valeurs constituent donc le ferment duquel s'extraient l'identité, la personnalité des individus qui les portent mais aussi celles de la société à laquelle ils appartiennent.

pratique) », et « la valeur est une vérité, qui peut être connue en tant que telle »; (*Id.*, p. 25).

121. *Id.*, p. 14.

122. A. LAJOIE, préc., note 117, p. 15.

123. *Id.*, p. 12. Andrée Lajoie étaye cette affirmation en se livrant ensuite à une longue analyse de la jurisprudence de la Cour, permettant de mettre à jour la manière dont celle-ci « Créé comme un Tribunal général d'appel, sans attribution constitutionnelle spécifique au départ, la Cour allait cependant consacrer progressivement de plus en plus de temps et d'énergie à son rôle d'interprète de la Constitution, au point d'en faire maintenant une priorité très importante »; (*Id.*, p. 16).

Habermas voit dans le système de valeur une « constellation axiologique caractéristique de notre culture ou de notre forme de vie »¹²⁴ au sein duquel l'égalité a pris la valeur de dogme. Dworkin, est amené à se poser la question du rôle du juge au regard de la liberté et de l'égalité. Pour ces auteurs, il existe donc un dialogisme permanent – selon la définition d'Andrée Lajoie - faisant référence à « la multiplicité des principes intégrateurs du droit, [et] à la possibilité que l'interprétation judiciaire soit soutenue par plusieurs systèmes de valeurs juridiques »¹²⁵. C'est notamment à travers les Chartes que cette multiplicité des principes s'incarne dans l'interprétation judiciaire. C'est à travers la création de juridictions spécialisées dans la lutte contre la discrimination que se révèle la richesse du rapport entre égalité et liberté.

Les déclarations ou Chartes adoptées dans la plupart des systèmes juridiques occidentaux constituent un pas en avant vers la consécration normative de valeurs « laïques », détachée du substrat religieux et moral de la civilisation moderne¹²⁶. Prenant place dans une dialectique herméneutique¹²⁷ relativement classique malgré son histoire « chaotique »¹²⁸, il semble que le rôle des juges

124. *Id.*, p. 279.

125. *Id.*, p. 166.

126. Elles mettent l'accent sur des valeurs telles l'égalité en dignité et en droits, la vie et la liberté, la sécurité le respect de l'intégrité physique et la condamnation de la torture, le rejet du racisme et de l'esclavage, le droit à la vie privée, le droit de circuler librement à l'intérieur de son pays, le droit d'émigrer et celui de changer de nationalité, le droit de fonder une famille, le droit à l'éducation et aux soins de santé, le droit au travail, celui des parents de choisir le genre d'éducation donner à leurs enfants, les devoirs de chaque individu envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible, etc.

127. Celle-ci consiste dans le processus dans lequel *on ne peut interpréter qu'en* « mettant l'accent sur ce qui peut s'entendre au-delà de ce qui croit se dire, ou si l'on préfère sur le contenu latent de l'interprétation [qui] conduit à parler de la fonction [...] » de l'interprète; (*Id.*, p. 171).

128. Notamment l'évolution de l'interprétation de l'article 15 de la Charte passant par la division stricte entre les articles 15 et premier dans l'arrêt *Andrew* puis l'effritement graduel de la division stricte entre les articles 15 et premier dans l'arrêt *Hess* et finalement l'abolition de la division

en matière d'égalité, et notamment au sein des juridictions spécialisées dans les droits de la personne, recoupe le champ interne décrit par Lajoie. À travers une analyse systémale¹²⁹ – largement prolongée par la méthode d'interprétation contextuelle – et par une surdétermination des valeurs¹³⁰, le juge moderne dispose des outils théoriques et juridiques permettant une reconnaissance effective de l'égalité. Il est par ailleurs certain que les juges, comme dans

