INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps. Each original is also photographed in one exposure and is included in reduced form at the back of the book.

Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.

UMI

A Bell & Howell Information Company
300 North Zeeb Road, Ann Arbor MI 48106-1346 USA
313/761-4700 800/521-0600

Université d'Ottawa · University of Ottawa

LA CRITIQUE IDENTITAIRE, LA LIBERTÉ D'EXPRESSION OU LA PENSÉE JURIDIQUE À L'ÈRE DE L'ANGOISSE

Un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique

par

Jean-François Gaudreault-DesBiens

Thèse déposée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention du
doctorat en droit (LL.D.)

Université d'Ottawa
Décembre 1997

© Jean-François Gaudreault-DesBiens, 1997

National Library of Canada
Bibliothèque nationale du Canada

Acquisitions and Bibliographic Services
Acquisitions et services bibliographiques

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-28341-0

Canada

RÉSUMÉ

Comme jamais auparavant, on assiste dans les sociétés nord-américaines à une juridicisation du phénomène identitaire. Dans cette foulée, plusieurs mouvements critiques d'origine américaine, regroupés dans cette thèse sous l'appellation de *critique juridique identitaire*, s'en prennent à la saisie juridique moderne des identités et à ses présupposés intellectuels, comme l'objectivisme ou le rationalisme, qui, disent-ils, ont permis d'occulter l'existence de plusieurs groupes historiquement désavantagés ou les ont relégués à la marge de la société. Des juristes issus de ces groupes se sont donc donné pour mission de transformer la saisie juridique des identités en insistant sur la nécessité de faire une plus grande place aux subjectivités identitaires, individuelles et collectives. Leurs propositions n'ont pas manqué de susciter de vifs débats dans la communauté juridique américaine, au point d'ébranler l'édifice de l'épistémologie juridique positiviste. Mais, trop souvent, les juristes qui participent à ces débats tombent dans le manichéisme ou fondent leur argumentation sur des présupposés essentialistes, qui bloquent les débats plutôt que de les faire progresser. Aussi, abordant sous l'angle de l'épistémologie de la pensée juridique les discours qui, surtout aux États-Unis, s'affrontent dans le cadre de cette juridicisation de l'identitaire, cette thèse entend en premier lieu contribuer à la réflexion sur la problématique "droit et identité" en proposant des paramètres théoriques en vue de favoriser une saisie juridique complexe des phénomènes identitaires.

Les effets de cette saisie juridique déficiente de l'identité se font sentir jusque dans l'interprétation des droits constitutionnels fondamentaux, notamment au moment de concilier la liberté d'expression et l'égalité. Cette thèse s'intéresse donc spécifiquement aux idées avancées par les tenants de la critique juridique identitaire au sujet du rapport qui devrait être établi entre ces deux droits dans l'optique d'une meilleure appréhension de l'expression antiégalitaire. La problématique que pose la saisie juridique de cette forme d'expression s'avère particulièrement intéressante en ce qu'elle se situe à l'interface des préoccupations contemporaines concernant l'avenir du constitutionnalisme dans les sociétés multiculturelles, les processus de transformation du droit constitutionnel à l'ère postmoderne, et, enfin, la saisie juridique du phénomène identitaire. En ce sens, le second objectif de cette thèse est de déterminer dans quelle mesure et à quelles conditions les proposition de réforme avancées par les tenants de la critique juridique identitaire s'avèrent cooptables dans le champ du droit. Pour dénouer l'impasse dans laquelle se trouve présentement la saisie juridique des phénomènes identitaires, nous proposons dans un premier temps l'adoption d'une épistémologie de la complexité, fondée sur le doute, qui permettrait de dépasser le manichéisme qui afflige cette saisie. Seule une telle épistémologie peut outiller les juristes à appréhender d'une manière minimalement adéquate la complexité et l'ambiguïté des processus de construction identitaire. À partir de ces postulats épistémologiques, nous soutiendrons que toute reconnaissance d'un droit collectif à l'identité doit être accompagnée de l'affirmation concomitante d'un droit à l'ambiguïté identitaire, ceci se traduisant dans le concret par la reconnaissance du primat de la liberté identitaire. Les titulaires de cette liberté doivent toutefois être en mesure de l'exercer concrètement, autant comme individus que comme membres de collectivités. Bref, ils doivent non seulement être des Sujets - statut que l'on a longtemps refusé, dans les faits, aux membres des groupes historiquement désavantagés - , mais des Sujets capables, qui vivent dans des conditions adéquates pour exercer cette liberté. Selon nous, seul un retour à un humanisme juridique critique est susceptible de permettre une saisie constitutionnelle adéquate autant des volontés collectives d'affirmation identitaire que des options identitaires individuelles des citoyens. Autrement dit, seul un tel retour peut favoriser la concrétisation d'une véritable liberté identitaire.

REMERCIEMENTS

La réalisation de cette thèse n'aurait pu être possible sans le soutien académique, humain et financier de plusieurs personnes et organisations que je tiens ici à remercier.

Je dois en premier lieu remercier mon directeur de recherche, le professeur Daniel Proulx, pour ses observations toujours sagaces ainsi que ses constants encouragements. Je veux aussi remercier celles et ceux qui, lors de multiples conversations informelles, ont contribué à nourrir ma réflexion sur la problématique de cette recherche. Merci également à mes proches et, tout particulièrement, à ma conjointe Julie.

Enfin, à titre de récipiendaire de bourses doctorales, j'ai reçu l'aide financière du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSHC) ainsi que du Fonds pour la Formation des Chercheurs et l'Aide à la Recherche (FCAR). J'ai également reçu l'aide de l'École des études supérieures de l'Université d'Ottawa. Que ces organisations soient remerciées.

Jean-François Gaudreault-DesBiens

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE: LA SAISIE JURIDIQUE DU PHÉNOMÈNE IDENTITAIRE: ÉPISTÉMOLOGIE ET MÉTHODOLOGIE 15

Chapitre 1. La critique juridique identitaire: convergences et divergences 26

1.1. Un discours critique 27
1.1.1. Un radicalisme à géométrie variable 27
1.1.2. D'une critique de la domination à une critique de l'exclusion? 30

1.2. Une critique identitaire 35
1.2.1. Une problématique polarisée 36
1.2.2. L'identité entre modernité et postmodernité 36
1.2.3. L'identité entre essence et mouvance: droit moderne et identité postmoderne 40

1.3. Une critique protéiforme mais convergente 48
1.3.1. Une critique dans la mouvance de la politique identitaire 48
1.3.2. Une critique située 54
1.3.3. Une critique sociojuridique 57

1.4. Échantillon intellectuel et méthodologie 59

Chapitre 2. Droit, identités et obstacles épistémologiques 65

2.1. Droit et obstacles épistémologiques 67

2.2. De quelques obstacles épistémologiques surgissant lors de l'étude de la problématique "droit et identité": une extrapolation à partir du débat américain sur la réforme du cursus universitaire 79
2.2.1. Un obstacle général: le manichéisme 80
2.2.2. L'obstacle réductionniste-idéaliste ou la pensée jivaro 82

Chapitre 3. L'épistémologie du droit entre objectivisme et subjectivisme..... 89
90
3.1. Le droit positif entre impureté et violence.....
3.1.1. Remarque liminaire: l'appropriation discursive de l'Autre dans la dialectique des rapports de domination..... 90
3.1.2. L'avènement de la modernité et l'élaboration de l'épistémologie positiviste..... 93
3.1.2.1. La raison: du règne à la crise..... 94
3.1.2.2. Quelques écueils liés à un usage idéologique de l'épistémologie juridique positiviste..... 98
3.1.3. La violence symbolique du droit moderne..... 105
3.1.4. Crise du droit et crise de l'épistémologie du droit..... 107

3.2. La critique juridique identitaire et les écueils épistémologiques liés à l'affirmation des subjectivités collectives..... 108
3.2.1. Oppression et privilège épistémologique..... 108
3.2.2. La critique juridique identitaire et les limites de l'idéologie de l'authenticité..... 115

3.3. Jalons pour une épistémologie juridique de la complexité..... 125

Conclusion de la première partie: Le sensible et le rationnel..... 133

DEUXIÈME PARTIE: LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN CRISE: DISCOURS, CONTRE-DISCOURS ET CULTURES JURIDIQUES..... 137

Chapitre 4. La liberté d'expression dans le droit positif des États-Unis..... 141

4.1. Le premier amendement entre la mythologie et l'histoire..... 144
4.1.1. Le conflit des histoires et l'émergence de la doctrine moderne du premier amendement..... 146
4.1.2. La généalogie du premier amendement au-delà de l'idéologie: questions de méthode..... 153

4.2. Les grands axes de la doctrine moderne du premier amendement..... 156
4.2.1. L'absolutisme superficiel du premier amendement et le paradigme de la dissidence..... 157
4.2.2. Les justifications philosophiques du premier amendement..... 160
4.2.3. Le droit du premier amendement: une vue panoramique..... 169
4.2.3.1. La neutralité relative du premier amendement et l'égalité formelle des idées..... 169
4.2.3.2. Le contrôle judiciaire de l'exercice préjudiciable de la liberté

d'expression..... 172
4.2.3.3. La protection de la liberté d'expression à la merci des fluctuations idéologiques?..... 180
4.2.4. L'impact de l'idéologie économiste du premier amendement sur la redistribution du capital culturel..... 182

4.3. La protection de la dignité des identités collectives et les obstacles jurisprudentiels au contrôle de l'expression antiégalitaire..... 186
4.3.1. Le cas particulier de l'expression raciste: quelques paramètres..... 187
4.3.1.1. L'arrêt *Chaplinsky* v. *New Hampshire* et la doctrine des "fighting words"..... 187
4.3.1.2. *Beauharnais* v. *Illinois* ou la chronique d'une mort annoncée..... 192
4.3.1.3. La lente agonie de *Beauharnais*..... 201
4.3.2. Le contrôle de la représentation sexuelle..... 215
4.3.2.1. L'expression sexuelle comme représentation indécente ou obscène.. 216
4.3.2.2. L'expression sexuelle comme représentation discriminatoire..... 219
4.3.2.3. Le premier amendement face à l'expression artistique..... 225

4.4. L'isolationnisme et l'exceptionnalisme dans le droit américain de la liberté d'expression..... 228

Chapitre 5. La liberté d'expression dans la critique identitaire..... 233

5.1. La liberté d'expression dans la critique féministe..... 235
5.1.1. Visages du féminisme juridique américain..... 237
5.1.1.1. Le féminisme libéral..... 241
5.1.1.2. Le féminisme culturel..... 243
5.1.1.3. Le féminisme radical..... 245
5.1.1.4. Le féminisme postmoderniste..... 249
5.1.1.5. Néo, post et anarcho-féminisme..... 253
5.1.2. La représentation sexuelle saisie par le féminisme radical: thèses et polémiques..... 254
5.1.2.1. Le féminisme radical et le contrôle juridique de la représentation sexuelle..... 256
5.1.2.1.1. La sexualité dans la théorie mackinnonnienne: description ou métaphore?..... 256
5.1.2.1.2. Les images pornographiques comme instruments androcentriques de construction sociale de la sexualité..... 266
5.1.2.1.3. Le droit complice: la liberté d'expression comme outil d'oppression..... 273
5.1.2.2. Le féminisme mackinnonnien ou la mécanisation de l'intime: les grands axes de la critique..... 286
5.1.2.2.1. La sexualité selon MacKinnon ou la dictature du constructivisme social..... 290

5.1.2.2.2. Le paradoxal rapport au droit de Catharine MacKinnon..... 310
5.1.2.2.2.1. Le rapport entre liberté d'expression et égalité: du conflit au conflit..... 310
5.1.2.2.2.2. De l'usage subversif du droit "mâle" et de sa transformation potentielle..... 314
5.1.2.2.2.3. Du sens et du droit: la saisie mackinnonnienne de l'expression polysémique..... 316
5.1.3. Féminismes, messianisme et démonologie..... 332

5.2. La liberté d'expression dans la *Critical Race Theory*..... 337
5.2.1. La *Critical Race Theory*: une (très) brève présentation..... 338
5.2.2. Les "Race-Crits" et le contrôle de l'expression raciste..... 355

Chapitre 6. Limites et promesses du contrôle juridique de l'expression antiégalitaire..... 377

6.1. La normativité au-delà du droit? L'État-Sysyphe, la force symbolique de la norme positive et le confinement du droit aux extrêmes..... 380

6.2. L'opérationnalité de la distinction entre l'expression offensante et l'expression abusive: l'exemple canadien..... 391

6.3. Penser l'identitaire dans le champ juridique..... 405

Conclusion de la deuxième partie: La crititique juridique identitaire comme révolution juridique?..... 413

CONCLUSION GÉNÉRALE..... 416

BIBLIOGRAPHIE..... 426

INTRODUCTION

> Le travail de la pensée n'est pas de dénoncer le mal qui habiterait secrètement tout ce qui existe, mais de pressentir le danger qui menace dans tout ce qui est habituel, et de rendre problématique tout ce qui est solide. L'"optimisme" de la pensée, si on veut employer ce mot, est de savoir qu'il n'y a pas d'âge d'or.[1]

> The job facing the cultural intellectual is (...) not to accept the politics of identity as given, but to show how all representations are constructed, for what purpose, by whom, and with what components.[2]

Le philosophe Charles Taylor qualifiait récemment les facultés de droit aux États-Unis de "centres dynamiques de la pensée sociale et politique sur les campus américains."[3] Il soulignait ainsi, à la suite de Tocqueville[4] et de bien d'autres, l'importance que prend le droit dans ce pays et celle toute particulière qu'y prend, en cette fin de siècle, la *politique des droits*. En fait, sans doute plus qu'ailleurs, le droit aux États-Unis se trouve au coeur des relations sociales. En plus de baliser ces relations, il sert également de levier à plusieurs groupes qui cherchent à faire reconnaître leurs revendications dans l'espace public. Comme le remarquait Laurent Cohen-Tanugi, "[l]e seul moyen de déplacer la frontière idéologique, économique ou sociale est (...) de conquérir de nouveaux droits, de faire reconnaître de nouveaux principes, par le contentieux principalement."[5] C'est ainsi qu'en plus d'être un des principaux agents de règlement des conflits sociaux aux États-Unis, le judiciaire sert aussi de forum où est constamment redéfinie "(...) l'identité mouvante de la "communauté" démocratique des individus égaux, (...)."[6] En fait, des trois pouvoirs qu'identifiait Montesquieu dans son *Esprit des lois*, le pouvoir judiciaire occupe peut-être la place la plus centrale dans la pratique démocratique américaine.

Divers facteurs expliquent cette situation, mais le très large pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois que s'est arrogée la Cour suprême de ce pays dès le début du 19ième

---

[1] M. FOUCAULT, "À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours", dans H.L. DREYFUS et P. RABINOW, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, collection Folio / essais, n° 204, p. 322, aux pp. 325-326.

[2] E. SAID, *Culture and Imperialism*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, p. 314.

[3] C. TAYLOR, *Grandeurs et misères de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992, p. 142.

[4] Voir généralement: A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1992.

[5] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, Quadrige / PUF, 1992, p. 154.

[6] Philippe RAYNAUD, "L'anticipation américaine", *Esprit*, n° 212, Juin 1995, p. 88-89, à la p. 89.

siècle en prononçant l'arrêt *Marbury* v. *Madison*[7], en constitue indéniablement un des plus significatifs. Cette cour, exerçant sa *kompetenz-kompetenz*, s'y déclarait en effet compétente pour invalider toute loi fédérale ou étatique contraire à la Constitution des États-Unis. Cet arrêt marque en fait le "(...) passage de l'ancien régime au constitutionnalisme moderne (...)"[8]. Toutefois, ce qui eût pu être perçu à toutes fins utiles comme un coup d'État du judiciaire, en ce que d'un trait, les volontés législatives "souveraines" devenaient questionnables, se fit presque sans heurt[9]. Le constitutionnalisme américain s'est ainsi très tôt caractérisé par une culture du litige constitutionnel, qui est allée en s'accentuant au fur et à mesure que se développait une culture, voire un culte, de la Constitution[10]. Ce rôle central des tribunaux américains comme diseurs de droit, les tenants du mouvement du réalisme juridique de l'avant-guerre l'avaient bien mis en évidence lorsqu'ils affirmaient qu'aux États-Unis, le droit est d'abord et avant tout ce que les tribunaux en disent[11]. Si ce slogan pourrait souffrir quelques nuances[12], il reste que son pouvoir d'évocation est indéniable. Aussi, force est de constater que bien que la détention par le pouvoir judiciaire d'un rôle de premier plan dans le processus de création du droit ne soit pas étrangère à la tradition juridique anglo-saxonne, ce rôle revêt une dimension toute particulière au sud du 49ième parallèle.

---

[7] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Sur le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux États-Unis, voir notamment: S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven / London, Yale University Press, 1990; R.F. NAGEL, *Constitutional Cultures. The Mentality and Consequences of Judicial Review*, Berkeley / Los Angeles / London, University of California Press, 1989; J.M. SOSIN, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York / Westport, Conn. / London, Greenwood Press, 1989.

[8] Voir sur cette question: J.-Y. MORIN, "Le pouvoir des juges et la démocratie: *Sed quis custodiet ipsos custodes?*", (1994) 28 *Revue juridique Thémis* 799, à la p. 806.

[9] *Ibid.*

[10] Ce n'est pas un hasard si le professeur Nagel lie le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois à une "mentalité". Il souligne ainsi le caractère éminemment culturel qu'a pris cette pratique aux États-Unis, celle-ci ayant depuis longtemps dépassé son statut juridique initial. Voir: R.F. NAGEL, *op. cit.*, note 7. Pour sa part, le professeur Morin remarque à propos de l'arrêt *Marbury* que: "Cette première affirmation de l'autorité juridictionnelle aurait pu demeurer sans lendemain, cependant, si elle ne s'était appuyée sur la longue tradition anglaise de l'indépendance des juges et n'était entrée peu à peu dans les moeurs politiques, entraînant l'adhésion de l'opinion publique." Voir: J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 8, p. 806.

[11] Voir notamment J.N. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970. Voir aussi le très important ouvrage de Morton Jay HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford / New York, Oxford University Press, 1992. Voir enfin, sur ce dernier ouvrage, Marie-Claire BELLEAU, "Le classicisme et le progressisme dans la pensée juridique aux États-Unis selon l'analyse historique de Morton J. Horwitz", (1993) 34 *Cahiers de droit* 1235-1257.

[12] En effet, il simplifie outrageusement le processus de création du droit et particulièrement la démarche herméneutique du juge. Aussi, analysant ce qu'il appelle le mécanisme du positivisme juridique et le cynisme du réalisme juridique, le professeur Ronald Dworkin signale-t-il, selon nous à juste titre, que "(...) both views are rooted in the same false dichotomy of finding and inventing law." Voir: R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 228.

Les juristes universitaires américains ont évidemment dû prendre acte de cet état de choses, l'ayant même encouragé à plusieurs égards. Mais ils en ont surtout profité pour élaborer une doctrine riche et protéiforme, allant du positivisme le plus traditionnel au nihilisme le plus radical. Au passage, ils auront rarement reculé devant l'appropriation d'autres disciplines, telles que la sociologie, l'anthropologie ou l'économie[13], les phagocytant selon leur bon vouloir et sans trop se préoccuper des questions méthodologiques soulevées par cette appropriation. La doctrine américaine s'est ainsi donné un rôle essentiel dans l'interprétation du droit, bien sûr, mais aussi dans sa construction proprement dite. Comme le note André Tunc, grand spécialiste français des droits anglo-saxons, son influence se fait largement sentir sur l'orientation des décisions judiciaires et sur la modernisation du droit en général[14].

Les vingt dernières années ont connu l'apparition d'une foison de mouvements de pensée juridique. On pense par exemple à des mouvements comme le *Law and Economics*, le *Law and Litterature* et le *Law and Society*, mais aussi à des courants critiques[15], comme les *Critical Legal Studies*. En simplifiant passablement, nous dirons que les tenants des *Critical Legal Studies* se sont attaqués au canon du libéralisme, tel qu'il se concrétise dans le système juridique américain, et à l'idée d'un droit autonome, parfaitement étanche aux influences extérieures. Bref, ils se sont acharnés à faire éclater une certaine "mythologie" du droit[16], jouant à cet égard un peu le même

---

[13] L. COHEN-TANUGI, *op. cit.*, note 5, p. 31.

[14] A. TUNC, "L'importance de la doctrine dans le droit des États-Unis", *Droits*, 20, 1994, p. 75. Notons cependant que la littérature juridique de nature dogmatique (la doctrine "doctrinale"), celle-là même qui a permis à la production intellectuelle des juristes américains d'acquérir l'influence que Tunc lui attribue, connaît un certain déclin, au profit d'une littérature plus théorique ou critique: G.C. LILY, "Law Schools Without Lawyers? Winds of Change in Legal Education", (1995) 81 *Virginia Law Review* 1421, p. 1432-1435. On reconnaît là la marque de la sempiternelle dialectique entre les vocations professionnelle et universitaire des facultés de droit universitaires. Cela dit, cette perte de popularité de la dogmatique juridique risque d'entraîner une perte d'influence des juristes universitaires sur les destinées du droit positif. C'est d'ailleurs cette disjonction entre théorie et pratique que regrettait récemment le juge Harry Edwards dans un article ayant suscité la polémique. Le juge Edwards s'en prenait notamment à l'abstraction de plus en plus grande qu'il percevait dans la littérature juridique américaine ainsi qu'au tournant interdisciplinaire de nombreux juristes universitaires américains. Citons-le: "We see "law professors" hired from graduate schools, wholly lacking in legal experience or training, who use the law school as a bully pulpit from which to pour scorn upon the legal profession." Voir: H.T. EDWARDS, "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession", (1992) 91 *Michigan Law Review* 34, à la p. 37. Sur la position du juge Edwards, voir notamment: "Symposium: Legal Education", (1993) 91 *Michigan Law Review* 1921. Pour une excellente analyse de la situation du "legal scolarship" aux États-Unis, voir: R.A. POSNER, *Overcoming Law*, Cambridge, Mass. / London, Harvard University Press, 1995, p. 91-102.

[15] Voir généralement: G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York / London, New York University Press, 1995; P. HALEWOOD, "Trends in American Critical Legal Thought", (1991) 25 *University of British Columbia Law Review* 105.

[16] Nous empruntons cette expression à P. FITZPATRICK, *The Mythology of Modern Law*, London / New York, Routledge, 1992.

rôle que la critique marxiste du droit en Europe continentale et en Amérique latine[17]. Pour y arriver, les *Critical Legal Studies* se sont surtout attachées à faire apparaître les enjeux sous-jacents au droit et à dénoncer ses prétentions à la neutralité. Avec les *Critical Legal Studies*, la pensée juridique américaine est pour ainsi dire entrée dans l'ère de la déconstruction. Toutefois, certains ont jugé le résultat de cette déconstruction par trop incomplet ou trop nihiliste. Trop incomplet, d'abord, en raison d'une appréhension boîteuse des diverses formes que prennent les rapports de domination mis en place et perpétués par le droit, au regard des multiples variables sur lesquelles ces rapports se fondent, comme par exemple la race, le sexe ou le genre[18]. Trop nihiliste, enfin, parce que le scepticisme radical infusé par les *Critical Legal Studies* dans l'analyse juridique a entraîné une dévalorisation du droit lui-même et, par extension, des droits qu'il consacre[19]. Ainsi, à force d'insister sur l'indétermination du droit, les tenants des *Critical Legal Studies* en sont venus à questionner l'utilité même des droits fondamentaux de la personne. Pourtant, comme l'a noté une auteure, des groupes sociaux ressentent bien souvent le droit comme étant justement "trop déterminé"[20] et se servent avec un certain succès de ces droits fondamentaux pour échapper à une condition dans laquelle des lois iniques les cantonnent. Au surplus, s'est-on demandé, pourquoi refuser a priori de tenter de "reconstruire" ces droits si l'interprétation dominante s'avère lacunaire? Le scepticisme doit-il mener nécessairement au nihilisme?

---

[17] À certains égards, les *Critical Legal Studies* américaines peuvent être associées à d'autres mouvements du même genre, comme celui de la *Critique du droit* en France. Voir en ce sens, A. HUNT, *Explorations in Law and Society. Towards a Constitutive Theory of Law*, New York / London, Routledge, 1993, p. 211. Sur le mouvement français de la *Critique du droit*, voir plus particulièrement l'article de M. MIAILLE, "Critique 1 - Critique du droit", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ième éd. revue et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 131.

[18] Voir notamment la critique que formule Catharine A. MacKinnon à l'encontre des tenants des *Critical Legal Studies*, qui, dit-elle, auraient omis de prendre acte de la place centrale qu'occupe le genre au sein des rapports de domination: C.A. MacKINNON, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge / London, Harvard University Press, 1989, p. 290, note infrapaginale 18. Voir aussi: P. GOLDFARB, "From the World of "Others" and Feminist Responses to Critical Legal Studies", (1992) 26 *New England Law Journal* 683; J. BRACAMONTE, "Foreword: Minority Critiques of the Critical Legal Studies Movement", (1987) 22 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 297; R. DELGADO, "The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?", (1987) 22 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 301.

[19] On trouvera un exemple frappant d'une telle entreprise de dévalorisation des droits dans l'ouvrage récent du professeur Allan Hutchinson de l'Université de Toronto. Voir: A.C. HUTCHINSON, *Waiting for CORAF. A Critique of Law and Rights*, Toronto / Buffalo / London, University of Toronto Press, 1995. Dans cet ouvrage, le professeur Hutchinson reprend le refrain habituel des "crits" pour étayer sa critique de la Charte canadienne. Typiquement, les critiques souvent bien fondées contre l'optimisme immodéré et un peu primaire des "pro-Chartes" sombrent assez rapidement dans un discours "anti-Chartes" au moins aussi primaire que le premier. Pour une brillante critique de l'ouvrage de Hutchinson, voir: J.A. MANWARING, "Waiting for Democracy - Allan Hutchinson's Programme for Progressive Politics: A Review Essay", (1995) 27 *Ottawa Law Review* 375.

[20] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 290, note infrapaginale 18.

Le pessimisme des tenants des *Critical Legal Studies* quant aux possibilités de transformer un tant soit peu la réalité sociale par le droit a donc été vite perçu par plusieurs comme étant intrinsèquement problématique[21]. D'une part, ce pessimisme niait une partie de la réalité, en l'occurrence les résultats parfois positifs découlant d'un usage bien ciblé des droits fondamentaux, et, d'autre part, il tuait tout espoir de transformer cette réalité autrement que par le long et sinueux processus du compromis politique ou, à l'inverse, par une révolution armée. D'où le désenchantement suscité dans certains cercles face aux *Critical Legal Studies*, désenchantement qui a en revanche favorisé l'émergence ou le renforcement d'autres mouvements de critique du droit[22], dont des juristes issus de groupes historiquement défavorisés furent les instigateurs[23].

---

[21] Comme le signale Duncan Kennedy, la troisième phase des *Critical Legal Studies*, débutant vers 1990, a notamment été caractérisée par "(...) l'émergence d'un débat sur la possibilité de coexistence des attitudes hyper-critiques de l'ancien cls, de Derrida et de Foucault, avec les aspirations programmatiques des activistes multiculturels, (...)." Voir: D. KENNEDY, "Critique 2 - *Critical Legal Studies*", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 137, à la p. 138.

[22] Un auteur note à cet égard que le départ d'un groupe d'intellectuels minoritaires du mouvement des *Critical Legal Studies*, en l'occurrence M. Matsuda, R. Delgado, P. Williams et C. West, pour former la *Critical Race Theory*, s'avère l'un des événements les plus intéressants de la dernière décennie: "What was revealed was a principled distrust for a radically utopian strain in CLS. West took to task American leftism for its undialectical, purely antagonistic relation to liberalism: If you don't build on liberalism, he argued, you build on air. In this vein, the minority legal scholars pointed out that those rudiments of legal liberalism -the doctrine of rights, for example, formality of rules and procedures, zones of privacy -that CLS wanted to trash as so much legalistic subterfuge were pretty much all they had going for them. So the irony was, when all the dust had cleared (I'm oversimplifying, of course, but not hugely), that the left minority scholars had retrieved and reconstituted liberalism. Some may well dismiss this as just another example of "uneven theoretical development", the minoritarian resistance to universalizing theory. It would be too easy thus to dismiss one of the most telling intellectual twists of recent memory." Voir: H.L. GATES Jr., *Loose Canons. Notes on the Culture Wars*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 187

[23] Sur le scepticisme des *Critical Legal Studies* eu égard à l'effectivité sociale du recours aux droits fondamentaux et sur les réactions qu'il a suscitées, voir généralement: D.A. PRICE, "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies", (1989) 48 *Cambridge Law Journal* 271; A. BARTHOLOMEW et A. HUNT, "What's Wrong With Rights?", (1990) 9 *Law and Inequality* 1; D. HERMAN, "Beyond the Rights Debate", *Social & Legal Studies*, Vol. 2 (1993), 25-43. Voir aussi M. MINOW, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1990, p. 164-172. Quoique, notons-le, ce scepticisme des *Critical Legal Studies* ne soit pas intrinsèquement et nécessairement inhibiteur d'action. En effet, comme le remarque un auteur quant aux conséquences de la déconstruction opérée par les tenants de ce mouvement: "Si toute construction juridique est à considérer comme artificielle, comme mystification, que faut-il en tirer comme conclusions quant à l'action? Très simplement, que rien ne nous est impossible. Que l'imagination politique n'a pas à être enfermée dans les bornes que lui imposent une certaine conception de la rationalité en droit." Voir: O. De SCHUTTER, "Les Critical Legal Studies au pays du droit international public", *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 585, à la p. 605. Pour un très robuste débat sur le cynisme des *Critical Legal Studies* et sur l'absence de toute proposition normative destinée à "remplacer" les normes traditionnelles passées au broyeur de l'analyse des tenants de ce mouvement, voir: R.M. FISCHL, "The Question That Killed Critical Legal Studies", *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, n° 17, Fall 1992, p. 779; suivi de la réplique de C.R. MASSEY, "The Faith Healers", *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, n° 17, Fall 1992, p. 821; suivi de la contre-réplique de R.M. FISCHL, "Privileged Positions", *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, n° 17, Fall 1992, p. 831.

En réaction aux *Critical Legal Studies*, dont l'approche était jugée un peu trop surplombante, désincarnée et utopique, ces mouvements critiques ont préféré axer leurs recherches sur l'impact concret du droit étatique sur le statut social de certains groupes, lesquels, pour l'essentiel, ont été identifiés et circonscrits à partir de la variable identitaire. Mais surtout, ces mouvements se sont associés à un projet émancipateur. Parmi eux, on compte principalement la critique féministe du droit, la *Critical Race Theory* et la *Gaylegal Theory*. Au-delà de leurs divergences, ces mouvements présentent de nombreuses similitudes, tant au plan méthodologique qu'au plan analytique ou idéologique. Ils se retrouvent au sein de ce que nous appelons la "critique juridique identitaire américaine". Cela dit, les lacunes des *Critical Legal Studies* n'ont pas seules favorisé l'éclosion de cette critique identitaire. En effet, celle-ci s'inscrit dans une mouvance historique plus globale, qui remonte à la lutte pour les droits civils entreprise dans les années cinquante par divers groupes historiquement défavorisés comme les femmes ou les minorités raciales. Ainsi, un peu paradoxalement, la critique juridique identitaire américaine a des liens de filiation tant avec les *Critical Legal Studies* qu'avec le *Civil Rights Movement* des années cinquante et soixante. En cela, elle se trouve dans une étrange tension entre ses visées déconstructrices, au premier degré, et reconstructrices, au second degré[24]. Mais, le nihilisme butant sur l'espoir, cette tension se résout ultimement dans son projet émancipateur.

En dépit des brèches réalisées lors de la grande période du *Civil Rights Movement*, ce n'est vraiment qu'à partir de la fin des années soixante que l'on a assisté à une intensification des revendications égalitaristes de ces groupes historiquement défavorisés. Arguant être victimes de discrimination fondée sur leur identité sexuelle ou raciale, ils ont entrepris de confronter les préjugés de la société libérale, remettant ainsi systématiquement en question les modèles dominants et réclamant leur inclusion dans la société. Bref, la société et ses systèmes normatifs n'ont plus simplement été jugés à travers le prisme de l'égalité formelle[25], mais surtout à travers celui de l'égalité concrète[26]. La légitimation politicojuridique de quelques-unes de leurs

---

[24] Angela Harris remarquait à cet égard au sujet de la *Critical Race Theory* que, malgré cette tension, ce courant critique était d'abord "(...) redemptive, not deconstructive." Voir A.P. HARRIS, "Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction", (1994) 82 *California Law Review* 741, à la p. 743.

[25] La majorité des tenants de la critique juridique identitaire ne s'opposent pas intrinsèquement à l'égalité formelle. Ils y sont même en principe favorables, sauf qu'ils sont conscients de ses limites en ce qui a trait à la réalisation de leurs visées émancipatrices. Voir en ce sens: M.J. FRUG, *Postmodern Legal Feminism*, New York / London, Routledge, 1992, p. 30.

[26] Nous référons ici au concept que les anglophones désignent par l'expression "substantial equality". Certaines auteures, comme la professeure Josée Bouchard, traduisent ce concept en utilisant l'expression "égalité véritable". Voir: J. BOUCHARD, "Aperçu comparatif du concept d'égalité en droit constitutionnel américain et canadien", (1992) 5 *Revue canadienne Femme et Droit* 87. Cependant, nous estimons problématique de spolier l'égalité formelle de tout idée de véracité. En effet, l'égalité formelle, dans certains cas, assure bel et bien l'égalité concrète et réelle de toutes et tous. Le cas échéant, elle est indubitablement véritable. Aussi, opposer systématiquement égalité formelle et égalité véritable nous semble abusif, en plus de porter un jugement de valeur définitif sur les

revendications - pensons aux programmes d'équité en matière d'emploi - n'a toutefois pu masquer l'essoufflement qu'a connu le *Civil Rights Movement* à partir des années soixante-dix. Le discours identitaire s'est alors fait plus radical, cessant de présenter l'intégration des groupes historiquement défavorisés comme la panacée à tous leurs maux. En sorte qu'aujourd'hui, ce discours ne réclame plus tant l'inclusion inconditionnelle de ces groupes dans la société globale que la création de sphères où ceux-ci peuvent affirmer et perpétuer leur différence à l'abri des normes de la société majoritaire. Procédant d'une logique "conservatrice"[27], il soutient ainsi que l'aboutissement d'un processus d'auto-détermination identitaire peut se trouver dans la séparation plutôt que dans l'intégration.

Mais, que ses visées soient intégrationnistes ou ségrégationnistes, toute volonté d'auto-détermination identitaire présuppose l'existence de conditions sociales susceptibles d'en favoriser la concrétisation. Ainsi, dans la mesure où la représentation des identités influe considérablement sur le statut social de leurs possesseurs, on imagine l'importance que revêt pour eux le contrôle de cette représentation. Dans le même ordre d'idées, l'égalité concrète des groupes historiquement désavantagés impliquera que leur représentation sociale soit soumise à un certain contrôle, qui sera généralement d'origine étatique, si elle contribue à la perpétuation de ce désavantage. Aussi n'est-il pas étonnant que la critique juridique identitaire accorde autant d'importance à cette question. Mais si ces velléités de censure vont directement à l'encontre de la conception dominante de la liberté d'expression dans nos sociétés occidentales, conception qui est axée sur la primauté de l'individu sur la communauté, elles reposent en revanche sur des fondements philosophiques et juridiques sérieux. Elles affirment en effet la nécessité de prendre en considération, dans l'interprétation de cette liberté, l'impact de certaines formes d'expression sur l'égalité des groupes historiquement désavantagés au sein de la société. Dans les discours les plus radicaux, on proposera même de substituer au primat de la liberté celui de l'égalité, cherchant ainsi

---

possibles de l'égalité formelle. Sur l'importance de ne pas jeter aux poubelles l'égalité formelle sous prétexte de sa conception lacunaire, voir: D. RÉAUME, "The Social Construction of Women and the Possibility of Change: Unmodified Feminism Revisited", (1992) 5 *Canadian Journal of Women and the Law* 463, à la p. 481. Nous préférerons donc parler plutôt d'égalité "concrète" ou "contextualisée" pour désigner la "substantial equality" des anglophones. Le professeur Proulx affirme à cet égard: "[O]n découvre de plus en plus la fausse contradiction que les tribunaux et les auteurs ont souvent établie entre les notions de liberté et d'égalité, afin de justifier, dans une société libérale, la primauté de la première sur la seconde. (...) L'égalité n'est rien d'autre en réalité que le droit de jouir concrètement des mêmes libertés que les autres, quelle que soit la condition particulière d'une personne ou du groupe à travers lequel la société la voit et l'évalue." Voir: D. PROULX, "Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité", dans: G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strabourgeoises 1988*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1989, p. 61, à la p. 70.

[27] Nous parlons ici de logique conservatrice en ce que cette logique vise à conserver intacte l'intégrité identitaire du groupe qui l'adopte.

implicitement à obtenir la reconnaissance d'un droit positif à l'identité, voire à l'intégrité de cette identité.

Derrière les débats que suscitent de telles propositions, derrière la juridicisation de l'"identitaire" qui frappe présentement les sociétés nord-américaines, se pose une question absolument fondamentale: comment le droit, et plus particulièrement le droit constitutionnel, connaît-il les identités? Force est d'abord de constater que le droit agit socialement comme un pourvoyeur d'identités, c'est-à-dire qu'il reconnaît certaines identités et en oblitère d'autres. Mais tout cela semble fait "naturellement", comme si la reconnaissance ou l'occultation de telle ou telle identité allait de soi, bref, comme si l'identité était un simple "donné" dont on prend acte dans le champ du droit. Autrement dit, l'identité est généralement vue en droit comme une notion non problématique. Or, nous montrerons dans cette thèse que tel n'est pas le cas, l'identité étant plutôt un "construit" qu'il importe de reproblématiser afin de paver la voie à une saisie juridique minimalement adéquate du phénomène identitaire. De sorte qu'une révision des paramètres devant encadrer cette saisie ne peut se faire qu'en partant de la réalité protéiforme de ce phénomène, quitte à remonter ensuite au droit, plutôt que de continuer à l'observer à partir des paramètres en place, qui sont insuffisants, voire carrément déficients.

Cela met en lumière l'*objectif premier* de cette thèse, qui est de contribuer à la réflexion sur la problématique "droit et identité" en abordant la saisie juridique des phénomènes identitaires sous l'angle d'une épistémologie de la pensée juridique. Ce prisme, qui sera privilégié à toutes les étapes de cette thèse, nourrira notre réflexion dans l'optique de poser des paramètres susceptibles d'assurer une saisie juridique complexe de ces phénomènes. C'est du reste à dessein que nous parlons d'une *épistémologie de la pensée juridique*, car si le droit positif retiendra inévitablement notre attention, nous nous intéresserons d'abord à la manière dont les acteurs du droit connaissent les phénomènes que celui-ci est appelé à appréhender. Il s'ensuit que nous nous préoccuperons surtout (quoique pas uniquement) dans cette thèse du processus de connaissance juridique plutôt que de la substance de cette connaissance. En fait, par définition, une approche épistémologique vise avant toute chose à déterminer les limites d'un discours, qu'il soit juridique ou non. Afin d'identifier ces limites, nous nous inspirerons de l'épistémologie bachelardienne et emploierons un concept qui, à notre connaissance, n'a jamais été utilisé auparavant pour analyser et critiquer la saisie juridique des phénomènes identitaires, le concept d'*obstacle épistémologique*. Dans cette optique, notre dissection des discours identitaristes et de ceux qui, bien que prétendant ne pas l'être, ne le sont pas moins que les premiers, cherchera à mettre en lumière les obstacles épistémologiques qui font en sorte que, dans ces deux discours apparemment opposés, la saisie juridique de l'identité s'avère insatisfaisante ou manque de complexité.

Au plan théorique, l'adoption d'un prisme épistémologique, avec la critique tous azimuts qu'il suppose, emporte des conséquences. Ainsi, il n'entre *pas* dans le propos de cette thèse de proposer une ontologie du droit ou une théorie générale du droit. Dans ce sens, plutôt que de prôner une théorie totalisante ayant trait à la nature ou au fonctionnement du droit, nous nous en tiendrons à mettre de l'avant des "outils théoriques" qui, bien que plus modestes, sont peut-être plus aptes à prévenir les errements des discours juridiques qui tentent d'appréhender les phénomènes identitaires. Malgré ce qui précède, le fait que l'objet de cette thèse ne soit pas de proposer une théorie globale du droit ne nous empêche pas d'avoir une "vision" du droit, que nous concevons comme un champ où s'affrontent des valeurs sociales concurrentes, qui sont tantôt reçues dans le droit tantôt rejetées par lui.

C'est également à travers un prisme épistémologique que nous nous intéresserons aux idées avancées dans la critique juridique identitaire américaine au sujet du rapport qui devrait être établi entre la liberté d'expression et le droit à l'égalité au moment de statuer sur l'opportunité de réglementer l'expression antiégalitaire et, le cas échéant, sur la constitutionnalité d'une telle réglementation. Qui plus est, les thèses de la critique juridique identitaire à ce sujet s'avèrent particulièrement intéressantes en ce qu'elles procèdent de présupposés épistémologiques différents de ceux, neutralistes et objectivistes, qui fondent traditionnellement la saisie juridique des phénomènes identitaires. Aussi, parce l'expression antiégalitaire construit en partie la réalité sociale des groupes qu'elle cible, sa saisie dans le champ du droit présente à nos yeux un intérêt évident puisque la problématique qu'elle pose se situe à l'interface des préoccupations contemporaines concernant, d'une part, l'avenir du constitutionnalisme dans les sociétés multi-identitaires, d'autre part, les processus de transformation du droit constitutionnel à l'ère postmoderne, et, enfin, la saisie juridique du phénomène identitaire.

Au vu de ce qui précède, le *second objectif* de cette thèse est donc de déterminer dans quelle mesure les propositions de cette critique juridique identitaire, autant à propos de l'articulation du rapport entre la liberté d'expression et l'égalité que de la saisie juridique de l'identité comme telle, sont transposables dans le droit positif. Il s'agira ainsi d'identifier les écueils sur lesquels peuvent buter ces propositions dans leurs velléités d'être cooptées ou, plus précisément, de voir quels obstacles épistémologiques, dans le droit positif ou dans la pensée juridique dominante, sont susceptibles d'en prédéterminer le rejet, le cas échéant. Quels sont, par ailleurs, les obstacles dont ces propositions sont-elles mêmes porteuses? Au surplus, quelles peuvent être les conséquences, révolutionnaires ou non, de leur réception en droit positif, d'abord au regard de la liberté d'expression, mais aussi au regard de l'orientation de la saisie juridique des identités? Enfin, comment, en droit, prendre en même temps acte du caractère mouvant des identités, de l'exigence

démocratique de concrétiser autant l'égalité que la liberté d'expression et, enfin, de la nécessité de saisir le mieux possible la nature polysémique de plusieurs formes d'expression?

Pour répondre à ces questions, nous concentrerons principalement notre étude sur la construction de la liberté d'expression dans la pensée juridique américaine. Pourquoi donner le premier rôle à cette pensée juridique-là? Premièrement parce que les États-Unis forment le terreau où a d'abord fleuri la critique juridique identitaire qui nous intéresse dans cette thèse; deuxièmement en raison de la longue expérience de ce pays en matière d'interprétation des droits fondamentaux et des libertés publiques; troisièmement, parce que, règle générale, c'est la pensée juridique américaine qui influe sur les autres, incluant la canadienne - et non l'inverse -; quatrièmement, parce que cette influence risque de s'accroître encore à la faveur du phénomène actuel de "mondialisation du droit", qui rime souvent avec "expansion du droit américain". Cela dit, nous explorerons comment, depuis sa constitutionnalisation il y a plus de deux cents ans dans le *Bill of Rights*[28], l'interprétation américaine de la liberté d'expression a évolué, quelles justifications philosophiques on lui a donné, quelle mythologie s'est par le fait même installée, et quel a été le sort réservé aux considérations égalitaristes dans son interprétation. Nous verrons également que, dès les années soixante-dix, des mouvements de critique juridique ont entrepris de déconstruire l'interprétation majoritaire, en l'occurrence libérale, de cette liberté. Jaugée à l'aune d'identités particulières, l'acception positive de la liberté d'expression a été critiquée au motif qu'elle participait à la reproduction des rapports de domination dans la société, du fait que son architecture reflétait un point de vue essentiellement masculin et blanc. Nous examinerons à cet égard l'impact de la critique identitaire sur la pensée juridique américaine à partir des variables qui, plus que toutes les autres, ont attiré l'attention des juristes depuis vingt-cinq ans, soit le sexe, d'une part, et la race, d'autre part. Nous en identifierons les principaux axes, comme ceux du contre-discours qu'elle inspire, en cherchant à mettre en relief les rapports ambivalents que ces discours entretiennent avec la modernité juridique. Cet examen révélera qu'alors que le discours des tenants de la critique juridique identitaire se veut explicitement identitariste, celui de leurs adversaires, qui récusent pourtant tout "identitarisme" dans la pensée juridique, ne l'est pas moins. L'angoisse identitaire des uns répond à celle des autres et cette double angoisse influe sur l'évolution de la pensée juridique et, accessoirement, sur celle du droit positif.

Cette angoisse, malheureusement, amplifie le rôle déjà trop grand que joue le manichéisme dans la saisie juridique des phénomènes identitaires, lequel se traduit ou bien par une dévalorisation quasi

---

[28] *United States Constitution, American Bill of Rights, Articles in Addition to, and Amendment of the Constitution of the United States of America, Proposed by Congress, and Ratified by the Legislatures of the Several States, Pursuant to the Fifth Article of the Original Constitution.*

systématique des identités sous prétexte que leur affirmation relève de l'irrationnel et du subjectif, donc du négligeable, ou bien par une sur-détermination des différences identitaires et une sur-valorisation corollaire des subjectivités, une négation des possibles de l'universel et un anti-rationalisme primaire. Pour miner l'empire du manichéisme, pour éviter de même le triomphe du dogmatisme et de la pensée totalitaire, nous proposerons donc l'adoption d'une *épistémologie de la complexité*, fondée sur le doute. L'adoption d'une telle épistémologie est commandée, soutiendrons-nous, par le devoir *éthique* d'ouverture à la parole de l'Autre qui nous incombe dans une société valorisant l'égalité, le pluralisme et le respect de l'égale dignité de chacun. Le doute qu'elle suppose vise à rendre constante la réflexion sur nos convictions et sur la manière dont nous appréhendons les faits. Il doit être vu comme un moyen de combattre les certitudes trop confortables et les préjugés dans lesquels s'engonce la pensée dès lors que la dimension "foi" d'une conviction en vient à prendre le pas sur la dimension "critique" de cette pensée. Cela dit, préconiser l'adoption d'une épistémologie de la complexité et, partant, dénoncer les intégrismes ainsi que les processus par lesquels ceux-ci se construisent et se maintiennent, n'emporte nullement qu'il faille se cantonner dans l'indécision ou la passivité. Le doute peut être vu comme un frein, mais il peut aussi servir de tremplin pour aller vers l'Autre, pour s'ouvrir à lui ou elle.

Ce devoir éthique d'ouverture à la parole de l'Autre trouve d'ailleurs une application éclatante au moment d'appréhender les rapports entre la liberté d'expression et l'égalité afin d'évaluer l'opportunité de contrôler juridiquement l'expression antiégalitaire. Sur cette question, la contribution des tenants de la critique identitaire s'avère, comme nous le montrerons, d'une importance considérable. Au moyen d'une analyse des effets concrets de certaines formes d'expression, en l'occurrence la pornographie et l'expression haineuse, et d'une déconstruction de la rhétorique naïve et idéaliste qui inspire trop souvent l'interprétation juridique de la liberté d'expression, ceux-ci ont en effet entrepris de démythifier cette liberté, bien que l'on puisse reprocher à certains d'entre eux de faire trop peu de cas de son importance historique, tout comme leurs adversaires négligent parfois reconnaître à l'égalité la place qui devrait normalement lui revenir dans une société démocratique.

Mais comment aller au-delà des oppositions stériles entre deux droits aussi fondamentaux l'un que l'autre? Nous affirmerons dans cette thèse la nécessité de rejeter une fois pour toutes les approches absolutistes qui ne font qu'assurer l'échec de l'inévitable médiation qui doit être opérée entre ces deux droits. Il faut ainsi reconnaître d'emblée qu'une telle médiation résultera nécessairement en un compromis qui ne poura être obtenu qu'à la suite d'une négociation raisonnée, c'est-à-dire une négociation où chacune des parties se perçoit comme ayant gagné quelque chose. Mais comment concrétiser cette approche s'agissant d'articuler le rapport entre la

liberté d'expression et le droit à l'égalité? Comment, autrement dit, déterminer les limites légitimes de la liberté d'expression dans une société qui valorise l'égalité, sans pour autant restreindre indûment cette liberté? Nous proposerons à cet égard de distinguer l'*expression offensante*, qui s'attaque aux idées et aux valeurs des individus ou des groupes, de l'*expression abusive*, qui s'attaque quant à elle à l'humanité même de ses cibles. Sans être absolument optimale ou d'une limpidité parfaite, cette distinction, soutiendrons-nous, n'en est pas moins raisonnable et suffisamment flexible pour permettre une appréciation contextuelle des enjeux soulevés dans chaque espèce. Au surplus, elle est opérationnelle, tel que l'illustre la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d'expression antiégalitaire, rendue en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*[29].

Fait intéressant, cette Cour s'est montrée beaucoup plus réceptive que son homologue américain aux thèses des tenants de la critique juridique identitaire. Notre projet d'épistémologie de la *pensée juridique* nous incitant à établir des liens entre le droit et les valeurs essentielles des sociétés où il éclôt[30], nous soutiendrons qu'au-delà de son statut de liberté fondamentale dans toute État démocratique, la liberté d'expression s'est vue attribuer aux États-Unis une *charge identitaire* qu'elle ne possède pas au Canada. Or, l'interprétation libertaire de cette liberté, qui tient le haut du pavé aux États-Unis, repose sur une structure métaphorique et mythologique qui s'inscrit dans le *récit identitaire* américain, lequel limite d'emblée les possibilités d'ouverture du droit américain de la liberté d'expression à des discours "autres" comme celui de la critique juridique identitaire, contribuant dès lors à préserver le statu quo interprétatif. L'identité américaine, telle que modélisée dans le récit majoritaire, agit ainsi comme une identité-limite plutôt que comme une identité-tremplin.

Cette distinction entre *identité-limite* et *identité-tremplin* est du reste au coeur des thèses que nous avancerons, en fin de parcours, sur la saisie constitutionnelle des identités. Après avoir identifié les obstacles épistémologiques sur lesquels peut buter leur appréhension juridique complexe, il convient en effet de s'interroger sur la gestion juridique des "frottements identitaires". Nous soutiendrons à cet égard que toute revendication identitaire doit être formulée de manière qu'elle puisse s'inscrire dans le périmètre normatif qu'impose le cadre démocratique, ce qui exige

---

[29] *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44, ci-après désignée indifféremment sous son titre complet ou sous les appellations "Charte canadienne" ou "Charte". Pour éviter trop de lourdeur infrapaginale, un renvoi à la présente note ne sera fait que lorsque nous traiterons d'une problématique ayant trait à l'application de la Charte à des cas spécifiques.

[30] Voir en ce sens: P. GROSSI, "Pensée juridique", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 426, à la p. 426.

minimalement que toute revendication de cette nature procède d'une conception qui fasse de l'identité un tremplin plutôt qu'une limite, d'une part, et, dans la foulée de notre prise de position en faveur d'une saisie complexe de l'identité, que toute affirmation d'un droit à l'identité soit accompagnée de l'affirmation concomitante d'un droit à l'ambiguïté identitaire, d'autre part. Dans le concret, ceci doit s'entendre comme l'affirmation du primat de la *liberté identitaire*. Cependant, cette liberté identitaire doit être plus qu'une liberté négative. Puisqu'une saisie complexe de l'identité suppose de prendre en considération la dimension collective de celle-ci, il s'avère en effet essentiel que la conceptualisation d'une telle liberté identitaire laisse place à la dimension positive de cette liberté. Ce n'est en fait que dans cette mesure que l'idée de liberté identitaire pourra servir de norme référentielle à une démarche d'autodéploiement collectif d'*une* identité qui se voudrait non mutilante de la complexité des *autres* identités individuelles affectées par cette démarche. Pour qu'aboutisse un tel projet, toutefois, il faut que toute personne soit considérée comme un Sujet pleinement capable. D'où, plaiderons-nous, l'opportunité d'effectuer un retour vers un *humanisme juridique critique*, dont la tâche principale serait d'assurer l'accession réelle des membres de groupes historiquement désavantagés - ceux-là même pour qui la critique juridique identitaire prend fait et cause - au rang de Sujets.

Comment regarde-t-on? Comment connaît-on? C'est en bout de ligne à ces deux questions fondamentales que cette thèse cherche à répondre, sachant que la manière dont on regarde influe sur la manière dont on connaît qui, elle-même, conditionne la manière dont on représente. Or, comme nous le démontrerons, c'est d'abord et avant tout par un questionnement sur nos processus de connaissance que nous pouvons éviter, le plus possible du moins, que nos représentations soient trop mutilantes de la réalité de celles et ceux que l'on veut représenter ou à qui l'on veut s'adresser, C'est ainsi, bref, que nous pouvons éviter que ces représentations soient insuffisamment complexes. Dans cette mesure, donc, cette thèse en est fondamentalement une sur le *regard*.

Pour aborder toutes ces questions, nous suivrons le plan suivant. La première partie de cette thèse sera consacrée à une réflexion *d'ordre général* sur l'épistémologie et la méthodologie du droit face aux questions identitaires, réflexion à partir de laquelle nous élaborerons notre cadre théorique. Au *chapitre premier*, nous brosserons un bref portrait de la critique juridique identitaire, ce qui nous permettra de préciser l'échantillon intellectuel sur lequel nous travaillerons. Le *second chapitre* traitera essentiellement du concept d'obstacle épistémologique et de son utilité pour analyser la saisie juridique des phénomènes identitaires. Nous nous intéresserons au *troisième chapitre* au questionnement épistémologique dont la critique juridique identitaire est porteuse, après quoi nous identifierons certains paramètres qui, selon nous, devraient présider à

une saisie juridique complexe de l'identité. C'est à ce stade que nous défendrons notre thèse voulant que seule l'adoption d'une épistémologie de la complexité est susceptible de permette à la pensée juridique de dépasser le manichéisme.

Ces questions fondamentales étant réglées, nous analyserons et critiquerons dans la *seconde partie* les discours et contre-discours qui s'affrontent au sujet de la saisie constitutionnelle des identités et du contrôle de l'expression antiégalitaire. Cette problématique particulière nous servira en quelque sorte de "laboratoire" pour la vérification des thèses épistémologiques avancées en première partie. Nous discuterons d'abord, au *chapitre quatre*, de la liberté d'expression dans le droit positif des États-Unis, en en montrant la structure mytho-logique. Nous étudierons ensuite au *chapitre cinq* les diverses variantes du discours féministe sur la liberté d'expression, après quoi nous examinerons, plus brièvement toutefois, les thèses des tenants de la *Critical Race Theory*. Ceci fait, nous évaluerons au *chapitre six* les promesses et les limites du contrôle de l'expression antiégalitaire, pour terminer ce chapitre sur des considérations plus normatives ayant trait à la manière de penser l'identitaire dans le champ du droit.

PREMIÈRE PARTIE: LA SAISIE JURIDIQUE DU PHÉNOMÈNE IDENTITAIRE: ÉPISTÉMOLOGIE ET MÉTHODOLOGIE

> Lawyers and judges who address legal questions of identity should keep in mind its kaleidoscopic nature. They should examine the multiple contributions given to any definition of identity. They ought to examine the pattern of power relations within which an identity is forged. And they need to explore the pattern of power relationships within which a question of identity is framed... Who picks an identity and who is consigned to it?[31]

> L'émancipation ne consiste pas tant (...) à interchanger les rôles d'opprimé et d'oppresseur qu'à changer fondamentalement la façon d'appréhender les modes de définition de l'identité.[32]

À travers ces citations, Martha Minow et Lise Noel nous invitent à un voyage dans un pays peu fréquenté par les juristes, l'épistémologie. S'ils le visitent parfois, c'est le plus souvent accidentellement et un peu contre leur gré, c'est-à-dire lorsque l'étude d'une question de droit positif l'exige. Et même alors, ils se montreront réticents à reconnaître le caractère épistémologique de leur réflexion. On fera cette réflexion et on passera aussitôt à autre chose. Point à la ligne. Sauf qu'avec l'avènement des Chartes, le droit est de moins en moins pur et les vagues standards posés dans ces intruments constitutionnels ouvrent la porte à toutes sortes de revendications où s'entremêlent le social, le politique et, bien sûr, le juridique. Dans la mesure où ces revendications ne manquent pas d'agiter le fleuve tranquille de l'épistémologie posiviste et s'en prennent à certains dogmes du savoir juridique dominant, un voyage au pays de l'épistémologie paraît dès lors s'imposer. Ce voyage, nous le ferons dans cette première partie, mais à dessein et de plein gré. Mais la présence d'un questionnement de ce type au sein même du courant de pensée juridique qui constitue, en quelque sorte, la matière brute de notre analyse, nous force à préciser d'entrée de jeu certaines notions épistémologiques que nous utiliserons assez fréquemment et qui, tout au long de cette thèse, viendront teinter et alimenter notre réflexion.

D'abord, qu'est-ce que l'épistémologie? Cette question est tout à fait pertinente au regard du désintérêt historique des juristes pour cette discipline[33]. Dans son acception courante,

---

[31] M. MINOW, "Identities", (1991) 3 *Yale Journal of Law & the Humanities* 97, aux p. 98-99.

[32] L. NOEL, *L'intolérance. Une problématique générale*, Montréal / Paris, Boréal / Seuil, 1991, collection "Boréal Compact", n° 30, p. 170.

[33] V. VILLA, "Normative Coherence and Epistemological Presuppositions of Justification", dans P. NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 431, à la p. 431.

l'épistémologie est définie comme l'"[é]tude critique des sciences, destinée à déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée."[34] Elle a pour but, nous dit Gilles Gaston Granger,

> (...) d'expliciter des relations non immédiatement apparentes entre concepts; de discerner le rapport des connaissances parcellaires à des totalités potentielles, peut-être même seulement virtuelles et irréalisables en fait, mais qui fournissent un moteur et donnent un sens à la connaissance scientifique. (...) La tâche propre de l'épistémologie est donc *herméneutique* et *historico-critique*; elle consiste à faire apparaître des organisations de concepts, qu'elles soient achevées ou imparfaites, des difficultés, ou obstacles, ou incohérences, des ouvertures, des points "sensibles".[35]

L'épistémologie représente donc, pour l'essentiel, une théorie de la connaissance dans un champ quelconque du savoir. Plus spécifiquement, cette discipline s'intéresse à la question suivante: comment, dans une discipline donnée, le savoir est-il produit et à partir de quels postulats? Ainsi, l'épistémologie juridique cherchera à constituer une "[t]héorie de la connaissance du droit (...) [, faisant d'elle le] domaine de l'étude des modalités selon lesquelles les assertions de droit ou portant sur le droit sont fondées et produites."[36] En ce sens, comme le note le professeur Melkevik, "(...) toute réflexion sur l'épistémologie juridique réfère nécessairement à des conceptions de scientificité et de rationalité établies autrement (...) [et] (...) consiste en grande partie à élucider la relation entre la spécificité du droit et la possibilité de la connaissance telle que développée par une théorie épistémologique spécifique."[37]

Derrière cela se profile une distinction fondamentale, liée à l'acception même qui est donnée au concept de "droit", entre le droit comme "ensemble de normes spécifiques" et le droit comme "savoir qui porte précisément sur ces normes."[38] Aussi Christian Atias divise-t-il, dans cet ordre d'idées, l'épistémologie juridique en deux grands champs, soit l'épistémologie du droit positif et l'épistémologie du savoir des juristes[39]. Cette distinction en rappelle bien sûr une autre, faite par

---

[34] P. ROBERT, *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, éd. remaniée et amplifiée sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, p. 797.

[35] G. G. GRANGER, "À quoi sert l'Épistémologie?", *Droit et Société*, N° 20-21, 1992, p. 39, à la p. 40.

[36] J.-F. PERRIN, "Épistémologie juridique", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 228, à la p. 228.

[37] B. MELKEVIK, "Qu'est-ce que la philosophie du droit? Le concept de droit et la réflexion philosophique", *Cahiers DIKÈ UQAM, Série 1*, 1993-1994, p. 1, à la p. 3.

[38] J.-F. PERRIN, *loc. cit.*, note 36, à la p. 230.

[39] C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, collection "Que sais-je?", n° 2840, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 43-46. Il convient ici de noter que cette division ne recouvre pas tout le spectre des théories épistémologiques applicables ou appliquées au regard du droit et de son étude. Pour un bon aperçu de ces théories, voir J.-F. PERRIN, *loc. cit.*, note 36.

Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*, celle entre les *normes juridiques* (normes positives à caractère prescriptif) et les *propositions de droit* (propositions normatives à caractère descriptif)[40].

Dans le cadre de notre étude de la critique juridique identitaire, une telle distinction revêt une importance considérable en ce que, précisément, cette critique analyse le droit positif et ses modes de production à la lumière de propositions normatives qui se veulent "alternatives". En ce sens, on peut dire que cette critique a vocation épistémologique. De même, par la façon dont elle entrevoit les rapports du droit avec les autres sous-systèmes sociaux et par la conception différente des modes de production et d'interprétation du droit que prônent ses tenants, elle est porteuse d'une *rupture épistémologique*[41], rupture qui est essentiellement fondée sur un rejet de la coupure épistémologique moderne entre les dimensions sensible et rationnelle de la connaissance[42]. Cette dichotomie rationnel / sensible renvoie par ailleurs à une seconde typologie qui sert à distinguer les formes que prend l'épistémologie dans le champ du droit. Cette typologie divise en deux courants l'épistémologie juridique, savoir, celle de l'observateur et celle de participation. D'une part, l'épistémologie de l'observateur "(...) se fonde sur le paradigme d'un individu qui "observe" théoriquement son objet et qui, selon des règles scientifiques plus ou moins établies parmi les différentes théories de la connaissance, expliquera son objet."[43] Ce type d'épistémologie juridique tente en quelque sorte de se conformer au modèle classique des sciences "dures" et, dans cette optique, "(...) prêche plutôt pour la "neutralité" (...)."[44] À l'inverse, l'épistémologie de

---

[40] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Chs Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 97-103.

[41] Voir généralement, G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, 4ième édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

[42] Gaston Bachelard a peut-être mieux que quiconque décrit l'esprit animant la coupure épistémologique moderne en affirmant ceci: "À notre avis, il faut accepter, pour l'épistémologie, le postulat suivant: l'objet ne saurait être désigné comme un "objectif" immédiat; autrement dit, une marche vers l'objet n'est pas initialement objective. Il faut donc accepter une véritable rupture entre la connaissance sensible et la connaissance scientifique. (...) les tendances normales de la connaissance sensible, tout animées qu'elles sont de pragmatisme et de réalisme immédiats, ne détermin[ent] qu'un faux départ, qu'une fausse direction. En particulier, l'adhésion immédiate à un objet concret, saisi comme un bien, utilisé comme une valeur, engage trop fortement l'être sensible; c'est la *satisfaction intime*; ce n'est pas *l'évidence rationnelle*." Voir G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12ième éd., Paris, Vrin, 1983, pp. 239-240. Cependant, si cette coupure entre le rationnel et le sensible présente un certain intérêt comme modèle d'un état idéal dans lequel devraient se dérouler les expériences scientifiques, elle pose néanmoins problème lorsqu'elle est utilisée comme outil d'objectivation d'expériences qui ne sont pas comme telles objectives. Du reste, la mise en oeuvre de cette coupure paraît plus facilement envisageable dans les disciplines scientifiques "dures" que dans les sciences humaines et, a fortiori, dans des disciplines non scientifiques comme le droit ou la philosophie du droit (par opposition aux disciplines relevant de la science du droit, comme la sociologie ou l'anthropologie du droit). Dans cet ordre d'idées, le sociologue Michel Maffesoli n'hésite pas à parler de l'"obsolescence" de cette coupure épistémologique dans la "démarche de connaissance", cette coupure s'étant effectuée, est-il besoin de le mentionner, au détriment de la dimension sensible: M. MAFFESOLI, "La raison interne", *Société*, n° 44, 1994, p. 127, à la p. 139-142.

[43] B. MELKEVIK, *loc. cit.*, note 37, à la p. 3.

[44] *Ibid.*

participation cherche à être en prise sur la réalité du milieu social d'où elle émerge. Elle rejette l'idée - et même la possibilité - d'un détachement absolu du sujet connaissant face à l'objet à connaître. Elle fait sienne l'idée voulant que

> (...) nous ne pouvons pas "observer" le droit puisque (...) le droit trouve tout son sens dans un contexte qui nous définit également. Le droit n'est pas "nature" mais "culture" et il doit être reconnu comme tel. (...) Cette approche propose également que dans toute connaissance la personne qui connaît est déjà impliquée. (...) [Elle] (...) nous force à s'interroger sur le droit dans la perspective de la connaissance qu'une personne peut acquérir dans un contexte qui la définit également.[45]

On le verra plus loin, cette opposition fondamentale entre les épistémologies de participation et de l'observateur informera tout le projet épistémologique de la critique juridique identitaire[46]. Celle-ci propose en effet une version radicale de l'épistémologie de participation, destinée à accompagner son évaluation normative du droit positif.

Au vu de ce qui précède, on ne peut que constater que l'épistémologie juridique, s'intéressant aux processus de la connaissance, est *conceptuellement* distincte de la philosophie du droit qui, elle, s'attache surtout à l'idéologie du droit[47], à ses finalités et à son essence[48]. Dans la philosophie du droit, nous dit Christian Atias, "(...) ce sont toujours les conditions sociales ou les buts sociaux du droit qui demeurent en cause."[49] À l'inverse, le projet d'épistémologie juridique descriptive de cet auteur vise "l'étude critique des principes, des postulats, des méthodes et des résultats de la connaissance du droit."[50] Ultimement, pareille démarche devrait permettre de "(...) déterminer quelle peut être l'influence de ces procédés de connaissance du droit sur ce qu'en est l'objet."[51] Ainsi, il ressortira à la philosophie la tâche de rattacher telle ou telle théorie juridique à un paradigme idéologique donné, alors que l'épistémologie, pour sa part, cherchera "(...) à

---

[45] *Ibid.*

[46] Précisons ici que la typologie des épistémologies du droit que nous venons de présenter n'est absolument pas exhaustive. Nous nous en sommes plutôt tenu à ce qu'il conviendrait d'appeler les tendances lourdes à l'oeuvre dans le champ de l'épistémologie du droit. Pour une vision plus complète de la mouvance de l'épistémologie juridique d'aujourd'hui, consulter: A.J. ARNAUD, "Droit et société: du constat à la construction d'un champ commun", *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, p. 17.

[47] C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 17, n° 7.

[48] Voir A. RENAUT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 29. Bien que nous précisions que l'épistémologie du droit est *conceptuellement* distincte de la philosophie du droit, il convient toutefois de mentionner que certains auteurs en font une branche de la philosophie du droit. Voir par exemple: B. MELKEVIK, *op. cit.*, note 37. Est-il besoin de préciser qu'il n'entre pas dans notre propos de trancher cette question...

[49] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 64, n° 34.

[50] *Id.*, p. 65, n° 35.

[51] *Id.*, p. 18, n° 7.

paradigme idéologique donné, alors que l'épistémologie, pour sa part, cherchera "(...) à comprendre pourquoi et dans quelle mesure (...) [ledit paradigme inspire], puis envahi[t] les raisonnements de la collectivité des juristes."[52] Cette distinction conceptuelle entre épistémologie et philosophie ne devrait cependant pas occulter les liens naturels qui, au-delà des concepts, unissent les deux. De fait, dans le concret, il est extrêmement rare qu'une réflexion épistémologique ne s'accompagne pas d'une réflexion philosophique. Il n'existe donc pas de cloison véritablement étanche entre les deux. Qui plus est, et ne cherchons pas à le dissimuler, l'orientation que l'on donne à une réflexion épistémologique est la plupart du temps fonction de prises de position philosophiques. Ainsi en est-il de l'orientation de notre propre réflexion épistémologique à laquelle, on le verra, une certaine "éthique de l'altérité" n'est pas étrangère.

S'agissant précisément du projet épistémologique des tenants de la critique juridique identitaire[53], nous dirons qu'il procède d'une évaluation normative initiale, dont le résultat mène inéluctablement à la conclusion que l'épistémologie juridique traditionnelle a servi à cautionner l'exclusion des groupes historiquement défavorisés auxquels ils s'identifient. En retour, cette conclusion négative inspire leur questionnement épistémologique. Celui-ci, d'une part, affirme la nécessité de décontruire les concepts et postulats ayant permis à l'épistémologie juridique traditionnelle de participer à la mise en oeuvre de cette exclusion et, d'autre part, cherche à lui substituer une épistémologie nouveau genre, qui n'a pas cet effet d'exclusion. Cette nouvelle approche modifiera la manière d'appréhender la réalité sociale sur laquelle le droit est censé agir, de même que la façon dont le droit est structuré pour agir sur cette réalité, ce qui inspirera en bout de ligne des propositions concrètes de réforme du droit positif. Ainsi la boucle sera-t-elle bouclée par cette jonction de l'épistémologie et de la philosophie du droit.

Cela dit, quelle est l'utilité générale d'une interrogation épistémologique pour celles et ceux qui oeuvrent dans le domaine du droit, où l'on se désintéresse traditionnellement des questions méthodologiques, à l'exception peut-être de celles liées à la recherche de la documentation

---

[52] C. ATIAS, *op. cit.*, note 39, p. 49.

[53] Que nous parlions ici du *projet* épistémologique des tenants de la critique juridique identitaire ne relève pas du hasard. En effet, dans la mesure où ceux-ci *affirment* une position épistémologique distincte qu'ils rattachent à des objectifs d'ordre éthique, politique et juridique, leur approche est nécessairement volontariste. Elle cherche délibérément à mettre de l'avant un point de vue "autre" qui, cependant, ne va pas de soi. Comme le souligne Maureen Cain à propos de l'épistémologie féministe: "Aussi une position féministe est-elle nécessairement politique et intentionnelle. (...), chaque femme exploitée ne s'exprime pas d'un point de vue féministe bien que toutes les femmes en soient capables." Voir: M. CAIN, "Le rapprochement entre la méthodologie marxiste et la méthodologie féministe est-il possible? (Et est-ce important pour la sociologie du droit?)", *Droit et société*, n° 2, janvier 1986, p. 77, à la p. 79. C'est pourquoi nous disons que l'épistémologie des tenants de la critique juridique identitaire procède d'un projet, avec ce que cela suppose de volontarisme, et non strictement d'une critique passive de l'épistémologie dominante.

juridique proprement dite dans un but de systématisation des règles de droit[54]? De fait, hors des cercles restreints où s'étudie et où se construit la théorie du droit, dont l'épistémologie constitue avec la critique idéologique du droit un des principaux axes contemporains[55], l'épistémologie fait figure de parent pauvre. Pourtant, comme le signale Vittorio Villa, "(...), background epistemological theories very strongly affect legal theories, for instance by supplying methodological models for legal science and practice, or giving help in selection and interpretation of relevant legal "data"."[56] Ne serait-ce que pour cela, il vaudrait la peine de s'y intéresser. Mais il y a plus, et ce "supplément" tient essentiellement à la perte graduelle d'autonomie qui affecte le droit dans nos sociétés postmodernes et aux conséquences scientifiques et méthodologiques qu'emporte cette perte d'autonomie. Au plan scientifique, comme on l'a dit, la critique contemporaine du droit, dont fait partie la critique juridique identitaire, comporte un important volet épistémologique. Or, dans la mesure où cette critique vise les fondements mêmes de la construction dominante du système juridique, il est de plus en plus difficile de continuer à l'ignorer. Néanmoins, aussi longtemps que cette critique demeure marginale, aussi longtemps qu'elle relève de la science "a-normale", ses préoccupations, épistémologiques ou autres, sont susceptibles de le rester. C'est ailleurs, au plan méthodologique, qu'une prise de conscience quant à l'importance de la réflexion épistémologique risque de se produire chez les acteurs de la communauté juridique. En effet, la perte d'autonomie du droit, plus qu'une tendance simplement observable à partir d'un point de vue sociologique, emporte des conséquences très concrètes pour les praticiens du droit, surtout dans le domaine qui nous intéresse, soit le droit des libertés publiques. Elle se vérifie notamment par le recours de plus en plus fréquent à la contextualisation des problématiques juridiques, approche qui favorise l'immixtion de considérations

---

[54] C. ATIAS. *op. cit.*, note 47, p. 174, n° 90. Au Canada et au Québec, comme ailleurs du reste, ce désintérêt s'explique entre autres par le fait que la méthode exégétique traditionnelle demeure encore la seule qui soit vraiment valorisée et pratiquée dans les facultés de droit et, a fortiori, dans les milieux professionnels et judiciaires. Ce faisant, tout juriste tentant de faire "autrement" risquera d'être taxé de ne pas faire du "droit". C'est d'ailleurs ce que reconnaissait le Rapport Arthurs de 1983. Voir: H. ARTHURS (prés.), *Le droit et le savoir. Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada par le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983, p. 78. Si la situation a peut-être un peu évolué depuis, il reste que l'analyse "traditionnelle" du droit domine toujours, ce qui emporte comme conséquence qu'une seule méthodologie est vue comme valable dans le champ du droit. En fait, il ne paraît pas exagéré d'affirmer que beaucoup de juristes voient la méthodologique juridique comme un "donné", c'est-à-dire comme une méthodologie qui, immédiatement présentée à l'esprit, s'impose d'elle-même. D'où leur absence de préoccupations méthodologiques. Sur l'actualité persistante des données recueillies pour le rapport Arthurs, voir: P. LEGRAND, "*Attitudes* v. *Aptitudes*: *In re* Faculty Hiring in Canadian Law Schools", (1993) 41 *American Journal of Comparative Law* 385.

[55] M. VAN HOECKE et F. OST, "Epistemological Perspectives in Legal Theory", *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 1, March 1993 (30-47), aux pp. 35-36.

[56] V. VILLA, *loc. cit.*, note 33, p. 431.

traditionnellement considérées comme "non juridiques" dans le cadre du processus d'analyse juridique[57] et qui, de ce fait, entraîne une rupture de la clôture épistémologique du droit[58].

C'est d'ailleurs ce que constate Frederick Schauer, lui-même opposé au recours à cette méthode, lorsqu'il en souligne l'impact au regard du procès de détermination de la pertinence des faits dans le cadre de la décision judiciaire. Ainsi, des faits qui auraient normalement été jugés non pertinents dans ce cadre le deviennent par application de la méthode contextuelle. Le cas échéant, l'adoption judiciaire de cette méthode est donc de nature à opérer une rupture considérable par rapport au mode d'appréhension "a-contextuelle" longtemps privilégié dans le droit constitutionnel des sociétés libérales anglo-saxonnes[59]:

> (...) I do want to suggest that one prominent part of constitutional law as traditionally practiced has been rule-based acontextualism. Think of the facts and events that are part of the ignored context of constitutional decisions: (...). In none of these cases, in my view,

---

[57] Dans une approche positiviste, en effet, l'idéologie qui inspire le législateur dans l'édiction des normes de droit positif relève de l'"anecdote", comme le dit Christian Atias: "Ce qui a précédé la décision de l'autorité habilitée n'était pas du droit, de même que ce qui l'a suivie (conséquences sociales, difficultés d'exécution, pratiques...) ne saurait en être. La théorie juridique peut donc et doit même s'en désintéresser. L'important à comprendre est qu'une telle conception du droit aboutit à masquer l'influence et -pourquoi ne pas le dire?- le pouvoir exercé par ceux qui s'efforcent de connaître le droit et de le faire connaître." Voir: C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 81, n° 46. Il faut néanmoins préciser ici que ce recours au contexte est loin d'être nouveau en soi. On sait par exemple que, depuis plusieurs années, l'usage de la méthode d'interprétation téléologique, qui incite à aller au-delà de la lettre de la loi, va croissant, particulièrement en droit public. Voir sur cette question: A.-F. BISSON, "La Charte québécoise et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels", (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 19; voir également: L. TREMBLAY, "L'interprétation téléologique des droits constitutionnels", (1995) 29 *Revue juridique Thémis* 459. En droit constitutionnel, les professeurs Brun et Tremblay affirment même ceci: "La mode qui consiste à dénigrer l'interprétation littérale s'attaque à une conception byzantine depuis longtemps dépassée, celle qui consiste à formuler des conclusions à partir de bouts de texte sans tenir compte du contexte (législatif, juridique et historique)." Voir: H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2ième éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1990, p. 743. Cela dit, on peut affirmer sans trop se tromper que la constitutionnalisation des libertés publiques a comme effet d'élargir encore la portée de la méthode contextuelle, en incitant les tribunaux chargés d'arbitrer les conflits de libertés à nourrir leur réflexion à partir de contextes de plus en plus nombreux et allant bien au-delà des seuls contextes auquels réfèrent les professeurs Brun et Tremblay. Voir en ce sens: C. BRUNELLE, "L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes", (1990) 50 *Revue du Barreau* 353, p. 367. Voir aussi notre ouvrage: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Sainte-Foy / Montréal, Presses de l'Université Laval / Liber, 1996, p. 166-170.

[58] Le professeur René Laperrière remarquait d'ailleurs à propos de cette clôture épistémologique que "[c]'est dans le choix limité des éléments pris en considération par les juristes pour fonder leurs analyses et appliquer leurs méthodes, que se situe la principale difficulté de l'épistémologie juridique: les juristes écartent systématiquement tout élément qui ne paraît pas pertinent à leur démarche, pour ne retenir formellement que les énoncés interprétant la réalité en termes juridiques." Voir: R. LAPERRIÈRE, "À la recherche de la science juridique", dans: R.D. BUREAU et P. MACKAY (dir.), *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1987, p. 515, à la p. 525.

[59] On remarquera cependant que l'interprétation juridique s'est toujours déroulée dans un contexte précis, mais généralement invariant. Nous le constaterons au chapitre quatre lors de notre analyse du droit américain de la liberté d'expression. Bien qu'il rejette la méthode dite contextuelle, ce droit n'en est pas moins fortement influencé par le contexte particulier dans lequel il est élaboré.

should these factors be part of the decision. But that is precisely because these undeniably *relevant* factors, from the perspective of direct application of a maximally sensitive substantive theory of decision, are nevertheless excluded from consideration in the individual case. That happens because of the effect of constitutional rules, and the effect of those constitutional rules is to remove contextually relevant factors from the context of decision. It is to remove from the context of decision certain factors that are part of the context of the event.[60]

L'approche contextuelle vise donc, pour reprendre l'expression de Schauer, à réintroduire le contexte de l'événement dans celui de la décision. Du même souffle, elle permet une immixtion de la dimension *sensible* dans le processus décisionnel, ce qui rejoint les préoccupations des tenants de la critique juridique identitaire[61]. Hérétique aux yeux des positivistes formalistes qui, grosso modo, l'associent à un relativisme a-normatif et antirationnel, la méthode contextuelle bat en brèche l'objectivisme et le neutralisme professés par l'épistémologie positiviste classique en accordant droit de cité aux variances contextuelles[62]. Cela ne l'a pas empêché de faire son chemin dans la jurisprudence, particulièrement au Canada où, comme nous le constaterons plus tard, la Cour suprême s'est faite l'avocate de l'usage de cette méthode dans sa jurisprudence concernant la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En plus d'avoir entraîné, là où la méthode contextuelle a été reçue, une ouverture des critères d'évaluation de la pertinence des faits en droit, la montée du contextualisme a également créé une brèche dans ce que nous appellerons l'"omniscience" du droit. Expliquons-nous brièvement. Une des caractéristiques fondamentales du droit dans la modernité est son autonomie absolue ou quasi absolue, selon les théories. Cette autonomie participe même de ce que Peter Fitzpatrick appelle la mythologie du droit moderne[63]. Dans cette vision, le système juridique constitue un univers à part entière, séparé des autres et autoréférentiel[64].

Ceci emporte évidemment certaines conséquences sur l'étude de ce système. Ainsi, l'étude du droit se fera à partir des sources que le droit fournit à l'observateur. Autrement dit, cette étude se

---

[60] F. SCHAUER, "Context and Constitutionalism", (1988) 12 *Hamline Law Review* 59, à la p. 67.

[61] Comme le soulignent Martha Minow et Elizabeth Spelman, l'approche contextuelle permet la prise en compte de la position sociale de chaque personne ainsi que de ses perceptions et de ses émotions. Bref, cette approche ne rejette pas d'emblée, comme non pertinente, la subjectivité de cette personne. Voir: M. MINOW et E.V. SPELMAN, "In Context", dans: M. BRINT et W. WEAVER, *Pragmatism in Law and Society*, Boulder / San Francisco / Oxford, Westview Press, 1991, p. 247, à la p. 257.

[62] Pour un résumé des objections formulées à l'encontre de l'approche contextuelle, voir: F. SCHAUER, *loc. cit.*, note 60; M. MINOW et E.V. SPELMAN, *loc. cit.*, note 61. On remarquera cependant que l'interprétation juridique s'est toujours déroulée dans un contexte précis, mais généralement invariant.

[63] Voir généralement: P. FITZPATRICK, *op. cit.*, note 16, pp. 3-9.

[64] Une théorie insiste tout particulièrement sur l'auto-référentialité du droit; il s'agit de la théorie autopoïétique du droit, fondée sur la théorie des systèmes. Voir notre résumé de cette théorie, *infra*, note 562.

fondera sur les sources que le droit lui-même considère comme "juridiques", ce qui, en pratique, signifie les seules sources du droit positif. Dans le même esprit, les méthodes d'analyse dont usent les interprètes du droit seront également conditionnées par cette vision du droit en tant que système autonome. Aussi, sera juridique l'analyse faite d'un point de vue strictement interne au droit. Dans cette optique, le droit est donc conçu comme un système fermé[65]. Les points de vue et les méthodes développés dans des disciplines "autres", par exemple en philosophie, en sciences sociales ou même en sciences pures, seront le plus souvent ignorés, du moins dans le cadre des analyses réalisées *dans* le droit. Voilà pourquoi nous disions que le droit autonome se voulait en quelque sorte omniscient.

Cette foi en l'omniscience du droit décline, toutefois. Et ce déclin est concomittant à la montée du contextualisme qui trahit en fait un épuisement du paradigme positiviste formaliste, du moins pour les fins d'une étude du droit qui se veut non dogmatique. Le contextualisme, en effet, incite à un recours aux savoirs externes, tant dans le cadre d'une analyse réalisée *dans* le droit que dans celui d'une analyse faite *sur* le droit. Or, est-il vraiment besoin de dire à quel point ces savoirs externes sont susceptibles de fragiliser les diverses catégories édictées dans le système juridique et qui sont si importantes dans les processus d'exclusion auxquels la critique juridique identitaire s'intéresse[66]. En effet, ces savoirs placent parfois les juristes devant l'absurdité de certaines de ces catégories, par ailleurs longtemps *présentées* comme "données", donc empreintes de rigidité. Qui plus est, des instruments qui, comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitutionnalisent les libertés publiques minent encore plus l'autonomie et l'omniscience du droit posé par le législateur, en permettant un contrôle judiciaire de la "raisonnabilité" de ces catégories[67]. Une brèche est ainsi ouverte, de l'intérieur même du droit, dans le champ auparavant clos de la référence juridique et, du même souffle, apparaît une ouverture épistémologique. Pourquoi cela? Tout simplement parce que certaines de ces catégories, longtemps *reçues* par les juristes comme données, sont en quelque sorte devenues des précompréhensions dont l'arbitraire, le cas échéant, s'est trouvé normalisé. En ce sens, ces catégories, situées à un niveau pré-épistémologique, ont pendant longtemps échappé à tout examen critique[68]. Par conséquent, à partir du moment où une ouverture est créée dans le

---

[65] C'est notamment là le résultat de la logique déductive privilégiée en droit: C. PERELMAN, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, 2ième éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 99. Sur cette logique et sa place dans l'épistémologie du droit, voir aussi: R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass. / Oxford, Engl., Harvard University Press, 1990, p. 37-157.

[66] Sur l'usage des catégories aux fins de la qualification juridique et, par extension, de l'exclusion sociale, on lira avec profit l'ouvrage de M. MINOW, *op. cit.*, note 23, notamment aux p. 3-4, 21-22 et 95-96.

[67] Par exemple à travers l'article premier de la Charte.

[68] Voir sur cette question les thèses de Michel Foucault, où ce dernier, commentant un système de classification complètement absurde et arbitraire imaginé par Jorge Luis Borges, estime ce système important en ce qu'il met à jour l'arbitraire des classifications jugées "normales". Voir: M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

droit, comme c'est le cas à la suite de l'adoption judiciaire de la méthode contextuelle et d'une plus grande réceptivité aux savoirs externes, ce qui était vu comme intangible ne l'est plus nécessairement. D'où la création d'une ouverture épistémologique.

Il faut également constater, dans cette foulée, que si le mode d'étude doctrinale d'un problème à partir des sources traditionnelles de droit positif demeure encore prédominant[69], son monopole s'effrite[70]. Comme le souligne Richard Posner, "[a] purely verbal, purely lawyer's scholarship, in which the categories of analysis are the same as, or very close to, those used by the judges or legislators whose work is being analysed - a scholarship moreover in which political consensus is assumed and the insights of other disciplines ignored - does not fit comfortably into today's scholarly *Zeitgeist*."[71] En toute hypothèse, le postulat d'autonomie absolue du droit qui fondait - et fonde encore - la méthodologie des positivistes de stricte observance était problématique à plusieurs égards[72]. D'une part, au plan philosophique, il a favorisé une dissociation conceptuelle presque complète entre le droit positif et l'idée de justice, ceci au risque de miner la légitimité même du système juridique qu'il était pourtant censé protéger de ses cloisons étanches; d'autre part, il a à toutes fins utiles occulté la part de subjectivité qui intervient nécessairement dans le jugement judiciaire, même lorsqu'il s'agit d'appliquer des normes positives apparemment claires. C'est en somme ce que constate un auteur lorsqu'il affirme que:

> (...), si l'on considère que le raisonnement juridique relativement à l'application de la loi est une simple opération déductive, il s'ensuit que la solution d'un problème juridique doit s'apprécier uniquement selon le critère de la règle de droit, sans tenir compte de son caractère juste et équitable. Or, dans le processus d'application des lois, les juges tiennent compte des valeurs sociales. Une certaine subjectivité est ainsi introduite sous forme de jugement de valeur. Une fois ces jugements admis, la notion de droit strict et de système déductif pur devient étrangère au raisonnement juridique.[73]

---

[69] P. FITZPATRICK, *op. cit.*, note 16, p. 3.

[70] Pour une étude de ces questions au regard de la situation québécoise, voir: J.-G. BELLEY, "Paradigmes et innovation: les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques", (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 163.

[71] R. POSNER, "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", (1987) 100 *Harvard Law Review* 761, à la p. 773. Notons que l'on peut traduire "zeitgeist" par l'"esprit de l'époque".

[72] Remarquons, cela dit, que ce postulat d'autonomie absolue du droit a plus été perpétué par les juristes universitaires que par les praticiens qui, dans les faits, ont depuis longtemps constaté que le droit vécu n'est pas aussi pur que le droit qu'on leur avait enseigné à l'université...

[73] D. POIRIER, "Quelques éléments d'une méthodologie juridique scientifique", (1984) 15 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 183, à la p. 185.

Ces précisions conceptuelles fondamentales étant faites, voyons comment sera structurée cette partie, qui sera avant tout théorique[74].

Nous circonscrirons d'abord le principal objet d'étude de notre thèse, la critique juridique identitaire, en identifiant les principaux points de convergence et de divergence des divers courants se rattachant à cette critique (chapitre 1). Entamant notre réflexion proprement épistémologique, nous aborderons ensuite la question des *obstacles épistémologiques* qui sont susceptibles de surgir lorsqu'il s'agit d'appréhender la problématique "droit et identité" (chapitre 2). Nous identifierons les principaux d'entre eux, ce qui nous mènera à traiter du questionnement épistémologique dont la critique juridique identitaire est porteuse. Nous évaluerons alors l'impact de ce questionnement sur les courants dominants de l'épistémologie du droit, telle qu'elle se pratique aujourd'hui. À la suite de cet exercice, nous élaborerons nos propres positions épistémologiques et poserons les jalons d'une *épistémologie juridique de la complexité*, la seule qui puisse selon nous permettre d'éviter les obstacles épistémologiques déjà identifiés (chapitre 3).

[74] Nous entendons par là une analyse qui relève de la théorie du droit plutôt que de la dogmatique juridique, c'est-à-dire le "[d]omaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation de normes juridiques." Voir: J.-F. PERRIN. "Dogmatique juridique", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 188.

CHAPITRE 1. LA CRITIQUE JURIDIQUE IDENTITAIRE: CONVERGENCES ET DIVERGENCES

Qu'est-ce donc que cette "critique juridique identitaire" que notre thèse placera sous les feux de la rampe? La réponse à cette question exige une décomposition de l'expression en question. D'abord, pourquoi dit-on qu'il s'agit d'un discours critique? Quelles variations observe-t-on au sein de ce discours? Nous constaterons à cet égard que celui-ci varie d'abord quant à son radicalisme et que cette variation initiale influe sur son orientation et sa complexification, de telle sorte que ce discours se cristallise en premier lieu sous la forme d'une critique de la domination, concept relativement simple, pour évoluer vers une critique de l'exclusion, concept plus polysémique (section 1.1).

Ensuite, pourquoi parler d'une critique identitaire (section 1.2)? Nous remarquerons ici que si la variable "identité" se trouve au coeur des travaux des tenants de la critique juridique identitaire, la conception qu'en ont ceux-ci varie grandement à l'intérieur de certains paramètres. D'une part, cette représentation oscille entre les pôles de la sur-singularisation et de la totalisation. D'autre part, elle subit l'influence du débat modernité / postmodernité. Enfin, elle est contrainte par le cadre que lui fournit un droit essentiellement moderne.