-
- stricte entre les articles 15 et premier sous le couvert du concept « d'égalité-dignité » analysé par Daniel PROULX, préc., note 9, p. 98-99.
129. « L'analyse systémale réussit- en proposant, à travers le concept de surdétermination, un espace social métaphorique ouvert à l'affrontement constant de toutes les valeurs - à conserver au juge la marge de manœuvre qui permet au droit d'échapper au déterminisme. Du même mouvement, elle offre au théoricien la possibilité de conceptualiser l'intégration, au droit, des valeurs plurielles qui sous-tendent les conflits toujours présents dans une société dont les attentes, jamais univoques, modèlent les pouvoirs étatiques - judiciaire inclus - en structurant les rôles »; A. LAJOIE, préc., note 117, p. 166.
130. Ce concept désigne, selon Andrée Lajoie, le champ axiologique dans lequel se déploie la production du droit. Concrètement, la surdétermination « se situe dans un contexte de dialogisme, où plusieurs systèmes de valeurs et, par conséquent, plusieurs principes intégrateurs de l'interprétation/application du droit entrent en compétition, ce qui amène parfois les juges à faire le pari contraire, construisant alors leurs interprétations sur les valeurs, les idées et les intérêts de certaines minorités » (A. Lajoie, préc., note 117, p. 110). Ainsi, « [l]'analyse systémale conceptualise la surdétermination comme le résultat des contraintes qui découlent, pour l'application du droit, de la présence d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif : il reste à caractériser les valeurs qui entrent dans ce champ accessible au juge et celles qui en sont exclues » (*Id.*, p. 186). Le champ de valeur sert donc de « support interprétatif » (*Id.*, p. 164). Il induit également la non-institutionnalisation de ces valeurs, c'est-à-dire un déploiement en symbiose avec le système juridique, de manière informelle. Ce concept de surdétermination est celui qui, selon Andrée Lajoie, rend le mieux compte de la « production de sens normatif dans le champ interne du juge » (*Id.*, p. 175) dans la mesure où contrairement à ceux de codétermination et de pré-détermination, il ne « fait pas référence à l'action d'un intervenant institutionnel, ou même autrement déterminé dans la production du droit et peut ainsi accueillir les effets structurels non institutionnalisés » (*Id.*, p. 165).

l'affaire *Bruker c. Marcovitz*¹³¹, seront de plus en plus amenés à l'avenir à trancher des conflits de valeurs face à l'égalité¹³².

La création du TDP a bien évidemment cristallisé les enjeux et donné l'occasion aux juges de renforcer une jurisprudence dynamique du rapport entre égalité et liberté dans le contexte québécois¹³³. Toutefois, si les juges du TDP et les membres de la commission des droits de la personne usent des notions de liberté et d'égalité à profusion, c'est essentiellement dans son acception anti-discriminative. Quantitativement, on trouve sur les cinq dernières années des dizaines de décisions mêlant liberté et égalité, l'égalité hors du cadre de la discrimination n'apparaissant toutefois que rarement. On trouve toutefois des éléments étayant l'évocation de l'égalité en terme de valeur ou de principe fondamental, notamment en mettant en jeu celle-ci vis-à-vis de la liberté, prolongeant les enjeux de philosophie du droit évoqués dans ces lignes. Reprenant la réflexion de la Cour suprême dans l'arrêt *RDS*¹³⁴, le TDP fait valoir l'obligation - pour le juge et le citoyen - afin d'appréhender la valeur égalité dans le système juridique canadien¹³⁵, de replacer cette valeur au sein de l'histoire

131. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, 2007 CSC 54.

132. Ainsi, les analystes de l'affaire soulignent qu'« [...] il est possible de conclure de cette décision que de futurs conflits entre la liberté religieuse et le droit à l'égalité des femmes se solderont en faveur des femmes. Dans la présente affaire, la juge Abella est claire : dans le difficile équilibre entre deux droits concurrents, la liberté de religion de M. Marcovitz cède le pas devant la liberté religieuse, le droit à l'égalité et la liberté de choix de Mme Bruker en matière de mariage et de divorce, engagements protégés dans la Constitution et dans des lois Louise Langevin, Louis-Philippe Lampron, Christelle Landheer-Cieslak, Alain Prujiner et Patrick Taillon, « L'affaire Bruker c. Marcovitz : variations sur un thème », (2008) 49 C. de D. 655-708 au par. 48.

133. Voir l'article de Michel RIVET et Anne-Marie SANTORINEOS, « Juger à l'heure des droits fondamentaux » dans le même volume.