Quels sont, par ailleurs, les grands axes de cette critique juridique identitaire et quels en sont les points de convergence et de divergence (section 1.3)? Ainsi, nous verrons que bien qu'elle soit protéiforme, cette critique converge à plusieurs égards. En premier lieu, toutes ses variantes mettent de l'avant un programme juridique qui participe d'une politique axée sur l'émancipation des identités. En second lieu, en dépit de sa parenté avec d'autres courants critiques qui s'expriment à l'échelle internationale, la critique juridique identitaire américaine reste indubitablement située et conditionnée par son contexte d'émergence. Finalement, son approche résolument sociojuridique la distingue d'autres courants de pensée juridique d'origine américaine.

Nous conclurons ce premier chapitre en identifiant les volets de la critique juridique identitaire qui formeront l'"échantillon intellectuel" auquel nous nous intéresserons. Il s'agira, en l'occurrence, du féminisme juridique ainsi que de la *Critical Race Theory*. La nature même du discours de ces mouvements aura, comme on le constatera, un impact sur la méthodologie que nous adopterons dans cette thèse (section 1.4).

1.1. Un discours critique

D'abord, pourquoi parler du discours que tiennent ses partisans comme d'une *critique*? Essentiellement, parce que, comme nous le constaterons, ceux-ci jugent le système juridique à partir d'un point de vue qui comporte une part d'externalité. Paraphrasant Michel Miaille, nous dirons qu'ils ne "se satisfont pas de la seule contemplation du réel tel qu'il se donne à voir" et qu'ils cherchent à "révéler une structure profonde, cachée mais expressive de la réalité, au-delà de ce qui est visible"[75].

Leur discours se veut donc critique. Mais au-delà de ce constat initial qui ne nous avance guère, il faut se demander sous quelles formes se présente cette critique. Tout en prenant bien soin de ne pas mutiler outre mesure sa réalité plurielle, on peut remarquer d'emblée que la critique juridique identitaire est, selon les auteurs, plus ou moins radicale. En fait, le degré de radicalisme qu'elle affiche est fonction, d'une part, de l'importance plus ou moins grande qu'y tient la dialectique des rapports de domination et, d'autre part, de la place corollaire que l'on attribue à l'identité dans cette dialectique. On constatera ainsi que plus la dialectique des rapports de domination prendra une grande place dans l'analyse d'une situation donnée, au point parfois de conditionner toute l'analyse, plus la critique sera radicale. À l'inverse, plus l'on débordera de cette grille, moins elle le sera. La complexité de la critique suivra généralement le même schème: plus elle sera radicale, moins elle sera complexe. Expliquons-nous.

1.1.1. Un radicalisme à géométrie variable

Définir la notion de "radicalisme" s'impose ici d'autant que certains tenants de la critique juridique identitaire prônent le nécessaire radicalisme de toute critique identitaire. C'est par exemple le cas de Catharine MacKinnon lorsqu'elle affirme de but en blanc: "Radical feminism is feminism."[76] Pareille prétention, nous le verrons, ne manque pas de susciter la controverse. Mais elle démontre

---

[75] Miaille affirme que "(...) la pensée critique est celle qui ne se satisfait pas de la seule contemplation du réel tel qu'il se donne à voir, mais qui postule que la Réalité est plus que l'expérience immédiate que nous pouvons en avoir. (...) Une pensée critique révèle donc une structure profonde, cachée mais expressive de la réalité, au-delà de ce qui est visible." Voir: M. MIAILLE, "La critique du droit", *Droit et Société*, N° 20-21, 1992, p. 73, aux pp. 73-74. Dans le même sens, Nicola Lacey décrit la "critical legal theory" comme: "(...) that portion of normative legal theory which is specifically concerned to dig beneath the surface of legal doctrines and practices; to go beyond a project of explication and rationalisation and to interrogate the deeper political, historical and philosophical logics which underpin the power of law. Conceived in this way, critical legal theory encompasses a variety of traditions including Marxist legal theory, American critical legal studies, feminist legal theory, critical race theory and postmodern jurisprudence." Voir: N. LACEY, "Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory", *Social & Legal Studies*, vol. 5(2), 1996, (131-157), aux p. 131-132.

[76] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 117.

bien comment la critique radicale en vient à être considérée dans certains cercles comme le degré zéro de la critique. Encore faut-il cependant s'entendre sur le sens précis à donner à l'idée de radicalisme.

Si le qualificatif "radical" a plusieurs acceptions, toutes tournent cependant autour de l'idée de "racine". Dès lors, un discours sera radical lorsqu'il visera les fondements de son objet, bref, lorsqu'il s'intéressera aux causes plutôt qu'aux symptômes. En quelque sorte, comme le signale Christian Atias, "[l]a critique fondamentale *se doit* d'être radicale."[77] Cela, toutefois, ne nous avance guère dans la mesure où cette idée de critique fondamentale n'offre aucun critère utile permettant de distinguer les divers types de critique juridique identitaire selon leur degré de radicalisme. En effet, toute cette critique étant d'ordre fondamental, elle est donc nécessairement radicale au sens premier de ce mot. D'où la nécessité de se fonder sur un autre critère de distinction, plus spécifique cette fois. Ce critère, nous le trouverons dans la philosophie de Agnes Heller. Selon cette dernière, une critique radicale est "(...) une critique totale de la société qui repose sur des rapports de supériorité et de subordination (...)"[78]. Dans cette acception, l'idée de critique radicale suppose une remise en question de la primauté et de la reproduction des rapports de domination au sein de la société. Le droit, en tant que sous-système social, peut être vu dans cette optique comme participant nécessairement à l'établissement de ces rapports[79], mais strictement au profit des classes dominantes, ajoutent certains[80]. D'où le discours "antihégémonique" que tiennent à son sujet plusieurs juristes identitaristes[81].

Une telle définition, qui place la dialectique des rapports de domination au coeur de toute critique, reflète assez bien les thèses d'une certaine frange de la critique identitaire qui, MacKinnon en tête, clame haut et fort son approche radicale. D'une certaine manière, si l'on pouvait parler d'un "état

---

[77] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 176, n° 90

[78] A. HELLER, *Pour une philosophie radicale*, Paris, Le Sycomore, 1979. p. 142.

[79] Voir notamment à ce sujet: M.-A. BERTRAND, "Féminisme, sexualité et droit: analyse d'un mythe", (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 5, à la p. 10. Voir généralement: G. ROCHER, "Droit, pouvoir et domination", *Sociologie et Sociétés*, vol. XVIII, n° 1, avril 1986, p. 33.

[80] C'est notamment ce que soutient la théorie marxiste pour qui "(...) la règle de droit est, où qu'on la trouve dans l'espace et dans le temps, le moyen par lequel la classe sociale qui a imposé son mode de production économique à la société dont elle fait partie s'assure le rôle historique qui lui est ainsi dévolu. Elle est donc de classe ou elle n'est pas." Voir: K. STOYANOVITCH, *Marxisme et droit*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 66.

[81] Voir en ce sens: R. ABEL, *Speech and Respect*, London, Stevens & Sons / Sweet & Maxwell, 1994, p. 135. Les tenants de la critique identitaire rejoignent ici les critiques postcolonialistes du droit. Voir notamment sur cette question l'ouvrage collectif suivant: M. LAZARUS-BLACK et S.F. HIRSH (dir.), *Law, Hegemony and Resistance*, New York / London, Routledge, 1994 et un numéro spécial récent de la revue *Social & Legal Studies*: E. DARIAN-SMITH et P. FITZPATRICK (dir.), "Law and Postcolonialism", (1996) 5 *Social & Legal Studies* 291-428. Comme exemple de critique post-colonialiste, voir notamment: L. ABU-ODEH, "Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences", (1992) 26 *New England Law Review* 1527.

de nature" à partir duquel les tenants de la critique radicale identitaire construisent leur théorie, on devrait constater que, du fait de la place qu'occupe cette dialectique dans leur discours, cet "état de nature" est certainement plus proche de celui proposé par Hobbes dans son *Léviathan*, où l'homme est un loup pour l'homme et où fait rage la guerre de tous contre tous, que de celui que John Rawls propose dans sa *Théorie de la Justice*, fondé sur la coopération et l'égalité des parties au contrat social.

C'est donc l'usage plus ou moins important qui est fait de la dialectique des rapports de domination qui va distinguer les critiques identitaires "radicaux" de ceux qui rejettent ce qualificatif. La différence entre eux est que, pour les radicaux, la dialectique des rapports de domination sert à toutes fins utiles de paradigme explicatif de toute situation où une identité donnée est brimée. En simplifiant un peu, l'on peut affirmer que, dans la critique radicale, tout est vu à travers le prisme de cette dialectique et tout s'explique par elle. Ce qui ne va pas sans poser problème puisqu'ainsi tout est *réduit* à la domination, sans compter qu'au passage, la relative complexité des rapports de domination se trouve elle-même réduite à sa plus simple expression.

Dans ce contexte, on ne s'étonnera pas que ce réductionnisme s'étende à la notion même d'identité, le bon fonctionnement de la mécanique de la dialectique des rapports de domination ne pouvant s'encombrer d'une notion complexe d'identité. Une application intégrale et totalisante de cette dialectique, comme celle que l'on retrouve dans la critique radicale identitaire, exige en effet que le dominé ait une identité relativement stable et déterminée, donc réduite à sa plus simple expression. Il doit, d'une certaine façon, rester confiné à ce statut car si on lui reconnaissait la possibilité de passer, même pour un court moment, de ce statut à celui de dominant, la validité des théories exclusivement fondées sur la dialectique des rapports de domination serait remise en question. En d'autres termes, pour que n'apparaisse pas au grand jour le simplisme qui se dégage d'une application totalisante de cette dialectique, il faut, pour reprendre des termes hégéliens, que l'esclave demeure esclave.

Qui plus est, en étant envisagés strictement sous l'angle de la domination d'une identité par une autre (par exemple, blanc versus noir; homme versus femme), les rapports de domination se voient eux-mêmes trop souvent outrageusement simplifiés. Ainsi, l'existence de rapports de domination n'exclut pas l'émergence de normes reconnues tant par les dominés que par les dominants. Le professeur Jeremy Webber rejette ainsi ce qu'il appelle "(...) la tendance à nier la possibilité de l'existence de tout ordre moral négocié dans une situation de domination. Dans une telle situation, l'ordre peut bien être inégal et même insupportable, mais il peut toujours être normatif dans le sens qu'il n'est pas simplement l'expression changeante de la volonté de la partie supérieure, mais pose

des standards qui la contraignent."[82] En ce sens, des dominés peuvent eux-mêmes collaborer à la domination qu'ils subissent tout simplement parce que les avantages de cette situation en surpassent les inconvénients, du moins à court terme[83]. D'où l'importance que les tenants de la critique identitaire accordent au "consciousness raising". Dans le même esprit, la domination n'est pas une fonction linéaire et univoque; elle est au contraire tentaculaire, en ce que l'on peut en même temps la subir et l'exercer. C'est ce que souligne le professeur Richard Abel lorsqu'il affirme que:

> "(...) subordinate people typically express their powerlessness by directing resentment away from the dominant, who are too remote or frightening, to more vulnerable targets: rural Southern whites and urban ethnics at African Americans, African Americans at Jews and now Koreans, West Europeans workers at immigrants, East Africans at East Indians, Southeast Asians at Chinese. Middle class women cope with the patriarcal division of labour by hiring working class women, often women of colour, as housekeepers, thereby reproducing class and racial inequality. Black men respond to racial subordination by oppressing black women in popular music, blaxploitation films, and of course sexual and domestic behaviour."[84]

En somme, les rapports de domination sont souvent plus complexes que la représentation qui en est faite. C'est pourquoi les partisans d'une critique juridique identitaire non radicale, au sens où nous venons de définir ce terme, traitent la dialectique des rapports de domination comme un outil conceptuel parmi d'autres, qui est insuffisant à lui seul pour appréhender les questions identitaires dans toute leur complexité. Ils n'excluent donc pas l'usage de cette dialectique, mais ils lui refusent toutefois un statut paradigmatique[85].

1.1.2. D'une critique de la domination à une critique de l'exclusion?

Le rejet par plusieurs auteurs de la dialectique des rapports de domination comme paradigme fondateur de leur critique identitaire s'explique essentiellement par leur souci d'appréhender les questions identitaires dans toute leur complexité. Ces auteurs, dont plusieurs se rattachent au

---

[82] J. WEBBER, "Rapports de force, rapports de justice: la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés", dans: J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 113, à la p. 118, note infrapaginale 8. Par ailleurs, cette collaboration n'exclut aucunement de la résistance à d'autres égards.

[83] Voir en ce sens: R. ABEL, *op. cit.*, note 81, p. 126.

[84] *Ibid.*

[85] Notons à cet égard que Michel Foucault, si souvent cité dans la critique identitaire, soulignait lui-même l'insuffisance de la dialectique dominateurs / dominés et proposait en lieu et place un décentrage de la représentation du pouvoir. Voir: M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t.1, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, coll. "Bibliothèque des Histoires", 1976, p. 121-122.

courant postmoderniste, considéreront généralement l'identité comme une notion complexe et fondamentalement indéterminée. Nous y reviendrons. Tentant de dépasser la dialectique un peu statique des rapports de domination et, du même souffle, la thématique un peu essoufflée de l'inégalité, ils examineront comment les multiples identités d'une personne se conjuguent parfois pour l'exclure de la société globale et chercheront à identifier les diverses configurations identitaires qui sont les plus susceptibles de favoriser cette exclusion. Ils s'intéresseront donc à l'identité comme variable pouvant participer à un *processus* d'exclusion: on continue ainsi d'examiner la situation factuelle des groupes exclus, mais on va plus loin en s'attardant aux processus permettant la mise en place de cette condition d'exclus.

Cette notion d'exclusion pourrait bien s'avérer extrêmement féconde pour expliquer les évolutions récentes de la critique juridique identitaire. Comme le souligne Serge Paugam: "Aujourd'hui, le débat [sur l'exclusion] ne repose plus principalement sur la société inégale, non pas parce que les inégalités ont disparu - elles se sont même renouvelées sous des formes diverses (...) -, mais parce qu'elles ne suffisent plus, à elles seules, à expliquer les phénomènes de rupture et de crise identitaire qui caractérisent le processus d'exclusion."[86] Il précise encore que

> "[l]e succès de la notion d'exclusion est qu'elle met l'accent, au moins implicitement, sur une crise du lien social. Tout en continuant de se référer à la thématique des inégalités, la notion d'exclusion la dépasse en lui donnant un sens nouveau fondé non principalement sur l'opposition des intérêts entre groupes sociaux et la lutte pour la reconnaissance sociale, mais plutôt sur la faiblesse, voire l'absence de revendications organisées et de mouvements susceptibles de renforcer la cohésion identitaire des populations défavorisées."[87]

C'est justement parce que cette notion d'exclusion n'élude pas la question de la crise du lien social qu'elle paraît si féconde. Car, comme on le verra, le débat que sous-tend la critique juridique identitaire est dans une large mesure lié aux conditions de l'existence - ou de l'inexistence - de ce lien social. Plus encore, il s'agit d'un débat portant sur les conditions et la concrétisation de la citoyenneté démocratique. Dominique Schnapper remarque à cet égard que:

> [l]e paradigme de l'exclusion retrouve - avec un mot nouveau - une interrogation qui n'a cessé d'obséder philosophes et sociologues depuis l'émergence de la société moderne et qui, d'une certaine façon, est à l'origine même du projet sociologique. Comment entretenir ou restaurer les liens sociaux dans des sociétés fondées sur la souveraineté de l'individu? Comment entretenir ou restaurer les liens sociaux (...) quand la citoyenneté abstraite

---

[86] S. PAUGAM, "La constitution d'un paradigme", dans: S. PAUGAM (dir.), *L'exclusion. L'état des savoirs*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, p. 7, à la p. 15.
[87] *Ibid.*

constitue le principe de la légitimité politique en même temps que la source du lien social au sens abstrait du terme?[88]

Or, c'est précisément à l'idée libérale d'une égale citoyenneté concrétisée dans l'abstraction de l'égalité formelle que s'en prend la critique juridique identitaire. La juriste américaine Martha Minow parle ainsi de l'effet d'exclusion qu'a cette conception de l'égalité:

> All persons are equal because of this fundamental sameness - yet this sameness seems to be the emptiness left when we are each sheared of all that makes us different. J.R. Pole points out that our Constitution grounds equality in the idea that people could take one another's place in intellectual exchange, in jobs, or in political office if they were disassociated from contexts of family, religion, class, or race and if each one had the same opportunities and experiences. One problem with this approach, for those who worry about the groups who have been labeled "different" in the past, is that the pretense of universal, inclusive norms in the public sphere obscures the power of assigned differences in the private sphere.[89]

D'où l'intérêt d'examiner les corrélations possibles entre la critique juridique identitaire et un paradigme comme celui de l'exclusion qui reconnaît certes la permanence, voire l'accentuation, des inégalités mais également l'insuffisance d'une démarche tentant de les analyser pour elles-mêmes et dans l'abstrait. Un tel paradigme ne peut en effet mener qu'à une appréhension plus complexe de ces inégalités, du genre de celle que révèlent les travaux récents de certains tenants de la critique juridique identitaire, notamment ceux qui portent sur le concept d'"intersectionnalité"[90] et qui mettent au jour la multiplicité des "dialectiques de l'inclusion / exclusion"[91] ainsi que l'effet parfois cumulatif de certaines d'entre elles.

L'exclusion est donc générée par des processus dans le cadre desquels l'identité joue un rôle plus ou moins important selon le cas. Mais dès lors qu'elle joue un tel rôle, c'est la *différence* qui agit comme moteur de l'exclusion, celle-ci pouvant alors être subie, imposée ou parfois même revendiquée[92]. Comme le remarque Martine Xiberras, "(...) [l]es différences qui éclatent à tout

---

[88] D. SCHNAPPER, "Intégration et exclusion dans les sociétés modernes", dans S. PAUGAM (dir.), *op. cit.*, note 86, p. 23, à la p. 23.
[89] M. MINOW, *op. cit.*, note 23, p. 152.
[90] Voir, *infra*, note 144
[91] Voir D. SCHNAPPER, *loc. cit.*, note 88, à la p. 23.
[92] Pour Martine Xiberras, un exemple d'exclusion revendiquée est l'exclusion que cherchent à mettre en oeuvre les intégristes; un exemple d'exclusion subie est l'exclusion que vivent les handicapés physiques ou psychologiques dans la société et un exemple d'exclusion imposée, phénomène plus rare, est l'exclusion forcée d'une population parquée dans un ghetto. Voir: M. XIBERRAS, *Les théories de l'exclusion. Pour une construction de l'imaginaire de la déviance*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1994, p. 17.

propos, et dans de multiples formes, constituent la clé de voûte des attitudes de rejet et d'exclusion."[93] Cette auteure précise encore ceci quant à la portée des phénomènes d'exclusion:

> (...) les exclus ne sont pas simplement rejetés physiquement (racisme), géographiquement (ghetto) ou matériellement (pauvreté). Ils ne sont pas simplement exclus des richesses matérielles, c'est-à-dire du marché et de leur échange. Les exclus le sont aussi des richesses spirituelles: leurs valeurs manquent de reconnaissance et sont absentes ou exclues de l'univers symbolique. Lorsqu'elles commencent à apparaître, ces valeurs figurent bel et bien dans les représentations collectives mais dans une forme inversée: l'attribut du non voyant réside dans sa façon de voir autrement, mais dans le regard du voyant il reste un aveugle. Il possède un de ces attributs négatifs qui de toute façon le classe dans la catégorie du stigmate, la catégorie négative. Il n'est pas simplement exclu de l'échange matériel et symbolique, il occupe une place manquante ou négative, une mauvaise place. (...) Une exclusion réussie, par définition, ne peut s'appréhender puisqu'elle supposerait que la population d'exclus soit rejetée si loin de notre univers mental et de nos frontières spatiales qu'elle en soit devenue hors de notre portée, hors de notre ligne d'horizon, hors de notre pensée: tout comme l'étranger qui, tant qu'il demeure au loin, ne nous gêne pas.[94]

Deux idées mises de l'avant par Xiberras, soit l'exclusion de l'univers symbolique et l'invisibilité des groupes ainsi exclus, sont particulièrement pertinentes au regard des problématiques abordées dans la critique juridique identitaire. En effet, un des projets de cette critique est de faire éclater la sphère publique, telle qu'elle est conceptualisée dans la pensée libérale moderne, de manière à réduire et idéalement à éliminer l'effet d'exclusion des systèmes normatifs qui y sont légitimés. Cet éclatement, censé découler de la création de sphères publiques alternatives où des perspectives jadis exclues sont discutées et à partir desquelles l'on tente de fissurer le mur discursif de la sphère publique dominante, entraînera une reconceptualisation de cette sphère publique comme lieu de contestation plutôt que comme lieu de délibération[95].

Ce projet vise en quelque sorte à contrecarrer les processus d'invisibilisation et, partant, d'exclusion, fondés sur la différence identitaire[96]. Cette façon de voir, qui se veut postmoderne et postlibérale, présente au moins un avantage considérable par rapport à la conception moderne de la sphère publique. Sa prémisse étant le conflit social plutôt que la coopération, elle est en ce sens

---

[93] *Ibid.*

[94] *Id.*, p. 18.

[95] Sur cette question d'une reconceptualisation postmoderne et postlibérale de la sphère publique selon les paramètres précisés ci-haut, voir: N. FRASER, "Politics, culture, and the public sphere: toward a postmodern conception", dans: L. NICHOLSON et S. SEIDMAN (dir.), *Social Postmodernism. Beyond Identity Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 287. Sur la création de sphères discursives alternatives permettant l'émergence de discours différents du discours dominant, voir également: M. CAIN, *loc. cit.*, note 53, *Droit et société*, n° 2, janvier 1986, p. 77, à la p. 80.

[96] Sur les processus d'invisibilisation, voir: M.L. CARON, "Variations sur le thème de l'invisibilisation", (1994) 7 *Revue canadienne Femme et Droit* 271.

plus "réaliste" et peut-être mieux à même de favoriser une appréhension plus complexe des conflits identitaires[97].

Parler ainsi du rôle de la différence identitaire dans les processus d'exclusion, de l'importance de ne pas éluder la question des conflits identitaires et, ultimement, d'une reconceptualisation de la sphère publique, nous renvoie à cette idée déjà évoquée de crise du lien social. En s'attaquant à certains processus d'exclusion fondés sur la différence identitaire, la critique juridique identitaire nous convie en somme à réfléchir sur l'idée de démocratie et sur les conditions éthiques, politiques et juridiques de sa concrétisation. Elle nous force à réfléchir sur le "dilemme de la différence", que Martha Minow résume comme suit: "(...) when does treating people differently emphasize their differences and stigmatize or hinder them on that basis? and when does treating people the same become insensitive to their difference and likely to stigmatize or hinder them on *that* basis?[98]

Il n'existe pas de réponse toute faite à cette question. Celles et ceux qui, dans la critique identitaire ou ailleurs, prétendent avoir une telle réponse font probablement fausse route. Aussi, plutôt que de perdre son temps dans une entreprise de ce genre, il vaut mieux, selon nous, s'interroger sur la méthode qui permet de mieux appréhender la complexité du dilemme de la différence. Ceci ne peut que mener à une réflexion sur la manière dont on connaît ce dilemme, en droit ou dans d'autres disciplines, réflexion de nature épistémologique à laquelle nous nous livrerons un peu plus loin dans cette première partie.

Comme on l'a vu, une des façons de voir le dilemme de la différence est de le confiner au cadre étroit de la dialectique des rapports de domination. Toutefois, aussitôt que l'on insiste sur la capacité d'intégration au système démocratique de toute solution potentielle de ce dilemme, cette dialectique pose problème, car elle constitue à certains égards un obstacle épistémologique, notion que nous commenterons au chapitre second. Comme le souligne Alain Touraine,

> Ce qui est le plus dangereux pour la démocratie, c'est la représentation de la société comme un système de domination absolue, qui ne se contente pas d'exploiter et d'inclure les dominés mais les prive aussi de conscience ou les remplit de fausse conscience. La sociologie et l'historiographie ont été fortement marquées par cette image extrême d'un

---

[97] C'est d'ailleurs ce que reproche Alain Touraine à la théorie contractualiste de John Rawls. Si intéressante et incontournable que soit sa théorie, Rawls, plutôt que de partir d'un individu ou d'un groupe " (...) engagé dans des rapports sociaux qui sont toujours des rapports d'inégalité et de commandement", part d'un "individu libre et égal aux autres". Touraine, au contraire, voit dans l'idée de justice non pas un consensus mais un compromis, sa prémisse étant le conflit social. Voir: A. TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, Fayard, 1994, p. 55 et p. 90.

[98] M. MINOW, *op. cit.*, note 23, p. 20.

> ordre social réduit au langage de la domination et de sa reproduction. Cette image interdit la reconnaissance des mouvements sociaux; elle ne voit que des victimes ou des agents de la domination, jamais des acteurs. (...) parce que des mouvements de libération populaire et nationale se sont le plus souvent transformés en dictatures qui sont vite devenues des appareils de répression et des obstacles au développement, nous attendons de la démocratie qu'elle gère mieux les changements sociaux en diminuant les inégalités.[99]

Ce projet de "mieux gérer les changements sociaux en diminuant les inégalités" implique bien sûr un débat dans le champ du politique, mais il exige également un réexamen du rôle du juridique, rôle que nous estimons en toute hypothèse fondamental en démocratie. Sauf que, poussé à l'extrême, un recours systématique à la dialectique des rapports de domination risque de déboucher sur une dévalorisation du juridique. Un système de droit qui est réduit au rang de système de domination des uns sur les autres perd, tôt ou tard, sa légitimité. En fait, à un certain stade, ce n'est plus à un système juridique particulier que l'on s'en prend, c'est à l'idée de droit elle-même. Or, si le droit peut jusqu'à un certain point s'accommoder d'un degré relatif de scepticisme, il ne peut cependant souffrir qu'on lui nie toute spécificité en le ravalant au rang d'outil rhétorique de légitimation de l'idéologie politique dominante. Le cas échéant, ce seront les idées mêmes d'État de droit et de démocratie qui, en bout de ligne, feront les frais de ce mépris du droit. Toute conception démocratique du constitutionnalisme, cet *hinterland* disciplinaire où coexistent droit et politique, doit en tenir compte.

C'est donc aussi pour cette raison qu'un passage du paradigme de la domination à celui de l'exclusion nous paraît éminemment souhaitable dans la critique juridique identitaire. En tant que concept polysémique qui recouvre une réalité plurielle, l'exclusion représente une notion relativement ouverte qui, au-delà des frontières disciplinaires, est porteuse d'une nouvelle manière d'approcher les revendications identitaires, qui sont généralement appréhendées dans le champ du droit à travers le prisme de l'égalité. Et si la théorisation de l'exclusion dans ce champ en est encore à l'état embryonnaire, nous verrons que la critique juridique identitaire, particulièrement dans ses versions postmodernes, semble en voie de réaliser notre souhait en orchestrant la transition du paradigme de la domination vers celui de l'exclusion.

1.2. Une critique identitaire

Nous avons vu que le discours des tenants de la critique juridique identitaire varie quant à son degré de radicalisme. Mais que ce soit dans ses manifestations les plus radicales ou dans ses expressions plus modérées, la présence plus ou moins importante de la dialectique des rapports de

[99] A. TOURAINE, *op. cit.*, note 97, p. 245-246.

domination - laquelle, avons-nous dit, caractérise ce radicalisme - ne rend pas cette critique a priori différente d'autres du même genre. Par exemple, les mouvements critiques "radicaux", au sens particulier que nous avons donné à ce terme, foisonnent. On pense notamment à la critique marxienne du droit[100] ou aux *Critical Legal Studies*[101]. Mais si la critique juridique identitaire, radicale ou non, s'inspire à divers degrés de ces deux courants[102], il n'en demeure pas moins qu'elle s'en distingue à au moins un titre. Sa spécificité se situe en fait dans l'accent qui y est mis sur la variable "identité" et, plus particulièrement, sur l'identité sexuelle, raciale, ethnique ou culturelle. L'identité y joue donc un rôle carrément paradigmatique.

Toutefois, dans l'état actuel de la pensée sur l'identité, tenter de définir ce concept est un peu comme tenter de définir le mouvant. Aussi, plutôt que de nous acharner à accomplir cette tâche, nous nous en tiendrons à poser trois paramètres essentiels à une bonne compréhension des enjeux sous-jacents à une critique dite identitaire.

1.2.1. Une problématique polarisée

Le premier de ces paramètres est l'intervalle à l'intérieur duquel s'articule la problématique identitaire. Pour Jean-Marie Benoist, cette problématique oscille "(...) entre le pôle d'une singularité déconnectée et celui d'une unité globalisante peu respectueuse des différences."[103] Comme nous le constaterons, la critique identitaire ainsi que les réactions qu'elle suscite se situent bel et bien entre ces deux pôles.

1.2.2. L'identité entre modernité et postmodernité

L'évolution de la pensée sur l'identité nous fournit le second et le plus important de nos trois paramètres, lequel tient pour l'essentiel dans la *dichotomie* moderne / postmoderne. Puisque cette dichotomie reviendra nous hanter tout au long de cette thèse, il convient de présenter brièvement - mais de manière nécessairement incomplète - les grands axes de ces deux concepts que sont la modernité et la postmodernité.

---

[100] Sur la critique marxienne du droit, voir notamment: K. STOYANOVITCH, *op. cit.*, note 80; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1976; E. PASHUKANIS, *Law and Marxism: A General Theory*, London, Ink Links, 1978.

[101] Sur les *Critical Legal Studies*, voir notamment: M. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass. / London, Harvard University Press, 1987; R.M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass. / London, Harvard University Press, 1986.

[102] Voir: C. A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, pp. 3-80 et 290, note infrapaginale 18.

[103] J.-M. BENOIST, "Facettes de l'identité", dans: *L'identité. Séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Lévi-Strauss, professeur au Collège de France 1974-1975*, Paris, Quadrige / Presses Universitaires de France, 1983, p. 13, à la p. 15.

Disons d'emblée que les expressions "modernité" et "postmodernité" désignent aussi bien des époques historiques que des projets philosophiques. La modernité, dont les balbutiements remontent à la Renaissance et à la Réforme, marque une rupture radicale avec l'organisation sociale en place depuis des siècles en Occident. En fait, comme le remarque Jürgen Habermas, la modernité ne fait qu'une avec les idées de progrès, de développement, de révolution, d'émancipation et de crise[104]. Au plan socioéconomique, elle se caractérise par une industrialisation des modes de production complètement à l'opposé de l'économie artisanale qui dominait jusqu'alors. D'une production individuelle destinée à assurer la subsistance, on passe ainsi à une production de masse dont le but est d'amasser du capital, objectif dont l'atteinte sera facilitée d'autant avec l'avènement de la machine.

La science subira elle aussi une profonde transformation avec la modernité. Elle s'éloigne graduellement des diktats de la "nature" ou de ceux de la religion pour développer une pensée qui se veut aussi rationnelle, objective et descriptive que possible. Bref, le positivisme est né. Ainsi, délaissant l'occulte sous l'impulsion de la nouvelle idéologie rationaliste, l'alchimie se transmute en chimie. Petit à petit, le modèle des technosciences s'imposera dans toutes les sphères de la pensée.

Dans le champ philosophique, la modernité est placée sous le signe de la subjectivité[105]. Avec les Lumières, le rationnalisme triomphe et la foi en l'Homme atteint son faîte. Celui-ci accède ainsi au statut de "sujet". Mais, présenté comme rationnel, autonome et transcendant, ce sujet, celui de Descartes et de Kant, est un sujet abstrait[106]. Cette philosophie ne manquera pas d'avoir un impact formidable sur la pensée juridique. Les individus y étant désormais conceptualisés comme titulaires "naturels" de droits et d'obligations, la notion de "sujet de droit" émergera véritablement. Le modèle scientifique aura également une influence sur la pensée juridique, notamment par le truchement de l'adoption du positivisme. Rejetant la métaphysique, on tentera de faire de l'étude du droit un processus objectif, neutre et impartial. Les lois en vigueur, édictées par le législateur, perdront au passage le bénéfice de la transcendance de celles jadis attribuées à Dieu, mais étendront en revanche leur hégémonie à toute la société, l'émergence concomitante de l'État-nation ayant contribué à cette expansion. Ainsi, les contradictions entre systèmes normatifs concurrents (par exemple entre le droit positif et la morale) seront non seulement résolues *par* la

---

[104] J. HABERMAS, *The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1987, p. 7.
[105] *Id.*, p. 17. Nous ne parlons pas ici de la subjectivité comme contraire de l'objectivité, comme nous le ferons plus tard, mais bien pour désigner la montée du Sujet.
[106] *Id.*, p. 18.

loi temporelle de l'État mais aussi *en faveur* de cette loi. C'est notamment en ce sens que l'on a dit que la modernité générait sa propre normativité[107]. On ne s'étonnera pas, dans cette optique, que la modernité ait présidé à l'éloignement du droit par rapport à la justice, en plus de lui avoir donné une plus large marge d'autonomie par rapport aux autres sous-systèmes sociaux, comme le politique.

Pour sa part, l'idée de "postmodernité" tente de saisir en un mot ce qui semble être un effritement généralisé du projet moderne. Dans ce sens, la postmodernité repose d'abord sur un constat sociologique fait à partir d'une observation de l'état actuel de nos sociétés. Par exemple, on dira que si la modernité se caractérisait par la production de masse, la postmodernité se distingue quant à elle par la communication de masse[108], où le savoir devient un bien de consommation comme les autres. D'où le passage d'une société industrielle à une société post-industrielle. L'idée de postmodernité désigne également un certain état d'esprit qui semble se répandre dans nos sociétés avancées. Par exemple, alors que la modernité faisait dans l'ontologie en élaborant une conception de l'essence de l'Homme, la postmodernité refuse cette "tentation ontologique". Aussi, à l'essence, à la substance, elle préférera la surface.... Enfin, l'idée de postmodernité renvoie aussi à une critique "postmoderniste", qui prend appui sur un certain nombre de présupposés normatifs. Dans ce sens, "[p]ostmodernism is an interpretive practice that is claimed to be artistically or theoretically valuable or beneficial. Postmodernism is something to be celebrated or encouraged rather than simply an epoch to be understood. It is also associated with being on the cutting edge of cultural production or the interpretation or criticism of cultural production."[109] Cette critique s'en prend donc, parfois avec véhémence, à l'échec du projet moderne et de ses "grands récits", que les postmodernistes prennent plaisir à déconstruire.

On se doute bien que pareille critique a des répercussions dans le champ du droit. L'universalité des normes et la transcendance du sujet sont remis en question, tout comme le rationalisme et l'objectivisme du positivisme juridique. Les sources et les lieux de normativité se multiplient à mesure que se rétrécit l'imperium de l'État. On assiste ainsi à une résurgence d'un phénomène longtemps occulté en raison du monisme juridique étatique, à savoir le pluralisme juridique. Du même souffle, ployant sous le poids des thèses postmodernistes proposant une lecture politisée de sa nature et de son action, le droit perd quelque peu de sa spécificité au profit du politique. Dès lors, sa mission devient plus modeste: plutôt que d'être vu comme le lieu de la détermination temporelle du bien et du mal, le droit se voit modélisé comme une simple instance de gestion des

---

[107] *Id.*, p. 7.
[108] J.M. BALKIN, "What is Postmodern Constitutionalism?", (1992) 90 *Michigan Law Review* 1966, à la p. 1968.
[109] *Id.*, à la p. 1971.

conflits. En somme, le droit, encore d'inspiration essentiellement moderne, vit une crise à la fois ontologique et épistémologique. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette dernière au chapitre trois.

Donc, de bien étranges rapports s'établissent entre le droit et le politique à l'ère postmoderne. Aucune problématique n'illustre mieux cette observation que la question identitaire. Écartelée entre la modernité et la postmodernité, la saisie juridique de l'identité connaît une période de turbulence sans précédent. Voyons cela de plus près.

Alors que l'identité dans la pensée moderniste est un concept universalisant et monolithique - il y a par exemple un sujet "femme" et une identité qui y correspond -, la pensée postmoderniste, au contraire, déconstruit le sujet et, du même souffle, le concept d'identité. Constamment déconstruite et reconstruite, notamment à travers le discours, l'identité postmoderne est anti-statique: "Group identities (...) are constituted by the multiple discourses through which identities are described and recognized. They are not static, but continuously being reinstated. Postmodern feminist work embraces multiple meanings because the words through which identities are fashioned carry within themselves traces of past usage."[110]

S'agissant par exemple d'une soi-disant identité "femme", Marie-Andrée Bertrand remarque que "[l]a perspective postmoderne et déconstructrice n'a que faire des certitudes et des positions établies. Elle favorise plutôt un travail de démasquage continuel qui n'aboutira jamais à la découverte de la Femme."[111] Dans le même esprit, les prétendues identités "noire" ou "blanche" ne pourront jamais être isochromatiques, c'est-à-dire d'une couleur uniforme. En fait, elles seront dissoutes dans ce que Gilles Lipovetsky appelle des "combinaisons kaléïdoscopiques indifférentes"[112]. En ce sens, la conception postmoderne de l'identité s'oppose à l'essentialisme souvent associé à la conception moderne[113]; l'identité devient donc "(...) aspectival rather than

---

[110] J.G. GREENBERG, "Introduction to Postmodern Legal Feminism", dans: M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p.ix, à la p. xxi. Sur l'identité postmoderne, voir aussi: J. WICKE, "Postmodern Identity and the Legal Subject", (1991) 62 *University of Colorado Law Review* 455.

[111] M.-A. BERTRAND, *loc. cit.*, note 79, à la p. 10. Voir aussi: C. ST-HILAIRE, "Le féminisme et la nostalgie des grands Récits", *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 79.

[112] G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide. Essai sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, coll. "Folio / essais", n° 121, 1983, p. 59.

[113] C'est d'ailleurs dans leur critique de l'essentialisme moderne que se rejoignent nombre de penseurs très différents mais associés, parfois abusivement, au postmodernisme. Voir C. MOUFFE, "Feminism, Citizenship and Radical Democratic Politics", dans: J. BUTLER et J.W. SCOTT (dir.), *Feminists Theorize the Political*, New York / London, Routledge, 1992, p. 369, à la p. 370. Voir aussi, pour une critique classique de l'essentialisme que l'on associe à certains courants d'analyse féministe du droit: A.P. HARRIS, "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", (1990) 42 *Standford Law Review* 581. Sur les problèmes liés à l'essentialisme dans un contexte international de diversité culturelle, voir: T.E. HIGGINS, "Anti-Essentialism, Relativism, and Human Rights", (1996) 19 *Harvard Women's Law Journal* 89. Mais l'anti-essentialisme pour l'anti-essentialisme fait à son tour l'objet de critiques. Voir en ce sens: D.L. BROOKS, "A Commentary on the Essence of Anti-Essentialism in

essential: like many complex human phenomena, such as language and games, cultural identity changes as it is approached from different paths and a variety of aspects come into view."[114] Dans cette optique, l'identité de chaque personne sera nécessairement protéiforme: on décidera d'appartenir à plusieurs groupes d'appartenance, le lien avec les uns et les autres pouvant être plus ou moins resserré ou intense selon les époques de la vie. C'est pour cette raison que Lyotard soutient que la période postmoderne se caractérise par un passage des métarécits aux microrécits[115], où chaque personne développe une conscience identitaire qui lui est propre.

Mais comme le note James Tully, ceci marque une importante rupture avec la vision moderne de l'identité:

> As a consequence of the overlap, interaction and negociation of cultures, the experience of cultural difference is *internal* to a culture. (...) On the older, essentialist view, the "other" and the experience of otherness were by definition associated with another culture. One's own culture provided an identity in the form of a seamless background or horizon against which one determined where one stood on fundamental questions (...). Having an identity consisted in being oriented in this essential space, whereas the loss of such a fixed horizon was equated with an "identity crisis"; with the loss of all horizons. On the aspectival view, cultural horizons change as one moves about, just like natural horizons. The experience of otherness is internal to one's own identity, which consists in being oriented in an aspectival intercultural space (...).[116]

En somme, chaque personne devient actrice de sa propre construction identitaire; elle se mue en sujet agissant et délaisse le statut d'objet subissant que l'on appelle l'Autre. La construction identitaire devient à toutes fins pratiques une démarche personnelle de type autoréférentiel, où la personne médiatise systématiquement les "inputs" environnementaux en fonction de sa condition particulière. Ainsi, l'individu postmoderne, replié sur sa propre condition et ne cherchant pas à porter sur ses épaules le poids d'une condition identitaire déterminée par l'histoire, est Narcisse plutôt qu'Atlas.

1.2.3. L'identité entre essence et mouvance: droit moderne et identité postmoderne

---

Feminist Legal Theory", *Feminist Legal Studies*, Vol. II, n° 2, (1994), p. 115. Voir aussi: D. FUSS, *Essentially Speaking. Feminism, Nature & Difference*, New York / London, Routledge, 1989. En effet, il ne faut pas que l'anti-essentialisme en vienne à inhiber l'action. Voir en ce sens: A. PARASHAR, "Essentialism or Pluralism: The Future of Legal Feminism", (1993) 6 *Canadian Journal of Women and the Law* 328.

[114] J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 11.

[115] J.-F. LYOTARD, *Le Postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, Galilée, 1988, p. 38.

[116] J. TULLY, *op. cit.*, note 114, p. 13.

Dans la postmodernité, donc, le sujet se veut difficilement saisissable et l'identité, mouvante. Mais cette position est problématique à plus d'un titre. Si l'idée d'une identité entraînée dans un mouvement perpétuel d'oscillation entre l'auto-déconstruction et l'auto-reconstruction nous semble effectivement rendre compte, à partir d'une perspective interne, de la réalité processuelle de la constitution identitaire, elle est difficilement praticable en droit. Comme le souligne encore James Tully, "[u]nfortunately, many post-modern writers have gone on to draw the unwarranted conclusion that any concept of identity is self deconstructing and contingent, thereby heralding the end of sovereignty and constitutionalism in an unidentifiable fragmentation."[117]

Cette référence au constitutionnalisme illustre bien le problème que soulève une spirale de la déconstruction au regard de l'appréhension des questions identitaires en droit positif. C'est d'ailleurs là qu'apparaît notre troisième paramètre, qui découle du second et qui s'articule autour de la dichotomie *identité* postmoderne / *droit* moderne. En fait, la question fondamentale que soulève cette dichotomie est la suivante: comment rendre justiciable une identité essentiellement fuyante[118]?

Un constat s'impose ici d'emblée: l'encadrement juridique qui prévaut dans les sociétés occidentales est d'inspiration moderne. Le Canada ne faisant pas exception à cet égard, son droit positif véhicule par conséquent une conception moderne de l'identité, c'est-à-dire une conception relativement monolithique qui ne laisse guère de place à l'indétermination. Par exemple, les droits à l'égalité garantis au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* cherchent au premier chef à protéger les individus contre la discrimination faite sur la base d'une caractéristique personnelle déterminée et, à toutes fins pratiques, invariante, telle que, par exemple, le sexe, la race ou l'origine ethnique. En somme, pour que soit sanctionnée une pratique discriminatoire, il faut que, momentanément, l'identité de la victime de la discrimination soit *réduite* à une caractéristique présentant un minimum de permanence. Le concept de "groupe identifiable", utilisé dans le cadre de la découverte de motifs analogues de discrimination en vertu du paragraphe 15(1), illustre encore mieux le fonctionnement du mécanisme[119]. La victime d'une

---

[117] *Id.*, pp. 45-46.

[118] Nous étendons ici quelque peu le sens généralement donné en droit constitutionnel au concept de "justiciabilité". On sait que ce concept réfère au pouvoir discrétionnaire des tribunaux de se prononcer sur des questions d'ordre moral ou politique qu'ils estiment ou non de leur ressort (*Canada (Vérificateur général)* c. *Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Resssources)*, [1989] 2 R.C.S. 49), sous réserve évidemment des cas où l'inconstitutionnalité d'une loi est invoquée (*Operation Dismantle* c. *R.*, [1985] 1 R.C.S. 441).

[119] Voir: *Egan* c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 411; *Thibaudeau* c. *Canada*, [1995] 627. L'ancien critère était celui de "minorité distincte et séparée" (*Haig* c. *Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995), qui modifiait celui de "minorité discrète et isolée", posé dans les décisions de principe *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et, surtout, *R.* c. *Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

mesure discriminatoire fondée sur un motif qui ne relève pas a priori de ceux qui y sont expressément mentionnés augmentera sensiblement ses chances de voir ce paragraphe s'appliquer à son cas si elle est issue d'un "groupe identifiable", cette détermination se faisant en tenant compte de l'ensemble des contextes sociaux, politiques et juridiques. Malgré que le concept de "groupe identifiable" permette de couvrir une large gamme de situations discriminatoires, ces situations doivent toutefois présenter une certaine *récurrence systémique* pour que le groupe en cause soit bel et bien jugé identifiable. Encore là, donc, la fixation se trouve favorisée au détriment de la mouvance identitaire[120].

Le droit positif réduit donc l'identité à des catégories (sexe, race, origine ethnique, orientation sexuelle) qui, historiquement, ont suscité des comportements discriminatoires. Pareille réduction est cependant inévitable en ce que, ce faisant, le droit prend acte de l'un des aspects fondamentaux de la nature relationnelle, dialogique de l'identité: l'altérité[121]. Comme le signale Sélim Abou, "(...) le problème de l'identité en général ne surgit que là où apparaît la différence."[122] Et, poursuit Charles Taylor, "[w]e define our identity always in dialogue with, sometimes in struggle against, the things our significant others want to see in us."[123] C'est précisément à ces "struggles against",

---

[120] En ce sens, la démarche juridique serait plus justement qualifiée de démarche d'*identification* d'invariants identitaires que d'*appréhension* de l'identité. L'identification de ces invariants chez une personne donnée est en effet distincte de l'appréhension de son identité - concept bien plus englobant. Pour une intéressante discussion de ces questions, voir: P. CAWS, "Identity: Cultural, Transcultural, and Multicultural", dans: D.T. GOLDBERG (dir.), *Multiculturalism: A Critical Reader*, Oxford, U.K. / Cambridge, U.S.A., Blackwell, 1994, p. 371, à la p. 377.

[121] J.-M. BENOIST, *loc. cit.*, note 103, 17. Voir aussi sur l'altérité le remarquable essai de T. TODOROV, *Nous et les autres. La reflexion française sur la diversité humaine*, Paris, Éditions du Seuil, 1989, collection "Points / essais, n° 250. Une question se pose toutefois ici. La réduction identitaire qu'opère le droit en tentant de faire échec aux comportements discriminatoires ne risque-t-elle pas en bout de ligne de reproduire les inégalités qui ont cours dans le système? C'est là un problème qu'éprouvent toutes les identités autres que majoritaires puisque, recourant au droit à des fins de protection, elles se font constamment rappeler leur altérité et ce, au coeur même des dispositions juridiques censées les protéger. Prenons l'exemple de l'interdiction de la discrimination contre les femmes - ne nous leurrons pas ici: même si cette interdiction est formulée de manière plus neutre comme s'appliquant au regard de la discrimination fondée sur le sexe, les principales victimes de cette discrimination sont les femmes. En posant que la catégorie "femme" a besoin de protection, ne se base-t-on pas une fois de plus sur la norme patriarcale? Ne reconduit-on pas, dans le corps même de la normativité étatique, le statut d'Autres des femmes? Dans une certaine mesure, oui, mais cela nous paraît inévitable. En effet, comment une femme peut-elle se concevoir *entièrement hors* du patriarcat? D'une certaine manière, autant son assujettissement que la révolte qu'il lui inspire sont des "produits" de cette société que l'on a qualifiée de patriarcale, avec ce que cela implique de côtés négatifs, mais également positifs. En sorte que la démarche de modification du système en est d'abord une de subversion et non de révolution proprement dite. Dans ce sens, on voit mal, à moins de référer à un état "naturel" pré-social, comment l'on peut prétendre adopter une démarche absolument extérieure à soi-même - c'est là, du reste, nous le verrons au chapitre cinq, un des problèmes que suscite la théorie féministe de Catharine MacKinnon. Cela dit, paraphrasant Paul Ricoeur, on serait tenté de dire que soi-même *est* un autre...

[122] S. ABOU, *L'identité culturelle. Relations interethniques et problèmes d'acculturation*, 2ième éd., Paris, Éditions Anthropos, 1986, collection "Pluriel", n° 8735, p. 31.

[123] C. TAYLOR, "The Politics of Recognition", dans: A. GUTMAN (dir.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 25, à la p. 32-33.

à ces conflits qui surviennent dans le cours de notre relation avec l'autre, que le droit positif doit s'intéresser au premier chef. Celui-ci tient compte du fait que, dans la société, notre identité est souvent fonction du regard de l'autre, qui essentialise *et*, trop fréquemment, discrimine. La personne vers qui ce regard est dirigé se voit en quelque sorte assigner une identité, généralement stéréotypée, et, partant, empreinte d'une fixité qui nie son évolution propre[124]. Cette attribution externe d'une identité, si tronquée puisse-t-elle être, bouleversera évidemment la conscience identitaire de cette personne; surtout, elle suscitera un conflit, dont la source se trouve précisément dans ce qui constitue en fait une immixtion violente et non-respectueuse dans le processus de construction identitaire de la personne visée. C'est ce conflit que le droit s'attachera à canaliser, en tentant de rétablir entre les protagonistes ce que Paul Ricoeur appelle une "juste distance"[125].

Mais, du même coup, le droit restreint d'autant sa capacité d'appréhender les possibles identitaires. Ce faisant, il fait violence à l'identité postmoderne complexe, dont il relègue la discussion au "non-droit". A-t-il vraiment le choix, toutefois? Pas vraiment. Pour être efficace, le droit a besoin de catégories d'ancrage qui sont, par nature, réductrices de la complexité. Aussi, par la force des choses, de telles catégories ne peuvent qu'empêcher une pleine appréhension des configurations kaléïdoscopiques de l'identité postmoderne.

On aboutit donc à ce qui ressemble fort à un face-à-face entre la stabilisation identitaire opérée par le droit moderne et l'instabilité de l'identité postmoderne. Il ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille abandonner toute velléité de mieux appréhender juridiquement, c'est-à-dire de manière plus complexe, le phénomène identitaire. Tout au plus le constat de ce face-à-face nous mène-t-il à la conclusion que si la conception postmoderne de l'identité ne manque pas d'intérêt en tant que projet philosophique et même social, son appréhension juridique, elle, est plus problématique, du moins en ce qui a trait à la justiciabilité des phénomènes identitaires. Ce qui ne veut pas dire, toutefois, qu'elle soit en tous points impossible.

Ainsi, comment concilier, dans une certaine mesure tout au moins, droit moderne et identité postmoderne? Gayatri Chakravorty Spivak nous offre une intéressante piste de départ lorsqu'elle parle de l'identité comme de "(...) flash-points in this recoding of the circuitry."[126] Aussi, tentons d'imaginer la "trajectoire identitaire" de six personnes: quatre femmes, dont deux noires et deux

---

[124] Sur le rôle de la fixité dans la construction de l'altérité, voir: H.K. BHABHA, *The Location of Culture*, London / New York, 1994, p. 66.
[125] P. RICOEUR, *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 12.
[126] G.S. SPIVAK, *Outside in the Teaching Machine*, New York / London, Routledge, 1993, p. 61.

blanches, et deux hommes, un noir et un blanc. Postulons, pour les fins de cette démonstration, que ces personnes débutent leur trajectoire dans un état utopique de virginité sociale, c'est-à-dire dans une position où, par exemple, chacune ignorerait son sexe, sa race, son origine ethnique et sa classe sociale, ainsi que les significations que la société majoritaire assigne en fonction de ces variables[127]. Imaginons au surplus que chacune de ces personnes construit son identité selon son parcours spécifique et, évidemment, en fonction des limitations qu'elle s'impose ou ressent de l'intérieur. Peut-être leur parcours respectif se croisera-t-il un jour, mais cela, elles ne le savent pas a priori.

Dans cette optique, leur identité peut paraître purement aléatoire et, d'un point de vue qui leur est interne, elle l'est presque. Mais il y a fort à parier que, très tôt, des points communs surgiront entre leurs trajectoires identitaires. Cela se produira dès le moment où des tiers s'immisceront dans leur processus interne de construction identitaire, bref, dès le moment où les membres de notre groupe-témoin prendront conscience de leur condition d'Autre. Chacun médiatisera cette immixtion selon sa personnalité, mais la sensation de ce regard externe posé sur eux les forcera à prendre conscience que ce regard s'arrête invariablement sur quelques-unes de leurs caractéristiques - homme, femme, blanc, noir. Ils constateront alors l'impossibilité d'échapper entièrement à un certain destin identitaire. Par exemple, il est probable que plusieurs des femmes ou des individus de race noire de notre groupe-témoin sentent à quelques reprises au cours de leur vie que leur genre[128] ou leur race incitent des personnes d'un autre genre ou d'une autre race à

---

[127] Nous nous inspirons ici dans une certaine mesure du concept rawlsien de "voile d'ignorance", qui réfère à une position où "(...) no one knows his place in society, his class position or social status; nor does he know his fortune in the distribution of natural assets and abilities, his intelligence and strength, and the like." Voir: J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Bellknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 137. Précisons ici que cette "appropriation" ne rend nullement compte de tous les tenants et aboutissants du concept de "voile d'ignorance", qui n'a comme tel rien à voir avec les processus de construction identitaire. En fait, Rawls l'emploie pour faire abstraction des caractéristiques personnelles des individus au moment d'identifier les principes de justice d'un régime constitutionnel.

[128] Une précision s'impose ici quant à cet usage du mot "genre". Il faut savoir ici que plusieurs tenants anglophones de la critique juridique identitaire établissent une distinction entre le "genre" (gender) et le "sexe" (sex). Le premier qualifie l'identité sexuelle socialement construite, alors que le second désigne tout bonnement le sexe biologique. Une auteure résume ainsi cette distinction: "Sex is regarded as a product of nature, while gender is understood as a function of culture." Voir: K.M. FRASER, "The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex From Gender", (1995) 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1, à la p. 1. Pour la professeure Michelle Boivin, ce mot "(...) désigne l'organisation sociale de la relation entre les sexes." Voir: M. BOIVIN, "Le féminisme en capsule: un aperçu critique du droit", (1992) 5 *Revue canadienne Femme et Droit* 357. Voir également à ce sujet: N. GAGNON, "Plaisir, liberté, égalité: trilogie phallocentrique", (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 147, à la p. 153; R. COLLIER, *Masculinity, Law and the* Family, London / New York, Routledge, 1995; J. LORBER, *Paradoxes of Gender*, New Haven / London, Yale University Press, 1994; R.W. CONNELL, *Gender and Power: Society, the Person, and Sexual Politics*, Stanford, Ca., Stanford University Press, 1987. Bien que, comme l'indique le titre de l'article de Fraser, cette distinction soit loin de faire l'unanimité, il reste qu'elle demeure fort utilisée dans le critique juridique identitaire. On commence du reste à la retrouver dans

agir différemment à leur égard, ceci pouvant même aller jusqu'à la discrimination la plus flagrante. Au bout d'un moment, non seulement constateront-ils que certains aspects de leur identité servent de valence négative du fait de la construction sociale, sexiste ou raciste, de certains autres membres de la société, mais ils s'apercevront, malheureusement, d'une certaine récurrence des comportements négatifs à leur égard. S'ils décident enfin de parler de cette situation à d'autres personnes qui présentent les mêmes caractéristiques, ils observeront sans doute des convergences entre leur propre parcours identitaire et celui de leur interlocuteur. Pour reprendre l'image des points lumineux ("flashpoints") de Spivak, ils verront que, sur le parcours identitaire de chacun, l'apparition de ces points est le plus souvent due à la même cause: le regard de l'autre, qui joue un rôle un peu semblable à celui du révélateur en photographie. C'est la récurrence de ces points lumineux, leur cause commune et leur concentration autour de certaines caractéristiques qui fait qu'il existe, au-delà des différences, ce que nous appellerons une *condition* ou une *classe identitaire*[129].

Ce concept de condition identitaire ne doit pas être vu comme le nouvel habit de l'essentialisme. Il permet simplement de prendre acte de cette réalité difficilement contestable qu'est l'existence de certaines récurrences dans les relations sociales, de certains épisodes où notre identité se trouve momentanément figée, souvent contre notre gré. Épisodes que, du reste, l'on ne peut ignorer sous prétexte d'adopter une conception antiessentialiste de l'identité. Dans ce sens, le projet anti-essentialiste ne doit pas se muer en une idéologie porteuse d'un aveuglement volontaire face à la déplaisante réalité que constitue le réductionnisme essentialiste qui préside, parfois, aux relations sociales[130]. C'est pourquoi Chantal Mouffe, en réaffirmant la nature mouvante et instable de l'identité, précise néanmoins que:

> This does not mean, however, that we cannot retain notions like "working-class", "men", "women", "blacks", or other signifiers referring to collective subjects. However, once the existence of a common essence has been discarded, their status must be conceived in terms

---

certains écrits féministes francophones. Aussi l'utiliserons-nous, de même que l'adjectif "générique", lorsque cela s'avérera nécessaire.

[129] M. Godelier, traitant de la notion de classe dans l'analyse marxienne, rappelle le double usage du concept de "classe" dans cette analyse: "[l]'un qui désigne des réalités historiques spécifiques, les groupes sociaux nés du développement du mode de production capitaliste et de la dissolution du mode de production féodal; ce sont les classes au sens "strict"; l'autre qui désigne des réalités historiques *analogues* aux classes de la société capitaliste mais cependant distinctes, et qui est donc non spécifique, *métaphorique* en quelque sorte, puisque le terme subsume seulement les ressemblances et non les différences." Voir: M. GODELIER, *L'idéel et le matériel. Pensée, économies, sociétés*, Paris, Fayard, 1984, p. 301. D'une certaine façon, notre idée de classe identitaire procède d'un usage métaphorique du terme "classe".

[130] Voir sur cette question: D.L. BROOKS, *loc. cit.*, note 113.

> of what Wittgenstein designates as "family resemblances" and their unity must be seen as the result of the partial fixation of identities through the creation of nodal points.[131]

En parlant de "partial fixation", cette auteure décrit bien le phénomène qui engendre la création de conditions identitaires et qui ne manque pas de rappeler un autre phénomène, physique celui-là, en l'occurrence la condensation, c'est-à-dire l'augmentation de la densité d'une vapeur et son dépôt sur une surface donnée. Ainsi, comme une vapeur d'eau devient buée sous l'effet d'un refroidissement climatique, un même volet de l'identité de plusieurs personnes - par exemple le fait d'être femme - se condensera, momentanément, sous le regard réducteur d'un tiers[132].

Cette idée de condensation identitaire, on le voit, permet de concilier, d'une part, le projet anti-essentialiste postmoderne et, d'autre part, le réductionnisme relatif dont fait parfois preuve le droit dans son appréhension de la réalité du réductionnisme identitaire marquant les rapports sociaux. En fait, tant que le projet anti-essentialiste postmoderne n'aura pas rejoint toutes les couches de la société, projet utopique s'il en est, il faudra bien que le droit sanctionne les comportements anti-sociaux motivés par la condition identitaire des Autres. Un régime de droit qui s'abstiendrait de le faire témoignerait à notre avis d'une inquiétante myopie sociale. La justiciabilité de l'identité passe donc nécessairement par son appréhension en tant que lieu d'altérité[133]. C'est qu'au-delà de la condition privée, individuelle, d'une personne, il existe, avons-nous dit, des conditions identitaires qui lient les dimensions individuelle et collective de l'identité et que le droit ne peut

---

[131] C. MOUFFE, *loc. cit.*, note 113, p. 373. Voir aussi, dans le même esprit, B. DE SOUSA SANTOS, "La transition post-moderne: droit et politique", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990.24, p. 77. Dans cet article, De Sousa Santos, à l'encontre des poststructuralistes, signale que la différenciation individuelle des subjectivités "(...) n'est ni infinie, ni chaotique" et qu'elle est contrainte par la présence de quatre subjectivités structurelles, celles de la famille, de la classe, de l'individu et de la nation (p. 106). En ce qui a trait au débat opposant "essentialistes" et "anti-essentialistes", il affirme que "(...), entre la conception de l'essence comme une entité ontologique monolithique et le non-essentialisme des contingences infinies, il y a le juste milieu d'une vue pluraliste des essences, d'une dispersion contrôlée des structures sociales." (p. 105) Voir, enfin, les excellents articles suivants: N. ROULAND, "Notes d'anthropologie juridique: l'inscription juridique des identités", (1994) *Revue trimestrielle de droit civil* 287; A. MEMMI, "Les fluctuations de l'identité culturelle", *Esprit*, n° 228, janvier 1997, p. 94.

[132] En sorte que, par exemple, même en reconnaissant qu'il n'y a pas de sujet "Femme" métaphysique, il est difficile de nier l'existence d'une condition de "Femme" forgée par diverses contraintes sociohistoriques. La reconnaissance des conditions identitaires ne procède donc pas de postulats métaphysiques mais bien d'une prise en compte sociologique de certaines récurrences dans le traitement d'un groupe donné.

[133] Sur l'altérité comme partie des processus sociaux d'exclusion, une auteure affirme que "(...), l'exclusion s'instaure et se maintient grâce à une construction de l'altérité qui se fait sur la base de représentations sociales que la communication sociale et médiatique contribuent largement à diffuser." Voir: D. JODELET, "Les processus psycho-sociaux de l'exclusion", dans: S. PAUGAM (dir.), *op. cit.*, note 86, p. 66, à la p. 75. Dans une relation d'altérité qui "évolue mal", c'est-à-dire qui donne naissance à des stéréotypes et à des préjugés, la différence se muera le plus souvent en stigmate. Voir: L. NOEL, *op. cit.*, note 32, p. 127.

faire l'économie d'ignorer sous prétexte de se vouloir postmoderne[134]. Le ferait-il qu'il occulterait du même coup l'aliénation vécue par de nombreux groupes dans la société. À coup sûr, pareille occultation, délibérée, remettrait directement en cause la légitimité du droit ou, accidentelle, minerait d'abord son effectivité, mais aussi, à la longue, sa légitimité. En revanche, le défi est de faire en sorte que la saisie juridique des diverses conditions identitaires ne se mue pas en une momification identitaire essentialisante. D'où, dans un premier temps, la nécessité pour le droit de risquer, dans certaines circonstances, ce que Spivak appelle un "essentialisme stratégique"[135] et, dans un second temps, la nécessité pour les juristes de questionner inlassablement les pratiques épistémologiques ayant cours dans le champ du droit.

Mais en prenant le parti de tenir compte de ces conditions identitaires, au risque de frôler parfois le gouffre de l'essentialisme, le droit ne se confine-t-il pas au rôle de censeur des seules réductions identitaires trop graves pour demeurer juridiquement ignorées? Ne limite-t-il pas alors indûment son champ d'effectivité? Pas nécessairement. En fait, notre thèse à cet égard est que le premier degré de l'appréhension juridique de l'identité doit nécessairement se situer au regard de ce que nous avons appelé la "condition identitaire". Nous y voyons là un passage obligé, où le droit joue un rôle essentiellement curatif de première ligne. Mais rien n'interdit que cette appréhension dépasse ce stade; au contraire, pour être vraiment complexe, elle *devra* aller au-delà. Aussi, le second degré de la saisie juridique de l'identité permettra de prendre acte, dans une mesure minimale à tout le moins, de la pluralité des variations à l'intérieur d'une même condition identitaire[136]. Par exemple, une femme noire peut a priori subir de la discrimination du fait de son sexe, mais elle peut en même temps en subir en raison de sa race. L'interaction de plusieurs motifs de discrimination rend difficile l'identification de celui qui prévaut. Souvent, cette interaction, avec l'effet cumulatif qu'elle suppose, aggravera la situation de la victime de discrimination. Le cas échéant, une approche systémique favorisera une meilleure appréhension de ces situations d'"intersections", comme les appelle la juriste américaine Kimberlè Crenshaw[137]. Enfin, le dernier

---

[134] À cet égard, l'on ne peut s'empêcher de noter, à l'instar du professeur Louis Balthazar, que certains théoriciens de l'identité postmoderne, en prônant "(...) soit l'absence totale d'identité, soit l'identité marginale ou encore la possibilité de se faire caméléon et de passer d'une identité à l'autre", montrent "(...) une attitude de riches ou d'intellectuels privilégiés [en] mépris[ant] ceux qui fondent encore leur existence et leur vie sociale sur une communauté, sur une région ou sur une nation (...)." Voir: L. BALTHAZAR, "Reconnaissance et identité dans le contexte canadien", *Revue internationale d'études canadiennes*, vol. 10, Automne 1994, p. XX, à la p. n° 5.

[135] G.S. SPIVAK, *op. cit.*, note 126, p. 5. Spivak résume ainsi sa pensée sur le recours à un essentialisme stratégique: "So long as the critique of essentialism is understood not as an exposure of error, our own or others', but as an *acknowledgment of the dangerousness of something one cannot not use*. I would stand by it as one stand among many." (Nos italiques).

[136] Voir par exemple les remarques de la juge L'Heureux-Dubé, dissidente dans *Egan* c. *Canada*, *supra*, note 119, aux pp. 553-555.

[137] Sur la théorie de l'intersectionnalité, voir notamment K.W. CRENSHAW, "Beyond Racism and Misogyny: Black Feminism and 2 Live Crew", dans: M.J. MATSUDA, C.R. LAWRENCE III, R. DELGADO et K.W.

degré de la saisie juridique de l'identité cherchera à tenir compte d'un autre type de variations, cette fois celles dues aux processus *internes* de construction identitaire. On tentera alors de ne pas ignorer la multiplicité des combinaisons possibles de l'identité du sujet postmoderne. Bref, on essaiera d'appréhender l'identité comme espace d'ambiguïté. En quelque sorte voué à servir de rempart contre l'essentialisme[138], ce troisième stade procède d'une certaine façon d'un réflexe déconstructeur des lieux communs identitaires, qui commence timidement à infuser l'appréhension juridique des questions ayant trait à l'identité[139].

1.3. Une critique protéiforme mais convergente

1.3.1. Une critique dans la mouvance de la politique identitaire

La critique juridique identitaire n'est pas une entité monolithique. Parce que les auteurs que nous associons sous ce vocable affirment une pluralité d'identités et, en le faisant, s'inspirent de différentes grilles d'analyse et s'intéressent à des questions particulières souvent non reliées les unes aux autres, il n'est pas étonnant que leur discours soit hétérogène. À la limite, on pourrait dire que, tant au plan de la forme qu'à celui de son contenu, la critique juridique identitaire suit la même trajectoire que l'identité dans la théorie postmoderne. Épousant comme cette dernière les contours de l'identité particulière que veut affirmer chacun des auteurs, elle est fluide et mouvante. Au surplus, ces auteurs oscilleront, selon leur orientation théorique respective, entre le modernisme et le postmodernisme.

La critique juridique identitaire s'avère donc une réalité plurielle. Aussi est-il peu étonnant que ses tenants supportent mal les généralisations abusives qui masquent leurs divergences, d'autant plus que la plupart d'entre eux partagent une aversion *théorique* envers l'universalisme ou ses ersatz. Si, comme nous le verrons ci-après, leur critique converge vers ce qui doit être qualifié de politique identitaire, il importe en même temps de reconnaître qu'il n'y a pas plus de variante

---

CRENSHAW, *Words That Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Boulder / San Francisco / Oxford, Westview Press, 1993, p. 111, à la p. 113-11 et "Mapping the Margins: Identity Politics, Intersectionality and Violence Against Women", (1991) 43 *Stanford Law Review* 1241. Il est à noter qu'une auteure francophone a décrit le phénomène auquel réfère Crenshaw comme des "chassés-croisés" identitaires. Voir: M. de SÈVE, "Le chassé-croisé du genre et de l'ethnie", *La Parole métèque*, n° 29, mars 1997, p. 6.

[138] Sur la nécessité de développer un "réflexe anti-essentialiste", voir: T. GRILLO, "Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master's House", (1995) 10 *Berkeley Women's Law Journal* 16.

[139] Voir dans ce sens l'intéressante étude de M. BOIVIN, "Les acquis du féminisme en droit: reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne", (1995) 36 *Cahiers de droit* 27. Voir aussi: NOTE, "Patriarchy is such a Drag: The Strategic Possibilities of a Postmodern Account of Gender", (1995) 108 *Harvard Law Review* 1973.

universelle de la critique identitaire qu'il n'y a de variante universelle de cette politique identitaire[140].

Cet a priori antiuniversaliste tient bien sûr de la mouvance intrinsèque de l'objet-identité ainsi que des méthodes employées pour l'appréhender, mais aussi du projet plus global dans le cadre duquel s'inscrivent les travaux de plusieurs des auteurs qui peuvent être associés à la critique identitaire. Ces auteurs, qui articulent entre autres leur projet intellectuel autour d'une réhabilitation de la subjectivité dans le procès de connaissance scientifique, s'intéressent aux problématiques identitaires d'abord dans une perspective microsociale, en l'occurrence au vécu expérientiel de certains groupes identitaires précis. En quelque sorte, ceci fait de ces auteurs ce que Michel Foucault appelait des "intellectuels spécifiques". Lawrence Olivier résume ainsi ce concept: "L'intellectuel spécifique intervient dans la lutte politique à partir d'une vérité "locale" qu'il tire de ses recherches dans son domaine de spécialisation. Il "fait fonctionner sa position spécifique dans le domaine du savoir" comme pratique politique, c'est-à-dire qu'il intervient et lutte politiquement au nom d'un savoir spécialisé."[141] On constatera en effet plus loin à quel point plusieurs tenants de la critique identitaire abordent le droit d'abord dans une perspective microcontextualisée, faisant d'eux des adeptes d'une philosophie essentiellement pragmatique[142].

Mais les microcontextes à l'aune desquels est jaugé le droit ne peuvent être isolés du vaste monde, pas plus que ne peut l'être la critique identitaire à laquelle ils servent de points d'ancrage. Cette critique, Jürgen Habermas la rattache à quatre grands courants de pensée, savoir, le féminisme, le multiculturalisme, le nationalisme et, enfin, le postcolonialisme[143]. Ceux-ci, tout en partageant certaines caractéristiques, se différencient néanmoins à certains égards. Deux facteurs principaux influent sur cette différenciation: d'une part, le point de vue identitaire spécifique à partir duquel chacun de ces courants de pensée saisit la réalité et, d'autre part, les grilles d'analyse que chacun emploie. Ainsi, en ce qui a trait au point de vue, le fait d'appartenir à une *minorité* (ex.: afro-américains) ou, au contraire, à une *majorité* (ex.: femmes) défavorisée emportera des conséquences quant à l'impact plus ou moins direct que la critique aura sur le groupe social

[140] M.R. SOMERS et G.D. GIBSON, "Reclaiming the Epistemological "Other": Narrative and the Social Constitution of Identity", dans: C. CALHOUN (dir.), *Social Theory and the Politics of Identity*, Oxford, U.K. / Cambridge, U.S.A., Blackwell, 1994, p. 37, à la p. 52.

[141] L. OLIVIER, *Michel Foucault. Penser au temps du nihilisme*, Montréal, Liber, 1995, pp. 152-153.

[142] Cette assertion se vérifie tout particulièrement chez les tenants de la *Critical Race Theory*. Voir en ce sens: D.T. GOLDBERG, *Racist Culture. Philosophy and the Politics of Meaning*, Oxford, U.K. / Cambridge, Mass., Blackwell, 1993, p. 214.

[143] J. HABERMAS, "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State", dans: A. GUTMAN (dir.), *op. cit.*, note 123, p. 107, aux p. 116-119. Évidemment, cette typologie ne revêt aucun caractère sacré: souvent, féminisme, multiculturalisme, nationalisme et postcolonialisme cohabiteront au sein d'un même discours critique, avec les recoupements et les tensions que pareille cohabitation suppose.

dominant. De même, la situation historique du groupe défavorisé et la perception qu'a ce groupe de cette situation influera sur le degré de radicalisme de la critique de ce groupe[144]. En ce qui a trait aux grilles d'analyse, l'emploi d'une grille philosophique, politique ou juridique risquera là encore de modifier la nature que prendra la critique formulée[145]. Bref, on peut résumer ce qui précède par une remarque quasi tautologique: les prémisses choisies au moment de la construction des problèmes entraîneront des variations au plan du contenu de la critique.

Si, comme on le voit, le concept de critique juridique identitaire ne présente aucune unité de contenu au sens strict, il reste qu'au-delà des différences d'approche, voire des divergences d'opinion, certaines orientations communes émergent dans les littératures féministe, multiculturaliste ou postcolonialiste[146], pour ne nommer que celles-là.

D'abord, les tenants de la critique identitaire participent tous, bien sûr à divers degrés et selon leurs termes propres, à ce que Charles Taylor a appelé la "politique de la reconnaissance" ("politics of recognition"), cette politique qui, grosso modo, affirme le besoin qu'a chacun de voir son identité individuelle et collective reconnue pour ce qu'elle est et telle qu'il la conçoit, compte tenu de l'impact qu'a cette reconnaissance, ou son absence, sur la construction de cette identité[147]. Mais leur politique ne se limite pas à l'affirmation d'un important mais néanmoins vague besoin de reconnaissance; elle est également porteuse d'une revendication qui fait de l'identité un élément fondamental de la nouvelle donne politicojuridique. La différence, identitaire ou autre, autrefois reléguée à la sphère privée, s'affirme désormais dans la sphère publique. En cela, la critique juridique identitaire, quelles que soient ses expressions, s'inscrit dans le sillage de la politique identitaire qui marque cette fin de siècle[148].

L'insertion d'une demande de reconnaissance dans le cadre d'une *politique* identitaire nous met sur la piste d'un autre dénominateur commun unissant les différents courants au sein de cette critique. En fait, cette critique est d'abord émancipatrice, en ce qu'elle procède d'un projet social qui se situe en rupture avec le projet social dominant. Non seulement s'en prend-on aux rapports de domination qui organisent la société ou aux processus d'exclusion qu'elle génère, mais on cherche surtout à en activer le renversement. À cet égard, les tenants de la critique identitaire ne font pas mystère de leur engagement ni ne tentent de le cacher sous le voile d'une objectivité

---

[144] *Ibid.*, aux pp. 117-118.
[145] *Ibid.*, aux pp. 119-120.
[146] En ce sens, voir: M.R. SOMERS et G.D. GIBSON, *loc. cit.*, note 140, à la 52.
[147] Évidemment, cette définition de la "politique de la reconnaissance" est outrageusement simplifiée. Pour la version complète et complexe, voir: C. TAYLOR, *loc. cit.*, note 123.
[148] Sur la politique identitaire, voir notamment l'ouvrage collectif suivant: C. CALHOUN (dir.), *op. cit.*, note 140.

prétendument sans faille[149]. Pour Michel Miaille, une telle approche procède de la nature même de la critique, en ce que celle-ci "(...) reconnaît, en même temps, sa solidarité avec des combats et des stratégies qui sont sociales et politiques: autrement dit, elle avoue sa participation à des engagements et son adhésion à des représentations qui relèvent de l'éthique autant que de l'objectivité scientifique."[150]

Cette solidarisation de juristes universitaires avec la cause de groupes historiquement désavantagés emporte des conséquences autant au plan épistémologique qu'au plan pédagogique. D'une part, les visées émancipatrices des tenants de la critique juridique identitaire les incitent à analyser les rapports droit-société à partir d'un point de vue différent, celui des groupes exclus. On ne s'étonne pas, dès lors, du "perspectivisme" de leurs travaux et, partant, de leur critique du formalisme, du neutralisme, de l'objectivisme et de l'ultra-rationalisme de l'épistémologie positiviste, qui ont trop souvent servi à faire taire les voix des Autres[151]. Nous reviendrons sur ces questions dans la suite de cette première partie. Disons ici que, pour l'essentiel, ce perspectivisme propose qu'il faille accorder une attention particulière à la parole des personnes appartenant à des groupes exclus, car elles seules sont vraiment en mesure de donner une version de la réalité qui, bien que subjective, tienne compte de toutes les perspectives en cause, ce qui rend l'objectivité de l'analyse plus "forte". Cette position est somme toute très hégélienne[152]: rappelons en effet que dans la dialectique hégélienne du maître et de l'esclave, ce dernier profite d'un point de vue épistémique privilégié car il demeure, malgré sa soumission, un agent ayant une identité propre, conscient de sa condition d'esclave mais aussi capable d'apprécier celle du maître. Ce dernier, au contraire, voit l'esclave comme un simple objet, ce qui le rend incapable d'apprécier sa condition. D'où cette position épistémologique privilégiée de l'esclave.

Ce perspectivisme influe d'autre part sur les méthodes pédagogiques employées. Ainsi, on valorisera en classe la subjectivité de l'étudiant et, s'agissant d'étudiants issus de groupes historiquement désavantagés, le cours sera certes l'occasion d'une transmission de savoirs, mais

---

[149] Voir généralement, sur le *political lawyering*: SYMPOSIUM, "Political Lawyering. Conversations on Progressive Social Change", (1996) 31 *Harvard Civil-Rights - Civil Liberties Law Review* 285.

[150] M. MIAILLE, *loc. cit.*, note 75, aux pp. 79-80.

[151] Pour un bon résumé des questions épistémologiques soulevées par la critique juridique identitaire et particulièrement par la *Critical Race Theory*, voir: P. HALEWOOD, "White Men Can't Jump: Critical Epistemologies, Embodiment, and the Praxis of Legal Scholarship", (1995) 7 *Yale Journal of Law and Feminism* 1. Sur l'usage de l'objectivité en droit comme pratique de domination, voir: L. NOEL, *op. cit.*, note 32, p. 61-70.

[152] S. HARDING, "Rethinking Standpoint Epistemology: What Is Strong Objectivity?", dans: L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *Feminist Epistemologies*, New York / London, Routledge, 1993, p. 49, à la p. 53-54. Voir aussi: J.M. O'FALLON et C.C. RYAN, "Finding a Voice, Giving an Ear: Reflections of Masters / Slaves, Men / Women", (1990) 24 *Georgia Law Review* 883, aux p. 883-907.

aussi et surtout d'une conscientisation devant mener à un "empowerment"[153]. En cela, les méthodes pédagogiques de plusieurs tenants de la critique juridique identitaire - et notamment de la *Critical Race Theory* - participent à certains égards de ce que Paulo Freire appelait une "pédagogie des opprimés"[154]. Plus prosaïquement, on peut également y voir une réaction à la méthode socratique qui sévit dans les facultés de droit américaines et qui traumatise et humilie bien des étudiants, particulièrement, dit-on, ceux issus de groupes désavantagés[155].

Cela dit, dans son volet protectionniste, le projet émancipateur des partisans de la critique juridique identitaire vise à assurer le maintien des conditions nécessaires à la transmission d'une mémoire différente. Aussi travaillent-ils à la perpétuation d'un imaginaire collectif, mais surtout à la reprise en mains de cet imaginaire[156]. C'est là que débute le volet affirmationniste de leur critique. Celle-ci promeut en effet un *agir* sur cet imaginaire collectif, une participation active dans sa protection comme dans son évolution, plutôt que sa contemplation passive et déresponsabilisée. Pareille démarche suppose un constant va-et-vient entre le passé, du moins ce que l'on s'en représente, ce qui est vécu comme présent et ce qui est anticipé comme futur. D'où, on le notera, le caractère normatif associé à ce "futur": de fait, l'émancipation que cherche à concrétiser la critique identitaire exige une projection dans le futur et la prise en compte, dans le présent, des attentes que l'on a forgées au regard de ce que *doit être* ce futur. En ce sens, la critique juridique identitaire, sous ses diverses formes, participe à l'édification de ce que Fernand Dumont appelle une *référence* collective. Voyons comment cet auteur décrit le processus de construction de cette référence:

---

[153] Voir par exemple sur cette question, J. MacFARLANE, "A Feminist Perspective on Experience-Based Learning and Curriculum Change", (1994) 26 *Ottawa Law Review* 357. À noter, le lien qui est établi entre l'activité théorique, l'implication politique du théoricien et l'intervention sociale qui en découle ne va pas sans rappeler les objectifs de la pratique de la "recherche-action". Voir sur cette question: G. GOYETTE et M. LESSARD-HÉBERT, *La recherche-action. Ses fonctions, ses fondements et son instrumentation*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1987.

[154] P. FREIRE, *Pedagogy of the Oppressed*, New York, Seabury Press, 1970. Notons-le, les thèses de Freire ont cependant fait l'objet de certaines critiques, notamment de la part de féministes lui reprochant de trop universaliser les caractéristiques de l'oppression. Cela dit, pour d'intéressantes études sur l'oeuvre de Freire, voir généralement, P. McLAREN et P. LEONARD (dir.), *Paulo Freire. A Critical Encounter*, London / New York, Routledge, 1993 et A.R. JANMOHAMED, "Some Implications of Paulo Freire's Border Pedagogy", dans: H.A. GIROUX et P. McLAREN (dir.), *Pedagogy and the Politics of Cultural Studies*, London / New York, Routledge, 1994, p. 242; H.A. GIROUX, "Paulo Freire and the Rise of the Border Intellectual", dans: H.A. GIROUX, *Disturbing Pleasures. Learning Popular Culture*, London / New York, Routledge, 1994, p. 141.

[155] Voir, à titre d'illustrations, C. GOODRICH, *Anarchy and Elegance. Confessions of a Journalist at Yale Law School*, Boston / Toronto / London, Little, Brown and Company, 1991 et R. SETHI, "Speaking Up! Speaking Up! The Power of Student Speech in Law School Classrooms", (1994) 16(2) *Women's Rights Law Reporter* 61.

[156] Par exemple, les afro-américains seront décrits comme des "colonisés de l'intérieur" qui doivent reconstruire leur mémoire. Voir: F.L. HORD, *Reconstructing Memory: Black Literary Criticism*, Chicago, Third World Press, 1991.

> Le destin de la collectivité sera transposé en avenir possible, en anticipations d'actions conçues tantôt comme des confirmations du caractère original de la société, tantôt comme des correctifs aux obstacles qui empêchent son essor. Dans tous les cas l'utopie interviendra. Mais il ne saurait y avoir de projet, quelles que soient les images qu'on s'en fait, sans l'édification d'une mémoire où la collectivité se donne une figure d'elle-même, retrace son cheminement dans l'histoire. Encore là, l'entreprise hésitera entre des extrêmes: ou bien chercher dans le passé un héritage à conserver fidèlement ou bien se reporter en arrière pour détourner le courant de l'histoire qui aurait enlisé le développement.[157]

Ce "détournement du courant de l'histoire" prendra d'abord la forme d'une réappropriation du discours sur soi pour en délimiter les paramètres et en fixer l'horizon. Cette entreprise supposera la destruction des idées reçues que les groupes dominants imposent aux groupes dominés au sujet de leur futur. Par exemple, s'agissant des autochtones nord-américains, il faudra, nous dit Georges Sioui, éradiquer les mythes de la supériorité des cultures européennes sur les cultures autochtones et celui de l'inévitable érosion de ces dernières sous l'influence européenne[158]. Cette réappropriation du discours passe donc par un refus préalable des "fatalités" qui, dans le discours dominant, sont censées s'abattre sur les groupes dominés, fatalités qui, du reste, en viennent à constituer le seul horizon identitaire de ces groupes. Ainsi, un espace sera créé pour que ceux-ci s'expriment et fassent ce que Sioui appelle leur "autohistoire"[159]; des brèches seront faites dans le mur de l'exclusion et, à travers elles, des voix auparavant marginalisées se feront entendre. Si, en bout de ligne, les tenants de la critique identitaire atteignent leur objectif, leur critique aura contribué à accélérer le processus d'autodétermination des groupes défavorisés auxquels ils s'identifient. De fait, il faut bien voir que cette critique, notamment lorsqu'elle infiltre la doctrine juridique, ne fait pas mystère de son désir d'identification avec la cause des groupes qui se disent aliénés dans la société globale. Aussi, les auteurs qui se réclament de ce courant désignent-ils de

---

[157] F. DUMONT, *Genèse de la société québécoise*, Montréal, Boréal, 1993, pp. 237-238.

[158] G.E. SIOUI, *Pour une autohistoire amérindienne. Essai sur les fondements d'une morale sociale*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1989, p. 2.

[159] *Id.*, pp. 30-33. Voir aussi: R. SMANDYCH et G. LEE, "Women, Colonization and Resistance: Elements of an Amerindian Autohistorical Approach to the Study of Law", *Native Studies Review* 10, n° 1 (1995), p. 21. Les essais d'"autohistoire" sont extrêmement fréquents dans la critique juridique identitaire. C'est là un signe du lien entre cette critique et la philosophie communautarienne. En effet, comme le signale le professeur Howes: "Au lieu et place des abstractions du libéralisme, les *communautariens* nous pressent de considérer les scénarios ou "narrations" que les diverses traditions ont développés dans leurs efforts pour s'expliquer l'existence humaine. Ces narrations, qui ont normalement pour centre la vie d'un "caractère représentatif", sont ce qui donne un sens et une cohérence à nos vies. Philosopher moralement à la façon des *communautariens* implique par conséquent l'intégration de l'art de conter, ou ce que Richard Rorty appelle un processus d'"édification", plutôt que de négociation autour des principes qui devraient gouverner la *consociation*, ce que prêche la conception rawlsienne." Voir: D. HOWES, "La constitution de Glen Gould: le contrepoint et l'État canadien", dans: J.-G. BELLEY (dir.), *op. cit.*, note 82, p. 95, à la p. 110.

leur propre chef leurs travaux comme relevant d'une philosophie du droit des exclus ("outsiders' jurisprudence")[160].

1.3.2. Une critique située

La critique juridique identitaire, avons-nous dit précédemment, ne tient pas sa spécificité de la place qu'y tient, à divers degrés, la dialectique des rapports de domination. En effet, le renversement de ces rapports a constitué l'objectif de nombreux mouvements critiques dont l'influence s'est fait sentir dans de multiples champs disciplinaires. Ainsi, en droit, des mouvements d'inspiration marxiste "(...) préconisaient une pratique juridique-politique dont le but était la transformation politique du social à travers un usage alternatif du droit propre à favoriser les classes opprimées."[161]. Ces critiques à saveur marxisante ont connu leur meilleure fortune en Europe continentale ou en Amérique latine. Dans ce dernier cas, à l'émergence de la théologie de la libération a correspondu celle d'une philosophie juridique de la libération. Donc, on le constate, la pensée juridique des "outsiders" qui sévit actuellement aux États-Unis et au Canada anglophone n'est en rien une découverte nord-américaine. En revanche, l'accent qui y est mis sur l'identité, qu'elle soit raciale, ethnique ou fondée sur le genre, la distingue des critiques d'inpiration marxiste qu'ont connues d'autre pays. Dans la critique juridique identitaire, en effet, la cause principale d'aliénation n'est plus l'appartenance à une classe de prolétaires, mais la possession d'une identité *x* qui agit comme motif systémique d'exclusion sociale. Cette critique va même ici directement à l'encontre des visées universalistes du marxisme, qui annonçaient l'obsolescence des frontières identitaires à la suite de l'avènement de la dictature du prolétariat...[162]

Il n'est pas étonnant, du reste, que ce soit aux États-Unis qu'ait surgi une telle critique identitaire. Pour Cornel West, en effet,

> The second brute fact about the American past and present is that this society is a *chronically* racist, sexist, homophobic and jingoistic one. The complex and tortuous quest for American identity from 1776 to our own time has produced a culture in which people define themselves physically, socially and politically in terms of race, gender, sexual

---

[160] Voir notamment: M.I. COOMBS, "Outsider Scolarship: The Law Review Stories", (1992) 63 *University of Colorado Law Review* 683; S.H. SHIFFRIN, "Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America", (1994) 80 *Cornell Law Review* 43. L'on doit noter ici que ce terme de "outsider's jurisprudence" est appliqué autant à la littérature juridique féministe qu'à celle provenant de minorités ethniques ou raciales: M.J. MATSUDA, C.R. LAWRENCE III, R. DELGADO, K.W. CRENSHAW, *op. cit.*, note 137, p. 19.

[161] W. DE LEMOS CAPELLER, "Un regard différent: l'Amérique latine, les juristes et la sociologie", *Droit et Société*, n° 22, 1992, p. 363, à la p. 372.

[162] Pour une intéressante tentative post-marxiste de concilier différenciation identitaire et universalisme, voir: R. ARONSON, *After Marxism*, New York, Guilford Press, 1995.

> orientation and "anti-American" activities. (...) The historical articulation of the experiential weight of African slavery and Jim Crowism to forms of US patriarchy, homophobia and anti-American (usually Communist and socialist) repression and/or surveillance yields a profoundly conservative culture.[163]

Si, au cours du vingtième siècle, certaines écoles doctrinales américaines se sont elles aussi intéressées aux liens entre le système juridique et la condition des groupes défavorisés - ces écoles participant selon Guido Calabresi au grand courant doctrinal du "Law and Status"[164]-, ce n'est vraiment que depuis le début des années quatre-vingt que des auteurs oeuvrant dans le champ du droit font de l'identité *la* variable déterminante des rapports sociaux et, plus particulièrement, des rapports de domination et d'exclusion. En ce sens, l'apparition relativement récente de la critique juridique identitaire nord-américaine la distingue aussi d'autres mouvements émancipateurs ayant tâté du marxisme.

Mais, justement, à quoi attribuer le développement tardif de ce type de pensée juridique en Amérique du Nord? À notre avis, cela tient probablement à l'absence totale de tout mouvement marxiste signifiant sur ce continent, du moins aux États-Unis et Canada. En fait, le défi des mouvements critiques soucieux d'avoir un impact minimal sur la société nord-américaine a toujours été et continue d'être de faire valoir une critique qui présente par nature un certain radicalisme tout en agissant à l'intérieur d'un système dont les fondements sont à toutes fins utiles inamovibles. Dès lors, à moins de ne pas se préoccuper véritablement de son effectivité, un discours juridique porteur d'une telle critique est nécessairement, aux États-Unis, un discours contraint: le cadre démocratique et, surtout, libéral est incontournable. De fait, dans ce pays, l'extension du libéralisme vers un libéralisme plus social constitue la seule option "radicale" qui puisse vraisemblablement se réaliser[165]. Bref, hors du cadre libéral, point de salut. Vu le

---

[163] C. WEST, *Keeping Faith. Philosophy and Race in America*, New York / London, 1993, p. 236.

[164] G. CALABRESI, "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts", dans: F.E. McARDLE (dir.), *The Cambridge Lectures 1991*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1993, p. 1, à la p. 7. Voir aussi, sur le "Law and Status", l'excellent ouvrage de: K.L. KARST, *Law's Promise, Law's Expression. Visions of Power in the Politics of Race, Gender, and Religion*, New Haven / London, Yale University Press, 1993.

[165] C. WEST, *op. cit.*, note 163, p. 238. On pourrait du reste soutenir que le caractère incontournable du libéralisme n'est plus l'apanage de la seule société américaine. Sans suggérer, comme le faisait il y a quelques années Francis Fukuyama (*La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992), que le système démocratique libéral est le point d'aboutissement du gouvernement humain - d'où la "fin de l'histoire" -, force est cependant de constater que le libéralisme est devenu depuis l'éclatement de l'empire soviétique une donnée incontournable, l'attrait du modèle américain aidant. En fait, le libéralisme, jadis "(...) objet d'opprobre [,] constitue [maintenant] le terreau commun (...)" à à peu près toute réflexion politico-juridique qui se veut pertinente. Voir: F. BLAIS, G. LAFOREST et D. LAMOUREUX, "Présentation", dans: F. BLAIS, G. LAFOREST et D. LAMOUREUX (dir.), *Libéralismes et nationalismes. Philosophie et politique*, Sainte-Foy, Presses de l'université Laval, 1995, p. 3, à la p. 3.

conservatisme ambiant de la société américaine, toute critique juridique un tant soit peu radicale est donc condamnée à rechercher la cooptation plutôt que la révolution pure et dure. Cela explique, en partie du moins, pourquoi la critique juridique identitaire ne se contente pas de faire valoir un point de vue strictement externe au droit, mais oscille plutôt entre le discours *sur* le droit et le discours *dans* le droit.

Pierre Bourdieu semble donc avoir raison lorsqu'il affirme qu'"[i]l faut aussi rappeler que le champ juridique est le lieu de luttes, mais de luttes qui, même lorsqu'elles visent à transformer les règles du droit, à opérer une révolution juridique (...), doivent s'accomplir dans les règles."[166] Ainsi, paradoxalement, alors même qu'une critique tente de délégitimer le droit en le réduisant au rang d'instrument politique de domination ou d'exclusion, c'est malgré tout de l'intérieur qu'elle essaiera de le changer en proposant des interprétations qui se donnent à voir aux membres de la communauté juridique. On le voit bien, le paradigme du jeu pourrait ici s'avérer d'une extrême utilité pour mesurer la réceptivité du droit américain face à sa critique radicale[167]. Aussi émettrons-nous l'hypothèse suivant laquelle même si, à l'époque postmoderne où le droit et le politique se dé-différencient[168], la critique identitaire augmentera ses chances d'être reçue en droit positif dans la mesure où elle jouera le jeu du droit. À l'inverse, elle aura moins de chance d'être ainsi reçue si elle se met elle-même hors-jeu, c'est-à-dire si elle nie au droit toute spécificité ou autonomie, même relative, en le réduisant au politique. Pensons d'ailleurs au sort qui a été réservé aux *Critical Legal Studies*, dont le scepticisme confinant au nihilisme a pavé la voie à leur perte de popularité dans les facultés de droit. Cet impératif de jouer le jeu du droit atténuera donc nécessairement les conséquences que les tenants de la critique judique identitaire tireront du radicalisme qui les inspire à divers degrés.

La relative monochromie du paysage idéologique américain emporte aussi d'autres conséquences pour celles et ceux qui cherchent à le transformer en profondeur: leur marginalisation dans certains forums. En ce qui a trait à la politique identitaire, quel que soit son degré de radicalisme, l'université est peut-être la seule institution importante où cette politique connaît un certain succès et a une certaine influence sur les comportements de l'organisation. On ne s'étonne pas que cet état de choses soit reflété dans les revues publiées par les facultés universitaires, notamment celles

---

[166] P. BOURDIEU, "Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective", dans: F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 95, à la p. 97.

[167] Sur l'application du paradigme du jeu au droit, voir: M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992. Voir aussi: R.A. POSNER, *op. cit.*, note 65, p. 49-51.

[168] G. GAGNÉ, "Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité", (1992) 33 *Cahiers de droit* 701, à la p. 716.

de droit. En effet, la quantité d'articles pouvant être rattachés à la critique juridique identitaire augmente de façon exponentielle dans ces revues. Si l'on peut y voir une réponse aux pressions exercées par l'inflexible règle du "publish or perish", cette explication ne suffit toutefois pas. En fait, ce foisonnement littéraire s'explique également par la marginalité relative des tenants de la critique juridique identitaire au sein de la très conservatrice société américaine et par leur volonté de sortir de cette marginalité. Aussi, si ce foisonnement peut être vu comme une façon d'augmenter l'influence de cette critique à l'intérieur de l'institution universitaire, on doit aussi le voir comme un "défoulement" procédant d'un projet de conscientisation et de prise en mains de son avenir. On remarquera par exemple, tant dans la critique féministe que dans la *Critical Race Theory*, l'accent mis sur le "consciousness raising" ou sur l'"empowerment". Dans cette optique, la littérature juridique est envisagée comme vecteur de conscientisation mais aussi comme lieu de catharsis.

Tout ceci fait que la critique juridique identitaire, conditionnée qu'elle est par la dynamique politico-juridique particulière de son lieu de naissance, les États-Unis, est éminemment située, malgré ses liens avec la mouvance identitaire internationale qui caractérise cette fin de siècle.

1.3.3. Une critique sociojuridique

Si, comme Charles Taylor le disait, les facultés de droit sont bel et bien devenues des "centres dynamiques de la pensée sociale et politique"[169] aux États-Unis, les divers mouvements de critique du droit apparus dans ce pays depuis une vingtaine d'années ne sont certainement pas étrangers à ce phénomène. Dès lors que l'on délaisse un tant soit peu l'analyse strictement positiviste du droit, on se rappelle à quel point le phénomène juridique est lié à d'autres phénomènes et conditionné par eux. C'est à ces ligatures, parfois surprenantes, que des mouvements comme le *Law and Economics*, le *Law and Literature*, le *Law and Society* ou les *Critical Legal Studies* se sont intéressés. Toutefois, alors que les trois premiers mouvements ont surtout orienté leurs travaux vers la compréhension et la modélisation du phénomène juridique, les *Critical Legal Studies* se sont pour leur part données pour mission première de critiquer le droit tel qu'il se produit, se pratique et s'enseigne aux États-Unis[170]. Cette critique du droit a cependant eu tôt fait de déborder vers une critique plus globale de la société, tant les liens entre le droit et les autres

[169] C. TAYLOR, *op. cit.*, note 3, p. 142.

[170] Il convient de noter ici la filiation des *Critical Legal Studies*, ainsi que, du reste, d'une partie de la critique juridique identitaire, avec le mouvement du réalisme juridique qui émergea dans les années 1920-1930 aux États-Unis. Voir en ce sens, R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1989, p. 210; R. STITH, "Will There Be a Science of Law in the Twenty-First Century?", (1991) 22 *Revue générale de droit* 373.

systèmes sociaux parurent évidents. Il en a été de même pour ce qui a trait à la critique identitaire: sa dénonciation de la saisie juridique des identités s'est muée en critique sociale tous azimuts, le droit y étant vu tantôt comme un instrument de perpétuation du statu quo au profit de la culture dominante, tantôt comme un élément important des processus d'exclusion sociale. Plus que strictement juridique, cette critique se veut donc surtout sociojuridique, ce qui explique le discours à deux volets de ses tenants: ils développent, d'une part, une critique *en* droit, c'est-à-dire restant dans les cadres de la méthodologie positiviste traditionnelle[171] - que nous qualifierons de "discours dogmatique critique" - et, d'autre part, une critique *sur* le droit, développée à partir d'un point de vue externe et procédant d'une "politique des droits"[172]. Dans le dernier cas, c'est au droit en tant qu'institution qu'ils s'en prennent[173], par le truchement d'un discours fondamentalement égalitariste.

De fait, s'il faut reconnaître ici qu'il n'existe pas d'adéquation a priori entre les notions d'identité et d'égalité, on doit du même souffle constater que l'égalité est le tremplin juridique de la plupart des revendications fondées sur l'identité. Certes, ces revendications procèdent-elles de points de vue philosophiques particuliers comme le féminisme ou le multiculturalisme, mais leur transposition dans le champ du droit s'effectue à travers une argumentation d'abord égalitariste. C'est pourquoi l'égalité joue un rôle axiomatique dans la critique juridique identitaire. Cette critique, examinée sous la loupe du droit strict, constitue donc d'abord et avant tout une critique égalitariste qui véhicule un message aussi bien réactif et proactif. Mais, abstraction faite d'une saisie commune plus substantielle que formelle de la notion d'égalité, l'égalitarisme que prônent les uns et les autres n'est pas lui non plus monolithique.

Selon les diverses écoles de pensée que l'on peut rattacher à la critique juridique identitaire, on insistera qui sur la reconnaissance et l'intégration des groupes différents dans la société globale, qui sur leur séparation de cette société. Ces divergences, on s'en doute, influeront sur le contenu vers lequel on tentera d'infléchir la définition juridique positive des droits à l'égalité. Cela dit, si plusieurs des tenants de la critique juridique identitaire acceptent l'idée d'une intégration sociale de la différence, cette intégration, insistent-ils, doit nécessairement être précédée d'une reconnaissance substantielle plutôt que formelle de leur différence. En cela, tous les tenants de la critique juridique identitaire se rejoignent dans ce qui est essentiellement un projet anti-assimilationniste.

---

[171] Sur cette méthodologie et ses limites, sur lesquelles nous reviendrons plus tard, voir: D. POIRIER, *loc. cit.*, note 73.

[172] Pour une étude de la position des différentes écoles de pensée socio-juridique, voir: D. HERMAN, *loc. cit.*, note 23.

[173] Voir en ce sens: B. MELKEVIK, *loc. cit.*, note 37, à la p. 4.

1.4. Échantillon intellectuel et méthodologie

On sait combien la représentation sociale des groupes historiquement désavantagés est susceptible d'avoir un impact tant sur la définition de l'identité personnelle et collective des personnes issues de ces groupes que sur le statut social de ces derniers[174]. Cette représentation, dit-on, peut contribuer à l'infériorisation et à l'exclusion sociale de ces groupes. Il n'est guère étonnant, dans ce contexte, que les formes d'expression perçues comme antiégalitaires fassent l'objet d'une attention toute particulière de la part des tenants de la critique juridique identitaire, sachant du reste que des considérations égalitaristes informent toute leur analyse des droits reconnus comme fondamentaux dans les démocraties libérales.

Dans cette optique, le primat de la liberté d'expression sur l'égalité, tel qu'il est consacré dans la philosophie du droit ainsi que dans le droit positif de ces démocraties, se voit questionné. La nécessité d'un tel questionnement se fait plus urgente encore dans le contexte du droit américain, où la jurisprudence traitant de la liberté d'expression a parfois des relents de libertarisme[175]. Mais tous les courants de pensée se rattachant à la critique juridique identitaire ne s'intéressent pas avec la même acuité à cette problématique[176]. Ainsi, ce sont surtout les critiques féministes et raciales qui, tant dans leurs courants modernes que postmodernes, en ont fait un de leurs centres d'intérêt. En effet, les femmes et les minorités raciales sont sans doute plus sujettes que d'autres groupes à

---

[174] Voir généralement sur cette question, L. NOEL, *op. cit.*, note 32.

[175] C'est-à-dire que cette liberté y est considérée comme un absolu ne pouvant à toutes fins utiles souffrir aucune limitation. Pour avoir une bonne idée des tenants et aboutissants d'une philosophie politique et juridique libertaire, il convient de consulter le désormais classique ouvrage de R. NOZICK, *Anarchie, État et utopie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988. La jurisprudence américaine en matière de liberté d'expression n'est pas comme telle purement libertaire, mais, comme nous le verrons plus loin, elle se rapproche parfois de cette philosophie, du moins quant aux principes.

[176] C'est le cas, par exemple, des auteurs inscrivant leurs travaux dans la mouvance des théories critiques de l'orientation sexuelle. (On consultera à cet égard les nombreux travaux de Carl F. Stychin, dont, notamment, l'article suivant, qui a trait au constitutionnalisme canadien: C.F. STYCHIN, "A Postmodern Constitutionalism: Equality Rights, Identity Politics, and the Canadian National Imagination", (1994) 17 *Dalhousie Law Journal* 61.) Ceci s'explique notamment par le fait que l'appropriation symbolique de la culture homosexuelle ne peut se comparer, en magnitude ou en impact, à celle dont les femmes ou les minorités visibles sont victimes. Voir en ce sens: R. FUNG, "Working Through Cultural Appropriation", *Fuse Magazine*, Vol. 16, n° 5+6, Summer 1993, p. 16, à la p. 18; S. BLACKLEY, "Taking Dictation", *Fuse Magazine*, Vol. 16, n° 5+6, Summer 1993, p. 51, à la p. 52. Dans le champ du droit, ces auteurs prôneront généralement l'utilisation maximale de la marge de manoeuvre que leur garantit la liberté d'expression consacrée dans lois constitutionnelles, les groupes gays et lesbiens étant eux-mêmes souvent victimes de censure. Cela dit, eux aussi contribueront à leur manière à la réflexion sur les rapports entre liberté d'expression et égalité, notamment au regard du phénomène du "gay bashing". Sur ce phénomène, on consultera notamment: M.-F. MAJOR, "Sexual Orientation Hate Propaganda: Time to Regroup", (1996) 11 *Canadian Journal of Law & Society* 221.

voir leur image sociale construite négativement par la représentation qui est faite d'elles. D'où l'intérêt et aussi les débats que la liberté d'expression suscite chez elles.

Mais, encore là, il n'y a pas d'unanimité. Certains juristes vont prôner un recours plus ou moins grand au droit pour censurer l'expression qu'ils estiment préjudiciable à la condition identitaire des groupes auxquels ils s'identifient. D'aucuns iront même jusqu'à réclamer une censure complète de certaines formes de représentations. À l'inverse, d'autres se montreront beaucoup plus sceptiques quant à l'utilité d'un recours au droit à cette fin. Ainsi, d'un discours sur la liberté d'expression on débouchera finalement sur un discours portant sur le rôle du droit dans une société inégalitaire. La conception - moderne ou postmoderne - de l'identité qui sera adoptée par les uns et les autres risquera également d'influer sur le radicalisme de leur discours en ce qui a trait à l'opportunité ou non d'instaurer une censure juridique de la liberté d'expression. En toute hypothèse, on constatera dans les critiques féministe et raciale une foison de discours, parfois convergents, souvent divergents, portant sur le même objet, la liberté d'expression.

C'est cette multiplicité de discours sur la liberté d'expression qui retiendra principalement notre attention dans cette thèse. Celle-ci s'intéressera au premier chef à des discours émanant de la doctrine juridique. Pour reprendre la célèbre distinction kelsénienne, au lieu de nous attarder d'abord à des propositions qui relèvent des normes juridiques (positives), nous chercherons plutôt à analyser des "propositions de droit"[177], bref à des propositions au caractère non prescriptif relevant de la science du droit plus que du droit[178]. Le droit positif, que nous exposerons néanmoins, constituera dans cette optique la toile de fond plutôt que l'avant-scène de notre analyse. Nous verrons comment s'articule le rapport entre le discours du droit positif sur la liberté d'expression et celui que tiennent les partisans de l'analyse féministe du droit et de la *Critical Race Theory* sur le même sujet. Nous nous intéresserons également au passage possible de leur discours du statut de "proposition de droit" au statut de "norme juridique" ainsi qu'aux conditions, vues sous l'angle de leurs relations dynamiques, favorisant cette accession à un statut supérieur dans la hiérarchie positiviste du droit. En termes plus simples, nous chercherons à déterminer quel peut être l'impact de la critique juridique identitaire sur la dynamique d'élaboration des politiques juridiques en matière de liberté d'expression, bref, dans quelle mesure ce discours critique est "cooptable" dans le champ du droit positif[179].

---

[177] H. KELSEN, *op. cit.*, note 40, p. 97-99.

[178] En ce sens, voir: M. TROPER, "The Fact and the Law", dans P. NERHOT (dir.), *op. cit.*, note 33, p. 20, à la p. 24.

[179] En ce sens, comme nous l'avons souligné en introduction, notre étude procédera plus d'une épistémologie d'un certain courant de la pensée juridique américaine que d'une analyse classique, donc strictement exégétique, du droit positif. Sur la méthode exégétique, voir: D. POIRIER, *loc. cit.*, note 73, à la p. 195.

Notre échantillon intellectuel de base sera donc avant tout constitué des écrits sur la liberté d'expression des juristes associés à l'analyse féministe du droit et à la *Critical Race Theory*, ainsi que des normes positives, essentiellement constitutionnelles et jurisprudentielles, applicables en cette matière. L'on comprend toutefois que, compte tenu de nos préoccupations épistémologiques, tant la doctrine que les normes constitutionnelles, législatives ou jurisprudentielles étudiées seront pour nous des matériaux à partir desquels construire notre analyse, plutôt que des sources de révélations qui bloqueraient l'évolution de notre pensée. Précisons enfin que parce que la critique juridique identitaire est "située" géographiquement, nos sources seront essentiellement nord-américaines, surtout étatsuniennes. C'est à un second stade de l'analyse, soit au moment de réfléchir sur les discours qui se font concurrence, que nous référerons à des sources d'autres origines, notamment canadiennes.

Par surcroît, le prisme épistémologique que nous privilégions nous force à aborder notre problématique dans une perspective interdisciplinaire[180]. En effet, le discours identitaire, tel qu'il se matérialise dans le champ du droit, est porteur d'une critique qui déborde du strict cadre juridique. Cette critique est d'abord et avant tout une critique du système social, dont le droit ne constitue qu'un des sous-systèmes. De surcroît, cette critique repose sur une approche contextualisée du sous-système juridique, qui est dès lors appréhendé dans le contexte de la relation dynamique qu'il a entretenue historiquement et qu'il entretient toujours avec les autres sous-systèmes sociaux. Des ligatures extra-juridiques sont donc établies par-delà le discours juridique *stricto sensu* qui est tenu. Ainsi, pour bien rendre compte de la complexité du discours identitaire, il s'avérera nécessaire de recourir, le cas échéant, aux enseignements de savoirs externes au droit, qu'il s'agisse de l'histoire, de la sociologie ou de l'anthropologie, par exemple. Comme le soulignait Michel Villey:

> C'est une méthode condamnée, fruit de routine et d'inculture, de vouloir comprendre le droit sans porter ses regards au delà des textes juridiques écrits; sans recourir aux

[180] Nous parlons ici d'"interdisciplinarité", par opposition à la pluridisciplinarité et la transdisciplinarité, pour désigner une "(...) recherche [qui] s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développe des problématiques recoupant partiellement celles qu'élabore, de son côté, l'autre discipline." Voir: F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 71. Sur les avantages et désavantages de l'interdisciplinarité, voir: M.-F. RIGAUX, "Interdisciplinarité et formation juridique", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 173; C. DEBUYST, "L'interdisciplinarité considérée comme rupture d'un schéma d'interprétation", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 123. A. LAGNEAU-DEVILLE, "À propos du dialogue entre le droit et les sciences humaines... Quelques réflexions de sociologie...", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 81; J.-L. DE BROUWER et H. DUMONT, "Réflexions sur le dialogue noué entre la science du droit public interne, la sociologie politique et les sciences administratives", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 145.

philosophes, aux sociologues, aux historiens; sans prendre en considération la réalité sociale, la justice, l'utilité. Est-ce là réintroduire le vague et l'incertitude dans les études juridiques? On n'y peut rien: que ceux-là qui n'en veulent pas s'en aillent faire des mathématiques. L'étude du droit n'a pas pour but de procurer aux professeurs des jouissances intellectuelles.[181]

Le recours à ces savoirs externes soulève cependant un problème incident, mais néanmoins important, qui tient au langage. En effet, chaque discipline adopte un langage qui lui est particulier et qui fait office de *lingua franca* entre ceux qui y oeuvrent: le droit a son langage particulier, la sociologie a le sien, et ainsi de suite. Les passerelles qui sont parfois - trop rarement - établies entre ces disciplines supposent donc une ouverture non seulement conceptuelle mais aussi linguistique de part et d'autre des frontières disciplinaires. L'on peut toutefois favoriser une telle ouverture en évitant de brusquer les uns et les autres. Se réjouissant de l'usage de plus en plus fréquent dans la doctrine américaine de concepts provenant d'origines autres que juridiques, Martha Minow n'en regrettait pas moins la rupture de la communication que cela avait occasionnée au sein même de la communauté juridique[182], les uns ne faisant pas assez d'efforts pour expliquer les nouveaux concepts employés, les autres ne déployant aucune vigueur à tenter de les comprendre. Elle souhaitait du même souffle que soit créé un nouveau discours "compréhensible". Tout ceci pour dire que, si des langages disciplinaires spécifiques à caractère normatif sont inévitables, il reste qu'une attention toute spéciale doit être portée à l'intelligibilité du discours, particulièrement lorsqu'il s'agit d'employer des concepts a priori étrangers à la discipline principale autour de laquelle s'articule la recherche. Dans cette optique, nous tenterons un peu d'agir comme des "décodeurs" pour le bénéfice de nos lecteurs juristes[183], sans pour autant chercher à les "ménager". Bien au contraire, c'est délibérément que nous essaierons de contribuer - bien modestement il va sans dire - à une "implosion" du discours autant *sur* le droit qu'*en* droit. Le discours des juristes, nous semble-t-il, se complait trop souvent dans la linéarité et dans la monotonie. En fait, sous prétexte d'être cartésien, logique et cohérent, bref convaincant, ce discours paraît faire de l'aridité une vertu cardinale. Mais n'est-il pas possible de convaincre autrement? Ou, plus précisément, est-il interdit d'ajouter au cartésianisme, à la logique et à la cohérence *le plaisir*? Nous profiterons ainsi de la déconstruction tous azimuts que suppose une épistémologie de la pensée juridique pour ajouter une dimension formelle au projet que nous poursuivons. Aussi, sans rompre comme tel avec tous les canons du style juridique, le style de cette thèse se voudra plus imagé, plus ludique, autrement dit plus littéraire, que celui généralement

---

[181] M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, nouv. éd., Paris, Dalloz, 1962, pp. 293.

[182] M. MINOW, "Law Turning Outward", (1986) 73 *Telos* 79, à la p. 95

[183] L'expression "décodeurs" est empruntée à Guy Rocher et désigne, dans un contexte d'internormativité, ceux qui rendent les normes d'un système "assimilables et acceptables" dans un autre système. Voir: G. ROCHER, Les "phénomènes d'internormativité": faits et obstacles", dans: J.-G. BELLEY (dir), *op. cit.*, note 82, p. 25, à la p. 32.

employé dans le champ du droit. À cet égard, cette thèse sera véritablement un "essai", comme l'indique son sous-titre.

Dans un autre ordre d'idées, la mention de notre usage de savoirs externes laisse également entrevoir notre choix quant au point de vue à partir duquel nous examinerons notre sujet d'étude. Ce point de vue sera généralement externe, un tel point de vue s'imposant du fait que le droit "(...), ne [peut], sans introduire de nouvelles mystifications, s'expliquer par lui-même."[184] Toute démarche critique dont le but premier est de porter un regard *sur* le droit plutôt qu'*en* droit doit en effet comporter une part minimale d'externalité qui s'oppose à une entière adhésion de l'observateur "(...) au discours que les institutions juridiques tiennent à propos d'elles-mêmes (...)."[185] Mais parce que nous entendons également rendre compte du point de vue des acteurs qui oeuvrent à l'intérieur du système juridique, de manière à ne pas noyer la spécificité du phénomène étudié, nous adopterons également, au moment d'ajouter une dimension philosophique à notre approche épistémologique, ce que des auteurs appellent un point de vue externe "modéré"[186].

Cela dit, tout critique serons-nous, tout interdisciplinaire sera la méthode employée, il n'en demeure pas moins que notre point de vue sera d'abord et avant tout celui d'un juriste, certes soucieux de s'ouvrir à d'autres savoirs, mais d'un juriste néanmoins. On ne s'étonnera pas, dès lors, de retrouver dans cette thèse un propos d'ordre normatif, nécessairement inspiré d'une idée

---

[184] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, note 180, p. 69. Pour un intéressant débat portant sur l'application de la dichotomie interne / externe en droit, voir généralement: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2d ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, et la réplique de R. DWORKIN, *op. cit.*, note 12. Voir aussi, outre les ouvrages spécifiquement cités: B.Z. TAMANAHA, "The Internal / External Distinction and the Notion of a "Practice" in Legal Theory and Sociolegal Studies", *Law & Society Review*, vol. 30, n° 1, 1996, p. 163; J.-F. PERRIN, "Quelles "vérités" pour une théorie de la pratique judiciaire? (Quelques réflexions, à partir des thèses du S.I.E.J., sur le statut d'une démarche interdisciplinaire qui prend le droit pour objet)", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 33; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit?", dans: F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *op. cit.*, note 166, p. 67. Pour une critique virulente de la valeur heuristique de la dichotomie interne / externe au plan de la connaissance du droit, voir: A.-J. ARNAUD, "La valeur heuristique de la distinction interne / externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit: éléments d'une démystification", *Droit et Société*, n° 2, Janvier 1986, p. 139. Arnaud prône dans cet article une rupture radicale avec le point de vue interne des acteurs du droit, soutenant que seule une approche radicalement externe permet une connaissance véritablement scientifique du droit. En ce qui nous concerne, peut-être ce rigorisme méthodologique est-il indiqué lorsque l'on fait oeuvre de sociologie du droit, mais il nous paraît peu utile dès lors que l'on s'intéresse au discours qui est tenu en droit et sur le droit et, surtout, que l'on tient à y participer. Du reste, nous estimons suspecte la position d'un sociologue juriste qui prétend être capable de s'abstraire entièrement des perceptions des acteurs du droit, comme si lui-même était entièrement étranger à cette communauté.

[185] M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, p. 26.

[186] *Id.*, p. 29.

de ce que devraient être le droit et l'étude du droit. C'est donc à la lumière d'une philosophie du droit, nécessairement subjective, qu'il faudra situer le discours que nous tiendrons dans cette thèse. Et, comme nos lectrices et lecteurs le constateront, cette philosophie se fera de plus en plus claire au fur et à mesure que nous déploierons notre pensée[187].

[187] Cette philosophie du droit, notons-le, sera celle d'un juriste et non d'un philosophe, la première se distinguant de la seconde par: 1) "la priorité accordée à l'analyse sur la synthèse (...)"; 2) "la croyance en la complexité du phénomène juridique (...)"; 3) "une réaction contre la tendance à la schématisation qui est la caractéristique de toute philosophie du droit (...)"; 4) "la croyance en l'extrême faillibilité de l'esprit humain, au caractère provisoire, à la révision éventuelle des synthèses auxquelles il peut aboutir en tentant de réunir des données recueillies (...)." Voir: N. BOBBIO, "Philosophie du droit", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 442, aux pp. 444-445.

CHAPITRE 2. DROIT, IDENTITÉS ET OBSTACLES ÉPISTÉMOLOGIQUES

> Il n'existe plus de point fixe d'où l'un d'entre nous pourrait espérer ressaisir, fût-ce en sa simple forme, la configuration du savoir et, par là, en proposer la fermeture. Ce n'est pas la tentation qui manque, mais l'instrument qui permettrait d'y céder d'une manière convaincante. Ni du côté du Sujet, ni du côté du Concept, ni du côté de la Nature nous ne trouvons aujourd'hui de quoi nourrir et achever un discours totalisant. Mieux vaut en prendre acte et renoncer à livrer sur ce point un anachronique combat d'arrière-garde.[188]

> En nous, le 18ième siècle continue sa vie sourde; il peut -hélas - réapparaître. Nous n'y voyons pas (...) une preuve de la permanence et de la fixité de la raison humaine, mais plutôt une preuve de la somnolence du savoir, une preuve de cette avarice de l'homme cultivé ruminant sans cesse le même acquis, la même culture et devenant, comme tous les avares, victime de l'or caressé. (...) Nous insistons sur le fait qu'on ne peut se prévaloir d'un esprit scientifique tant qu'on n'est pas assuré, à tous les moments de la vie pensive, de reconstruire tout son savoir.[189]

Au moment d'entreprendre une thèse dont la problématique se rattache directement à la question identitaire, il est impérieux d'aborder les problèmes épistémologiques que pose le discours sur l'Autre[190]. D'abord, la critique juridique identitaire s'intéresse de façon toute particulière à ces problèmes. Ensuite, ceux-ci revêtent une importance considérable dans le cadre d'une thèse portant précisément sur la liberté d'expression. Enfin, il importe de préciser nos propres positions épistémologiques. Inévitablement, certaines des questions que nous aborderons dans ce chapitre, ainsi que dans le troisième, reviendront nous hanter tout au long de cette thèse. Dans cette mesure, il offre l'occasion de poser certains jalons intellectuels essentiels, de présenter quelques-unes des problématiques que l'on trouve dans le sillage de la critique juridique identitaire, de

---

[188] J.T. DESANTI, "Matérialisme et Épistémologie", *Annali*, Revue de l'Instituto Giangiacomo Feltrinelli, Milan, 1971, p. 7-21, cité par M. GODELIER, *Horizon, trajets marxistes en anthropologie*, Paris, François Maspero, 1973, p. i.

[189] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 7.

[190] D'autant plus que, comme le notent Elbaz et Murbach, s'agissant de la théorie sur la discrimination et l'identité: "On demeure (...) médusé devant l'état de la théorie: ici un débat abstrait sur les principes de justice, là une typologie des modes d'incorporation, tantôt un éloge du pluralisme juridique qui ne s'embarrasse pas de déconstruire des catégories différenciées et différentiantes, tantôt une occultation de la vision des divisions qui fait que les individus, les communautés ou les classes sont les seuls concepts dont la portée heuristique éviterait la confusion." Voir: M. ELBAZ et R. MURBACH, , "Des préférences, des différences et des sacrifices: l'action positive et le pluralisme juridique au Canada", dans: J.-G. BELLEY (dir.), *op. cit.*, note 82, p. 69, à la p. 76.

signaler certaines intuitions que nous vérifierons ailleurs et, enfin, d'ébaucher certaines des idées-forces que nous reprendrons plus loin.

Une des caractéristiques fondamentales de la critique juridique identitaire est de placer l'épistémologie au centre de son questionnement sur la problématique droit / identité. Ceci tient, pour l'essentiel, à deux raisons, l'une d'ordre méthodologique, l'autre d'ordre plus substantiel. D'une part, sa nature même, en tant que critique affichant un degré plus ou moins grand de radicalisme, fait qu'"[i]l ne lui sert à rien de prétendre vérifier l'existence d'un concept ou d'une règle, si elle exerce son contrôle au moyen d'instruments qui supposent implicitement l'existence de ce concept ou de cette règle."[191] D'autre part, cette critique étant souvent porteuse d'une déconstruction radicale de l'appréhension juridique *dominante* de la problématique "droit et identité", on comprend que la question épistémologique se pose d'emblée. En effet, qui dit "dominant" dit également "dominé". Or, le "dominé" est, le plus souvent, silencieux ou, plus justement, rendu silencieux. L'appréhension juridique dominante des phénomènes identitaires engendre donc l'exclusion *systémique* d'autres "voix", laquelle est légitimée par un réseau de postulats, de concepts et de pratiques qui procèdent du système et contribuent à sa perpétuation. En ce sens, elle s'opère quasi naturellement, comme si elle était l'oeuvre d'une main invisible.

Dans une perspective intra-systémique, une telle exclusion paraît non problématique, car elle ne fait que s'inscrire dans le mouvement naturel de la "science normale", pour reprendre l'expression de Thomas Kuhn[192]. Or, selon les tenants de la critique juridique identitaire, tel n'est pas le cas, et c'est pourquoi leur critique comporte un important volet épistémologique, ce qui, à n'en pas douter, rompt avec la quasi-absence de questionnement épistémologique de fond caractérisant, règle générale, l'étude du droit dans une perspective positiviste dogmatique. Cette critique s'inscrit donc à cet égard dans le mouvement de transgression des frontières que la tradition a imposées au droit et à l'étude du droit, dont nous avons fait état au début de cette partie. Dans ce sens, elle cherche à concrétiser une rupture épistémologique. Cependant, de si grandes visées peuvent être rapidement contrariées lorsque la pensée qui les soutient bute sur des *obstacles épistémologiques.*

C'est de ce concept d'"obstacle épistémologique" dont traitera ce second chapitre. En nous référant aux travaux de l'idéateur de ce concept, Gaston Bachelard, nous en circonscrirons

[191] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 176, n° 90.

[192] L'expression "science normale" désigne la recherche solidement fondée sur un ou plusieurs accomplissements scientifiques passés, accomplissements que tel groupe considère comme suffisants pour fournir le point de départ d'autres travaux." Voir: T.S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, collection "Champs", n° 115, 1983, p. 29.

d'abord la nature, après quoi nous en démontrerons l'applicabilité dans le cadre d'une étude épistémologique de la pensée juridique (section 2.1). L'examen d'un cas d'espèce nous permettra ensuite d'identifier deux obstacles épistémologiques particulièrement fréquents dans les débats identitaires, le manichéisme et l'obstacle réductionniste-idéaliste (section 2.2). Comme nous le verrons dans les chapitres suivants, autant le discours des tenants de la critique juridique identitaire que celui de leurs opposants se heurtent à ces obstacles.

2.1. Droit et obstacles épistémologiques

Notion développée par le philosophe des sciences Gaston Bachelard, l'obstacle épistémologique est en fait un corrélat de l'idée de connaissance scientifique. Pour Bachelard, le problème de la connaissance scientifique se pose en termes d'obstacles, non pas externes mais internes, c'est-à-dire dans "l'acte de connaître". Dans cette optique, l'obstacle épistémologique est un concept générique désignant les causes d'inertie, de stagnation ou de recul de cette connaissance[193]. Autrement dit, l'obstacle épistémologique est ce qui empêche de connaître. Plus précisément, il empêche que soit construite avec la rigueur nécessaire une problématique permettant d'appréhender la réalité matérielle dans toute sa complexité[194], donc sans qu'une partie de celle-ci soit tronquée pour qu'elle sied mieux aux préconceptions de l'observateur.

L'obstacle épistémologique n'a pas comme tel d'identité bien définie. "[F]ait de l'assemblage des intuitions les plus dispersées et même les plus opposées"[195], il est au contraire un concept essentiellement ouvert et polymorphe, qui, en quelque sorte, garantit la pérennité des certitudes et des idées reçues:

> "L'obstacle épistémologique" est une catégorie qui, placée au fondement d'une théorie, tente de la garantir contre les mises en question et infirmations dont elle pourrait faire l'objet: (...) simple concept indûment élargi, (...), l'obstacle survalorise la théorie, refoule les

[193] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 14.

[194] Prenons un exemple dans le champ du droit. Un juge doit statuer sur la culpabilité d'un jeune homme de race noire accusé d'un méfait. Or, ce juge est convaincu que la plupart des jeunes hommes de race noire sont criminalisés. À moins qu'il ne parvienne à faire abstraction de cette préconception, il risquera d'appréhender la situation particulière du jeune homme à travers le prisme des préjugés qu'il entretient sur la collectivité des jeunes hommes de race noire. Le cas échéant, ces préjugés l'empêcheront probablement de construire avec la rigueur minimale exigée par les principes de justice fondamentale la problématique juridique soulevée en l'espèce, en plus de l'empêcher de procéder à un véritable examen au mérite de la situation individuelle de l'accusé. Cet exemple est bien sûr un peu gros, mais il a néanmoins le mérite d'illustrer un cas patent où un obstacle épistémologique s'infiltre entre les faits et le droit.

[195] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 97.

questions irrésolues qu'elle suscite par devers elle et la dote d'un pouvoir explicatif exagérément étendu."[196]

En ce sens, l'obstacle épistémologique agit insidieusement. Son succès repose sur la discrétion, sur la dissimulation, bref sur sa nature essentiellement confuse[197].

Mais pour mieux comprendre où Bachelard veut en venir, il faut préciser que dans son épistémologie constructiviste[198], la connaissance scientifique est "polémique"[199]: "(...), on connaît, dit-il, *contre* une connaissance antérieure, en détruisant des connaissances mal faites, en surmontant ce qui, dans l'esprit même, fait obstacle à la spiritualisation."[200] La raison en est, ajoute-t-il, qu'"[à] l'usage, les idées se *valorisent* indûment. Une valeur en soi s'oppose à la circulation des valeurs. C'est un facteur d'inertie pour l'esprit. Parfois une idée dominante polarise un esprit dans sa totalité."[201] Par exemple, nous verrons plus loin dans notre étude du droit de la liberté d'expression, qu'une métaphore comme celle du "marché libre des idées" pourra poser un sérieux obstacle à une appréhension juridique complexe des conditions d'exercice de cette liberté en ce que, notamment, l'idéal que représente cette métaphore sera "factualisé", c'est-à-dire pris non pas pour ce qu'il est, un idéal, mais pour ce que l'on voudrait bien qu'il soit, une réalité[202].

---

[196] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, note 178, pp. 121-122.
[197] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 21.
[198] Dans une célèbre tirade, Bachelard affirme que: "Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit." (*Id.*, p. 14).
[199] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 41, p. 16.
[200] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 14.
[201] *Id.*, p. 15.
[202] Le "marché libre des idées" devient ainsi d'une certaine manière ce que Maurice Godelier appelle une "réalité idéelle", un peu comme le sont, dans d'autres domaines, les règles de filiation ou de résidence et les " (...) principes qui définissent et légitiment les droits et devoirs personnels attachés à ces rapports (...)." Voir: M. GODELIER, *op. cit.*, note 129, p. 198. Pour cet auteur, "(...) tout rapport social, quel qu'il soit, inclut une part idéelle, une part de pensée, de représentations; ces représentations ne sont pas seulement la forme que revêt ce rapport pour la conscience, mais font partie de son contenu. Il ne faut pas confondre idéelle avec idéale ou imaginaire: toutes les représentations ne viennent pas rendre présentes à la conscience, comme après-coup, des réalités qui seraient nées avant elles, hors d'elles et sans elles. Loin d'être une instance séparée des rapports sociaux, d'être leur apparence, leur reflet déformé-déformant dans la conscience sociale, elles sont une part des rapports sociaux dès que ceux-ci commencent à se former et elles sont une des conditions de leur formation. Mais s'il y a de l'idéel dans tout le réel social, tout n'est pas idéel dans ce réel." Voir: *id.*, p. 172. En pratique, un certain marché libre des idées existe bel et bien. Cependant, dans la mesure où certains postulent, généralement pour des raisons idéologiques, son fonctionnement parfait plutôt que perfectible, une représentation idéelle, informée par l'idéal d'un marché véritablement libre, apparaît alors et s'incruste dans l'appréhension que font la plupart des membres de la société de la réalité matérielle du marché des idées, qu'ils profitent ou non de cette réalité. Ainsi, "[i]l faut donc que des idées soient tenues fondamentalement pour "vraies" par la majorité des membres d'une société, par les dominants comme par les dominés, pour qu'elles deviennent dominantes." Voir: *id.*, p. 205.

Nous venons d'évoquer brièvement comment un concept qui fait office de lieu commun dans le champ du droit peut en venir à nuire à la connaissance en droit et même sur le droit. Voyons maintenant certains exemples d'obtacles épistémologiques qui ont été identifiés par Bachelard lui-même et par d'autres à sa suite dans le champ du droit.

Bachelard identifie dans son célèbre ouvrage sur *La formation de l'esprit scientifique* six grands types d'obstacles épistémologiques. Il s'agit de l'expérience première, de la connaissance générale, de l'obstacle verbal, de la connaissance unitaire et pragmatique, du substantialisme et de l'animisme. Tous n'ont cependant pas la même utilité pour analyser la pensée juridique. Aussi nous attarderons-nous tout particulièrement aux obstacles que posent l'*expérience première*, la *connaissance générale*, l'*obstacle verbal*, la *connaissance unitaire et pragmatique* et, enfin, le *substantialisme*.

Voyons d'abord ce qu'il en est de l'*expérience première*. Bachelard décrit cet obstacle comme celui qui fait placer l'expérience "(...) avant et au-dessus de la critique (...)."[203] Il s'en prend ainsi à "(...) cette philosophie facile qui s'appuie sur un sensualisme plus ou moins franc, plus ou moins romancé, et qui prétend recevoir directement ses leçons d'un donné clair, net, sûr, constant, toujours offert à un esprit toujours ouvert"[204], ajoutant qu'"[u]ne (...) théorie de la rationalisation discursive et complexe a, contre elle, les convictions premières, le besoin d'immédiate certitude, le besoin de *partir* du certain et la douce croyance en la réciproque que la connaissance d'où l'on est parti était certaine."[205] Autrement dit, l'expérience première fait avorter, au sens propre du terme, toute velléité d'examen critique en faisant croire que ce qui *semble être* ou ce qui *est perceptible* est nécessairement ce qui *est*.

La *connaissance générale*, quant à elle, consiste à généraliser abusivement à partir d'une théorie vue comme définitive et intangible. Bachelard associe notamment cet obstacle épistémologique aux "(...) grandes vérités premières, (...) [aux] définitions intangibles qui éclairent toute une doctrine."[206] Il soutient que

> [s]i l'on prend la mesure de la valeur épistémologique de ces grandes vérités en les comparant aux connaissances fautives qu'elles ont remplacées, il ne fait pas de doute que ces lois générales ont été agissantes. Mais elles ne le sont plus. (...) L'on peut en effet voir que de telles lois générales *bloquent* actuellement la pensée. Elles répondent en bloc, ou mieux,

[203] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 23.
[204] *Ibid.*
[205] *Id.*, p. 41.
[206] *Id.*, p. 56.

elles répondent sans qu'on questionne, puisque la *question* aristotélicienne, depuis longtemps, s'est tue.[207]

Mais les généralisations qui font obstacle à la connaissance ne se présentent pas sous une forme unique. Au contraire, Bachelard en identifie deux grands types, apparemment contradictoires, à savoir, la connaissance en compréhension découlant de l'attrait du singulier et, à l'inverse, la connaissance en extension découlant de l'attrait de l'universel[208]. Ces généralisations, qu'elles surdéterminent la singularité ou exagèrent l'universalité, relèvent en toute hypothèse d'un prêt-à-penser susceptible de devenir une source de statisme[209]. Ainsi, pour reprendre un exemple cité antérieurement, certaines applications de la métaphore du marché libre des idées pourraient bien freiner l'évolution de la théorie juridique de la liberté d'expression. En ce sens, un concept originellement valable et utile peut rapidement devenir un obstacle épistémologique "(...) en offrant à la pensée une forme générale prématurée."[210]

Il en va de même des multiples classifications que l'on retrouve dans le champ du droit, et particulièrement de celles qui "consacrent" des identités. Au Canada, l'exemple auquel on pense le plus naturellement est celui fourni par la *Loi sur les Indiens*[211], qui, en saucissonnant l'identité autochtone en catégories plus ou moins arbitraires, présente une image pour le moins tronquée de cette identité ou, comme il serait plus juste de le dire, de *ces identités*. Comme le souligne l'anthropologue Serge Bouchard à propos de cette loi, "[n]'est pas Indien qui se dit Indien: est Indien celui dont le nom apparaît sur la liste du Ministère. Définition simple, définitive, jusqu'à ce que la relation entre l'État et les Autochtones change radicalement au plan de sa qualité même."[212] Aussi, si l'on fait abstraction du juge qui, sous réserve de son pouvoir d'interprétation, est tenu d'appliquer la loi, les juristes soucieux d'appréhender de façon complexe la question identitaire autochtone devront à tout le moins s'interroger sur les conditions historiques entourant l'édiction et l'application de la *Loi sur les Indiens*. En le faisant, peut-être découvriront-ils que la régulation identitaire qu'impose cette loi n'est pas aussi neutre qu'il n'y paraît. Elle l'est d'autant moins si l'on considère l'objectif d'une telle régulation dans un rapport colonisateur / colonisé. En effet, comme le signale encore Bouchard, "(...) pour le plus fort, il n'y a de différence que contrôlée, soumise, comptée, classée, construite, voire exotique, pour satisfaire aux sensations douces mais

---

[207] *Id.*, p. 57.
[208] *Id.*, p. 60.
[209] *Id.*, p. 58.
[210] *Id.*, p. 66.
[211] L.R.C. 1985, c. I-5.
[212] S. BOUCHARD, "La nomenclature du mépris", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 14, n° 4, 1986-87, p. 17, à la p. 25.

non moins vicieuses de la contemplation du bel autre."[213] Et, entre régulation et élimination, il n'y souvent qu'un pas. C'est d'ailleurs ce que remarque la professeure Rosemary Coombe lorsqu'elle soutient que, dès l'adoption de la version initiale de la *Loi sur les Indiens*, l'identité autochtone "(...) has (...) been defined and determined by a bureaucracy committed to its disappearance."[214]

Que l'on soit d'accord ou non avec la conclusion de Coombe n'a guère d'importance ici, car un fait demeure: lorsque le droit "sanctionne" une identité en la catégorisant[215], il réduit d'autant la complexité de cette identité. Si cela s'avère dans une certaine mesure inévitable, comme on l'a vu au chapitre premier, il reste que les catégories utilisées peuvent être plus ou moins ouvertes, plus ou moins porteuses d'exclusion sociale. Ces catégories peuvent ou non avoir l'effet détergent de "laver plus blanc", comme le dit la publicité, en fonction de considérations idéologiques[216]. En cela, la construction juridique de l'identité est potentiellement violente. D'où, avons-nous dit, la nécessité absolue pour les juristes de s'interroger sur la façon dont le droit "connaît" le phénomène identitaire. Or, pour revenir à notre exemple de départ, les juristes peuvent-ils vraiment prétendre "connaître", sans plus d'examen, les identités autochtones à travers le prisme du droit posé dans la *Loi sur les Indiens*? Plusieurs, notamment celles et ceux qui sont rompus au droit des libertés publiques, vont bien sûr répondre non. Mais d'autres vont plutôt se contenter d'un béat "ainsi soit-il" devant ce qu'ils estiment être la volonté souveraine du législateur. Pour ces derniers, les catégories du droit positif constitueront à l'évidence des obstacles épistémologiques relevant de la connaissance générale, cette fameuse connaissance qui fait croire, selon Bachelard, "(...) que classer les phénomènes, c'est déjà les connaître."[217] Ils seront alors tombés dans ce qu'un autre auteur qualifie de "piège du droit", lequel fonctionne ainsi: "(...) à partir du moment où un texte de droit positif a nommé, défini la problématique sociale et la solution prescrite, le droit balise le débat, le circon[s]c[r]it aux seules dimensions qu'il nomme et appréhende. De là à le clore, il n'y a qu'un pas."[218]

---

[213] *Ibid.*

[214] R.J. COOMBE, "The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy", (1993) 6 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 249, à la p. 274.

[215] Nous empruntons l'expression identité "sanctionnée" à J.F. COLLIER, B. MAURER et L. SUAREZ-NAVAZ, "Sanctioned Identities: Legal Constructions of Modern Personhood", *Identities*, Vol. 2 (1-2), pp. 1-27.

[216] Sur le "blanchissage" des identités "autres", c'est-à-dire afro-américaine, latino et autochtone aux États-Unis, voir l'ouvrage récent d'un tenant de la *Critical Race Theory*: I.F. HANEY LOPEZ, *White by Law. The Legal Construction of Race*, New York / London, New York University Press, 1996.

[217] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 69.

[218] P. PÉLADEAU, "Face au contrôle d'identité scientifique obligatoire. Essai de définition méthodologique d'une recherche juridique sur la problématique informatique, pouvoir et libertés", dans: R.D. BUREAU et P. MACKAY (dir.), *op. cit.*, note 58, p. 527, à la p. 536.

Un autre obstacle épistémologique est celui que Bachelard qualifie de *verbal* , c'est-à-dire "(...) la fausse explication obtenue à l'aide d'un mot explicatif, par cet étrange renversement qui prétend développer la pensée en analysant un concept au lieu d'impliquer un concept particulier dans une synthèse rationnelle."[219] Il vise ainsi les métaphores déficientes ou primitives qui, estime-t-il, bloquent la pensée. Cette "imagerie première", en ce qu'elle paraît "(...) suffisante et utilisable comme présupposé, ne justifi[e] donc pas de questionnement ultérieur sur ce qu'elle est censée décrire."[220] On en vient ainsi à décrire "(...) les phénomènes compliqués avec un matériel de phénomènes simples, exactement comme on éclaire une idée complexe en la décomposant en idées simples."[221] Mettons encore une fois à contribution notre exemple du marché libre des idées pour illustrer l'obstacle verbal. Posons tout d'abord que certains discours font de cette idée d'un marché "libre" des idées un postulat plutôt qu'un idéal. Le cas échéant, il y a fort à parier que cette métaphore agisse comme "éponge" épistémologique, pour reprendre une expression bachelardienne. Cela signifie en pratique que tout questionnement sur la création d'un véritable marché libre des idées sera bloqué *ab initio*. Toutes les difficultés d'accès à l'expression que vivent certains individus ou groupes en raison d'inégalités sociales seront dès lors occultées. Autrement dit, le simple usage d'une métaphore aura permis d'éluder la question des conditions de réalisation d'une liberté dont tous les citoyens sont censément titulaires, bref d'une *égale* liberté.

Dans un autre ordre d'idées, la *connaissance pragmatique* pose également problème aux yeux de Bachelard, en ce que le pragmatisme, lié à l'utilitarisme, soumet la recherche du vrai à celle de l'utile ou explique tout par l'utilité ou la proximité[222]. Une précision s'impose toutefois ici: le droit n'est pas une science, du moins si l'on s'en tient à l'étude du droit positif à partir d'un point de vue conservant une certaine internalité[223]. Aussi les remarques de Bachelard concernant la connaissance pragmatique doivent-elles être relativisées. S'il faut en effet se méfier de

---

[219] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 21.
[220] *Id.*, p. 78.
[221] *Id.*, p. 78-79.
[222] *Id.*, p. 92-94.
[223] Le juge Richard Posner remarque à cet égard: "Even if in a good pragmatic fashion we forget about foundations, accept the broadest possible definition of science, (...), we shall not confuse law with science. Prediction and control are precisely what science gives us and philosophy, politics, and law do not, except (in the case of politics and law) with the aid of force." Voir: R. POSNER, *op. cit.*, note 65, p. 67. Ce qui ne signifie pas, bien au contraire, qu'il ne puisse y avoir de "science du droit", c'est-à-dire une science qui fasse du droit son objet d'étude mais qui s'affranchisse de cet objet d'étude en l'observant de l'extérieur sans jamais tenir compte des perceptions des acteurs du droit, ce qui n'est pas l'optique que nous adopterons dans cette thèse. Voir sur ces questions: A.-J. ARNAUD, *loc. cit.*, note 46.

l'utilitarisme en droit, notamment lorsque des libertés publiques sont en cause[224], le pragmatisme comme philosophie du droit a de nombreux mérites. Comme le souligne le juge Richard Posner:

> The pragmatic attitude is activist - progressive, "can do" - rejecting both the conservative counsel that whatever is is best and the fatalist counsel that all consequences are unintended. The pragmatist believes in progress without pretending to be able to define it, and believes that it can be effected by deliberate human action. These beliefs are connected with the instrumental character of pragmatism. It is a philosophy of action and betterment (...). The pragmatist is interested in "the facts", and thus wants to be well informed about the operation, properties, and probable effects of alternative courses of action. At the same time he is *skeptical* about claims that we can have justified confidence in having arrived at the final truth about anything. (...) While skeptical and relativistic, the pragmatist rejects skepticism and relativism when embraced as dogmas, as "philosophical" positions.[225]

Au moment où s'écroulent les métarécits de la modernité, cela est à méditer, surtout si l'on considère que la critique juridique identitaire, qui contribue à cet écroulement, est éminemment pragmatique. En ce sens, peut-être le pragmatisme caractérisera-t-il jusqu'à un certain point le droit dans la postmodernité[226]?

À l'inverse, la *connaissance unitaire* est un obstacle épistémologique qui procède d'une philosophie porteuse d'une "vision générale du monde". Cette vision est celle d'un monde où sont nivelées les divergences et gommés les conflits, celle d'un monde dont les incohérences et les instabilités sont niées. Bachelard donne ainsi l'exemple de la construction philosophique de la nature pendant les Lumières. "C'est ainsi qu'au XVIIIième siècle, dit-il, l'idée d'une Nature homogène, harmonique, tutélaire efface toutes les singularités, toutes les contradictions, toutes les hostilités de l'expérience."[227] On pense tout de suite au mythe rousseauiste du "bon sauvage"[228],

---

[224] En ce sens, peut-être le premier mérite des oeuvres de John Rawls, qui procèdent d'un projet anti-utilitariste, est-il justement de nous rappeler les dangers de l'utilitarisme. Voir généralement: J. RAWLS, *op. cit.*, note 127, et, du même auteur, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

[225] R. POSNER, *op. cit.*, note 14, p. 4-6.

[226] Le "jusqu'à un certain point" s'explique par les limites mêmes du pragmatisme en ce qui a trait à la mise en oeuvre des libertés publiques. Des arguments pratiques, pour sérieux qu'ils puissent être parfois, ne peuvent faire obstacle à la réalisation de droits ou de libertés jugés fondamentaux dans une société donnée. À cet égard, la critique du pragmatisme que fait Dworkin à partir de sa conception du "law as integrity" mérite réflexion. Voir: R. DWORKIN, *op. cit.*, note 12, p. 220-222. Aussi peut-on penser qu'une conception postmoderne du droit se distinguera par un "pragmatisme de principes". La contradiction interne évidente de cette idée est justement ce qui la rend postmoderne. En effet, la postmodernité ne s'encombre pas de linéarité et surtout pas de ce que nous qualifions ailleurs d'"esthétique juridique de la cohérence". Voir: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*, note 57, p. 249. Est-il besoin de le mentionner, la fonction interprétative du judiciaire ne peut dans cette optique que devenir de plus en plus importante.

[227] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 83.

[228] À la source de ce mythe, on trouve l'ouvrage suivant: J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes. Discours sur les sciences et les arts*, Paris, Flammarion, collection "GF-

qui fait de l'homme "naturel" un être pur vivant dans une nature où, pour reprendre les mots de Baudelaire, "tout n'est qu'ordre et beauté, luxe, calme et volupté"[229]. Évidemment, ce bon sauvage sera tôt ou tard corrompu par la société... Malgré les nombreuses critiques que ce mythe a inspirées, notamment de la part d'autochtones estimant qu'il a eu un effet réifiant sur leur image sociale[230], il est étrange de constater à quel point d'autres autochtones se le réapproprient, aujourd'hui, dans le cadre de leur politique identitaire. Les sociétés autochtones de l'époque pré-coloniale seront ainsi présentées comme des sociétés où régnaient l'égalité, la non-violence et l'harmonie, ceci afin de culpabiliser davantage une société blanche à laquelle on ne reproche plus seulement son colonialisme violent, ce qui est de l'ordre des faits, mais aussi à laquelle on reproche d'avoir troublé un ordre préexistant désormais posé comme parfait, ce qui relève du normatif et de l'éthique. Or, si les effets de la colonisation sur les peuples autochtones se sont effectivement avérés catastrophiques, il ne s'ensuit pas pour autant que leurs sociétés pré-coloniales correspondaient à l'image d'Épinal que d'aucuns veulent en donner aujourd'hui. Les juristes soucieux d'appréhender dans toute leur complexité les questions identitaires devront donc se méfier des discours qui posent une identité particulière comme *essentiellement* "pure" ou, à l'inverse, comme "impure". Le romantisme identitaire pousse les juristes vers des récifs intellectuels dont ils ne sont pas certains de sortir indemnes[231]. Ce qui nous mène en droite ligne vers le dernier obstacle épistémologique bachelardien auquel nous nous intéresserons, le substantialisme.

En fait, l'obstacle *substantialiste* surgit lorsque "la totalité d'un processus [est expliquée] par l'usage d'un phénomène immédiat essentialisé."[232] Bachelard ajoute qu'"[u]n des plus clairs symptômes de la séduction substantialiste, c'est l'accumulation des adjectifs sur un même

---

Flammarion", n° 243, 1992. Sur la persistance et l'évolution du mythe du bon sauvage, voir: J. COPANS, "Contemporary Myths of the Savage", dans: C. WARD GAILEY (dir.), *Civilization in Crisis. Anthropological Perspectives*, vol. 1, Gainesville, Fla, University Press of Florida, 1993, p. 57.

[229] C. BAUDELAIRE, "L'invitation au voyage", dans: *Les fleurs du mal*, Paris, Flammarion, 1991.

[230] Voir par exemple: R. HILL, "One Part per Million. White Appropriation and Native Voices", *Fuse Magazine*, Vol. 15, n° 3, Winter 1992, p. 12. à la p. 15.

[231] S'agissant du cas des droits ancestraux autochtones garantis par la Constitution canadienne, le professeur Otis, soulignant le déterminisme qui caractérise l'interprétation qu'en fait la Cour suprême du Canada, affirme ceci: "Véhiculant un romantisme identitaire passéiste, les droits ancestraux, tels que définis par la Cour suprême, participent en définitive de l'authenticité identitaire autochtone dont un corollaire possible, *mais non nécessaire*, sera l'affirmation de la différence." Voir: G. OTIS, "Le droit ancestral des peuples autochtones à l'autonomie politique et le défi identitaire", texte non publié, 1996, p. 7. Les italiques sont nôtres. Voir aussi: G. OTIS et A. ÉMOND, "L'identité autochtone dans les traités contemporains: de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral", (1996) 41 *Revue de droit de* McGill 543. Comme autre exemple de romantisme identitaire, on pense au révisionnisme historique dont est porteuse l'idéologie afrocentrique, avec laquelle des tenants de la *Critical Race Theory* flirtent parfois. Sur l'afrocentrisme, voir notamment: G. EARLY, "Understanding Afrocentrism. Why Blacks Dream of a World Without Whites", *Civilization*, Vol. 2, N° 4, July-August 1995, p. 31.

[232] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 97.

substantif: les qualités tiennent à la substance par un lien si direct qu'on peut les juxtaposer sans trop se soucier de leurs relations mutuelles."[233] Dans son étude sur l'usage des stéréotypes dans le contexte des rapports de domination, Lise Noel signale par exemple que, selon les circonstances, les Noirs ont été qualifiés de "drôles", de "souffrants", de "malpropres", de "forts", de "naïfs", de "oisifs", de "craintifs", etc[234]. Comme on le voit, la contradiction n'effraie pas la pensée substantialiste. Et c'est ainsi que les stéréotypes et les préjugés s'interposent dans le processus de connaissance des questions identitaires: "Raccourci de l'esprit, le stéréotype rassure. Il permet de simplifier ce qui autrement serait complexe, et donne l'impression d'avoir prise sur le réel. Soumis à l'éclairage cru des stéréotypes, l'Autre est réduit à quelques grandes lignes et l'on peut tracer de lui un portrait définitif."[235] On le constate, l'obstacle substantialiste recoupe l'obstacle essentialiste qui, disions-nous précédemment, est omniprésent dans les débats identitaires en général ainsi que dans la critique juridique identitaire en particulier.

La connaissance du droit n'échappe pas aux obstacles épistémologiques que Bachelard identifie[236]. Ces obstacles prendront bien sûr des formes différentes selon le contexte spécifique de chaque recherche, mais tous trouveront application dans le champ du droit, du moins à divers degrés, car la connaissance du droit, qu'on l'aborde à partir d'un point de vue scientifique ou dogmatique, est d'abord affaire d'interprétation plutôt que de description. C'est pourquoi il importe de se méfier du réalisme, en lequel plusieurs auteurs voient le plus grave obstacle épistémologique surgissant dans le processus de connaissance du droit. Mais encore faut-il préciser le sens à donner au mot "réalisme". Nous parlons en fait ici de cette propension à croire que la qualité d'un concept juridique se mesure à sa capacité d'*exprimer* la réalité[237], ce qui est une aberration compte tenu, d'une part, du caractère interprétatif du droit et, d'autre part, de la nature de devoir-être (*sollen*) de la norme juridique. Lenoble et Ost vont même jusqu'à dire que le réalisme est si généralisé qu'il constitue une fonction plutôt qu'un obstacle épistémologique proprement dit. Ces auteurs s'en prennent ainsi à cette "(...) "fonction réaliste" qui conduit à la fois à "essentialiser" le réel et y trouver l'analogon ultime de la connaissance."[238] Cela dit, l'anti-réalisme ne nie pas l'existence

---

[233] *Id.*, p. 111.
[234] L. NOEL, *op. cit.*, note 32, pp. 133-140.
[235] *Id.*, p. 133. Bachelard opinait d'ailleurs en ce sens lorsqu'il affirmait ceci à propos de l'obstacle substantialiste: "Tous les faits peuvent être cités comme autant "d'anecdotes de la nature". Cet empirisme pulvérisé, cette expérience concrète sans effort d'abstraction accueillent toutes les fantaisies individuelles. Il suffit de trouver une *nature particulière*, une *activité substantielle* pour expliquer toutes les particularités de l'expérience, puis, de proche en proche, *tous les préjugés, tous les on-dit, toutes les folies de la Sagesse des Nations.*" Voir: G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 127. Les italiques sont nôtres.
[236] En ce sens, voir: J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, pp. 318-319
[237] P. NERHOT, "The Law and its Reality", dans P. NERHOT (dir.), *op. cit.*, note 33, p. 50, à la p. 52.
[238] J. LENOBLE et F. OST, *op. cit.*, note 236, p. 318-319.

d'une réalité matérielle externe; il nie simplement la possibilité d'appréhender cette réalité de manière brute, c'est-à-dire comme si elle se donnait objectivement à voir[239]. Aussi convient-il, dans cette optique, de distinguer entre l'idée, à rejeter, d'un droit qui *exprime* la réalité et celle, valable, d'un droit qui *appréhende*, plus ou moins bien, cette réalité.

Hormis le réalisme, le principal obstacle qui pèse sur une appréhension juridique complexe de la réalité matérielle est sans doute l'idéologie du droit[240], qui recoupe en fait plusieurs des obstacles identifiés par Bachelard. Cette idéologie, que la critique juridique identitaire place au centre de ses préoccupations, assume une fonction générale d'invisibilisation des moyens par lesquels le droit reproduit l'ordre établi, souvent au détriment de certains groupes sociaux[241]. L'idéologique, le politique, se drapent ainsi du voile de l'évidence[242]. Dans cette foulée, Michel Miaille soutient que la pensée juridique bute ainsi trop souvent sur "la fausse transparence du droit" et "l'idéalisme profond des explications juridiques"[243].

Ce que Miaille appelle la "fausse transparence du droit" découle de l'esprit positiviste qui règne dans la communauté juridique. Parce que l'étude positiviste du droit se veut empirique, c'est-à-dire "(...) que la connaissance du droit est extraite de l'expérience que nous pouvons en avoir dans notre société"[244], il est dès lors facile de prétendre à l'objectivité et à la neutralité absolues de cette étude[245]. C'est ainsi, par exemple, que les catégories et institutions juridiques seront vues comme données plutôt que construites. Il s'ensuit, nous dit Miaille, que "[l]aisser croire qu'il suffit

---

[239] V. VILLA, *loc. cit.*, note 33, aux pp. 443-444.

[240] P. PÉLADEAU, *loc. cit.*, note 218, à la p. 536. Pour une intéressante étude des diverses formes que prend l'idéologie, voir: T. EAGLETON, *Ideology. An Introduction*, London / New York, Verso, 1991, particulièrement aux pages 1-31.

[241] V. KERRUISH, *Jurisprudence as Ideology*, London / New York, Routledge, 1991, p. 7 et 11-12. Dans le même sens, Catharine MacKinnon définit ainsi l'idéologie: "Ideology means thought that is socially determined without being conscious of its determinations." Voir: C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 108. Une précision s'impose toutefois ici. En effet, s'il est important d'être en mesure de décrypter les discours et d'en identifier les composantes idéologiques qui tendent à présenter comme "donné" ce qui est en fait construit, il faut en même temps prendre garde d'associer systématiquement "caché" à "mauvais". Comme le remarque Christian Atias au sujet de l'étude des paradigmes: "Une mode d'origine marxiste consiste à croire que tout ce qui n'est pas apparent, public, avoué est nécessairement néfaste. Généralement stupide, elle est spécialement mal adaptée à l'étude des paradigmes. Il doit être clair que leur existence est probablement inévitable. Qui révèle un paradigme et ce qu'il cache s'appuie sur un autre paradigme qui masque une autre idéologie. Ce qui est vrai, c'est que certains paradigmes sont d'un haut rendement scientifique et que d'autres sont exagérément réducteurs." Voir: C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, n° 84, p. 165.

[242] Ce qui est aussi le cas dans les sciences, où, cette fois, l'idéologique se cache derrière l'objectivisme scientifique. Voir: A. SELLER, "Realism versus Relativism: Towards a Politically Adequate Epistemology", dans M.F. GOODMAN et R.A. SNYDER (dir.), *Contemporary Readings in Epistemology*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1993, p. 365, à la p. 367.

[243] M. MIAILLE, *op. cit.*, note 100, p. 38.

[244] *Id.*, p. 39.

[245] *Id.*, p. 41.

d'ouvrir les yeux et de bien observer est une erreur épistémologique."[246] En ce sens, "[f]orcer ce premier obstacle épistémologique, c'est donc se défaire de l'idée de transparence de l'objet d'étude: c'est accepter que les choses sont plus complexes que ce que l'observation laisse "voir", c'est lire le complexe réel sous le simple apparent."[247]

Pour sa part, l'idéalisme trouve dans les idées "le principe fondamental d'explication du monde"[248], cela se faisant souvent au détriment d'une appréhension complexe de la réalité matérielle: ainsi, "(...) les phénomènes quelquefois les plus évidents s'évanouissent pendant que les idées deviennent le fondement de la réalité."[249] On s'en doute, l'idéalisme est généralement le produit d'une idéologie spécifique qui, tout à la fois, le nourrira et le confortera. Or, en tant que "représentation du monde", l'idéologie n'a pas à être juste, "(...) il me suffit qu'elle soit utile."[250] Son utilité s'est d'ailleurs vérifiée dans les processus historiques d'universalisation du droit occidental, droit que l'on a présenté comme "a-culturé"[251] et, partant, comme transculturel. On a ainsi postulé la capacité intrinsèque du droit occidental - et, par extension, des juristes occidentaux - d'aborder les problématiques les plus étrangères à leur culture "comme si de rien n'était", en recourant à l'abstraction. Miaille parle de cette approche idéaliste comme procédant tantôt d'un "universalisme antihistorique", tantôt d'un "pluralisme d'explications"[252]. Dans un cas comme dans l'autre, ces travers de la pensée juridique font l'objet de contestations dans la critique juridique identitaire américaine. D'une part, l'universalisme antihistorique découle du fait que,

> (...) les "idées" devenant explication de tout, celles-ci se détachent peu à peu du contexte géographique et historique dans lequel elles ont été effectivement produites et constituent un ensemble de notions universellement valables (universalisme), sans intervention d'une histoire véritable (non-histoire). (...) Les termes deviennent alors "abstraits", au point qu'ils n'appartiennent plus à la société qui les produit mais sont réputés exprimer la raison pure, la rationalité universelle.[253]

Nous verrons justement un plus plus loin que cette universalisation de la rationalité occidentale est perçue par plusieurs comme la source première de la violence symbolique opérée dans le champ du

---

[246] *Id.*, p. 43.
[247] *Id.*, p. 48.
[248] *Id.*, p. 49.
[249] *Id.*, p. 49-50.
[250] *Id.*, p. 52.
[251] L'expression "a-culturé" employée ici est de Gérald Berthoud. Il l'utilise pour décrire la conception de la personne dans la philosophie des Lumières, qui a en retour inspiré la philosophie des droits de l'Homme encore dominante aujourd'hui. Voir: G. BERTHOUD, "Droits de l'homme et savoirs anthropologiques", dans: L.K. SOSOE (dir.), *Identité: évolution ou différence? Mélanges en l'honneur du professeur Hugo Huber*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1989, p. 137, à la p. 138.
[252] M. MIAILLE, *op. cit.*, note 100, p. 56.
[253] *Ibid.*

droit, sans égard à la situation particulière de nombreuses cultures non occidentales ou de groupes exclus à l'intérieur même de la société occidentale. D'autre part, le pluralisme d'explications agit en quelque sorte comme le revers de la médaille de l'universalisme antihistorique. Il relativise, non pas tant sur la base de la constatation de faits spécifiques mais plutôt à partir du postulat de l'existence d'une pluralités d'opinions possibles. Or, si pareil postulat n'est pas contestable en lui-même, il en va autrement de l'utilisation qui en est faite, notamment quant au nivellement épistémologique qu'il peut emporter dans certaines circonstances. C'est ce que souligne Miaille lorsqu'il affirme que:

> Lorsque, évidemment, les situations sont réduites à l'état d'idées, il est normal que l'on suggère la possibilité de "changer le point de vue". Et, en modifiant sa place d'observateur, on modifie abstraitement l'observation et ses résultats. (...) C'est que, dans cette abstraction totalement idéalisée, on perd de vue non seulement les rapports qu'entretient telle thèse avec les caractères sociaux et économiques de l'époque qui l'a vue naître (...) mais surtout la problématique sur laquelle cette thèse s'appuie. En somme, en ayant totalement abstrait l'explication juridique de son contexte réel, celle-ci, transformée en une pure idée, apparaît comme une réponse quelque peu gratuite qui pourrait supporter sinon la thèse inverse, en tout cas une thèse différente.[254]

C'est précisément cette possibilité de changement non balisé de point de vue qui est susceptible d'entraîner un nivellement épistémologique qui, par exemple, fera en sorte que les points de vue respectifs des dominants et des dominés seront placés exactement sur le même pied. En d'autres termes, l'*idée* que se fait le dominant de la condition du dominé sera a priori considérée comme étant aussi valable que l'*expérience* que ce dernier relatera. Cela ne manque pas de poser problème aux yeux de plusieurs juristes identitaristes qui soutiennent qu'en passant dans le collimateur de l'abstraction du dominant, la relation de l'*expérience* de la domination que d'autres subissent ne peut qu'être aseptisée ou édulcorée, quand elle n'est pas tout simplement occultée.

Au terme de cette brève discussion de certains obstacles épistémologiques qui peuvent généralement nuire à une appréhension complexe de la réalité matérielle dans le champ du droit, il convient de rappeler que la liste que nous avons dressée n'est en aucun cas exhaustive. Rappelons-le, les obstacles épistémologiques sont polymorphes. Un peu comme les virus informatiques, leur nature est parasitaire; ils évoluent au rythme de la pensée à laquelle ils se rattachent. Mais si certains d'entre eux sont récurrents dans quelque domaine du droit qu'il s'agisse, la problématique "droit et identité" transporte son lot d'obstacles particuliers. Ceux-ci procéderont souvent de la même logique que les obstacles déjà identifiés, mais leur matérialisation

---

[254] *Id.*, p. 59-60.

prendra des formes spécifiques qu'il convient d'illustrer ici. Nous nous servirons à cette fin de l'exemple d'un débat récent survenu aux États-Unis, auquel des tenants de la critique juridique identitaire ont de près ou de loin été mêlés. Nous aurons du même coup une idée du ton des débats que suscite cette critique.

2.2. De quelques obstacles épistémologiques surgissant lors de l'étude de la problématique "droit et identité": une extrapolation à partir du débat américain sur la réforme du cursus universitaire

Un peu comme au Canada, le débat identitaire aux États-Unis est lié à un questionnement sur la nature des changements que devrait ou non entraîner l'existence d'une société de plus en plus multiculturelle. Il s'articule autour de plusieurs dichotomies qui procèdent, selon le cas, de la philosophie politique du droit ou des idéologies politiques partisanes. Tout récemment, ce débat s'est cristallisé autour de la question de la réforme du cursus des programmes universitaires de sciences humaines, de littérature et même de droit[255]. Plus spécifiquement, on s'est interrogé sur le contenu obligatoire de ce cursus. On s'est ainsi demandé quelles oeuvres revêtaient une importance intellectuelle si grande qu'elles devaient nécessairement faire partie de la formation fondamentale des étudiants américains. Question importante qui n'a pas tardé à en soulever d'autres.

Certaines dichotomies habituelles dans les débats identitaires ont alors ressurgi. Ce fut le cas de la dichotomie "nation de citoyens / nation d'ethnies", qui recouvre en fait la distinction juridique positive établie entre droits individuels et droits collectifs. Ce fut également le cas de la dichotomie corollaire opposant, d'un côté, l'assimilation des identités et, de l'autre, leur préservation, laquelle se présente aussi, dans un contexte de polarisation sociale extrême, comme un choix entre intégration et séparation. Derrière cette dichotomie s'en profile une autre, décrivant l'action des forces centripètes et centrifuges qui, dans une dynamique contradictoire, oeuvrent en même temps au resserrement ou à l'effilochage du tissu social. Ainsi, certains, prônant l'intégration de toutes les identités au sein d'une identité américaine commune - selon la

[255] Il existe effectivement un lien entre les débats survenus au sujet de la réforme du cursus universitaire dans les départements de sciences humaines et l'émergence de mouvements de critique juridique identitaire: tous participent d'une même politique de la diversité. Voir: G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 247. Par ailleurs, ce débat a eu un certain écho au Canada, sans cependant connaître la même ampleur qu'aux États-Unis. Voir notamment en ce qui a trait au débat canadien: P.C. EMBERLEY et W.S. NEWELL, *The Decline of Liberal Education in Canada*, Toronto / Buffalo / London, University of Toronto Press, 1994. Dans un autre ordre d'idées, au sein des facultés de droit, les divers mouvements critiques ayant émergé depuis quelques années ont évidemment été au centre du questionnement sur le choix et le contenu des cours obligatoires, mais surtout sur la façon de les enseigner.

thèse du "melting pot" -, se sont offusqués de la revendication formulée par des groupes minoritaires, voulant que leur vision historique particulière de la société américaine soit reflétée dans le cursus, jusque-là strictement eurocentrique. Dans le camp opposé, d'autres ont nié la valeur même de l'idée d'institutions scolaires ouvertes à toutes les ethnies et, a fortiori, de celle d'un cursus commun. Par exemple, des afrocentristes ont réclamé et, dans certains cas, obtenu, que la communauté afro-américaine dispose en exclusivité d'écoles dont les programmes encourageraient le développement d'une fierté "noire". Est-il besoin de mentionner que, compte tenu du financement public de plusieurs collèges et universités, on a vite évoqué les problèmes juridiques que posaient certaines initiatives radicales mises de l'avant ou simplement souhaitées par les tenants d'une réforme du cursus[256]? Parmi ces problèmes, il y a celui, incontournable, de la liberté universitaire. Aussi, une autre dichotomie, celle opposant censure et liberté d'expression, a-t-elle été très présente dans tout ce débat.

2.2.1. Un obstacle général: le manichéisme

Toutes ces dichotomies, pour utiles qu'elles soient parfois, ne font pas dans la dentelle. Aussi n'est-il pas étonnant que le débat sur le cursus ait rapidement sombré dans un profond marasme intellectuel, caractérisé de part et d'autre par un réductionnisme outrancier et un dogmatisme polarisant. Bref, la rigueur intellectuelle a très tôt cédé le pas au rigorisme idéologique[257]. En bout de ligne, c'est à la légitimité même de leurs positions respectives, plutôt qu'à leur valeur intrinsèque, que les uns et les autres se sont attaqués. Voyons comment cela s'est produit et, du même souffle, voyons concrètement les pièges qui guettent tout discours tenu sur l'Autre dans un contexte de politique identitaire. Ces pièges représentent autant d'obstacles qui peuvent surgir dans la saisie juridique des questions identitaires.

Une remarque préliminaire s'impose: le débat sur le cursus s'est axé autour d'une constante, l'Occident, et plus particulièrement l'Occident moderne. Comme le remarque James Carey,

> The West is an artifact (...) useful to Left and Right for inverse reasons: for one the West is the history of science, philosophy, and the high European culture; for the other it is a history

[256] Pour une étude de ces problèmes juridiques, voir notamment: S. SIEGEL, "Ethnocentric Public School Curriculum in a Multicultural Nation: Proposed Standards for Judicial Review", (1996) 40 *New York Law School Law Review* 311; L.D. WEEDEN, "Just Say No to Race Exclusive College Scholarships: From an Afrocentric Perspective", (1995) 20 *Thurgood Marshall Law Review* 205.

[257] Voir sur cette question l'excellent ouvrage de H.L. GATES Jr., *op. cit.*, note 22. Voir aussi, notamment, A. KRUPAT, *The Voice in the Margin. Native American Literature and the Canon*, Berkeley / Los Angeles / Oxford, University of California Press, 1989; J.D. HUNTER, *Before the Shooting Begins. Searching for Democracy in America's Culture War*, New York / Toronto, Maxwell Macmillan, 1994; P. LAUTER, *Canons and Contexts*, New York, Oxford University Press, 1991.

> of imperialism, greed, and capital formation, of racial and gender exploitation. Neither history is particularly useful for understanding American experience or culture, though both histories play a major role in it. The conservative history erases everyone but a tiny caste; the radical history deracinates the society, paradoxically, as a means of making history multicultural. The America encountered on both sides of the political correctness argument is an imaginary America.[258]

Les faits matériels ont ainsi été mis sous le boisseau, les protagonistes du débat leur ayant préféré la vérité fabriquée de leurs dogmes droitistes ou gauchistes. De fait, ce débat, qui s'est vite fondu dans celui de la rectitude politique[259], a eu beaucoup plus à voir avec la foi qu'avec les faits, ce qui a incité Stanley Fish à suggérer le remplacement de l'expression "politically correct" par "faithfully correct", en ce que "[w]e are all faithfully correct, true to the convictions that now grasp us and open to the possibility that in the fullness of time we may be grasped by better convictions."[260] Mais la constante que représente la modernité occidentale a entraîné, bien malgré elle, d'autres dérives.

On le sait, la pensée moderne est caractérisée par un usage de la logique dichotomique, dont les racines remontent à la pensée aristotélicienne, qui veut que les contraires s'excluent[261]. Assez ironiquement, les deux grands courants qui s'opposaient dans le débat sur le cursus, bien que honnissant à part égale plusieurs aspects de la modernité, ont abondamment recouru à la logique dichotomique. Mais l'usage de cette logique a vite dérivé vers le manichéisme. Ainsi, tout ce que disait l'opposant était a priori inacceptable. Un abus de la logique du tiers-exclu a empêché toute ouverture intellectuelle aux idées de l'autre, si bien que l'on en est grosso modo arrivé à l'alternative suivante: d'un côté, tout l'épistémè[262] de la modernité doit être jeté aux orties, car la modernité *est* et *n'est que* domination; de l'autre, la modernité occidentale représente le point culminant de la civilisation humaine et, à ce titre, est inattaquable. Les faits, les idées et les

---

[258] J.W. CAREY, "Political Correctness and Cultural Studies", *Journal of Communications*, vol. 42, Spring 1992, p. 56, à la p. 60.

[259] Il est intéressant de noter à cet égard que le débat sur la rectitude politique a des liens très étroits avec celui opposant les tenants de l'égalité formelle et ceux de l'égalité concrète. En effet, les deux débats soulèvent plus ou moins explicitement la question de l'identité des gagnants et des perdants de la lutte pour le pouvoir dans la société. Ainsi, alors que les tenants d'une égalité plus formelle resteront généralement au niveau de l'abstraction et, partant, se préoccuperont peu de l'exercice effectif du pouvoir, leurs adversaires, s'efforçant de rendre leur analyse plus concrète, en feront la variable principale de cette analyse. Voir en ce sens: S. McINTYRE, "Backlash Against Equality: The "Tyranny" of the "Politically Correct"", (1993) 38 *McGill Law Journal* 1, à la p. 17.

[260] S. FISH, *There's No Such Thing as Free Speech...and it's a Good Thing, Too*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 79.

[261] N. ROULAND, "Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme", (1994) 25 *Revue générale de droit* 5, à la p. 8.

[262] *Le Petit Robert* définit le mot "épistémè" comme signifiant l'"[e]nsemble des connaissances réglées (conception du monde, sciences, philosophie...) propres à un groupe social, à une époque." Voir: P. ROBERT, *op. cit.*, note 34, p. 797.

individus ont disparu derrière les dogmes intellectuels et les stéréotypes identitaires. Aussi les réflexions de certains intellectuels, qui tentaient de pratiquer une ouverture systématique aux idées différentes des leurs, ont-elles finalement eu peu d'écho hors des cercles universitaires.

Encore là, la composante "foi" du débat n'a pas manqué d'en accentuer le manichéisme, en incitant à la diabolisation de l'adversaire. Le discours adopte dès lors un ton quasi théologique, voire messianique. Les "fidèles" croient en la justesse intrinsèque des thèses qu'ils défendent. La réalité des faits observables n'a plus guère d'importance, puisque la vérité se trouve ailleurs, c'est-à-dire dans l'interprétation de ces faits en fonction des dogmes du culte pratiqué. Il s'ensuit que, à gauche comme à droite, on tentera de convaincre les infidèles au moyen de savoirs révélés, donc scientifiquement irréfutables car transcendant la réalité. Celle-ci se trouve dès lors occultée au gré des intérêts politiques des radicaux de toutes tendances. Ce n'est pas que le radicalisme soit intrinsèquement négatif, bien au contraire. C'est plutôt que le radicalisme qui se mue en dogmatisme fait obstacle à l'avancement des débats, quand il ne devient pas carrément dangereux. Le cas échéant, il ne peut même plus être question de débat puisqu'il n'y a plus d'écoute réciproque. L'ouverture à l'Autre, à ses idées, à ses représentations du monde, est vite perçue comme une menace potentielle à sa propre intégrité identitaire. Ainsi, dans l'immuabilité de la totalité identitaire, rien ne se perd plus, rien ne se crée plus. L'intégrisme apparaît et, avec lui, refont surface les théories du complot. L'Autre complote contre nous: il veut qui démanteler le système en place, qui éradiquer la différence. Un peu plus et on parlera de cet Autre comme du Grand Satan...

Une saisie adéquate de la problématique de la représentation de l'Autre dans un contexte de politique identitaire suppose donc le rejet de la logique manichéenne du tiers-exclu. La tournure prise par le débat américain sur le cursus démontre à cet égard l'importance d'une réflexion épistémologique au moment d'aborder ce genre de question. Pour l'essentiel, il s'agit, pour paraphraser le philosophe Alain, de réfléchir sur sa propre réflexion et, surtout, sur ses pratiques de réflexion. Cela vaut également pour les juristes, et particulièrement les juges, qui seront de plus en plus fréquemment appelés à arbitrer des différends identitaires.

2.2.2. L'obstacle réductionniste-idéaliste ou la pensée jivaro

La division politique classique entre ce qu'il est convenu d'appeler la gauche et la droite a généralement un impact significatif sur l'orientation des débats identitaires. Celui tenu autour de la réforme du cursus n'a pas fait exception à la règle, les commentateurs se réclamant de la gauche ayant généralement défendu une position favorable au multiculturalisme et ceux plutôt associés à

la droite ayant pris le parti contraire en défendant une éducation dite "libérale"[263]. Mais ce sont surtout les radicaux, de gauche ou de droite, qui ont donné le ton à ce débat. Les premiers, réduisant les auteurs classiques européens au rang de "dead white males", s'en sont pris *urbi et orbi* aux valeurs occidentales imposées par la majorité blanche. Les seconds, faisant quant à eux des mémoires d'une "paysanne guatémaltèque"[264] l'archétype de ce qui serait étudié à l'université si l'opinion de leurs adversaires devait prévaloir, invoquaient leur droit à la liberté d'expression contre la censure qui, disaient-ils, allait s'abattre sur eux compte tenu de l'atmosphère de rectitude politique instaurée par leurs opposants. Un climat ambiant de *fétichisme intellectuel* a donc servi de toile de fond à ce débat. Ce fétichisme s'est matérialisé autour de deux grands thèmes, la liberté d'expression, d'une part, et l'identité, d'autre part.

Le *fétichisme de la liberté d'expression* fait de cette liberté un absolu, un idéal ne souffrant aucune contextualisation, de peur d'en briser le caractère sacré. Une telle approche se situe en droite ligne avec l'absolutisme formaliste caractérisant la doctrine moderne du Premier amendement de la Constitution des États-Unis[265]. Cette doctrine est inspirée par la célèbre métaphore du "marché libre des idées", employée par le juge Oliver Wendell Holmes dans sa dissidence de l'arrêt *Abrams* v. *United States*[266]. L'égalité des chances d'accéder au marché des idées est postulée, comme l'est celle d'accéder au marché des biens et services en matière économique. À partir de ce postulat est échafaudée une théorie qui présuppose l'existence d'une véritable concurrence idéologique, où la "victime" d'une expression donnée est présumée capable de répliquer à son "assaillant", l'action du marché se chargeant de faire apparaître la "vérité"[267]. Il s'ensuit que toute intervention étatique visant à rééquilibrer l'expression, bref à faire contrepoids au fonctionnement parfois déficient du marché des idées, sera jugée a priori inconstitutionnelle puisque l'interprétation de la garantie

---

[263] Pour des essais de "libéraux" non radicaux, voir A. BLOOM, *L'âme désarmée. Essai sur le déclin de la culture générale*, Montréal, Guérin littérature, 1987; R. HUGHES, *Culture of Complaint. The Fraying of America*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1993.

[264] Il s'agissait, en l'occurrence, de l'activiste autochtone Rigoberta Menchu, qui devait plus tard recevoir le prix Nobel de la paix.

[265] Le Premier Amendement de la Constitution des États-Unis empêche notamment le Congrès de restreindre la liberté d'expression des citoyens de ce pays. Il se lit ainsi: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

[266] 40 S. Ct. 17 (1919).

[267] Il s'agit là d'une interprétation inspirée du conseil que formulait John Milton dans son *Aeropagitica*: "Though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so truth be in the field, we do injuriously, by licensing and prohibiting, to misdoubt her strength. Let her and falsehood grapple; whoever knew truth put to the worse, in a free and open encounter?" Voir: J. MILTON, *Aeropagitica. A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, (1644), cité dans: R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 2nd ed., vol. 4, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1992, n° 20.6, pp. 14-15. Notons toutefois que nulle part Milton parle-t-il d'un *marché* des idées. Voir nos commentaires, *infra*, note 593.

constitutionnelle de liberté d'expression est fondée sur une présomption quasi irréfragable d'un bon fonctionnement de ce marché. Ainsi, c'est le marché qui, le premier, est censé garantir une juste régulation de l'expression aux États-Unis. Mais, pour que cette régulation par les voies "naturelles" du marché soit perçue comme intrinsèquement juste, il faut littéralement faire abstraction du caractère normatif des tendances du marché, qui peut s'avérer éminemment désavantageux pour certains groupes "hors norme".

Le formalisme analytique que sous-tend l'application de la métaphore du marché des idées porte ainsi en lui le ferment de l'absolutisation de la liberté d'expression. Mais il y a plus, et c'est là que de principe constitutionnel, la liberté d'expression devient fétiche. Cette liberté revêt en effet aux États-Unis, comme probablement nulle part ailleurs, une dimension culturelle qui l'élève au rang d'objet de culte, de vache sacrée[268]. D'où son absolutisation même dans le champ social et l'usage un peu réducteur qui en est fait dans le cadre du débat identitaire dans ce pays. Cela illustre une application dans le champ du droit de l'obstacle épistémologique que l'on a préalablement qualifié d'"idéaliste".

Pour sa part, le *fétichisme identitaire* prend deux formes différentes. En premier lieu, ce fétichisme se traduit par la croyance en la supériorité intrinsèque de la culture classique occidentale, dont les États-Unis seraient désormais les gardiens. Le postulat de supériorité de cette culture placerait cette dernière à l'abri de toute critique: c'est pourquoi le cursus dit "libéral" serait immuable. De toute évidence, une croyance de cet ordre est éminemment nostalgique, attitude qui, dit-on, caractérise la postmodernité[269]. La culture occidentale serait ainsi fossilisée depuis, grosso modo, la fin du 19ième siècle, bref lorsque la modernité littéraire et artistique a délaissé la recherche de la beauté pour privilégier celle de la transgression. Cette fossilisation, est-il besoin de le préciser, exclut également les artistes et écrivains qui n'ont pas le privilège d'être euro-américains. L'infériorité qualitative de leur activité est postulée; pire, on présume à toutes fins utiles la déviance de cette activité par rapport à la norme établie. L'exclusion systémique dans sa plus pure expression[270]. Plus étonnant encore, par un étrange retour des choses, les tenants de ce discours s'approprient le statut de victime[271]. Ce sont eux qui sont persécutés; c'est l'Occident

---

[268] C. A. MacKINNON, *Only Words*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993, p. 76.

[269] P. SCHLAG, "Foreword: Postmodernism and Law", (1991) 62 *University of Colorado Law Review* 439, à la p. 444.

[270] Voir D. L. DEMERS, "La discrimination systémique: variation sur un concept unique", (1993) 8(2) *Revue canadienne droit et société* 83, à la p. 91.

[271] Un auteur a distingué la présence d'un tel sentiment de persécution collective de la part de la droite américaine dans le débat survenu autour des subventions artistiques du *National Endowment for the Arts*. Rappelons que la droite, outrée par le contenu de certaines oeuvres financées par des fonds publics, avait réclamé et obtenu, dans une certaine mesure, la censure préalable de l'art subventionné par cet organisme. Or, son argumentation était fondée

qui est attaqué, qu'ils défendent en preux chevaliers. Les groupes traditionnellement défavorisés qui réclament des changements systémiques sont dès lors considérés comme des agresseurs. Dans cette optique, leur point de vue particulier, comme du reste leur contribution historique, sont, au mieux, occultés, au pire, consciemment dévalorisés ou ridiculisés. Pareille attitude constitue à l'évidence un obstacle à une appréhension minimalement complexe des débats identitaires. Elle participe selon nous à une entreprise de *nivellement identitaire* ou, dans les pires situations, de *déni identitaire*.