134. *R. v. R.D.S.*, [1997] 3 S.C.R. 484.

135. Dans une décision de 2009, le TDP reprend, désormais classiquement, l'analyse de la dignité humaine comme « une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 »; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de) (Service de sécurité d'incendies)*, 2009 QCTDP 4 (CanLII), par. 127.

politique et juridique canadienne¹³⁶. De la même manière, le TDP fait sienne l'interprétation de la Cour Suprême du Canada en se référant à la notion d'égalité réelle et concrète dont la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu concerné :

Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi – et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre – la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que l'autre. Ainsi, la simple égalité d'application de la loi à des groupes

136. « [82]. Sur la question de l'utilité et la légalité pour le juge de tenir compte du contexte social, le Tribunal fait sien le raisonnement des juges Dubé et McLachlin, de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt RDS : « 44. Le juge peut se faire une idée claire du contexte ou de l'historique, ce qui est essentiel pour rendre justice, en s'appuyant sur les témoignages d'experts qui replacent l'affaire dans son contexte [...]. Ce processus d'ouverture est non seulement conforme à l'impartialité, il peut aussi à juste titre être considéré comme une condition préalable essentielle. [...] 46. La personne raisonnable dont parle le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, est un membre informé et sensé de la collectivité qui, au Canada, souscrit aux principes constitutionnalisés par la Charte. Ces principes fondamentaux embrassent les principes d'égalité prévus à l'art. 15 de la Charte et consacrés au pays par les lois quasi constitutionnelles fédérales et provinciales sur les droits de la personne. La personne raisonnable est censée connaître le passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne que protègent les dispositions de la Charte relatives aux droits à l'égalité. Il s'agit de facteurs dont le juge peut prendre connaissance d'office »; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Systématix Technologies de l'information inc.*, 2010 QCTDP 18, par. 82.

ou à des individus qui se trouvent dans une situation identique ne peut constituer un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité¹³⁷.

Une telle formulation fait naturellement penser, de manière sous-jacente au modèle rawlsien de l'égalité comme équité. Toutefois, on ne trouve pas l'appui de cette réflexion ni sous la plume de la Cour suprême ni celle du TDP.

Conclusion

Holmes donnait la fameuse définition : le droit, c'est l'ensemble des prévisions de ce que décideront en fait les tribunaux. À la logique interne du droit, dont le système ne pouvait souvent conserver sa cohésion qu'au prix du sacrifice des réalités, était ainsi substituée l'expérience. Mais, du même coup, par la place qui était laissée, dans la vie de la norme, à l'ingérence des faits, on trouve une ouverture vers un positivisme absolu ou un fort sociologisme. Une telle attitude mène-t-elle nécessairement à l'éviction de toute référence à des valeurs? En déclarant que le droit est ce que décideront les juges, Holmes ne faisait que déplacer le critère de valeur. Il faut le chercher non à l'arrivée, c'est-à-dire dans les jugements, mais au point de départ, c'est-à-dire dans les juges eux-mêmes, au sein de la culture judiciaire.

Chercher à comprendre ces choix, c'est donc s'intéresser à la notion de préférence, et de hiérarchisation des valeurs dans la

137. « 80. Dès 1989, la Cour suprême du Canada a établi qu'un traitement identique n'assure pas nécessairement l'égalité de tous. En effet, si un même traitement procure une certaine égalité au plan formel, il n'assure pas nécessairement, selon le contexte, l'égalité réelle, concrète, des personnes concernées. [...] Les tribunaux doivent en conséquence être attentifs au fait qu'une règle neutre en apparence et appliquée indistinctement peut en pratique entraîner un effet préjudiciable, telle une distinction ou une exclusion, pour des personnes ou des groupes ayant des caractéristiques personnelles correspondant aux motifs interdits de discrimination ». *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société des casinos du Québec inc.*, 2011 QCTDP 17 (CanLII), par. 80.