Le nivellement identitaire se traduit généralement par une occultation, pour des raisons philosophiques, des différences identitaires collectives ou, plus largement, de la conscience identitaire subjective de groupes spécifiques. C'est par exemple ce qu'encourage la philosophie libérale classique qui, en insistant sur la notion de citoyenneté individuelle, relègue à l'espace privé les diverses appartenances collectives de chaque individu, hormis évidemment son appartenance à un État que l'on pose comme neutre[272]. L'attitude de nivellement identitaire se rapproche en ce sens de l'universalisme abstrait si présent dans la philosophie moderne du droit. Ce que nous appelons "déni identitaire" est en revanche d'un tout autre ordre. Allant bien au-delà de la non-reconnaissance de consciences identitaires différentes *dans la sphère publique*, cette attitude procède en fait d'un refus délibéré de reconnaître, où que ce soit et sous quelle que forme que ce soit, la réalité mais surtout la légitimité d'inconscients collectifs différents de celui de la majorité. Elle consiste en la négation pure et simple de l'existence de mémoires collectives particulières, de références "autres", d'espaces publics entièrement ou partiellement distincts de celui de la majorité, tous ces éléments qui, en bout de ligne, contribuent à forger une culture différente. Ainsi, bien plus qu'un simple refus philosophique d'accepter de reconnaître au plan politicojuridique un fait par ailleurs tenu pour avéré au plan sociologique, ceci de peur de tomber dans le relativisme, le déni identitaire est en somme le refus *actif* de reconnaître l'existence même de ce fait sociologique, à quelque plan que ce soit. Par exemple, à un groupe qui, en raison de son histoire, de sa mémoire et de sa culture, se perçoit comme un peuple et qui en est indubitablement un au plan sociologique, on rétorque tout simplement: "non, la cause est entendue: vous ne

---

sur une logique d'égalité. S'estimant attaqués dans leurs convictions morales ou religieuses du fait que les oeuvres en cause avait un contenu homosexuel ou anti-religieux explicite, les sympathisants de cette droite invoquaient le préjudice *collectif* que cet art leur infligeait, se disant en quelque sorte victimes d'une forme de propagande haineuse de la part d'artistes appartenant, comme par hasard, à des minorités ethniques ou sexuelles (gays et lesbiennes). Voir en ce sens, J. H. GARVEY, "Black and White Images", (1993) 56(4) *Law and Contemporary Problems* 189, aux p. 189-200. Le philosophe Pascal Bruckner qualifie ce phénomène d"inversion victimaire". Voir: P. BRUCKNER, *La tentation de l'innocence*, Paris, Grasset, 1995, p. 122. Nous reviendrons sur ce phénomène au chapitre six.

[272] A.C. CAIRNS, "The Past and Future of the Canadian Administrative State", (1990) 40 *University of Toronto Law Journal* 319, à la p. 343.

constituez pas un peuple." Le droit, du moins lorsqu'il est appliqué de manière légaliste, joue parfois ici un rôle fort utile: la Constitution dit qu'il n'existe qu'un peuple sur un territoire donné, alors les autres peuples "sociologiques" voient leur existence juridique explicitement niée. Le jacobinisme républicain à la française tombe souvent dans ce piège[273], sans pour autant être moins ethnocentriste que ne l'est le libéralisme anglo-saxon qui, en dépit de sa philosophie neutraliste sous-jacente, accorde en pratique une meilleure place au différentialisme identitaire[274].

Le second type de fétichisme identitaire est celui axé sur la surdétermination de l'identité comme variable explicative de la totalité des rapports sociaux. Tout système de pensée, de valeurs est jugé à l'aune de l'identité, sexuelle, raciale ou autre, et l'évaluation de ce système est fondée sur le traitement qu'il a réservé à ces identités dans le passé. Puisque ce traitement a été généralement défavorable, marqué en l'occurrence par la colonisation ou par l'impérialisme, on nie audit système toute capacité de transformation ou d'évolution. De plus, on tente de culpabiliser les membres de la société dominante, en s'érigeant en victime absolue[275]. Il s'agit en quelque sorte ici d'un ultra-relativisme identitaire, souvent acritique et porteur d'une démission normative généralisée. Cette forme d'absolutisme culturel illustre bien l'obstacle que peut poser le *narcissisme identitaire* à la connaissance de la problématique "droit et identité"[276]. Il faut remarquer à cet égard que la tentation du narcissisme identitaire ne sera que plus forte si, en plus, elle s'accompagne d'une vision essentialiste de l'identité. L'essentialisme, c'est-à-dire l'attribution d'une essence à un groupe social donné[277], représente, comme on l'a vu au premier chapitre, une épée de Damoclès

---

[273] Pensons par exemple à la décision sur le "Statut de la Corse" du Conseil constitutionnel français. Décision n° 91-290. 9 mai 1991, *JO* 14 mai 1991, p. 6350-6354, où l'on a statué qu'en vertu de la Constitution de la République française, il n'existe pas de "peuple corse", puisqu'il n'y a qu'un "peuple français", composé de citoyens. Voir le commentaire de Louis Favoreu, "La décision "Statut de la Corse" du 9 mai 1991", *Revue française de Droit constitutionnel*, 6, 1991, p. 291.

[274] En ce sens, voir: N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, n° 7, p. 21-23.

[275] Un auteur soutient que la culpabilité paternaliste qu'entraînent de telles stratégies de culpabilisation se solde généralement par des actions ponctuelles de moindre importance que par des changements systémiques, voir S. STEELE, *The Content of Our Character. A New Vision of Race in America*, New York, HarperPerennial, 1991, pp. 77-92.

[276] Sur ce narcissisme identitaire, voir notamment: R.E. HOWARD, *Human Rights and the Search for Community*, Boulder, Westview Press, 1995, p. 51-77. Voir aussi, généralement, sur la dichotomie universalisme / relativisme: J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca / London, Cornell University Press, 1989; A.F. BAYEFSKY, "Cultural Sovereignty, Relativism, and International Human Rights: New Excuses for Old Strategies", *Ratio Juris*, Vol. 9, No. 1, March 1996, p. 42; F. BELVISI, "Rights, World-Society and the Crisis of Legal Universalism", *Ratio Juris*, Vol. 9, No. 1, March 1996, p. 60. Pour un pamphlet fort percutant, où ce narcissisme identitaire est littéralement épinglé, voir: M. ANGENOT, *Les idéologies du ressentiment*, Montréal, XYZ éditeur, 1996.

[277] Exemple classique d'essentialisme: "les femmes sont "naturellement" plus émotives, donc moins rationnelles, que les hommes.

qui plane continuellement au-dessus des débats identitaires. Il pose en fait le primat de la nature sur la culture comme point de départ de toute appréhension de ces débats.

L'ultra-relativisme que nous avons identifié comme source de narcissisme identitaire peut également s'avérer problématique lorsqu'il est porteur d'une *banalisation identitaire*, qui procède cette fois d'un refus de reconnaître que certaines conditions identitaires divergent d'une norme donnée, indépendamment de la volonté des individus porteurs de ces conditions, et que celles-ci exigent des mesures de redressement pour que soit assurée la pleine intégration de leurs porteurs. Ainsi, soutenir, comme le fait par exemple Martha Minow, que les handicapés ne peuvent être vus "(...) as lacking - and wanting - something that those with abilities have"[278] et, à la limite, qu'ils ne répondent qu'à leur propre norme physique, ne nous semble mener nulle part, en droit du moins. Si, à l'évidence, le handicap ne peut entièrement conditionner une identité individuelle et si, au surplus, de nombreux handicapés vivent leur handicap comme un simple inconvénient[279], il n'en reste pas moins que, dans le concret, beaucoup ont besoin d'un traitement différent pour leur permettre d'exercer en pleine égalité leurs droits dans une société où la majorité des individus n'ont pas de handicap et dont la condition physique sert de norme. Aussi, la reconnaissance d'une normativité "alternative" dans le cadre d'un processus d'autodétermination est sans doute concevable à partir d'une perspective strictement interne à l'individu handicapé[280], mais dès lors que l'on replace cet individu dans le contexte plus large de la société, cette normativité "alternative" n'a guère de signification au regard de la normativité sociale dominante. En ce sens, si, sous prétexte de respecter la différence identitaire, on en vient paradoxalement à la banaliser au point de la noyer dans le grand fleuve du relativisme normatif, on n'est pas plus avancé. Comme le remarquait Richard Posner à propos de la position de Minow sur la question du handicap: "She seeks both to minimize the differences between normal and handicapped and to maximise the sympathy of the normal for the handicapped - which requires, however, that the former retain a lively perception of real differences that are highly disadvantageous to the latter."[281]

L'angélisme a peu d'utilité en droit. En effet, comme nous l'avons soutenu au premier chapitre à propos de la saisie juridique des conditions identitaires, le droit doit nécessairement prendre acte des différences à la source de ces conditions s'il veut avoir un minimum d'effectivité. En

[278] M. MINOW, *op. cit.*, note 23, p. 155, note 25.
[279] *Ibid.*
[280] Car, comme le note le professeur Friedman, "[t]aken to its logical extreme, plural equality implies that there *are* no minorities; there is no cultural and moral hegemony and hence no majority or dominating stratum of honor or prestige. Each person is a unique individual and selects his own affiliations." Voir: L.M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice. Law, Authority, and Culture*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1990, p. 160.
[281] R. POSNER, *op. cit.*, note 14, p. 292. Dans le même sens,voir: L.M. FRIEDMAN, *ibid.*

l'occurrence, la préoccupation d'assurer une effectivité minimale aux normes destinées à faire échec à l'exclusion sociale des personnes handicapées exige de reconnaître, en premier lieu, l'existence d'une norme dominante qui est potentiellement porteuse d'exclusion pour ces personnes. Aussi, l'utopie voulant qu'il n'y ait pas vraiment de norme dominante et de norme divergente, mais simplement des normes différentes qui coexistent pacifiquement, nous paraît singulièrement contre-productive du point de vue de l'effectivité des normes positives. Cette vision ne fait qu'obscurcir la réalité. L'idéal que le droit doit s'ingénier à réaliser est plutôt celui de l'intégration concrète, en pleine dignité et en pleine égalité, de ceux qui, parce qu'ils possèdent une caractéristique identifiable, sont à divers degrés exclus de la société. Or, la réalisation de cet idéal exige de démontrer un peu de pragmatisme. Certes, nous sommes conscient que "[l]'égalité ne se formule pas en termes de ressemblances ou de différences (...)."[282] Mais, croyons-nous, le respect véritable des droits à l'égalité et à la dignité passe d'abord par une pleine reconnaissance de la différence, même si cela implique la reconnaissance corollaire de sa non-conformité par rapport à une norme donnée, et, ensuite, par une volonté concrète d'inclure le porteur de cette différence, malgré celle-ci.

Tel que l'on vient de le constater, l'obstacle protéiforme qu'est le fétichisme intellectuel favorise, surtout lorsqu'il est mâtiné d'idéalisme, l'expression de discours où les identités sont tour à tour nivelées, niées, affirmées avec un narcissisme acritique, banalisées même. Le phénomène identitaire est en toute hypothèse réduit par les uns et par les autres pour qu'il se conforme à certaines idées préconçues. C'est pourquoi nous parlons de l'obstacle "réductionniste-idéaliste" ou, de façon plus imagée, de "pensée jivaro", du nom de ce peuple autochtone d'Amérique du Sud qui, dit-on, "(...) coupai[t] et réduisai[t] les têtes de [ses] ennemis."[283] Que cette pratique pour le moins tranchante ait véritablement eu cours ou non n'a aucune importance ici. Une image valant mille mots, celle-ci décrit très bien cet obstacle qui a pour effet de réduire dramatiquement, la plupart du temps au mépris des faits, la possibilité d'appréhender dans toute leur complexité les questions identitaires.

---

[282] L. LANGEVIN, "Responsabilité extracontractuelle et harcèlement sexuel: le modèle d'évaluation peut-il être neutre?", (1995) 36 *Cahiers de droit* 99, à la p. 114.
[283] P. MAUBOURGUET (dir.), *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 1993, p. 1432.

CHAPITRE 3: L'ÉPISTÉMOLOGIE DU DROIT ENTRE OBJECTIVISME ET SUBJECTIVISME

> "[C]'est illusion d'espérer que la science du droit soit jamais *neutre*: ni la science du droit séparée de sa création; la science du droit ne peut prétendre, comme la physique ou la chimie, être froidement descriptive, car les doctrines des juristes se veulent destinées à guider la jurisprudence; elles ont une efficacité. Le droit n'est pas un objet pur; il n'existe pas, on le fait. Et qu'il en ait ou non conscience, le juriste défend une cause. Décrire pour lui c'est choisir.[284]

> Legal description contributes to both creating and modifying a reality that it is its object to found. For a fact to be used in objective knowledge, we have seen that it must be interpreted, and have shown that it is the legal rule itself that supplies the keys for this conceptual interpretation. The finding of facts to which legal reasoning is applied is not independent of the evaluation that motivates and orients the intervention of law. For this reason, legal truth is neither absolute nor objective; it consists only in the judge's belief, formed according to legal bases.[285]

Avec la modernité, l'objectivité et la neutralité alléguées des sciences "dures" font recette. Le positivisme, dans sa version scientiste, s'impose et étend son influence à d'autres disciplines, dont le droit, si bien que vers la fin du 19ième siècle, le positivisme juridique devient le paradigme dominant. Il resserrera son étau sur la plus grande partie du 20ième siècle. Aujourd'hui, cependant, plusieurs estiment que l'objectivité et la neutralité du droit positif n'ont servi qu'à masquer l'imposition à toute la société des normes de certains groupes dominants, consacrant au passage l'exclusion de plusieurs segments de la population et l'occultation de leur réalité sociale. Vu sous cet angle, le positivisme juridique a opéré, à travers un objectivisme porteur de *statu quo*, un nivellement des subjectivités collectives autres que celles des groupes dominants.

Face à une telle situation, des courants de pensée tels que l'analyse féministe du droit ou la *Critical Race Theory*, qui sont voués à l'affirmation sociale de groupes historiquement défavorisés, questionnent la place et le rôle de l'objectivité dans le processus d'élaboration et d'interprétation des normes juridiques. Ces mouvements insistent sur la nécessité de prendre en considération l'expérience distincte des groupes exclus, bref d'écouter leur "voix". Mais le

---

[284] M. VILLEY, *op. cit.*, note 181, pp. 291-292.
[285] P. NERHOT, *loc. cit.*, note 237, à la p. 65.

discours au sein de ces mouvements n'est pas uniforme: alors que certains prônent un subjectivisme absolu, d'autres croient possible de repenser l'objectivité autour d'une reconnaissance du statut épistémologique privilégié de ces groupes au regard des questions les concernant. Chose certaine, le mur de l'épistémologie juridique positiviste se lézarde.

La crise qui frappe aujourd'hui de plein fouet les notions de neutralité et d'objectivité n'est donc pas étonnante si l'on considère certains des excès auxquels a mené l'épistémologie positiviste. Mais afin de bien comprendre les critiques formulées à l'égard du paradigme positiviste et de ses implications pratiques, il convient en premier lieu d'effectuer un bref retour en arrière. Dans cette optique, nous nous intéresserons aux conditions ayant favorisé l'émergence du positivisme, aux effets de la concrétisation de ce paradigme dans le champ du droit et au contexte plus global entourant la critique actuelle du positivisme juridique, qui s'articule autour de l'idée de "violence du droit". Après avoir inventorié les principaux écueils liés à un usage idéologique de l'épistémologie juridique positiviste, nous conclurons à la présence d'une crise du droit et de l'épistémologie du droit (section 3.1). Nous verrons par la suite les principaux axes de la critique que formulent les tenants de la critique juridique identitaire au regard du statu quo épistémologique prévalant dans le champ du droit. Nous nous attarderons notamment aux réactions subjectivistes engendrées par l'objectivisme dominant, ce dont témoigne la revendication d'un privilège épistémologique qui écherrait aux membres de groupes historiquement désavantagés eu égard à la représentation de ces groupes. Nous soutiendrons à cet égard qu'une science du droit postmoderne doit éviter d'adopter une épistémologie trop surplombante ou, à l'inverse, trop atomisante. En effet, ni une objectivité hégémonique ni une subjectivité totalisante ne sauraient rendre compte adéquatement de la complexité des questions identitaires (section 3.2). C'est ce qui nous incitera à plaider en faveur d'une épistémologie juridique de la complexité, fondée sur le doute, dont l'adoption est exigée par le devoir éthique d'ouverture à la parole de l'Autre qui incombe aux juristes dans une société valorisant l'égalité, le pluralisme et le respect de l'égale dignité de chacun (section 3.3).

3.1. Le droit positif entre impureté et violence

3.1.1. Remarque liminaire: l'appropriation discursive de l'Autre dans la dialectique des rapports de domination

Parler de l'Autre, le représenter, analyser son discours même, sont des entreprises éminemment périlleuses à l'ère de la politique identitaire. Si divers obstacles épistémologiques peuvent faire achopper l'analyse des questions identitaires complexes, l'intervalle idéologique à l'intérieur

duquel se situe le cadre analytique employé, de même que les outils conceptuels utilisés pour appréhender ces questions, emporteront eux aussi des conséquences non négligeables sur cette appréhension. Les règles du discours, en effet, ne sont jamais neutres. Aussi convient-il de poser certains paramètres théoriques dont il faut impérieusement tenir compte au moment d'entreprendre une réflexion sur la représentation de l'Autre.

L'histoire montre tout d'abord que, par le truchement du discours, l'Autre a été tantôt réifié, tantôt effacé. C'est que, dans la dialectique des rapports de domination, les pouvoirs de définition et d'interprétation appartiennent au dominant. Il les exerce pour lui-même mais également pour les Autres, les dominés. Ce faisant, il crée la différence[286], à partir d'un référent universel, lui-même. Cela se vérifie dans plusieurs systèmes de pensée, qu'il s'agisse de l'art[287], du droit[288] ou de la science[289]. C'est alors que le dominé devient l'Autre ou, dit autrement, le négatif du dominant[290]. Devenu la "(...) représentation allégorique de la "différence"[291], la présence de cet Autre stéréotypé confirme le dominant dans ce qu'il *n*'est *pas*. Par exemple, l'Autre sera tantôt le sauvage[292], tantôt la femme, mais peut-être d'abord celle-ci[293], tant elle apparaît, au vu de l'histoire, comme l'Autre absolue. Aussi, dans la pensée occidentale, l'Autre sera-t-il plus souvent qu'autrement ce que l'homme blanc n'est pas.

Assise négative de l'identité du dominant, l'Autre demeure à ce titre menaçant pour le dominant, une part d'Autre sommeillant dans le Soi du dominant. Par exemple, beaucoup d'hommes auront peur de la part "féminine" de leur identité, surtout à une époque où éclatent les modèles sociaux traditionnels et, partant, où s'effritent les différenciations sexuelles d'origine culturelle[294]. L'Autre ne sera alors plus seulement construit comme un "ennemi" extérieur, mais également comme un "ennemi" intérieur, devenant du même coup "(...) the eternally elusive beloved and the eternally pursuing enemy."[295] Mu par cette crainte, le dominant niera d'abord la réalité de l'altérité

---

[286] L. NOEL, *op. cit.*, note 32, p. 56. Voir aussi: M. KILANI, *L'invention de l'autre. Essais sur le discours anthropologique*, Lausanne, Éditions Payot, 1994.
[287] L. NOEL, *id.*, p. 45. Voir aussi, notamment: T. McEVILLEY, *Art & Otherness. Crisis in Cultural Identity*, Kingston (N.Y.), McPherson, 1992; M. TORGOVNICK, *Gone Primitive. Savage Intellects, Modern Lives*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1990.
[288] L. NOEL, *id.*, p. 62.
[289] *Id.*, p. 57.
[290] Voir J. COPANS, *loc. cit.*, note 228.
[291] L. NOEL, *op. cit.*, note 31, p. 124.
[292] J. COPANS, *loc. cit.*, note 226.
[293] Marie Carani parle de la femme comme l'"Autre du phallus": M. CARANI, "La femme comme modèle et comme cette Autre de la représentation visuelle", *Recherches féministes*, vol. 7, n° 2, 1994, p. 57, à la p. 60.
[294] Voir généralement sur cette question: E. BADINTER, *L'un est l'autre. Des relations entre hommes et femmes*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1986, collections "Points / essais", n° OJ29, pp. 247ss.
[295] T. McEVILLEY, *op. cit.*, note 287, pp. 150-151.

lorsqu'elle se présentera sous une forme concrète, par exemple à travers le prisme d'une vision du monde différente[296], pour ensuite tenter de récupérer cette altérité en la soumettant à sa norme. Aussi l'Autre est-il un peu comme une rivière, que le dominant doit harnacher pour empêcher qu'elle ne déborde trop sur ses terres, mais dont il essaie malgré tout de tirer un certain profit. Cette rivière harnachée, le dominant est alors libre de contrôler le dominé, de régir sa vie[297].

Cette entreprise fera intervenir une fois de plus son pouvoir de définition, qui s'exercera, tantôt explicitement tantôt implicitement, dans de multiples sphères de l'activité humaine, tout particulièrement dans la sphère du discours, qu'il soit scientifique, artistique, juridique, politique, commercial ou autre. Intervient ici la question des usages et des fins de la liberté d'expression, car, dans la mise en place et la perpétuation des rapports de subordination, l'expression du dominant - avec son corollaire, le silence du dominé - joue un rôle majeur. Deux techniques sont utilisées pour faire du dominé l'Autre idéal, c'est-à-dire silencieux: la création de stéréotypes du dominé, qui obscurcissent la réalité de celui-ci, et la censure préalable de la parole du dominé, qui fait obstacle à ce que son expérience soit prise en considération[298]. Bref, par le discours, le dominant s'approprie le dominé, l'empêchant du même coup de s'autodéfinir. Dans le collimateur de l'expression du dominant, la réalité du dominé est, au pire, effacée, au mieux, distordue. L'appropriation du dominé par le dominant passe donc en partie par l'appropriation de la représentation du premier. L'histoire de la représentation des cultures arabes dans le discours occidental le démontre éloquemment. Ce discours, montre Edward Said, a longtemps présenté ces cultures "orientales" comme étant anciennes et mystérieuses, à la fois extrêmement raffinées et affreusement barbares, bref aussi fascinantes que moralement inférieures aux cultures européennes, d'où la justification de les assujettir à la norme occidentale[299]. Dans un tel discours, on le voit, les manifestations concrètes de l'altérité sont vidées de leur contenu[300], seul leur exotisme formel intéressant le dominant. Celui-ci, loin de chercher à les comprendre, s'en sert essentiellement comme d'un outil pour sa propre construction identitaire, processus qui s'appuie du reste sur une conviction de départ, celle de sa propre supériorité.

Historiquement, le discours scientifique a représenté un des principaux outils de ce genre d'appropriation discursive. Les "experts" ont en effet joué un rôle non négligeable dans le processus de validation des normes imposées par le groupe dominant, agissant un peu comme

---

[296] *Id.*, p. 48.
[297] M. CARANI, *loc. cit.*, note 293, à la p. 65.
[298] K.L. KARST, "Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups", [1990] *University of Illinois Law Review* 95, 111.
[299] Voir généralement: E.W. SAID, *Orientalism*, New York, Vintage Books, 1978.
[300] T. McEVILLEY, *op. cit.*, note 287, p. 52.

juges et parties puisqu'eux-mêmes étaient issus de ce groupe. Usant des critères qui y étaient posés et reconnus, les experts se sont érigés en autorités sur le dominé, qui avait déjà été subjugué par des moyens plus violents. Détenteurs d'un monopole de l'interprétation des faits entourant la vie du dominé, ils ont substitué leur interprétation à la parole du dominé, notamment en recourant au langage de l'objectivité[301]. Ils ont ainsi pu établir "scientifiquement" que, par exemple, les femmes constituaient le sexe faible, frisaient à tout moment l'hystérie et étaient les dépositaires principales de l'émotivité chez l'espèce humaine. Ils ont aussi démontré "hors de tout doute raisonnable" que la race noire était inférieure, simplement en mesurant la taille du crâne... Non seulement asservi socialement, le dominé assistait impuissant à la justification de cet asservissement par le truchement du discours scientifique. Cette impuissance, toutefois, ne relevait pas du hasard. En effet, ne maîtrisant pas nécessairement les règles du discours scientifique, sa propre interprétation était du coup jugée non crédible, car trop émotive[302], donc pas assez raisonnable. En ce sens, "[t]he rhetoric of objectivity and value-neutrality places the burden of proof on the challenger rather than the fact-finder and judges her guilty of intolerance, dogmatism, or ideological excess if she cannot make her challenge good."[303] C'est pourquoi l'on dit que le discours scientifique participe à la légitimation de l'ordre établi[304], entreprise à laquelle la Raison, qui se trouve au coeur de l'épistémologie positiviste moderne, sert de caution[305].

On ne s'étonne pas, dans ce contexte, que l'appropriation discursive de l'expérience de l'Autre suscite de sérieuses réserves de la part de celles et ceux qui militent en faveur de l'émancipation des groupes dominés. D'une certaine façon, une présomption d'incompétence, voire de mauvaise foi, pèse sur le discours tenu par un membre d'un groupe dominant sur la condition des groupes dominés. Cette présomption sera irréfragable ou non, selon le point de vue de l'observateur. À cela s'ajoute l'entreprise systématique de déconstruction des systèmes de pensée ou de valeurs qui a permis de mettre à jour les postulats ou les a priori normatifs qui se cachaient derrière la neutralité apparente de ces systèmes[306]. En somme, la neutralité et l'objectivité dont se targue le discours scientifique moderne se retrouvent désormais au banc des accusés.

3.1.2. L'avènement de la modernité et l'élaboration de l'épistémologie positiviste

---

[301] Voir généralement, L. NOEL, *op. cit.*, note 32, pp. 55-87.
[302] *Id.*, p. 55.
[303] L. CODE, "Taking Subjectivity into Account", dans L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *op. cit.*, note 152, p. 15, à la p. 28.
[304] L. NOEL, *op. cit.*, note 32, p. 57.
[305] K. L. KARST, *loc. cit.*, note 298, à la p. 116.
[306] Dans le système du droit, on pense notamment aux remises en question de ce type suscitées par la critique féministe, la critique postcoloniale, les *Critical Legal Studies* et la *Critical Race Theory*, sur lesquelles nous reviendrons dans cette thèse.

3.1.2.1. La raison: du règne à la crise

L'idée de progrès, entendue comme l'avancement inlassable de la connaissance, bien sûr, mais aussi comme celle d'aller au-delà de l'obscurantisme des époques précédentes, marque la modernité. Le progrès, idéologie essentiellement perfectionniste, passe notamment par la science. Mais surtout, il ne peut se matérialiser que par la Raison. Comme le souligne le sociologue Michel Freitag,

> Les temps modernes étaient tournés vers l'Avenir, dont la Raison devait éclairer le chemin. Sans être universelle, l'idée d'avenir était cependant beaucoup plus ancienne que la modernité: ses racines plongeaient dans l'eschatologie judéo-chrétienne, (...). L'avenir, compris à la manière moderne, est né de la laïcisation de cette promesse, où la Raison prenait l'ancienne place de Dieu. Même si Dieu conservait encore la responsabilité du commencement, (...), la civilisation occidentale, s'étant mise à marcher par elle-même vers l'avenir, voyait désormais celui-ci se tenir non seulement devant elle mais en elle, c'est-à-dire dans la tension, l'idéalité et le sens immanents à son histoire, qui devenait du même coup l'Histoire: l'utopie, le progrès, les Lumières, la Raison conquérante et efficiente[307].

Cela dit, derrière cette montée de la Raison, derrière le logocentrisme de la pensée occidentale, se profile une certaine conception de l'homme, comme sujet de droit mais aussi comme créateur de droit. Le droit prendra ainsi ce que Peter Fitzpatrick appelle un "virage séculier", où le jusnaturalisme, plus ou moins vu comme étant d'inspiration divine, verra son influence décliner au profit du juspositivisme, le droit rationnel des hommes[308]. Du droit de Dieu que l'on découvre en observant la nature, on passe au droit construit par l'homme. Au centre de ce changement de paradigme, de cette "domestication du divin par le juridique", on trouve évidemment la Raison, dont le développement, en tant que potentialité inhérente à la nature humaine, constitue un impératif catégorique[309]. Celle-ci, essentielle à la conclusion du contrat social devant permettre l'instauration d'une société fondée sur l'ordre, se trouve donc au centre de la philosophie politique, mais aussi juridique de la modernité[310].

---

[307] M. FREITAG, *Le naufrage de l'université et autres essais d'épistémologie politique*, Québec / Paris, Nuit blanche éditeur / Éditions La Découverte, 1995, p. 10.

[308] P. FITZPATRICK, *op. cit.*, note 16, p. 54. Cette représentation archétypale du droit naturel est bien sûr quelque peu réductrice: l'affirmation de l'existence d'un droit naturel a été justifiée de multiples manières, par l'action de Dieu révélée dans la nature, certes, mais aussi par une observation directe de la nature, indépendamment des intentions divines qui se cacheraient derrière elle. On consultera à cet égard les diverses oeuvres de Léo Strauss et de Michel Villey.

[309] *Id.*, p. 53. Fitzpatrick emploie les mots "law's domestication of the deity".

[310] M. VILLEY, *op. cit.*, note 181, p. 57.

Au culte originel de Dieu ou de la nature s'est ainsi substitué, du moins dans le champ du droit, celui d'une Raison à toutes fins utiles omnisciente. Mais l'évacuation graduelle dans le juridique de la part réservée au divin ou au "donné" que constituait la nature, créait un vide béant en ce qui a trait à l'instance de légitimation des normes juridiques. Le croyant pouvait certes concevoir que Dieu soit rationnel, mais que dire de l'homme? Il fallait donc un mythe permettant de fonder la légitimité du droit désormais sécularisé, mais en lequel il fallait néanmoins "croire"[311]. Ce mythe, ce sera celui du législateur rationnel.

Le principe de la rationalité du législateur a, en droit, une importance considérable, étant à la fois, selon Ost et Van de Kerchove, d'ordre linguistique ("le législateur parle précisément et en cohérence avec le langage national"), praxéologique ("le législateur ne parle pas pour ne rien dire"), axiologique ("le législateur sait ce qu'il vise et est cohérent dans la préférence de ses objectifs") et épistémologique ("le législateur connaît la réalité sociale, d'où l'intégration facile de sa législation")[312]. Ces auteurs remarquent que "[c]es différents aspects de la rationalité du législateur concourent à former une représentation qui opère comme pré-interprétation ou interprétation fondatrice à l'aide de laquelle le juriste aborde les textes juridiques."[313] Pour eux, l'idée d'un législateur rationnel constitue en quelque sorte une métaphore, "(...) une représentation anthropomorphique du système juridique considéré dans son ensemble."[314] Bref, ce principe de la rationalité du législateur est paradigmatique. Supportant à ce titre tout l'édifice intellectuel du droit, il devient dès lors "précompréhension", préjugé même. Aussi peut-il devenir un obstacle épistémologique.

Cet obstacle procède du réductionnisme intrinsèque que suppose l'acceptation de la "connaissance unitaire" du législateur, pour reprendre la classification bachelardienne. Invoquer sa rationalité,

---

[311] À ce propos, Lenoble et Ost montrent bien en quoi le positivisme juridique, même sous sa forme censément la plus pure et la plus détachée des considérations non positives, procède en bout de ligne d'une démarche de foi. Ainsi, ils affirment ceci au sujet de la théorie pure du droit de Kelsen: "(...); l'interprétation normativiste est bonne, dit Kelsen, parce qu'elle conforte la croyance en la validité et en l'ordre: en cela, elle répond aux besoins légitimes des juristes aux théories anarchistes; ainsi elle s'inscrit comme la rationalisation d'une vérité révélée appelant croyance." Voir: J. LENOBLE et F. OST, *op. cit.*, note 236, p. 505-506. L'anthropologue du droit Norbert Rouland souligne, dans le même sens, le parallèle indéniable entre les pensées juridique et religieuse, qui prend une forme toute particulière dans les droits d'origine chrétienne ou musulmane. Selon cet auteur, ces droits incarnent ce qu'il appelle l'archétype de la soumission, en ce que les individus qui composent la société sont soumis à un régime juridique qui leur est imposé de l'extérieur. Dans le cas des sociétés modernes occidentales, dont le droit est d'inspiration chrétienne, ce droit sera d'abord imposé par Dieu, ensuite par l'État. Voir: N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, collection "Que sais-je?", n° 2528, 1990, pp. 61-62.

[312] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, note 180, p. 101.

[313] *Id.*, p. 101-102.

[314] *Id.*, p. 118.

soulignent Ost et de Kerchove, "(...) exerce, ne serait-ce que sur un plan symbolique, un effet d'apaisement qui s'avère peut-être utile d'un point de vue pratique, mais certainement pas fécond d'un point de vue théorique."[315] Ainsi le juge qui recherchera l'intention du législateur recherchera ce qui est postulé comme étant l'intention *rationnelle* du législateur. Celui-ci sera présumé connaître le contenu idéal d'une norme au regard de la situation qu'elle est destinée à réglementer. La raison du législateur est en ce sens une raison omnisciente. Aussi, une fois définie l'intention de ce dernier, le juge peut bel et bien se sentir "apaisé" car il s'en est remis à l'instance suprême de la vérité. Son interprétation est alors doublement "authentique", d'abord parce qu'elle provient d'un organe d'application du droit compétent à dévoiler l'intention du législateur[316], mais surtout parce qu'elle se conforme à cette intention. La boucle est alors bouclée.

Comme on l'avait annoncé, le principe de la rationalité du législateur sert à légitimer le droit positif et, à ce titre, il incite au conformisme:

> L'image du législateur rationnel induit une méthode systématique et intégratrice qui, sans être répétitive ou stérile, n'en procède pas moins par transformations contrôlées et compatibles avec la cohérence d'ensemble. S'en dégage une oeuvre de justice à la fois souple et réductrice, qui s'entend à absorber le conflit et le changement sous les catégories de la Loi.[317]

"Sous les catégories de la Loi", disent Lenoble et Ost, mais pas ailleurs. En ce sens, ce principe sous-tend l'idée d'une clôture essentielle du système juridique. Il n'est dès lors pas étonnant qu'on lui reproche d'avoir contribué à reléguer à la marge toute critique des normes positives faite à partir d'un point de vue externe, excluant *de facto* du débat les points de vue radicalement autres. Si la cohérence et la prévisibilité du droit positif sont susceptibles de profiter de cet état de faits, celui-ci est en revanche tout simplement inacceptable dès lors que le juriste cherche, par sa démarche intellectuelle, à contribuer à une connaissance plus scientifique du droit. Considérée comme un donné plutôt que comme un construit, la rationalité du législateur devient alors un dogme qui fait obstacle à une connaissance de cette nature:

> (...), alors qu'en économie ou en histoire, par exemple, la rationalité des agents est admise comme *hypothèse* qui demande à être vérifiée et qui peut être, le cas échéant, infirmée, ce

---

[315] *Id.*, p. 124.

[316] Sur la distinction entre l'interprétation "authentique", c'est-à-dire celle faite par les tribunaux, créatrice de droit et, partant, relevant du droit positif, et l'interprétation "non authentique", c'est-à-dire l'interprétation scientifique (par la doctrine) ou profane (par les particuliers destinataires des normes positives) du droit, voir: H. KELSEN, *op. cit.*, note 40, pp. 453-463.

[317] J. LENOBLE et F. OST, *op. cit.*, note 236, p. 75.

> qui est spécifique à la dogmatique juridique, c'est que la thèse de la rationalité du législateur n'est pas interrogée de manière critique. Elle ne porte pas en effet sur le comportement du législateur réel, mais construit le modèle d'une personne idéale dont la rationalité (représentant celle du système) est admise.[318]

En fait, le législateur rationnel ne pose pas de problème en tant qu'idéal-type. C'est lorsque cet idéal est pris pour une réalité que la pensée se trouve bloquée. Du reste, comme on l'a vu au second chapitre, ce genre d'idéalisme est fréquent dans le champ du droit.

Cela dit, la Raison n'est plus ce qu'elle était, pour paraphraser Simone Signoret[319]. En droit, comme en d'autres disciplines, des critiques s'en prennent au rôle qu'elle joue dans les processus d'exclusion ainsi qu'au simplisme de sa conception moderne, que le mythe du législateur rationnel ne permet plus de repousser. À ces critiques externes s'ajoutent parfois des changements intervenus à l'intérieur même du système juridique, changements qui, eux aussi, mettent en question ce mythe. Pensons par exemple à l'impact des Chartes des droits et libertés qui permettent l'invalidation de législations ordinaires jugées déraisonnables au regard de l'impératif de protection des droits fondamentaux positifs. Ainsi, aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une atteinte législative à l'un de ces droits doit pouvoir se justifier *raisonnablement* dans une société libre et démocratique. Cet examen supposera entre autres une évaluation de la rationnalité de la mesure en cause au regard de l'objectif visé. Jadis prise pour acquis, la rationalité du législateur fait maintenant l'objet de débats constants dans le cadre même de l'activité juridictionnelle des organes chargés d'appliquer la loi. Les kelséniens pourraient bien sûr soutenir que rien n'est fondamentalement changé puisque les tribunaux évaluent alors cette rationalité en fonction de droits fondamentaux *positifs*, mais la démonstration n'irait pas sans mal tant le droit positif que génère l'application des droits constitutionnels semble profondément impur.

Il y a donc, indubitablement, une crise de la raison juridique moderne. André-Jean Arnaud estime ainsi que

> (...) la rationalité universaliste, simpliste, de l'époque moderne, pour rassurante qu'elle soit, n'est pas du tout réaliste. Le juriste se trouve quotidiennement aux prises avec de multiples rationalités. La production de la norme n'a plus un centre unique, l'État; elle est le fait d'une multiplicité d'organes de régulation, au nombre desquels ceux de la traditionnelle régulation juridique ne sont pas toujours ni forcément prédominants.[320]

---

[318] *Id.*, p. 162.
[319] S. SIGNORET, *La nostalgie n'est plus ce qu'elle était*, Paris, Seuil, 1982.
[320] A.-J. ARNAUD, *loc. cit*, note 46, à la p. 29.

À cette critique sociologique qui s'en prend au caractère étriqué de la raison juridique moderne s'adjoint une autre critique, philosophique celle-là, qui tend à dénoncer les mystifications opérées au nom de la raison pendant la modernité. Cette critique est récurrente chez plusieurs auteurs participant à la mouvance de la politique identitaire. On reproche notamment à la raison moderne d'avoir contribué à l'émergence d'une représentation tronquée, désincarnée, de l'individu moderne. Pareille représentation ne tient toutefois pas du hasard. En effet, une conception désincarnée de l'individu connaissant le décontextualise, l'acculture, le neutralise en quelque sorte. La raison peut ainsi se représenter comme universelle, neutre et incapable de préjugé[321]. Aussi, sachant que cette représentation est trompeuse, les tenants de la critique identitaire estiment nécessaire d'exacerber cette crise de la raison moderne[322]. Du coup, ils dénoncent ce qu'Arnaud appelle "les illusions de la modernité": "(..) progrès ininterrompu et programmé; simplicité et rigueur de la raison; universalisme; dilution du temps dans un présent perpétuel; idéologies normalisatrices nous présentant la modernité comme un système clos cultivant l'inéluctable et l'irréversible comme des motifs de se soumettre à la norme."[323] Et ils s'en prennent précisément à cette idée que les Autres soient tenus de se soumettre à une norme qui les exclut et à l'idée qui présente comme inévitable un tel "destin" normatif. Aussi tentent-ils de trouver d'autres façons de saisir juridiquement l'altérité et, plus largement, l'identité. En même temps qu'ils font le procès de la raison, ils font celui de la neutralité et de l'objectivité. Bref, ils dénoncent les travers de l'épistémologie juridique positiviste, elle-même liée à une certaine idée de la modernité.

3.1.2.2. Quelques écueils liés à un usage idéologique de l'épistémologie juridique positiviste

Avec le développement des sciences "dures", ce que l'on pourrait appeler une "passion objectiviste"[324] infuse graduellement les divers champs de la connaissance. Tout comme les sciences humaines, le droit y succombera. L'épistémologie juridique présentera dès lors l'étude du droit comme étant intrinsèquement objective. Pouvait-il cependant en être autrement alors que la norme positive était elle-même considérée comme une "création objective", affranchie du contexte social ayant présidé à son édiction? Probablement pas. Une chose est sûre, toutefois: depuis l'élévation du positivisme comme paradigme dominant dans le champ du droit au 19ième

---

[321] E. GROSZ, "Bodies and Knowledges: Feminism and the Crisis of Reason", dans: L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *op. cit.*, note 152, p. 187, à la p. 187.
[322] *Ibid.*
[323] A.-J. ARNAUD, *loc. cit.*, note 46, à la p. 37.
[324] L'expression est de Pierre LEGENDRE. Voir: P. LEGENDRE, "Adresse aux imposteurs mes amis", dans: F. ROSENTIEL et S.G. SHOHAM (dir.), *Big Brother. Un inconnu familier*, Paris, Conseil de l'Europe / L'Âge d'Homme, 1986, p. 275, à la p. 277.

siècle, toute cette discipline baigne dans un climat ambiant d'objectivisme. Si cet objectivisme a d'abord été lié à un culte de la raison qui met "hors-droit" la subjectivité, il s'est poursuivi à travers l'idéologie scientiste.

Historiquement, la pensée juridique occidentale se divise en deux grands courants, le jusnaturalisme et le positivisme, le second s'étant développé en réaction au premier[325]. Nous avons déjà vu comment ce passage s'est effectué. D'ailleurs, la notion de positivisme juridique prend justement acte de ce passage, en désignant la conception du droit des juristes ayant rompu avec la croyance en l'existence d'un droit naturel[326]. En fait, probablement s'agit-il là de l'une des constantes de toutes les acceptions données à cette notion. Cela dit, puisque notre dessein n'est pas de définir exhaustivement ce en quoi consiste le positivisme juridique, nous nous contenterons d'en signaler les grands axes.

Aussi, dans la suite de ce texte, nous entendrons généralement par "positivisme juridique" cette approche du droit qui veut qu'"(...) il n'y a[it] de loi que posée par l'État et dans le cadre de l'État; elle n'en appelle à aucune transcendance mais à la seule capacité constructiviste de la raison humaine; et ce constructivisme est axiologiquement neutre."[327] Statocentrisme, légicentrisme, rationalisme et neutralisme caractérisent donc le positivisme juridique, du moins dans sa définition classique. Cette approche antimétaphysique opère une distinction entre le droit qui *est* et celui qui *doit être* et, dans cette optique, assigne aux juristes la tâche de s'intéresser au premier plutôt qu'au second. Il en découle une théorie du droit, qui, notamment, modélise le droit comme un système fermé et autonome et, au surplus, une idéologie dissociant le droit du juste ou - c'est selon - dissolvant ce dernier dans la loi[328], ce qui ne surprendra personne étant donné que le but ultime du positivisme est la constitution d'une science juridique autonome[329]. Mais cette dissociation / dissolution emporte également un certain renoncement à l'exercice d'un jugement normatif sur les normes elles-mêmes. Dans un sens strict, le positivisme juridique, puisqu'il s'intéresse aux normes telles qu'elles sont, refuse d'en questionner la légitimité[330]. Comme le remarque Otfried Hoffe,

---

[325] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, note 180, p. 25.
[326] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 48, n° 23. Cet auteur parle de ce type de positivisme comme d'un légalisme.
[327] S. GOYARD-FABRE, "La fondation des lois civiles", *Laval théologique et philosophique*, 49, 1, février 1993, p. 105, à la p. 110.
[328] Cette définition reprend plusieurs des éléments de celle donnée à la notion de "positivisme juridique" dans: M. TROPER, "Positivisme juridique", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 461. On retrouve notamment dans cette définition la mention des trois axes du positivisme, en tant qu'approche, théorie du droit et idéologie. Évidemment, la définition de Troper montre combien les facettes du positivisme juridique sont plus nombreuses que celles que nous retenons.
[329] O. HOFFE, *La justice politique. Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 86.
[330] *Id.*, p. 11.

"(...) le positiviste juridique et politique (...), tantôt pour des raisons épistémologiques générales, tantôt pour des raisons spécifiques à la théorie du droit et, dans une non moindre mesure, pour des raisons socio-historiques, rejette une telle critique du droit et de l'État, soit par principe, soit en tant que tâche scientifique et philosophique."[331] Cet auteur va même jusqu'à affirmer que "[l]a thèse du positivisme juridique et politique au sens strict consiste dans le blanc-seing ou consentement illimité à une entité juridique ou politique."[332] Bien sûr, rares sont les juristes, même positivistes, qui se conforment à une conception aussi stricte du positivisme. Mais, cette idée d'un "consentement illimité à une entité politique ou juridique" est néanmoins révélatrice du culte de la norme positive qui, nous semble-t-il, prévaut encore maintenant chez certains d'entre eux, avec tout ce qu'il suppose en termes d'acceptation et de perpétuation de l'ordre établi[333]. C'est là, du reste, le principal reproche que formulent les tenants de la critique identitaire à l'encontre du positivisme.

Il convient à ce stade de faire une importante mise en garde concernant notre propre vision du positivisme. De fait, nous ne rejetons aucunement ce paradigme, contrairement à ceux, de plus en plus nombreux, qui se complaisent dans un anti-positivisme primaire. Nous sommes en effet bien loin de considérer cette approche du droit comme entièrement contenue dans la critique qu'en font certains, même si cette critique est souventes fois justifiée. Le positivisme juridique, envisagé d'une façon complexe, ne peut être confondu avec la critique qu'il inspire, laquelle, succombant à l'"hypocondrie épistémologique", a trop fréquemment tendance à oublier les nombreux apports valables de cette vision du droit[334]. Donc, malgré ses ratés, le positivisme juridique *vécu* ne correspond guère au tableau infernal que certains dépeignent, ce qui nous incite à la vigilance face

---

[331] *Id.*, p. 9.

[332] *Id.*, p. 12.

[333] Michel Villey, pour illustrer le danger que posent la résignation et la passivité dont peut être porteuse une trop grande sujétion à la norme positive, donnait l'exemple des règles iniques édictées par une "dictature brutale". L'évacuation de la réflexion sur la justice entraînerait en bout de ligne une "[a]cceptation de la force qui créerait le droit." Voir: M. VILLEY, *op. cit.*, note 181, p. 79.

[334] L'expression "hypochondrie épistémologique" désigne cette "vente de feu" des idéaux de l'épistémologie moderne, comme la rationalité, l'objectivité, l'impartialité, la neutralité, etc. Voir: S. MILLER, "The Future of Disinterest and Foucault's Regime of Truth", *Partisan Review*, vol. LXIV, n° 1, 1997, p. 28. Quant aux aspects éminemment valables du positivisme juridique, Hannah Arendt soulignait que, dans un régime constitutionnel, "[l]es barrières des lois positives sont à l'existence politique de l'homme ce que la mémoire est à son existence historique: elles garantissent la préexistence d'un monde commun, la réalité d'une certaine continuité, qui transcende la durée de la vie individuelle de chaque génération, absorbe tous les nouveaux commencements et se nourrit d'eux. (...) Abolir les barrières des lois entre les hommes - comme le fait la tyrannie - équivaut à supprimer les libertés humaines et à détruire la liberté en tant que réalité politique vivante; car l'espace entre les hommes tel qu'il est délimité par les lois est l'espace vital de la liberté. " Voir: H. ARENDT, *Le système totalitaire*, préface de L. Ferry, Paris, France Loisirs, 1972, p. 284. À cela nous ajouterons qu'en présence d'une loi positive injuste, les citoyens savent au moins qui est l'ennemi, qui n'est plus un Dieu immanent et inaccessible, mais bien un être humain, ou un gouvernement formé d'êtres de chair comme eux.

aux nombreuses caricatures dont il est l'objet[335]. Voilà pourquoi nous nous attarderons ci-après à certains des écueils de l'*idéologie* positiviste, liés à cette acception du positivisme juridique qui postule grosso modo que la norme positive doit être l'unique objet d'intérêt des juristes et que ceux-ci doivent la prendre comme "donnée", c'est-à-dire se contenter de la décrire et d'en analyser les modalités d'application. C'est donc à la lumière de ces précisions qu'il faut comprendre la représentation archétypale que nous donnons du positivisme juridique.

Une fois de plus, on en revient à l'opposition kelsénienne entre l'être et le devoir-être. Les juristes positivistes devront s'intéresser à la norme telle qu'elle est, telle qu'elle se donne à voir[336], et non à la norme telle qu'elle devrait être. Les considérations reliées à cette dernière ne relèveront pas du droit, mais bien de ce que Kelsen appelle la politique juridique. "Ainsi, dit Christian Atias, la science du droit se trouve-t-elle purifiée, débarrassée de tous les éléments qui lui sont étrangers. Elle peut alors être comparée aux autres sciences."[337] Cette quête de pureté, qui culmine avec le positivisme kelsénien, remonte en fait au dix-neuvième siècle. À cette époque, le rationalisme des Lumières cède le haut du pavé à la mode des sciences dures[338]. Victimes consentantes de "l'impérialisme de la méthode scientifique"[339], les juristes deviendront obnubilés par les faits. Ou du moins par ce qui se présente, en surface, comme relevant de l'ordre strict de la factualité. Dans cet esprit, à l'instar de la connaissance scientifique, on cherchera à rendre *certaine* la connaissance du droit[340]. Comme l'on peut prévoir la réaction chimique que suscite la mise en contact de deux éléments, la solution d'un problème juridique devra elle aussi être prévisible afin d'être reproduite[341]. Cette prévisibilité, à son tour, sera fonction de l'objectivité de l'observateur, qui

---

[335] Les caricatures, on l'a vu au chapitre deux, sont très fréquentes dans les débats idéologiques, dans la mesure où elles permettent à une partie de valoriser sa position en dévalorisant celle de ses adversaires. Prises au pied de la lettre, elles constituent un obstacle épistémologique important qui participe du manichéisme. Dans les débats entourant l'épistémologie du droit, elles sont très utilisées autant par les ultra-positivistes que par leurs contempteurs, les anti-positivistes invétérés. On les retrouve également aussi bien chez les "objectivistes" que chez leurs adversaires "subjectivistes" ou "relativistes". Pour une intéressante dénonciation de l'usage des caricatures, voir: R. WEST, "Relativism, Objectivity, and Law", (1990) 99 *Yale Law Journal* 1473.

[336] Encore que cette séparation entre l'être et le devoir-être, le fait et le droit, ne soit pas toujours aussi absolue qu'on veut bien le croire. Comme le souligne Michel Troper, toute relation entre les deux ne peut être exclue et, pour illustrer cette proposition, il signale que le fait n'existe dans l'ordre juridique que si le droit l'appréhende. Troper rappelle ainsi que, dans le processus interprétatif du droit, le juriste n'a pas de connaissance directe des faits, mais seulement une connaissance indirecte, filtrée par le droit lui-même. Voir: M. TROPER, *loc. cit.*, note 178, à la p. 22.

[337] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 39, n° 18.

[338] M. VILLEY, *op. cit.*, note 181, p. 69. Voir aussi: M. VAN HOECKE et F. OST, *loc. cit.*, note 55, à la p. 32.

[339] M. VILLEY, *id.*, p. 70.

[340] Villey associe cette recherche de prévisibilité et de certitude aux complexes des juristes face aux sciences exactes. Voir: *id.*, p. 286.

[341] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 31, n° 14.

fera en sorte que, face à une situation donnée, chacun en arrivera nécessairement à la même analyse. Voeu pieux, à l'évidence, que Michel Villey expédie ainsi:

> (...) l'art du droit, dit-il, est une chose fort différente de l'histoire ou de la sociologie du droit; pour nous juristes qui *cherchons* à des procès encore actuels la solution la meilleure, la norme qui les concluera n'est pas encore *faite*; le droit du juriste n'est pas *fait*. Nous sommes contraints de la situer, au moins pour partie, dans le monde du devoir-être, où la "science" ne saurait l'atteindre.[342]

Au surplus, il existe, entre le droit et la science, une différence fondamentale qui découle de la plus ou moins grande teneur en factualité des phénomènes que l'on qualifie indifféremment de "faits". Comme le remarque une auteure: "The phenomena identified by legal concepts such as *negligence*, *fraud*, and *rape* are not like the phenomena identified by such natural scientific concepts like *proton* or *gravity*. Negligence, fraud, and rape are not human-independent phenomena; they are constituted by our practices, goals, values, and beliefs."[343] Soutenir, à partir d'une perspective strictement interne, que les normes juridiques ne relèvent que du factuel équivaut à nier la forte part d'interprétation qui préside à l'analyse du droit et, partant, la présence immanente de la subjectivité[344]. En fait, le discours des juristes positivistes va bien au-delà du factuel *stricto sensu*. Ce discours est d'abord et avant tout un regard posé sur des faits dont la généalogie révèle, contrairement à ceux auxquels s'intéressent les sciences pures, du construit plutôt que du donné[345]. Ce caractère "construit" découle précisément d'un choix de valeurs qui est inspiré de la culture d'une société particulière à un moment donné[346]. C'est ce que remarque

---

[342] M. VILLEY, *op. cit.*, note 181, p. 95.

[343] H.L. FELDMAN, "Objectivity in Legal Judgment", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1187, à la p. 1188-1189. Sur la faible teneur en scientificité du droit, voir également: E.P. HABA, "Sciences du droit - quelle "science"? Le droit en tant que science: une question de méthodes", dans: *Archives de philosophie du droit*, t. 36, *Droit et science*, Paris, Sirey, 1991, p. 165.

[344] Comme le souligne à juste titre Christian Atias, "[l]a conclusion s'impose: aucun positivisme, aucune prétendue neutralité ou objectivité de la doctrine ne permet de minimiser l'influence de celle-ci [l'interprétation] dans l'élaboration des normes." Voir: C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, pp. 153-154, n° 81.

[345] Nous ne signifions pas ici - loin de là - que les problématiques des sciences pures ne sont pas construites! Mais, comme le souligne Patrick Nerhot, "[t]here is no opposition between fact and law, but an opposition between social practices that are non-existent in the eyes of the law and a situation for which legal effect has been imagined." Voir: P. NERHOT, *loc. cit.*, note 237, à la p. 62 (les italiques sont nôtres). En ce sens, le fait n'existe, en droit, que si le droit dit qu'il existe, qu'il est pertinent. Ce fait sera en somme celui que le droit aura préalablement construit. À travers ce processus, un tri s'opère donc avant même que la problématique ne soit construite. C'est pourquoi nous disons que la teneur en factualité des faits juridiques est moins grande. Aussi, "[l]'objet de leur science interdit sans doute aux juristes de prétendre à une exactitude absolue, de l'ordre de celle qu'obtiennent les sciences qui peuvent raisonner sur des entités abstraites et toujours comparables entre elles de manière indiscutable." Voir: C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 79, n° 45.

[346] C'est aussi le cas des sciences "dures". Voir généralement: D.J. HESS, *Science and Technology in a Multicultural World. The Cultural Politics of Facts and Artifacts*, New York, Columbia University Press, 1995.

encore Villey dans cette critique, combien percutante, du positivisme kelsénien, qui vaut d'être citée in extenso:

> Puisque tout système juridique est le produit d'une volonté, d'un choix arbitraire des valeurs, il est désespérément vain d'en discuter le contenu; la philosophie même y renonce. (...); elle se résout à n'être plus qu'une logique de l'art juridique, rien que la méthodologie d'une science réduite à décrire, objectivement, les normes que d'autres ont choisies, et le choix est laissé à l'État, aux forces de fait, aux puissances irrationnelles. *Voici donc le juriste absous d'être un technicien sans principes, interprète passif des textes, c'est-à-dire esclave du pouvoir; non plus arbitre entre les forces et les intérêts, mais leur instrument.* Tel est l'état de choses présent que Radbruch et Kelsen patronnent, quelle que puisse être au demeurant la noblesse de leurs intentions: *la soumission à l'arbitraire, la démission de la raison qui renonce à guider le droit.* Cette philosophie c'est l'échec de la philosophie.[347]

C'est justement cette soumission à un ordre posé comme donné et quasi immuable qui a provoqué la défaveur croissante du positivisme scientiste[348]. Mais son influence n'en continue pas moins de se faire sentir tant sur l'étude du droit que sur la représentation que les juristes se sont forgés de leur fonction sociale.

En premier lieu, depuis plus d'un siècle, la domination du positivisme juridique a entraîné un changement quant à l'image que les juristes ont voulu donner d'eux-mêmes. Comme une peau de chagrin, leur mission s'est rétrécie au point d'être confinée à l'exégèse des sources du droit étatique[349]. Du même coup, ils ont renoncé au rôle de "jurisprudents" qu'ils avaient joué pendant des siècles[350]. Les considérations plus philosophiques sur la qualité des normes posées, par exemple en termes d'adéquation à la réalité sociale, furent à toutes fins pratiques oubliées, en même temps que celles ayant trait à la justice de ces normes. La définition même de la normativité juridique a aussi été affectée par cette approche: l'idée de droit a été tronquée pour ne plus décrire que celle de "droit positif étatique"[351].

L'acceptation par les juristes d'un rôle de descripteurs du droit posé par le législateur et interprété par les tribunaux a longtemps conditionné l'orientation de leurs travaux savants[352]. Ainsi, ces

---

[347] M. VILLEY, *op. cit.*, note 181, p. 97-98. Pour une tentative de "re-validation" de la théorie pure du droit de Kelsen en la décrivant comme un idéal-type du droit, voir: D. SHIVAKUMAR, "The Pure Theory as Ideal Type: Defending Kelsen on the Basis of Weberian Methodology", (1996) 105 *Yale Law Journal* 1383.

[348] M. VAN HOECKE et F. OST, *loc. cit.*, note 55, à la p. 32.

[349] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 36, n° 16.

[350] *Id.*, p. 37, n° 18.

[351] *Id.*, p. 51, n° 26.

[352] Cela dit, ce descriptivisme a pu s'avérer mystificateur. En effet, la "description" du droit est toujours médiatisée, en l'occurrence "(...) par l'interprétation et la construction des instruments permettant cette interprétation." Voir: F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, note 180, p. 55.

travaux ont généralement été entrepris dans une perspective strictement dogmatique, qui permet le développement "(...) [d']un point de vue externe descriptif rendant compte du point de vue interne des sujets de droit."[353] Or, une approche exclusivement descriptive qui évacue toute velléité d'*évaluation* externe du point de vue interne des acteurs du système juridique, ne peut qu'entraîner une sclérose de la pensée et créer un cercle vicieux intellectuel. C'est d'ailleurs ce que croient certains auteurs, qui estiment que l'épistémologie positiviste a freiné, pour ne pas dire tué la créativité juridique. Si cela s'est vérifié tout particulièrement dans les juridictions de droit romano-germanique[354], celles de droit anglo-saxon n'ont pas non plus été épargnées. "Soundness is valued over originality"[355], résumait Richard Posner.

Ainsi figée dans ses confortables certitudes, l'épistémologie positiviste du droit fera de l'étude de cette discipline un long fleuve tranquille, particulièrement dans les pays de droit romano-germanique. Pendant longtemps, toute tentative de remise en question sera reléguée en périphérie de la pensée juridique. En exagérant à peine, on pourrait même dire que, dans le royaume du droit, le questionnement épistémologique a longtemps relevé de la sédition. Par le fait même, les études propres à susciter un tel questionnement seront considérées avec suspicion. Les recherches "externes", c'est-à-dire les recherches interdisciplinaires, empiriques ou non, subiront ce sort. Ainsi, ne pourra vraiment être objective - et juridique - que l'étude *dans* le droit, et non l'étude *sur* le droit, cette dernière pouvant corrompre la première en favorisant l'immixtion de considérations non juridiques susceptibles de remettre en question l'objectivité postulée du "vrai" droit. D'où, comme le notait le rapport Arthurs, l'"isolationnisme intellectuel" du droit[356], dont l'objectivisme incite au conformisme.

Mais, bien que le droit ait succombé à cet isolationnisme intellectuel, il n'a pas été le seul à le faire. En fait, ce travers était en quelque sorte "commandé" par l'adhésion à l'épistémologie positiviste, qui érige entre les disciplines des cloisons étanches, engendrant, selon un auteur, un "(...) monde des modes appauvris d'appréhension du réel, des savoirs émiettés, des spécialistes ignares."[357] "L'épistémologie positiviste, du même coup, renchérit André-Jean Arnaud, perd de vue la

---

[353] *Id.*, p. 45.

[354] Pour Mark Van Hoecke et François Ost, l'entreprise de codification inaugurée au 19ième siècle a annoncé une période sombre pour la doctrine juridique. Le droit étant devenu plus accessible au juge et plus facile à interpréter, le travail d'intermédiation de la doctrine perdra de son utilité. Celle-ci se contentera dès lors de "parasiter" le code. Voir: M. VAN HOECKE et F. OST, *loc. cit.*, note 55, à la p. 31. Cet esprit civiliste explique peut-être en partie le désintérêt traditionnel que montrent les juristes québécois envers les mouvements de critique du droit et particulièrement envers ceux émanant du monde anglo-saxon. Nous y reviendrons au chapitre six de cette thèse.

[355] R.A. POSNER, "The Present Situation in Legal Scholarship", (1981) 90 *Yale Law Journal* 1113, à la p. 1122.

[356] H.W. ARTHURS (prés.), *op. cit.*, note 54, p. 78.

[357] G. PAQUET, "Sciences transversales et savoirs d'expérience: the art of trespassing", (1993) 24 *Revue générale de droit* 255, à la p. 270.

complexité de l'enchevêtrement des disciplines scientifiques; elle est condamnée à passer son temps en contemplation narcissique."[358] Mais ce n'est pas que "l'enchevêtrement des disciplines" qui a été occulté par cette épistémologie, c'est aussi la complexité du réel, un réel qui déborde largement des faits soi-disant "objectifs", c'est-à-dire perceptibles au premier coup d'oeil par un observateur lui aussi présumé "objectif"[359]. Dans cette optique, "(...) methodological abstraction has come to be valued over reality, and complex dimensions like values, purpose, inner experience, creativity, love, courage, dignity and so on have all but been obliterated from our discourse."[360] Aussi, s'agissant de la saisie des questions identitaires, un auteur estime que le positivisme a empêché la prise en compte des faits sociaux constitutifs de l'identité dans le cadre de la construction d'un universel imaginaire, ces faits sociaux paraissant irréels si on les compare à des faits biologiques[361].

À travers l'objectivité professée de l'épistémologie positiviste, qui prendra le plus souvent l'allure d'une idéologie objectiviste, le sensible se trouvera donc dévalué au profit d'une conception de la rationnalité forgée par les groupes dominants et pour leur seul bénéfice. Pierre Bourdieu ne remarque-t-il pas dans ce sens que "(...) l'objectivisme manque à l'objectivité en omettant d'intégrer dans son compte rendu du réel la représentation du réel contre laquelle il a dû construire sa représentation "objective" mais qui, lorsqu'elle a pour elle l'unanimité du groupe, réalise la forme la plus indiscutable de l'objectivité"[362]? Ainsi, pour les groupes dominés, le discours du fait objectif aura trop longtemps masqué celui du fait accompli. Ces groupes considéreront au surplus que la transposition de ce discours dans le champ du droit aura ni plus ni moins servi de caution à la violence symbolique que le droit leur faisait subir.

3.1.3. La violence symbolique du droit moderne

Dès lors que l'on affirme l'objectivité d'une assertion, sa teneur en scientificité s'accroît d'autant. Un processus normatif peut alors s'installer. Étant vue comme objective, voire scientifiquement fondée, l'assertion devient de plus en plus difficile à contester. Sa véridicité étant tenue pour acquise, elle pourra alors être universalisée, au point de devenir normative[363]. Ou peut-être est-il

---

[358] A.-J. ARNAUD, *loc. cit.*, note 46, à la p. 22.

[359] Paul Amselek parle de cette idée d'un sens "objectivement déposé" des normes positives, que l'interprète n'a plus qu'à "cueillir", comme d'une "illusion qui a longtemps été entretenue par le positivisme juridique. " Voir: P. AMSELEK, "La teneur indécise du droit", (1992) 26 *Revue juridique Thémis* 1, à la p. 7.

[360] G. PAQUET, *op. cit.*, note 357, à la p. 270.

[361] H.L. GATES Jr., *op. cit.*, note 22, p. 37.

[362] P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980, p. 188.

[363] Correspondant ainsi aux trois caractères du droit pur à la Kelsen, qu'identifient Lenoble et Ost: "(...) l'objectivisme (impliquant refoulement de tout subjectivisme), le logicisme (impliquant refoulement de toute

plus juste de dire que certains l'imposent, et que d'autres la subissent. Ceux-ci s'en prennent maintenant à cette situation qui, trop longtemps, les a empêchés de s'autodéterminer. Ils reprochent ainsi à l'objectivisme positiviste dans lequel s'est empêtré le droit de n'avoir été qu'un paravent à son ethno / androcentrisme épistémologique. Par là-même, ils s'en prennent à la violence symbolique du droit, concept dont use le sociologue Pierre Bourdieu pour décrire le mécanisme d'universalisation du droit:

> "La violence symbolique, (...), consiste à faire apparaître comme fondées dans une autorité transcendante, situées au-dessus des intérêts, des préoccupations, des soucis, etc. de celui qui les formule, des propositions, des normes, qui dépendent pour une part de la position occupée par ceux qui les énoncent dans un champ juridique. L'analyse de la violence symbolique permet de rendre compte de l'effet propre du droit, l'effet d'auto-légitimation par l'universalisation ou, mieux, la déhistoricisation."[364]

Pour cet auteur, les juristes sont les premiers à succomber à leur violence symbolique: "(...) ils ne font croire que parce qu'ils y croient."[365] Cette idée d'ethno / androcentrisme épistémologique dont est porteuse l'universalisation moderne du droit est extrêmement importante au regard des positions épistémologiques adoptées par les tenants de la critique juridique identitaire. À sa base on trouve une fois de plus le regard sur l'Autre, ce regard que Wanda de Lemos Capeller qualifie d'"anthropologique"[366]. Recourant à la dichotomie centre / périphérie, cette auteure va même jusqu'à affirmer que

> [d]u point de vue des cultures dominées, une telle *ethnocentrie épistémologique* a été à l'origine d'un processus de pulvérisation des cultures autochtones, et du développement d'un certain "mimétisme culturel" témoignant parfois d'une acculturation ou d'une simple reproduction d'idées. Ici, un certain manichéisme, un véritable impérialisme culturel s'impose: seules sont considérées comme "légitimes" les productions scientifiques du monde central; (...).[367]

Cette citation démontre bien la violence symbolique que Bourdieu associe à l'universalisation du droit, qui n'est en fait rien d'autre qu'une forme d'impérialisme, celle des "tyrans faiseurs

---

antinomie) et l'universalisme (impliquant refoulement de tout particularisme)." Voir: J. LENOBLE et F. OST, *op. cit.*, note 236, p. 497.

[364] P. BOURDIEU, "Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective", dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *op. cit.*, note 166, p. 95, à la p. 96.

[365] *Ibid.* Sur les divers visages de la violence du droit, on consultera avec grand profit: A. SARAT et T.R. KEARNS, "A Journey Through Forgetting: Toward a Jurisprudence of Violence", dans: A. SARAT et T.R. KEARNS (dir.), *The Fate of Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1991, p. 209.

[366] W. DE LEMOS CAPELLER, *loc. cit.*, note 161, à la p. 364.

[367] *Ibid.*

d'histoire"[368]. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'il faille renoncer à toute idée d'universel, comme nous le verrons plus loin. Mais, pour l'instant, retenons que l'ethnocentrisme épistémologique caractérisant l'objectivisme positiviste opère une délégitimation des systèmes de valeurs dits "périphériques", bien sûr, mais également une délégitimation des autres modes d'appréhension de la réalité. Dès lors, ces façons "autres" sont tues, l'objectivisme positiviste imposant à toutes fins pratiques le silence autour de lui. Plus encore, l'appartenance à une culture périphérique deviendra presque une garantie d'exclusion du champ du discours. Prenant acte de cette situation, les juristes identitaristes ne s'y trompent pas en donnant une large part au questionnement épistémologique dans leur critique. Du reste, ce genre de questionnement "(...) prend toujours naissance à propos des "crises" de telle ou telle science et ces "crises" résultent d'une lacune des méthodes antérieures [qui pourront] être surmontées grâce à l'invention de nouvelles méthodes."[369]

3.1.4. Crise du droit et crise de l'épistémologie du droit

L'idée d'une crise du droit paraît aujourd'hui difficilement contestable[370], tant nombre de juristes éprouvent le "(...) sentiment que plus rien ne [va] comme avant."[371] Cette crise prend de multiples formes: crise de la représentation du droit et de la normativité juridique[372], crise des professions juridiques[373], crise des concepts fondamentaux employés en droit positif[374], enfin, crise de l'épistémologie du droit.

Car il y a, de toute évidence, une crise de l'épistémologie du droit, qui procède à la fois de la perte d'autonomie du droit[375] et de la mise en question de la rationalité juridique moderne ainsi que de l'idéologie scientiste ayant influé sur le positivisme juridique. C'est que l'illusion objectiviste n'opère plus guère. Des mouvements critiques de toutes allégeances viennent en effet rappeler

---

[368] Ricoeur affirme en effet que "(...) l'État le plus raisonnable, l'État de droit porte la cicatrice de la violence originelle des tyrans faiseurs d'histoire." Voir: P. RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Paris, Seuil, 1986, p. 401.

[369] J. PIAGET, *Épistémologie des sciences de l'homme*, Paris, NRF, Gallimard, coll. "Idées", 1970, pp. 7-8.

[370] Un auteur définit le mot "crise" comme signifiant notamment dans le champ du droit un "[b]rusque changement dans l'évolution d'un processus ressenti comme une épreuve généralement non prévue et perçue comme redoutable et incertaine, [une] période de manifestation aïgue de ce changement, [un] moment décisif dans l'évolution d'une situation exigeant généralement des décisions rapides." Voir: M. CORSALE, "Crise", dans: dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 129.

[371] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, p. 46, n° 21.

[372] Sur cette question, voir généralement l'ouvrage collectif suivant: J.-G. BELLEY (dir.), *op. cit.*, note 82.

[373] Sur cette question, voir: J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 70.

[374] C'est par exemple le cas des concepts fondamentaux qui structurent la représentation juridique de la liberté d'expression.

[375] G. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 168; R. POSNER, *loc. cit.*, note 71.

aux juristes positivistes les origines non juridiques de leurs concepts "neutres". Leurs "vérités" sont relativisées à mesure que sont dévoilés les valeurs et les choix qu'elles masquent. La foi dans les dogmes entourant la représentation du processus de connaissance en droit décline. En fait, nombre de juristes, même positivistes, commencent à admettre l'épuisement de leur paradigme dans le champ du droit. Sans pour autant souhaiter brader tous les acquis du positivisme, ils se montrent de plus en plus soucieux d'ouvrir la pensée juridique à des réalités ignorées[376]. En somme, ils se montrent de plus en plus nombreux à soutenir la nécessité de procéder à une rupture épistémologique, ce qui signifie d'abord et avant tout, comme le rappelle André-Jean Arnaud, "rompre avec le dogme."[377]

De toutes les réalités occultées par l'épistémologie positiviste, il en est une qui prend une place fondamentale dans la critique juridique identitaire: la subjectivité, que les tenants de cette critique se font forts de réhabiliter. Des questions surgissent aussitôt. Cette réhabilitation de la subjectivité doit-elle nécessairement se faire aux dépens de l'idéal que représente l'objectivité en droit? L'objectivité peut-elle même exister? Enfin, d'une épistémologie objectiviste trop surplombante, ne risque-t-on pas de sombrer dans une épistémologie subjectiviste trop atomisante?

3.2. La critique juridique identitaire et les écueils épistémologiques liés à l'affirmation des subjectivités collectives

Nous avons souligné, au chapitre premier, le perspectivisme des travaux des tenants de la critique juridique identitaire. Ce perspectivisme, avons-nous ajouté, veut que l'on accorde une attention particulière à l'interprétation que donnent les membres des groupes historiquement désavantagés des faits entourant leur histoire, leur mémoire ainsi que leur présent. De cette manière, croit-on, il devient possible d'appréhender, dans le cadre même du procès de connaissance juridique, la réalité dans sa dimension rationnelle mais aussi, et surtout, dans sa dimension sensible, si importante pour les opprimés.

3.2.1. Oppression et privilège épistémologique

Les tenants de la critique juridique identitaire tentent ainsi de faire émerger dans la sphère publique des points de vue jusque-là occultés en raison des effets délétères de l'objectivisme des modes

[376] Par exemple, on redécouvre aujourd'hui le pluralisme juridique.
[377] A.-J. ARNAUD, *loc. cit.*, note 46, à la p. 20.

dominants de représentation. Ils essaient bien sûr de faire reconnaître la légitimité de ces interprétations "alternatives", mais d'abord et avant tout de les faire entendre: "[T]hose who have experienced discrimination speak with a special voice to which we should listen. Looking to the bottom - adopting the perspective of those who have seen and felt the falsity of the liberal promise - can assist critical scholars in the task of fathoming the phenomenology of law and defining the elements of justice."[378] Mais comment y parvenir, compte tenu des obstacles qui, comme on l'a vu, se dressent lors de toute démarche d'auto-interprétation entreprise par des groupes opprimés?

Ils affirment alors leur position privilégiée en ce qui a trait à la connaissance de la "réalité" des groupes historiquement désavantagés[379]. Par là-même, ils revendiquent le droit fondamental "(...) de se dire [tels qu'ils sont], le droit de décrire [leur] monde à partir de [leur] propre expérience (...)."[380] Eux-mêmes issus de ces groupes, ils se disent mieux en mesure de parler en leur nom et à leur sujet que d'autres qui, même bien intentionnés, n'ont pas vécu l'expérience de la domination. Bref, *en tant que* membres de groupes dominés, ils s'estiment plus autorisés à parler *au nom* de ces groupes. La saisie d'une problématique impliquant des rapports de domination fondés sur l'identité du groupe étudié serait donc *dans une certaine mesure* fonction de l'identité du sujet connaissant. Mais, quelle que soit cette mesure, une telle position emporte d'importantes conséquences au plan scientifique et, plus précisément, au plan épistémologique[381]. En effet, dès

---

[378] M.J. MATSUDA, "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations", (1987) 22 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 323, à la p. 324.

[379] *Ibid.* Voir aussi en ce sens, chez les tenants de la *Critical Race Theory*: M.J. MATSUDA, "Pragmatism Modified and the False Consciousness Problem", (1990) 63 *Southern California Law Review* 1763; M.J. MATSUDA, "Public Responses to Racist Speech: Considering the Victim's Story", (1989) 87 *Michigan Law Review* 2320; R. DELGADO, "The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature", (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 487; R. DELGADO, "The Imperial Scholar Revisited: How to Marginalize Outsider Writing , Ten Years Later", (1992) 140 *University of Pennsylvania Law Review* 1349; J.M. CULP Jr., "You Can Take Them to Water but You Can't Make Them Drink: Black Legal Scholarship and White Legal Scholars", [1992] *University of Illinois Law Review* 1021; et chez les féministes: M.I. COOMBS, "Telling the Victim's Story", (1993) 2 *Texas Journal of Women and the Law* 277; M.J. RADIN, "The Pragmatist and the Feminist", (1990) 63 *Southern California Law Review* 1699; C. MENKEL-MEADOW, "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or "The Fem-Crits Go to Law School", (1988) 38 *Journal of Legal Education* 61; C. MENKEL-MEADOW, "Excluded Voices: New Voices in the Legal Profession Making New Voices in the Law", (1987) 42 *University of Miami Law Review* 29. Voir généralement sur l'épistémologie féministe: L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *op. cit.*, note 152; L.M. ANTONY et C. WITT (dir.), *A Mind of One's Own. Feminist Essays on Reason & Objectivity*, Boulder / San Francisco / Oxford, Westview Press, 1993. Voir généralement, sur le "storytelling" et la sexualité: K. PLUMMER, *Telling Sexual Stories. Power, Change and Social Worlds*, London / New York, Routledge, 1995. Au Canada, la juriste autochtone Mary Ellen Turpel tient à peu près le même discours en ce qui a trait aux velléités des juristes blancs de parler pour les autochtones et à leur sujet. Voir: M.E. TURPEL, "Aboriginal Peoples and the Canadian *Charter*: Interpretive Monopolies, Cultural Differences", (1989-1990) 6 *Annuaire canadien des droits de la personne* 3, aux p. 11-13.

[380] M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 139, à la p. 31.

[381] En ce sens, voir: M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p. 36.

lors que l'on établit un lien, nécessaire ou non, entre l'identité de l'observateur et celle du groupe observé, on entre dans le domaine de l'épistémologie. Comme le remarque un auteur:

> Th[e] distance between the scholar and the subject is experiential and consequently epistemic. Because of this epistemic distance, it is sometimes said that white male scholars cannot responsibly or accurately produce scholarship about these subjects. Ultimately, this is an argument about a white male scholar's lack of membership in and personal accountability to the communities whose subordination he hopes to address in his scholarship.[382]

Ceci soulève deux questions. D'une part, peut-on parler de l'expérience de l'oppression, du point de vue des opprimés, si l'on n'a pas soi-même connu cette expérience? D'autre part, nous est-il proscrit de l'aborder si, de surcroît, notre identité ne nous rend pas a priori imputable envers la communauté étudiée? De telles questions, la première d'ordre épistémologique et l'autre d'ordre éthico-politique, sont fréquentes dans le cadre de la politique de la représentation qui marque les débats identitaires[383]. Elles s'accompagnent aussi généralement d'un argument d'ordre essentiellement économique qui va ainsi: l'homme blanc qui, à des fins académiques, s'"approprie" les problématiques vécues par certains groupes, comme le racisme pour les afro-américains ou le sexisme pour les femmes, en vient à occuper tout le champ du discours en raison de la crédibilité que lui confère a priori l'institution universitaire[384]. Autrement dit, l'homme blanc en traitera sur un mode objectivant, contrairement à ce que feraient des universitaires issus de groupes vivant quotidiennement l'expérience de la domination. Ceux-ci, n'ayant pas le luxe d'ignorer la caractéristique identitaire sur la base de laquelle est exercée cette domination[385], sont à ce titre

---

[382] P. HALEWOOD, *loc. cit.*, note 151, à la p. 10.

[383] Par exemple, on retrouve pareilles questions dans le domaine des arts, où des artistes issus de diverses minorités ethniques s'en prennent à la représentation que font les artistes blancs de ces minorités, au point parfois de réclamer l'instauration de contrôles juridiques sur cette représentation. Cette critique de l'"appropriation culturelle" est elle aussi fondée sur le postulat de l'incapacité intrinsèque des artistes du groupe dominant de représenter des cultures dominées ou, pire, sur leur absence de droit moral pour les représenter. Voir: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*, note 57.

[384] P. HALEWOOD, *loc. cit.*, note 151, à la p. 6, note infrapaginale 14. Voir aussi, généralement: M.J. MATSUDA, "Affirmative Action and Legal Knowledge: Planting Seeds in Plowed-Up Ground", (1988) 11 *Harvard Women's Law Journal* 1.

[385] Ceci contrairement aux hommes blancs qui tentent d'établir des analogies entre leurs propres expériences d'oppression et celles des groupes historiquement désavantagés. En effet, des auteures soutiennent que, dans un monde fondé sur la norme masculine et blanche, les hommes blancs, tout bien intentionnés soient-ils, ont le privilège d'oublier leur identité ou de ne pas en tenir compte, alors que les Noirs, par exemple, se font rappeler sans cesse la leur. D'où, selon ces auteures, le danger de comparer les oppressions en usant d'analogies qui, involontairement, peuvent contribuer à perpétuer les systèmes d'oppression en occultant la "douleur" qui résulte d'une oppression plus grave comme celle fondée sur la race. Elles s'en prennent ainsi à l'appropriation par les Blancs de la douleur des groupes désavantagés ("appropriation of pain") dans ce qu'elles appellent les "concours de la douleur" ("pain sweepstakes"). Voir: T. GRILLO et S.M. WILDMAN, "Obscuring the Importance of Race: The

présumés être en mesure de rendre compte avec plus d'exactitude des divers aspects de cette expérience. Ainsi, à l'approche désincarnée de celui qui n'a pas fait l'expérience de l'oppression, on privilégie la vision "incarnée" de celle ou de celui qui l'a vécue.

Ce genre de discours reproblématise donc la crise de l'épistémologie du droit comme celle d'une épistémologie avant tout patriarcale et eurocentrique. Un auteur en parle d'ailleurs comme "the crisis of legitimacy of white male legal scholarship on oppression".[386] Aussi nous apparaît-il extrêmement important de nous attarder à ce discours, dans la mesure où il questionne directement la position épistémologique de l'auteur de cette thèse, qui, précisons-le, est un homme blanc[387]. Qui plus est, nous verrons que l'affirmation d'un statut épistémologique privilégié est crucial pour les tenants de la critique juridique identitaire, compte tenu de l'interprétation qu'ils font de la liberté d'expression et du *préjudice* que son exercice abusif peut engendrer, notamment dans des cas où l'expression en cause est polysémique. Puisque la question de l'existence ou non d'un tel préjudice est d'abord et avant tout affaire de perception, il s'agit ici de voir laquelle des perceptions en cause doit prévaloir sur les autres[388]. Enfin, dans une perspective plus globale, on peut difficilement s'empêcher de constater à quel point cette idée d'un statut épistémologique privilégié fondé sur la seule possession d'une identité met indirectement en question la philosophie sous-jacente de la démocratie représentative. Pour qu'un groupe particulier soit considéré comme étant valablement représenté, doit-il l'être absolument par un député dont l'identité est en tous

---

Implication of Making Comparisons Between Racism and Sexism (or Other -Isms)", [1991] *Duke Law Journal* 397, aux p. 405ss.

[386] P. HALEWOOD, *loc. cit.*, note 151, à la p. 9.

[387] Cédant à la mode de la confession publique, qui vise la révélation des sources possibles de préjugés ou de privilèges - cette mode constituant du reste un vestige du puritanisme (voir en ce sens, R. DÔLE, *Le cauchemar américain. Essai sur les vestiges du puritanisme dans la mentalité américaine actuelle*, Montréal, VLB éditeur, 1996, pp. 83-92) -, nous ajouterons pour les fins de cette thèse que son auteur, bien que résolument nationaliste québécois, ne voit aucun problème à se reconnaître dans d'autres identités nationales, notamment la canadienne, dans la mesure où l'association à l'une n'exclut pas nécessairement l'association à l'autre. Ce qui est malheureusement bien loin du discours politique en vogue à l'heure actuelle, qui est plus que jamais axé sur le "crois ou meurs". Bref, l'auteur de cette thèse est quelque peu découragé par la saisie politico-constitutionnelle qui est faite de la question identitaire au Canada. Par surcroît, l'auteur est fondamentalement un libéral, qui est toutefois extrêmement insatisfait de ce qu'il considère être le formalisme simpliste du libéralisme dans son acception nord-américaine. C'est pourquoi il ressent, peut-être paradoxalement aux yeux de certains, énormément de sympatie pour la critique juridique identitaire, au-delà même de ses mérites intellectuels intrinsèques. Cela dit, avant toute chose, l'auteur de cette thèse déteste souverainement le prêt-à-penser et l'intégrisme, qu'il soit libéral ou identitaire. En ce sens, il se reconnaît indubitablement dans l'identité "critique". Sur ce, la confession est terminée. Que nos péchés nous soient remis.

[388] Mais, avant même que ne se pose la question de l'établissement des critères juridiques employés pour la reconnaissance qualitative de la matérialité d'un préjudice, se pose celle de l'intérêt à ester en justice. L'affirmation d'une position épistémologique privilégiée ne pourrait-elle pas par exemple mener à l'affirmation corollaire d'un intérêt a priori à ester en justice pour redresser les torts causés à un groupe historiquement désavantagé, dès lors que le demandeur possède la quiddité identitaire voulue?

points conforme à celle du groupe en question? Dans le concret, une députée blanche peut-elle prétendre représenter légitimement ses électeurs noirs[389]?

Quelle que puisse être notre réponse à ces questions, deux remarques préliminaires s'imposent à ce stade. D'une part, les justifications proposées pour légitimer la revendication d'un statut épistémologique privilégié en ce qui a trait à l'étude et à la représentation de la réalité expérientielle des groupes opprimés sont légion. D'autre part, il s'agit d'un sujet très délicat qui suscite de très vives polémiques dans la communauté juridique américaine et qui pourrait à lui seul faire l'objet d'une thèse[390]. Aussi, compte tenu de ces facteurs, nous limiterons notre examen à l'identification des tendances lourdes autour desquelles s'articule le débat, ceci dans le but ultime de clarifier nos propres positions épistémologiques.

L'affirmation d'un statut épistémologique privilégié équivaut en fait à revendiquer un "privilège épistémologique". Une auteure comme Mari Matsuda parle de ce type de revendication comme procédant d'une "affirmative action epistemology"[391]. Mais cette notion de privilège n'est pas nouvelle dans le champ de l'épistémologie, où nombre d'auteurs se sont penchés, directement ou

---

[389] Ce qui pose par exemple la question brûlante d'actualité de districts électoraux "racialisés", tel qu'il en existe aux États-Unis. Pour l'opinion d'une partisane de la *Critical Race Theory* à ce sujet, voir: L. GUINIER, *The Tyranny of the Majority. Fundamental Fairness in Representative Democracy*, New York, The Free Press, 1994. Pour l'opinion de la Cour suprême des États-Unis sur la question, voir: *Miller* v. *Johnson*, (1995) 132 L. Ed. 2d 762; *United States* v. *Hays*, (1995) 132 L. Ed. 635; *Shaw* v. *Reno*, (1993) 113 S. Ct. 2816. La Cour suprême mentionne dans ces arrêts que dès lors que la race semble être le motif principal d'un projet de redivision des frontières des districts électoraux, ce projet doit être soumis à une norme de contrôle stricte car il contrevient potentiellement à l'"equal protection clause" du 14ième amendement de la Constitution des États-Unis. Seul un intérêt gouvernemental impérieux ("compelling"), qui est mis en oeuvre par une mesure dont la portée est soigneusement circonscrite pour l'atteindre, pourra permettre de valider ce projet.

[390] L'exemple le plus évident des polémiques que suscite cette question nous est donné par les réactions ayant suivi la publication d'un article du professeur afro-américain Randall Kennedy, où celui-ci critiquait sévèrement les tenants de la Critical Race Theory, particulièrement R. Delgado, D. Bell et M. Matsuda, qui soutiennent que les groupes raciaux minoritaires ont une "voix" distincte des autres groupes. Voir: R.L. KENNEDY, "Racial Critiques of Legal Academia", (1989) 102 *Harvard Law Review* 1745. Cet article a même servi de prétexte à un colloque où de nombreux intellectuels se sont escrimés sur la place publique. Voir: COLLOQUY, "Choosing Sides in the Racial Critiques Debate", (1990) 103 *Harvard Law Review* 1844-1886. D'autres devaient suivre, par exemple, sur la "Race Consciousness and Legal Scholarship". Voir: (1992) 4 *University of Illinois Law Review* 945ss. Stephen Carter est un autre juriste très critique des épistémologies perspectivistes. Il accuse leurs tenants de faire prévaloir les considérations liées à l'identité de l'auteur sur celles liées au contenu de ses travaux. Voir: S.L. CARTER, "Academic Tenure and "White Male" Standards: Some Lessons from the Patent Law", (1991) 100 *Yale Law Journal* 2065, notamment à la p. 2066. Voir aussi: A. AUSTIN, "Deconstructing Voice Scholarship", (1993) 30 *Houston Law Review* 1671-1684; A. AUSTIN, "Scoff Law School Debates Whether a Male Can Teach a Course in Feminist Jurisprudence", (1993) 18 *Journal of Legal Education* 203.

[391] M. MATSUDA, "Afterword", (1990) 63 *Southern California Law Review* 1911, à la p. 1913. Voir aussi:: M. MATSUDA, *loc. cit.*, note 378. Cette revendication participe donc d'une recherche d'égalité, mais aussi de justice compensatoire. Voir en ce sens: M. ELBAZ et R. MURBACH, *loc. cit.*, note 190, à la p. 73.

indirectement, sur elle. William Alston décrit ainsi l'idée fondamentale qui inspire la revendication d'un privilège épistémologique:

> (...) to say that someone has *epistemically* privileged access to some subject matter is to say that he is an unusually favorable position to acquire knowledge concerning that subject matter. The subject matter under discussion here is the state of consciousness of a person at a given time, and the privileged access in question is not just an unusually but *uniquely* favorable position.[392]

Et, toujours selon cet auteur, les variétés de privilège épistémologique réclamé sont multiples, tout comme le sont les réactions que suscitent les revendications de ce type:

> This most common view has been that one's unique position consists in an immunity from one or another of the conditions we are concerned to avoid in our quest for knowledge. Those most often alleged are immunity from *ignorance* (omniscience), from *error* (infallibility), from *doubtfulness* (indubitability), and from *refutation* (incorrigibility). (...) Others hold that although one does not enjoy any of these immunities one does have *unique resources* for acquiring knowledge of his own current [conscious states], for example, a faculty of introspection or "inner perception", that gives him and only him a *direct* awareness of his own [conscious states]. (...) Still others deny that there is any sort of uniquely privileged access. (...) And finally there are those who dismiss the whole problem, on the grounds that it makes no sense to speak of a person *knowing* what he is currently thinking or feeling.[393]

Les réactions que déclenchent les positions des tenants de la critique juridique identitaire sur cette question du privilège épistémologique suivent *grosso modo* ce modèle.

Cela dit, il convient de souligner, dans la foulée des citations de William Alston, que les épistémologues qui acceptent l'idée qu'une personne puisse détenir un privilège épistémologique sur certains de ses états conscients confinent généralement ce privilège aux seuls individus. Par exemple, *en postulant que l'on reconnaisse à madame X un tel privilège*, celui-ci ne vaudra que pour ce qu'elle ressent. C'est son expérience individuelle, et elle seule, qui est visée par ce privilège. Madame X peut certes imaginer ce que ressent sa voisine du même âge, de la même race et de la même condition sociale face à tel ou tel événement. Mais, justement, cela sera du ressort de l'imagination. Partant, la description qu'elle donnera des sentiments de sa voisine ne sera jamais probante, alors que la description qu'en fera la voisine le sera, privilège épistémologique aidant.

---

[392] W.P. ALSTON, *Epistemic Justification. Essays in the Theory of Knowledge*, Ithaca / London, Cornell University Press, 1989, p. 286.
[393] *Id.*, p. 286-287.

La question qui, dès lors, se pose au regard des positions qu'avancent les juristes identitairistes à ce sujet est la suivante: comment un individu peut-il prétendre revendiquer un privilège épistémologique quant à l'expérience d'un groupe donné et ce, même s'il est issu de ce groupe? Même si cet individu a lui aussi connu l'expérience de la domination, peut-il valablement affirmer que son expérience est le parfait reflet de celle du groupe dans son entier? L'expérience de ce groupe est-elle réductible à celle d'un de ses membres? Ou cette expérience est-elle *essentielle* à ce groupe? Qu'en est-il par ailleurs des membres du groupe qui réfutent la validité universelle des thèses qu'avancent ceux qui prétendent relater l'expérience de leur groupe? Sont-ils victimes de "fausse concience", c'est-à-dire "(...) an epistemic state in which, to put it roughly, some persons (or groups) do not know what is good for them"[394]? Le cas échéant, leur perception doit-elle nécessairement céder le pas à ceux qui détiennent la "vérité" sur l'expérience du groupe en cause[395]? Dans la perspective d'une reconnaissance de l'existence d'un privilège épistémologique, le passage de l'individuel au collectif ne s'effectue donc pas sans heurt. Nous verrons néanmoins que le concept de condition identitaire permet de concilier dans une certaine mesure les expériences individuelle et collective.

Cela dit, c'est une chose que de revendiquer un privilège épistémologique, c'en est une autre de soutenir que les membres des groupes dominants sont intrinsèquement incapables et n'ont de toute façon pas le droit de parler des groupes dominés. Le cas échéant, on sombre dans la logique du tiers-exclus, si fréquente dans la dialectique des rapports de domination. Cette logique, on la voit pourtant à l'oeuvre dans certains discours que l'on pourrait qualifier de "sur-perspectivistes", qui débouchent parfois sur des positions épistémologiques atomisantes du type de celle prônant, par exemple, que seul un membre d'un groupe donné *est capable* de traiter de questions intéressant les membres de ce groupe (volet épistémologique). On ne parle plus ici d'une hiérarchie des interprétations, où l'une est présumée supérieure aux autres en raison du fait qu'elle s'inscrit dans les limites du privilège épistémologique dont bénéficie son auteur. Au contraire, on parle plutôt de

---

[394] S. BREWER, "Pragmatism, Oppression, and the Flight to Substance", (1990) 63 *Harvard Law Review* 1753, à la p. 1755. D'où l'importance que prend le "conciousness-raising" dans la critique juridique identitaire.

[395] Car, en bout de ligne, l'opinion qui triomphera sera celle que l'on aura posée comme "vraie", c'est-à-dire comme étant la seule qui soit véritablement représentative de l'expérience du groupe en cause. Ici, l'application stricte de la dialectique des rapports de domination présentera un intérêt évident. En effet, le positionnement stratégique du dominé comme étant entièrement privé de tout pouvoir ou d'autonomie par le groupe dominant lui permettra de revendiquer le statut de victime non corrompue par le pouvoir. Comme le souligne une auteure en parlant de la position adoptée par le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes au regard de l'impact de la pornographie sur les femmes dans l'affaire *R.* c. *Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452: "By constituting women as thoroughly victimized, we become "innocent" of power and thus capable of apprehending "Truth". Voir: L. GOTELL, "Litigating Feminist "Truth": An Anti-Foundational Critique", *Social & Legal Studies*, Vol. 4 (1995), 99-131, à la p. 117.

l'invalidité *essentielle* de ces autres interprétations, jugées *inauthentiques* étant donné que leurs auteurs ne possèdent pas la quiddité identitaire requise. Il s'agit là d'une illustration de ce dangereux réductionnisme identitaire, pour lequel, soutient Edward Said, "the fantastic explosion of specialized and separatist knowledge is partly to blame: Afrocentrism, Eurocentrism, Occidentalism, feminism, Marxism, deconstructionism, etc. The schools disable and disempower what was empowering and interesting about the original insights."[396] Comme quoi le spectre de l'essentialisme agite encore ses chaînes...

3.2.2. La critique juridique identitaire et les limites de l'idéologie de l'authenticité

> There is an assumption that we could fill a room with the world's great literature, train a Martian to analyse these books, and then expect that Martian to categorize each by the citizenship or ethnicity or gender of its author.[397]

Un perspectivisme trop radical peut à certains égards agir comme obstacle épistémologique. Peut-on prétendre, par exemple, qu'il existe une "voix de couleur" ("voice of color"), sans du même souffle nuire à une appréhension complexe des questions identitaires? Certains l'affirment, soutenant que cette idée "(...) is identified and synonymous with marginalized groups in our society whose marginal outsider status enables them to relate important stories - stories that cannot be *sincerely* told by their privileged majoritarian peers."[398]

Mais s'il est relativement facile de stigmatiser l'essentialisme de celles et ceux qui maintiennent qu'une personne issue d'un groupe historiquement désavantagé a une meilleure connaissance de la condition identitaire de ce groupe et, partant, qu'on doit lui reconnaître un certain "privilège" quant à l'interprétation de cette condition identitaire, il est surtout facile de voir de l'essentialisme là où il n'y en a pas nécessairement. Rares en effet sont les auteurs qui prônent explicitement l'exclusion des juristes blancs, du seul fait de leur quiddité identitaire déficiente, du champ du discours sur les questions intéressant les groupes historiquement désavantagés. La plupart donnent à leur argumentation un tour à la fois éthique, politique et déontoscientifique.

Cette argumentation est éthique lorsque des juristes "perspectivistes" invitent les juristes du groupe dominant à ne pas trop occuper le terrain du discours sur la condition des minorités, surtout si ces derniers ne font aucun effort pour intégrer dans leur réflexion les points de vue des

---

[396] E. SAID, *op. cit.*, note 2, p. 320.
[397] H.L. GATES, ""Authenticity", or the Lesson of Little Tree", *New York Times Book Review*, Nov. 24, 1991, p. 1, à la p. 1.
[398] A.M. JOHNSON Jr., "The New Voice of Color", (1991) 100 *Yale Law Journal* 2007, à la p. 2038.

juristes minoritaires ou ne leur accordent que la portion congrue. C'est d'ailleurs à une réflexion de cette nature que s'est livrée le professeur Richard Delgado, l'un des fondateurs de la *Critical Race Theory*, dans un article célèbre où il accusait certains de ses collègues les plus éminents d'ignorer systématiquement les interprétations alternatives du droit des libertés publiques avancées par les juristes identitaristes et, partant, de pratiquer une forme d'impérialisme universitaire[399]. Près de dix ans plus tard, bien peu de choses avaient changé, devait-il constater, et ce n'est que tout récemment qu'il a pu constater une certaine amélioration[400].

Pareil argument éthique prend un poids supplémentaire si l'on considère la proposition - contestable - voulant que l'expérience des juristes minoritaires présente en quelque sorte un caractère normatif, en ce que "(...)[t]hose who are oppressed in the present world can speak most eloquently of a better one."[401] Ainsi, dans cette optique, la simple prise en considération de tous les points de vue ne suffit pas car, au passage, le point de vue des groupes désavantagés risque d'être une fois de plus marginalisé[402]. Il s'agit au contraire de manifester une certaine "déférence" envers les interprétations que donnent les personnes issues de ces groupes des expériences *parfois* différentes qu'elles vivent et qui sont reliées à l'existence d'une condition identitaire. Comme le signale à cet égard la professeure Williams, "[o]utsiders-scholars do not argue (as relational feminists often seem to do) that the "different perspective" yields an "outside answer" on virtually any topic. Their claim is much more limited. They claim that blacks react *as blacks* when they see themselves being discriminated against *because they are blacks*."[403] Dans le même ordre d'idées, la professeure Fineman, abordant le cas des femmes, affirme ceci:

> "I believe certain real *or* potential experiences can be described as constituting the basis for a feminist development of a "gendered life". These experiences lead many women to develop a perspective qualitatively different from what is reflected in dominant legal ideology. This is *not* to assert that all women think alike or have identical experiences. My position is based on experiential, not essential differences."[404]

---

[399] R. DELGADO, *loc. cit.*, 1984, note 379.

[400] R. DELGADO, *loc. cit.*, 1992, note 379. Dans ces deux articles, Delgado établit une typologie des attitudes des juristes blancs au regard des courants critiques dans le champ du droit des libertés publiques. Dans l'article de 1992, les attitudes répertoriées allaient de l'ignorance - encore fréquente - des points de vue alternatifs jusqu'à leur discussion en profondeur - phénomène rare -, en passant par la simple mention de leur existence qui, au mieux, débouchait sur une discussion très superficielle. Sur la récente amélioration, voir: J. STEFANCIC et R. DELGADO, "Outsider Scholars: The Early Stories", (1996) 71 *Chicago-Kent Law Review* 1001.

[401] M.J. MATSUDA, *loc. cit.*, note 378, à la p. 346.

[402] M.J. MATSUDA, *loc. cit.*, 1990, note 379, à la p. 1764.

[403] J.C. WILLIAMS, "Dissolving the Sameness / Difference Debate: A Post-Modern Path Beyond Essentialism in Feminist and Critical Race Theory", [1991] *Duke Law Journal* 296, à la p. 319.

[404] M.L. FINEMAN, "Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship", (1990) 42 *Florida Law Review* 25, à la p. 37.

Ces positions appellent deux remarques. D'une part, les conditions identitaires auxquelles ces auteurs font référence ne sont pas figées pour l'éternité et, à ce titre, sont susceptibles d'évolution. Leur reconnaissance ne doit pas non plus obscurcir l'existence de variations à l'intérieur même de ces conditions identitaires et la possibilité de conflits entre les diverses identités d'une personne. C'est là un danger que signalait Mary Joe Frug dans un texte portant sur l'idée d'une "voix" féminine distincte: "However, disait-elle, a danger underlies the strategy of difference, a danger that deploying commonalities *among* women unavoidably embeds such traits *within* women. Thus, feminist efforts to transform differences between women and men, differences we have assumed are socially constructed and therefore subject to change, may have the unwanted effect of perpetuating gender as an essential part of identity."[405]

D'autre part, la "déférence" qui, estime-t-on, devrait être manifestée envers le point de vue de l'opprimé ne peut être que relative, devant elle-même être contextualisée. Peut-être doit-on présumer leur expertise, comme le soutient Richard Delgado[406], mais cette présomption ne peut être selon nous que *juris tantum* et non *juris et de* jure. Aussi vaudrait-il mieux parler d'"attention particulière" ou d'"ouverture radicale" que de "déférence", concept qui suppose "(...) the willingness to withhold, to some extent, one's own judgment on a matter of substantive value, and to defer to the judgment of another."[407] En effet, c'est une chose que de retenir son jugement pour mieux écouter les points de vue "autres", en leur accordant même une crédibilité particulière, et ensuite d'exercer son jugement, mais c'en est une autre que de refuser de porter tout jugement. Sous couvert d'un "respect" mâtiné de culpabilité, on fait alors preuve d'une condescendance frôlant le mépris. C'est d'ailleurs ce que remarque Allan Hutchinson lorsqu'il affirme: "It is vital to listen, to hear and act upon the views of those previously victimized. But it is almost perverse and patronizing to treat those views as possessing a truth that no other voice can claim."[408] Le seul statut de dominé n'autorise en effet aucunement de se prétendre moralement supérieur à un autre, d'autant, comme nous l'avons signalé au premier chapitre, que les dominés ont eux-mêmes tendance à reproduire des relations de domination envers d'autres groupes plus vulnérables[409].

---

[405] M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p. 36. Notons que Frug fait ces commentaires dans le cadre d'une réinterprétation non essentialiste du célèbre ouvrage de la psychologue Carol Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1982. Une autre auteure, Bat-Ami Bar On, estime que la thèse féministe selon laquelle les femmes bénéficient d'un privilège épistémique relève d'une conception néo-romantique et émotionnelle du sujet. Voir: B.-A. BAR ON, "Marginality and Epistemic Privilege", dans: L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *op. cit.*, note 152, p. 83, à la p. 95.

[406] R. DELGADO, *loc. cit.*, 1984, note 379, à la p. 564, note infrapaginale 15.

[407] S. BREWER, *loc. cit.*, note 394, à la p. 1755.

[408] A.C. HUTCHINSON, "Identity Crisis: The Politics of Interpretation", (1992) 26 *New England Law Review* 1173, à la p. 1213.

[409] R. ABEL, *op. cit.*, note 82, p. 126.

Même en admettant, pour les fins de la discussion, qu'une personne appartenant à un groupe dominé semble *prima facie* mieux placée qu'une autre n'y appartenant pas pour relater l'expérience de ce groupe, puis, comme le veut la "standpoint epistemology", qu'il faille privilégier son point de vue de façon à obtenir une objectivité plus forte, une telle démarche, pour être scientifiquement valable, n'en exige pas moins une vérification des données obtenues et, par conséquent, n'implique nullement une acceptation acritique des dires du membre du groupe en question comme représentant à tous égards la réalité de ce groupe. La seule possession d'une identité *x* n'offre en soi aucune garantie qualitative de représentativité. De même, on ne peut prétendre que la compréhension et même l'interprétation de l'expérience d'un groupe donné par une personne d'un autre groupe est absolument impensable, au risque de sombrer alors dans l'essentialisme le plus pur, dans la négation de la médiation qu'opère l'expérience individuelle face à l'expérience collective et, surtout, dans la négation de toute possibilité d'ouverture et d'apprentissage des "uns" par rapport aux "autres". Ce genre de repli identitaire constitue à n'en pas douter un des travers de toute éthique de l'authenticité qui se mue en idéologie de l'authenticité.

Même si la plupart des tenants de la critique juridique identitaire réussissent à éviter ces écueils, il reste qu'il est difficile de nier que les positions de certains d'entre eux frisent l'essentialisme. Et cela a indéniablement à voir avec le statut qui est accordé à l'expérience comme source de connaissance[410]. Diana Fuss résume ainsi les conséquences d'une reconnaissance épistémologique de ce que nous appellerons le "primat du vécu": ""Experience" emerges as the essential truth of the individual subject, and personal "identity" metamorphoses into knowledge. Who we are becomes what we know; ontology shades into epistemology"[411]. L'"être" se substitue au "connaître", le "senti"[412], présumé source d'une connaissance pure car non médiatisée[413], usurpe la

---

[410] Nous ne résistons pas à la tentation de citer ici Gaston Bachelard, qui voyait un "monstre épistémologique" dans "l'idée d'une coïncidence entre pensée et réalité, d'une adéquation entre théorie et expérience." Voir: G. BACHELARD, *Essai sur la connaissance approchée*, Paris, Vrin, 1928, p. 43. Plus tard, il devait poursuivre dans la même veine en affirmant: "La connaissance du réel est une lumière qui projette toujours quelque part des ombres. Elle n'est jamais immédiate et pleine. Les révélations du réel sont toujours récurrentes. Le réel n'est jamais "ce qu'on pourrait croire" mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser. La pensée empirique est claire, après coup, quand l'appareil des raisons a été mis au point. Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir connaissance scientifique." Voir: G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 13-14.

[411] D. FUSS, *op. cit.*, note 113, p. 113.

[412] L'expression est de R. RICHARD, "Du droit à l'appropriation culturelle (2)", *L'Impossible*, vol. 2, février 1993, p. 103, à la p. 103.

[413] En d'autres termes, la connaissance serait "transparente" aux yeux de ceux qui possèdent la quiddité identitaire requise. Voir en ce sens: H.L. GATES, *loc. cit.*, note 397, à la p. 26.

place du "construit"[414]. Le recours à l'expérience devient en quelque sorte prétexte à l'instauration d'un régime de vérité aux termes duquel une personne est, selon son "expérience", "autorisée" ou non à aborder tel ou tel sujet[415]. Hormis les problèmes d'ordre proprement épistémologique que soulève une telle position, celle-ci emporte aussi certains effets pervers dont l'un des principaux est un effet d'exclusion qui découle, paradoxalement, de l'objectivation d'une expérience individuelle présumée représentative d'une expérience collective[416]. Ainsi, l'expérience individuelle sert à modéliser l'expérience collective et à fonder une théorie englobante de cette expérience. C'est là, du reste, un reproche fréquemment adressé aux partisan(e)s des "standpoint epistemologies" féministes[417], où, "(...) [i]ronically, Woman, (...), replaces Man as the fixed transcendental subject."[418]

Cela dit, une précaution s'impose, s'agissant de critiquer certains des effets problématiques de l'"expérientialisme" que prônent les tenants de la critique juridique identitaire, à savoir qu'il paraît douteux, pour ne pas dire carrément injuste, de ne cibler ces effets qu'au regard des positions adoptées par elles et eux. De fait,

> (...) a critique of essentialism that challenges only marginalized groups to interrogate their use of identity politics or an essentialist standpoint as a means of exerting coercitive power leaves unquestioned the critical practices of other groups who employ the same strategies in different ways and whose exclusionary behaviour may be firmly buttressed by institutionalized structures of domination that do not critique or check it.[419]

Le défaut de prendre cette précaution emportera une fois de plus la marginalisation du discours des Autres. Aussi, s'il est loisible de signaler au voisin la paille qu'il a dans l'oeil, il faut prendre garde de ne pas s'aveugler face à la poutre qui se trouve dans le nôtre...

---

[414] Nous parlons ici d'usurpation de la place du construit car, en bout de ligne, "[e]xperiences mean little in and of themselves. The key is how they are interpreted." Voir: J. GRANT, *Fundamental Feminism. Contesting the Core Concepts of Feminist Theory*, New York / London, Routledge, 1993, p. 125.

[415] D. FUSS, *op. cit.*, note 113, p. 116.

[416] Selon une auteure, la multiplicité des groupes exclus ou marginaux accentue encore le problème: un de ces groupes peut-il revendiquer une position épistémologique plus privilégiée que d'autres? La "qualité" du privilège épistémologique revendiqué est-elle directement fonction de l'éloignement par rapport au centre? Pour évaluer si une position est plus favorable qu'une autre, s'agit-il de mesurer la distance entre centre et périphérie en établissant une analogie fondée sur la distance physique (ex.: les lesbiennes sont plus éloignées du centre que les autres femmes) ou, au contraire, sur l'accumulation de causes d'oppression (ex.: une lesbienne noire vs. une lesbienne blanche)? Voir: B.-A. BAR ON, *loc. cit.*, note 405, à la p. 89-90.

[417] Voir notamment: D.L. RHODE, "Feminist Critical Theories", (1990) 42 *Stanford Law Review* 617.

[418] P. HALEWOOD, *loc. cit.*, note 151, à la p. 23.

[419] b. hooks, *Teaching to Transgress. Education as the Practice of Freedom*, New York / London, Routledge, 1994, p. 82-83. Notons que cette auteure insiste pour que son pseudonyme s'écrive en minuscules.

En toute hypothèse, les écueils qui surgissent aussitôt qu'il s'agit de justifier, au plan épistémologique, la position privilégiée des personnes issues de groupes historiquement désavantagés quant à la connaissance de l'"expérience" collective de leur(s) groupe(s) d'appartenance nous incitent à nous diriger vers un autre terrain, plus politique celui-là. Dans cette optique, l'acceptation du principe d'un positionnement *prima facie* plus favorable des personnes issues de groupes historiquement défavorisés pour discuter de problèmes intéressant la condition identitaire de ces groupes procède de la reconnaissance que:

> The views of outsiders are not essentially more valuable, but they are more likely as a political matter to be of value to the analysis of equality and any action to remedy it. (...) Racial, gendered, class, and sexual identity neither guarantees truths nor prevents truths from being established. Identity does matter because the present political terrain is itself contoured by the way certain identities are thought of and treated.[420]

Ceci suppose bien sûr d'accepter qu'il existe bel et bien des conditions identitaires, au sens que nous avons donné à ce concept au chapitre premier. De même, cela implique que l'on ne méprisera pas, sous prétexte de prôner une appréhension postmoderniste de l'identité, le sentiment particulier d'appartenance que partagent, en dépit de leurs autres identités concurrentes, un grand nombre d'individus envers une communauté spécifique en raison de leur identification commune à une histoire et à une mémoire collective donnée[421] Ainsi, la majorité des membres de cette communauté pourront très bien partager, en raison de leur condition sociohistorique commune, des interprétations de certains événements qui vont à l'encontre de celles, dominantes dans d'autres communautés, des mêmes événements[422]. Vue ainsi, l'idée voulant qu'un point de vue différent puisse exister en fonction du sexe ou de la race se conçoit indépendamment de tout essentialisme. En fait, ce point de vue ne tient pas tant à la possession d'une essence différente qu'à l'histoire commune d'un groupe d'individus, qui a permis de forger une "communauté

---

[420] A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 408, à la p. 1214.

[421] Ainsi émettons-nous quelques réserves quant aux propos suivants du professeur Hutchinson, qui nous semblent relever dans une certaine mesure du mépris bourgeois de certains intellectuels postmodernistes auquel le professeur Balthazar référait (voir: L. BALTHAZAR, *loc. cit.*, note 134): "In a postmodern perspective, identity is always constructed, often inconsistent and occasionally self-contradictory. As such, the felt need to identify with one group obscures or blinds people to the multi-faceted nature of injustice and people's multiple and fragmented selves." Voir: A.C. HUTCHINSON, *ibid.* Ceux qui s'identifient plus particulièrement à un volet de leur identité sont-ils malgré eux victimes de "fausse conscience"? Faut-il dès lors les "réformer" de manière à ce qu'ils adoptent l'évangile postmoderne? Si, comme nous l'avons dit au chapitre premier, le projet identitaire postmoderniste est éminemment intéressant, il doit prendre garde de buter sur les mêmes obstacles que le projet moderne, notamment en imposant un dogme de la représentation identitaire. Anne Seller soulignait à cet égard: "If our communities are to be epistemologically effective, then they cannot be politically coercitive." Voir: A. SELLER, *loc. cit.*, note 242, à la p. 369.

[422] Pensons par exemple, en droit constitutionnel canadien, aux différences marquées entre les doctrines majoritaires québécoise et anglo-canadienne en ce qui a trait au fédéralisme (pacte de deux nations versus loi britannique).

d'interprétation". Ici, le point de vue en question n'est pas inné, il est acquis. Partant, il ne peut être immuable, pouvant même être annihilé ou rejeté, au gré du libre arbitre de chaque membre de la communauté. Il rejoint ainsi l'identité, comme variable plutôt que comme constante.

L'avantage premier d'une reformulation politique de la nécessité d'accorder, sous certaines réserves, un statut particulier à l'interprétation que donnent les personnes issues de groupes historiquement désavantagées de la condition identitaire de ces groupes est qu'elle permet de nous éloigner des débats métaphysiques reliés à l'idée d'une identité essentielle et transcendante, lesquels ont tendance à déborder rapidement de l'épistémologie vers l'ontologie. D'une certaine manière, cette conceptualisation politique vise à opérationnaliser l'idée d'une sphère publique dans laquelle émergent des points de vue "autres", jadis exclus, qui mettent en question les représentations dominantes[423]. C'est en somme ce que prône Richard Delgado lorsque, précisant sa pensée, il concède que la question de la "voix" fait dévier l'analyse de sa trajectoire souhaitable[424], qui est en fait de montrer que ces représentations dominantes sont, elles aussi, des récits: "(...) majoritarians tell stories too. But the ones they tell about - merit, causation, blame, responsibility, and racial justice - do not seem to them like stories at all, but the truth."[425]

Un dernier argument, relevant cette fois de la déontologie scientifique, peut aussi être invoqué au soutien d'un tel statut particulier. C'est d'ailleurs ce que faisait le professeur Delgado dans la première mouture de son article "The Imperial Scholar". Celui-ci renvoyait en effet aux pratiques de recherche en sciences sociales pour étayer sa proposition voulant que les juristes issus de groupes historiquement désavantagés doivent bénéficier d'une présomption d'expertise:

> It is my own experience that in this other body of scholarly writing, minority status constitutes virtually a presumption of expertise; Blacks writing about the Black community and Chicanos about the Chicano community are accepted as equal (perhaps more-than-equal) partners. (...) Why the ready acceptance of minority scholars in social science research dealing with minority issues when minority legal scholars receive quite different treatment? Social science research may be less threatening to the status quo than legal research; much social science research is descriptive rather than change-oriented. Also, social science research may be peripheral to fundamental reallocations of power and decision-making authority; in contrast, legal scholarship may portend drastic change in the status-quo.[426]

---

[423] Voir: N. FRASER, *loc. cit.*, note 95; M. CAIN, *loc. cit.*, note 53.
[424] R. DELGADO, "On Telling Stories in School: A Reply to Farber and Sherry", (1993) 46 *Vanderbilt Law Review* 665, à la p. 669.
[425] *Id.*, à la p. 666.
[426] R. DELGADO, *loc. cit.*, 1984, note 379, à la p. 564, note infrapaginale 15.

Au-delà du traitement réservé aux chercheurs issus de minorités dans le champ des sciences humaines, il s'avère qu'en toute hypothèse, les impératifs déontologiques sont pris très au sérieux dans le champ des sciences humaines. En témoigne le code déontologique qui est imposé aux chercheurs subventionnés par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et dont les recherches portent sur une culture ou un groupe ethnique qui leur sont étrangers[427]. Si, à l'évidence, l'impact d'une recherche en droit positif sur la condition d'un groupe minoritaire n'a aucune commune mesure avec une recherche anthropologique conduite sur le terrain, il reste néanmoins que certains réflexes déontologiques doivent être développés dans la recherche juridique, même de type positiviste. L'un d'entre eux, croyons-nous, est justement de rendre justice à tous les points de vues en cause, a fortiori ceux émanant de juristes minoritaires, en examinant avec sérieux et respect ces points de vue. C'est d'ailleurs ce souci, beaucoup plus qu'une fixation identitaire essentialiste, qui est à la source de la plupart des positions perspectivistes des tenants de la critique juridique identitaire. Ceux-ci souhaitent en quelque sorte que les juristes du groupe dominant s'imposent un devoir d'écoute active des points de vue "autres" [428]. En ce sens, "(...) one should not argue for the inclusion of the perspectives of oppressed group members on the assumption that they have some special insight; rather, the proper argument for inclusion is that every person deserves to have the opportunity for his or for her perspective to enter the fray of debate."[429] Transposée à l'étude des libertés publiques, cette assertion incite à reconnaître que le défaut de tenir compte des critiques ne fait qu'appauvrir la pensée juridique[430]. On le voit, on est bien loin ici de l'intégrisme identitaire. Au contraire, dans des termes plus sociologiques, on pourrait associer la critique juridique identitaire à un mouvement prônant la redistribution du "capital culturel" que détient une frange privilégiée de la société et que celle-ci transmet à ses successeurs, assurant ainsi sa reproduction sociale[431].

---

[427] CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA, *Bourses du CRSH: guide du candidat*, Ottawa, CRSHC, 1993, p. 53.

[428] Ainsi, on affirme ceci: "Instead of dismissing their writings or ignoring them outright, the mainstream author engages their propositions or ideas in a forthright manner. When an author raises an issue from outsider scholarship and takes the time to discuss his agreement or disagreement with it, he is recognizing its validity and relevance; it is not simply brushed aside or ignored. This thoughful treatment of outsider scholarship encourages expansion of the civil right canon, which indeed recognizes the current condition of civil rights scholarship. In that sense, it constitutes an awareness on the part of these members of the inner circle that civil rights writing has not really been composed of two separate strains but rather of parallel traditions that must inevitably lose their Euclidean separateness and become one integrated tradition." Voir: R. DELGADO, *loc. cit.*, 1992, note 379, à la p. 1360-1361.

[429] S. BREWER, *loc. cit.*, note 394, à la p. 1762.

[430] H.L. GATES Jr., *op. cit.*, note 22, p. 192.

[431] Sur ce concept, voir notamment: P. BOURDIEU, "Cultural Reproduction and Social Reproduction", dans: J. KARABEL et A.H. HALSEY (dir.), *Power and Ideology in Education*, New York, Oxford University Press, 1977, p. 487.

Cela dit, quelles leçons peut-on tirer, quant à la saisie des questions identitaires, des débats suscités par l'affirmation des subjectivités collectives dans les positions épistémologiques de la critique juridique identitaire?

Avant tout, il nous semble impérieux de reconnaître qu'un même événement peut faire l'objet d'interprétations complètement opposées, découlant du point de vue particulier des acteurs / observateurs et, bien sûr, du contexte dans lequel s'inscrit, d'une part, l'événement en cause et, d'autre part, l'interprétation de chacun de ces acteurs / observateurs. Cela implique qu'il ne faille surtout pas nier l'existence de ces interprétations, encore moins leur légitimité. Comme le remarque une auteure: "It is wrong to undermine a person with the claim that she does not know what she wants or feels, or that what she wants or feels is inappropriate; and you cannot know *what* is wanted or felt and cannot discover oppression unless you listen to people."[432] La démarche d'appréhension des phénomènes d'affirmation identitaire devrait donc en principe être épurée de tout a priori normatif. Ce qui signifie, en bref, que les représentations identitaires, particulièrement celles qui divergent des représentations dominantes, doivent être appréhendées comme des faits sociaux parmi tant d'autres.

On pourrait apparenter la démarche suggérée à celle de l'observation dans une recherche en sciences sociales: une insuffisance de données pertinentes, un champ d'analyse mal circonscrit et des intruments d'observation déficients viendront jeter le doute sur les conclusions atteintes[433]. Pareille approche devrait également présider à la recherche dans le champ du droit et ce, même dans une perspective dogmatique. Cette évacuation de toute évaluation normative au stade initial de la recherche ne va évidemment pas de soi dans une discipline qui, comme le droit, est par nature normative. Cela suppose en fait de se questionner sur le prisme idéologique à travers lequel on souhaite appréhender le phénomène identitaire en cause et sur les bâtons que place ce prisme dans les roues de l'observateur. En somme, afin de s'assurer de considérer tous les points de vue en cause, le juriste doit tenter d'expurger de la cueillette des "données" pertinentes toutes les considérations normatives qui lui seraient inspirées par l'idéologie du système juridique, même s'il y souscrit. Autrement dit, le juriste devrait essayer, ne serait-ce qu'un bref moment, de se faire sociologue en laissant de côté la dogmatique ou la philosophie. Ces dernières reviendront bien assez tôt.

---

[432] A. SELLER, *loc. cit.*, note 242, à la p. 369.

[433] Voir généralement à ce sujet: .R. QUIVY et L. VAN CAMPENHOUDT, *Manuel de recherche en sciences sociales*, Paris, Dunod, 1988, p. 147-196.

De cette manière, les points de vue historiquement exclus, ceux que la critique juridique identitaire s'ingénie à faire valoir, auront plus de chances d'être entendus et examinés au mérite. Ainsi leur rendra-t-on véritablement justice. C'est d'ailleurs ce qui commence à se produire au Canada, où la Cour suprême a très clairement établi dans sa jurisprudence la nécessité de prêter une attention toute particulière aux interprétations que font les groupes vulnérables des questions les intéressant[434]. Dans cette mesure, la Cour a en quelque sorte "positivisé" un devoir d'ouverture radicale envers ces points de vue "autres". Si cela ne manque pas de déplaire aux libéraux canadiens de stricte observance, il reste que ceux-ci doivent, *stare decisis* aidant, se plier à cette approche. Mais il en va tout autrement aux États-Unis, où ce qui participe au Canada du droit positif n'est pour l'instant qu'un rêve que tentent de réaliser les juristes identitaristes. Ce qui rappelle une fois de plus son caractère situé.

Aborder en droit les représentations identitaires comme le feraient des sociologues ou des anthropologues, c'est-à-dire sans juger d'entrée de jeu leur acceptabilité au regard des représentations dominantes, suppose une reconnaissance préalable du sérieux de ces représentations, qui empêchera leur exclusion du débat sous prétexte de subjectivité ou d'émotivité. Du reste, les représentations dominantes elles-mêmes ne sont pas moins subjectives parce que la majorité y adhère[435]. Toutefois, objectivées, ces représentations peuvent agir comme obstacles épistémologiques. Par exemple, la conception libérale orthodoxe qui renvoie systématiquement les identités dans l'espace privé risquera d'empêcher de prendre au sérieux les mouvements d'affirmation identitaire et incitera à les rejeter d'emblée. On justifiera en plus cette politique de l'autruche par les calamités que certains de ces mouvements ont entraînées à travers l'histoire. Même des nationalismes démocratiques, comme le nationalisme québécois, n'échapperont pas à ces généralisations outrancières.

---

[434] Ce souci de la Cour suprême est particulièrement perceptible dans sa jurisprudence sur la liberté d'expression, concept qui met d'emblée en cause des interprétations concurrentes ou divergentes d'événements. Voir notamment: *Ross* c. *Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R.* c. *Butler*, *supra*, note 395; *R.* c. *Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R.* c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (C.D.P.)* c. *Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R.* c. *Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870; *Devine* c. *Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Ford* c. *Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712. La Cour adopte une position semblable dans son interprétation du droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne, en évaluant le préjudice allégué sous l'angle de la victime raisonnable. Voir en ce sens: *Miron* c. *Trudel* et *Egan* c. *Canada*, *supra*, note 119. Voir aussi, généralement: M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 139.

[435] Comme le souligne une auteure: "(...) ideal objectivity is a generalization from the *subjectivity* of quite a small social group, albeit a group that has the power, security, and prestige to believe that it can generalise its experiences and normative ideals across the social order, thus producing a group of like-minded practitioners ("we") and dismissing "others" as deviant, aberrant ("they")." Voir: L. CODE, *loc. cit.*, note 303, à la p. 22.

Pourtant, simplement reconnaître que les identités comptent n'implique nullement l'adoption d'une conception déterministe de l'effet de ces identités: "They [our social identities] do matter. And our histories, individual and collective, do affect what we wish to write and what we are able to write. But that relation is never one of fixed determinism. No human culture is inaccessible for someone who makes the effort to understand, to learn, to inhabit another world."[436] Cela n'implique pas non plus une approche acritique par rapport au phénomène identitaire. En bout de ligne, cette démarche d'ouverture radicale procède de l'idée d'établir un système d'appréhension du phénomène identitaire qui serait valide et légitime à un plan intersubjectif. Bien sûr, il s'agit là d'un projet et, faut-il le préciser, il n'existe aucune garantie de succès. Mais faire l'effort conscient et délibéré de prêter l'oreille à des discours que l'épistémologie traditionnelle a occultés est de nature à favoriser la validation et la légitimation intersubjectives des méthodes d'appréhension et des représentations nouvelles qui résulteront de cette ouverture.

Parler ainsi de validation et de légitimation intersubjectives évoque l'idée d'un dépassement possible des subjectivités particulières. Mais n'en revient-on pas alors à ce concept si litigieux qu'est l'objectivité?

3.3. Jalons pour une épistémologie juridique de la complexité

L'objectivité a mauvaise presse ces temps-ci. L'idéologie objectiviste à laquelle elle a involontairement prêté vie l'a irrémédiablement discréditée aux yeux de plusieurs. De tous les auteurs que nous associons à la critique juridique identitaire, c'est probablement Catharine MacKinnon qui en a fourni la critique la plus radicale et la plus percutante. Parlant d'un point de vue féministe, la professeure MacKinnon affirme ceci:

> The separation of form from substance, process from policy, adjudication from legislation, judicial role from theory or practice, echoes and reechoes at each level of the regime its basic norm: objectivity. Formally, the state is male in that objectivity is its norm. Objectivity is liberal legalism's conception of itself. It legitimates itself by reflecting its view of society, a society it helps make by so seeing it, and calling that view, and that relation, rationality. Since rationality is measured by point-of-viewlessness, what counts as reason is that which corresponds to the way things are. Practical rationality, in this approach, means that which can be done without changing anything. In this framework, the task of legal interpretation becomes "to perfect the state as mirror of the society." Objectivist epistemology is the law of the law. It ensures that the law will most reinforce existing distributions of power when it most closely adheres to its own ideal of fairness.[437]

---

[436] H.L. GATES Jr., *loc. cit.*, note 397, à la p. 30.
[437] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 162-163.

Non seulement l'objectivité est-elle pour elle intrinsèquement sexuée, mais elle participe de surcroît au processus de réification des femmes dans la société: "Objectivity is the methodological stance of which objectification is the primary process of the subjection of women. It unites act with word, construction with expression, perception with enforcement, myth with reality. Man fucks woman; subject verb object."[438] On ne s'étonne pas que, dans cette foulée, elle remette en cause l'existence même d'une subjectivité féminine, compte tenu de la sujétion des femmes à la règle masculine, de leur définition à travers le prisme de la subjectivité des hommes, bref, du fait qu'on leur a interdit l'accès au statut de "sujet".[439] Instrument de l'hégémonie masculine[440], dès lors complice de la violence symbolique du droit, l'objectivité se voit donc condamnée sans appel.

Mais cette vision est loin de faire l'unanimité chez les tenants de la critique juridique identitaire, quoique tous s'entendent pour dénoncer les carences de l'épistémologie traditionnelle. En fait, tant dans cette critique que dans le discours juridique dominant, en passant bien sûr par la réflexion épistémologique effectuée dans d'autres disciplines, on réexamine l'objectivité[441]. Cette notion, malgré toutes les critiques que l'on a formulées à son endroit, semble avoir la vie bien dure. Plusieurs raisons peuvent expliquer ce refus de renoncer entièrement à l'idéal d'objectivité. L'une d'elles, et non la moins importante, découle sans doute d'une prise de conscience que la subjectivité n'est pas, en soi, moins problématique que l'objectivité, a fortiori quand elle sombre dans le subjectivisme. Du reste, la subjectivité n'est-elle pas aussi structurellement contrainte que l'objectivité, en ce sens qu'elle est aussi construite que l'objectivité[442]?

Ces questions se posent inlassablement dans le champ du droit, tant l'idéal de justice que le système juridique cherche tant bien que mal à concrétiser l'incite à se représenter comme offrant à ses acteurs les outils nécessaires à la reddition d'un jugement "objectif", c'est-à-dire "valide intersubjectivement".[443] Elles se posent avec encore plus d'acuité en matière de droit constitutionnel, où les normes sont règle générale posées dans des termes plus flous[444]. Mais,

---

[438] *Id.*, p. 124.
[439] *Id.*, p. 123.
[440] *Id.*, p. 121.
[441] Pour une entreprise de ce type où, tout en s'attardant aux effets d'exclusion de l'objectivité telle que conçue dans l'épistémologie traditionnelle, l'on étudie les reconceptualisations possibles de l'objectivité, voir: W. NATTER, T.R. JOHNSON et J.P. JONES III (dir.), *Objectivity and Its Other*, New York / London, The Guilford Press, 1995.
[442] Voir en ce sens: J. BOYLE, "Is Subjectivity Possible? The Postmodern Subject in Legal Theory", (1991) 62 *University of Colorado Law Review* 489, aux pp. 505-506.
[443] Cette acception de l'objectivité est proposée par K. GREENAWALT, *Law and Objectivity*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 193.
[444] Sur le problème de l'objectivité en droit constitutionnel, voir: R.W. BENNETT, "Objectivity in Constitutional Law", (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 445.

comme tel, on doit tenir pour acquis que le droit positif ne peut être entièrement objectif. C'est d'ailleurs ce que soutient Paul Amselek, qui parle de cette non-objectivité comme procédant de l'essence du droit[445]. Selon ce dernier, la réglementation juridique "(...) ne nous fait pas face objectivement; elle n'est présente qu'en nous-mêmes, et elle n'est présente en chacun de nous qu'au terme d'un processus intérieur de reconstitution, de décodage et d'analyse par notre esprit à partir des signes émis par le législateur. C'est par ce sas de notre propre subjectivité que l'oeuvre du législateur nous est donnée."[446] En bout de ligne, en droit comme ailleurs, le sens est le produit de l'interaction dynamique d'un lecteur et d'un texte[447]. Mais cela n'emporte pas que le sens imparti à ce texte ne soit que pure subjectivité. Bien au contraire, l'interprétation en droit est contrainte par diverses normes, qu'il s'agisse de règles proprement dites ou de valeurs[448]:

> Objectivity in the law connotes standards. It implies that an interpretation can be measured against a set of norms that transcend the particular vantage point of the person offering the interpretation. Objectivity implies that the interpretation can be judged by something other than one's own notions of correctness. It imparts a notion of impersonality. The idea of an objective interpretation does not require that the interpretation be wholly determined by some source external to the judge, but only that it be constrained.[449]

La contrainte repose ici sur deux idées qui sont, d'une part, l'existence de règles institutionnelles qui encadrent l'interprète et constituent les standards à partir desquels la rectitude de l'interprétation est mesurée, et, d'autre part, l'existence d'une communauté d'interprétation, qui reconnaît l'autorité des règles en question[450]. À moins que cette reconnaissance n'ait pas lieu, les dissensions ne mineront pas comme telle l'objectivité du jugement, les consensus n'étant pratiquement possibles qu'au regard de certaines évidences[451]. Donc, si l'objectivité existe, elle ne se manifestera qu'à travers le travail de l'observateur, et non parce qu'elle participe de la nature même du système juridique. En ce sens, comme dans d'autres disciplines, l'objectivité en droit "(...) ne se définit ni par l'indépendance du sujet à l'égard de l'objet observé, ni par la possibilité de substituer les observateurs; ces critères sont remplacés par l'*intelligence* des observateurs et par l'*intelligibilité* de leurs reconstructions."[452] C'est justement cette "foi" en la capacité d'ouverture et d'apprentissage des observateurs qui incite des auteurs à soutenir qu'une certaine

---

[445] P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 359, à la p. 5.
[446] *Id.*, à la p. 7.
[447] O.M. FISS, "Objectivity and Interpretation", (1982) 34 *Stanford Law Review* 739, à la p. 739.
[448] En ce qui a trait à l'importance des valeurs dans le processus d'interprétation, on consultera généralement: R. DWORKIN, *op. cit.*, note 12.
[449] O.M. FISS, *loc. cit.*, note 447, p. 744.
[450] *Ibid.*
[451] *Id.*, à la p. 752.
[452] J. PARAIN-VIAL, *La nature du fait dans les sciences humaines*, Paris, PUF, coll. "Bibliothèque de Philosophie contemporaine", 1966, p. 202.

forme d'objectivité est possible ou, à défaut, qu'il peut néanmoins y avoir un "au-delà" à la subjectivité pure.

Tel est le cas des tenants de la "standpoint epistemology", pour qui l'objectivité qui est censée présider au procès de connaissance dans l'épistémologie traditionnelle ne peut qu'être qualifiée de "faible", étant donné son incapacité à faire concrètement abstraction des valeurs et des idéologies dominantes et, partant, l'occultation des points de vue ne correspondant pas à ces valeurs ou idéologies. En quelque sorte, selon cette thèse, le concept d'objectivité n'a pas encore été vraiment opérationnalisé. Or, pour qu'il le soit, il importerait d'entreprendre les investigations à partir des points de vue marginalisés. Ceci démontrerait que des questions apparemment réglées, lorsque examinées à travers la loupe de l'épistémologie traditionnelle, ne le sont pas vraiment. Un tel exercice permettrait donc de les reproblématiser, les points de vue marginalisés servant d'une certaine manière de révélateur des lieux communs de la connaissance. L'objectivité ainsi obtenue n'en serait que plus "forte"[453].

Cette thèse, très présente dans la critique juridique identitaire, frôle parfois l'essentialisme, comme on l'a vu. Aussi, d'autres positions ont émergé, tentant d'éviter ce piège. Par exemple, Lorraine Code propose une épistémologie qui analyserait qualitativement la position que la société confère aux détenteurs de telle ou telle identité. Les interprétations probablement distinctes qui découleraient des positions différentes forceraient dès lors une étude au cas par cas, sans grande prétention objectivante. Code prône en fait ce qu'elle appelle un relativisme mitigé ("mitigated relativism"), qui ne serait autre chose qu'un scepticisme instaurant un doute continuel sur la possibilité d'en arriver à une connaissance définitive, par opposition à un scepticisme portant sur l'existence même d'une réalité appréhendable[454]. Cela ne va pas sans rappeler les thèses de Katharine Bartlett, qui prône une approche "positionnelle" ("positionality"), où le sujet connaissant, admettant d'emblée la partialité et l'incomplétude de toute assertion portant sur l'existence de la vérité, tente de s'ouvrir à ce qu'elle appelle la "pluralité des vérités"[455]. D'autres vont dans la même voie en insistant sur la nécessité d'une épistémologie qui respecte la relation que fait l'Autre de son expérience "incarnée" et la prend au sérieux[456]. Mais, rappelons-le, l'objectivité du fait brut est elle-même douteuse.

---

[453] Voir généralement sur cette question: S. HARDING, *loc. cit.*, note 152. Voir aussi: S. HARDING, "Subjectivity, Experience and Knowledge: An Epistemology from/for Rainbow Coalition Politics", *Development and Change*, Vol. 23 (1992) No. 3, 175-193; S. HARDING, "After the Neutrality Ideal: Science, Politics, and "Strong Objectivity"", *Social Research*, Vol. 59, No. 3 (Fall 1992), p. 567.

[454] L. CODE, *loc. cit.*, note 303, aux pp. 41-42.

[455] K. T. BARTLETT, "Feminist Critical Methods", (1990) 103 *Harvard Law Review* 829, à la p. 884.

[456] P. HALEWOOD, *loc. cit.*, note 151, à la p. 33.

Ces épistémologies dites "alternatives" ne sont pas les seules à questionner l'épistémologie traditionnelle. Ainsi, cherchant à reconceptualiser l'objectivité de manière qu'elle soit acceptable auprès de ses critiques perspectivistes, des auteurs affirment la possibilité de concevoir en droit une objectivité "modeste"[457], s'inspirant en cela des thèses de Ronald Dworkin sur la possibilité d'en arriver à de "bonnes réponses" ("right answers")[458]. Une autre auteure propose pour sa part une objectivité "fusionnelle" ("blend conception of objectivity"), fondée sur la prise en compte de la double nature - descriptive et évaluative - de certains concepts juridiques, tel celui d'*expression* dans "liberté d'expression", qu'elle qualifie de "concepts fusionnés" ("blend concepts")[459]. Pour l'essentiel, selon cette conception de l'objectivité, un jugement sera objectif si "(...) it [is] constrained through dialogical method and empirical constraints, and supported by interpersonally available reasons."[460] Un peu dans le même esprit, Christian Atias, jugeant que l'objectivité "(...) peut (...) s'astreindre à un "effort critique dans l'établissement des faits et dans la lecture des signes" [et] "(...) tenter de demeurer consciente de ses limites (...)", redéfinit l'objectivité en droit comme "(...) une subjectivité consciente d'elle-même."[461]

À l'inverse, d'autres, comme le philosophe Richard Rorty, considèrent que le concept d'objectivité devrait être abandonné, et avec lui la dichotomie objectif-subjectif[462]. Dans une perspective pragmatique, il soutient que l'accent doit être mis sur la solidarité plutôt que sur l'objectivité: "For pragmatists, the desire for objectivity is not the desire to escape the limitations of one's community, but simply the desire for as much intersubjective agreement as possible, the desire to extend the reference of "us" as far as we can." En ce sens, non seulement Rorty estime-t-il l'ethnocentrisme inévitable, il en fait la base de sa théorie de la connaissance. Mais l'ethnocentrisme de Rorty n'a rien à voir ici avec l'ethnocentrisme épistémologique à saveur

---

[457] Voir: J.C. COLEMAN, "Determinacy, Objectivity, and Authority", (1993) 142 *University of Pennsylvania Law Review* 549.

[458] De fait, la conception de l'objectivité qu'adopte Ronald Dworkin pourrait fort bien s'accompagner de l'épithète "modeste", tant elle la traite comme un simple outil de l'argumentation: "We use the language of objectivity, not to give our ordinary moral or interpretive claims a bizarre metaphysical base, but to *repeat* them, perhaps in a more precise way, to emphasize or qualify their *content*. (...) We also use the language of objectivity to distinguish between claims meant to hold only for persons with particular beliefs or connections or needs or interests (perhaps only for the speaker) and those meant impersonally for everyone." Voir: R. DWORKIN, *op. cit.*, note 12, p. 81.

[459] Ces concepts "mélangés" sont définis ainsi: "(...) they apply only under certain factual circumstances and, at the same time, they evaluate those circumstances; when they do apply, they tend to guide our actions, beliefs, and feelings." Voir: H.L. FELDMAN, *loc. cit.*, note 343, à la p. 1195-1196.

[460] *Id.*, à la p. 1251.

[461] C. ATIAS, *op. cit.*, note 47, pp. 166-167, n° 85.

[462] R. RORTY, *Objectivity, Relativism, and Truth. Philosophical Papers, Volume 1*, Cambridge / New York, Cambridge University Press, 1991, p. 28, note infrapaginale 28.

d'impérialisme que certains reprochaient au droit[463]. Il n'incite en fait qu'à avouer la position sociohistorique particulière de chacun et son intérêt corollaire de la promouvoir: "In this sense, everybody is ethnocentric when engaged in actual debate, no matter how much realist rhetoric about objectivity he produces in his study."[464] Dès lors, le débat sur la position épistémologique plus ou moins favorable de l'un et de l'autre n'a plus d'objet. Conditionné par un parti pris préalable en faveur de la solidarité, le processus de connaissance quitte alors le terrain de l'épistémologie, a fortiori celui de la métaphysique, pour glisser vers celui de l'éthique[465].

Les épistémologies "alternatives" ne forment pas, loin s'en faut, un bloc homogène, pas plus qu'il n'existe de consensus sur l'orientation - épistémologique, éthique, politique - à donner au débat sur l'objectivité. Si l'on perçoit aisément un rejet croissant des théories générales qui ne tiennent compte ni du contexte social ni du statut des possesseurs de la connaissance, le degré de scepticisme envers l'épistémologie traditionnelle varie. La plupart de ces épistémologies récusent toutefois l'idée d'un rejet en bloc de cette épistémologie traditionnelle[466]. Bref, leur approche au regard de cette épistémologie peut être résumée ainsi: pas nécessairement le conflit, mais le conflit si nécessaire. En fait, leur scepticisme tient à leur appréhension fondamentalement différente de la relation savoir / pouvoir. Alors que l'épistémologie traditionnelle ne s'intéresse à peu près pas à l'impact de la détention du pouvoir sur le savoir, ces épistémologies cherchent au contraire à mettre au jour les liens qui unissent ces deux variables. En cela, elles convergent vers un redécoupage des frontières entre l'épistémologie, la politique et l'éthique[467]. Mais quelle que puisse être notre opinion sur la réussite de ces propositions de re-théorisation de l'objectivité et même sur la possibilité ou l'intérêt de parler encore d'"objectivité", il est clair qu'elles cherchent à mener la connaissance au-delà des absolus objectivistes ou subjectivistes[468]. En somme, elles cherchent à prendre acte de la complexité des choses et à faire en sorte que cette complexité soit adéquatement appréhendée dans le procès de connaissance.

---

[463] Sur cette forme d'ethnocentrisme, voir: W. DE LEMOS CAPELLER, *loc. cit.*, note 161. Quant à celui de Rorty, un auteur opine dans le même sens que nous en signalant que l'ethnocentrisme de Rorty se distingue de l'ethnocentrisme moderne en ce qu'il n'oblitère pas la diversité et qu'il reconnaît pleinement l'importance de l'altérité. Voir: D. COUZENS HOY, "Significant Others: Objectivity and Ethnocentrism", dans: W. NATTER, T.R. JOHNSON et J.P. JONES III (dir.), *loc. cit.*, note 441, p. 113, à la p. 126. Contre l'ethnocentrisme avoué de Rorty, on lira: C. GEERTZ, "The Uses of Diversity", *Michigan Quarterly Review*, Winter 1986, à la p. 105.

[464] R. RORTY, *op. cit.*, note 462, p. 30.

[465] *Id.*, p. 24.

[466] L. ALCOFF et E. POTTER, "Introduction: When Feminisms Intersect Epistemology", dans L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *op. cit.*, note 152, p. 1, à la p. 1-2.

[467] *Id.*, p. 3.

[468] L. CODE, *loc. cit.*, note 303, à la p. 21.

C'est d'abord cela, nous semble-t-il, qu'il faut retenir de notre survol du débat soulevé par les positions épistémologiques des tenants de la critique juridique identitaire. Bien sûr, nous avons tenté d'en brosser le tableau le plus éclairant possible, posant parfois ça et là des jugements, mais, en bout de ligne, notre objectif n'était pas comme tel normatif. Plutôt que d'avoir la vanité de proposer nous-même un prêt-à-penser, nous avons cru qu'il était largement préférable de nous tourner vers l'épistémologie et la méthode. À cet égard, nous faisons nôtres ces remarques que faisait l'historien du droit Morton Horwitz dans la préface de son plus récent ouvrage:

> A complex, multi-factored interdependent world has lost confidence in single-factor "chains of causation" that were embedded in most nineteenth-century explanatory theories. But how does one *explain* anything objectively in a world of complex multiple causation? The practicing historian needs to be conscious of these theoretical debates without either solving the problems or being paralysed by them. Yet these debates have influenced me in taking more factors into account than before. There remains the serious question of whether the new cult of complexity does not simply avoid through fiat the admirable generalizing and simplifying goals of nineteenth-century modes of explanation.[469]

Sans tomber, justement, dans le culte de cette idée très à la mode qu'est celle de la complexité, rien n'empêche toutefois de souhaiter la mise en oeuvre d'une épistémologie de la complexité, c'est-à-dire d'une épistémologie qui ne recule pas devant l'ambiguïté, qui se méfie des "donnés" clairs et qui n'encourage pas à tout prix la cohérence pour la cohérence. Comme le remarque Edgar Morin,

> [t]out cela nous incite à une épistémologie ouverte. L'épistémologie, il faut le souligner en ces temps d'épistémologie gendarme, n'est pas un point stratégique à occuper pour contrôler souverainement toute connaissance, rejeter toute théorie adverse, et se donner le monopole de la vérification, donc de la vérité. L'épistémologie n'est pas pontificale ni judiciaire; elle est le lieu à la fois de l'incertitude et de la dialogique. En effet, toutes les incertitudes (...) doivent se confronter, se corriger, les unes les autres, entre-dialoguer sans toutefois qu'on puisse espérer boucher avec du sparadrap idéologique la brèche ultime.[470]

À notre avis, seule une épistémologie de ce type est de nature à permettre une appréhension minimalement adéquate de la problématique "droit et identité", qui devrait normalement servir de forum où se rencontrent les disciplines et les identités. Mais, dans ce dernier cas, pour que la rencontre soit authentique, encore faut-il que l'Autre soit traité comme un sujet et non comme un objet: "Knowing other people occurs in a persistent interplay betwen opacity and transparency, between attitudes and postures that elude a knower's grasp and patterns that are clear and

---

[469] M.J. HORWITZ, *op. cit.*, note 11, p. viii.
[470] E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF éditeur, 1990, p. 64.

relatively constant. Hence knowers are kept on their cognitive toes. In its need to accommodate change and growth, this knowledge contrasts further with traditional paradigms that deal, on the whole, with objects that can be treated as permanent."[471] En reformulant par la négative, nous dirons que seule une épistémologie de la complexité peut nous aider utilement à éviter les obstacles qui se dressent dans le procès de connaissance juridique de l'Autre. Dans cette optique, le désir d'objectivité demeure légitime, mais il se définit d'abord et avant tout comme la recherche constante d'une intersubjectivité maximale. En sorte que l'objectivité est ainsi modélisée comme un construit plutôt qu'un donné.

[471] L. CODE, *loc. cit.*, note 303, aux pp. 37-38

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE: LE SENSIBLE ET LE RATIONNEL

Max Weber affirmait que les professeurs de droit anarchistes sont particulièrement bien placés pour connaître le droit car ceux-ci, parlant d'un point de vue situé à l'extérieur des conventions et des présuppositions juridiques, peuvent "(...) découvrir dans les institutions fondamentales de la théorie courante du droit une problématique qui échappe à tous ceux pour lesquels elles sont par trop évidentes. En effet, le doute le plus radical est le père de la connaissance."[472] S'il est loisible de penser que, malgré toute leur bonne volonté et leur grande ouverture d'esprit, nos facultés de droit s'accommoderaient assez mal de professeurs anarchistes, il y tout lieu de croire qu'elles ne s'opposeraient pas, en ces temps si incertains, à ce que l'on insuffle en leur auguste sein un petit supplément de doute quant aux méthodes traditionnelles d'appréhension du droit. Non pas que les juristes ne pratiquent pas le doute; ils le vivent quotidiennement, mais parfois un peu malgré eux. En effet, dans la perspective de la dogmatique juridique, lier doute et droit paraît périlleux. Il y a certes quelque place pour le doute, mais ce doute est éminemment contraint. Le plus souvent, il ne se profilera timidement que dans les activités qu'exercent les juristes à l'intérieur même du droit, plutôt que dans la relation au droit qu'ils ont ou pourraient avoir. Et, pourtant, le doute est constructif, il est, comme le dit René Sève, "la garantie de notre ouverture au monde, de notre capacité à évoluer avec lui et de nous adapter à lui."[473]

Une des zones du droit où une culture du doute aurait probablement un effet salutaire est sans conteste celle de l'appréhension des problématiques identitaires, dont les paramètres traditionnels outillent mal les juristes dans l'optique d'éviter les obstacles épistémologiques qui la guettent. L'un de ces obstacles découle du rationalisme qui a cours dans l'épistémologie classique et dont on retrouve des traces dans le champ du droit. Il s'agit de la dévalorisation quasi systématique de la dimension sensible de l'activité humaine qui est certes perçue comme relevant du subjectif, de l'intangible et de l'irrationnel, mais surtout du négligeable. Les tenants de la critique juridique identitaire ont d'ailleurs fait de la prise en compte de cette dimension sensible un de leurs chevaux de bataille, comme on vient de le voir. Mais pour y arriver, il est absolument nécessaire de faire éclater les frontières épistémologiques, notamment en ouvrant la rationalité, de sorte que les subjectivités jusque-là occultées ou peu écoutées y trouvent droit de cité. Cette ouverture suppose le délaissement de ce que le sociologue Michel Maffesoli appelle la "raison raisonnante"

---

[472] M. WEBER, "Essai sur le sens de la neutralité axiologique dans les sciences sociologiques et économiques", dans: *Essais sur la théorie de la science*, trad. par J. Freund, Paris, Plon, 1965, p. 411.

[473] R. SÈVE, "Douter c'est décider: nature et caractère constructifs du doute", dans: F. TERRÉ (dir.), *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 119, à la p. 124. Dans ce sens, le doute, même cultivé, ne mène pas nécessairement au cynisme.

au profit d'une autre, plus complexe, la "raison sensible", qui n'écarte pas d'emblée comme non pertinentes les dimensions expérientielles et émotionnelles qui sont à l'oeuvre dans la société[474]. Ce qui ne signifie pas, cependant, qu'il faille les accepter comme des "donnés" immuables et incontestables[475]. Ce qui ne signifie pas non plus qu'il faille, dans ce qui serait un retournement bien peu subtil, dévaloriser à son tour la rationalité sous prétexte qu'elle serait devenue une idéologie plutôt que de demeurer une méthode[476]. En effet, comme le signalait Tzvetan Todorov, "[i]l peut être difficile de savoir si l'on est pour ou contre la rationalité; les choses se précisent un peu quand on comprend que ce choix est aussi celui pour ou contre la démocratie. Les doctrines philosophiques, disait Tocqueville, ont des conséquences pratiques; et c'est par là aussi qu'elles m'affectent."[477]

C'est qu'une épistémologie qui se veut ouverte doit, *par réflexe*, être une épistémologie de l'addition et non de la soustraction[478]. En effet, une telle épistémologie veut instaurer les réflexes nécessaires à l'évitement systématique de toutes les dictatures de la pensée, qu'il s'agisse de celles imposées par le rationalisme ou l'anti-rationnalisme, par l'objectivisme ou le subjectivisme ou bien

---

[474] M. MAFFESOLI, *Éloge de la raison sensible*, Paris, Grasset, 1996. Dans le même sens, voir: G. PAQUET, *loc. cit.*, note 357. Des auteurs remarquent avec raison que l'émergence dans certains forums juridiques de cette "raison sensible" n'entraîne nullement, dans le concret, la disparition des autres formes de "raisons" dans le champ du droit. Outre la "raison sensible", qu'ils rattachent à un "ordre juridique émotionnaliste", ils réfèrent ici aux ordres juridiques "rationnel" et "technocratique". Selon eux, la logique présentement à l'oeuvre dans les processus de transformation du droit en est une de complexification et non de substitution: "Rather than moving toward a "technocratic" or "emotionalist" legal order, it may be anticipated that there will be highly variable outcomes, producing often inconsistent forms and processes in diverse areas of law and its institutions. The heroic calls for, or pronouncements declaring the arrival of, a new form of law based on alternative realities, anti-instrumentalism and emotionality are both simplistic and exaggerated." Voir: K. LASTER et P. O'MALLEY, "Sensitive New-age Laws: The Reassertion of Emotionality in Law", *International Journal of the Sociology of Law*, 1996, 24, 21-40, à la p. 35. On ne saurait mieux dire. D'où, au reste, nos réticences face à l'hypochondrie épistémologique et au subjectivisme radical observable dans certains segments de la critique juridique identitaire.

[475] Peut-être à cet égard sommes-nous moins convaincu que Maffesoli de la nécessité d'opérer une rupture totale avec l'épistémologie moderne, notamment avec l'épistémologie bachelardienne. L'avertissement de Bachelard sur les problèmes qu'entraînerait une trop grande sujétion épistémologique à l'expérience - il en parlait, rappelons-le, comme d'un "monstre épistémologique" - nous semble encore pertinent, à condition bien sûr de ne pas en faire parole d'Évangile...

[476] C'est notamment ce que met en lumière John Saul dans son brillant essai, *Les bâtards de Voltaire. La dictature de la raison en Occident*, Paris, Payot, 1993.

[477] T. TODOROV, *op. cit.*, note 121, pp. 11-12. Pour une critique intéressante de l'anti-rationalisme qui sous-tend une large part de la critique juridique identitaire, voir: S. SHERRY, "The Sleep of Reason", (1996) 84 *Georgetown Law Journal* 453.

[478] Ainsi, un auteur se demandait récemment si, au strict plan épistémologique, le saucissonnage des identités qu'ont tendance à opérer tant les tenants de la critique juridique identitaire que leurs adversaires est encore "opérationnel". Se prononçant tout particulièrement sur le concept d'ethnicité, cet auteur affirmait: "Is it still fruitful to think about the social world in terms of ethnicity? Perhaps a wider term, such as "social identity" would be more true to the flux and complexity of social processes, and would allow us to study group formation and alignments along a greater variety of axes than a single-minded focus on "ethnicity" would." Voir: T.H. ERIKSEN, *Ethnicity and Nationalism. Anthropological Perspectives*, London, Pluto Press, 1993, p. 157.

par l'optimisme aveuglant ou le nihilisme réducteur. Bref, une épistémologie "ouverte" ne peut véritablement se concrétiser que si, dans l'optique de faciliter la saisie des mutations sociojuridiques, elle se constitue en épistémologie de la complexité.

Cette épistémologie de la complexité, les juristes doivent s'efforcer de la faire progresser dans le champ du droit[479]. Certains, du reste, la pratiquent déjà. Mais, en toute hypothèse, elle suppose une conscientisation, une réflexion et un travail perpétuels, exigeant des juristes une humilité sereine qui se veut garante de l'honnêteté de leur démarche[480]. Et, bien sûr, elle implique - culture du doute oblige - que ceux-ci recherchent activement l'inconfort intellectuel[481]. Bref, il faudrait

---

[479] Un des principaux tenants de l'adoption du paradigme de la complexité dans le champ du droit est le sociologue juriste André-Jean Arnaud. Voir généralement: A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991; A.-J. ARNAUD, "Vers un processus de décision complexe en droit", dans: D. BOURCIER et P. MACKAY, *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 71. Arnaud prône pour l'essentiel l'adoption d'une épistémologie constitutive, qui suppose la reconnaissance "(...) que les problèmes ne sont pas nécessairement posés a priori, mais qu'ils doivent être construits." (A.-J. ARNAUD, *loc. cit.*, note 46, à la p. 31) Dans cette optique, "[l]a connaissance apparaît comme la recherche de la manière de se comporter et de penser "qui convienne". La finalité du raisonnement est alors de dégager une solution appropriée selon le principe de "la plus satisfaisante". Cela satisfait la nécessité d'une acceptation de la multiplicité des rationalités possibles." (*id.*, aux pp. 31-32) C'est par l'adhésion à ce qu'il appelle un "constructivisme systémique de la complexité", qu'Arnaud estime que les juristes pourraient redevenir des créateurs de droit, des acteurs de ce processus, alors que le positivisme les avait relégués au rang de simples figurants. Bref, selon lui, en adoptant le paradigme de la complexité, ils pourront devenir "juris-prudents". (*id.*, pp. 34 et 36).

[480] Comment une remise en question perpétuelle comme celle que nous proposons peut-elle se matérialiser dans le vécu des membres de la communauté juridique, se demanderont certains? Une distinction doit ici être faite entre les différents groupes de cette communauté. S'il est évident que notre principal public-cible se retrouve chez les "penseurs" du droit, comme les universitaires, en ce que ceux-ci font profession de réfléchir dans et sur le droit et poursuivent cette réflexion d'une manière beaucoup moins contrainte que les "acteurs", que sont les juristes praticiens et les juges, rien ne s'oppose à ce que ces derniers pratiquent une "épistémologie de la complexité". Leur questionnement sera probablement moins libre et, dès lors, plus discret, mais il n'en sera pas moins présent. Généralement stimulée par les besoins de leur clientèle et orientée vers une réforme normative allant dans le sens de ses intérêts, leur réflexion sur le droit devra bien sûr être formulée de manière qu'elle s'inscrive dans une réflexion en droit. Dans ce sens, leur pratique ne les empêche nullement de s'ouvrir dans une certaine mesure à la déconstruction perpétuelle que nous prônons. Ne l'oublions pas, les grands revirements jurisprudentiels qui procèdent d'une revision des postulats dans un domaine du droit donné sont certes consacrés par des juges, mais ils sont néanmoins initiés par des plaideurs qui ont eu le courage de penser autrement et de tenter de convaincre l'appareil judiciaire de l'à-propos de cette pensée divergente.

[481] Ce qui suppose de reconsidérer la manière dont est compris l'idéal positiviste de la sécurité juridique. Voir en ce sens: F. TULKENS, "La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 24, 1990, p. 25. Ce qui implique également de délaisser ce que nous avons appelé ailleurs "l'esthétique juridique de la cohérence, c'est-à-dire la recherche à tout prix de la cohérence afin d'atteindre une systématisation parfaite, quasi plastique, des règles de droit." Voir: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*, note 57, p. 249. Précisons notre pensée. Nous ne prônons pas l'abandon comme tel des idéaux de sécurité juridique ou de cohérence normative, bien au contraire. Nous prônons strictement leur abandon lorsqu'ils empêchent le questionnement juridique fondamental que nous appelons de nos voeux. Nous souhaitons en fait par là un retour à ce qui nous paraît être le fondement même de ces idéaux, soit la protection des justiciables par le truchement de normes substantielles et procédurales qui sont relativement précises, prévisibles et bien sûr publiques. Or, un problème se pose lorsque ce fondement essentiellement éthique est occulté pour laisser place à l'approche purement esthétique que nous avons décrite.

que les juristes, à l'instar du pianiste Glen Gould, pensent de façon "contrapuntique". "Pour lui, nous dit le professeur Howes, se concentrer ne signifie pas forcément se fermer à une chose pour en écouter une autre. Il cultivait l'habileté de suivre deux différentes pistes sonores simultanément. Ceci peut être perçu comme une expression de son état bicentrique, anticoncentrique."[482]

Au vu de ce qui précède, si l'immixtion de l'épistémologie de la complexité paraît plus évidente dans la science du droit, c'est-à-dire dans des disciplines qui, comme la sociologie du droit, posent un regard radicalement externe sur leur objet d'étude, elle n'en est pas moins désirable dans l'étude même du droit positif, pour autant que cette dernière se veuille minimalement critique. Toutes ces observations seraient presque banales si ce n'était du ferme propos de certains juristes qui tiennent à leurs anciennes certitudes comme à la prunelle de leurs yeux. Nous verrons en seconde partie que l'interprétation de la liberté d'expression procède parfois de pareilles certitudes, ce que dénonce la critique juridique identitaire américaine.

[482] D. HOWES, *loc. cit.*, note 159, à la p. 105

DEUXIÈME PARTIE: LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN CRISE: DISCOURS, CONTRE-DISCOURS ET CULTURES JURIDIQUES

> Radicalisme n'est pas extrémisme. Reconnaître la collusion qu'entretiennent parfois le droit, la religion et la science avec l'ordre établi n'équivaut pas à contester l'indiscutable progrès qu'a fait naître, dans la société, le triomphe de la loi sur l'arbitraire, ou à dénier le besoin qu'éprouve l'être humain de donner un sens à la vie par la quête de Dieu; cela ne revient pas non plus à remettre en cause l'importance des bienfaits qu'a apportés la science à l'humanité depuis deux siècles, ni à mépriser une aspiration au savoir dont participe elle-même toute réflexion critique[483].

D'abord il y eut la modernité et, avec elle, la liberté. Comme le dit justement Agnes Heller, "[m]odernity is about the concretization of "freedom"."[484] Les fondateurs de la pensée moderne font en effet de cette idée la pierre d'assise de leur projet politique. Ainsi Montesquieu l'associe-t-il dans son *Esprit des lois* à l'existence d'une séparation des pouvoirs au sein de l'État[485]. Quant à lui, Rousseau en fait dans son *Contrat social* un des deux objets principaux du bien commun[486]. Un peu plus tard, Hegel l'érigera en instance révélatrice de la vérité de l'esprit[487].

En plus d'être souvent posée comme pratiquement inséparable de la démocratie[488], la liberté est donc également censée favoriser l'épanouissement personnel de chaque individu. Mais jusqu'où peut aller la recherche de cet épanouissement? Cette question pose le problème de la tolérance. Servant à modérer l'affirmation initiale du primat de la liberté, la tolérance occupe elle aussi une place fondamentale dans la philosophie libérale[489]. Jusqu'où, en effet, peut-on aller dans l'exercice légitime d'une liberté? Si la réponse libérale à cette question n'est ni absolument claire, ni absolument satisfaisante[490], il est néanmoins possible de discerner certains éléments de réponse dans le clair-obscur théorique. L'un de ces éléments se trouve dans le lien nécessaire que

---

[483] L. NOEL, *op. cit.*, note 32, p. 12.
[484] A. HELLER, *Can Modernity Survive?*, Berkeley / Los Angeles, University of California Press, 1990, p. 152.
[485] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 1, Paris, GF-Flammarion, 1979, p. 294.
[486] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, GF-Flammarion, 1992, p. 76.
[487] F. HEGEL, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, Paris, Vrin, 1987, p. 27.
[488] Nous disons ici "pratiquement" car, au plan théorique, "(...) il n'existe pas de lien nécessaire entre liberté individuelle et régime démocratique. La réponse à la question: "Qui me gouverne?" est logiquement distincte de la question: "Jusqu'où le gouvernement s'ingère-t-il dans mes affaires?"" Voir: I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1969, p. 178.
[489] Voir notamment: J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, Paris, GF-Flammarion, 1992.
[490] S. MENDUS, *Toleration and the Limits of Liberalism*, Atlantic Highlands, N.J., Humanities Press International Inc., 1989.

d'aucuns établissent entre l'idée de tolérance et celle d'égale liberté[491]. Chaque individu étant également libre, celui à qui déplaît la manière dont un autre exerce sa liberté, sans cependant que ce dernier n'empiète sur la liberté du premier, est tenu de faire preuve de tolérance.

Mais l'association du concept d'égalité à celui de liberté force à pousser plus loin la réflexion. En effet, la liberté est d'abord définie comme le fait de "(..) ne pas être entravé dans ses choix par d'autres"[492]. Elle est ici conceptualisée de manière *négative* et, à ce titre, sa concrétisation dans une société qui se conçoit comme pluraliste ne commande guère plus que la tolérance[493]. Il existe toutefois un autre sens au concept de liberté. Ce second sens confère à la liberté un contenu *positif*. Selon Isaiah Berlin, "[l]e sens "positif" du mot liberté découle du désir d'un individu d'être son propre maître."[494] En ce sens, la liberté positive procède d'une volonté d'autodétermination. La question est toutefois de savoir s'il est possible de s'autodéterminer si l'on est placé en situation d'inégalité. Comment être son propre maître, comment atteindre ses fins, si l'on est dominé? Ainsi, avec le concept de liberté positive, l'égalité s'immisce quelque peu *dans* la liberté.

La situation se complique encore lorsque l'on transpose cette question du plan individuel au plan collectif. On le sait, le sujet est l'acteur principal de la modernité, que ce soit dans son volet philosophique ou juridique. On sait également que, pour l'essentiel, la modernité libérale relègue l'identité à la sphère privée. Il est facile d'imaginer, dans pareil contexte, tous les obstacles qui se dressent devant les velléités d'autodétermination que manifestent de temps à autre des groupes dont l'identité collective a été historiquement niée ou dévalorisée. Au nombre des revendications allant dans ce sens, on peut compter celles qui visent à redéfinir la liberté en lui insufflant une plus forte teneur en égalité.

Plus encore que la différence individuelle, l'affirmation de la différence collective teste les limites de la tolérance[495]. En effet, la discrétion relative d'une démarche individualisée cède alors le pas à l'impudence d'un mouvement social, qui ne demande pas seulement d'être toléré, mais exige en

---

[491] Voir par exemple: J. RAWLS, *op. cit.*, note 127, p. 214.
[492] I. BERLIN, *op. cit.*, note 488, p. 180.
[493] On remarquera que cela procède en quelque sorte d'une opération fictive de "marchandage" survenue dans le cadre de la négociation du contrat social: en contrepartie de sa soumission à l'État et à ses lois, l'individu voit sa liberté protégée. Dans ce sens, voir: R. VERDIER, "Statique et dynamique des droits des civilisations de l'oralité", *Archives de philosophie du droit*, vol. 29, 1984, p. 251, à la p. 65.
[494] I. BERLIN, *op. cit.*, note 488, p. 179.
[495] Sur le libéralisme et les revendications de type collectiviste, voir W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

plus d'être respecté et reconnu[496]. Cette distinction rejoint à certains égards celle qui est établie entre égalité formelle et égalité concrète. Ainsi, que ce soit au plan collectif ou individuel, une tension se manifeste constamment entre la liberté et l'égalité. Est-ce toutefois à dire qu'il existe une antinomie irréductible entre l'idée de liberté et celle d'égalité? Une acception absolutiste de la liberté le voudrait bien[497], mais celle-ci est loin de dominer le champ philosophique. En effet, de nombreux philosophes, anciens comme modernes, libéraux comme communautariens, font de l'égalité une condition de la liberté. On pense, pour ne nommer que ceux-là, à Dworkin[498], Rawls[499] ou Walzer[500]. Du reste, s'il est normal que des libéraux comme Dworkin ou Rawls affirment le primat de la liberté sur l'égalité, on constate que cela n'emporte nullement chez eux le rejet de l'égalité comme valeur sociale essentielle. Bien au contraire, l'égalité est vue dans la philosophie libérale comme "la condition et la garantie" de la liberté[501]. Bref, l'opposition absolue que d'aucuns voient entre l'égalité et la liberté ne pourrait bien être qu'une construction idéologique destinée à perpétuer un certain ordre social... Ce qui fait problème toutefois, c'est le contenu et la portée que doit avoir l'égalité. De quel type d'égalité parle-t-on? D'égalité formelle ou concrète? D'égalité simple ou complexe[502]? Quel est l'impact de l'égalité sur la liberté, même en admettant le primat de cette dernière? C'est généralement à ce sujet que se divisent non seulement les libéraux et les communautariens, mais aussi les libéraux de tendance libertaire et ceux de tendance sociale-démocrate.

On le devine, les débats philosophiques suscités par la question des rapports entre liberté et égalité ne sont rien de moins que tentaculaires. Et s'il n'entre pas dans le propos de cette thèse d'en faire l'exégèse, il convient néanmoins d'en signaler certains des grands axes, ne serait-ce qu'en raison de la place qu'ils occupent dans le champ du droit, notamment dans le contexte du questionnement que propose la critique juridique identitaire américaine au sujet de l'interprétation dominante de la liberté d'expression en droit constitutionnel américain. Voilà essentiellement ce dont il sera question dans cette seconde partie. Nous verrons dans cette foulée comment le droit américain opérationnalise l'idée de tolérance dans les divers volets du rapport de l'un à l'Autre. Dans cet esprit, nous dresserons d'abord un état des lieux du droit positif de la liberté d'expression aux

---

[496] Sur la différence entre tolérance, respect et reconnaissance, voir C. TAYLOR, *op. cit.*, note 123.

[497] Pour une discussion sur cette question, voir T. ANDRÉANI, et M. FÉRAY, *Discours sur l'égalité parmi les hommes. Penser l'alternative*, Paris, L'Harmattan, 1993, pp. 24-37.

[498] R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

[499] J. RAWLS, *op. cit.*, note 127.

[500] M. WALZER, *Spheres of Justice. A Defense of Plurality and Equality*, New York, Basic Books Inc., 1983.

[501] A. VACHET, *L'idéologie libérale. L'individu et sa propriété*, 2ième éd. rev. et corr., Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, p. 220.

[502] La distinction entre égalité simple et complexe est proposée par M. WALZER, *op. cit.*, note 500. Elle recoupe à de nombreux égards la distinction entre égalité formelle et réelle. Pour une critique libérale de la distinction proposée par Walzer, voir: R. DWORKIN, *op. cit.*, note 12, p. 214-220.

États-Unis, en insistant tout particulièrement sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois cherchant à réglementer l'expression antiégalitaire et sur les rationalités, souvent contradictoires, qui sous-tendent cet exercice (chapitre 4). Nous examinerons ensuite les diverses réactions féministes à l'interprétation de la liberté d'expression consacrée en droit positif américain ainsi que les thèses de la *Critical Race Theory* à ce sujet (chapitre 5). L'analyse critique de ces discours et contre-discours démontrera d'ailleurs l'utilité du cadre théorique développé en première partie. Enfin, nous nous interrogerons sur les promesses et les limites du contrôle de l'expression antiégalitaire et sur la manière de penser l'identitaire dans le champ du droit (chapitre 6).

CHAPITRE 4: LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LE DROIT POSITIF DES ÉTATS-UNIS

> L'expression de doctrine juridique libérale est intrinsèquement contradictoire: le libéralisme est hostile au droit. Peu importe que les aspirations sociales les plus élevées l'animent, peu importe que l'État ait sa faveur en tant qu'instrument positif présumé de la réalisation de cet idéal. (...) Les lois posent des priorités. Les lois imposent délibérément certains objectifs et certaines valeurs. Bref, la loi représente, du point de vue libéral, un usage trop autoritaire de l'autorité.[503]

Qu'on la trouve parfaitement exacte ou, à l'inverse, trop peu nuancée, cette assertion du politologue américain Theodore Lowi a néanmoins le mérite d'expliquer d'entrée de jeu pourquoi l'imaginaire juridique américain reconnaît une place si importante au premier amendement du *Bill of Rights* de la Constitution des États-Unis, qui protège la liberté d'expression contre les mesures gouvernementales qui lui sont attentatoires. La variante de libéralisme qui inspire l'interprétation de cette disposition constitutionnelle semble en effet avoir eu un effet d'osmose sur toute l'orientation de la pensée juridique aux États-Unis. En tant qu'affirmation première et "sacrée" - car constitutionnalisée - du principe de liberté, le premier amendement en est venu à symboliser "(...) the American commitment to liberty under law."[504] Et si, dans le concret, le primat accordé à la liberté est nécessairement tempéré par le droit, ce fameux "engagement américain en faveur de la liberté" circonscrit substantiellement les limites que le droit étatique peut imposer à l'exercice de la liberté. Ainsi, alors que cet "engagement" ne s'oppose nullement à la normativité, généralement constitutionnelle, qui procède ou participe de l'État de droit, il en va tout autrement de la normativité d'origine simplement législative ou réglementaire, qui est bien souvent perçue comme une entrave à l'exercice de la liberté. Les lois "sociales", qui visent à redistribuer le capital économique ou culturel, font à cet égard l'objet d'une méfiance particulière.

Une véritable culture de la liberté inspire donc la pensée juridique américaine. A priori, l'on ne saurait s'en plaindre, ni s'en étonner, tant la liberté est partie prenante de la démocratie. Toutefois, aux États-Unis, cette culture de la liberté se mue parfois en dogme de la liberté. Or, on le sait, la foi aveugle. S'agissant de la liberté d'expression protégée par le premier amendement du *Bill of Rights*, cette foi se fonde notamment sur une appréhension éminemment contestable de ce

---

[503] T.J. LOWI, *La deuxième république des États-Unis. La fin du libéralisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, p. 144.

[504] C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York / Toronto, The Free Press, 1993, p. xi.

que l'on pourrait appeler les "circonstances de la liberté d'expression"[505], c'est-à-dire des conditions sociales, économiques et politiques susceptibles d'influer sur l'exercice concret de la liberté d'expression. On dénote en effet un certain aveuglement du droit américain de la liberté d'expression face à ces circonstances. Or, cet aveuglement, selon les tenants de la critique juridique identitaire, a des effets particulièrement problématiques en ce qui a trait à la saisie des conséquences de l'expression antiégalitaire.

Au problème spécifique posé par l'interprétation de la liberté d'expression aux États-Unis s'en ajoute toutefois un autre, celui-là découlant du légalisme de la société américaine[506]. L'hyper-juridicisation des rapports sociopolitiques qu'implique ce légalisme participe en effet d'une dynamique politicojuridique particulière, fondée sur la revendication de *droits*[507]. Or, comme le note Judith Shklar, "[l]es droits ne sont pas cette "porte ouverte" qui nous permet d'arriver à nos fins, ce qui définit la liberté négative (...). Mais ils nous permettent de réaliser nos fins *contre* les autres."[508] Même les libertés négatives, comme la liberté d'expression, prendront la forme d'une revendication d'un droit à la liberté dans le contexte judiciaire[509]. En ce sens, la résolution des conflits sociaux passe dès le départ par une déclaration publique d'antagonisme de l'un envers l'autre: "(...)", rights claims invite sharp distinctions between self and others. It is hardly an accident that a political culture repeatedly flooded by popular claims of rights has no easy time talking directly about common possessions, common interests, or entangled and interdependent destinies."[510] Cette tendance se trouve du reste accentuée par ce que les historiens révisionnistes du premier amendement appellent la "rights consciousness" de la population américaine[511], qui se manifeste tant dans les forums judiciaires que non judiciaires[512].

---

[505] Nous nous inspirons ici du concept de "circonstances de la justice", employé par John Rawls pour décrire les conditions sociales, économiques et politiques dont on doit nécessairement tenir compte au moment d'élaborer une théorie minimalement réaliste de ce que doit être une société bien ordonnée, régie par une conception publique de la justice. Voir: J. RAWLS, *op. cit.*, note 224, p. 66-67.

[506] Sur le légalisme, voir l'ouvrage classique de J.N. SHKLAR, *On Legalism. An Essay on Law, Morals and Politics*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1964. Voir aussi: M.A. GLENDON, *Rights Talk. The Impoverishment of the Political Discourse*, New York / Toronto, The Free Press, 1991.

[507] D.T. RODGERS, "Rights Consciousness in American History", dans: D.J. BODENHAMER et J.W. ELY (dir.), *The Bill of Rights in Modern America: After 200 Years*, Bloomington / Indianapolis, Indiana University Press, 1993, p. 3, à la p. 13-17.

[508] J.N. SHKLAR, "Liberté positive, liberté négative en Amérique", dans: *Les usages de la liberté. Textes des conférences et entretiens organisés par les trente-deuxièmes Rencontres Internationales de Genève 1989*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1990, p. 107, aux p. 107-108.

[509] Dans ce cas, le conflit judiciarisé ne se posera comme pas comme celui de M. Dupont contre son voisin, mais plutôt comme celui de M. Dupont contre l'État, incarnation de l'oppression sociale.

[510] D.T. RODGERS, *loc. cit.*, note 507, à la p. 16.

[511] En effet, ces historiens contestent l'idée reçue selon laquelle la "révolution des droits" survenue après la seconde guerre mondiale aurait été due au seul activisme de la Cour suprême des États-Unis. Au contraire, les faits démontrent que bien avant cette époque, il existait déjà dans la population américaine une conscientisation face à la problématique des droits. Ce qui fait dire à Rodgers que cette révolution s'est plutôt faite de bas en haut que de

Ainsi structurées et vécues, le pensée et la culture juridiques américaines favorisent peu le compromis, sauf de guerre lasse. Cela emporte comme conséquence que tout changement dans les politiques judiciaires est passible d'être interprété comme la victoire de l'un et la défaite de l'autre. Les "win-win situations", pour employer l'expression anglaise, n'ont donc pas encore la cote, du moins dans le volet public de la démarche de résolution des conflits. Ce qui est bien sûr de nature à compliquer la tâche des tenants de la critique juridique identitaire dans leurs velléités de modifier l'acception judiciaire de la liberté d'expression aux États-Unis. Comment, en effet, convaincre le milieu juridique et la population de ce pays de la justesse de leurs vues concernant la restriction de certaines formes d'expression antiégalitaire si, a priori, tout "gain" de leur part risque d'être perçu comme une défaite de la majorité?

Cela dit, c'est au chapitre suivant que nous donnerons la parole aux tenants de la critique juridique identitaire. Il convient auparavant d'examiner le discours dominant en matière de liberté d'expression aux États-Unis, ce que nous ferons dans le présent chapitre. Toutefois, dans la mesure où, ne l'oublions pas, notre propos relève d'une épistémologie de la pensée juridique, notre étude du droit positif prendra une forme quelque peu différente des études traditionnelles du genre. Aussi, puisque nous cherchons à savoir comment une certaine interprétation d'une disposition constitutionnelle en vient à se sédimenter, au point de retarder significativement, voire d'empêcher, la réception en droit positif de contre-discours juridiques, nous identifierons les rationalités sous-jacentes au droit du premier amendement plutôt que d'en donner un compte-rendu exhaustif. Plus synthèse qu'exégèse, notre étude du droit du premier amendement consistera en quelque sorte en une archéologie de cette disposition constitutionnelle.

Nous débuterons ainsi par quelques remarques fondamentales sur l'histoire du premier amendement, mais surtout sur la façon dont les juristes ont littéralement saisi et tronqué cette

---

haut en bas: *id.*, à la p. 14. Voir aussi: SYMPOSIUM, "The Constitution and American Life", (1987) 74 *Journal of American History* 661, et particulièrement: H. HARTOG, "The Constitution of Aspiration and "The Rights That Belong to Us All", (1987) 74 *Journal of American History* 1013. Qui plus est, cette conscientisation dépassait largement le débat habituel entre une élite juridique et des exclus qui contestent l'interprétation dominante. L'appropriation normative suscitée par cette conscientisation a été le fait de nombreux segments de la population qui, même sans être eux-mêmes directement impliqués dans les débats entourant la liberté d'expression, s'y sont très tôt intéressés. Voir en ce sens: D.M. RABBAN, "The IWW Free Speech Fights and Popular Conceptions of Free Expression Before World War I", (1994) 80 *Virginia Law Review* 1055, à la p. 1060.

[512] Évidemment, l'appropriation normative dont a fait l'objet la liberté d'expression consacrée dans le *Bill of Rights* ne s'est pas toujours soldée par des litiges judiciaires. Au contraire, l'histoire démontre que la plupart de ces débats se sont déroulés hors du cadre judiciaire. Voir: D.M. RABBAN, *id.*, à la p. 1153. Ce qui n'invalide pas pour autant notre prétention voulant qu'une plus grande conscientisation face aux droits qui nous sont conférés risque tôt ou tard de rendre plus litigieuse la culture politicojuridique, surtout si l'accès aux tribunaux est facilité, ce qui a été le cas après la seconde guerre mondiale.

histoire pour qu'elle conforte leurs dogmes. C'est dans ce contexte que nous verrons comment ceux-ci ont "inventé" une histoire au premier amendement, en établissant, au mépris de la vérité historique, un lien de filiation direct entre leur interprétation libertaire et la prétendue "intention" des Pères fondateurs de la République au sujet de cette disposition constitutionnelle (section 4.1). Nous nous intéresserons ensuite aux grands axes de l'interprétation doctrinale moderne de cette disposition constitutionnelle et à leur application à l'expression antiégalitaire. Nous constaterons à cet égard que tout, dans le *discours* tenu autour du premier amendement, concourt à empêcher les tentatives de réglementation de cette forme d'expression. De fait, autant les justifications philosophiques que les métaphores qui nourrissent ce discours participent à une mythologie qui conforte une interprétation absolutiste du premier amendement. Toutefois, cet absolutisme s'avère plutôt d'ordre cosmétique, comme le démontre la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. En effet, au-delà de la rhétorique, les principes de l'égalité formelle des idées et de la neutralité du premier amendement y sont plus souvent qu'autrement relativisés à la faveur de distinguos plus subtils les uns que les autres, lesquels paraissent fréquemment inspirés par des considérations plus idéologiques que strictement juridiques. Du reste, cette sinuosité idéologique se révèle de manière éclatante dans la jurisprudence de la Cour suprême portant sur l'exercice préjudiciable de la liberté d'expression (section 4.2) et, plus particulièrement, sur l'expression antiégalitaire (section 4.3), où arguties juridiques et objections philosophiques se conjuguent pour faire obstacle à toute réglementation de cette forme d'expression. Avec la mythologie qui fonde l'interprétation libertaire du premier amendement, ces obstacles rhétoriques, philosophiques et juridiques agissent comme des "talismans" du droit et, partant, protègent non seulement le statu quo interprétatif mais également le récit identitaire américain. De fait, nous montrerons que la protection constitutionnelle de la liberté d'expression aux États-Unis est devenue un des éléments centraux de l'identité nationale américaine, de telle manière que remettre en cause son interprétation libertaire équivaut à quelque sorte à remettre en cause le récit identitaire majoritaire. C'est d'ailleurs l'influence de ce récit identitaire qui, selon nous, explique le mieux l'isolationnisme et l'exceptionnalisme des États-Unis en matière d'interprétation de la liberté d'expression (section 4.4).

4.1. Le premier amendement entre la mythologie et l'histoire

Nous avons évoqué à plusieurs reprises dans la première partie de cette thèse l'opposition classique du donné et du construit, ainsi que les problèmes épistémologiques qu'entraîne la présentation de ce qui relève du construit comme procédant au contraire de la catégorie du donné. Cette problématique se pose une fois de plus au moment de traiter de l'interprétation du premier amendement de la Constitution des États-Unis. La culture juridique américaine fait en effet de

cette disposition constitutionnelle un donné et la présente comme telle[513]. Si pareille approche est certes contestable dans l'ordre dogmatique, en ce qu'elle est tôt ou tard susceptible de nuire à la qualité même de l'interprétation de cette garantie constitutionnelle[514], elle l'est encore plus dès lors que la démarche intellectuelle entreprise se veut un tant soit peu historique.