conscience même des individus, comme le fait Dworkin dans *La vertu souveraine*, Soulignant que « les préférences et les choix représentent le résultat d'une décision, d'un processus de concrétisation de notre volonté »¹³⁸, il reste toutefois à l'individu – à la fois au cœur et à l'origine de ce processus – à découvrir les raisons au travers desquelles il pourra justifier son propre choix en faveur de l'égalité. C'est en effet dans une telle situation d'isolation que se trouvent les individus dans la recherche de leurs propres valeurs. Alors, pour déterminer si une valeur correspond à leurs désirs et à leur philosophie, les individus devront « prendre pour motifs d'autres valeurs », puis « remonter ainsi de proche en proche jusqu'à des motifs premiers, suprêmes, absolus, reçus pour légitimes »¹³⁹. On en revient à la question « démotique » et à la traduction, dans la constitution de l'État et du système juridique, des valeurs auxquelles adhère une population et qui légitiment, pour partie, l'édifice normatif. Plusieurs révélateurs de cette recherche d'identité du peuple national apparaissent dans les textes fondamentaux des États, comme les Chartes canadienne et québécoise. En témoignent l'inscription dans les constitutions nationales de la reconnaissance d'une langue officielle, de la référence à une histoire ou à des valeurs partagées, de l'existence d'une religion d'État ou encore l'élaboration de symboles nationaux tels que les hymnes, monnaies ou drapeaux. Une fois ces éléments établis, les États doivent déterminer les règles régissant l'entrée des individus dans ce groupement humain et la façon dont ils doivent se reconnaître dans cette identité collective. La définition des membres constitutifs du corps politique d'un État passe par la détermination des règles d'accès à la nationalité. Le *corpus juris*, en exprimant juridiquement ces éléments, constitue une identité nationale normative et renforce sa légitimité par l'adhésion de la population aux valeurs qu'il exprime. Les Chartes, en tenant compte de cette « démotique » égalitaire, sont-elles capables – en l'état actuel – de répondre à l'un ou à l'autre de ces modèles voire de concilier les deux? Il semble que – à travers l'action des juges du TDP enracinée depuis plus de 20 ans – la

138. Ronald DWORKIN, préc., note 71, p. 81.

139. Voir Raymond POLIN, *La création des valeurs*, Librairies philosophiques J.Vrin, 3^e éd. Paris, 1977, p. 59.

société doit se doter à la fois des outils et des acteurs permettant de faire de l'égalité une vertu souveraine qui induit néanmoins le rayonnement de la liberté.

Les valeurs pénètrent non seulement de manière presque virale chacun des tissus des systèmes juridiques, mais, comme l'imagine Dworkin, s'interpénètrent au plus niveau, l'égalité nourrissant la liberté. Qu'elles soient sous-jacentes au système ou caractérisées formellement dans celui-ci, le rôle du juge à leur propos reste crucial. Comme le souligne Emmanuelle Bernheim, l'égalité est devenue l'un des palimpsestes de la vie démocratique moderne, imprégnant les rapports sociaux et régularisant les rapports de force :

[...] le principe d'égalité est à comprendre comme « une modalité des divers droits de la personne »; il permet une application des droits identique pour tous, en dépit des différences. Il n'est cependant pas strictement juridique, bien au contraire. En effet, en tant que « valeur démocratique », il imprègne les rapports sociaux, et constitue, plus précisément, un régulateur des rapports de force. Il s'ensuit que l'égalité est la garantie d'un traitement équitable, en dépit du déséquilibre effectif qui peut exister entre les parties au lien social, sur le modèle contractuel¹⁴⁰.

Si l'on se réfère à l'égalité ainsi déjà clairement cristallisée, le juge devra justifier des limites qu'il pose à celle-ci, au regard d'un contexte sociétal et systémique. Il est alors aisé d'assigner à la fonction judiciaire la formule à laquelle s'astreint R. Dworkin dans son ouvrage *L'égalité, une valeur souveraine* :

[...] [N]ous pouvons parvenir à une analyse unifiée de l'égalité et de la responsabilité qui respecterait l'une et

140. Emmanuelle BERNHEIM, « Repenser la vulnérabilité sociale en termes d'égalité réelle : une contribution des droits de la personne », *La protection des personnes vulnérables*, Yvon Blais, Cowansville, 2011, p. 187-214.

l'autre valeur [...] Si c'est là que se trouve la troisième voie, cette voie est la nôtre¹⁴¹.

141. Ronald DWORKIN, préc., note 71, p. 52.