Pourtant, de nombreux juristes américains - et non les moindres - se sont échoués sur ce récif. Convaincus de la justesse, non seulement juridique mais aussi morale, de leur interprétation "orthodoxe" du premier amendement, ces juristes en sont arrivés à présenter cette interprétation comme l'aboutissement ultime - et définitif, notons-le - du droit de la liberté d'expression aux États-Unis. L'étape suivante était de susciter la foi dans cette interprétation et de s'assurer que cette foi soit léguée aux générations suivantes. De fait, combien de fois voit-on dans les textes de ces juristes des incantations du genre "nous avons hérité des pères fondateurs ce droit à la liberté d'expression; à nous de ne pas le sacrifier"... Les commentaires suivants du professeur Emerson montrent bien la dimension quasi religieuse attribuée au premier amendement dans l'"histoire officielle": "The theory of freedom of expression is a sophisticated and even complex one. It does not come naturally to the ordinary citizen but needs to be learned. *It must be restated and reiterated not only for each generation, but for each new situation.*"[515] Ici, l'idée de "doctrine" prend tout son sens: celui d'"endoctriner"...

Quoi qu'il en soit, ce type de patriotisme juridique[516] inspire au professeur Steven Shiffrin la remarque suivante:

> America has had a romance with the first amendment. It regards the first amendment as an important symbol of what the country means. Thus, the first amendment is more than an exercise in social engineering. Yet, for much of this century, this doctrinal meaning of the first amendment has adjusted and flowed with perceived needs of governance. Platitudes have substituted for substantive vision. We have had social engineering without romance. For the most part, commentators present organizing visions that lack substantial connections with the demands of social reality. They offer us romance without social engineering.[517]

---

[513] Voir en ce sens: F. SCHAUER, *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge / New York / London / New Rochelle / Melbourne / Sydney, 1982, p. ix.
[514] *Ibid.*
[515] T. EMERSON, "Toward A General Theory of the First Amendment", (1963) 72 *Yale Law Journal* 877, à la p. 894. Les italiques sont nôtres.
[516] À ne pas confondre ici avec le concept de "patriotisme constitutionnel" développé par Jürgen Habermas.
[517] S.H. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy,and Romance*, Cambridge, Mass. / London, Engl., 1990, p. 5. Voir le commentaire de D.A. FARBER, ""Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment", (1991) 105 *Harvard Law Review* 554.

Aussi, pour éviter que soit "sacrifiée" cette liberté d'expression qui, dit-on, était si chère aux yeux des pères de la République, des juristes ont littéralement *inventé* une histoire au premier amendement. Cette histoire sert, d'une part, à légitimer la façon dont eux-mêmes interprètent cette disposition constitutionnelle et, d'autre part, à inculquer à d'autres les dogmes du culte du premier amendement. Cette double démarche d'auto-légitimation et de légitimation du *statu quo* en dit long sur le rôle que nous, juristes, pouvons jouer dans la reproduction de l'ordre établi[518].

4.1.1. Le conflit des histoires et l'émergence de la doctrine moderne du premier amendement

Ce n'est que récemment que des juristes ou des historiens ont entrepris de questionner l'histoire officielle du premier amendement[519]. Cette histoire, maintenant érigée au rang d'orthodoxie, présente l'évolution de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis comme ayant été marquée par un progrès constant depuis l'adoption du premier amendement[520]. Dans cet esprit, un lien direct de filiation est établi entre la doctrine moderne du premier amendement, qui constituerait le point culminant de cette évolution, et la pensée des rédacteurs du *Bill of Rights*. L'interprétation libertaire que les initiateurs de l'histoire officielle ont mis de l'avant se trouve dès lors justifiée a posteriori. Censée correspondre en tous points à l'intention originale des pères fondateurs, elle peut s'imposer comme *la* seule valable[521]. Par le fait même, cette interprétation devient anhistorique[522]: "Although specific First Amendment standards change in response to social circumstances and can be the subject of some dispute, scholars working within this libertarian tradition see the foundations of the argument for free speech as timeless, transcending the particular intellectual fashions of any era."[523] Elle peut alors s'imposer comme un donné neutre et objectif. Mais cette interprétation n'aurait pu véritablement transcender son origine

---

[518] Sur cette question, voir le toujours actuel article de: D. KENNEDY, "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy", (1982) 32 *Journal of Legal Education* 591.

[519] Voir généralement: M.A. GRABER, *Transforming Free Speech. The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, Berkeley / Los Angeles / Oxford, University of California Press, 1991; D. YASSKY, "Eras of the First Amendment", (1991) 91 *Columbia Law Review* 1699; M. KELLER, "Powers and Rights: Two Centuries of American Constitutionalism", (1987) 74 *Journal of American History* 675; D.M. RABBAN, "The First Amendment in Its Forgotten Years", (1981) 90 *Yale Law Journal* 514; D.M. RABBAN, "The Emergence of First Amendment Doctrine", (1983) 50 *University of Chicago Law Review* 1205; D.M. RABBAN, "The Free Speech League, the ACLU, and Changing Conceptions of Free Speech in American History", (1992) 45 *Stanford Law Review* 47; D.M. RABBAN, *loc. cit.*, note 511; P.L. MURPHY, *The Meaning of Freedom of Speech. First Amendment Freedoms from Wilson to FDR*, Westport, Conn., Greenwood Publishing Company, 1972.

[520] D. YASSKY, *id.*, à la p. 1700.

[521] M.A. GRABER, *op. cit.*, note 519, p. 13.

[522] B. ACKERMAN, "Constitutional Politics / Constitutional Law", (1989) 99 *Yale Law Journal* 453, aux pp. 453-55.

[523] M.A. GRABER, *op. cit.*, note 519, p. 5.

doctrinale si elle n'avait pas été validée par les tribunaux. Cette consécration, qui eut lieu dans les années 1920-1930, acheva sa mutation en dogme juridique[524].

Toutefois, selon les nouveaux historiens du premier amendement, cette idée de la linéarité de l'évolution de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression aux États-Unis et celle, corollaire, du rattachement direct de la doctrine contemporaine du premier amendement à l'entendement qu'en avaient les rédacteurs du *Bill of Rights* relèvent bien plus du mythe que de la réalité matérielle. En effet, l'histoire officielle procède selon eux d'une fausse prémisse qui fait également office de mythe fondateur, celle qui veut que le premier amendement ne soit destiné qu'au contrôle de la réglementation étatique de l'expression[525]. Certes l'introduction dans la Constitution américaine du *Bill of Rights*, et particulièrement du premier amendement, était-elle en partie inspirée par l'idée de protéger les individus contre la tyrannie[526], mais encore faut-il savoir de quelle tyrannie il s'agissait. De fait, si la liberté est perpétuellement menacée, la forme des menaces qui la guettent ne manque pas, quant à elle, de changer en fonction des propres transformations de l'État-Léviathan:

> As the powers of these institutions have changed, so too has the nature of their hazards, and so has the protection demanded of the First Amendment. While the dangers presented by the original constitutional scheme no longer seem urgent, the modern governmental structure involves new perils, against which the Founders' safeguards are inadequate. The specific content of the First Amendment - its method for combatting tyranny - has changed accordingly.[527]

---

[524] Un seul exemple suffira à démontrer à quel point certains juges de la Cour suprême participèrent à la mystification. Dans son opinion distincte de l'arrêt *Whitney* v. *California*, 47 S. Ct. 641 (1927), aux pages U.S. 375-377, le juge Brandeis affirmait que le but des rédacteurs de la Constitution était que chaque individu développe ses propres facultés, d'où son assertion voulant que ces rédacteurs: "(...) believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth... Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law - the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assemblies should be guaranteed."

[525] D. YASSKY, *loc. cit.*, note 519, à la p. 1700.

[526] *Id.*, à la p. 1701.

[527] *Id.*, à la p. 1703. Il convient de noter ici que cette interprétation "fonctionnelle" de l'évolution du premier amendement ne fait pas non plus l'unanimité chez les nouveaux historiens. Ainsi, Mark Graber souligne que cette interprétation est accréditée par de nombreux auteurs orthodoxes qui n'en soutiennent pas moins - faussement selon lui - que les mêmes principes fondamentaux ont toujours encadré la résolution des questions soulevées par le premier amendement. Voir: M.A. GRABER, *op. cit.*, note 519, p. 5.

Ainsi, selon Yassky, la protection conférée par le premier amendement a connu trois grandes époques[528]. La première a couvert la période comprise entre l'édiction de cette disposition constitutionnelle et la guerre de sécession; la seconde a débuté après cette guerre et s'est poursuivie jusqu'au New Deal du président Franklin D. Roosevelt; enfin, la troisième, qui perdure toujours, s'est amorcée lors du New Deal[529].

À l'origine, le premier amendement servit d'abord à empêcher une centralisation excessive des pouvoirs au sein de la jeune fédération américaine[530]. L'étude de Yassky montre à cet égard que la protection de la liberté d'expression individuelle, telle qu'on la conçoit aujourd'hui, était bien loin de constituer la préoccupation première des rédacteurs du *Bill of Rights*. Ceux-ci, au contraire, "(...) did not conceive of liberty as requiring that all points of view have access to public debate."[531] Ils n'étaient donc pas opposés en tous points à la censure de l'expression, tant et aussi longtemps que cette censure demeurait le fait des États fédérés plutôt que du gouvernement fédéral[532].

La seconde phase historique de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression débute peu après la guerre de sécession[533]. Ayant frôlé de peu l'éclatement, la fédération américaine entre alors dans une nouvelle dynamique, celle de la limitation des pouvoirs des États fédérés. La Cour suprême des États-Unis élabore en effet à cette époque toute une série de normes censées protéger la liberté individuelle contre les atteintes gouvernementales. Mais ces normes sont inspirées non pas du premier amendement, mais plutôt de la *common law*. En fait, la Cour constitutionnalise littéralement la *common law*, alors conçue comme une expression du droit naturel, par opposition au droit positif légiféré de l'État[534]. Derrière ce renvoi aux principes "naturels" de la common law se profile une méfiance larvée envers l'État-Léviathan, dont l'*action* est jugée a priori illégitime [535]. L'intervention négative de la Cour se trouve dès lors justifiée par la nécessité de "restaurer l'ordre naturel troublé par l'action législative", pour paraphraser le professeur Tribe[536]. Il s'agit donc de laisser libre cours aux forces de la nature, qui se chargeront bien de s'auto-réguler... Une fois de

---

[528] Tout comme, du reste, la conception de la liberté elle-même, dont les époques ne concordent cependant pas nécessairement avec celles identifiées pour le premier amendement. Voir en ce sens: M. KAMMEN, *Spheres of Liberty. Changing Perceptions of Liberty in American Culture*, Ithaca / London, Cornell University Press, 1986.
[529] D. YASSKY, *loc. cit.*, note 519, à la p. 1702. Dans le même sens, voir: B. ACKERMAN, *loc. cit.*, note 522.
[530] D. YASSKY, *id.*, aux p. 1704-1717.
[531] *Id.*, à la p. 1707.
[532] *Id.*, à la p. 1707, note infrapaginale 24.
[533] *Id.*, aux p. 1717-1729.
[534] *Id.*, aux p. 1722-1723.
[535] *Id.*, à la p. 1722.
[536] L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd ed., Mineola, N.Y., The Foundation Press, Inc., 1988, n° 8-6, p. 578-579.

plus, le donné triomphe du construit, mais, comme par hasard, le donné consacre ici l'inviolabilité du droit de propriété privée et la liberté contractuelle. En sorte qu'à travers la reformulation du concept de liberté sur cette prémisse, la Cour suprême affirme le primat de la liberté économique, inaugurant du même souffle un courant jurisprudentiel qui sera marqué par une hostilité déclarée envers toute loi "sociale"[537]. Mais que deviennent alors les libertés publiques, particulièrement la liberté d'expression consacrée au premier amendement de la Constitution? Cette dernière est tout simplement - et une fois de plus - reléguée à l'arrière-plan, puisque la toute-puissante *common law* ne la protège pas. La Cour suprême ira même jusqu'à affirmer explicitement la primauté du droit de propriété sur la liberté d'expression[538]. La censure continue donc de sévir entre la guerre de sécession et le New Deal[539].

C'est justement avec la mise en oeuvre du programme social du New Deal que la Cour suprême des États-Unis effectue un virage dont les effets se font encore sentir aujourd'hui. Le

---

[537] L'arrêt fondamental en ce sens est *Lochner* v. *New York*, 25 S. Ct. 539 (1905). Dans cette espèce, la Cour suprême des États-Unis déclara inconstitutionnelle une législation de l'État de New York qui limitait à soixante heures la semaine de travail des employés des boulangeries de l'État. Associant la liberté au droit de propriété privée et à celui de contracter pour louer ses services et "pour acheter et vendre du travail" ("purchase and sell labor"), elle estima sur cette base que la législation en cause constituait une ingérence inacceptable dans l'autonomie des parties contractantes, telle que consacrée en *common law*. Cette ingérence lui apparut particulièrement inacceptable au vu des faibles risques que l'activité réglementée faisait peser sur la santé des employés de boulangerie. En quelque sorte, la fin devait justifier les moyens. Or, compte tenu de la portée de la mesure contestée, la Cour considéra que l'objectif visé par le législateur était probablement autre que la simple protection de la santé des travailleurs. Comme le remarque le professeur Tribe, pareille approche témoigne du refus de la Cour de l'époque de s'en remettre au jugement du législateur, fondé sur des rapports d'experts, quant à l'évaluation des risques rattachés à une activité économique donnée et de son adhésion aux théories conservatrices, voire même au darwinisme social prôné par Herbert Spencer. Voir: L.H. TRIBE, *id.*, pp. 568-570. L'hostilité déclarée de la Cour suprême des États-Unis envers les lois sociales incita même un Franklin Roosevelt soucieux d'éviter l'échec de son New Deal à envisager le remplacement des juges de la Cour. Toutefois, ce projet, dit de "Court-packing", échoua.

[538] *Davis* v. *Commonwealth of Massachusetts*, 17 S. Ct. 731 (1897). Dans cet arrêt, la Cour valida un décret de la ville de Boston qui interdisait, sous réserve de la permission du maire, les discours dans des lieux publics, en invoquant notamment que Davis ne pouvait avoir de droit constitutionnel de s'exprimer dans un lieu public parce qu'il ne détenait aucun intérêt de propriétaire ("proprietary interest") dans ce lieu. Il convient par ailleurs de noter que cet arrêt confirmait un jugement d'une cour inférieure du Massachusetts, qui avait été rédigé par le juge Oliver Wendell Holmes Jr.. Fait intéressant, celui-ci, une fois nommé à la Cour suprême, devait être à l'origine du virage libertaire de la Cour en matière de liberté d'expression. Pour ce jugement de Holmes, voir: *Commonwealth of Massachusetts* v. *Davis*, 162 Mass. 510 (1895). Remarquons enfin que cette position jurisprudentielle se situe aux antipodes de celle qui prévaut aujourd'hui aux termes de la doctrine du "forum public".

[539] Voir généralement sur cette question: D.M. RABBAN, *loc. cit.*, 1981, note 519. De tous les arrêts de cette époque validant des mesures gouvernementales destinées à censurer la libre expression, les plus marquants sont, d'une part, *Debs* v. *United States*, 39 S. Ct. 900 (1919) et *Schenck* v. *United States*, 39 S. Ct. 247 (1919), où la Cour confirma des condamnations criminelles prononcées en vertu du *Espionage Act*, qui prohibait toute forme d'obstruction à la conscription ou d'incitation à l'insubordination au sein de l'armée, et, d'autre part, *Gitlow* v. *New York*, 45 S. Ct. 625 (1925) et *Whitney* v. *California*, *supra*, note 524, où la Cour confirma la condamnation au criminel d'individus ayant encouragé, par la distribution de tracts ou l'organisation de réunions, la diffusion d'idées socialistes. L'obsession antigauchiste américaine commençait...

développement de l'État-providence en réponse à la crise économique des années 1930 et l'émergence corollaire d'une imposante bureaucratie vouée à la mise en oeuvre des programmes sociaux de cet État-providence provoquent en effet un changement radical dans la conception judiciaire de la liberté. En quelques années, l'arrêt *Lochner* v *New York*[540] est répudié[541]; le keynésianisme est légitimé[542] et, avec lui, l'activisme étatique en matière socioéconomique[543]. S'il est difficile d'identifier avec exactitude les causes de ce revirement jurisprudentiel, on peut tenir pour avéré que ce sont surtout les pressions sociales et politiques que subissait la Cour suprême du fait du projet de "Court-packing" de Roosevelt et de la très grande popularité du New Deal, ainsi que l'évolution de la pensée sociale à la suite de la dépression de 1930, qui l'ont amenée à "conclure" un concordat implicite avec les autres branches de l'appareil étatique, quoique le concept de contrat d'adhésion décrirait peut-être mieux son entreprise[544]. Ainsi, contre le retrait de son opposition de principe aux législations sociales de l'État, elle réaffirme son droit d'intervenir lorsque des libertés politiques sont en cause. Est-il besoin de le mentionner, ce concordat occupe une place centrale dans l'histoire de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis.

En effet, à partir du moment où est consacrée la légitimité de l'activisme étatique dans le champ socioéconomique, l'ennemi d'hier disparaît. Dès lors, rien ne va plus. Aussi faut-il réexaminer le sens donné jusque-là au concept de liberté. C'est précisément la tâche que s'est donnée la Cour suprême des États-Unis en reconceptualisant la liberté de manière à faire contrepoids au pouvoir plus que jamais étendu du nouvel État-providence. Tout légitime fût-il, cet État nouveau genre n'était pas lui non plus immunisé contre les dérives totalitaires. D'une part, l'appareil bureaucratique qui lui était afférent paraissait de plus en plus éloigné des préoccupations des citoyens, sans être pour autant contraint, comme les politiciens élus, par des considérations liées à

---

[540] *Supra*, note 537.

[541] Cette répudiation résulte d'une série d'arrêts rendus à partir de 1934, qui valident des mesures sociales portant atteinte à la liberté économique d'une manière telle qu'elles auraient été déclarées inconstitutionnelles sous l'empire de *Lochner*. Voir notamment: *Home Building & Loan Association* v. *Blaisdell*, 54 S. Ct. 231 (1934); *Nebbia* v. *New York*, 54 S. Ct. 505 (1934); *West Coast Hotel Co.* v. *Parrish*, 57 S. Ct. 578 (1937); *Steward Machine Co.* v. *Davis*, 301 U.S. 548 (1937); *National Labor Relations Board* v. *Jones & Laughlin Steel Co.*, 301 U.S. 1 (1937); *United States* v. *Darby*, 61 S. Ct. 451 (1941); *Phelps Dodge* v. *National Labor Relations Board*, 313 U.S. 177 (1941); *Wickard* v. *Filburn*, 63 S. Ct. 82 (1942). Voir surtout la répudiation expresse et unanime de *Lochner* dans: *Lincoln Federal Labor Union* v. *Northwestern Iron & Metal Co.*, 69 S. Ct. 251 (1949). Cependant, certains arrêts de la même époque qui vont à l'encontre de la nouvelle tendance de la Cour suprême témoignent néanmoins de la présence de flottements idéologiques au sein de la Cour. Voir: *A.L.A. Schechter Poultry Corporation* v. *United States*, 55 S. Ct. 837 (1935); *United States* v. *Butler*, 56 S. Ct. 312 (1936); *Morehead* v. *New York ex. rel. Tipaldo*, 56 S. Ct. 918 (1936); *Carter* v. *Carter Coal Co.*, 56 S. Ct. 855 (1936).

[542] *Osborn* v. *Ozlin*, 310 U.S. 53 (1940).

[543] D. YASSKY, *loc. cit.*, note 519, à la p. 1732.

[544] Voir: L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 8-6, p. 578-581.

la représentativité démocratique. D'autre part, le spectre des totalitarismes fascistes et communistes se faisait de plus en plus présent à cette époque. Aussi tous ces facteurs contribuèrent-ils à inciter la Cour à revoir entièrement sa conception de la liberté:

> Rather than seeing the New Deal as having discredited libertarianism altogether, the Court understood that the activist state posed new and different threats to individual liberty, and that it required the development of a correspondingly reformulated theory of constitutional liberty. It was in response to this challenge that the Court articulated the absolutist First Amendment theory that dominates contemporary jurisprudence.[545]

Plutôt que de protéger l'activité économique de l'ingérence étatique, comme elle l'avait fait jusqu'à maintenant, la Cour résolut de s'intéresser dorénavant aux ingérences étatiques dans le processus politique[546] et de les assujettir à un contrôle judiciaire très strict[547]. En revanche, l'orientation générale présidant à l'exercice de son pouvoir de contrôle restait la même: "(...) protecting private resources against government redistribution."[548] Ainsi, un mot peut à lui seul décrire adéquatement l'orientation générale de cette doctrine: il s'agit du mot "libertarisme". En effet, la seule véritable constante qui se dégage de la jurisprudence et de la doctrine majoritaires contemporaines est l'accent qui est mis sur l'à-propos de la non-intervention gouvernementale en matière de réglementation de l'expression. Mark Graber, bien qu'il distingue deux grandes époques dans l'histoire du libertarisme judiciaire américain, l'une marquée par un libertarisme conservateur, l'autre par un libertarisme "social", situe la seconde dans un continuum avec la première[549]. La seconde, qui conditionne encore aujourd'hui l'interprétation du premier amendement, fournit en quelque sorte la toile de fond de la théorie moderne de cette disposition constitutionnelle.

C'est donc à l'époque du New Deal que l'on peut retracer l'origine de cette théorie, dont l'émergence a été provoquée par une restructuration fondamentale du rôle de l'État et des modes d'action étatique. On le voit, nous sommes bien loin ici de l'interprétation orthodoxe qui en fait

---

[545] D. YASSKY, *loc. cit.*, note 519, à la p. 1732.
[546] *Id.*, à la p. 1736.
[547] L'idée de les assujettir à une telle norme de contrôle judiciaire fut lancée par le juge en chef Stone dans la célèbre note infrapaginale 4 de l'arrêt *United States* v. *Carolene Products Co.*, 58 S. Ct. 778, 783-784 (1938). Elle devait plus tard être dans de nombreux arrêts. Voir: R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20.7, p. 19. Pour cette raison, Yassky considère l'arrêt *Carolene* comme marquant la renaissance du premier amendement et même du *Bill of Rights*. Voir: D. YASSKY, *loc. cit.*, note 519, à la p. 1737, note infrapaginale 145.
[548] D. YASSKY, *id.*, à la p. 1738. Comme nous le verrons plus loin, cette position est à la source des critiques formulées à l'encontre de la doctrine moderne du premier amendement par de nombreux intellectuels, parmi lesquels on compte les tenants de la critique juridique identitaire.
[549] M.A. GRABER, *op. cit.*, note 519, p. 9-10.

l'héritière "naturelle" des idées des pères fondateurs de la république américaine. Cela explique pourquoi ceux que nous avons appelés les "nouveaux historiens" du premier amendement voient en cette interprétation orthodoxe une manipulation ou un mensonge. Pour ces derniers, la validation de l'interprétation libertaire du premier amendement par son rattachement à une tradition immémoriale inventée fossilise littéralement cette disposition constitutionnelle, la rendant réfractaire à toute évolution significative. En témoigne par exemple l'évacuation, chez les tenants de l'interprétation orthodoxe, de tout débat de fond portant sur la qualité de la saisie juridique des revendications visant une redistribution du capital culturel[550]. Dans ce sens, un auteur soutient à l'encontre du professeur Harry Kalven, l'un des plus illustres représentants du courant orthodoxe[551], que la théorie moderne du premier amendement, loin de procéder d'une tradition immémoriale, n'est ni intemporelle, ni intangible[552]. Elle est au contraire éminemment située, historiquement, socialement et idéologiquement[553].

Cela dit, comment expliquer, autrement que par un besoin de sécurité intellectuelle, que l'interprétation libertaire du premier amendement, faussement présentée comme procédant d'une tradition immémoriale, soit restée si longtemps incontestée? Selon Mark Graber, deux facteurs expliquent cette situation. D'une part, celle-ci découlerait du conflit d'intérêts non divulgué de celui qui est à l'origine de l'interprétation libertaire du premier amendement. En effet, Graber soutient que le professeur Zechariah Chafee Jr., dont l'oeuvre immense tient pratiquement lieu d'"Ancien Testament" du premier amendement, a occulté des grands pans de l'histoire de l'interprétation judiciaire de cette disposition, préférant plutôt sélectionner les moments qui convenaient le mieux à son idéologie libertaire tout en prétendant faire oeuvre entièrement désintéressée. C'est ainsi que l'interprétation libertaire se serait imposée comme la seule vraie interprétation du premier amendement[554]. D'autre part, la persistance de la croyance en l'existence d'une tradition interprétative "intemporelle" est également attribuable à l'habitude qu'ont les juristes de mettre l'accent sur les conclusions de l'argumentation juridique plutôt que sur les prémisses de celle-ci. D'après Graber, les penseurs qui se sont intéressés à l'évolution de l'interprétation du premier amendement ont souvent eu tendance à circonscrire leur champ d'étude aux seules circonstances qui, selon les tribunaux, permettent au gouvernement de restreindre la liberté d'expression. Or, cet auteur soutient qu'une telle démarche intellectuelle tronque l'analyse en accentuant les points communs entre les penseurs libertaires tout en diminuant les divergences qui existent entre eux au plan des prémisses de l'argumentation. En effet, si tous les penseurs

[550] M.A. GRABER, *id.*, p. 13; D. YASSKY, *loc. cit.*, note 519, aux p. 1741-1742.
[551] Voir: H. KALVEN, Jr., *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*, New York, Harper & Row, 1988.
[552] M.A. GRABER, *op. cit.*, note 519, p. 1-5.
[553] *Id.*, p. 216.
[554] *Id.*, pp. 6 et 122-164.

libertaires s'entendent sur l'inopportunité de l'intervention gouvernementale dans le champ de l'expression, les prémisses qui sont invoquées au soutien de cette conclusion sont susceptibles de varier radicalement, au point même de procéder de justifications philosophiques entièrement différentes. Cette occultation des divergences favorise donc la croyance en l'existence d'une "tradition" commune et monolithique[555], assurant ainsi le triomphe de la mythologie sur l'histoire.

4.1.2. La généalogie du premier amendement au-delà de l'idéologie: questions de méthode

En tant que discours, non seulement le droit est-il un construit et jamais un donné mais, au surplus, il s'agit d'un discours auto-légitimant[556]. Les interprétations orthodoxes du premier amendement le démontrent éloquemment. Chez elles, l'idéologie se substitue aux faits dans une vaste entreprise de fiction qui, à l'évidence, tient beaucoup plus de la mythologie que de l'histoire. Peut-être l'histoire du premier amendement est-elle effectivement un "texte" au sens derridéen du terme[557], mais elle ne constitue pas pour autant un "roman", au sens courant du mot. Il s'ensuit qu'il est impérieux de démythifier cette disposition constitutionnelle. Cette entreprise commande certes un réexamen des méthodes traditionnelles d'analyse, mais surtout une mise en question des habitudes intellectuelles des juristes. Aussi, indépendamment de l'opinion que l'on peut avoir sur la valeur du droit contemporain de la liberté d'expression aux États-Unis, le principal mérite des travaux des nouveaux historiens du premier amendement est sans conteste d'avoir montré combien il est facile de manipuler l'histoire pour légitimer une interprétation[558]. Leur second mérite, et non le moindre, est de nous inciter à nous questionner sur les méthodes que nous utilisons pour évaluer l'état du droit sur un sujet donné.

---

[555] *Id.*, p. 7.

[556] Dans cette optique, l'usage de la rhétorique est fort utile. Celle-ci est utilisée par les auteurs du discours juridique, principalement les juges, pour persuader leurs auditoires de la légitimité du droit et, partant, de la légitimité de leur action. En fait, cet exercice d'auto-légitimation du droit procède en quelque sorte d'un mouvement perpétuel de persuasion de ces auditoires. Sur la question de l'usage de la rhétorique en droit constitutionnel, notamment sous l'empire des Chartes, voir généralement: M. GOLD, "La rhétorique des droits constitutionnels", (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 1. Voir aussi les travaux de Chaim Perelman.

[557] Nous référons ici à la pensée du philosophe Jacques Derrida, le "père" de la déconstruction. Il résume comme suit ce concept, ainsi que son emploi du mot "texte": "Dans des contextes toujours très déterminés, [la déconstruction] est l'un des noms possibles pour désigner, par métonymie en somme, ce qui arrive ou n'arrive pas à arriver, à savoir une certaine dislocation qui en effet se répète régulièrement - et partout où il y a quelque chose plutôt que rien: dans ce qu'on appelle classiquement les textes de philosophie classique, bien sûr et par exemple, mais aussi dans tout "texte", au sens général que j'essaie de justifier pour ce mot, c'est-à-dire dans l'expérience tout court, dans la "réalité" sociale, historique, économique, technique, militaire, etc." Voir: J. DERRIDA, *Points de suspension. Entretiens choisis et présentés par Élizabeth Weber*, Paris, Galilée, 1992, p. 367.

[558] Voir en ce sens: L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-1, p. 785, note infrapaginale 3.

Proposent-ils, en revanche, d'autres méthodes qui permettent d'éviter l'écueil de la légitimation acritique? Graber suggère pour sa part de resituer la problématique juridique à l'étude dans ce qu'il appelle son environnement intellectuel:

> This intellectual environment consists of those modes of rhetorical justification that constrain political argument in any community. Every cultural langage has legitimate first premises, rules for moving from these premises to others, and illegitimate conclusions. Although external political conditions influence these ideological structures, recent scholarship suggests that ideas are "relatively autonomous." Quentin Skinner, among others, notes that the dominant belief systems of a given community influence not only what arguments are believed but also what arguments are made or even conceived. Therefore, when broader patterns of social justification change, the structure of particular political arguments changes. Thinkers begin to ponder what was once inconceivable, advocates begin to assert what was once unsayable, and audiences begin to accept what was once unbelievable.[559]

Abondant dans le même sens, Yassky soutient quant à lui qu'il faut tout d'abord renoncer à l'analyse exégétique traditionnelle des problématiques juridiques. Il suggère ainsi que les interprètes du premier amendement se détachent de la lettre de cette disposition et de l'interprétation qu'elle a reçue dans le système juridique pour aborder son étude dans une perspective plus large. Autrement dit, il propose une réflexion comportant une part d'externalité. Cette approche holistique implique toutefois plus qu'une simple mise en contexte philosophique du premier amendement; elle exige une appréhension structurelle de cette disposition. Yassky souligne à cet égard que

> [b]ecause the goal of coherence among interrelated constitutional doctrines is paramount, change in any particular doctrine is constrained by the overall structural vision. Most of the time, this constraint will permit little or no change, in service of maintaining an overall coherence. When one part of the Constitution *is* reconceptualized, however, change in other doctrines may be quite sudden. Rather than a tradition, then, the holistic model envisions "punctuated equilibria" - long periods of relative stasis interrupted by transfigurative eruptions.[560]

Cette démarche place au centre de l'analyse les potentialités de réforme *inhérentes* à la structure sociale et constitutionnelle: "When people set out to reform institutions, the existing contours of these institutions often play a decisive role in determining the direction of the change. Political movements are almost always channelled through existing structures of political participation,

---

[559] M.A. GRABER, *op. cit.*, note 519, p. 10.
[560] D. YASSKY, *loc. cit.*, note 519, aux pp. 1743-1744.

strenghtening some and weakening others. Once insurgents occupy the existing institutions, their new perspective may influence vision of desirable reform."[561] En d'autres termes, on pourrait dire que Yassky envisage la Constitution comme un système informationnellement ouvert qui pose lui-même les critères qui détermineront quelles propositions de changements émanant de l'environnement extra-constitutionnel seront acceptées par le système[562]. Pareille thèse ne manque pas d'intérêt dans l'optique de mesurer la réceptivité potentielle du droit constitutionnel américain aux thèses de la critique juridique identitaire.

Que retenir des positions soeurs de Graber et Yassky? Une chose fondamentale, d'abord, qui rejoint du reste l'opinion que nous avons exprimée au chapitre trois: la première étape de toute analyse complète et complexe en droit constitutionnel est la "cueillette" des données factuelles et leur examen, ceci sans qu'un tri normatif ne soit opéré à ce stade. La démarche devrait donc partir de l'externe *vers* l'interne, plutôt que de procéder de l'interne *sur* l'externe. Au surplus, elle devrait témoigner d'un constant souci quant à l'impact de la composante idéologique sur les conclusions atteintes. Ceci supposera donc de dénoncer ces idéologies, non pas parce qu'il est anormal d'adhérer à des idéologies et que l'adhésion à celles-ci soient perçue comme "péjorative", mais parce qu'il y a lieu d'extirper le plus de normatif possible de cette première étape de la démarche analytique. Une fois que l'on se sera assuré d'avoir rendu justice aux faits, c'est-à-dire à tous les faits, même ceux qui contrarient notre prisme idéologique, le normatif reprendra sa place. Mais, au moins, l'élément idéologique du normatif aura été clairement exposé et ses effets auront

---

[561] *Id.*, à la p. 1748.

[562] Cette façon de voir rappelle les thèses de Niklas Luhmann et de Gunther Teubner sur le caractère autopoïétique du système juridique. La description du droit comme système autopoïétique réfère à sa nature fondamentalement autoréférentielle, qui fait du droit un système autonome, donc a priori étanche aux influences des autres systèmes sociaux. L'auto-référentialité du droit se manifeste principalement dans la manière dont le droit, système normativement clos, gère les inputs environnementaux. Ainsi, ce sont les critères que le système juridique fixe lui-même qui détermineront si ces inputs seront reçus ou non dans ce système. Autrement dit, les informations, qu'elles soient d'ordre factuel ou normatif, qui sont à l'extérieur du droit ne pourront y pénétrer que si le droit le veut bien. Elles ne peuvent que se donner à voir au droit, sans jamais pouvoir s'imposer à lui. En sorte que, pour reprendre les mots de Teubner, "le droit prend son origine dans l'arbitraire de sa propre positivité. La validité du droit tient à son auto-référentialité, c'est-à-dire à l'application d'opérations juridiques au résultat d'autres opérations juridiques. La validité ne peut pas s'importer de l'extérieur, elle ne peut être qu'un produit interne du droit. (...) [L]e droit positif [devient alors] un droit auto-produit: il ne s'agit pas d'un droit fait de main d'homme, mais d'un droit produit par le droit." Voir: G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p. 8. Dans cette optique, les changements dans le droit constitutionnel positif, comme ceux dont nous traitons, seront modélisés comme procédant d'un *auto-amendement constitutionnel*, c'est-à-dire comme ceux qui, après avoir satisfait aux critères dynamiques de ce champ du droit, seront reçus par lui. Voir: *id.*, p. 12. Voir également: G. TEUBNER (dir.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter, 1987; N. LUHMANN, "The Self-Reproduction of Law and Its Limits", dans: *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990, pp. 227-245. Pour un bon résumé résumé de ces thèses et des critiques formulées contre elles, voir: L. BINET, "Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit", (1991) 32 *Cahiers de droit* 439.

été retardés de manière qu'il ne fasse pas a priori obstacle à l'écoute des discours divergents. Toutefois, nous verrons ci-après que, malgré ses grandes qualités, le droit américain de la liberté d'expression ne semble pas prêt d'adopter cette approche, tant y est grande l'emprise du donné sur le construit.

4.2. Les grands axes de la doctrine moderne du premier amendement

> The jurisprudence of the Free Speech Clause of the First Amendment, animated by an analytical methodology emanating from an obsolete metaphor and permeated by fallacious appeals to binary opposites and specious exceptions, is not the refuge for reason and liberty its adherents assume. (...) The continued affirmation of this theory functions not to secure, but subtly to abnegate, the liberty enshrined in its heritage.[563]

Le droit de la liberté d'expression est sans doute l'une des branches les plus importantes du droit américain. Le statut constitutionnel du premier amendement, sa place dans la psyché juridique américaine, de même que la culture du litige qui sévit aux États-Unis, ont en effet permis l'élaboration d'une très abondante jurisprudence, dont la clarté des idéaux est souvent tempérée par le byzantinisme de la pensée. Il en résulte une jurisprudence touffue, sinueuse, compliquée, parfois indubitablement brillante, d'autres fois terriblement décevante. On ne s'étonne pas, dans ce contexte, que la systématisation doctrinale du droit américain de la liberté d'expression soit une entreprise très ardue. Les grands traités de droit constitutionnel, comme par exemple ceux de Tribe[564] ou de Rotunda et Nowak[565], y consacrent chacun des centaines de pages; les monographies qui y sont entièrement vouées foisonnent, de même que les articles qui, d'année en année, emplissent les pages des revues juridiques américaines.

Ce tentacularisme de la jurisprudence et de la doctrine ayant trait au premier amendement de la Constitution des États-Unis limite donc d'entrée de jeu les visées de cette section. De fait, il serait illusoire de prétendre dresser en quelques pages un état des lieux complet et exhaustif du droit américain de la liberté d'expression. Tel n'est pas là, du reste, l'objectif que nous cherchons à atteindre dans le cadre de cette thèse. Il est en revanche nécessaire de signaler les grands axes de la doctrine moderne du premier amendement qui ont un impact particulier sur le traitement juridique accordé à l'expression antiégalitaire à laquelle s'intéresse la critique juridique identitaire.

---

[563] T. TROLLINGER, "Reconceptualizing the Free Speech Clause: From a Refuse of Dualism to the Reason of Holism", (1994) 3 *George Mason Independent Law Review* 137, à la p. 139.
[564] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536.
[565] R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267.

Nous le ferons en nous attardant plus particulièrement à l'évolution de la position de la Cour suprême des États-Unis sur cette question. Et, bien qu'impressionniste, le portrait que nous en donnerons sera néanmoins révélateur.

4.2.1. L'absolutisme superficiel du premier amendement et le paradigme de la dissidence

"Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press (...)." On ne peut manquer d'être frappé par l'absolutisme du libellé du premier amendement de la Constitution des États-Unis. Comme le signalait le professeur Meiklejohn, rien n'y vient circonscrire la prohibition qui est faite au Congrès de restreindre la liberté d'expression: ce dernier peut légiférer pour élargir cette liberté, mais jamais pour la limiter[566]. Ce qui n'empêche toutefois pas l'État de prohiber certaines formes d'expression qu'il estime menacer l'ordre social: on résoudra alors cette contradiction en disant que le premier amendement ne prohibe pas les restrictions à l'expression, mais bien à la liberté d'expression[567]. Distinction byzantine que celle-là? Peut-être un peu, mais là n'est pas la question. En effet, l'absolutisme du premier amendement, fût-il de façade, a eu un impact considérable non seulement sur la place qu'occupe cette disposition constitutionnelle dans la psyché juridique américaine, mais aussi sur la hiérarchie des droits et libertés garantis dans le *Bill of Rights*.

En effet, dès les années 30, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis a placé le premier amendement sur un piédestal, en sorte qu'il bénéficie aujourd'hui d'un statut privilégié par rapport aux autres dispositions de la Constitution américaine[568]. Le fait de lui octroyer un tel statut a toutefois suscité au sein de la Cour suprême de féroces débats philosophiques opposant, d'un côté, les "activistes", c'est-à-dire les tenants d'une interprétation absolutiste de cette disposition et, de l'autre, les partisans d'une plus grande réserve judiciaire face aux choix législatifs, quant à eux

---

[566] A. MEIKLEJOHN, *Free Speech And Its Relation to Self-Government*, Port Washington, N.Y. / London, Kennikat Press, 1972 (1948), pp. 16-17.

[567] *Id.*, p. 19. Cette distinction entre protection de l'expression et protection de la liberté d'expression se retrouve aussi sous l'empire de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir: *Comité pour la République du Canada* c. *Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 156 (juge en chef Lamer). Comment l'expliquer? En fait, cette distinction est établie essentiellement afin de marquer l'importance de ne pas banaliser la liberté d'expression en la réduisant au rang d'outil de protection des intérêts égoïstes de ceux qui l'exercent. C'est ainsi que, dans l'arrêt susmentionné, le juge en chef Lamer précise son affirmation en disant que "(...) l'al. 2b) de la Charte ne peut être interprété de façon à ne considérer que les intérêts de celui ou celle désirant s'exprimer." Pour sa part, le professeur Owen Fiss l'explique en distinguant le concept de "liberté d'expression" ("freedom of speech) et l'idée de "liberté de parole" (freedom to speak). Selon lui, le concept de "liberté d'expression" "(...) implies an organized and structured understanding of freedom, one that recognizes certain limits as to what should be included and excluded." Voir: O.M. FISS, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1996, p. 19.

[568] *Murdock* v. *Pennsylvania*, 63 S. Ct. 870 (1943), à la p. 876: "Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position." (j. Stone)

qualifiés de "conservateurs" ou d'"équilibristes"[569]. Un auteur a même comparé l'atmosphère de la cour des années 30-50 à celle d'une guerre sainte[570]. Par exemple, le juge Frankfurter, un partisan de la retenue judiciaire, dénonçait en ces termes cet octroi d'un statut constitutionnel privilégié au premier amendement: "I deem it a mischievous phrase, if it carries the thought, which it may subtly imply, that any law touching communication is infected with presumptive invalidity."[571] Néanmoins, le juge Frankfurter devait échouer dans sa tentative de convaincre la cour de montrer plus de déférence envers les choix législatifs. En fait, comme le remarquent les professeurs Rotunda et Nowak, si les commentaires de Frankfurter ont eu pour effet d'éliminer du vocabulaire de la cour l'expression "statut privilégié" en parlant du premier amendement, cette opération n'a cependant été que cosmétique. Dans les faits, "(...) the words have been avoided but the substance remains."[572]

Toutefois, la reconnaissance, d'abord explicite, ensuite implicite, d'un tel statut n'a pas entraîné l'application généralisée d'une grille absolutiste d'interprétation. En effet, toute espèce n'est pas jugée à l'aune de la primauté *absolue* du premier amendement. Au contraire, la Cour suprême a élaboré toute une jurisprudence dans laquelle elle s'évertue à distinguer entre les situations qui commandent un contrôle judiciaire plus strict, donc plus près d'une interprétation absolutiste du premier amendement, et celles qui autorisent un certain relâchement de ce contrôle, ce qui signifie un respect accru envers les mesures étatiques attentatoires à la liberté d'expression. Est-il possible, dans ce contexte, de déclarer vainqueur l'un ou l'autre des deux courants qui s'opposèrent à partir des années trente? Pas vraiment. De fait, le professeur Tribe estime que la partie entre les absolutistes et les équilibristes s'est soldée par un match nul, les absolutistes ayant remporté une manche lorsque la restriction à la liberté d'expression est directe, les équilibristes en ayant remporté une autre lorsque cette restriction est indirecte[573].

Cela dit, la tentation absolutiste demeure toujours présente. Celle-ci tient à plusieurs facteurs qui proviennent autant de l'extérieur que de l'intérieur du système juridique. On compte notamment parmi eux la place fondamentale accordée à la liberté dans le constitutionnalisme américain, la mythologie entourant la genèse et l'évolution du premier amendement, la charge identitaire particulière de cette disposition constitutionnelle et, bien sûr, le statut particulier que lui ont

---

[569] J.F. WIRENIUS, "The Road Not Taken: The Curse of *Chaplinsky*", (1995) 24 *Capital University Law Review* 331, à la p. 344.
[570] *Ibid.*
[571] *Kovacs* v. *Cooper*, 336 U.S. 77, à U.S. 90 (1949) (j. Frankfurter).
[572] R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20.7, p. 21. Dans le même sens, voir: T. TROLLINGER, *loc. cit.*, note 563, à la p. 140, note infrapaginale 6.
[573] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-2, p. 792.

façonné les tribunaux. Mais il y a plus: l'interprétation de la liberté d'expression aux États-Unis se démarque de celle des autres pays occidentaux par la quête qui l'inspire, la protection de l'expression dissidente. La figure du dissident affirmant sa différence malgré les persécutions de l'État y est en effet omniprésente. Elle est, à toutes fins utiles, paradigmatique:

> If an organizing symbol makes sense in first amendment jurisprudence, it is not the image of a content-neutral government; it is not a town hall meeting or even a robust marketplace of ideas; still less is it liberty, equality, self-realization, respect, dignity, autonomy, or even tolerance. If the first amendment is to have an organizing symbol, (...), let it be the image of the dissenter. A major purpose of the first amendment (...) is to protect the romantics - those who would break out of classical forms: the dissenters, the unorthodox, the outcasts. The first amendment's purpose and function in the American polity is not merely to protect negative liberty, but also affirmatively to sponsor the individualism, the rebelliousness, the antiauthorianism, the spirit of nonconformity within us all.[574]

Comme nous le verrons plus loin, ce paradigme représente une embûche supplémentaire sur le chemin des tenants de la critique juridique identitaire, du moins quant à la concrétisation de leurs velléités de provoquer une réforme de l'interprétation de la liberté d'expression aux États-Unis. En effet, c'est d'abord et avant tout le point de vue du dissident que les tribunaux écouteront, car c'est l'expression dissidente qu'ils se sont donnés pour mission de protéger. C'est lui qui est la victime, et non pas celles et ceux que ses propos heurtent. C'est par rapport à lui que se mesure la tolérance de la société libérale. Se positionner comme dissident devient dès lors un gage de succès judiciaire. Toute la question est donc de savoir qui peut se qualifier comme "dissident". Or, force est de constater que le paradigme de la dissidence ouvre toutes grandes les portes de cette qualification, en sorte qu'être un "dissident" aux yeux du droit américain de la liberté d'expression, c'est avant tout faire preuve d'astuce dans l'usage du droit. Au reste, étant donné que ce paradigme exacerbe l'individualisme dont est empreinte l'interprétation judiciaire du premier amendement et renforce le relativisme éthique dont est porteuse la philosophie libertaire qui l'inspire[575], on ne peut s'étonner de la résistance que suscite un questionnement égalitariste de la liberté d'expression, comme celui que prônent les tenants de la critique identitaire.

---

[574] S.H. SHIFFRIN, *op. cit.*, note 517, p. 5. Un autre auteur parle pour sa part de l'individualisme romantique qui inspire l'interprétation libérale du premier amendement. Voir: R.M. SMITH, *Liberalism and American Constitutional Law*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1985, p. 107.

[575] R. ABEL, *op. cit.*, note 81, p. 33.

4.2.2. Les justifications philosophiques du premier amendement

Ce paradigme de la dissidence, si fondamental soit-il, n'est cependant pas le seul référent intellectuel qui nourrit l'interprétation du premier amendement. D'autres justifications philosophiques viennent en effet s'y ajouter. Compte tenu des problèmes de fiabilité et de sclérose intellectuelle liés aux interprétations "originalistes" du premier amendement[576], ces justifications servent en quelque sorte à opérationnaliser le paradigme de la dissidence et, ultimement, la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression. Pour l'essentiel, elles procèdent tantôt d'une idée préalable de la valeur intrinsèque de la liberté d'expression, tantôt d'une représentation du rôle que joue cette liberté dans une société démocratique. On ne s'étonnera pas, dans ce sens, de leur parfum très "moderne". Pour cette raison, ces justifications ne sont pas comme telles propres au droit américain de la liberté d'expression. En effet, qu'elles soient ou non d'origine américaine, on les retrouve dans les corpus jurisprudentiels d'autres pays, dont le Canada[577]. Mais les régimes de droit étant des localismes, ces justifications prennent, aux États-Unis comme ailleurs, une couleur particulière, adaptée à l'imaginaire du pays qui se les approprie. En fonction de cette variable, certaines se verront conférer un rôle plus important que d'autres. C'est précisément le cas aux États-Unis, où nous verrons que l'une d'entre elles occupe, via sa modélisation théorique, une place toute particulière.

Quelles sont donc les principales justifications invoquées dans la jurisprudence américaine en ce qui a trait à la protection de la liberté d'expression? Notons d'entrée de jeu que, comme prévu, ces justifications oscillent entre l'attribution à la liberté d'expression d'un rôle ou bien fondamental ou bien instrumental. Dans la première hypothèse, la liberté d'expression est conceptualisée essentiellement comme une fin en soi; ceux qui militent en sa faveur insisteront dès lors sur la nature et l'importance particulières de cette liberté. Dans la seconde hypothèse, la liberté d'expression est plutôt envisagée comme un moyen d'arriver à une fin autre; aussi, ceux qui y sont favorables n'en feront généralement qu'un simple volet du principe de liberté[578]. Toutefois, les justifications fondamentales et instrumentales sont la plupart du temps invoquées indifféremment, étant certes perçues comme théoriquement distinctes, mais pratiquement interdépendantes[579].

---

[576] Nous référons évidemment ici aux interprétations qui se réclament systématiquement de la pensée des "pères fondateurs". Sur leur absence de fiabilité et leurs effets sclérosants, voir: R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20.6, p. 14. Voir aussi sur cette question: T. EMERSON, "Colonial Intentions and Current Realities of the First Amendement", (1977) 125 *University of Pennsylvania Law Review* 737.

[577] Voir par exemple le résumé des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression fait par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R.* c. *Keegstra*, *supra*, note 434, aux pp. 725-728.

[578] F. SCHAUER, *op. cit.*, note 513, p. 5.

[579] T. EMERSON, "First Amendment and the Burger Court", (1980) 68 *California Law Review* 422, à la p. 423.

Interdépendance qui ne manque cependant pas de favoriser la primauté des considérations instrumentales, comme on le constatera ci-après.

La première de ces justifications est l'épanouissement individuel, qui est censé fleurir dans une société où règne la liberté d'expression[580]. Évidemment, s'agissant ici d'épanouissement *individuel*, une large place sera laissée à la subjectivité de chacun, ce qui poussera les tenants de cette thèse à interpréter le premier amendement de manière qu'il couvre une large gamme d'expressions[581]. À l'inverse, une autre justification, plus politique celle-là, fait de la protection de la liberté d'expression une des pierres d'assise du débat démocratique. Pour les tenants de la thèse du "self-government", cette liberté sert avant tout à garantir aux citoyens l'accès à l'information qui leur permettra de participer à la chose publique[582]. On ne s'étonnera donc pas que ceux-ci affirment le primat de l'expression politique dans la hiérarchie du premier amendement, réservant la portion congrue aux autres formes d'expression selon leur plus ou moins grande teneur en contenu politique[583].

Une autre justification, quant à elle intimement liée au paradigme de la dissidence, réside dans l'esprit de tolérance qu'est censée instiller la protection de la liberté d'expression. Dans cette

---

[580] Pour une "justification" de cette justification, voir notamment: M. REDISH, "The Value of Free Speech", (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 591. Voir à ce sujet le débat suivant: C.E. BAKER, "Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's *The Value of Free Speech*", (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 646; M. REDISH, "Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker", (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 678.

[581] Cela dit, d'autres commentateurs se demandent en quoi la recherche de l'épanouissement individuel justifie la constitutionnalisation de la liberté d'expression, sachant que d'autres types d'activité contribuent au moins autant à cet épanouissement et même que certains se trouveront plus heureux dans un univers où l'expression est censurée. Voir: F. SCHAUER, *op. cit.*, note 513, p. 49: "Equating freedom of speech with happiness, or holding it essential to pleasure, is simply false. Many people indeed believe that freedom to express their opinions is a primary component of their happiness. But others are as likely to be satisfied with other freedoms, or prefer the security or intellectual anaesthesia that accompanies rigid controls on expression." Ici, le contrôle de l'information aura un impact certain sur la formation de l'opinion sur cette question.

[582] Le principal partisan de cette thèse est le professeur A. Meiklejohn: voir: *op. cit.*, note 566. Comme le remarque toutefois Tribe, il est légitime de se demander pourquoi valoriser ainsi spécifiquement la participation au processus politique. Aux tenants de la thèse du "self-government" qui soutiennent que cette participation favorise en bout de ligne l'épanouissement personnel des individus, Tribe rétorque que si tel est le cas, pourquoi ne pas tout simplement "adhérer" à la thèse, moins discutable, de l'épanouissement individuel? Voir: L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-1, p. 787.

[583] M. REDISH, *loc. cit.*, note 580, à la p. 592. Toutefois, alors que certains tenants de cette thèse ont graduellement nuancé leur position quant à la contribution au débat politique des formes d'expression qui, comme l'expression artistique, ne procèdent pas directement de l'expression politique, d'autres demeurent intransigeants et confinent la portée du premier amendement à cette seule forme d'expression. Le professeur Meiklejohn fait partie des premiers, alors que Robert Bork est sans conteste le chef de file des seconds. En ce qui a trait à l'"adoucissement" des thèses de Meiklejohn, voir: A. MEIKLEJOHN, "The First Amendment is an Absolute", [1961] *Supreme Court Review* 245. En ce qui a trait aux thèses de Bork, voir: R. BORK, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", (1971) 47 *Indiana Law Journal* 1.

optique, la constitutionnalisation de cette liberté sert avant tout de garde-fou dans les situations, dites "pathologiques", où le gouvernement "légifère" l'intolérance de la majorité en restreignant certaines formes de discours qui mettent en question l'ordre établi[584]. Dans l'ordre symbolique, cette constitutionnalisation sert plus généralement à construire l'esprit de tolérance qui doit régner dans les démocraties pluralistes[585].

Toujours dans le champ politique, d'autres voient dans la constitutionnalisation de la liberté d'expression un moyen de procurer à la société une "soupape de sûreté" [586]. L'argument va ainsi: une expression donnée, si offensante soit-elle, n'est qu'un épiphénomène qui témoigne de l'existence d'un phénomène social plus profond. En ne censurant pas l'expression en question, on s'assure ainsi que le phénomène se cantonne au niveau discursif, plutôt que de déborder au plan comportemental. Dans ce qui est en définitive une logique du moindre mal, la liberté d'expression est perçue comme un moyen de canaliser les conflits sociaux vers les voies démocratiques, alors qu'au contraire la censure les exacerbe. En somme, le rôle assigné ici à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression est de garantir une certaine stabilité sociale[587]. "[F]ear breeds repression; (...) repression breeds hate; (...) hate menaces stable government (...)", disait jadis le juge Brandeis[588]. Doit-on par exemple censurer toute expression raciste, au risque d'attirer l'attention sur un discours dont l'auditoire est a priori marginal et, par conséquent, de faire de ses propagandistes des "martyrs"? Ou est-il au contraire préférable de laisser ceux-ci s'exprimer et se discréditer eux-mêmes? On s'en doute bien, de telles considérations, qui ont trait aux effets souhaités ou pervers de certaines formes de régulation étatique, reviennent fréquement dans les débats concernant le contrôle de l'expression antiégalitaire.

Malgré que les justifications strictement instrumentales paraissent singulièrement insatisfaisantes pour rendre pleinement compte de l'importance d'une liberté qui, ne l'oublions pas, est constitutionnalisée, la recherche de la vérité est probablement la rationalité la plus fréquemment invoquée au soutien de la constitutionnalisation de la liberté d'expression[589]. En fait, c'est

---

[584] V. BLASI, "The Checking Value in First Amendment Theory", [1977] *American Bar Foundation Research Journal* 521. Quant aux situations dites "pathologiques", où la dynamique sociale semble favorable à un plus grand degré de contrôle de la liberté d'expression, voir: V. BLASI, "The Pathological Perspective and the First Amendment", (1985) 85 *Columbia Law Review* 449, à la p. 513.

[585] L. BOLLINGER, *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York / Oxford, Oxford University Press / Clarendon Press, 1986.

[586] Voir sur cette question: R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20.6, p. 18.

[587] Voir: T.I. EMERSON, *The System of Free Expression*, New York, Random House, 1970, p. 7.

[588] *Whitney* v. *California*, *supra*, note 524, à la p. 648 (j. Brandeis).

[589] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-1, p. 785; T. TROLLINGER, *loc. cit.*, note 563, à la p. 139. Notons à cet égard que la métaphore du marché des idées possède un caractère encore plus instrumental que les autres justifications abordées jusque'à maintenant, puisque la démarche heuristique qu'elle modélise bénéficie d'abord et

indirectement que cette justification s'est assurée ce statut enviable, en ce que c'est sa modélisation théorique sous-jacente qui a assuré son emprise sur la doctrine du premier amendement. Cette modélisation, dont nous avons déjà brièvement traité[590], repose sur une métaphore, celle du "marché libre des idées", qui sert à légitimer l'interprétation dominante de la liberté d'expression aux États-Unis[591]. Ayant fait immixtion dans la jurisprudence du premier amendement par le truchement d'une dissidence du juge Oliver Wendell Holmes Jr.[592], cette métaphore du marché libre des idées s'inspire de celle du choc des idées[593], dont on trouve le ferment dans les écrits philosophiques de John Milton et de John Stuart Mill[594]. Selon cette modélisation, la libre circulation de l'information entraînerait un choc des idées qui, en retour, assurerait le triomphe de la vérité. Elle aurait au surplus comme effet incident d'améliorer la qualité de la vie démocratique, en garantissant la présence de citoyens adéquatement informés et, dès lors, aptes à exercer des choix rationnels.

En fait, cette métaphore suppose que chacun dispose de chances égales d'accéder au marché des idées et que celui-ci révèle infailliblement la vérité, d'où, soutient-on, l'inutilité des interventions

---

avant tout à la société dans son ensemble plutôt qu'aux individus qui s'expriment. Voir en ce sens: S. INGBER, "The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth", [1984] *Duke Law Journal* 1, à la p. 4. Pour Trollinger, *id.*, à la p. 141, cette modélisation est problématique en ce qu'elle intervertit le rapport qui, selon les recherches menées en psychologie, devrait être établi entre le bien-être individuel et le bien-être social. Alors que la théorie du marché des idées postule que la liberté d'expression est le gage du bien-être de la société dans son ensemble, ce qui favorise dès lors le bien-être des individus qui la composent, Trollinger soutient à l'inverse que le bien-être de la société est d'abord fonction du bien-être des individus.

[590] Voir, *supra*, chapitre second.

[591] Voir généralement: S. INGBER, *loc. cit.*, note 589.

[592] Voir: *Abrams* v. *United States*, *supra*, note 266.

[593] C'est à dessein que nous disons que cette métaphore "s'inspire" de celle du choc des idées. En effet, contrairement à l'idée répandue tant dans la doctrine que dans la jurisprudence américaine, ni Milton ni Mill n'ont parlé de "marché". Comme l'a perspicacement remarqué un auteur, "While both Milton and Mill had Truth and Falsehood competing, more accurately battling, it was not in the marketplace." Voir: H. BOSMAJIAN, *Metaphor and Reason in Judicial Opinions*, Carbondale / Edwardsville, Souther Illinois University Press, 1992, p. 54. Bref, le renvoi constant à ces grands philosophes pour légitimer la métaphore du marché des idées repose sur une interprétation initiale erronée de leurs propos, par la suite institutionnalisée dans le champ juridique.

[594] Stuart Mill parlait ainsi du "choc des idées": "Premièrement, si une opinion quelconque est réduite au silence, cette opinion peut, pour autant que nous sachions, être vraie. Le nier revient à nous prétendre infaillibles. Deuxièmement, même si l'opinion réduite au silence est une erreur, elle peut, comme cela arrive très souvent, contenir une part de vérité; et puisque l'opinion générale ou dominante sur n'importe quel sujet n'est que rarement ou jamais toute la vérité, c'est seulement par le choc des opinions adverses que le reste de la vérité a une chance d'être découvert. Troisièmement, même si l'opinion reçue est non seulement vraie, mais encore la vérité entière, toutefois, si on ne supporte pas qu'elle soit contestée, et si elle n'est pas réellement contestée avec vigueur et sérieux, elle ne sera acceptée par la plupart que comme un préjugé, sans grande compréhension ni grand sens de ses principes rationnels. Et cela n'est pas tout, car, quatrièmement, le sens de la doctrine elle-même courra le danger d'être perdu ou affaibli, privé de ses conséquences vitales sur le caractère et la conduite: le dogme deviendra une simple profession formelle, inefficace pour le bien, mais occupant en vain le terrain et empêchant la croissance de toute conviction réelle et sincère à partir de la raison ou de l'expérience personnelle." Voir: J. STUART MILL, *De la liberté*, Zurich, Éditions du Grand Midi, 1987, pp. 80-81.

étatiques positives en matière de liberté d'expression, leur inconstitutionnalité de principe et, corollairement, l'obligation de neutralité qui incombe à l'État quant à la réglementation du contenu de l'expression. Autrement dit, la métaphore du marché libre des idées procède d'une logique doublement autonomiste: d'une part, elle tient pour acquis que les individus exercent leurs choix en tant qu'agents *parfaitement autonomes*; d'autre part, elle postule que le fonctionnement *autonome* du marché suffit à lui seul pour faire triompher la vérité. Ces suppositions sont-elles bien fondées? Plusieurs auteurs, et pas seulement des tenants de la critique juridique identitaire, estiment que non. Voyons brièvement quels sont les principaux reproches qu'ils formulent à l'encontre du "marché libre des idées".

On peut d'abord s'interroger sur la validité empirique de cette modélisation au regard de la justification qu'elle est censée valider théoriquement, en l'occurrence la recherche de la vérité. Même en faisant abstraction du problème épineux de ce que constitue la "vérité", il faut bien reconnaître que l'histoire démontre que la vérité n'émerge pas toujours victorieuse du choc des idées[595]. Le succès du nazisme et de tant d'autres idéologies mensongères le prouve éloquemment. Souvent, bien plus qu'un hypothétique choc des idées, c'est la combinaison de l'exercice par certains du pouvoir que leur confère préalablement un statut social privilégié, de l'indifférence dont font preuve les autres face à l'exercice de ce pouvoir, ainsi que des alliances stratégiques conclues entre les détenteurs d'intérêts particuliers, qui assurera le triomphe et l'universalisation d'une des vérités possibles[596]. Sous cet angle, le "marché" ne garantit donc nullement le triomphe de la vérité sur le mensonge. Mais hormis les raisons déjà avancées, cette incapacité du marché à faire triompher la vérité s'explique également par les autres postulats erronés qui inspirent cette métaphore.

Harry Kalven remarquait un jour que l'interprétation orthodoxe du premier amendement n'était en bout de ligne rien d'autre qu'une défense et une illustration d'un *risque*, celui que des idées fausses circulent et prévalent éventuellement[597]. Or, dans la théorie du marché des idées, le seul obstacle à la réalisation de ce risque est la capacité de discernement des citoyens qui forment l'auditoire de ceux qui expriment des opinions contradictoires. C'est pourquoi cette théorie, qui affirme le triomphe ultime de la vérité, doit, pour être cohérente, postuler non seulement la

---

[595] M. REDISH, *loc. cit.*, note 580, à la p. 617; H. WELLINGTON, "On Freedom of Expression", (1979) 88 *Yale Law Journal* 1105, à la p. 1130.

[596] S. INGBER, *loc. cit.*, note 589, à la p. 27. Pour une réflexion sur la circulation de l'information sous l'angle de l'épistémologie sociale, qui démontre l'invalidité de la théorie du marché libre des idées, voir: A.I. GOLDMAN et J.C. COX, "Speech, Truth, and the Free Market for Ideas", (1996) 2 *Legal Theory* 1.

[597] H. KALVEN, Jr., "A Commemorative Case Note: *Scopes* v. *State*", (1960) 27 *University of Chicago Law Review* 505, à la p. 516.

probabilité de ce triomphe, mais aussi et surtout la rationalité de citoyens tenus de faire preuve du discernement requis pour séparer le bon grain de l'ivraie. Toutefois, le plus souvent, les comportements des uns et des autres battent en brèche ce postulat de rationalité[598]. Mais au-delà même des comportements observables, ce postulat paraît intrinsèquement problématique du fait de la division qu'il opère entre les composantes rationnelles et émotionnelles de l'activité expressive. Cette lacune est particulièrement frappante lorsque l'on scrute cette activité en se souvenant que l'expression sert aussi à l'épanouissement de l'individu, pour ne pas dire à ses épanchements. Vue ainsi, l'expression émotive, irrationnelle, n'est pas plus dénuée de sens que l'expression dite "rationnelle". Médiatisé autrement que par le truchement de la seule raison, le sens s'exprime tout simplement sous des formes différentes.

Les lacunes de la théorie du marché des idées ne s'arrêtent pas là, loin s'en faut. En effet, pour que triomphe la vérité, encore faut-il que toutes les idées puissent accéder au marché "libre". Tel n'est cependant pas le cas, car l'accès des idées au marché est le plus souvent fonction du statut social et de la condition économique des individus qui expriment ces idées. Or, sachant que certains ont plus facilement accès que d'autres aux moyens de communication, leurs idées vont dès lors recevoir un traitement privilégié. En ce sens, indépendamment de leur valeur intrinsèque, les idées sont filtrées avant même qu'elles n'atteignent le "marché", alors que la théorie du marché des idées prône au contraire que c'est celui-ci qui agit comme filtre. Dans ce contexte, on ne peut valablement soutenir que la "vérité" émerge nécessairement à la suite du "choc" des quelques idées qui bénéficient d'un accès quasi exclusif au marché[599]. Qui plus est, le fait que la métaphore du marché libre des idées impose à l'État une obligation théorique d'abstention en ce qui a trait à la réglementation de l'expression n'aide en rien à l'émergence de cette vérité. On ne peut du reste s'empêcher de noter le paradoxe qui fait qu'en pratique, cette même métaphore appelle en quelque sorte une telle réglementation, en ce que la modélisation qu'elle propose est à sa face même tellement coupée des conditions concrètes dans lesquelles s'exerce la liberté d'expression qu'elle justifie par l'absurde une intervention étatique en la matière[600]. Pour toutes ces raisons, la modélisation du fonctionnement de la liberté d'expression sur la base de la métaphore du marché des idées procède d'une conception outrageusement utopique de la réalité sociale de la communication[601].

---

[598] Voir généralement: T. TROLLINGER, *loc. cit.*, note 563; S. INGBER, *loc. cit.*, note 589.
[599] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-1, p. 786.
[600] S. INGBER, *loc. cit.*, note 589, à la p. 5.
[601] T. TROLLINGER, *loc. cit.*, note 563, à la p. 139.

En outre, l'usage constant de cette métaphore dans la jurisprudence et la doctrine du premier amendement pose des problèmes épistémologiques évidents. Nous avons déjà montré en quoi le "marché libre des idées" pouvait constituer un obstacle épistémologique à une appréhension juridique complexe de ce que nous avons appelé les "circonstances de la liberté d'expression". Mais il ne s'agit là que des *conséquences* épistémologiques d'un usage acritique de cette métaphore. Une auteure va quant à elle plus loin en remettant en question sa prémisse épistémologique même. Pour Tona Trollinger, en effet, cette prémisse, qui veut que la concurrence entre les idées garantisse une société libre, est à plusieurs égards douteuse. Elle soutient ainsi que l'accent mis sur la compétitivité dans la théorie du marché des idées témoigne d'une conception strictement masculine des interactions humaines et de l'exercice de la liberté d'expression. S'inscrivant en faux contre cette façon de voir, elle estime qu'une conception féminine, plutôt axée vers l'harmonie et la communication, correspondrait mieux à la nature de la liberté que cherche à protéger le premier amendement[602]. Si l'on peut reprocher à cette auteure de flirter quelque peu avec l'essentialisme[603], il n'en demeure pas moins qu'elle ouvre une piste de réflexion très intéressante. La modélisation du fonctionnement de la liberté d'expression dans la théorie du marché des idées est profondément "antagogène"[604], alors même que cette liberté sert de prérequis dans le cadre de ce qui est d'abord un processus de communication, et non d'opposition. Comme le souligne Trollinger: "It is a curious First Amendment that, perceived as the essence of freedom in a diverse and often divisive society, doctrinally fosters the division of competition rather than the harmony that is essential, initially, to communication and, more broadly, to peaceful coexistence."[605] Une représentation aussi "pugilistique" de l'exercice de la liberté d'expression ne peut donc que polariser la saisie des situations où cette liberté est en jeu[606]. La logique dichotomique ainsi instaurée s'étendra bientôt à toutes les étapes de l'analyse, dont celle concernant les rapports qui doivent être établis entre la liberté d'expression et l'égalité. En bout de ligne, la représentation analytique *formelle* du fonctionnement de la liberté d'expression permettra de faire fi des circonstances concrètes de cette liberté, qui, pourtant, n'exigent nullement une application systématique de cette logique dichotomique et atomisante. En ce sens, le modèle

---

[602] *Id.*, à la p. 140.

[603] Il convient de noter que, pour établir cette distinction entre les conceptions masculine et féminine des rapports humains, Trollinger s'inspire des thèses de Carol Gilligan, *op. cit.*, note 405, que l'on a souvent taxée d'essentialistes, accusation contre laquelle Gilligan s'est toutefois défendue (voir: G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 137). Trollinger réfère également aux positions de Suzanna Sherry qui, partant du postulat que les hommes et les femmes ont des points de vue différents, soutient que celui des hommes rappelle les théories libérales, alors que celui des secondes est plus près des théories républicaines. Voir: S. SHERRY, "Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication", (1986) 72 *Virginia Law Review* 543.

[604] Nous employons ici le néologisme "antagogène" pour décrire une modélisation qui est de nature à susciter les antagonismes et à orienter la pensée dans une logique dichotomique.

[605] T. TROLLINGER, *loc. cit.*, note 563, à la p. 141.

[606] *Id.*, aux pp. 202-212.

du conflit aura un impact normatif sur la pensée juridique. Il contribuera à l'*idéologie* du marché des idées, dont Trollinger stigmatise ainsi les effets:

> (...), by elevating speech above virtually every other value, the marketplace model prevents attainment of the requisites of individual health that are the essence of liberty; obscures individuality by repudiating the history and community that exist within the individual; impedes harmony by preferring competition to the possibility of peaceful acceptance of diversity and divergence; places primacy on verbalization rather than communication; presumes and fosters separation rather than connection; and exalts hierarchical ordering, thereby diminishing the possibility of substantive equality and of real communication.[607]

En pratique, donc, le modèle mis de l'avant au moyen d'un usage acritique de la métaphore du marché libre des idées se situe à mille lieux d'une véritable "éthique de la discussion", pour reprendre l'expression de Jürgen Habermas[608]. Pourtant, cela ne signifie nullement que cette métaphore soit intrinsèquement mal fondée. Au contraire, elle est en théorie éminemment valable, ne serait-ce que par la grande protection qu'elle offre à la liberté d'expression[609], particulièrement au regard du processus de connaissance adopté depuis la modernité[610], dans le cadre duquel on connaît *contre* quelque chose, comme le signalait Bachelard[611]. En sorte que la vérité du moment est perpétuellement mise en question. Qui plus est, elle procède d'un présupposé fondamentalement optimiste et rafraîchissant - presque rousseauiste, serait-on tenter d'ajouter -, qui veut que la vérité finisse toujours par triompher du mensonge, et le bien du mal[612]. Toutefois, bien comprise, cette métaphore n'implique pas une croyance *aveugle* dans l'action révélatrice du marché. En fait, comme le note le professeur Smolla, ses vertus paraissent déjà plus grandes si l'on conceptualise le marché des idées comme un forum imaginaire autoréglementé dont le but est de garantir l'intégrité du processus de recherche de la vérité, plutôt que la découverte de la vérité elle-même[613]. Vue ainsi, l'"adhésion" à la métaphore du marché des idées s'inscrira dans une démarche critique et réflexive, plutôt que dans une démarche de foi. Elle supposera nécessairement que l'on reconnaisse que, dans la réalité, le marché parfait n'existe pas. Tout au plus est-il perfectible, comme en matière économique du reste, où l'on reconnaît que l'existence de barrières tarifaires et non tarifaires fausse l'action autorégulatrice du marché.

---

[607] *Id.*, à la p. 142.
[608] Voir: J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.
[609] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-1, p. 786.
[610] R.A. SMOLLA, *Free Speech in an Open Society*, New York, Vintage Books, 1993, p. 8.
[611] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, p. 14.
[612] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 7.
[613] *Id.*, p. 8.

C'est donc lorsque cette métaphore se mue en idéologie, ce qui est malheureusement trop souvent le cas dans la jurisprudence et la doctrine américaines, qu'elle suscite en définitive beaucoup plus de problèmes qu'elle ne contribue à en régler. D'où la nécessité d'en user de façon critique. Ce qui nous incite à faire une dernière remarque, qui a trait au recours aux philosophes[614].

Il peut en effet s'avérer contre-productif pour l'évolution de la pensée de tenir des écrits de jadis pour des paroles d'Évangile, sans compter le danger des dénaturations de ces écrits[615]. Ainsi, bien que la pensée de John Stuart Mill demeure d'actualité, on conviendra qu'elle a éclos dans un contexte social particulier, dont il faut tenir compte au moment d'y référer. Quant au fond, ses idées restent valables; quant à la forme ou quant aux images et aux métaphores employées pour les illustrer, il peut en être autrement. Pour être véritablement utile, sa pensée doit en effet être actualisée et resituée. Dans le concret, cela signifie par exemple que les écrits de Mill concernant le triomphe de la vérité à la suite d'un choc des idées doivent être interprétés à la lumière de la situation de la société d'alors, où la circulation de l'information était très limitée et où il n'était pas entièrement illusoire d'aspirer à un savoir "universel". L'objectif des encyclopédistes du 18ième siècle témoignait d'une pareille aspiration. Mais c'est aujourd'hui un truisme d'affirmer que nous n'en sommes plus là. De fait, à l'ère de l'inforoute, il paraît absolument impossible d'exercer un jugement rationnel en tenant compte de *toutes* les idées exprimées sur une question donnée. Au surplus, même à l'époque de Mill, toutes les idées n'étaient probablement pas offertes en pâture au jugement du citoyen, fût-il savant. On peut en effet croire que les seules idées largement disséminées étaient celles qui corroboraient le statu quo, le système agissant généralement comme un goulot d'étranglement des idées qui risquent d'en compromettre la reproduction.

Il y a donc lieu de faire preuve de circonspection lorsque la pensée des grands philosophes d'une autre époque sert à justifier une interprétation spécifique d'une liberté constitutionnelle, sans toutefois que leurs thèses ne soient replacées dans le contexte sociopolitique où elles ont été développées. À cet égard, James Tully soutenait récemment qu'un recours systématique et acritique aux thèses de philosophes comme Kant, Locke ou Mill, soulève en bout de ligne un problème épistémologique que même les plus grands théoriciens n'évitent pas: "(...) contemporary theorists of modern constitutionalism tend to take their conclusions [celles de Kant, Locke ou Mill] for granted as authoritative premises and traditions of interpretation, without even asking if

---

[614] Sur la contribution des philosophes au débat juridique, voir: M.C. NUSSBAUM, "The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education", (1993) 45 *Stanford Law Review* 1627. Sur les dangers d'un recours non nécessaire aux philosophes par les juges de la Cour suprême du Canada, voir: A.-F. BISSON, "Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges", (1989) 20 *Revue générale de droit* 391; Voir aussi: C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 57.

[615] Voir, *supra*, notre remarque à la note 593.

they might misrecognize the claims of others."[616] Bref, on prend comme un donné ce qui n'est qu'un construit. C'est malheureusement le piège dans lequel tombent nombre d'auteurs et de juges lorsqu'ils appuient leur argumentation sur une acceptation acritique de l'idéologie du marché libre des idées, contribuant dès lors à la perpétuation du statu quo dans le domaine du droit de la liberté d'expression aux États-Unis[617].

4.2.3. Le droit du premier amendement: une vue panoramique

L'armature philosophique dont nous venons de brosser les grands traits sert en quelque sorte de canevas au grand oeuvre juridique que représente l'interprétation du premier amendement. À partir des justifications philosophiques accolées à la protection de la liberté d'expression, des principes de droit positif ont été élaborés. En voici l'essentiel.

4.2.3.1. La neutralité relative du premier amendement et l'égalité formelle des idées

Le libellé du premier amendement proscrit en principe toute intervention étatique défavorable au contenu spécifique d'une expression[618] Comme le disait un jour, au nom de la Cour suprême, le juge Marshall: "[t]he essence of the forbidden censorship is content control."[619] Présumées égales, les idées exprimées ne peuvent faire l'objet de quelque discrimination que ce soit, et ce même si le message véhiculé paraît offensant ou immoral aux yeux de la majorité des citoyens. Dans une société juste, celle-ci est tenue de prendre acte de la pluralité des opinions, sans tenter d'imposer ses diktats. Ses choix devront s'imposer autrement qu'en faisant taire les discours divergents[620].

---

[616] J. TULLY, *op. cit.*, note 114, p. 81.

[617] S. INGBER, *loc. cit.*, note 589, aux pp. 17-25.

[618] Voir généralement en ce sens: *Cantwell* v. *Connecticut*, 60 S. Ct. 900 (1940), aux pp. 905-906. Si une pléthore d'arrêts affirment ce principe, d'aucuns estiment que l'arrêt *Cantwell* revêt une importance particulière, notamment en ce qu'il véhicule, dit-on, un message d'inclusion des minorités dissidentes et "tapageuses". En ce sens, voir: S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, Lincoln / London, University of Nebraska Press, 1994, p. 69. Dans cette espèce, Cantwell et ses deux fils, des témoins de Jéhovah, s'étaient rendus dans un quartier catholique de New Haven au Connecticut pour dénoncer le catholicisme. Bien que les propos proférés par les Cantwell n'aient suscité aucune réaction violente de la part des résidents catholiques du quartier, la police arrêta néanmoins les Cantwell pour avoir troublé la paix. Par la suite, la Cour suprême des États-Unis renversa leurs condamnations antérieures, invoquant pour ce faire la liberté de religion garantie par le premier amendement. La Cour nota du reste que les propos des Cantwell, pour offensants qu'ils aient pu être, ne constituaient pas des attaques *ad hominem*, d'une part, et n'étaient pas proférés dans le but d'inciter à la violence, d'autre part. La Cour affirma par ailleurs que l'expression de toutes les idées, même offensantes, était nécessaire à la formation d'une opinion publique éclairée. Voir aussi: *Simon & Schuster Inc.* v. *N.Y. State Crime Victims Board*, 112 S. Ct. 501 (1991).

[619] *Police Department of Chicago* v. *Mosley*, 408 U.S. 92, à U.S. 96 (1972).

[620] *R.A.V.* v. *St. Paul*, 112 S. Ct. 2538, à la p. 2548 (1992). Voir généralement sur cette question: R.C. POST, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine* v. *Falwell*", (1990) 103 *Harvard Law Review* 601.

En ce sens, le premier amendement postule une "égalité de statut dans le domaine des idées"[621], que seul le "marché libre", agissant comme forum régulateur, peut rompre. L'État qui, par la réglementation, se hasarderait lui-même à rompre cette égalité manquerait à l'obligation de neutralité qui en découle. Qui plus est, une présomption d'inconstitutionnalité pèserait sur sa réglementation[622]. Ainsi est consacré, dans la théorie du premier amendement, le principe de l'égale liberté d'expression[623].

Toutefois, comme on l'a dit précédemment, cette égalité dans l'exercice de la liberté d'expression est une égalité strictement *formelle* qui fonde une liberté *négative*. Par une espèce de saut qualitatif, la doctrine du premier amendement fait abstraction du statut social de ceux qui s'expriment pour ne tenir compte que du statut des idées qui sont exprimées: une relation d'*identité*, au sens propre du terme, est établie entre elles[624]. Même lorsque des considérations égalitaristes directement tirées du droit positif sont prises en compte, comme c'est le cas lorsque le quatorzième amendement de la Constitution américaine entre en jeu[625], l'impact de ces considérations est inévitablement contenu par l'égalitarisme formaliste qui encadre l'analyse du premier amendement[626]. Mais en même temps que l'État se trouve contraint par la négativité qui infuse la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, il n'est pas tenu, en contrepartie, de chercher à concrétiser l'égalité de statut de ceux qui s'expriment, que ce soit en favorisant activement leur accès à l'expression ou, plus modestement, en enlevant les obstacles qui se dressent devant eux lorsqu'ils exercent leur liberté d'expression[627].

Le principe de neutralité, tenant pour intrinsèquement juste le résultat de l'auto-régulation du marché, interdit de troubler l'ordre établi[628]. Cela permet de tenir les inégalités de fait engendrées

---

[621] *Police Department of Chicago* v. *Mosley*, *supra*, note 619, à U.S. 96.

[622] Voir notamment: *id.*; *Simon & Schuster Inc.* v. *N.Y. State Crime Victims Board*, *supra*, note 619.

[623] K.L. KARST, "Equality as a Central Principle in the First Amendment", (1975) 43 *University of Chicago Law Review* 20, à la p. 28.

[624] N. WOLFSON, "Equality in First Amendment Theory", (1993) 38 *Saint Louis University Law Review* 379, à la p. 379.

[625] Le paragraphe (1) du quatorzième amendement du *Bill of Rights* de la Constitution des États-Unis prévoit notamment que: "(...) No State shall (...) deny any person within its jurisdiction the *equal protection of the laws.*" Sur les divers visages de l'égalité aux États-Unis, voir: J.H. WILKINSON III, "The Dimensions of American Constitutional Equality", (1992) 55 *Law and Contemporary Problems* 235. Pour une intéressante étude comparative des approches américaine et canadienne en matière de droits à l'égalité, voir: C. SHEPPARD, "Equality in Context: Judicial Approaches in Canada and the United States", (1990) 39 *University of New Brunswick Law Journal* 110.

[626] Voir par exemple les propos du juge Scalia dans l'arrêt *R.A.V.* v. *St. Paul*, *supra*, note 620, à la p. 2544, note infrapaginale 4.

[627] Voir l'arrêt classique *Buckley* v. *Valeo*, 96 S. Ct. 612 (1976).

[628] C.S. SUNSTEIN, "Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)", (1992) 92 *Columbia Law Review* 1, à la p. 8.

par cette auto-régulation pour "naturelles", car résultant d'un processus se déroulant hors de la sphère du politique, en sorte que ces inégalités sont considérées comme exogènes au système juridique[629]. Bref, aucun principe de justice distributive n'inspire l'égale liberté d'expression garantie par le premier amendement. Postulant l'égalité formelle des idées, occultant les inégalités concrètes entre ceux qui s'expriment et faisant du principe de neutralité un absolu théorique[630], le droit américain de la liberté d'expression est même ouvertement hostile à toute idée de redistribution du capital culturel. Nous y reviendrons.

En dépit de cette prohibition de principe d'imposer des restrictions à la liberté d'expression fondées sur le contenu spécifique de l'expression, il ne faut pas se leurrer. Le droit positif américain permet bel et bien des restrictions de cet ordre, en sorte que cette prohibition n'est pas absolue, et que la présomption d'inconstitutionnalité qui pèse sur les mesures étatiques qui vont à son encontre n'est pas tout à fait irréfragable[631]. Qui plus est, le droit américain établit même une hiérarchie, tantôt explicite, tantôt implicite, entre les types d'expression[632]. Ceci tient essentiellement à l'approche taxonomique[633] adoptée par la Cour suprême à partir de l'arrêt *Chaplinsky* v. *New Hampshire*[634], dans lequel elle justifie l'exclusion a priori de certains types d'expression de la sphère protectrice délimitée par le premier amendement. Autrement dit, d'emblée, certaines formes d'expression se voient constitutionnellement "déqualifiées", sous prétexte qu'elles n'ont que peu ou pas du tout d'utilité sociale, celle-ci étant évalué en référant aux valeurs philosophiques justifiant la liberté d'expression. L'intérêt public qu'invoque l'État lorsqu'il veut réglementer une forme d'expression ainsi que la marge de manoeuvre dont il dispose à cette fin, seront donc d'autant plus importants que sera faible la valeur sociale de cette expression.

Dans le concret, depuis *Chaplinsky*, seules demeurent explicitement exclues de la protection du premier amendement, dans une certaine mesure et à certaines conditions, les invectives qui sont de

---

[629] *Id.*, à la p. 6.
[630] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 46.
[631] *R.A.V.* v. *St. Paul*, *supra*, note 620, aux pp. 2545-2548.
[632] Le juge John Paul Stevens, dans son opinion distincte dans l'arrêt *R.A.V.* v. *St. Paul*, *id.*, à la p. 2564, affirmait ceci en ce qui a trait à la hiérarchie des expressions consacrée dans la jurisprudence de la Cour suprême: "Our First Amendment decisions have created a rough hierarchy in the constitutional protection of speech. Core political speech occupies the highest, most protected position; commercial speech and nonobscene, sexually explicit speech are regarded as a sort of a second-class expression; obscenity and fighting words receive the least protection of all."
[633] Sur l'approche par catégories, voir notamment: F. SCHAUER, "Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts", (1983) 34 *Vanderbilt Law Review* 265; P. SCHLAG, "An Attack on Categorical Approches to Free Speech", (1983) 30 *U.C.L.A. Law Review* 671.
[634] 62 S. Ct. 766 (1942). Voir notre discussion de cet arrêt à la sous-section 4.3.1.1.

nature à susciter une réaction violente ("fighting words")[635], la diffamation[636], l'expression obscène[637] et la pornographie juvénile[638]. Ainsi donc, le premier stade de l'analyse réalisée en vertu du premier amendement, en l'occurrence la détermination du statut constitutionnel de l'expression litigieuse, fait d'emblée intervenir une hiérarchie explicite des types d'expression. À cette hiérarchie explicite s'en ajoute une autre, implicite, fondée quant à elle sur la teneur politique plus ou moins grande de l'expression en cause[639]. Pensons par exemple à la protection moindre accordée à l'expression commerciale[640]. C'est dire l'importance, pour le législateur désireux de réglementer le contenu d'une certaine forme d'expression, de plaider de manière à en diminuer l'utilité sociale, alors qu'en revanche, la victime de cette censure aura tout intérêt à tenter de rapprocher le plus possible l'expression censurée des valeurs sous-tendant la liberté d'expression. C'est dire, également, combien le jeu de la variable "utilité sociale" fait paraître superficielle la neutralité dont se targue la théorie du premier amendement.

4.2.3.2. Le contrôle judiciaire de l'exercice préjudiciable de la liberté d'expression

Dans le droit du premier amendement, une réglementation est considérée comme neutre dès lors qu'elle ne porte qu'indirectement et accessoirement atteinte à la liberté d'expression. Son objectif ne doit donc pas être le contrôle du contenu de l'expression. De cela découle la distinction entre les deux grands types d'intervention étatique qui peuvent survenir en matière de liberté d'expression. On compte d'une part l'intervention dont l'*objet* est de contrôler le contenu du message véhiculé, que ce soit pour marquer une désapprobation publique envers ce message ou pour prévenir les conséquences qu'entraîne la communication de ce message[641]. On dénote d'autre part l'intervention étatique dont l'*effet* est attentoire à la liberté d'expression. Le cas échéant, le législateur ne cherche pas comme tel à contrôler le contenu de l'information mais le fait néanmoins, de manière incidente, en réglementant une activité ou un médium par le truchement desquels est transmise cette information ou, autrement, en édictant des règles qui, indirectement,

---

[635] *Id.*; nuancé par *R.A.V.* v. *St. Paul*, *supra*, note 620.
[636] *Beauharnais* v. *Illinois*, 72 S. Ct. 725 (1952); modifié par *New York Times Co.* v. *Sullivan*, 84 S. Ct. 710 (1964).
[637] *Roth* v. *United States*, 77 S. Ct. 1304 (1957); précisé par *Miller* v. *California*, 93 S. Ct. 2607 (1973).
[638] *New York* v. *Ferber*, 102 S. Ct. 3348 (1982).
[639] B. HOFFMAN, "Law for Art's Sake in the Public Realm", (1991) 16 *Columbia-VLA Journal of Arts & the Law* 39, à la p. 62. Voir également: N. DUPLÉ, "Les libertés d'opinion et d'expression: nature et limites", (1987) 21 *Revue juridique Thémis* 541, à la p. 555.
[640] Après avoir été un temps exclue de la protection du premier amendement, l'expression commerciale bénéficie maintenant de cette protection, quoi qu'elle soit notoirement plus limitée que l'expression politique. Voir: : R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20.26, p. 153-154. Voir notamment, en jurisprudence: *Posadas de Puerto Rico Associates* v. *Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S. Ct. 2968 (1986).
[641] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-2, p. 789.

empêchent que soit communiqué un message donné[642]. Le contrôle judiciaire exercé sur une réglementation litigieuse varie donc selon que cette réglementation relève de l'un ou l'autre des deux types d'intervention étatique recensés. Cela dit, puisque les tenants de la critique juridique identitaire réclament clairement un contrôle visant à sa face même le contenu de l'expression antiégalitaire, nous nous en tiendrons à poser les principaux paramètres régissant l'analyse de la constitutionnalité de mesures dont l'*objet* est de restreindre la liberté d'expression[643].

En pareil cas, une réglementation sera jugée inconstitutionnelle à moins que le gouvernement ne convainque le tribunal que le message qu'il cherche à réglementer appartient à une des catégories exclues ou qu'il ne justifie cette réglementation en prouvant un "intérêt gouvernemental impérieux" ("compelling state interest") d'agir en ce sens[644]. De manière générale, l'analyse judiciaire d'une telle réglementation évaluera si la fin visée par le gouvernement justifie les moyens retenus pour y arriver. En pratique, le libellé de cette réglementation devra être "finement ciselé", de sorte que soient atteints les objectifs visés, sans que l'on empiète outre mesure sur la liberté d'expression[645]. À défaut, la réglementation litigieuse pourra être invalidée en raison de son imprécision ou de sa portée trop étendue. Du reste, on ne s'étonnera pas que, suivant la logique du marché des idées, les tribunaux américains se montrent peu réceptifs à une censure de la liberté d'expression s'ils sont par ailleurs convaincus que le préjudice qu'est censé causer le discours censuré peut être "compensé" par un contre-discours[646].

Au-delà de ces généralités existe un critère plus spécifique qui sert à distinguer entre deux types de messages, ceux qui, tout en incitant à une action radicale, voire révolutionnaire, demeurent protégés par le premier amendement, et ceux qui, bien que prônant le même type d'action, peuvent être considérés comme posant un trop grand risque pour la société et qui, partant, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. Ce critère, introduit dans la jurisprudence par le juge

---

[642] *Id.*, n° 12-2, p. 789-780.

[643] Quant à la réglementation dont l'*effet* est de restreindre la liberté d'expression, retenons que le degré de contrôle judiciaire exercé sera moindre que dans le cas d'une autre qui a pour objet de contrôler le contenu de l'expression. Voir généralement: *United States* v. *O'Brien*, 88 S. Ct. 1673 (1968). Alors que, dans ce dernier cas, le jeu des divers principes d'interprétation du premier amendement a forgé une jurisprudence aux relents absolutistes, il en va tout autrement lorsque l'atteinte à la liberté d'expression est seulement indirecte. Le contrôle exercé est alors minimal, étant axé sur un équilibrage de la liberté d'expression et des objectifs de la réglementation en cause. Voir: L.H. TRIBE, *id.*, n° 12-2, p. 791-794. Par exemple, des restrictions à la liberté d'expression ayant trait à l'époque, au lieu et à la façon ("time, place and manner") dont est exercée cette liberté pourront être validées au plan constitutionnel, à moins qu'elles ne soient motivées, explicitement ou implicitement, par le désir de proscrire le message véhiculé par l'activité expressive. Voir par exemple: *R.A.V.* v. *St. Paul*, *supra*, note 620, à la p. 2544.

[644] L.H. TRIBE, *id.*, n° 12-8, p. 833.

[645] *Ibid.*

[646] *Id.*, n° 12-8, p. 834.

Holmes[647], est celui du "clear and present danger"[648]. Si le gouvernement parvient à démontrer que le type de message qu'il cherche à proscrire crée un tel danger, il pourra, s'il satisfait à certaines conditions, justifier sa réglementation au plan constitutionnel. Ce critère, à juste titre considéré comme un des jalons fondamentaux de la doctrine du premier amendement[649], se distingue d'abord et avant tout par l'angle sous lequel il permet de saisir la question des conséquences de l'exercice de la liberté d'expression. Son apport principal à cette doctrine se situe au stade de l'analyse du fondement factuel des espèces où un individu se voit poursuivi en raison des effets que l'on impute à la manière dont il a exercé sa liberté d'expression. Ce critère insiste en effet d'abord sur le contexte particulier dans lequel l'expression litigieuse prend place et, accessoirement, sur le sens objectif des mots employés ou sur l'intention de la personne qui s'exprime[650]. Il s'intéresse donc fondamentalement aux effets concrets de l'expression plutôt qu'à son contenu ou, surtout, à son objet, lequel s'avère difficilement identifiable par un tribunal.

Depuis son adoption par la Cour suprême des États-Unis, le cheminement jurisprudentiel du critère du "clear and present danger" a été passablement sinueux. Parfois questionné dans son bien-fondé même, inlassablement précisé ou nuancé[651], ce critère a néanmoins vu son interprétation se cristalliser, dans ses grandes lignes du moins, lorsque la cour prononça l'arrêt *Brandenburg* v. *Ohio*[652]. Cet arrêt, sur lequel nous nous pencherons plus en détail ultérieurement, opère en quelque sorte une synthèse des divers états par lesquels est passé ce critère. De cette synthèse en ressort une version substantiellement modifiée par rapport aux incarnations antérieures, à tel point que d'aucuns l'estiment aboli[653]. Malgré ces modifications substantielles, la

---

[647] *Schenck* v. *United States*, *supra*, note 539.

[648] La traduction française de l'expression "clear and present danger" ne va pas de soi. Doit-on la traduire selon ce qu'elle exprime à première vue, c'est-à-dire presque littéralement, ou est-il au contraire préférable de la traduire en se fondant sur le contenu qu'on lui attribue aujourd'hui, et qui réfère à un danger imminent, palpable, en quelque sorte tangible? Dilemme cornélien que nous ne résoudrons pas ici, loin s'en faut. Notons toutefois qu'il se pose aussi aux traducteurs des jugements de la Cour suprême du Canada, qui n'ont manifestement pas adopté de traduction uniforme. Ainsi, dans l'arrêt *Keegstra*, *supra*, note 434, ceux-ci traduisent de deux façons cette expression, d'une part par l'expression "danger clair et actuel" dans le jugement majoritaire de l'ex-juge en chef Dickson (voir, *id.*, à la p. 739), d'autre part, par l'expression "danger clair et présent" dans le jugement minoritaire de la juge MacLachlin (voir, *id.*, p. 814). Nous considérons pour notre part que la meilleure option consisterait en une adaptation plutôt qu'en une traduction littérale, ce qui, compte tenu du sens aujourd'hui attribué à l'expression, donnerait quelque chose comme "danger évident et tangible". Cependant, pour des raisons d'uniformité, nous parlerons, le cas échéant, de "danger clair et actuel" comme dans le jugement du juge Dickson.

[649] Un commentateur affirme à cet égard que ce test ne constitue rien de moins que le fondement de la théorie moderne du premier amendement. Voir: B. SCHWARTZ, "Holmes Versus Hand: Clear and Present Danger or Advocacy of Unlawful Action?", (1994) 5 *Supreme Court Review* 209, à la p. 210.

[650] *Id.*, à la p. 214; L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-9, p. 843.

[651] Pour l'évolution historique de ce test, on lira avec profit: L.H. TRIBE, *id.*, n° 12-9, pp. 841-849; R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20-12-20-15, p. 52-73.

[652] 89 S. Ct. 1827 (1969).

[653] S. WALKER, *op. cit.*, note 618, p. 114.

plupart des auteurs continuent toutefois de parler du critère posé dans *Brandenburg* comme de la version moderne de celui du "clear and present danger"[654]. Retenons pour l'instant que, dans cette version, ce critère veut que l'État ne puisse "(...) forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action."[655]

Pour satisfaire à ce critère, une double preuve s'avère nécessaire, celle du danger et celle de l'incitation[656]. C'est la preuve de cette dernière, toutefois, qui constitue la clef du test de *Brandenburg*[657]. L'élément "incitation" sera prouvé lorsque l'État aura démontré que: "(...) (1) the speaker *subjectively intended* incitement; (2) in context, the words used were *likely* to produce imminent lawless action; and (3) the words used by the speaker *objectively encouraged* and urged and provoked imminent action."[658] C'est en principe à l'aune de ce critère que sera évaluée toute mesure gouvernementale instaurant un contrôle du contenu de messages censés causer un préjudice quelconque. Le degré de contrôle judiciaire exercé étant très strict, l'État aura donc fort à faire pour renverser la présomption d'inconstitutionnalité qui pèse sur sa réglementation. Somme toute, le critère de *Brandenburg* ne fait pas autre chose que d'exiger de l'État qu'il établisse un lien de causalité extrêmement étroit entre l'expression litigieuse et le préjudice qu'il cherche à contrôler, préjudice qui, du reste, est pratiquement réduit à celui qui peut être subi à la suite d'une violence physique. Ce qui n'est pas étonnant si l'on considère que la "théorie du préjudice" développée dans la jurisprudence du premier amendement repose - elle aussi - sur une taxonomie des préjudices, dont l'étalon est le préjudice physique.

Quelle est donc cette "théorie du préjudice"? Selon le professeur Smolla, l'étude de la jurisprudence du premier amendement montre que l'on a associé l'exercice de la liberté d'expression à trois types distincts de préjudice[659], qui, on s'en doute, ne manquent pas de se confondre en pratique[660]. On compte d'abord le préjudice *physique*, que peut subir une personne ou une chose. Pensons par exemple au dommage qui peut être causé en réponse à une incitation à agir violemment au nom d'une cause quelconque, l'ire populaire pouvant alors se déchaîner aussi bien contre des personnes que contre des choses. Un individu pourra ainsi souhaiter que son message provoque un effet directement préjudiciable. Mais il pourra aussi ne pas le désirer,

---

[654] Voir notamment: L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-9, p. 848; R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20-15, p. 69; R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 110.
[655] *Brandenburg* v. *Ohio*, *supra*, note 666, à la p. 1829.
[656] H. KALVEN, Jr., *op. cit.*, note 551, p. 166.
[657] R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20-15, p. 69
[658] *Id.*, p. 70.
[659] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, pp. 48-50.
[660] *Id.*, p. 50.

auquel cas la violence suscitée par le message n'en constituera qu'un effet pervers. Ce sera le cas de la personne dont le discours suscite une vive désapprobation de la foule, incitant involontairement celle-ci à se montrer violente[661]. En ce qui a trait au préjudice physique, remarquons que l'identité de la victime, de même que l'existence objective du préjudice, sont généralement incontestables; seul l'établissement du lien de causalité entre expression et préjudice est problématique. Mais l'on peut affirmer sans risque de se tromper que si, dans les faits, il y a eu violence, ce lien n'en sera que plus facile à établir.

Le second type de préjudice identifié par Smolla est d'ordre *relationnel*, lequel est susceptible d'apparaître lorsque l'exercice de la liberté d'expression nuit à la poursuite de certaines relations, comme les relations sociales ou d'affaires. Par exemple, la diffamation est censée nuire aux relations sociales, alors que la publicité trompeuse ou la fraude illustrent des cas de nuisance aux relations d'affaires[662]. Ici, l'existence du préjudice, quoique moins évidente que dans le cas du préjudice physique, est difficilement contestable, et la victime demeure facilement identifiable. Une fois de plus, c'est l'établissement du lien de causalité qui posera problème. Mais force est de constater que ce n'est pas à n'importe quel type de relation qu'un message peut ainsi nuire. Bien au contraire, on vise uniquement ici des relations dont l'existence est déjà sanctionnée en droit positif, que ce soit sous le régime général du droit des obligations ou sous l'empire de lois particulières[663]. Dans cette optique, l'établissement du lien de causalité entre le type d'expression réglementée et le préjudice que l'on cherche à prévenir se fait avec en toile de fond des normes juridiques positives dont la seule existence est susceptible de contribuer à corroborer le lien ainsi établi.

Tout autre est la situation du troisième type de préjudice, que Smolla qualifie de *réactionnel*. Ce genre de préjudice, nous dit-il, découle de la réaction émotive ou intellectuelle que suscite un message donné chez un individu ou au sein d'un groupe, compte tenu de leur statut social ou de leur culture. Le professeur Smolla établit dans cette optique une distinction entre l'expression qui attente à la tranquillité émotive d'un individu et celle qui blesse ce qu'il appelle les sensibilités collectives de certains groupes[664]. Il réfère par exemple, dans la première hypothèse, au dommage que causent des atteintes injustifiées à la vie privée ou à l'estime de soi et, dans la seconde, aux atteintes à la dignité humaine, comme celles engendrées par l'expression raciste ou sexiste, ou à la

---

[661] *Id.*, pp. 48-49.
[662] *Ibid.*
[663] Les autres exemples que donne Smolla le confirment. Il parle notamment des cas d'aliénation d'affection, des délits d'initiés, des détournements d'occasions d'affaires, des violations de la propriété intellectuelle et de l'usage indû de renseignements personnels.
[664] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, pp. 48-49.

désapprobation morale que suscitent certaines formes d'expression dans un sous-groupe donné. On pense notamment ici aux oeuvres artistiques qui, tant par la forme que par le fond, choquent certains groupes religieux, phénomène qui semble du reste en résurgence avec la montée des intégrismes[665].

Au contraire des préjudices physiques et relationnels, le préjudice réactionnel est essentiellement subjectif. Il est de l'ordre de l'intangible, du "senti". En un sens, il s'agit d'un préjudice dont la victime n'est pas toujours objectivement identifiable, ce qui le rend difficilement perceptible aux yeux des tiers. Dans une certaine mesure, l'acceptation de l'existence de ce type de préjudice présuppose ou bien un acte de foi, ce qui est rare, ou bien une reconnaissance préalable de la validité, de la légitimité et de la crédibilité des subjectivités dans la sphère juridique ainsi que de l'opportunité pour le législateur de tenir compte de ces subjectivités dans l'optique de déterminer le caractère préjudiciable de certaines formes d'expression. Or, dans l'état actuel de la théorie du premier amendement, il y a à cet égard bien loin de la coupe aux lèvres. En effet, les trois types de préjudices sont placés dans un ordre hiérarchique, le préjudice physique trônant au sommet de la pyramide, le préjudice réactionnel étant quant à lui confiné au sous-sol... Il en découle qu'au plan constitutionnel, le gouvernement sera mieux positionné pour restreindre la liberté d'expression si un préjudice physique est susceptible de résulter de son exercice. Quoique relativement solide, sa position sera un peu plus fragile s'il s'agit de réglementer l'expression qui est de nature à engendrer un préjudice relationnel. Enfin, toute mesure gouvernementale attentatoire à la liberté d'expression que l'on cherchera à justifier en invoquant la seule prévention d'un préjudice réactionnel sera invariablement vouée aux limbes de l'inconstitutionnalité, à moins que l'on réussisse à rattacher la mesure en cause à la prévention d'une ou des deux autres formes de préjudices[666].

---

[665] L'exemple classique est celui de la controverse internationale suscitée à la suite de la publication des *Versets sataniques* de Salman Rushdie, dont le point culminant fut sans doute la *fatwa* prononcée contre l'écrivain par l'ayatollah Khomeini. À sa suite, des musulmans de tous pays incitèrent les autorités étatiques, même occidentales, à interdire la diffusion des *Versets sataniques* sous prétexte que cet ouvrage offensait la dignité de l'Islam et du prophète. Une décennie auparavant et plus près de nous, au Québec, des catholiques avaient tenté sans succès de faire interdire la présentation de la pièce de Denise Boucher, *Les fées ont soif*, sous prétexte qu'elle heurtait leurs convictions (voir: *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne* c. *Fondation du Théâtre du Nouveau Monde*, [1979] C.A. 491). Les revendications visant l'expurgation de la sphère publique des messages offensants pour tel ou tel groupe religieux sont légion. Du point de vue particulier des croyants, elles peuvent être légitimes. Voir: B. PAREKH, "The Rushdie Affair: Research Agenda for Political Philosophy", dans: W. KYMLICKA, *The Rights of Minority Cultures*, Oxford / New York, Oxford University Press, 1995, p. 303. Mais il reste qu'elles battent en brèche le préjugé des constitutionnalismes occidentaux en faveur d'une autre liberté fondamentale, la liberté d'expression.

[666] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, pp. 50.

On le voit, la théorie sur laquelle prend appui la saisie juridique des préjudices causés à la suite de l'exercice de la liberté d'expression s'avère en principe peu hospitalière aux arguments de celles et ceux qui militent en faveur de la reconnaissance en droit positif de préjudices dont l'existence ne peut d'emblée être considérée comme "objective". Du reste, cette théorie n'est guère plus réceptive à l'idée d'un préjudice subi par une collectivité, plutôt que par un individu. En fait, toute la structure de cette théorie est hostile à cette idée. En témoigne notamment le fait de conférer au préjudice physique un statut pratiquement normatif à l'aune duquel les autres formes de préjudice sont comparées. Dans l'état actuel du droit constitutionnel américain, on voit mal comment l'on pourrait prouver qu'un groupe, envisagé ici comme entité collective plutôt que comme une somme d'individus, a subi un préjudice de cette nature[667]. Bref, tout dans cette théorie du préjudice s'oppose à ce que soit reconnu un lien de causalité entre une activité expressive donnée et ses conséquences sur un groupe spécifique. Cela découle, pour l'essentiel, de l'absence de toute reconnaissance *juridique* de l'existence de préjudices liés à la condition sociale, et plus spécifiquement à la condition identitaire, de certains groupes. Ce qui pourrait être conceptualisé comme un préjudice sociétal objectif ne l'est en fait que comme un préjudice réactionnel subjectif.

En fait, le droit constitutionnel américain axe toute son analyse de l'expression offensante autour de la preuve d'un lien causal très strict entre cette expression et le préjudice qui, appréhende-t-on, sera subi par la société. Cette approche, qui importe à toutes fins utiles dans le domaine des libertés publiques une modélisation causaliste dérivée du droit des obligations, assigne au droit un rôle essentiellement curatif. À l'inverse, l'approche qui met l'accent sur la reconnaissance juridique du préjudice sociétal qui découle du préjudice particulier et subjectif que peut subir un groupe donné procède d'une logique entièrement différente. La différence entre les deux, apparemment théorique, est pourtant beaucoup plus significative qu'il n'y paraît. L'approche causaliste procède fondamentalement d'une logique curative d'*imputation*, alors que l'approche sociétale, qui, reconnaissons-le, est d'inspiration plus technocratique, participe d'une logique préventive de *gestion* des risques. La première opère une saisie microscopique d'une partie de la

---

[667] Inversement, on ne voit pas mieux comment pourrait être justifiée une mesure législative au moyen de laquelle on imputerait à un organisation non personnifiée, bref à un groupe quelconque, la commission d'un préjudice de cette nature. Même en supposant, - et ce n'est qu'une hypothèse d'école tant elle paraît improbable - qu'une pareille mesure soit jugée *prima facie* constitutionnelle, elle échouerait probablement à l'examen général de la constitutionnalité en raison de son imprécision. De surcroît, l'exigence, au stade de l'administration de la version moderne du critère du "clear and present danger", d'une preuve d'intention spécifique en ce qui a trait à l'incitation d'agir en contravention des lois et celle, corollaire, de l'imminence de cette action, illustrent bien l'a-priori individualiste de ce critère. On aura en effet rarement vu un groupe non personnifié formuler une intention de ce type. De même, la saisie juridique de l'action collective qui aura été entreprise en réponse à une telle incitation ne tiendra qu'indirectement compte de la nature collective de cette action. Le groupe aura beau avoir agi "comme une seule personne", le droit n'y verra d'abord et avant tout qu'une multitude d'individus dont il faudra examiner le comportement au cas par cas.

réalité sociale, et la seconde, une saisie macroscopique de la totalité de cette réalité - du moins est-ce ce qu'elle vise.

Ces logiques, bien sûr, ne sont ni pures ni mutuellement exclusives. La logique d'imputation implique en effet une certaine part de gestion des risques, et celle de gestion n'exclut pas que l'on cherche à imputer à quelqu'un la responsabilité du dommage qu'il cause. De fait, la personne qui approche l'expression offensante à travers le prisme de la logique d'imputation évalue dans une certaine mesure le risque de préjudice dont cette expression est porteuse. Mais elle le fait en centrant son attention sur la démonstration d'un lien causal tangible entre l'expression et le préjudice appréhendé, lequel se vérifie dans le passage effectif de l'écoute du message à l'action en fonction des préceptes qu'il véhicule. Dans ce sens, la recherche du lien de causalité ressemble fort à une tentative de saisie photographique de cette transition d'un état primaire, conceptualisé comme essentiellement immatériel, à un état secondaire, quant à lui considéré comme suffisamment matériel. C'est, du reste, ce que remarque le professeur Bollinger: "(...) it is equally important to see that the tests of the "clear and present danger" genre appear to focus on a very narrow range of potential social harm from speech - that is, on the risk that the audience will be persuaded to turn from talk to action of a kind deemed especially harmful to the society."[668] Aussi la logique d'imputation est-elle profondément juridique, au sens classique du terme. En ce qu'elle sous-tend un processus heuristique, c'est-à-dire un processus qui est censé mener à la découverte d'un lien de causalité, cette logique est fondamentalement une théorie du lien *prouvé* ou *juridiquement prouvable*. Le discours des milices américaines d'extrême-droite pourrait illustrer l'application de ce genre de critère. Une mesure législative qui réglementerait le contenu de ce discours et dont la mise en oeuvre déboucherait sur l'inculpation d'un individu sous prétexte que celui-ci a incité ses partisans, lors d'une assemblée, à "s'en prendre au gouvernement fédéral dictatorial", serait selon toute probabilité invalidée. Par contre, la conclusion pourrait être différente si une incitation en ce sens était faite la nuit, près d'un édifice gouvernemental fédéral, à des militants armés et sur le pied de guerre.

Quant à elle, la logique de gestion n'est pas moins impure, s'intéressant également à la preuve de ce lien de causalité, mais dans une moindre mesure que la précédente. Au contraire de cette dernière, elle suppose d'aborder avant tout sous un angle macrosocial la question des préjudices engendrés par certaines formes d'expressions. En sorte que la personne qui l'adoptera s'interrogera d'abord sur la rationnalité de l'argument voulant qu'il soit plausible que telle ou telle forme d'expression s'avère effectivement préjudiciable, compte tenu du statut relatif des groupes

[668] L.C. BOLLINGER, *op. cit.*, note 585, p. 179.

constituant la société. Elle consiste fondamentalement en une théorie du lien *rationnel*, qui privilégie l'établissement d'une corrélation à l'imputation d'une cause. Dans cette mesure, la décision qui en découle constitue en quelque sorte un compromis politique, qui est sanctionné ou non dans l'arène judiciaire[669]. Contrairement à la logique d'imputation, la logique de gestion s'avère donc a priori plus politique que juridique. S'inscrivant dans un projet d'ingénérie sociale, elle procède de l'idée que la mise en oeuvre des droits fondamentaux doit être extirpée des schèmes juridiques traditionnels. Cela explique que, dans cette logique, l'appréhension d'une condition identitaire donnée en vue d'une mise en oeuvre de ces droits au plan systémique passe nécessairement par l'éclatement de la chaîne de causalité, dans son acception juridique traditionnelle.

Ces deux logiques, qui reposent en fait sur des conceptions différentes de la vie en démocratie[670], présentent l'une comme l'autre des avantages et des inconvénients au regard de la protection des libertés publiques. Cela dit, le fait que le droit américain de la liberté d'expression ait plutôt retenu l'approche causaliste a engendré la création d'un très grand écart entre le préjudice allégué et le préjudice reconnu, constat que font régulièrement, et bien malgré eux, les tenants de la critique juridique identitaire.

4.2.3.3. La protection de la liberté d'expression à la merci des fluctuations idéologiques?

On le constate, la protection octroyée à la liberté d'expression aux États-Unis s'avère à géométrie variable, en ce que le degré de contrôle judiciaire applicable est fonction du type d'expression que l'on cherche à réglementer, de sa position dans la hiérarchie de l'expression, et, bien sûr, des objectifs et de la portée de la restriction litigieuse. Mais une autre menace, moins juridique celle-là, pèse sur la liberté d'expression, en l'occurrence l'"humeur" idéologique du moment[671]. On remarque en effet que la protection de l'expression controversée variera souvent selon la position idéologique de la Cour suprême. Évidemment, cette situation se retrouve ailleurs qu'aux États-

[669] N'est-ce pas, du reste, le genre d'arbitrage que sont appelés à faire les tribunaux canadiens lorsqu'ils doivent juger de la raisonnabilité, aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une disposition attentatoire à un droit ou une liberté garantie dans cette Charte. Pour une étude des différents visages du test posé dans l'arrêt *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, voir notamment: Y. DE MONTIGNY, "Droits fondamentaux et projets de société: une réconciliation pour le moins tumultueuse", (1995) 26 *Revue générale de droit* 99.

[670] D'où, a-t-on dit, le caractère politique du lien de causalité. Voir: L. LANGEVIN, "Réflexion sur le lien de causalité en matière de discrimination: une difficile intégration", (1996) 22 *Queen's Law Journal* 51, aux pp. 55-60.

[671] Un politologue a récemment montré que l'idéologie des membres de la Cour était le meilleur prédicteur pour déterminer l'orientation de ses décisions en matière de droits et libertés. Voir: I. UNAH, "How the Supreme Court Decided Civil Rights Cases: 1954-1989", texte d'une communication présentée au colloque annuel de l'American Political Science Association, tenu à Washington, D.C., du 2 au 5 septembre 1993.

Unis, mais, compte tenu de l'extrême politisation des nominations à la Cour suprême de ce pays, elle y prend une signification toute particulière[672]. Un bref exemple illustrera ce travers.

La Cour suprême reconnaissait en 1973 que l'avortement pouvait être pratiqué légalement aux États-Unis[673], invoquant au soutien de cette position l'argument voulant que la liberté de choix de la femme en cette matière procède de son droit constitutionnel à la vie privée - et non, notons-le, de son droit à l'égalité. Partant, seul un intérêt gouvernemental impérieux pouvait justifier des limitations à l'exercice de ce droit, limitations que la Cour s'empressa de fixer. Tenons-nous en toutefois, pour les fins qui nous intéressent, à la seule reconnaissance constitutionnelle du libre choix de la femme en ce qui a trait à la décision de procéder ou non à un avortement. C'est qu'en dépit de cette reconnaissance formelle, la Cour suprême statua plus tard que le respect de ce droit à la vie privée n'obligeait pas pour autant le gouvernement fédéral à assumer, par le truchement de l'assurance-santé, les dépenses rattachées aux avortements, même jugés nécessaires au plan médical[674]. On imagine ici combien le résultat de cet arrêt aurait pu être différent si la reconnaissance du "droit à l'avortement" avait été fondée sur le droit à l'égalité plutôt que sur celui à la vie privée. Plus récemment encore, la Cour alla même jusqu'à confirmer la validité constitutionnelle d'une mesure gouvernementale interdisant aux cliniques de planning familial de simplement *évoquer* devant leur clientèle que l'avortement pouvait être une alternative à considérer. La sanction associée au défaut de respecter cette prohibition était le retrait pur et simple des subventions gouvernementales dont bénéficiaient ces cliniques, ce qui avait pour effet de remettre en cause l'existence de certaines d'entre elles[675]. En sorte qu'alors qu'il est légal de pratiquer des avortements, il devient paradoxalement illégal d'évoquer cette pratique. Aussi, tout en réaffirmant l'interdiction de principe de discriminer sur la base du contenu de l'expression, la Cour soutint qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une telle discrimination, mais simplement d'une décision gouvernementale de ne pas financer une activité donnée. Indubitablement, il y a de quoi en perdre son latin. En fait, on voit mal comment la Cour suprême a pu en arriver à cette décision byzantine autrement qu'en se fondant sur des considérations strictement idéologiques. Les échappatoires sont en effet bien nombreuses lorsqu'il s'agit de légitimer une mesure

---

[672] Voir généralement: L.H. TRIBE, *God Save This Honorable Court. How the Choice of the Supreme Court Justices Shapes Our History*, New York, Mentor Books, 1986.

[673] *Roe* v. *Wade*, 93 S. Ct. 705 (1973). Sur la controverse suscitée par l'arrêt *Roe*, voir: L.H. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, New York / London, W.W. Norton & Co., 1990. Voir aussi: R. COLKER, *Abortion & Dialogue. Pro-Choice, Pro-Life, & American Law*, Bloomington & Indianapolis, Indiana University Press, 1992.

[674] *Harris* v. *McRae*, 100 S. Ct. 2671 (1980).

[675] *Rust* v. *Sullivan*, 111 S. Ct. 1759 (1991). Sur cet arrêt, voir notamment: E. KAGAN, "The Changing Faces of First Amendment Neutrality: *R.A.V.* v. *St. Paul*, *Rust* v. *Sullivan*, and the Problem of Content-Based Underinclusion", [1992] *Supreme Court Review* 29. Pour un autre arrêt impliquant le droit à l'avortement, voir: *Planned Parenthood* v. *Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992).

gouvernementale que l'on appuie idéologiquement, même si cette mesure discrimine à sa face même sur la base du contenu de l'expression[676]...

4.2.4. L'impact de l'idéologie économiste du premier amendement sur la redistribution du capital culturel

> Autre motif d'orgueil, que d'être citoyen! Cela consiste pour les pauvres à soutenir et à conserver les riches dans leur puissance et leur oisiveté. Ils doivent y travailler devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain.[677]

Nous avons dit précédemment que, de toutes les justifications philosophiques invoquées pour justifier l'interprétation libertaire du premier amendement, la plus importante est probablement celle du "marché des idées". Dans la mesure où les opérateurs du système juridique en viennent à l'intérioriser et à postuler qu'elle offre bel et bien une représentation exacte de la réalité de l'espace communicationnel, cette métaphore sert à nier la légitimité de tout rôle judiciaire quant à la redistribution du capital culturel. Aussi, en plus d'agir, tel que nous le soutenions au chapitre second, comme un obstacle épistémologique, la métaphore du marché des idées agit également comme obstacle structurel à l'évolution du droit de la liberté d'expression aux États-Unis. En effet, une des principales brèches dans la protection de la liberté d'expression se trouve dans la difficulté qu'éprouvent plusieurs individus ou groupes à accéder au marché des idées. La structure du marché ou le contrôle que d'autres groupes exercent sur lui en bloquent l'accès[678]. Autrement dit, non seulement le marché des idées n'est pas vraiment libre, de surcroît il se montre discriminatoire[679]. Dès lors, la capacité de jouissance du droit à la liberté d'expression n'emporte plus comme conséquence obligatoire la capacité d'exercer ce droit de manière effective. Et la conception strictement négative de la liberté d'expression adoptée en droit positif américain n'arrange rien.

---

[676] Il n'est pas inutile de noter que le juge William Rehnquist, juge en chef à l'époque de *Rust*, fut l'un des deux seuls dissidents de l'arrêt *Roe*, alors qu'il était juge puîné. Dès le début de sa carrière de juge, Rehnquist fut certes considéré comme un brillant juriste, mais aussi comme un ultra-conservateur. Voir: L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 672, p. 12. À la suite des autres nominations conservatrices effectuées par les présidents Bush et Reagan, le juge Rehnquist, devenu juge en chef, a vu son influence décupler, ce qui s'est notamment traduit par certains reculs en matière de droits et libertés. Voir généralement: S. WALKER, *In Defense of American Liberties. A History of the ACLU*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 341-378.

[677] A. FRANCE, *Le lys rouge*, Paris, Calmann-Lévy, 1970, p. 95.

[678] S. FISH, *op. cit.*, note 260, p. 119; voir aussi: C.M. MacLEOD, "The Market, Preferences, and Equality", (1994) 7 *Canadian Journal of Law & Society* 97.

[679] Voir généralement: C.R. SUNSTEIN, "Why Markets Don't Stop Discrimination", dans E. FRANKEL PAUL, F.D. MILLER Jr., et J. PAUL, Jeffrey (dir.), *Reassessing Civil Rights*, Cambridge, Mass., Blackwell Publishers, 1991, p. 22.

De fait, face aux disparités socioéconomiques qui empêchent l'accès de tous au marché des idées, la théorie du premier amendement n'offre guère de secours[680]. Au contraire, elle continue de postuler le parfait fonctionnement de ce marché. C'est d'abord en ce sens que la structure même de cette théorie fait obstacle au changement[681]. Mais il y a plus. Le fait que la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression ne protège cette liberté que contre les restrictions qui émanent de l'État laisse sans protection une très large gamme d'expressions au sujet desquelles l'État n'intervient pas. Cette situation trahit deux préjugés, d'une part, que l'action étatique est nécessairement négative et ne s'exprime que par la censure[682], d'autre part, que la notion de "contrôle social" est encore synonyme de "contrôle par l'État"[683] Vision étriquée s'il en est, tant l'*imperium* qu'exerçait jadis l'État sur la société via le droit n'est plus ce qu'il était[684] et tant c'est précisément dans la sphère privée que s'exerce la plus lourde des censures, celle qui, justement, n'est balisée par aucune norme constitutionnelle[685].

Du reste, l'usage constant de la métaphore du "marché libre des idées" empêche toute reconceptualisation constitutionnelle de la liberté d'expression autrement que comme liberté négative. La logique économiste qui inspire cette métaphore tire elle-même sa source de l'importance attribuée à l'idée de "propriété" dans le constitutionnalisme américain. Le professeur Michelman affirmait à cet égard que: "When we speak of constitutional protection for property rights, we think first of *keeping*, not *having* - of negative claims against interference with holdings, not positive claims to endowment or shares. Thus, we primarily understand property in its constitutional sense as an antiredistributive principle, opposed to governmental interventions into the existant regime of holdings for the sake of distributive ends."[686] Il montre ainsi clairement le lien entre la mise en oeuvre du principe de propriété dans le droit constitutionnel américain et la conception négative que ce droit donne à l'idée de liberté. Mais si, en matière de propriété, le droit constitutionnel a quelque peu desserré l'étau de la logique du marché et, par conséquent relativisé le primat de la possession sur la distribution, il en va autrement quant à la liberté

---

[680] O.M. FISS, "Free Speech and Social Structure", dans: J. LOBEL, (dir.), *A Less Than Perfect Union. Alternative Perspectives on the U.S. Constitution*, New York, Monthly Review Press, 1988, p. 347, à la p. 352.
[681] M.A. GRABER, *op. cit.*, note 519, p. 15.
[682] O.M. FISS, *loc. cit.*, note 680, à la p. 357.
[683] S. COHEN, "The Critical Discourse on "Social Control": Notes on the Concept as a Hammer", (1989) 17 *International Journal of the Sociology of Law* 347, à la p. 353.
[684] Voir généralement sur cette question: J.-G. BELLEY, "L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique", *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, 1986, p. 11.
[685] Voir dans ce sens: R. ABEL, "Public Freedom, Private Constraint", *Journal of Law and Society*, vol. 21, n° 3, September 1994, p. 374.
[686] F.I. MICHELMAN, "Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property", (1987) 72 *Iowa Law Review* 1319, à la p. 1319.

d'expression[687]. Dans ce cas, l'absolutisme perdure[688]. Ainsi, dans une espèce où une limitation législative aux dépenses électorales était attaquée en vertu du premier amendement, la Cour suprême des États-Unis affirma le principe suivant: "The concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment"[689]. L'on se doute bien que si le principe de justice distributive n'a pas été retenu par la Cour suprême s'agissant d'expression politique, c'est-à-dire celle qui trône au sommet de la hiérarchie implicite mise en place par son approche taxonomique, il ne l'a pas davantage été s'agissant des types d'expression dont le contenu s'éloigne du politique. Une telle orientation jurisprudentielle incite le professeur Michelman à poser la question suivante: "Why have realism and relativity been such potent destroyers of juristic absolutism regarding legislative control of the market manifestations of possessive property rights, while absolutism still shields their manifestations in the political sphere?"[690] En fait, dès lors que l'on parle de justice distributive, force est de constater que la jurisprudence rendue aux termes du premier amendement n'est plus du tout libérale, mais témoigne au contraire d'un libertarisme pur et dur. Même John Rawls, qui ne pèche certes pas par anti-libéralisme, regrette cette situation, qui lui paraît susceptible de miner les fondements de la démocratie américaine[691]. Dans une intéressante discussion de l'arrêt *Buckley*, cet auteur va jusqu'à affirmer que l'égalité formelle derrière laquelle s'abrite la Cour suprême en ces matières est tout simplement insuffisante[692]. Ce qui n'est pas peu dire.

On peut se demander à cet égard si la métaphore du marché des idées, telle qu'appliquée en droit américain, ne procède pas d'une confusion originelle entre les deux formes différentes de

---

[687] *Id.*, aux pp. 1340-1350.
[688] *Id.*, à la p. 1344.
[689] *Buckley* v. *Valeo*, *supra*, note 627, aux pp. 48-49. Voir aussi, notamment: *First National Bank of Boston* v. *Bellotti*, 98 S. Ct. 1407 (1978). Voir sur ces arrêts, et la jurisprudence subséquente qu'ils ont inspirée: W.J. CONNOLLY, "How Low Can You Go? State Campaign Contribution Limits and the First Amendment", (1996) 76 *Boston University Law Review* 483. Voir aussi l'arrêt *McIntyre* v. *Ohio Elections Committee*, 115 S. Ct. 1511 (1995), où la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle, au nom de la liberté de s'exprimer anonymement, une disposition législative qui exigeait que les auteurs d'un dépliant électoral soient identifiés sur le dépliant en question. On note toutefois une légère ouverture de la Cour suprême au discours égalitariste, perceptible notamment dans les arrêts *Austin* v. *Michigan Chamber of Commerce*, 110 S. Ct. 1391 (1990) et *Metro Broadcasting* v. *Federal Communications Commission*, 110 S. Ct. 1997 (1990). Voir: J.N. EULE, "Promoting Speaker Diversity: Austin and Metro Broadcasting", [1990] *Supreme Court Review* 105. On remarque du même souffle que la Cour se défend bien d'adopter un tel discours...
[690] F.I. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 686, à la p. 1344.
[691] J. RAWLS, *op. cit.*, note 224, pp. 356-363.
[692] *Id.*, p. 361.

libéralisme que sont le libéralisme économique et le libéralisme politique[693]. En fait, la liberté d'expression ressortit normalement au libéralisme politique. Cette forme de libéralisme "(...) fonctionne à partir d'une pluralisation concrète du concept abstrait de liberté"[694], au contraire du libéralisme économique qui, lui, s'abandonne avec nonchalance aux joies du laisser-faire se matérialisant dans le "moins-d'État". Or, en appliquant à la liberté d'expression une grille d'analyse économiste qui repose sur une présupposition d'égalité formelle, on noie la finalité de cette liberté qui n'ignore pas nécessairement les questions d'égalité concrète.

C'est pourtant cette conception fondamentalement économiste de la liberté d'expression, ainsi que la théorie libertaire qui en découle, qui s'est infiltrée dans la culture américaine, en droit comme ailleurs. Aussi est-ce avec raison qu'un auteur identifie dans le marché une des "matrices de la civilisation américaine": "[l]a valeur de référence au marché est *normative*: la loi du marché et de la concurrence est, dans l'idéologie publique américaine, un article de foi, où l'économique, le politique, le social et l'idéologique sont étroitement imbriqués. La concurrence est, dans la conception américaine, indissociable d'une certaine conception de l'égalité des chances et de la dynamique sociale."[695] Mais, en bout de ligne, l'idéologie économiste qui sous-tend la métaphore du marché des idées agit comme obstacle structurel à la réception de toute revendication d'inspiration égalitariste visant une redistribution du capital culturel, comme l'est celle que formulent les tenants de la critique juridique identitaire vis-à-vis de la liberté d'expression. Le professeur Vuillemin souligne ceci quant à la représentation du fonctionnement du marché dans la théorie libérale:

> C'est ce à quoi se résume la thèse libérale: le marché fait agir une main invisible et les intérêts égoïstes tournent, tout bien compté, à l'avantage général. En régime civil et tout animés qu'ils soient par l'égoïsme, les hommes ne peuvent, grâce à la coincidence des buts, avancer leurs propres affaires sans avancer, peu ou prou, l'affaire collective de la satisfaction des besoins. Dire que les droits subjectifs ne contredisent pas l'universalité du droit, c'est affirmer que le capitalisme et la division de la société en classes, supposés par ces droits, ont, en général, assuré la satisfaction des besoins de tous. *Ils l'ont fait au détriment de l'égalité, ou du moins sans se soucier d'elle. Mais l'égalité juridique, réquisit universel du droit, ne signifie pas l'égalité de fait.*[696]

---

[693] Pour une intéressante discussion sur les chaotiques interactions entre ces deux types de libéralisme, voir J.-M. BENOIST, *Pavane pour une Europe défunte. L'adieu aux technocrates*, Paris, Denoel / Gonthier, 1978, pp. 135-149.

[694] *Id.*, 136.

[695] L. COHEN-TANUGI, *op. cit.*, note 5, p. 129.

[696] J. VUILLEMIN, "Régime civil, droit et raison", *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, p. 99, à la p. 104. (Les italiques sont nôtres.)

Or, c'est précisément l'extension à l'interprétation de la liberté d'expression de cette logique strictement formaliste qui incite les tenants de la critique identitaire à chercher à y substituer une autre interprétation, celle-là plus concrète et contextualisée. Et s'il paraît quelque peu illusoire, et de toute façon peu souhaitable, de prétendre à une redistribution complète du capital culturel via une réinterprétation positive de la liberté d'expression, c'est-à-dire en imposant à l'État une obligation générale de légiférer de manière à réaliser cette redistribution[697], il n'en demeure pas moins qu'une prise en compte des circonstances concrètes dans lesquelles s'exerce la liberté d'expression pourrait pousser les tribunaux américains à modifier, ne serait-ce que modestement, leur saisie des revendications égalitaristes en matière de liberté d'expression. Cela n'aboutirait sans doute pas à l'égalisation parfaite et utopique que certains souhaitent, mais, au moins, cela assurerait probablement une certaine démocratisation de l'accès à l'expression[698]. Le cas échéant, il serait possible de parler vraiment d'*égale* liberté d'expression.

4.3. La protection de la dignité des identités collectives et les obstacles jurisprudentiels au contrôle de l'expression antiégalitaire

La pratique nuançant toujours la théorie, il nous semble juste d'affirmer qu'un souffle absolutiste, plutôt qu'un absolutisme véritable, marque l'interprétation judiciaire du premier amendement. Mais s'il est un absolutisme dont on peut vérifier l'existence dans une large part de la jurisprudence, c'est bien celui de l'individualisme libéral. On en constatera les effets ci-après, lors de notre examen de l'encadrement juridique de l'expression raciste, d'une part, et de la représentation sexuelle, d'autre part.

---

[697] Illusoire, essentiellement parce que cela suppose une croyance aveugle dans le pouvoir du droit étatique de forcer des changements sociaux d'ordre structurel; peu souhaitable, car cela repose sur une vision quelque peu linéaire de l'exercice de la liberté d'expression. Le statut socioéconomique ou la condition identitaire peuvent certes faciliter ou nuire à l'accès à l'expression, mais il serait erroné de soutenir qu'*en toutes circonstances*, le fait de posséder tel statut ou telle condition nuira irrémédiablement à cet accès. Le prétendre serait tomber dans le déterminisme, voire l'essentialisme. Voir en ce sens: N. WOLFSON, *loc. cit.*, note 624, à la p. 399. Voir aussi, généralement: K.M. SULLIVAN, "Discrimination, Distribution and Free Speech", (1995) 37 *Arizona Law Review* 439. Il est par ailleurs intéressant de voir à quel point un souffle fondamentalement éthique inspire les revendications égalitaristes les plus radicales en matière de redistribution forcée des "ressources expressives". En effet, on peut très bien soutenir à l'encontre des restrictions égalitaristes imposées à l'expression politique, que les inégalités économiques qui assurent à certaines personnes un meilleur accès à l'expression découlent tout simplement de l'acquisition parfaitement légale - et juste - d'une quantité de biens suffisamment importante pour leur assurer cet accès privilégié. Voir: R.M. SMITH, *op. cit.*, note 574, p. 118. Face à un tel argument, il faut, pour maintenir le bien-fondé des mesures étatiques de redistribution des ressources expressives, adopter une conception absolutiste de la liberté d'expression, en faisant de son égal exercice une nécessité absolue fondée sur les exigences d'une justice collectiviste transcendante. Cet absolutisme égalitariste dans l'interprétation de la liberté d'expression rejoint donc ici, paradoxalement, l'absolutisme individualiste qui, quant à lui, s'opposerait à de telles mesures au nom du droit absolu de l'individu de s'exprimer.

[698] Voir généralement à ce sujet: C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, note 504; O.M. FISS, *op. cit.*, note 567.

4.3.1. Le cas particulier de l'expression raciste: quelques paramètres

L'expression raciste est sans doute l'une des formes d'expression antiégalitaire qui suscite le plus de débats aux États-Unis[699]. Si ce type d'expression fait depuis toujours partie du paysage américain, une série d'incidents raciaux l'ont toutefois remis à l'ordre du jour pendant les années quatre-vingt[700]. À partir de cette époque, des auteurs ont entrepris de réexaminer sous un angle critique l'état du droit américain sur la question. Cette interrogation commune a largement contribué à donner naissance au mouvement de la *Critical Race Theory*, sur lequel nous reviendrons au chapitre cinq. Pour l'instant, voyons quels sont les principaux jalons jurisprudentiels relatifs à la réglementation étatique de ce type d'expression. Comme nos lectrices et lecteurs le constateront, les arrêts qui posent ces jalons ne portent pas tous directement sur l'expression raciste. Toutefois, dans la mesure où la Cour suprême des États-Unis s'y penche plus généralement sur les paramètres constitutionnels encadrant la réglementation étatique de la liberté d'expression dans des contextes connexes, tous fournissent des balises incontournables aux fins d'une analyse de la position du droit américain face à l'expression raciste. Ensemble, ils forment une sorte d'écosystème normatif au sein duquel doit pouvoir s'insérer toute mesure gouvernementale limitant la liberté d'expression pour des motifs égalitaristes. Plus précisément, ils offrent des pistes de réponse à la question fondamentale suivante: quand le contenu d'un message peut-il être réglementé[701]? On comprendra, dans ce sens, que leur pertinence déborde du cas particulier de l'expression raciste pour s'étendre à celui de la représentation sexuelle. C'est la raison pour laquelle nous attarderons plus longuement sur ces arrêts que sur ceux qui traitent spécifiquement de cette seconde forme de représentation. Paradoxalement, la saisie juridique de la représentation sexuelle, comme du reste de toutes les formes d'expression de la sexualité, s'avère beaucoup plus difficile et soulève des questions plus complexes, en sorte que nous y consacrerons une attention toute spéciale lors de notre étude des discours féministes sur la liberté d'expression au chapitre cinq.

4.3.1.1. L'arrêt *Chaplinsky* v. *New Hampshire* et la doctrine des "fighting words"

Walter Chaplinsky, un témoin de Jéhovah, avait été arrêté après que des citoyens se soient plaints des propos très durs qu'il avait tenus à l'endroit des autres religions alors qu'il distribuait sur la

---

[699] Voir sur cette question le dossier suivant: "Hate Crimes", *Congressional Quarterly Researcher*, vol. 3, n° 1, January 8, 1993, p. 1.

[700] Sur l'histoire du débat suscité par l'expression raciste aux États-Unis, voir généralement: S. WALKER, *op. cit.*, note 618.

[701] H. KALVEN Jr., *op. cit.*, note 551, p. 78.

place publique des feuillets promouvant ses vues religieuses[702]. Au moment de son arrestation, Chaplinsky cria au policier qu'il était un "God damned racketeer" et un fasciste. Après avoir été inculpé et condamné aux termes d'une disposition législative qui prohibait les insultes dans un lieu public[703], il en appela à la Cour suprême, invoquant que la disposition législative en vertu de laquelle il avait été condamné restreignait de manière inconstitutionnelle ses libertés d'expression, de presse et de religion.

La Cour suprême, rejetant l'argument fondé sur la liberté de religion, s'en tint à examiner la disposition contestée à la lumière de la liberté d'expression garantie dans la Constitution. Elle adopta comme prémisse que la liberté d'expression n'est pas absolue, plusieurs catégories se voyant du reste refuser le bénéfice de la protection constitutionnelle de cette liberté. S'agissant plus particulièrement des insultes, la Cour, citant un autre arrêt, réitéra que: "[r]esort to epithets or personal abuse is not in any proper sense communication or information or opinion safeguarded by the Constitution, and its punishment as a criminal act would raise no question under that instrument."[704] Partant, elle conclut que la criminalisation par l'État du New Hampshire de l'expression de certaines formes d'insultes ne posait a priori aucun problème constitutionnel. Mais, cela dit, la disposition en cause était-elle suffisamment précise pour éviter une déclaration d'inconstitutionnalité? La Cour répondit à cette question en étudiant l'interprétation judiciaire donnée à la disposition contestée. Elle observa à cet égard que les tribunaux du New Hampshire avaient limité la portée de cette disposition de manière que seule l'expression susceptible de troubler la paix, c'est-à-dire celle ayant "(...) a direct tendency to cause acts of violence by the person to whom, individually, the remark is addressed"[705], soit visée. Le caractère offensant des insultes devait pour sa part être mesuré en fonction d'un critère objectif: des personnes possédant une intelligence normale considéreraient-elles que les insultes proférées sont de nature à inciter un destinaire "moyen" à se battre? En l'espèce, la Cour suprême estima qu'ainsi interprétée, la disposition en cause n'était pas trop imprécise et ne limitait pas indûment la liberté d'expression,

---

[702] En l'occurrence, il qualifiait les religions traditionnelles de "combines" ("rackets"). Voir: *Chaplinsky* v. *New Hampshire*, *supra*, note 634, à la p. 768.

[703] La disposition en cause se lisait ainsi: "No person shall address any offensive, derisive or annoying word to any other person who is lawfully in any street or other public place, nor call him by any offensive or derisive name, nor make any noise or exclamation in his presence and hearing with intent to deride, offend or annoy him, or to prevent him from pursuing his lawful business or occupation." Il convient de noter au passage que les tribunaux inférieurs saisis de l'affaire estimèrent non pertinent le témoignage de Chaplinsky en ce qui a trait au mauvais traitement que la foule lui avait réservé après qu'il eût exprimé ses idées hors normes, l'empêchant dès lors d'invoquer une défense de provocation. La Cour suprême refusa de se prononcer sur cette conclusion, jugeant qu'elle était du seul ressort des cours de l'État du New Hampshire et qu'au surplus, elle ne soulevait aucune question constitutionnelle. Voir: *id.*, aux p. 768 et 770.

[704] *Cantwell* v. *Connecticut*, *supra*, note 618, à la p. 906.

[705] *Chaplinsky* v. *New Hampshire*, *supra*, note 634, à la p. 770.

d'où sa constitutionnalité. Enfin, quant aux insultes proférées par Chaplinsky, la Cour jugea que celles-ci étaient de la nature de celles visées par cette disposition.

Cet arrêt *Chaplinsky* est marquant en ce que la Cour suprême y refuse d'accorder aux insultes susceptibles d'inciter à la violence la protection constitutionelle généralement accordée aux autres formes d'expression, consacrant du même coup son rejet de certaines catégories d'expression comme participant d'une "expression" au sens du premier amendement. Dans un célèbre *obiter*, le juge Murphy, qui rendait jugement pour la Cour, affirma ceci:

> There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which has never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting words" - those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.[706]

Ces remarques ont suscité moults commentaires. Ainsi, dans une critique que l'on pourrait taxer d'"orthodoxe", le professeur Kalven s'en prenait à la trop vaste portée des remarques du juge Murphy, en soutenant que les faits de *Chaplinsky* ne justifiaient nullement une prise de position aussi large qui, en bout de ligne, pouvait servir à légitimer une vaste gamme de restrictions à la liberté d'expression[707]. Un autre auteur estime même, non sans raison, que l'exclusion a priori de certaines formes de discours de la gangue protectrice du premier amendement marque un jour noir dans l'histoire du premier amendement, en ce que cette exclusion assure le triomphe de la "taxonomie sur la réflexion"[708].

Mais ce n'est pas tout. Toujours dans une perspective interne, comment concilier la position adoptée par la Cour suprême voulant que certaines insultes causent, du seul fait de leur expression, un préjudice, avec la règle cardinale prohibant les restrictions fondées sur le contenu de l'expression? Le professeur Tribe estime à cet égard que c'est le médium plus que le message qui est ici visé par la Cour[709]. Mais cela suscite un autre problème, qui découle celui-là de l'artificialité de la division entre la forme et le contenu[710]. La forme n'a-t-elle pas en effet un lien

---

[706] *Id.*, à la p. 769.
[707] H. KALVEN Jr., *op. cit.*, note 551, p. 17-18.
[708] J.F. WIRENIUS, *loc. cit.*, note 569, à la p. 333.
[709] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-8, p. 838.
[710] *Id.*, n° 12-8, p. 839.

étroit avec le contenu; ne sert-elle pas d'une certaine façon à le "colorer", en en magnifiant ou en en atténuant l'intensité? Admettre que forme et contenu sont la plupart du temps tellement imbriqués qu'il est vain de vouloir les séparer, reconnaître, à l'instar de McLuhan, que "le médium, c'est le message", mène inéluctablement à soulever l'artificialité d'une autre dichotomie qui inspire les conclusions de la Cour dans *Chaplinsky*, en l'occurrence celle entre les aspects cognitifs et émotifs de l'expression[711]. La Cour souligne en effet dans cet arrêt la faible valeur sociale de l'expression en cause, de même que sa contribution quasi inexistante à la recherche de la vérité. En somme, elle estime que cette forme n'est tout simplement pas médiatisée par les processus cognitifs de ses destinaires[712]. Ce qui n'est pas entièrement faux. Cependant, en généralisant cette affirmation, en la décontextualisant, la Cour pose comme évidente la division du cognitif et de l'émotif dans le processus expressif. Or, cette division, qui procède de ce qu'une auteure a appelé un "préjugé" rationaliste[713], est loin d'être évidente. Comme c'était le cas dans le cadre de l'interaction forme / contenu, les éléments cognitifs et émotifs de l'expression sont imbriqués: la charge émotive de l'expression a un impact sur la réception de l'idée qui est véhiculée. Par ailleurs, cette charge émotive peut être telle qu'elle influera directement sur la forme que prendra l'expression. Vue sous cet angle, une insulte qui, prise hors contexte, ne paraît agir que comme provocation au combat peut prendre une tout autre signification lorsqu'on l'envisage dans le contexte spécifique où elle a été proférée.

Cela met en lumière ce que le professeur Tribe qualifie de problème méthodologique fondamental de l'arrêt *Chaplinsky*. Dans la mesure où l'expression est dialogique, en ce qu'elle implique nécessairement un émetteur et un récepteur, peut-on valablement poser, *in abstracto*, que telle ou telle expression ne bénéficiera pas de la protection du premier amendement et, sur cette base, valider la proscription d'une catégorie spécifique d'expression sans se préoccuper du contexte de cette expression[714]? On entre ici dans le monde merveilleux de la contruction du sens, question qui reviendra nous hanter de plus en plus fréquemment dans la suite de cette thèse. Car le sens est généralement un construit plutôt qu'un donné, et il est marqué par l'ambiguïté plutôt que par la certitude. La Cour suprême des États-Unis reconnut plus tard l'existence de ce problème lorsqu'elle affirma, dans l'arrêt *Cohen*: "(...), it is nevertheless often true that one man's vulgarity is another's lyric."[715] Malgré cela, l'approche par catégories demeure, quoique quelque peu

---

[711] *Ibid.*
[712] M. TUSHNET, *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1988, p. 308.
[713] S.H. WILLIAMS, "Feminist Jurisprudence and Free Speech Theory", (1994) 68 *Tulane Law Review* 1563, à la p. 1566.
[714] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-10, p. 850
[715] *Cohen* v. *California*, 91 S. Ct. 1780 (1971), à la p. 1788 (j. Harlan).

modifiée. En ce sens, l'influence de *Chaplinsky*, qu'un auteur associe plutôt à une malédiction[716], continue de se faire sentir en jurisprudence. Cet arrêt marque en effet l'émergence de la doctrine des "fighting words", qui, en fait, tient pour un non-discours l'insulte qui se qualifie comme "fighting word". Cette doctrine ne contredit pas celle du "marché libre des idées" parce que l'expression dont elle autorise la restriction "(...) triggers an automatic, unthinking reaction, rather than a consideration of an idea."[717] Bref, l'expression visée est tout, sauf dialogique. Cela dit, la doctrine des "fighting words" constitue une exception[718], qui doit être interprétée restrictivement[719]. Ainsi, seront seules visées par elle les insultes relativement sérieuses, proférées dans un lieu public dans le contexte d'un affrontement direct, c'est-à-dire face-à-face[720]. Il s'ensuit donc que ces insultes doivent être individualisées[721].

La doctrine des "fighting words" vaut encore aujourd'hui. Sa portée a cependant été réduite dans la jurisprudence post-*Chaplinsky* de la Cour suprême des États-Unis, de manière que soient diminuées les possibilités de poursuites abusives pour délits d'opinion[722]. Elle est ainsi devenue

---

[716] J.F. WIRENIUS, *loc. cit.*, note 569. Voir le titre de l'article de cet auteur.
[717] R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20-37, p. 241.
[718] L.C. BOLLINGER, *op. cit.*, note 585, p. 181.
[719] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-10, p. 850.
[720] H. KALVEN Jr., *op. cit.*, note 551, p. 79.
[721] *Id.*, p. 80; L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-8, p. 837.
[722] Voici quelques autres arrêts marquants, par le truchement desquels la Cour suprême des États-Unis a graduellement resserré la généralité de ses propos dans *Chaplinsky*. Dans *Terminiello* v. *Chicago*, 69 S. Ct. 894 (1949), la Cour jugea inconstitutionnelle une ordonnance de la ville de Chicago qui interdisait de briser la paix et aux termes de laquelle Terminiello avait été condamné. Celui-ci avait prononcé un discours raciste dans un auditorium, hors duquel était assemblée une foule de protestataires, déclenchant une émeute. La Cour suprême des États-Unis fonda son jugement sur la trop grande imprécision de l'ordonnance qui prohibait l'expression "incitant à la colère et invitant à la contestation". La Cour prit du reste la peine de noter que l'une des fonctions de la liberté d'expression est justement de permettre d'inviter à la contestation. Voir: *id.*, à la p. 896. Ainsi, la Cour amorce-t-elle dans *Terminiello* un certain recul par rapport à *Chaplinsky* quant à l'exclusion généralisée des insultes et des provocations du bénéfice de la protection du premier amendement. Voir en ce sens: R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20-39, p. 243. Dans *Feiner* v. *New York*, 71 S. Ct. 303 (1951), la Cour confirma la condamnation pour avoir troublé la paix imposée à un individu qui, s'exprimant sur la place publique, avait enjoint les afro-américains à revendiquer leurs droits. Comme le note le professeur Kalven, *op. cit.*, note 551, p. 89, on ne reprochait pas comme tel à Feiner la teneur de son message, mais bien le peu de cas qu'il faisait de l'hostilité que son discours suscitait chez une partie de la foule et son refus d'obtempérer à l'ordre des policiers de cesser ce discours. Il ne s'agissait donc pas dans *Feiner* d'une application de la doctrine des "fighting words", mais la Cour y confirmait indirectement le pouvoir des autorités publiques de contrôler l'expression offensante dans le cadre de la doctrine de la "hostile audience". Kalven, *ibid.*, y voit une réaction conservatrice à l'arrêt *Terminiello*, en partie provoquée par le remplacement de deux juges libéraux récemment décédés. Dans *Kunz* v. *New York*, 71 S. Ct. 312 (1951), un prêcheur baptiste qui s'en prenait violemment aux autres religions fut condamné à payer une amende pour avoir prêché sur la place publique sans permis, lequel avait déjà été révoqué en raison de la virulence de ses propos. La Cour, qui s'attarde surtout dans cette espèce à la question de la censure préalable, n'en déclare pas moins inconstitutionnelles les normes posées par la ville de New York pour l'émission des permis, les jugeant trop imprécises. Dans les décennies suivantes, la Cour suprême prononça une série d'arrêts précisant les contours des doctrines des "fighting words" et de la "hostile audience" et posant les paramètres régissant l'intervention étatique destinée à contrer une violence prétendument imminente. Voir par exemple: *Garner* v. *Louisiana*, 82 S. Ct. 248

une application particulière du critère du "clear and present danger[723]. Cela dit, l'arrêt *Chaplisky* représente un jalon important dans l'évolution de la pensée de la Cour suprême des États-Unis en ce qui a trait à la constitutionnalité des velléités étatiques de contrôle de l'expression offensante, sans compter que l'on y perçoit déjà tous les problèmes que soulève le contrôle de ce type d'expression. *Chaplinsky* devait du reste inspirer la Cour lorsque celle-ci fut saisie, dix ans plus tard, d'une espèce où les insultes avaient une portée collective, plutôt qu'individuelle, et une origine idéologique. Mais l'arrêt *Beauharnais* v. *Illinois*[724] représente en quelque sorte le premier et le dernier véritable rejeton de *Chaplinsky*. En fait, l'influence de *Chaplinsky* sur le droit américain de la liberté d'expression fut pour le moins paradoxale: malgré que la Cour suprême ait semblé avaliser le contrôle étatique de l'expression offensante, aucune législature, fédérale ou étatique, n'y donna suite[725]. Qui plus est, la Cour s'ingénia dans les décennies qui suivirent à restreindre la portée de *Chaplinsky*[726].

4.3.1.2. *Beauharnais* v. *Illinois* ou la chronique d'une mort annoncée[727]

L'arrêt *Beauharnais* v. *Illinois*[728] est intéressant à plus d'un titre. D'abord, il constitue probablement le moment de l'histoire du droit américain de la liberté d'expression où des considérations égalitaristes sont venues le plus près de s'immiscer dans l'interprétation de la liberté d'expression garantie par le premier amendement. Ensuite, l'arrêt *Beauharnais* peut presque être qualifié d'"accident jurisprudentiel", tant la Cour suprême des États-Unis s'est rapidement attelée à en miner les fondements, au point même de le faire tomber en obsolescence. Enfin, la divergence de vue très profonde entre la décision majoritaire et certains juges minoritaires augure des débats qui, encore aujourd'hui, opposent les partisans de la doctrine libertaire dominante aux tenants de la critique juridique identitaire sur la question du contrôle étatique de l'expression antiégalitaire. Aussi, pour ces raisons, cet arrêt mérite que l'on s'y attarde un peu plus longuement[729].

(1961); *Edwards* v. *South Carolina*, 83 S. Ct. 680 (1963); *Cox* v. *Louisiana* (1), 85 S. Ct. 453 (1965); *Bachellar* v. *Maryland*, 90 S. Ct. 1312 (1970). En 1971, la Cour prononça l'arrêt *Cohen* v. *California*, *supra*, note 715, où elle mina substantiellement certains des grands axes de *Chaplinsky*. D'une part, la Cour rejeta dans cet arrêt la thèse de *Chaplinsky* selon laquelle certains mots constituent intrinsèquement des "fighting words", sans égard au contexte dans lequel ils sont prononcés. D'autre part, la Cour estima que certaines expressions, si offensantes soient-elles, font partie du débat démocratique et ne peuvent être exclues de ce débat sous prétexte qu'elles choquent.

[723] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-8, p. 838. Voir aussi: R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 161.

[724] *Supra*, note 636.

[725] S. WALKER, *op. cit.*, note 618, p. 65.

[726] Voir notamment en ce sens: F.S. HAIMAN, *Speech and Law in a Free Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1981, pp. 134-135.

[727] Nous empruntons ce titre à G.G. MARQUEZ, *Chronique d'une mort annoncée*, Paris, Grasset, 1982.

[728] *Supra*, note 636.

[729] Ajoutons une autre raison, qui n'a cependant rien à voir avec notre étude du premier amendement. Nous attirons en effet l'attention de nos lectrices et lecteurs intéressés à l'historiographie juridique sur les très grandes

Les faits de l'arrêt *Beauharnais* sont simples. Joseph Beauharnais, président de l'organisation raciste "White League Association", avait été inculpé d'avoir contrevenu à une disposition du Code criminel de l'Illinois en distribuant des tracts racistes. Le tract en cause alléguait notamment que les Noirs faisaient planer une menace constante sur la communauté blanche, qu'ils se livraient avec assiduité à toutes sortes d'activités criminelles comme le vol, le viol ou la culture de la marijuana et, enfin, que la communauté noire était un terreau fertile pour la propagation du communisme. Il incitait enfin les citoyens blancs de Chicago à signer une pétition enjoignant au conseil municipal de cette ville de faire cesser les agressions noires contre les blancs et, plus largement, à s'unir pour combattre les projets d'intégration raciale mis de l'avant par l'administration fédérale. La disposition législative en vertu de laquelle Beauharnais avait été inculpé se lisait ainsi, dans ses passages pertinents:

> It shall be unlawful for any person (...) to manufacture, sell or offer for sale, advertise or publish, present or exhibit in any public place in this state any lithograph, moving picture, play, drama or sketch, which publication or exhibition portrays depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion which said publication or exhibition exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots.[730]

Après sa condamnation par la Cour municipale de Chicago, qui fut confirmée en appel, Beauharnais en appela à la Cour suprême des États-Unis, invoquant l'inconstitutionnalité de cette disposition législative. Il soutenait, d'une part, que sa liberté d'expression avait été inconstitutionnellement restreinte et, d'autre part, que le libellé de la disposition législative qui imposait cette restriction était de toute façon trop imprécis pour fonder une condamnation, le tout contrairement à la "due process clause" du quatorzième amendement du *Bill of Rights* de la Constitution des États-Unis[731]. La Cour suprême rejeta le pourvoi de Beauharnais à cinq juges contre quatre, la minorité s'étant elle-même divisée. Nous distinguerons pour notre part les diverses opinions exprimées par les juges en référant à leurs positions respectives quant à la constitutionnalité de principe d'une disposition restreignant la liberté d'expression d'un individu

---

similitudes entre les opinions majoritaires dans *Beauharnais* et dans l'arrêt fondamental de la Cour suprême du Canada portant sur la propagande haineuse, *R.* c. *Keegstra*, *supra*, note 434.

[730] *Beauharnais* v. *Illinois*, *supra*, note 636, à la p. 728.

[731] Cette clause se lit ainsi: "No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." Il convient de rappeler que le premier amendement n'a longtemps été appliqué qu'à l'action du gouvernement fédéral, ce qui explique en partie que Beauharnais ait choisi de plaider le quatorzième amendement, expressément applicable aux États fédérés.

lorsque celui-ci exerce cette liberté afin de propager un message haineux envers un groupe défavorisé. Une analyse de *Beauharnais* réalisée en fonction de cette distinction montre à cet égard que deux grands courants interprétatifs, procédant de philosophies différentes de la liberté d'expression, se font concurrence en ce qui a trait à la nature et à la portée de la protection constitutionnelle dont bénéficie cette liberté aux États-Unis. Nous qualifierons le premier courant de "libéral" et le second de "libertaire". Le jugement majoritaire, rédigé par le juge Frankfurter, se rattache au premier courant, alors que la dissidence du juge Black offre une illustration parfaite d'une interprétation libertaire de la liberté d'expression.

Certaines idées-forces sont aisément discernables dans le jugement majoritaire: d'abord, l'association de la propagande haineuse à une diffamation collective - le mot "diffamation" devant ici être entendu dans son acception juridique stricte -; ensuite, l'intérêt légitime de l'État à réglementer ce type d'expression compte tenu du contexte sociohistorique l'ayant poussé à légiférer; enfin, la reconnaissance de la compétence de l'État pour évaluer l'impact potentiel de cette expression sur la condition sociale des groupes visés par elle et le respect corollaire que les tribunaux doivent témoigner envers cette évaluation. Voyons cela de plus près.

Le juge Frankfurter entreprend son analyse de la disposition législative contestée en soulignant d'emblée que celle-ci n'est pas conçue pour bannir une large gamme de discours. Au contraire, soutient-il, "[i]t is a law specifically directed at a defined evil, its language drawing from history and practice in Illinois and in more than a score of other jurisdictions a meaning confirmed by the Supreme Court of that State in upholding this conviction. We do not, therefore, parse the statute as grammarians or treat it as an abstract exercise in lexicography. We read it in the animating context of well-defined usage."[732] Plus loin, le juge se livre à une étude de l'histoire des relations interraciales dans l'État d'Illinois, remarquant à cet égard que de nombreux incidents à caractère raciste l'ont jalonnée[733]. Ceci le pousse à affirmer que "[i]n face of this history and its frequent obligato of extreme racial and religious propaganda, we would deny experience to say that the Illinois legislature was without reason in seeking ways to curb false or malicious defamation of racial and religious groups, made in public places and by means calculated to have a powerful impact on those to whom it was presented."[734] Le juge Frankfurter fait même siens les propos

[732] *Beauharnais* v. *Illinois*, *supra*, note 636, à la p. 729 (j. Frankfurter).
[733] *Id.*, aux p. 731-733.
[734] *Id.*, à la p. 733. Le juge note au passage que les propos que cherchent à stigmatiser les législations du type de celle contestée en l'espèce ont bien peu à voir, quant à leur teneur, avec les débats virulents qui sont si fréquents dans la vie politique, pas plus qu'ils ne sont l'oeuvre d'idiots isolés. Au contraire, les propos visés par ces législations participent plutôt de campagnes planifiées au moyen desquelles des groupes racistes organisés cherchent délibérément à manipuler l'opinion publique de sorte qu'elle adopte leurs thèses racistes ou ségrégationnistes (*ibid.*, note infrapaginale 16).

d'un auteur[735] qui associait la propagande raciste de certains groupes à des tentatives de priver d'autres groupes de leur droit à l'exercice en pleine égalité de leurs libertés civiles[736]. Du coup, il admet la possibilité que l'effectivité des droits fondamentaux conférés à un individu soit dans une certaine mesure fonction de la condition sociale du groupe duquel est issu cet individu. À tout le moins, il insiste sur le fait que la Cour ne pourrait nier à la législature le droit de croire "(...) that a man's job and his educational opportunities and the dignity accorded him may depend as much on the reputation of the racial and religious group to which he willy-nilly belongs, as on his own merits. This being so, we are precluded from saying that speech concededly punishable when immediately directed at individuals cannot be outlawed if directed at groups with whose position and esteem in society the affiliated individual may be inextricably involved."[737] D'autant plus, estime-t-il, que la valeur sociale de l'expression raciste est extrêmement faible, ne contribuant guère, en effet, à la découverte de la vérité[738]. D'où la déférence dont doit faire preuve la Cour envers les évaluations législatives de cette nature. Le juge Frankfurter affirme donc en bout de ligne le droit d'un État de criminaliser l'expression qui procède d'une volonté de diffamation collective ("group libel"), cette variété de diffamation n'étant selon lui pas plus protégée constitutionnellement que la diffamation dirigée contre un simple individu. Dès lors, il n'était pas nécessaire de s'interroger sur la question de savoir si la législature de l'Illinois avait satisfait au critère du "clear and present danger"[739].

Cela dit, le juge Frankfurter refuse de se prononcer sur l'à-propos ou l'efficacité potentielle de la législation contestée. Il reconnaît même que des doutes légitimes peuvent être soulevés à cet égard. De fait, note-t-il, il est loin d'être certain qu'une telle législation puisse seule s'attaquer efficacement à un problème structurel comme le racisme. Mais que des doutes de cette nature soient exprimés n'emporte pas nécessairement qu'il faille invalider la loi en cause, si celle-ci a un lien avec le problème que l'on cherche à combattre et si elle ne déborde pas des compétences constitutionnelles conférées aux États[740]. Cette approche du juge Frankfurter est éminemment intéressante, en ce que ce dernier donne droit de cité au doute dans le cadre même de l'activité juridictionnelle de la Cour et qu'il se fonde précisément sur l'existence de ce doute pour expliquer sa déférence envers les choix exercés en l'espèce par la législature: "We are not at liberty to erect those doubts into fundamental law"[741], affirme-t-il dans un élan de modestie bien peu fréquent

[735] D. RIESMAN, "Democracy and Defamation; Control of Group Libel", (1942) 42 *Columbia Law Review* 727; 1085; 1282.
[736] *Beauharnais* v. *Illinois*, *supra*, note 636, à la p. 733.
[737] *Id.*, à la p. 734.
[738] *Id.*, à la p. 731.
[739] *Id.*, à la p. 735. Sous la forme que prenait ce critère à l'époque, bien sûr.
[740] *Id.*, à la p. 733.
[741] *Id.*, à la p. 736.

chez les juges de la Cour suprême des États-Unis. Cette marge laissée au doute se traduit de deux manières dans l'opinion du juge Frankfurter. D'une part, il rejette l'idée qu'une solution juridique parfaitement optimale puisse régler un problème de l'ampleur du racisme[742]; d'autre part, il reconnaît une marge d'erreur aux législatures quant aux moyens choisis pour faire face à un pareil fléau[743]. Dans le même esprit, il récuse l'argument voulant que la possibilité que des abus surviennent dans la mise en oeuvre de la législation contestée soit une raison suffisante de la déclarer invalide. Tout pouvoir peut être exercé abusivement, rappelle-t-il. Si le juge réitère qu'un État ne peut empêcher les citoyens d'exercer leur liberté d'expression en critiquant l'ordre établi, il ajoute en revanche que la disposition contestée n'est ni trop imprécise, ni n'a une portée trop vaste qui justifierait une déclaration d'inconstitutionnalité[744]. Aussi, refusant de se rendre aux arguments proposés par Beauharnais, la majorité confirma-t-elle les jugements des cours inférieures.

Que retenir de ce jugement majoritaire dans *Beauharnais*? D'abord, nous l'avons déjà dit, la place qui est laissée au doute, qui incite les juges majoritaires à rejeter une vision totalisante du contrôle judiciaire et ce, même en matière de liberté d'expression. En effet, en dépit du fait que la Cour représente l'instance ultime où se décide la validité des lois, les juges majoritaires, refusant de croire à leur propre infaillibilité, évitent de parler *ex cathedra* et, dans cet esprit, laissent une certaine marge de manoeuvre aux élus. Par ailleurs, les juges majoritaires démontrent à notre avis une compréhension relativement complexe de ce qu'est le phénomène expressif, en refusant justement de se laisser duper par une expression raciste travestie en expression politique par

---

[742] Le juge Frankfurter affirme en effet ceci: "Only those lacking responsible humility will have a confident solution for problems as intractable as the frictions attributable to differences of race, color or religion." Voir: *ibid.*

[743] Il souligne ainsi: "That the legislative remedy might not in practice mitigate the evil, or might itself raise new problems, would only manifest once more the paradox of reform. It is the price to be paid for the trial-and-error inherent in legislative efforts to deal with obstinate social issues." Voir: *ibid.*

[744] *Id.*, à la p. 734. C'est d'ailleurs essentiellement à ce stade que la trajectoire des opinions respectives des juges dissidents Reed, lequel parle pour lui-même et le juge Douglas, et Jackson se sépare de celle, majoritaire, du juge Frankfurter. D'une part, à l'instar de la majorité, les juges Reed, Douglas et Jackson estiment que le quatorzième amendement permet en principe à un État fédéré de criminaliser la "diffamation collective". Le cas échéant, le test du "clear and present danger" s'appliquerait. Aussi, le risque de préjudice que la législation chercherait à empêcher ne devrait pas être trop éloigné ou relever de la pure spéculation. Les juges ajoutent toutefois qu'ils se montreraient plus exigeant si le gouvernement fédéral se hasardait à édicter une législation de cette nature, car les compétences du gouvernement fédéral sont par essence limitées. Voir: *id.*, aux p. 741-752. D'autre part, les mêmes juges reprochent tous à la disposition législative en cause dans *Beauharnais* d'être trop imprécise, ce qui les incite à la déclarer invalide. Pour le reste, leur vision de la compatibilité de cette disposition avec la liberté d'expression varie selon les opinions. Cela dit, on constate qu'au-delà des opinions divergentes quant à la constitutionnalité de la disposition législative contestée en l'espèce, huit juges sur neuf se disaient prêts à reconnaître aux États américains le pouvoir de criminaliser l'expression raciste antiégalitaire. Notons ici en terminant que l'opinion du juge Robert Jackson présente ici un intérêt particulier, puisque celui-ci fut procureur lors des audiences du tribunal de Nuremberg sur les crimes de guerre nazis.

l'usage d'une pétition[745]. On dénote à cet égard qu'ils établissent une distinction fondamentale entre l'expression politique et les autres formes d'expression - il faut savoir ici qu'il aurait été beaucoup plus difficile de justifier une prohibition comme celle contestée en l'espèce si, d'aventure, cette expression avait été qualifiée de "politique"[746]. Si une distinction de cet ordre ne va pas entièrement de soi - en effet, à peu près toute expression peut comporter un élément

---

[745] Il faut préciser ici que le premier amendement, en plus de garantir les libertés d'expression et de religion, protège expressément le droit des citoyens américains "(...) to petition the Government for a redress of grievances." On voit bien, dans ce contexte, l'intérêt qu'avait Beauharnais à présenter ses revendications sous la forme d'une pétition adressée au gouvernement. Il augmentait ainsi ses chances de voir la Cour qualifier son expression de "politique", faisant en sorte que celle-ci reçoive le plus haut degré de protection disponible. Dès lors, s'intéresser aux faits particuliers de l'espèce et plus spécifiquement à la forme qu'a prise l'expression en cause, devient pour les tribunaux américains une étape incontournable puisque cette démarche s'inscrit dans le cadre de la tâche fondamentale de qualification que leur impose la théorie du premier amendement. Il s'ensuit que rares seront les espèces où l'examen normatif qu'exige le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'impliquera pas une certaine fusion de l'examen normatif constitutionnel et de celui des faits sociaux susceptibles de justifier la restriction à la liberté d'expression. Cette tendance sera par ailleurs accentuée en raison de l'économie particulière du *Bill of Rights*, qui influe sur l'orientation du contrôle judiciaire réalisé sous l'empire de ce texte constitutionnel, mais également, et surtout, en raison des problèmes d'interprétation que suscite souvent le libellé des dispositions législatives contestées et des critères retenus pour déterminer si, en bout de ligne, ces mesures sont constitutionnelles. D'abord, il convient de remarquer à cet égard que les juges américains saisis d'une espèce où une disposition législative est attaquée au motif de sa non-conformité présumée avec le premier amendement, sont tenus, en raison de l'économie particulière du *Bill of Rights*, d'effectuer tout l'examen requis à l'aune du libellé de ce seul premier amendement. Non seulement doivent-ils déterminer dans ce cadre étroit si le premier amendement a bel et bien été violé, mais ils sont au surplus tenus d'évaluer si cette violation se justifie à la lumière des précédents pertinents, sans disposer pour autant de paramètres externes aux termes desquels ils pourraient porter un regard sur les faits justificatifs, comme le permet par exemple l'article premier de la *Charte canadienne*. Mais il y a plus important. Précisément parce que les dispositions législatives attentatoires à la liberté d'expression sont fréquemment contestées en raison de leur trop vaste portée ou de leur imprécision, les tribunaux peuvent difficilement éviter de songer aux applications factuelles potentielles de ces dispositions. Dans ce contexte, on ne s'étonne pas qu'ils s'accordent une importance non négligeable aux faits particuliers de chaque espèce, importance que d'aucuns pourraient estimer indue dans le cadre de ce qui est d'abord une instance où la question fondamentale est le contrôle de la constitutionnalité d'une *loi*, par opposition ici à une autre où les faits auraient le premier rôle. Ceci était vrai à l'époque de *Beauharnais* et ça l'est encore aujourd'hui. Qui plus est, comme nous le verrons plus loin, cette importance relative des faits particuliers de chaque espèce s'accentue encore en raison de la nécessité de qualifier si la mesure contestée s'applique aux expressions ou aux comportements. La distinction entre une restriction, a priori inconstitutionnelle, de l'expression et une autre, a priori constitutionnelle, des comportements contribue donc à cette confusion entre le normatif et le factuel. Nous verrons plus loin qu'à partir de *Brandenburg* (*supra*, note 666), arrêt postérieur à *Beauharnais*, qu'une restriction directe à la liberté d'expression ne sera permise que si l'expression visée "(...) is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action." Il s'agira alors de savoir si la restriction cherche à stigmatiser *in abstracto* une expression donnée sur la base de son contenu, ce qui serait inconstitutionnel, ou au contraire certains comportements "expressifs" sur la base de leurs conséquences concrètes, ce qui peut être constitutionnel. Or, pour déterminer si la mesure contestée satisfait à ce critère, il s'avérera encore là nécessaire de songer à divers contextes factuels auxquels la mesure contestée pourrait s'appliquer, incluant celui auquel elle a été appliquée en l'espèce. Ainsi, la démarche de circonscription de la portée et de l'objectif d'une mesure contestée exigée par les paramètres constitutionnels régissant aux États-Unis le contrôle judiciaire des lois attentatoires à la liberté d'expression, incite à une confusion de l'examen normatif "normal" et de l'examen factuel "spécifique". En fait, les seuls juges qui réussissent à peu près à éviter toute confusion de ce genre sont généralement ceux qui prônent une interprétation strictement formaliste et absolutiste du premier amendement. Voir aussi, sur cette question, *infra*, note 810.

[746] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 161.

politique[747] -, il n'en reste pas moins que les résultats politiques que cherchent à atteindre les auteurs de l'expression raciste, en l'occurrence l'exclusion d'un groupe spécifique de la sphère du politique, de même que le caractère monologique plutôt que dialogique de cette expression, ne procèdent pas d'emblée de l'idée que l'on se fait du débat politique dans une démocratie... Comme le souligne Laurence Tribe, "[i]t is not plausible to uphold the right to use words as projectiles where no exchange of views is involved."[748]

Autre élément à noter dans ce jugement majoritaire, le lien - l'adéquation même - qui est établi entre l'identité individuelle et l'identité collective. En effet, le juge Frankfurter ne voit pas de problème à lier diffamation individuelle et collective et à appliquer à la seconde les mêmes paramètres juridiques qu'à la première[749]. Mais, fait beaucoup plus significatif dans le cadre de notre étude, il applique une théorie relationnelle du préjudice en établissant un lien inextricable entre la dignité d'une personne en tant qu'individu et sa dignité en tant que membre d'un groupe donné[750]. Ainsi, en ne niant pas a priori l'existence d'un lien entre les identités individuelle et collective d'une personne, le juge Frankfurter refuse de se laisser aveugler par l'individualisme abstrait. Il n'est dès lors pas étonnant qu'il rejette une interprétation strictement formaliste de la législation contestée, préférant au contraire en donner une interprétation contextualisée. C'est au demeurant ce type d'interprétation qui lui permet d'intégrer, quoique implicitement, des considérations égalitaristes à son analyse de la liberté d'expression[751].

Il faut enfin remarquer l'anti-dogmatisme de la saisie que fait le juge Frankfurter de la problématique du contrôle étatique de l'expression raciste, approche qui, du reste, devait présider à toute sa philosophie judiciaire quant à l'interprétation du premier amendement. Par exemple, peu avant *Beauharnais*, le juge Frankfurter affirmait dans l'arrêt *Dennis* v. *United States* que: "The demands of free speech in a democratic society as well as the interest in national security are better served by candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidean problems to be solved."[752] Partisan d'une approche fondée sur l'équilibrage des intérêts en cause dans chaque espèce, le juge Frankfurter ne pouvait que heurter les convictions des tenants d'une interprétation plus absolutiste du premier amendement. C'est ainsi que, dans *Beauharnais*, sa vision tranche

---

[747] Ce qui en dit long sur l'opérationnalité de l'approche par catégories...
[748] L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, p. 837, n° 12-8.
[749] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 164.
[750] *Ibid.*
[751] C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, note 504, p. 185.
[752] *Dennis* v. *United States*, 341 U.S. 494, aux pp. 524-525 (1951).

radicalement avec celle du juge dissident Hugo Black, reconnu justement comme l'un des porte-étendards de cette interprétation absolutiste[753].

Le juge Black emploie en effet dans sa brève opinion des termes très vifs pour marquer sa dissidence, au point même de friser l'impertinence ou l'impolitesse. Mais au-delà de la forme, son opinion mérite un arrêt, tant elle est caractéristique d'une certaine façon de penser la liberté d'expression. Elle illustre également - et de manière éclatante - l'importance des prémisses dans l'interprétation judiciaire. De fait, comme nous le soulignions en première partie, l'orientation que l'on donne à une analyse ainsi que la façon dont on construit une problématique jouent, en droit comme dans d'autres disciplines, un rôle fondamental, en ce que ces opérations intellectuelles permettent la validation ultérieure de la conclusion atteinte. Doux mélange de dogmatique, de logique et de rhétorique, l'interprétation judiciaire est auto-justificatrice, quelle que soit son orientation...

Cela dit, comment le juge Black construit-il la problématique de l'affaire *Beauharnais*? D'une part, il indique d'entrée de jeu que le contenu seul des tracts est en cause dans cette espèce, signalant dès lors le caractère exorbitant de la mesure attaquée au regard de la règle prohibant les restrictions au contenu de l'expression. D'autre part, il qualifie juridiquement les actes reprochés à l'accusé Beauharnais comme des actes fondamentalement politiques, affirmant que: "(...) Beauharnais and his group were making a genuine effort to petition their elected representatives is not disputed."[754] La forme employée par Beauharnais pour véhiculer son message est donc considérée comme probante de l'authenticité de la nature politique de ce message. L'examen qualitatif de l'expression en cause s'arrête là, ce qui permet au juge Black de signaler l'illégalité, depuis des siècles, des poursuites fondées sur l'exercice du droit politique de pétition[755]. Le juge Black s'en prend alors au peu de cas que le jugement majoritaire fait du premier amendement, arguant que celui-ci soumet cette disposition constitutionnelle à une relativisation "dégradante"[756]. Il prend comme exemple la proposition, anathème à ses yeux, selon laquelle il y a lieu de laisser une marge d'erreur aux législatures quant au choix des moyens requis pour faire face à un problème comme le racisme. Selon lui, "[s]tate experimentation in curbing freedom of expression is startling and frightening doctrine in a country dedicated to self-government by its people. I reject the holding that either state or nation can punish people for having their say in matters of public concern."[757] Ces paramètres posés, le juge Black entreprend son étude de la disposition

[753] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, pp. 23-25; C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, note 504, p. 7.
[754] *Beauharnais* v. *Illinois*, *supra*, note 636, à la p. 736 (j. Black).
[755] *Ibid.*
[756] *Id.*, à la p. 737.
[757] *Ibid.* (j. Black).

législative contestée. Il remarque d'emblée, non sans raison d'ailleurs, que la portée de celle-ci serait assez vaste pour servir d'assise au bannissement de plusieurs des grandes oeuvres de la civilisation occidentale, et reproche à la majorité d'"enrober" cette censure tous azimuts par l'emploi du concept, d'après lui inacceptable, de "diffamation collective". Pour le juge Black, en effet, la diffamation ne peut être qu'individuelle. Dans le même ordre d'idées, il souligne que l'exception des "fighting words", consacrée dans l'arrêt *Chaplinsky*[758], ne vise que les invectives proférées contre des individus et que son extension aux groupes lui paraît inacceptable.

Mais, au-delà de la technique juridique, c'est le danger que fait peser le jugement majoritaire sur la liberté d'expression qui heurte les convictions du juge Black. Toute censure de la liberté d'expression lui répugne au plus haut point. Dans un passage resté à juste titre célèbre, il affirme ceci: "History indicates that urges to do the good have led to the burning of books and even to the burning of "witches"."[759] Jusque là, on le suit. Mais c'est lorsqu'il note, dans cette foulée, que, honni dans certains quartiers de Chicago, Beauharnais serait probablement traité en héros dans d'autres[760], que l'on se rebiffe. S'il est certes plausible de soutenir que, compte tenu de sa très vaste portée, la mesure législative contestée aurait pu être invoquée pour faire taire des partisans de l'égalité et de la déségrégation[761], c'est autre chose d'établir une espèce de relation d'adéquation entre le discours raciste de Beauharnais et celui, antiraciste, de ses opposants éventuels. Le relativisme éthique libéral se mue ici en nivellement intellectuel libertaire. La logique quantitative qu'inspire le postulat d'égalité formelle des idées triomphe de la logique qualitative qui aurait pu permettre d'établir les distinctions appropriées. En toute hypothèse, le juge Black se complait dans l'abstraction la plus totale. En effet, ne fallait-il pas, au début des années cinquante, beaucoup plus de courage à un noir pour remettre en question la ségrégation raciale et le racisme endémique de la société américaine qu'à un blanc pour prôner l'infériorité de la race noire? Les conditions concrètes dans lesquelles l'un et l'autre devaient exercer leur liberté d'expression avaient bien peu à voir, convenons-en. Cela dit, en adoptant cette vision formaliste de l'égalité des idées, le juge Black pouvait difficilement conclure autrement qu'en déclarant *urbi et orbi* l'illégitimité et l'invalidité constitutionnelles de toute tentative étatique de réglementation de l'expression raciste. Par le fait même, il niait pratiquement tout rôle préventif au droit à cet égard.

---

[758] *Supra*, note 634.
[759] *Beauharnais* c. *Illinois*, *supra*, note 636, à la p. 739 (j. Black).
[760] *Ibid.*
[761] Ce que soutient le juge Black: *ibid.*

Les jugements divergents des juges Frankfurter et Black sont tout à fait représentatifs des deux grandes tendances qui s'opposent dans les débats concernant la réglementation de l'expression antiégalitaire, avec leurs qualités et leurs lacunes respectives. Ironiquement, le premier, partisan de la retenue judiciaire, impose le primat *absolu* de ce que nous avons appelé la logique macrosociale de gestion des risques, alors que le second applique de manière aussi absolue la logique microsociale d'imputation du préjudice. Quant à nous, si nous opinons plutôt en faveur de la position du juge Frankfurter en ce qui a trait à son analyse des conditions concrètes d'exercice de la liberté d'expression et à son approche sociétale complexe de la notion de préjudice, ce qui lui permet de reconnaître aux législatures le pouvoir de légiférer contre l'expression raciste, nous sommes néanmoins sensibles aux arguments du juge Black quant à la très vaste portée de la disposition en cause. Il y a en effet une marge entre, d'une part, la stigmatisation juridique *précise* de la fomentation de la haine ou de l'usage de stéréotypes discriminatoires intentionnellement préjudiciables et, d'autre part, la stigmatisation générale de toute expression offensante. Même en se montrant le plus ouvert possible aux récriminations des groupes offensés par telle ou telle forme d'expression et en reconnaissant au droit un rôle préventif en ce qui a trait à la reproduction des stéréotypes discriminatoires, il nous paraît impossible, à moins de souhaiter l'instauration d'un État totalitaire, de prétendre vouloir éliminer par la voie juridique toute expression portant à controverse, fût-elle légitimement perçue par ces groupes comme ayant des relents discriminatoires. On doit en effet s'inquiéter lorsque, dans une société libre et démocratique, il devient très dangereux de critiquer un groupe donné[762]. La langue de bois ne contribue nullement au renforcement de la démocratie. Mais la langue de feu, celle de Beauharnais et du Ku Klux Klan, ne vaut pas mieux. D'où l'importance de ne pas renoncer à la réglementation juridique de ce genre de discours. En fait, on doit peut-être se demander si l'on n'a pas atteint une solution juridique intellectuellement acceptable dès lors que la réglementation édictée mécontente tous les intégristes, c'est-à-dire tant ceux de la gestion que ceux de l'imputation...

4.3.1.3. La lente agonie de *Beauharnais*

Quelques années après avoir prononcé l'arrêt *Beauharnais*, la Cour suprême des États-Unis entrait dans l'ère la plus activiste de son histoire, faisant d'elle une actrice politique de première importance[763]. Ce fut la grande époque de l'extension des droits civils, marquée notamment par des décisions-phares dans le domaine des droits à l'égalité. Mais, paradoxalement, alors même que la Cour remettait en question la ségrégation raciale pratiquée à grande échelle dans la société américaine, elle minait peu à peu l'effectivité de ses conclusions dans l'arrêt *Beauharnais*.

[762] Comme le remarquait le juge Black dans *Beauharnais* c. *Illinois*, *supra*, note 636, à la p. 739.
[763] S. WALKER, *op. cit.*, note 618, p. 102.

Plusieurs arrêts peuvent être cités au soutien de cette affirmation[764], mais le plus important d'entre eux est sans doute *Brandenburg* v. *Ohio*[765]. Nous avons déjà dit que c'est dans cet arrêt que la Cour suprême des États-Unis a élaboré la version contemporaine du critère du "clear and present danger". Rappelons à cet égard que celui-ci ne permet la restriction de la liberté d'expression incitant à la révolte ou à la subversion que si l'incitation "(...) is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action." [766] Mais ce n'est vraiment que lorsque l'on examine ces commentaires au regard des faits qui les ont provoqués, que l'on comprend l'importance fondamentale de *Brandenburg* dans le travail de sape de *Beauharnais*.

En l'espèce, Brandenburg, un membre du Ku Klux Klan, avait été condamné à une amende et une peine de prison aux termes d'une disposition législative qui prohibait que l'on prône la violence comme un moyen de provoquer une réforme politique. Celui-ci, indigné par la reconnaissance politicojuridique de droits égaux aux minorités noires et juives, avait notamment associé cette reconnaissance à la "suppression de la race blanche" et laissé planer l'idée d'une revanche éventuelle de la part des Blancs. La Cour suprême estima que ces paroles, n'ayant été prononcées que devant des partisans du Klan (avec en prime une croix en feu) et deux reporters de la télévision locale, n'avaient jamais fait peser de menace physique tangible sur qui que ce soit. La Cour établit ici une distinction entre les *doctrines* et les *actions* révolutionnaires, les premières consistant en une forme d'"(...) abstract teaching (...) of the moral propriety or even moral necessity for a resort to force and violence"[767], et les secondes se caractérisant par la préparation effective d'une action violente[768]. Brandenburg s'étant contenté en l'espèce d'"enseigner" une doctrine, la Cour suprême cassa sa condamnation.

---

[764] À cet égard, on compte des arrêts ayant directement trait à l'expression raciste, dont nous traitons dans le corps du texte, et d'autres qui ont indirectement eu pour effet de restreindre la portée de *Beauharnais*. Parmi ces derniers, notons l'arrêt *New York Times Co.* v. *Sullivan*, *supra*, note 636, où la Cour suprême plaça la diffamation sous l'empire du premier amendement, renversant du même coup la conclusion de *Chaplinsky*, *supra*, note 634, (sur laquelle s'était fondée la majorité dans *Beauharnais*) voulant que la diffamation ne bénéficie pas de la protection de cet amendement. Voir aussi l'arrêt *Hustler Magazine, Inc.* v. *Falwell*, 108 S. Ct. 876 (1988). En pratique, à la suite de l'arrêt *New York Times*, la notion de "diffamation collective" a été abolie en droit américain. Voir aussi: *Khalid Abdullah Tariq Al Mansour Faissal Fahd Al Tatal* v. *Fanning*, 506 F. Supp. 186 (N.D. Cal. 1980); *Michigan United Conservation Clubs* v. *CBS News*, 485 F. Supp. 893 (W.D. Mich. 1980), confirmé dans 665 F.2d 110 (C.A. 6ième circuit, 1981).

[765] *Supra*, note 666. Le professeur Smolla soutient en effet que *Brandenburg* renverse à toutes fins utiles *Beauharnais*. Voir: R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 165.

[766] *Brandenburg* v. *Ohio*, *supra*, note 666, à la p. 1829.

[767] *Id.*, p. 1830.

[768] *Ibid.* Quelques années plus tard, la Cour suprême enchâssa définitivement le test de *Brandenburg* dans son arrêt *Hess* v. *Indiana*, 94 S. Ct. 326 (1973). Dans cette espèce, Hess avait été condamné pour désordre public pour avoir crié, peu après son arrestation lors d'une manifestation contre la guerre du Vietnam, "We'll take the fucking street later". La Cour, jugeant que cette "menace" ne faisait peser aucun danger imminent d'action violente, cassa la condamnation.

Une dizaine d'années plus tard, des mesures similaires à celle qui avait été contestée dans *Beauharnais* furent de nouveau soumises à un examen judiciaire. Dans l'affaire *Collin v. Smith*[769], la Cour fédérale d'appel du septième circuit eut à se prononcer sur la constitutionnalité d'ordonnances émises par une municipalité dans le but d'empêcher une manifestation d'un groupe néonazi. L'intention de ces néonazis de manifester "en uniforme"[770] à Skokie, ville située dans la proche banlieue de Chicago, ne relevait pas du hasard. En effet, cette ville comptait une majorité de résidants de religion juive, dont plusieurs survivants de l'Holocauste. Skokie avait donc adopté des ordonnances qui, d'une part, assujettissaient la tenue de manifestations publiques dans la ville à une approbation municipale préalable par laquelle on s'assurait que la manifestation n'avait pas comme objectif de susciter la haine ou l'opprobre envers des groupes spécifiques, et, d'autre part, criminalisaient la propagande haineuse sur son territoire.

La Cour d'appel nota d'entrée de jeu que le défilé que les néonazis projetaient de tenir bénéficiait, malgré la répugnance qu'il inspirait, de l'entière protection du premier amendement et que, cela étant, les ordonnances de Skokie devaient faire l'objet d'un contrôle judiciaire strict, puisqu'elles imposaient un contrôle direct du contenu de l'expression[771]. La Cour estima à cet égard qu'aucune des exceptions généralement reconnues à la prohibition de ce type de contrôle ne pouvait sauvegarder les ordonnances contestées. D'abord, prenant acte du fait que Skokie avait admis n'avoir appréhendé aucune réaction violente de la part des opposants des néonazis si le défilé avait lieu, la Cour exclut toute justification des ordonnances selon le critère de *Brandenburg*[772]. Dans le même ordre d'idées, elle affirma que l'exception des "fighting words", consacrée dans *Chaplinsky*[773], ne pouvait non plus s'appliquer. Skokie orienta donc son argumentation vers d'autres avenues, dont trois retiendront notre attention.

Dans un premier temps, Skokie plaida que la propagande haineuse qu'elle stigmatisait dans ses ordonnances ne visait qu'à propager des mensonges, auxquels on ne devait accorder aucune valeur constitutionnelle. La Cour d'appel rejeta cet argument du revers de la main, affirmant que, dans le contexte d'une analyse faite en vertu du premier amendement, aucune idée ou opinion ne peut être considérée a priori comme fausse. En l'espèce, le fait que la propagande nazie soit

---

[769] 578 F. 2d 1197 (1978) (Cour d'appel des États-Unis, 7ième circuit); certiorari refusé par la Cour suprême dans 99 S. Ct. 291 (1978).
[770] C'est-à-dire avec tout l'attirail du parfait nazi, soit la chemise brune, la swastika, les bottes de cuir, etc. Voir: *id.*, à la p. 1199, note infrapaginale 1.
[771] *Id.*, aux pp. 1200-1202.
[772] *Supra*, note 666.
[773] *Supra*, note 634.

unanimement dénoncée comme mensongère ne pouvait seul justifier sa suppression[774]. Le second argument de la ville de Skokie visait à justifier les ordonnances litigieuses en invoquant l'arrêt *Beauharnais*. Peu impressionnée, la Cour souligna d'emblée qu'au vu de la jurisprudence postérieure à cet arrêt, il y avait lieu de douter de sa validité comme précédent, surtout en ce qui a trait à la conclusion voulant qu'il soit constitutionnellement possible de contrôler une forme d'expression spécifique sous prétexte qu'elle est raisonnablement susceptible d'inciter à la violence. La Cour ajouta que même en postulant l'application intégrale de *Beauharnais*, les motifs qui avaient incité Skokie à réglementer l'expression haineuse ne pouvaient satisfaire au critère posé dans cet arrêt, étant donné que les ordonnances devaient être mises en application même en l'absence de toute menace de violence[775]. Enfin, la ville de Skokie prétendit qu'un défilé néonazi dans ses rues causerait un traumatisme psychologique considérable à beaucoup de ses citoyens, qui justifiait dès lors sa réglementation au plan constitutionnel. Malgré qu'elle reconnut l'existence de ce préjudice, la Cour rétorqua que cela ne lui permettait pas de créer une nouvelle exception à la prohibition de principe du contrôle du contenu de l'expression, d'autant plus qu'en l'espèce on se trouvait à criminaliser un simple défilé, à forte charge symbolique il est vrai, mais un défilé tout de même. La "conduite expressive" incriminée n'était pas, selon la Cour, intrinsèquement offensante[776]. Elle ajouta au surplus que les ordonnances étaient beaucoup trop vagues pour être constitutionnelles, au point même de rendre illégale la diffusion du *Marchand de Venise* de Shakespeare[777]. En bout de ligne, comme si elle se sentait coupable de donner son aval constitutionnel à une activité qu'elle réprouvait, la Cour précisa que l'expression offensante pouvait être réglementée par l'État lorsqu'un auditoire captif devait la subir, ce qui n'était toutefois pas le cas en l'espèce[778]. La Cour déclara donc inconstitutionnelles les ordonnances de Skokie[779]. Cela dit, jamais la marche des néonazis dans Skokie n'eut lieu. Leur chef, Frank Collin, l'annula quelques jours avant la date prévue pour sa tenue, affirmant qu'en toute hypothèse, ses démêlés judiciaires lui avaient permis de démontrer que les juifs étaient "hystériques"...[780]

---

[774] *Collin* v. *Smith*, *supra*, note 769, p. 1203.
[775] *Id.*, aux pp. 1204-1205.
[776] *Id.*, aux pp. 1205-1206.
[777] *Id.*, à la p. 1207.
[778] *Id.*, à la p. 1206.
[779] La Cour d'appel fit toutefois un *caveat* à son jugement. Elle souligna que, n'étant pas saisie d'un pourvoi portant sur la validité d'une disposition législative "(...) which prohibits action designed to impede the equal exercise of guaranteed rights (...) or even a conspiracy to harass or to intimidate others and subject them thus to racial or religious hatred", elle n'exprimait aucune opinion à ce sujet, précisant néanmoins que la situation serait très différente. Voir: *id.*, à la p. 1204, note infrapaginale 13.
[780] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 156.

Le jugement dans l'affaire *Collin* marque une étape importante dans la déchéance de *Beauharnais*. Implicitement confirmé par la Cour suprême des États-Unis, il s'avére prophétique au regard de la position qu'allait adopter cette cour en 1992, dans son arrêt *R.A.V.* v. *City of St. Paul, Minnesota*[781].

Depuis l'abolition de l'esclavage aux États-Unis, les mouvements racistes ont utilisé le feu comme instrument de terreur. C'est ainsi qu'encore aujourd'hui, des églises de la communauté afro-américaine sont régulièrement incendiées dans le sud[782]. Mais cet usage du feu revêt aussi des formes plus "modérées", de l'ordre de la symbolique. Ainsi le Ku Klux Klan fait-il souvent brûler des croix pour marquer sa présence, au point où cette pratique est en quelque sorte devenue une de ses marques de commerce[783]. Par exemple, une croix brûlait lors de l'assemblée pendant laquelle Brandenburg proféra les paroles qui lui valurent d'être poursuivi. C'est aussi cette pratique qui est à l'origine de l'affaire *R.A.V.*

Dans cette espèce, la Cour suprême devait se prononcer sur le cas d'adolescents blancs qui avaient érigé et fait brûler une croix sur le terrain d'une famille noire voisine. Des procédures furent entreprises contre l'un d'eux aux termes de la "Bias-Motivated Crime Ordinance" de la ville de St. Paul, dont la constitutionnalité fut contestée jusqu'en Cour suprême. Cette ordonnance se lisait ainsi: "Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of

---

[781] *Supra*, note 620.

[782] G. FRASER, "Torched black churches are reminder of U.S. past", Toronto, *The Globe and Mail*, Tuesday, June 11, 1996, pp. A1 et A10.

[783] Dans l'arrêt récent *Capital Square Review and Advisory Board* v. *Pinette*, 132 L. Ed. 2d 650 (1995), la Cour suprême analysa la question de l'érection d'une croix par le Klan dans un lieu public à la seule lumière de l'"establishment clause" (séparation de l'Église et de l'État) du premier amendement, parce que le certiorari avait été accordé au regard de cette unique question de droit plutôt qu'au regard de la liberté d'expression politique du Klan, mais le juge Clarence Thomas, dans une opinion distincte, relativisa ainsi le caractère religieux de cet usage de la croix: "(...) the fact that the legal issue before us involves the Establishment Clause should not lead anyone to think that a cross erected by the Ku Klux Klan is a purely religious symbol. (...) In Klan ceremony, the cross is a symbol of white supremacy and a tool for the intimidation and harassment of racial minorities, Catholics, Jews, Communists, and any other groups hated by the Klan. The cross is associated with the Klan not because of religious worship, but because of the Klan's practice of cross-burning. (...) To be sure, the cross appears to serve as a religious symbol of Christianity for some Klan members. (...) But to the extent that the Klan had a message to communicate in Capital Square, it was primarily a political one. (...) The Klan simply has appropriated one of the most sacred religious symbols as a symbol of hate." (pp. 666-667) Au vu de ces remarques, on s'étonne que, quelques années auparavant, le juge Thomas ait fait sienne, sans rien y ajouter, l'opinion majoritaire de la Cour dans l'arrêt *R.A.V.* v. *St. Paul, Minnesota*, *supra*, note 620. Du reste, le fait que le juge Thomas ait fait part de telles considérations dans une opinion distincte, et non dissidente, en dit long sur son approche formaliste du droit constitutionnel.

misdemeanor."[784] Même si la portée de l'ordonnance avait été préalablement restreinte par la Cour suprême du Minnesota de manière qu'elle ne couvre que les "fighting words" au sens de *Chaplinsky*[785], la Cour suprême des États-Unis fut néanmoins unanime à la déclarer invalide, mais se divisa à cinq contre quatre quant aux motifs de cette invalidation.

L'argument principal invoqué par les juges majoritaires pour justifier l'inconstitutionnalité de l'ordonnance de la ville de St. Paul fut que celle-ci imposait un contrôle du contenu de l'expression. Même s'ils prirent acte du resserrement interprétatif opéré par la Cour du Minnesota, ces juges estimèrent que le traitement inégal que cette ordonnance appliquait aux différentes idées en constituait le vice majeur. Pour en arriver à cette conclusion, ils durent cependant se livrer à une réinterprétation de la saisie constitutionnelle de la catégorie des "fighting words". Sans renier leur exclusion de principe de la protection du premier amendement, les juges majoritaires précisèrent que les mots entrant dans cette catégorie n'étaient pas tant "invisibles" aux yeux de la Constitution, que simplement "passibles" de réglementation étatique. Possédant un certain contenu expressif, ces mots ne peuvent être intrinsèquement considérés comme ne méritant aucune protection aux termes du premier amendement. Aussi, l'État n'est pas entièrement libre lorsqu'il s'agit de les réglementer. Certes dispose-t-il d'une bonne marge de manoeuvre, mais son action réglementaire n'est pas totalement soustraite à l'application du premier amendement: "(...) the exclusion of "fighting words" from the scope of the First Amendment simply means that, for purposes of that amendment, the unprotected features of the words are, despite their verbal character, essentially a "non-speech" element of communication. (...) The government may not regulate use based on hostility - or favoritism - towards the underlying message expressed."[786] Selon la majorité, le principe de la prohibition de la réglementation fondée sur le contenu de l'expression s'applique donc à l'intérieur même d'une catégorie a priori exclue de la protection du premier amendement. Il s'ensuit qu'il est en principe inconstitutionnel de réglementer certains "fighting words" plus strictement que d'autres[787]. Une distinction basée sur le contenu des

---

[784] *R.A.V.* v. *St. Paul, Minnesota, id.*, à la p. 2541.

[785] La Cour suprême du Minnesota, consciente de la trop vaste portée de l'ordonnance, avait restreint celle-ci afin qu'elle ne vise que l'expression non protégée par le premier amendement. Compte tenu des normes américaines régissant le contrôle judiciaire par des tribunaux fédéraux, la Cour suprême des États-Unis devait s'en tenir strictement à l'interprétation consacrée par les cours étatiques, ce qui l'empêchait de soulever d'emblée la trop vaste portée de l'ordonnance en litige. Voir: K. GREENAWALT, *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 56.

[786] *R.A.V.* v. *St. Paul, Minnesota, supra*, note 620, à la p. 2543-2544.

[787] Les juges minoritaires estimèrent incohérente la distinction opérée par le juge Scalia à cet égard et, en général, sa nouvelle théorie de l'"underbreath": "It is inconsistent to hold that the government may proscribe an entire category of speech because the content of that speech is evil, (...); but that the government may not treat a subset of that category differently without violating the First Amendment; the content of the subset is by definition worthless and undeserving of constitutional protection." Voir: *id.*, à la p. 2553 (j. White).

invectives ne sera rachetée que si le fondement de cette distinction "(...) is the very reason the entire class of speech at issue is proscribable."[788] Ce raisonnement quelque peu circulaire illustre bien la logique du tout ou rien qui semble inspirer les juges majoritaires.

Cela dit, ce réexamen de l'appréhension constitutionnelle de la catégorie des "fighting words" devait paver la voie à la conclusion des juges majoritaires. En effet, selon eux, en proscrivant l'expression de seulement quelques insultes, celles fondées sur la race, la couleur, les croyances, la religion et le sexe, et non de la totalité des insultes visées par la catégorie des "fighting words", l'ordonnance de la ville de St. Paul opérait une distinction fondée sur le contenu de l'expression, d'où son inconstitutionnalité. Les juges majoritaires ajoutèrent même que, dans les faits, cette ordonnance, loin de se contenter de contrevenir *prima facie* à la prohibition de réglementer l'expression sur la base du contenu, établissait une véritable discrimination fondée sur l'opinion véhiculée. Le juge Scalia souligna par exemple que des insultes proférées contre des "papistes" seraient visées par l'ordonnance, puisqu'elles visent à stigmatiser un groupe en raison de sa religion, alors qu'il en irait autrement d'un message attaquant les "bigots anticatholiques", puisqu'il n'y aurait dans ce cas aucune stigmatisation de cet ordre[789]. Autrement dit, le juge Scalia s'éleva contre la possibilité d'une application asymétrique de l'ordonnance.

Au surplus, à l'argument voulant que seule une mesure aussi spécifique que celle contestée soit apte à transmettre aux groupes minoritaires le message que l'expression haineuse à leur endroit est réprouvée par la société, il offrit pour toute réponse que les préférences de la majorité doivent s'exprimer autrement qu'en faisant taire l'expression dissidente[790]. Ainsi, en condamnant expressément dans son ordonnance les messages d'intolérance, la ville de St. Paul a commis un péché capital, qu'elle n'aurait pas commis si elle s'en était tenue à prohiber certains modes d'expression estimés susceptibles de provoquer une réaction violente et véhiculant accessoirement un message d'intolérance[791]. Par ailleurs, à la prétention selon laquelle cette ordonnance avait comme objet premier d'empêcher la victimisation sociale de groupes vulnérables et historiquement désavantagés et que, partant, l'atteinte à la liberté d'expression n'en était qu'un effet secondaire, le juge Scalia rétorqua d'emblée que cela était clairement faux, ajoutant que l'on ne peut se fonder sur les réactions des victimes de l'expression pour justifier les atteintes, prétendument secondaires, à la liberté d'expression[792]. Le juge écarta donc sans autre forme de procès toute possibilité de prise en compte du point de vue de la victime à ce stade. Enfin, il rejeta la prétention de la ville

[788] *Id.*, à la p. 2545 (j. Scalia).
[789] *Id.*, à la p. 2548.
[790] *Ibid.*
[791] *Id.*, à la p. 2549.
[792] *Ibid.*

de St. Paul voulant qu'en toute hypothèse, son ordonnance était justifiée puisqu'elle correspondait à un "intérêt étatique impérieux", celui d'assurer aux membres de groupes historiquement désavantagés le plein exercice de leurs droits fondamentaux, dont le droit de vivre en paix où bon leur semble. Reconnaissant le caractère impérieux de cet intérêt, le juge Scalia n'en estima pas moins que le moyen retenu pour sa promotion n'était pas, quant à lui, *nécessaire*, et qu'il existait d'autres alternatives qui excluaient la censure fondée sur le contenu de l'expression[793].

Est-il besoin de préciser que les juges minoritaires trouvèrent à redire du raisonnement du juge Scalia? Si tous s'entendirent pour invalider l'ordonnance en raison de sa trop grande portée[794], rejoignant ainsi la majorité quant au dispositif, ils rejetèrent catégoriquement les motifs invoqués par cette dernière[795]. Le juge White, soutenu par trois de ses collègues, s'en prit d'abord au message social transmis par la décision majoritaire. Il affirma ceci:

> Any contribution of this holding to First Amendment jurisprudence is surely a negative one, since it necessarily signals that expressions of violence, such as the message of intimidation and racial hatred conveyed by burning a cross on someone's lawn, are of sufficient value to outweigh the social interest in order and morality that has traditionally placed such fighting words outside the First Amendment. Indeed, by characterizing fighting words as a form of "debate", (...), the majority legitimates hate speech as a form of public discussion.[796]

En somme, il s'éleva contre la dévalorisation de la notion d'"expression" dont était porteuse l'opinion majoritaire[797].

---

[793] *Id.*, aux pp. 2549-2550.

[794] Soutenu par trois de ses collègues, le juge White affirma que "[a]lthough the ordinance reaches conduct that is unprotected, it also makes criminal expressive conduct that causes only hurt feelings, offense, or resentment, and is protected by the First Amendment. (...) The ordinance is therefore fatally overbroad and invalid on its face." Voir: *id.*, à la p. 2560.

[795] Les juges minoritaires ne lésinèrent d'ailleurs pas sur les mots. Ainsi, le juge White conclut-il son opinion en affirmant ceci: "Its [the court's] decision is an arid, doctrinaire interpretation, driven by the frequently irresistible impulse of judges to tinker with the First Amendment. (...) I join the judgment, but not the folly of the opinion." (*ibid.*). Pour sa part, le juge Blackmun soutint que la majorité avait délibérément manipulé la doctrine "to strike down an ordinance whose premise it opposed, namely, that racial threats and verbal assaults are of greater harm than other fighting words. I fear that the Court has been distracted from its proper mission by the temptation to decide the issue over "politically correct speech" and "cultural diversity", neither of which is presented here." (*id.*, aux pp. 2560-2561). Enfin, le juge Stevens exprima l'avis que la révision de l'approche par catégories faite dans le jugement majoritaire participait d'une "adventure in doctrinal wonderland" (*id.*, à la p. 2562).

[796] *Id.*, aux pp. 2553-2554 (j. White).

[797] Le juge Blackmun exprima une préoccupation semblable lorsqu'il déclara: "If all expressive activity must be accorded the same protection, that protection will be scant." Voir: *id.*, à la p. 2560. Voir également l'opinion du juge Stevens, *id.*, à la p. 2564.

Dans un autre ordre d'idées, le juge White reprocha à la majorité d'avoir indûment augmenté les exigences quant au degré de contrôle judiciaire applicable à l'ordonnance en question. Selon lui, même après avoir établi que cette ordonnance imposait un contrôle réglementaire du contenu de l'expression, la majorité aurait néanmoins dû reconnaître qu'elle se justifiait aux termes du premier amendement puisqu'elle satisfaisait au critère de l'"intérêt gouvernemental impérieux". Le juge White estima que l'examen judiciaire très strict qui, le cas échéant, devait être administré ne permettait nullement d'appliquer à l'ordonnance un test de nécessité absolue, comme l'avait fait la majorité[798]. Au vu de la doctrine du premier amendement, il lui paraissait inacceptable qu'après avoir déterminé que l'ordonnance en question satisfaisait a priori au critère de l'"intérêt gouvernemental impérieux", les juges majoritaires lui aient appliqué une exigence supplémentaire, qui, dans les faits, faisait pratiquement obstacle à toute possibilité de validation de cette ordonnance. Comment, en effet, St. Paul pouvait-elle légitimer son ordonnance si, après l'avoir justifiée selon le critère de l'"intérêt gouvernemental impérieux", on ajoutait qu'elle aurait dû la rédiger en usant de termes neutres? La majorité se trouvait en quelque sorte à appliquer à deux stades différents la présomption d'inconstitutionnalité découlant de l'existence d'un contrôle du contenu de l'expression, limitant ainsi substantiellement la marge de manoeuvre des autorités étatiques. Comme le nota le juge White, le cercle vicieux de l'inconstitutionnalité qu'avait institué la majorité confinait les législatures désireuses de prévenir la violence suscitée par certaines formes d'expression à exercer un choix entre deux options: "(...) (1) enact a sweeping prohibition on an entire class of speech (thereby requiring "regulat[ion] for problems that do not exist); or (2) not legislate at all."[799]

Quant à la discrimination entre les opinions qu'aurait consacrée, selon la majorité, l'ordonnance de la ville de St. Paul, le juge White se prononça contre l'application du premier amendement à une telle situation. Pour lui, cette disposition constitutionnelle ne recevait aucune application en l'espèce puisqu'il était admis que l'ordonnance litigieuse ne visait qu'à réglementer une catégorie d'expression exclue du bénéfice de la protection constitutionnelle. Il estima que le problème devait plutôt être résolu en se fondant sur la "Equal Protection Clause" du quatorzième amendement, qui exige que toute réglementation de l'expression qui n'est pas constitutionnellement protégée soit rationnellement liée à un intérêt gouvernemental légitime. En l'espèce, le juge White soutint que l'ordonnance de la ville de St. Paul satisfaisait à ce critère. En

[798] Le juge White remarqua qu'en appliquant un test aussi strict, la majorité avait en fait substitué son propre jugement à celui des législateurs de la ville de St. Paul, en ce qui a trait au moyen de réaliser un objectif d'intérêt public. Voir: *id.*, à la p. 2554, note infrapaginale 5.

[799] *Id.*, à la p. 2555 (j. White).

ne stigmatisant que certains types d'invectives, St. Paul avait simplement pris acte d'une constante dans l'histoire américaine, la discrimination[800].

Que cette ordonnance fût raisonnable, du moins quant aux principes, le juge White le reconnut sans problème. Mais ce fut toutefois sa trop large portée qui incita le juge à la déclarer invalide. Celui-ci nota à cet égard que même après le resserrement interprétatif opéré par la Cour suprême du Minnesota, l'ordonnance de la ville de St. Paul embrassait toujours trop large. En effet, la Cour du Minnesota avait restreint sa portée de manière qu'elle ne prohibe que l'expression qui, dès lors qu'elle est proférée, engendre de la colère, de l'inquiétude ou du ressentiment. Cependant, l'expression strictement offensante, qui ne fait que heurter les sentiments, est protégée par le premier amendement, rappela le juge White, invoquant au soutien de sa position tant *Chaplinsky* que *Brandenburg*. Dès lors, la portée de l'ordonnance de la ville de St. Paul demeurait trop vaste puisqu'elle criminalisait une forme d'expression protégée. D'où son inconstitutionnalité[801].

Tout en appuyant pour l'essentiel le jugement de son collègue White[802], le juge Stevens souligne à quel point l'inconstitutionnalité *prima facie* des mesures étatiques réglementant le contenu de l'expression est un principe galvaudé. Il démontre au contraire combien la sinuosité de la jurisprudence de la Cour suprême sur cette question a fait en sorte que, contrairement à la rhétorique officielle, "(...) much of our First Amendment jurisprudence is premised on the assumption that content makes a difference."[803] Le juge Stevens interprète plutôt la jurisprudence de la Cour suprême comme exigeant la prise en considération du contenu de l'expression, de la manière dont elle est véhiculée[804], du contexte social dans laquelle elle s'inscrit, de la nature de la réglementation litigieuse, de l'objet de cette réglementation[805] et, enfin, de sa portée[806]. De cette

---

[800] *Id.*, aux pp. 2555-2556.
[801] *Id.*, aux pp. 2559-2560.
[802] Sauf quant à la défense "absolutiste" que fait le juge White de l'approche par catégories employée dans la théorie du premier amendement. Voir: *id.*, aux pp. 2566ss. Pour le juge Stevens, cette approche, qui "sacrifie la subtilité au profit de la clarté doctrinale", est vouée à l'échec. Il en tient pour preuve le fait que "(...) the history of the categorical approach is largely the history of narrowing the categories of unprotected speech (*id.*, à la p. 2567)." Il insiste au contraire sur l'importance de prendre systématiquement en considération le contexte dans lequel s'insère l'expression en litige.
[803] *Id.*, à la p. 2563 (j. Stevens).
[804] C'est ici que joue la distinction entre l'expression et la simple conduite. Voir: *id.*, à la p. 2568.
[805] À ce stade, il faut distinguer entre la réglementation qui restreint la liberté d'expression sur la base du contenu de l'expression, par exemple la propagande haineuse, et celle qui cherche à censurer une opinion spécifique, par exemple le nazisme ou le communisme. Ce dernier type de restriction fera l'objet d'un contrôle judiciaire plus strict. Voir: *id.*, aux pp. 2568-2569.
[806] *Id.*, aux pp. 2567-2469.

interprétation découle sa virulente dénonciation du rigorisme qui, affirme-t-il, inspire l'opinion majoritaire en cette matière.

Cela dit, c'est ailleurs que réside l'intérêt principal de l'opinion du juge Stevens, en l'occurrence lorsque celui-ci s'en prend à la lecture que font les juges majoritaires de l'ordonnance de la ville de St. Paul. Selon le juge Stevens, en effet, cette ordonnance n'est pas tant fondée sur une désapprobation des opinions exprimées, quoi que cette désapprobation soit aisément perceptible, que sur la simple reconnaissance du préjudice causé par l'expression haineuse: "(...) the ordinance regulates only a subcategory of expression that causes *injuries based* on "race, color, creed, religion or gender," not a subcategory that involves *discussions* that concern those characteristics."[807] Dans cette optique, le juge lui trouva une grande ressemblance avec les lois interdisant la pornographie juvénile, elles aussi édictées pour prévenir un préjudice estimé tout à fait spécifique et, par ailleurs, jugées constitutionnelles[808]. Aussi, n'eût été de sa trop grande portée, le juge Stevens n'aurait pas hésité à déclarer constitutionnelle l'ordonnance de la ville de St. Paul.

On le voit, non seulement l'arrêt *R.A.V.* a-t-il soulevé les passions sociales[809], mais il a également suscité des frictions au sein même de la Cour suprême, qui s'est littéralement divisée en deux camps, l'un formé par des juges résolument hostiles à l'idée d'une réglemention étatique de l'expression raciste et l'autre composé de juges plutôt favorables au principe d'une telle réglementation. Dans ce sens, *R.A.V.* ne manque pas de rappeler la division du même genre qui s'était produite dans *Beauharnais*. Qui plus est, on y retrouve à peu près la même opposition entre juges "formalistes" et juges "contextualistes", les seconds étant plus enclins que les premiers à délaisser l'abstraction pure des principes juridiques pour considérer les objectifs et les effets sociaux des normes juridiques. Mais puisque ce sont les premiers qui ont remporté l'affrontement,

---

[807] *Id.*, à la p. 2570. Les italiques sont du juge Stevens. Pour sa part, le juge Scalia trouva cette distinction byzantine, soutenant à son encontre que ce qui, justement, distinguait le préjudice causé par l'expression raciste de celui engendré par d'autres formes de "fighting words", était que le premier est causé par une *idée* spécifique. D'où le caractère discriminatoire de l'ordonnance au regard du premier amendement. Voir: *id.*, à la p. 2548. Le juge Stevens lui répondit ceci: "This analysis fundamentally miscomprehends the role of "race, color, creed, religion [and] gender" in contemporary American society. One need look no further than the recent social unrest in the Nation's cities to see that race-based threats may cause more harm to society and to individuals than other threats. (...) Although it is regrettable that race occupies such a place and is so incendiary an issue, until the Nation matures beyond that condition, laws such as St. Paul's ordinance will remain reasonable and justifiable." (*id.*, à la p. 2579, note infrapaginale 9). On pourrait également soutenir à l'encontre du juge Scalia qu'une raison supplémentaire de distinguer l'expression haineuse des autres "fighting words" réside dans leur plus grande propension à engendrer de la violence. Voir en ce sens: K. GREENAWALT, *op. cit.*, note 785, p. 58.

[808] Une loi de ce type fut déclarée constitutionnelle dans *New York* v. *Ferber*, *supra*, note 638.

[809] Voir à ce sujet le récit de l'avocat de l'adolescent en cause dans cet arrêt: E.J. CLEARY, *Beyond the Burning Cross. A Landmark Case of Race, Censorship, and the First Amendment*, New York, Vintage Books, 1995.

il faut bien convenir que *R.A.V.* met en quelque sorte un terme à la lente agonie de *Beauharnais*, en consacrant la quasi impossibilité de réglementer *directement* l'expression haineuse. Il consacre également le rejet, hors de la doctrine du premier amendement, du préjudice précédemment qualifié de "réactionnel". Enfin, *R.A.V.* repousse implicitement les frontières de la distinction entre expression et conduite. Comment, en effet, conclure autrement au vu d'un jugement qui, sous prétexte de défendre le principe de l'égalité entre les idées, occulte littéralement l'expérience des victimes de l'expression haineuse?

C'est à cet égard que *R.A.V.* se démarque substantiellement de *Brandenburg*. Dans ce dernier arrêt, le risque que l'activité expressive pour laquelle Brandenburg avait été accusé suscite des réactions violentes était quasi inexistant, puisque les paroles de ce dernier avaient été proférées lors d'une assemblée "privée" du Ku Klux Klan, pour être ensuite retransmises lors d'un journal télévisé. Au contraire, dans *R.A.V.*, l'expression raciste du prévenu avait largement débordé de la sphère des idées. Celui-ci, loin de s'en tenir à un discours abstrait sur la supériorité de la race blanche, avait concrétisé ce discours par l'érection et l'incendie d'une croix, non pas dans un lieu public neutre, mais bien sur le terrain de voisins afro-américains. En ce sens, cette expression était en elle-même violente, consistant en fait en une tentative d'intimidation délibérée visant des victimes individualisées. Pourtant, c'est en vain que l'on cherche dans *R.A.V.* une discussion substantielle de ces faits et des conséquences juridiques qui pourraient en être tirées si elles faisaient l'objet d'un examen à travers le prisme de *Brandenburg*. Il semble donc qu'il faille que le sang coule pour qu'il y ait "conduite violente" au sens du premier amendement... On objectera ici qu'il serait théoriquement erroné d'accorder aux faits particuliers de cette espèce une quelconque importance, puisque seule était en cause la constitutionnalité d'une mesure réglementaire dont la portée allait de toute façon bien au-delà de ces faits particuliers. Il n'en demeure pas moins que ces faits ont malgré tout servi de toile de fond à une réinterprétation "révolutionnaire" de la doctrine des "fighting words" par les juges majoritaires. La forme particulière qu'a prise l'expression dans *R.A.V.* aurait également pu en colorer la qualification - acte bien juridique s'il en est un et s'inscrivant parfaitement dans le processus "normal" de tout exercice de contrôle de la constitutionnalité d'une mesure législative ou réglementaire[810]. Comme remarquait le professeur

[810]Mayo Moran commente ainsi la nature un peu arbitraire de la dichotomie entre le droit et les faits dans le contexte de l'expression haineuse: "(...), analysis of the hate speech cases provides an interesting vantage point on the fact-law distinction, since the level of specificity in the descriptions of the speech is crucial to the legal analysis. It is noteworthy, for instance, that in the Canadian hate speech cases, the dissents describe the speech in very general terms and the majority describes it in very specific terms. In this way, among others, the difference in the level of generality of the description turns out to be crucial to the persuasiveness of the particular legal determination. This means that it is not possible to simply question the legal determinations. Rather, one must go back to the facts to assess how they are characterized." Voir: M. MORAN, "Talking About Hate Speech: A

Moon à propos des faits de cette espèce, à un moment donné, le style de l'expression en dicte le contenu[811]. Aussi, contraster le droit et les faits permet de révéler l'arbitraire fondamental de la distinction entre *expression* haineuse et *action* haineuse, si centrale en droit américain. Cette distinction, qui s'inscrit dans un continuum allant de l'intangible au tangible, devait refaire surface un an après *R.A.V.* Dans *Wisconsin* v. *Mitchell*[812], la Cour suprême des États-Unis se prononça sur la constitutionnalité, au regard du premier amendement, d'une disposition législative qui accroissait la sentence d'un prévenu condamné pour voies de faits graves, s'il était prouvé que la victime de ce crime avait été "sélectionnée" par son agresseur en raison de sa race, sa religion, sa couleur, son handicap, son orientation sexuelle ou son origine ethnique. En l'espèce, un jeune Noir avait délibérément agressé un jeune Blanc, pour la seule et unique raison que celui-ci était de race blanche.

La Cour suprême, dans un jugement unanime, estima que le rehaussement de la sentence opéré par la mesure contestée ne violait en rien le premier amendement. D'une part, le fait que cette mesure s'intéressât au motif ayant inspiré l'acte criminel en question ne pouvait nullement être associé à une contravention du principe de la nécessaire neutralité, au plan du contenu, des restrictions à la liberté d'expression. Au contraire, soutint la Cour, le renvoi au motif de l'agression apparentait ladite mesure aux lois anti-discrimination, dont la constitutionnalité avait été précédemment confirmée. D'autre part, distinguant *Mitchell* de *R.A.V.*, elle affirma tout simplement que la disposition en litige dans *Mitchell* visait une *conduite* violente non protégée par le premier amendement, alors que dans *R.A.V.*, il s'agissait d'une disposition qui s'en prenait à un *message* spécifique. Si bien qu'à la suite de l'arrêt *Mitchell*, le professeur Tribe résume ainsi l'état du droit:

> In sum, although it is almost never permissible for the government to punish private behavior on the basis of the disapproved message it communicates, and although the messages communicated by government action are only rarely decisive (or even relevant) in assessing the constitutionality of that action, the *motive* underlying - as opposed to the message expressed by - either public or private conduct quite often *is* a legitimate factor to consider in deciding how our polity should treat that conduct.[813]

Le traitement distinct qu'accorde le droit constitutionnel américain au "hate speech" et aux "hate crimes" témoigne une fois de plus du règne d'une logique d'imputation plutôt que de celui d'une

---

Rhetorical Analysis of American and Canadian Approaches to the Regulation of Hate Speech", [1994] *Wisconsin Law Review* 1425, à la p. 1496, note infrapaginale 242.

[811] R. MOON, "Richard Abel's *Speech and Respect*", *Journal of Law and Society*, vol. 21, n° 3, September 1994, p. 383, à la p. 388.

[812] 113 S. Ct. 2194 (1993).

[813] L.H. TRIBE, "The Mystery of Motive, Private and Public: Some Notes Inspired by the Problems of Hate Crime and Animal Sacrifice", [1993] *Supreme Court Review* 1, à la p. 35.

logique de gestion sociale des risques. L'approche du droit américain est donc fondamentalement curative et non préventive. Évidemment, le but de la distinction entre "hate speech" et "hate crimes" s'avère en soi louable, puisqu'il s'agit en bout de ligne d'assurer une protection maximale à la liberté d'expression en empêchant tant le contrôle préalable de cette liberté que celui qui pourrait être exercé a posteriori[814]. Mais il est clair que la marge de manoeuvre des législatures américaines désireuses de réglementer l'expression raciste est très mince: l'expression offensante est protégée[815]; la portée de l'exception des "fighting words" a été radicalement restreinte dans l'arrêt *R.A.V.*; enfin, si l'on se fie à l'opinion majoritaire exprimée dans cet arrêt, on peut légitimement se demander comment, dans le concret, le principe même d'une réglementation de ce type d'expression pourrait être validé au plan constitutionnel. Qui plus est, les considérations liées à l'égalité sont à toutes fins utiles exclues des analyses réalisées aux termes du premier amendement. La jurisprudence de la Cour suprême a en effet érigé une cloison entre cette disposition constitutionnelle et celle qui consacre le droit à l'égalité devant la loi, en l'occurrence le quatorzième amendement. En sorte que s'il demeure théoriquement possible qu'une mesure législative donnée fasse l'objet d'un examen en vertu de l'une et de l'autre de ces dispositions constitutionnelles, en pratique, toutefois, cet examen se fera plutôt à travers le seul prisme de la disposition constitutionnelle à laquelle la mesure contestée contrevient le plus directement[816]. Par exemple, si, comme dans *R.A.V.*, la liberté d'expression garantie par le premier amendement subit l'atteinte la plus directe, le tribunal appliquera la grille d'analyse commandée par cette disposition constitutionnelle, à l'exclusion de celle inspirée par le quatorzième amendement. Il s'ensuivra que seul le principe d'égalité des idées sera pris en compte, celui d'égalité de statut restant hors jeu et ce, qu'il s'agisse de l'égalité de statut des auteurs de l'expression ou, a fortiori, de celle des destinataires de cette expression[817]. Ainsi est consacrée l'évacuation des considérations liées à l'idée d'égalité concrète dans l'interprétation de la liberté d'expression aux États-Unis.

Cela dit, la position rigide du droit américain quant à l'inconstitutionnalité de principe de pratiquement toute mesure étatique destinée à contrôler l'expression raciste suscite une question fondamentale. Si, comme l'affirme un auteur, elle s'inspire des "leçons" du mouvement des droits

---

[814] Encore que certains estiment que la Cour suprême, dans *Mitchell*, laisse trop de marge de manoeuvre aux législatures désireuses d'édicter des "hate crime laws" et, dans ce sens, craignent une diminution de la liberté d'expression. Voir par exemple: J. WEINSTEIN, "Hate Crime and Punishment: A Comment on *Wisconsin* v. *Mitchell*", (1994) 73 *Oregon Law Review* 345.

[815] Voir l'arrêt classique *Cohen* v. *California*, *supra*, note 715.

[816] R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, 2nd Edition, vol. 3, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1992, n° 18.40, p. 491-494.

[817] L'égalité de statut est bien sûr consacrée lorsque s'applique le quatorzième amendement, mais tel n'est pas le cas lorsque c'est du premier amendement qu'il s'agit. Sur l'égalité de statut aux États-Unis, voir: J.H. WILKINSON III, *loc. cit.*, note 625, aux pp. 240-242.

civils, lequel aurait démontré que "(...) the interests of racial minorities and powerless groups were best protected through the broadest, most content-neutral protection of speech"[818], comment expliquer alors que tant d'individus issus de ces groupes se disent favorables, à divers degrés, à un contrôle de ce type? Les "leçons" en question n'auraient-elles en fait été que de simples espoirs, déçus de surcroît? Ou faut-il voir dans ce mouvement en faveur d'un resserrement de l'encadrement juridique de la liberté d'expression, le résultat prévisible de l'aveuglement volontaire du droit américain face à la condition identitaire des minorités raciales dans ce pays? S'agit-il en fait de la résultante de ce qui est fondamentalement un criant manque d'écoute de la part du droit américain[819]? Ou, dans le pire scénario, faudrait-il plutôt y voir une réponse aux tentatives majoritaires de perpétuer les inégalités raciales sous toutes leurs formes? La question est posée. Mais, comme nous le verrons au chapitre suivant, les réponses varient.

4.3.2. Le contrôle de la représentation sexuelle

Le juge Oliver Wendell Holmes signalait au début du siècle que "[a] word is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought and may vary greatly in color and content according to the circumstances and the time in which it is used."[820] Par là, il soulignait le caractère mouvant du sens et, surtout, la nature contextuelle et dialogique du processus qui préside à sa détermination. C'est que, justement, le sens à donner à une expression n'est pas toujours d'emblée identifiable. Ce truisme prend toute sa force s'agissant de la représentation sexuelle et de son contrôle juridique. En effet, contrairement à l'expression raciste, le sens de la représentation *sexuelle* ne se donne pas toujours clairement à voir, ce type de représentation englobant une bien plus grande variété de discours et se présentant sous des formes beaucoup plus diversifiées[821]. Dès lors, la détermination du sens à attribuer à une expression qui participe de

---

[818] S. WALKER, *op. cit.*, note 618, p. 126.

[819] On notera à cet égard que dans *R.A.V.* v. *St. Paul, Minnesota*, *supra*, note 620, aucun juge ne fait référence à l'abondante doctrine produite par les tenants de la *Critical Race Theory* au sujet de la réglementation de la propagande haineuse.

[820] *Towne* v. *Eisner*, 38 S. Ct. 158, à la p. 159 (1918).

[821] Ceci n'est pas pour dire que seule l'expression ouvertement raciste pose problème. En effet, les stéréotypes raciaux ou ethniques véhiculés dans la culture de masse peuvent s'avérer éminemment problématiques pour les minorités, peut-être même plus encore que l'expression intentionnellement raciste qui demeure le fait de marginaux. Toute les formes d'appropriation culturelle, qu'elles soient jugées discriminatoires ou non au sens juridique, illustrent bien cette problématique. Voir par exemple, aux États-Unis: D.J. TRAINOR, "Native American Mascots, Schools, and the Title VI Hostile Environment Analysis", (1995) 4 *University of Illinois Law Review* 971. Mais au-delà de l'application potentielle, dans des contextes particuliers, de dispositions anti-discrimination spécifiques, le contrôle juridique de cette problématique par le truchement de restrictions à la liberté d'expression paraît d'une efficacité plus que douteuse, en plus de soulever, aux États-Unis comme au Canada, des problèmes constitutionnels fondamentaux. Voir notre étude sur cette question: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*, note 57.

cette idée de "représentation sexuelle" sera une opération beaucoup plus délicate et, partant, beaucoup plus litigieuse.

C'est ainsi que, compte tenu de tous les tabous historiquement associés à la sexualité, cette représentation paraîtra à certains intrinsèquement "immorale", alors que dans d'autres cercles, elle sera qualifiée de "sexiste" en raison de son impact sur la reproduction sociale des inégalités entre les sexes. Or, dans la mesure où le droit suppose une démarche initiale de qualification, il opère un tri normatif parmi les sens possibles des expressions qu'il cherche à contrôler, lequel débouche ultimement sur la fixation sociojuridique du sens de ces expressions. En bout de ligne, le sens qu'attribue à une expression donnée son auteur peut se voir complètement occulté lorsque le droit s'en saisit. On comprend que, dans pareil contexte, toute intervention juridique visant à instaurer un contrôle de la représentation sexuelle soit particulièrement risquée, pouvant être interprétée comme nécessaire et bénéfique par les uns ou, inversement, comme superflue et dangereuse par les autres. En toute hypothèse, compte tenu de cette relative contingence du sens et de l'importance accordée à la liberté d'expression dans nos sociétés, toute intervention juridique en ce sens soulèvera d'importantes questions d'ordre constitutionnel.

Qu'en est-il à cet égard en droit américain? Si les grands principes d'interprétation du premier amendement que nous avons exposés dans la section précédente s'appliquent, *mutatis mutandis*, au contrôle étatique de la représentation sexuelle, il faut cependant prendre en considération que sa réglementation est, quant à elle, susceptible d'être inspirée de rationalités différentes de celles invoquées pour justifier la réglementation de l'expression raciste. C'est ce qui explique que les tribunaux américains aient eu à déterminer les balises constitutionnelles de la réglementation étatique de la représentation sexuelle sous deux angles distincts: d'abord lorsque cette réglementation envisage ladite représentation dans une perspective morale, ensuite lorsqu'elle la saisit à travers un prisme égalitariste.

4.3.2.1. L'expression sexuelle comme représentation indécente ou obscène

> [T]he idea of regulating obscenity by law while permitting case by case challenges in the courts sometimes seems like an invention of the Devil designed to embarrass and unhinge the legal system.[822]

Depuis longtemps, l'immoralité constitue la première raison invoquée au soutien de la censure de la représentation sexuelle. Dès la fin du dix-huitième siècle, l'État entreprit de protéger les jeunes

[822] H. KALVEN, Jr., *op. cit.*, note 551, p. 34.

contre la corruption morale que risquait d'entraîner la fréquentation d'oeuvres illustrant des comportements estimés trop libertins ou, pire, celles *encourageant* une trop grande liberté sexuelle[823]. Encore aujourd'hui, l'immoralité demeure aux États-Unis une justification importante du contrôle étatique de la représentation sexuelle. Mais quelles sont donc les limites qu'impose la Constitution de ce pays à ce contrôle qui, en somme, vise à empêcher le relâchement de la fibre morale?

On se rappelle que, dans l'arrêt *Chaplinsky* v. *New Hampshire*[824], la Cour suprême des États-Unis avait établi que certains types d'expression devaient être exclus de la protection du premier amendement en raison de leur valeur sociale faible, voire inexistante. Selon la Cour, l'obscénité en était, ce que l'arrêt *United States* v. *Roth*[825] confirma ultérieurement. Voulant se distancier des standards puritains jadis en vigueur, la Cour précisa dans ce dernier arrêt qu'il fallait éviter d'associer systématiquement sexualité et obscénité, celle-ci ne constituant qu'une forme particulière de représentation sexuelle, en l'occurrence une représentation qui utilise la sexualité "(...) in a manner appealing to prurient interests."[826] Autrement dit, l'expression obscène est celle qui titille l'auditoire. Le professeur Harry Kalven identifiait ainsi l'obsession à la source du traitement constitutionnel particulier qui lui est réservé: "Presumably, the underlying concern, although contemporary lawmakers, (...), have rarely been candid enough to say so, is with masturbation. The question is whether this state interest is sufficient, in the case of consenting adults, to justify the solemn intervention of law."[827]

Marquant la frontière entre une expression protégée - la représentation sexuelle - et une autre non protégée - la représentation obscène -, la distinction établie dans *Roth* entre sexualité et obscénité joue un rôle fondamental dans le droit du premier amendement. En effet, toute représentation

---

[823] Voir notamment sur ces questions: J.P.S. McLAREN, ""Now You See It, Now You Don't": The Historical Record and the Elusive Task of Defining the Obscene", dans: D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Freedom of Expression and the Charter*, Toronto, Thomson, 1991, p. 105; W. KENDRICK, *The Secret Museum. Pornography in Modern Culture*, New York, Viking, 1987; P. WEBB, *The Erotic Arts*, New York, Farrar, Strauss & Giroux, 1983.

[824] *Supra*, note 634.

[825] *Supra*, note 637.

[826] *Id.*, à la p. 1310 (j. Brennan). La Cour adopta donc le test suivant pour déterminer la présence ou non d'obscénité: "(...) whether to the average person, applying contemporary standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to prurient interests." Voir: *id.*, à la p. 1311 (j. Brennan). Dans une retentissante dissidence, les juges Black et Douglas exprimèrent l'avis que l'obscénité devait être protégée aux termes du premier amendement et que le test proposé par la majorité, beaucoup trop vague, se trouvait à justifier la stigmatisation juridique de *pensées* impures. Non sans raison, ils ajoutèrent qu'en toute hypothèse, ces pensées impures naissaient à tout moment dans la vie quotidienne, sans que du matériel obscène ne joue un quelconque rôle à cet égard (*id.*, à la p. 1322).

[827] H. KALVEN, Jr., *op. cit.*, note 551, p. 34. La Cour devait réitérer, bien après *Roth*, l'intérêt qu'a le gouvernement de maintenir la décence dans la société. Voir: *Paris Adult Theatre I* v. *Slaton*, 93 S. Ct. 2628 (1973); *Barnes* v. *Glen Theatre, Inc.*, 111 S. Ct. 2456 (1991).

sexuelle non obscène bénéficie de la protection de cette disposition constitutionnelle, même si elle est indécente[828]. Dès lors, la question fondamentale est la suivante: quand une oeuvre est-elle obscène?

À partir du substrat fourni dans *Roth*, la Cour suprême des États-Unis a raffiné sa définition au fil des espèces[829], en sorte que les juges puissent justifier leurs décisions en matière d'obscénité autrement qu'en disant: "I know it when I see it"[830]. Ce processus a culminé avec l'arrêt *Miller* v. *California*, où les critères suivants ont été posés:

> The basic guidelines for the trier of the facts must be: (a) whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest, (...); (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.[831]

Depuis, ce sont ces critères que les tribunaux doivent appliquer pour déterminer l'obscénité d'un ouvrage. Des critères extrêmement vagues de *Roth*, on est donc passé à d'autres beaucoup plus précis, qui, notons-le, protègent expressément les ouvrages présentant une valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique sérieuse aux yeux d'une personne raisonnable[832].

---

[828] Voir par exemple: *Sable Communications of California, Inc.* v. *FCC*, 109 S. Ct. 2829 (1989); *FCC* v. *Pacifica Foundation*, 98 S. Ct. 3026 (1978). La diffusion de l'expression indécente, même protégée constitutionnellement, pourra néanmoins faire l'objet d'un certain contrôle, principalement en ce qui a trait à l'époque, au lieu et à la manière dont elle est diffusée. Il s'agit alors de cas où le contrôle en question ne cherche pas à prohiber directement un contenu. Voir par exemple la réglementation restreignant l'accès aux établissements érotiques (cabarets, librairies) effectuée par le truchement du zonage municipal: *Young* v. *American Mini Theatres*, 96 S. Ct. 2440 (1976).

[829] Voir principalement: *Manual Enterprises, Inc.* v. *Day*, 82 S. Ct. 1432 (1962); *Jacobellis* v. *Ohio*, 84 S. Ct. 1676 (1964); *Ginzburg* v. *United States*, 86 S. Ct. 942 (1966); *Mishkin* v. *New York*, 86 S. Ct. 958 (1966); *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure"* v. *Attorney General of Massachussetts*, 86 S. Ct. 975 (1966); *Redrup* v. *New York*, 87 S. Ct. 1414 (1967); *Ginsberg* v. *New York*, 88 S. Ct. 1274 (1968); *Stanley* v. *Georgia*, 89 S. Ct. 1243 (1969).

[830] Il s'agit là de la conclusion de la très brève opinion distincte du juge Stewart dans l'arrêt *Jacobellis* v. *Ohio*, *id.*, à la p. 1683, où celui-ci affirme que la criminalisation de l'obscénité ne peut être constitutionnelle que si l'on restreint, en pratique, la définition d'"obscénité" de manière qu'elle ne vise que la pornographie "hard-core". C'est ici que le juge Stewart affirme douter de la possibilité de définir précisément ce en quoi consiste ce type de pornographie, mais qu'il sait la reconnaître lorsqu'il en voit.

[831] *Miller* v. *California*, *supra*, note 637, à la p. 2615 (j. en chef Burger).

[832] Dans *Pope* v. *Illinois*, 107 S. Ct. 1918 (1987), la Cour souligna que le troisième volet du test de *Miller* renvoyait à l'évaluation que ferait une *personne raisonnable*, et non pas n'importe quel quidam.

4.3.2.2. L'expression sexuelle comme représentation discriminatoire

La réglementation de la représentation sexuelle immorale a toujours procédé d'un esprit paternaliste, puisqu'elle vise fondamentalement à protéger l'individu contre une forme d'expression qui, estime-t-on, le corrompra[833]:

> Communities believe, and act on the belief, that obscenity is immoral, is wrong for the individual, and has no place in decent society. They believe, too, that adults as well as children are corruptible in morals and character, and that obscenity is a source of corruption that should be eliminated. Obscenity is not suppressed primarily for the protection of others. Much of it is suppressed for the purity of the community and for the salvation and welfare of the consumer". Obscenity, at bottom, is not crime. Obscenity is sin.[834]

Évidemment, la société tire parti de cette réglementation, puisque l'individu corrompu par l'expression obscène se mue, dit-on, en être foncièrement asocial, absorbé qu'il est par sa quête effrénée du plaisir pour le plaisir. Ainsi, pour protéger la société contre les effets délétères indirects de l'obscénité, il faut d'abord protéger l'individu contre lui-même, le prémunir contre ses propres faiblesses. Ce qui bat en brèche la philosophie individualiste et relativiste qui inspire l'interprétation des libertés publiques, particulièrement la liberté d'expression[835].

Ce paternalisme à saveur puritaine n'est toutefois pas le seul motif incitant à la réglementation de la représentation sexuelle. Adoptant une logique de gestion sociale des risques, cette réglementation peut également avoir pour objet de prévenir l'exploitation d'un groupe par un autre. C'est ainsi que la Cour suprême des États-Unis a affirmé la validité constitutionnelle d'une

---

[833] Zachariah Chafee, Jr. soutenait dans ce sens que l'obscénité, non seulement dénuée de toute valeur sociale, était intrinsèquement préjudiciable: "The harm is done as soon as [the profanity and indecent talk and pictures] are communicated, or is liable to follow almost immediately in the form of retaliory violence. The only sound explanation of the punishment of obscenity is that the words are criminal, not because of the ideas they communicate, but like acts because of their immediate consequences to the five senses." Voir: Z. CHAFEE, Jr., *Free Speech in the United States*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1942, p. 150.

[834] L. HENKIN, "Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity", (1963) 63 *Columbia Law Review* 391, à la p. 395.

[835] Par exemple, dans *Stanley* v. *Georgia*, *supra*, note 829, à la p. 1248, le juge Marshall affirma au nom de la Cour que "[i]f the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men's minds." On remarquera toutefois que la Cour suprême n'est pas toujours aussi encline à respecter les choix individuels exercés consciemment. Par exemple, dans *Bowers* v. *Hardwick*, 106 S. Ct. 2841 (1986), elle n'a pas hésité à invoquer l'intérêt étatique à protéger l'ordre social et la moralité pour déclarer valide une loi qui interdisait les actes homosexuels même entre adultes consentants. Certes, c'est d'abord une conduite que la loi stigmatisait, mais on voit mal en quoi cette conduite est plus susceptible de corrompre l'ordre social et la moralité que l'expression obscène, surtout lorsqu'elle se matérialise dans la sphère privée...

loi qui criminalisait la fabrication, la diffusion et la possession de pornographie infantile, allant même jusqu'à exclure ce type de pornographie de la protection du premier amendement[836]. Comme l'ont souligné les professeurs Rotunda et Nowak, cette décision est d'abord et avant tout fondée sur la reconnaissance judiciaire d'un intérêt étatique à protéger des mineurs victimisés: "The purpose of obscenity legislation is to prevent people from viewing the performance. Because the New York law focuses on protecting the *juvenile performers* (rather than the adult viewers) it should be easy to uphold."[837] Ici, le paternalisme étatique est dirigé vers l'acteur plutôt que le consommateur[838]. Ainsi, contrairement à l'objectif de son intervention lorsqu'il réglemente la représentation sexuelle à des fins morales, l'État ne cherche pas vraiment à réformer le consommateur, se contentant simplement de le châtier pour sa participation à l'exploitation d'un groupe vulnérable.

Les tribunaux américains ont dû se prononcer sur la constitutionnalité d'autre type de contrôle étatique de la représentation sexuelle, qui procède d'une logique semblable à celle inspirant la réglementation de la pornographie infantile. En effet, dans l'affaire *American Booksellers Association, Inc.* v. *Hudnut*[839], la Cour d'appel fédérale du septième circuit eut à statuer sur la constitutionnalité d'une ordonnance de la ville d'Indianapolis qui, pour l'essentiel, conceptualisait la représentation sexuelle pornographique comme une pratique discriminatoire à l'égard des femmes[840]. Dans la mesure où l'une des rédactrices de cette ordonnance était la professeure

---

[836] *New York* v. *Ferber*, *supra*, note 638. La Cour précisa cependant que la pornographie infantile non protégée est celle qui illustre des comportements sexuels mettant en scène des enfants d'un âge inférieur à la limite fixée dans la loi. La pornographie exclue de la protection du premier amendement est donc celle qui est visuelle, par opposition à littéraire, par exemple. Sur le type d'images visées par la prohibition, voir: *United States* v. *Knox*, 32 F. 3d 733 (3rd Circuit, 1994); cert. refusé: U.S.C.S. 17 janvier 1995, n° 94-413, 1994 WL 512613.

[837] R.D ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 267, n° 20.61, p. 424.

[838] Cela n'empêche toutefois pas que des mesures visant à restreindre l'accès de mineurs à du matériel érotique, même non obscène, puissent être constitutionnelles. Voir: *Virginia* v. *American Booksellers Association, Inc.*, 109 S. Ct. 254 (1988), précisé par *American Booksellers Association, Inc.* v. *Commonwealth of Virginia*, 882 F. 2d 125 (1989) (U.S.C.A., 4ième circuit). Voir aussi les jugements de première instance: *American Booksellers Association, Inc.* v. *Strobel*, 617 F. Supp. 699 (D.C. Va. 1985) et *Commonwealth of Virginia* v. *American Booksellers Association, Inc.*, 372 S.E. 2d 618 (S.C. Va. 1988).

[839] 771 F. 2d 323 (1985) (U.S.C.A., 7ième circuit), confirmé sommairement par la Cour suprême à 106 S. Ct. 1172 (1986).

[840] L'ordonnance proposée fut d'abord adoptée par le conseil municipal de Minneapolis, mais le maire de cette ville y opposa son veto. Son adoption ne posa pas de tel problème à Indianapolis, où elle fut néanmoins attaquée en justice. Sur ces ordonnances, voir notamment: S. COLOMBO, "The Legal Battle For the City: Anti-Pornography Municipal Ordinances and Radical Feminism", *Feminist Legal Studies*, vol. II, n° 1, [1994], p. 29; D.A. DOWNS, *The New Politics of Pornography*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1989; M. GERSHEL, "Evaluating a Proposed Civil Rights Approach to Pornography: legal Analysis as if Women Mattered", (1985) 11 *William Mitchell Law Review* 41; P. BREST et A. VANDENBERG, "Politics, Feminism, and the Constitution: The Anti-Pornography Movement in Minneapolis", (1985) 39 *Stanford Law Review* 607; W.E. BRIGMAN, "Pornography as Group Libel: The Indianapolis Sex Discrimination Ordinance", (1985) 18 *Indiana Law Review*

Catharine MacKinnon, une des principales têtes d'affiche de la critique juridique identitaire américaine, ce jugement revêt un intérêt tout spécial dans le cadre de cette thèse. Cela dit, puisque nous analyserons en détail les thèses de cette auteure dans le chapitre suivant, nous nous en tiendrons ici à signaler les principaux points saillants de ce jugement.

Dans ses grandes lignes, l'ordonnance contestée interdisait de diffuser de la pornographie[841], de forcer quiconque à participer à la fabrication de pornographie[842] ou d'exposer quelqu'un à de la pornographie sans son consentement[843]. Cette ordonnance prévoyait en outre que toute personne lésée en raison du comportement d'une autre ayant été exposée à du matériel pornographique pouvait intenter une action directe contre le producteur ou le diffuseur de ce matériel. Toute femme s'estimant préjudiciée par la pornographie pouvait loger une plainte, "ès-qualités de femme agissant contre la subordination des femmes", devant un organisme de protection des droits de la personne[844]. Enfin, la définition donnée au concept de "pornographie" mettait l'accent sur la représentation des femmes comme objets sexuels. Une énumération de divers actes présumés constituer de la pornographie était fournie. Fait à noter, cette définition excluait toute référence à

479; W.A. SANDLER, "The Minneapolis Anti-Pornography Ordinance: A Valid Assertion of Civil Rights?", (1985) 13 *Fordham Urban Law Review* 909.

[841] La notion de "pornographie" était définie de la manière suivante dans l'ordonnance:

> The graphic sexually explicit subordination of women, whether in pictures or in words that also includes one or more of the following:
> (1) Women are presented as sexual objects who enjoy pain and humiliation; or
> (2) Women are presented as sexual objects who experience sexual pleasure in being raped; or
> (3) Women are presented as sexual objects tied up or cut up or mutilated or bruised or physically hurt, or as dismembered or truncated or fragmented or severed into body parts; or
> (4) Women are presented as being penetrated by objects or animals; or
> (5) Women are presented in scenarios of degradation, injury, abasement, torture, shown as filthy or inferior, bleeding, bruised, or hurt in a context that makes these conditions sexual; or
> (6) Women are presented as sexual objects for domination, conquest, violation, exploitation, possession, or use, or through postures or positions of servility or submission or display.

[842] L'ordonnance utilisait le mot anglais "coercion". Paradoxalement, elle empêchait d'invoquer comme défense à l'infraction le fait qu'une personne ait donné son *consentement éclairé* à la participation à la production de pornographie.

[843] L'ordonnance parlait de "forcing pornography on a person."

[844] Notons qu'une des dispositions de l'ordonnance étendait l'application de celle-ci aux hommes, aux enfants et aux transexuels victimes de la pornographie. Peut-être cette disposition visait à faire paraître "plus neutre" la réglementation proposée mais, comme l'a souligné un auteur, "Not only does this destroy the group libel and civil rights logic underlying the law, and its very reason for being, it also makes the definition incomprehensible and unconstitutionally vague. By definition, a group libel law must protect something less than the entire population. Without an element of exclusivity or inclusivity, the act ceases to be a group libel law or a civil rights law." Voir: W.E. BRIGMAN, *loc. cit.*, note 840, à la p. 496. De fait, cette disposition atténuait subtantiellement la qualification juridique des femmes comme "groupe vulnérable". Nous avons montré ailleurs combien la reconnaissance de vulnérabilité sociale de certains groupes a pu influer sur la décision de la Cour suprême du Canada de déclarer constitutionnelles des mesures criminalisant la propagande haineuse ou l'obscénité, reformulée à partir des thèses mackinnonniennes. Voir: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*, note 57, chapitre 6.

la globalité de l'oeuvre, en sorte qu'aussitôt que certaines représentations estimées répréhensibles étaient identifiées, l'oeuvre entière devenait "pornographique" et, partant, illégale[845].

Par ailleurs, aucune valeur de rachat particulière n'était attribuée aux oeuvres littéraires, artistiques ou scientifiques sérieuses. Le refus de reprendre cette exception consacrée s'explique principalement par les prémisses de l'ordonnance contestée. Pour l'essentiel, celle-ci était fondée sur l'idée que la pornographie construit la sexualité telle que vécue dans la société. Or, si l'on postule que la pornographie participe de l'exploitation et de la subordination des femmes, l'accès aux images pornographiques ne peut que favoriser la perpétuation de cette exploitation et de cette subordination. L'ordonnance présumait donc que la pornographie influait négativement sur les attitudes et comportements sexuels, d'où son objectif principal, qui était de renverser cette tendance en supprimant la source de cette influence négative. Dans ce contexte, la non-reprise de la défense fondée sur la valeur artistique, littéraire ou scientifique d'une oeuvre qualifiée de pornographique était parfaitement cohérente: dans la mesure où l'on reconnaît qu'une telle oeuvre participe à la subordination des femmes et que sa signification est évidente et univoque, prétendre la soustraire aux rigueurs de la réglementation anti-pornographique sous prétexte qu'elle possède une quelconque valeur de rachat équivaut à affirmer que l'assujettissement des femmes peut être racheté ou autrement justifié.

On le voit, on est loin ici des justifications morales traditionnelles invoquées au soutien de la réglementation de l'obscénité. Dans une très pénétrante analyse de l'ordonnance en cause, Hunter, Saunders et Williamson ont résumé ainsi les deux idées-forces qui la sous-tendaient:

> On the one hand, the Ordinance specifies the harm of pornography in legal and governmental terms, as an impediment to women's full participation in civic and economic life. Here the operative term is *discrimination*, and harm is construed as an infringement of civil rights, in turn constructed in terms of governmental objectives associated with equity, efficiency, participation and equality of opportunity. On the other hand, the harm of pornography is also specified in philosophical and aesthetic terms, as an impediment to the full realisation of women's being. In this regard the key term is *objectification*, and pornography is conceived as a premature fixing of an ideal mode in an alien form, the alien form and purposes of the male psyche. (...) It is this conception that lends a dramatic

[845] On ne peut s'empêcher de remarquer que le critère, datant de l'époque victorienne, qui a longtemps été utilisé dans les pays de *common law* pour déterminer l'obscénité d'une oeuvre ne tenait pas compte de la totalité de cette oeuvre, mais requérait uniquement l'identification de passages obscènes isolés pour que soit permise l'interdiction de l'oeuvre. Voir: *R.* v. *Hicklin*, (1868) L.R. 3 Q.B. 360. On constatera du reste au chapitre suivant que de nombreux auteurs reprochent à Catharine MacKinnon son approche victorienne, voire carrément prémoderne, de la sexualité. Voir notamment: J.L. SCHROEDER, "Catharine's Wheel: MacKinnon's Pornography Analysis As a Return to Traditional Christian Theory", (1993) 38 *New York Law School Law Review* 225.

ambivalence to feminist characterisations of the pornographic represented body as cut up, fragmented, distorted, bound and so on. Such characterisations hover between an aesthetic repugnance fastidious enough to be applicable to all instrumentalised representation, and a fantasmagoria in which metaphor slides into fact, the Hegelian fragmentation of being finding its lurid correlative in the actual dismemberment of bodies.[846]

Selon eux, l'un des problèmes majeurs de cette ordonnance est que sa seconde dimension, qualifiée par eux de "philosophique-esthétique", heurtait de front le système du droit, ses modes de production normative ainsi que la position historique qu'ont adopté ses interprètes depuis l'avènement du positivisme:

[The ambivalence] (...) arises from a radical instability in the forms in which intellectuals may *conduct themselves* in relation to positive law and government. Part of the problem is that there is no way to translate between the philosophical-aesthetic conception of pornography as objectification and the actual operations of legal and governmental institutions. The former conception is a prisoner of the aesthetic dialectic in which a completely developed (women's) being is unfolded from the successive mutual modifications of mind and body, intellect and emotion, the ideal and the real. The law operates quite differently with men, women and children; it constructs their attributes retroactively, in terms of definite and limited legal and governmental norms, objectives and programmes. (...) The definite and limited (positive) character of legal norms and objectives is treated as a fragmentation of a more complex and organic sphere of women's development (and oppression), it being necessary for society to be totally transformed if full being is to be realized.[847]

En sorte que l'ordonnance, d'une part, participait d'une critique fondamentale du système juridique et procédait d'un point de vue *radicalement* externe à ce système juridique, en l'occurrence socioéthique, et, d'autre part, s'en réclamait par le truchement de son volet anti-discrimination. D'où la contradiction performative essentielle de cette ordonnance et, partant, la difficulté, voire l'impossibilité absolue, de la transposer dans le champ du droit: "(...) there is clearly a danger that the important attempt to construct the harm of pornography as an infringement of civil rights may be swamped by aesthetically conceived rights and harms (the right not to have one's being objectified and misrepresented) whose limitlessness puts them beyond legal claim and redress."[848] Autrement dit, qui trop embrasse mal étreint. Ce que reconnut à sa façon le jugement que rendit la Cour d'appel sur cette ordonnance.

---

[846] I. HUNTER, D. SAUNDERS et D. WILLIAMSON, *On Pornography. Literature, Sexuality and Obscenity Law*, London, Macmillan, 1993, pp. 233-234.
[847] *Id.*, p. 234.
[848] *Id.*, p. 235.

Ce jugement pourrait en fait se résumer en ces mots: "l'enfer est pavé de bonnes intentions". D'une part, le juge Easterbrook y accepte explicitement les prémisses de l'ordonnance. Il reconnaît ainsi que "[d]epictions of subordination tend to perpetuate subordination. The subordinate status of women in turn leads to affront and lower pay at work, insult and injury at home, battery and rape on the streets."[849] Toutefois, les conclusions qu'il tire de ces prémisses ne vont pas dans le sens escompté par les défenseurs de l'ordonnance. Il étend en effet la logique de la construction sociale des comportements à d'autres champs pour conclure que toutes les expressions - et non seulement la pornographie - participent, autant explicitement qu'implicitement, au conditionnement social des individus. Cela étant, "[i]f the fact that speech plays a role in a process of conditioning were enough to permit governmental regulation, that would be the end of freedom of speech."[850] D'autre part, il s'en prend à la confusion qu'opère l'ordonnance entre fiction et réalité: un livre sur l'esclavage n'est pas de l'esclavage, dit-il. Par ailleurs, procédant à l'analyse de cette ordonnance en vertu du premier amendement, il remarque que celle-ci impose un point de vue spécifique, contrairement au principe de la neutralité au plan du contenu: "This is thought control. It establishes an "approved" view of women, of how they may react to sexual encounters, of how the sexes may relate to each other. Those who espouse the approved view may use sexual images; those who do not, may not."[851] Autrement dit, le juge reproche à l'ordonnance litigieuse d'institutionnaliser une vision essentialiste des rapports hétérosexuels. Enfin, il constate que cette ordonnance proscrit l'expression à caractère sexuel au-delà des paramètres constitutionnels stricts posés dans *Miller* en ce qui a trait à l'obscénité. Pour ces motifs, le juge Easterbrook conclut à son inconstitutionnalité. La Cour suprême des États-Unis ayant confirmé ce jugement, il s'ensuit que, de toutes les formes de représentations sexuelles, seules l'expression obscène au sens de l'arrêt *Miller* et la pornographie infantile, dans les limites prescrites dans *Ferber*, sont exclues de la protection du premier amendement. La pornographie non obscène, même si elle s'avère discriminatoire, reste donc protégée[852].

L'intérêt principal de l'arrêt *Hudnut* se trouve cependant ailleurs. En fait, on y trouve un condensé des arguments les plus fréquemment invoqués dans le cadre du débat opposant les tenants les plus radicaux de la critique identitaire aux juristes libéraux, encore que, notons-le, le juge Easterbrook se soit montré beaucoup plus sympathique aux arguments de ces critiques

---

[849] *American Booksellers Association, Inc.* v. *Hudnut*, *supra*, note 362, à la p. 329 (j. Easterbrook).
[850] *Id.* à la p. 330 (j. Easterbrook).
[851] *Id.*, à la p. 328 (j. Easterbrook).
[852] Dans le même sens que l'arrêt *Hudnut*, voir: *Dworkin* v. *Hustler Magazine*, 867 F. 2d 1188 (U.S.C.A., 9ième circuit, 1989); *Village Books, Inc.* v. *City of Bellingham*, C88-1470D (W.D. Wash.), jugement non rapporté cité dans: N. STROSSEN, *Defending Pornography. Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*, New York, Scribner, 1995.

radicaux que bien d'autres commentateurs. Mais surtout, on y trouve deux évaluations carrément opposées de l'impact possible de la normativité étatique sur la vie en société et sur le bien-fondé du recours à cette normativité pour modifier les attitudes et comportements. Le droit peut-il vraiment être un instrument de changement social et, le cas échéant, jusqu'à quel point doit-on l'utiliser en ce sens sans tomber dans le totalitarisme? Voilà une question qui se trouve au coeur de la polémique entourant les propositions de reconceptualisation de la liberté d'expression faites par les tenants de la critique juridique identitaire.

4.3.2.3. Le premier amendement face à l'expression artistique

Qu'elle soit affirmée ouvertement, qu'on la considère taboue ou qu'on en traite elliptiquement, la sexualité - c'est un cliché de le dire - est depuis des siècles source de fascination. Non seulement *présente* dans toutes les cultures, elle est aussi *représentée* sous de multiples formes et à toutes les fins. Le caractère souvent polysémique de sa représentation rend donc son contrôle juridique particulièrement difficile, disions-nous plus tôt. Mais cette difficulté s'accroît encore lorsque cette représentation se drape dans le manteau de l'art, car jamais la sexualité n'est-elle autant susceptible d'interprétations multiples que lorsqu'un artiste s'en empare. Plus que tout autre, l'art à caractère sexuel repousse les frontières de la liberté d'expression. Mais l'art bénéficie-t-il en général de la protection du premier amendement? Si oui, dans quelle mesure?

La réponse à ces questions supposerait une interrogation préalable sur la nature même de l'art[853], que nous n'entreprendrons pas ici. Nous nous contenterons plutôt de dégager empiriquement le statut accordé à l'expression artistique dans la jurisprudence américaine. Disons pour commencer que le relativisme que sous-tend la philosophie libérale du premier amendement joue un rôle important dans la saisie que les tribunaux font de l'expression artistique. Ainsi, reprenant à son compte le crédo moderne de l'art, qui érige la transgression en règle d'or[854], le juge Douglas affirmait ceci dans un passage célèbre de l'arrêt *Hannegan* v. *Esquire, Inc.*:

> Under our system of government there is an accommodation for the widest varieties of tastes and ideas. What is good literature, what has educational value, what is refined public information, what is good art, varies with individuals as it does from one generation to another. There doubtless would be a contrariety of views concerning Cervantes' *Don Quixote*, Shakespeare's *Venus and Adonis*, or Zola's *Nana*. But a requirement that

[853] R.M. O'NEIL, "Artistic Freedom and Academic Freedom", (1990) 53 *Law and Contemporary Problems* 177, à la p. 178. Voir également: L.D. DuBOFF, "What is Art? Toward a Legal Definition", (1990) 12 *Hastings Communication and Entertainment Law Journal* 303.

[854] Voir généralement: L. FERRY, *Homo Aestheticus. L'invention du goût à l'âge démocratique*, Paris, Grasset, 1990; P. BURGER, *Theory of the Avant-Garde*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.

> literature or art conform to some norm prescribed by an official smacks of an ideology foreign to our system.[855]

Au vu de cette affirmation, on ne s'étonnera pas que l'expression artistique bénéficie en principe de la protection du premier amendement et ce, indépendamment de ses qualités esthétiques. Traitant de l'expression artistique érotique, le juge Richard Posner affirmait par exemple dans l'affaire *Miller* v. *Civil City of South Bend*:

> There are no objective standards of aesthetic quality, and while we allow obscene works to be "redeemed" by "evidence" of aesthetic quality, it hardly follows that we should allow works that are not obscene to be condemned on the basis of evidence suggesting a lack of aesthetic quality. On the contrary, the fact that the law protects obscene *art* attests to a justified modern anxiety about censorship. The practical effect of letting judges play art critic and censor would be to enforce conventional notions of "educated taste", and thus to allow highly educated people to consume erotica but forbid *hoi polloi* to do the same. The robust paternalism and class consciousness that once permitted such a distinction have lost their legitimacy.[856]

Ce parti-pris antiélitiste vise en fait à opérationnaliser ce qui n'est fondamentalement qu'une manifestation de déférence judiciaire relative face à la normativité artistique, envisagée ici sous son angle dynamique. C'est en effet un truisme d'affirmer que cette normativité évolue et que cette évolution complique singulièrement la tâche des tribunaux chargés d'en appréhender les circonvolutions. À cela s'ajoute la difficulté de faire cadrer une expression intrinsèquement polysémique et protéiforme dans les diverses catégories et dichotomies qui conditionnent la mise en oeuvre du premier amendement. Ainsi, comme le veut la règle implicite en droit américain, la protection de l'expression artistique sera plus ou moins grande selon le contenu plus ou moins politique du message véhiculé[857]. De même, plus cette expression véhiculera des "idées", meilleure sera sa protection; à l'inverse, plus elle prendra l'allure d'une "conduite", moins elle sera protégée. Point n'est besoin d'élaborer longuement sur le caractère inadéquat des dichotomies "raison / émotion" ou "expression / conduite" au regard de nombreux courants artistiques anciens, modernes et postmodernes[858]. Nombre d'oeuvres artistiques n'expriment aucun message, leur seul

---

[855] *Hannegan* v. *Esquire, Inc.*, 66 S. Ct. 456, à la p. 462 (1946).

[856] *Miller* v. *Civil City of South Bend*, 904 F. 2d 1081, à la p. 1098 (1990) (U.S.C.A., 7ième circuit) (opinion distincte du juge Posner).

[857] Voir en ce sens: S. NAHMOD, "Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment", [1987] *Wisconsin Law Review* 221, aux pp. 222-223.

[858] On remarquera ici que l'art postmoderne, qui cherche à déconstruire le canon moderne, pose à cet égard des problèmes particuliers, notamment quant à l'applicabilité de la défense fondée sur la valeur artistique sérieuse d'une oeuvre dans le cadre d'une accusation d'obscénité. Voir: A. ADLER, "Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law", (1990) 99 *Yale Law Review* 1359.

propos étant de provoquer des émotions, des impressions chez le spectateur. Et cela se vérifie tant dans les toiles d'un impressionniste comme Renoir que dans celles d'un expressionniste abstrait comme Rothko. La situation se complique encore davantage lorsqu'aucune image ou aucune parole ne donne d'indication sur le message qui est véhiculé. En effet, quelle "idée" trouve-t-on dans un impromptu de Franz Schubert ou dans "Round Midnight" de Thelonious Monk? Qu'en est-il, du reste, de la danse moderne? L'expression artistique, quand elle verse dans le symbolisme, est certes protégée, quoiqu'avec des réserves[859]. Mais si ce type d'expression n'a que faire des dichotomies qui jalonnent la doctrine classique du premier amendement, il n'en demeure pas moins que ces dichotomies sont susceptibles de s'y appliquer. Aussi la protection dont l'expression artistique bénéficie en droit constitutionnel américain n'est-elle pas absolue. Dans le concret, la Cour suprême a toutefois reconnu que le cinéma[860], les livres et les arts visuels[861], la musique[862], les spectacles de variété[863] et même la danse érotique[864] étaient en principe protégés[865].

---

[859] L'expression symbolique suscite de vifs débats aux États-Unis, qui tournent notamment autour du droit des citoyens de brûler le drapeau américain en guise de protestation. Dans ce cas, la règle habituelle s'applique: le premier amendement protège l'expression symbolique contre la réglementation directe fondée sur le contenu de l'expression. Voir, dans la jurisprudence récente: *Texas* v. *Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989); *United States* v. *Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990). Cependant, sur la constitutionnalité de la réglementation incidente de l'expression symbolique, voir: *United States* v. *O'Brien*, *supra*, note 643. Sur cette question, voir également: W.E. LEE, "Speaking Without Words: The First Amendment Doctrine of Symbolic Speech and the Supreme Court", (1991) 15 *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 495.

[860] *Joseph Burstyn, Inc.* v. *Wilson*, 72 S. Ct. 777 (1952).

[861] *Kaplan* v. *California*, 93 S. Ct. 2680 (1973).

[862] *Ward* v. *Rock Against Racism*, 109 S. Ct. 2746 (1989).

[863] *Schad* v. *Mount Ephraim*, 101 S. Ct. 2176 (1981).

[864] *Barnes* v. *Glen Theatre, Inc.*, *supra*, note 827.

[865] Précisons que la protection risque d'être affaiblie lorsque l'expression artistique est subventionnée par l'État. Une large part de l'art "de pointe", c'est-à-dire celui qui est en pratique le plus susceptible de choquer les sensibilités, dépend en effet des fonds publics. Dans la mesure où les législateurs semblent plus que jamais enclins à éviter à tout prix la controverse, ils se montrent également de plus en plus réceptifs aux pressions publiques favorables à l'imposition d'une réglementation du contenu de l'expression artistique subventionnée. Des restrictions en ce sens ont récemment été imposées aux artistes subventionnés par le National Endowment for the Arts. Quoiqu'elles aient été cassées en vertu du premier amendement par des tribunaux de première instance (voir: *Bella Lewitsky Dance Foundation* v. *Frohnmayer*, 754 F. Supp. 774 (C.D. Cal. 1991); *Finley* v. *NEA*, 795 F. Supp. 1457 (C.D. Cal. 1992)), un doute persiste quant à leur inconstitutionnalité, notamment au regard de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Rust* v. *Sullivan*, *supra*, note 675. Ce n'est vraiment que lorsque cette cour statuera sur cette question précise que ce doute sera dissipé. Voir notamment sur cette question: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*, note 57, pp. 63-102; R. LINTON, "The Artistic Voice: Is It in Danger of Being Silenced?", (1995) 32 *California Western Law Review* 195.

4.4. L'isolationnisme et l'exceptionnalisme dans le droit américain de la liberté d'expression

La lecture d'un arrêt comme *R.A.V.* v. *City of St. Paul, Minnesota*[865] est très instructive. On y constate notamment qu'aucune référence n'est faite à la manière dont la Cour suprême du Canada a appréhendé le problème de l'expression antiégalitaire, notamment dans ses arrêts *Keegstra*[867], *Taylor*[868], *Andrews*[869] et *Butler*[870], tous prononcés avant *R.A.V.*[871]. C'est en vain, également, que l'on y cherche un quelconque renvoi à des instruments internationaux pertinents à la solution du litige. Il faut savoir à cet égard que les États-Unis, bien que signataires de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*[872], ne l'ont ratifiée qu'en 1994, subordonnant cette ratification à une réserve ayant trait à l'incompatibilité de l'article quatre de la Convention avec le droit américain de la liberté d'expression[873]. En l'espèce, cet

---

[866] *Supra*, note 620.
[867] *Supra*, note 434.
[868] *Ibid.*
[869] *Ibid.*
[870] *Supra*, note 395.
[871] Cette omission n'est guère étonnante, cependant. Le professeur Greenawalt remarquait dans un récent ouvrage combien les juristes américains étaient ignorants des développements canadiens en matière de liberté d'expression. Voir: K. GREENAWALT, *op. cit.*, note 785, p. 12. Ce que, du reste, regrettait un juge de la Cour suprême du Canada. Voir: G.V. La FOREST, "The Use of American Precedents in Canadian Courts", (1994) 46 *Maine Law Review* 211.
[872] 660 R.T.N.U. 195.
[873] Cette réserve faite lors de la *ratification* de la Convention par les États-Unis, le 21 octobre 1994, se lit comme suit: "La Constitution et les lois des États-Unis prévoient des garanties étendues en faveur de la liberté de parole, d'expression et d'association des individus. En conséquence, les États-Unis n'acceptent aucune obligation en vertu de la présente Convention, en particulier ses articles 4 et 7, de nature à restreindre ces droits par l'adoption d'une législation ou de toute autre mesure, pour autant que ces derniers sont protégés par la Constitution et les lois des États-Unis." Cette réserve s'inscrit dans la lignée d'une autre réserve, plus générale, qui avait été émise par les États-Unis lorsqu'ils signèrent la Convention. Cette réserve initiale se lit ainsi: "La Constitution des États-Unis contient des dispositions touchant la protection des droits individuels, tels que le droit à la liberté d'expression, et aucune des dispositions de la Convention ne sera considérée comme appelant ou justifiant l'adoption par les États-Unis d'Amérique d'un texte législatif ou de toute autre mesure incompatibles avec les termes de la Constitution." Voir: NATIONS UNIES, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. État au 31 décembre 1995*, New York, Nations Unies, 1996, p. 103. Dans le même esprit, les États-Unis ont également émis une réserve à l'application de l'article 20 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, dont le paragraphe (2) pose que "[t]out appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi." Cette réserve se lit comme suit: "L'article 20 n'autorise pas les États-Unis et n'exige pas d'eux qu'ils adoptent des lois ou autres mesures de nature à restreindre la liberté d'expression et d'association protégée par la Constitution et les lois des États-Unis." Voir: *id.*, p. 130. L'isolationnisme constitutionnel américain se confirme encore au regard d'une réserve du même genre émise par les États-Unis au sujet de l'application de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 78 R.T.N.U. 277. Voir: *id.*, p. 93. Notons enfin que les États-Unis n'ont toujours pas ratifié la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1249 R.T.N.U. 13, qui comporte certaines dispositions générales interdisant l'exploitation des femmes. Voir: *id.*, p. 175. Ainsi, aux termes de l'article 5a) de cette Convention, les États parties doivent prendre des mesures pour modifier les pratiques culturelles et sociales basées sur l'idée de l'infériorité d'un sexe ou sur des rôles sexuels stéréotypés. On pourrait probablement soutenir que la pornographie, en supposant que l'on accepte la définition qu'en donne Catharine

article quatre fait obligation aux États contractants de criminaliser la propagande haineuse, une impossibilité au regard du droit constitutionnel américain. Mais, plutôt que d'incorporer les normes internationales dans son droit interne, quitte à le modifier, ce pays a préféré se soustraire tout simplement à ces normes[874]. Cet isolationnisme juridique n'est probablement pas étranger à la tournure qu'a prise le débat sur l'expression antiégalitaire aux États-Unis. En effet, ce qui se pense, ce qui se fait ailleurs en la matière est à toutes fins utiles ignoré. Mais si les causes de cet isolationnisme sont sans doute multiples, il en est une sur laquelle il convient toutefois de s'attarder, en l'occurrence l'exceptionnalisme qui caractérise la culture américaine.

La notion d'"exceptionnalisme" s'entend, selon le sociologue Seymour Lipset, des croyances, des principes organisateurs et des institutions qui animent la société américaine et contribuent à son unicité dans le concert des nations[875]. Cette unicité, que déjà Tocqueville avait remarquée, repose en fait sur une idéologie qui remonte aussi loin qu'à l'arrivée des pélerins du *Mayflower*. Dès cette époque, l'Amérique fut représentée par les Américains eux-mêmes comme une terre de renouveau, où il est fait table rase des valeurs souvent opprimantes de l'Europe postféodale. Pour les puritains, l'Amérique est en quelque sorte la terre où doit se réaliser un dessein divin. L'indépendance ne fera qu'accentuer ce sentiment d'unicité. La révolution américaine fut en effet exceptionnelle puisqu'elle fit des États-Unis l'une des premières colonies à accéder à l'indépendance[876]. Très tôt, les Américains adopteront une série de valeurs fondamentales qui forment le substrat de l'idéologie qui domine encore aujourd'hui. Ces valeurs sont la liberté, l'égalité des chances (et non des résultats), l'individualisme, le populisme et le laissez-faire économique[877]. Leur influence sur la normativité juridique américaine, et particulièrement sur le droit de la liberté d'expression, est du reste facilement perceptible, comme en témoigne l'étude que nous venons de faire. En ce sens, l'on peut soutenir que le droit positif de la liberté d'expression participe lui-même de cet exceptionnalisme américain[878].

MacKinnon, constitue une telle pratique. Au surplus, l'article 6 vise la suppression de toutes les formes de trafic et d'exploitation de la prostitution des femmes.

[874] Ajoutons à ce propos que les États-Unis ont "épicé" leurs réserves à l'application de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, *supra*, note 872, d'une déclaration voulant que "(...) les dispositions de la Convention ne sont pas exécutoires d'office." Voir: NATIONS UNIES, *op. cit.*, note 873, p. 103.

[875] S.M. LIPSET, *American Exceptionalism. A Double-Edged Sword*, New York / London, W.W. Norton & Co., 1996. Précisons ici que reconnaître l'existence d'une idéologie exceptionnaliste aux États-Unis n'emporte ni que ce pays soit le seul à professer une telle idéologie - pensons au Japon -, ni que cet exceptionalisme fasse obstacle aux convergences - nombreuses - entre la société américaine et les autres pays occidentaux. Voir en ce sens: L.M. FRIEDMAN, *op. cit.*, note 280, p. 201.

[876] S.M. LIPSET, *id.*, p. 18.

[877] *Id.*, p. 19.

[878] Le fossé entre le droit américain de la liberté d'expression et la normativité internationale paraît s'être encore élargi à la suite de la publication d'une décision récente du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans

Fait intéressant, toutefois, cet exceptionnalisme culturel se traduit dans le concret par un paradoxe, que l'on retrouve partout mais qui semble prendre une dimension toute particulière aux États-Unis, en l'occurrence le constraste perceptible entre les attitudes face à la régulation formelle et informelle de la liberté d'expression. Comme le remarque le professeur Bollinger: "When we compare our reluctance to impose *legal* restraints against speech with our readiness to employ a host of informal, or *nonlegal*, forms of coercion against speech behaviour, the paradox is striking."[879] Il est en effet frappant de constater à quel point, dans les faits, la société américaine contrôle la liberté d'expression. Mais elle le fait par des canaux non juridiques. Marquée par son héritage puritain, la société américaine impose son conformisme par un appel constant à la moralité, qui infuse tout le discours politique[880]. En effet, il y a peu de pays en Occident où l'on renvoie autant - et à toutes les sauces - aux "valeurs familiales" ou "traditionnelles"[881]. Tout comme il y a peu de pays occidentaux où, en même temps, est constitutionnalisée la séparation de l'Église et de l'État et où Dieu joue un rôle si important dans les affaires temporelles! Comme le souligne Seymour Lipset, l'idéologie américaine est éminemment perfectionniste:

> Americans are utopian moralists who press hard to institutionalize virtue, to destroy evil people, and eliminate wicked institutions and practices. A majority even tell pollsters that God is the moral guiding force of American democracy. They tend to view social and political dramas as morality plays, as battles between God and the Devil, so that compromise is virtually unthinkable. To this day, Americans, in harmony with their sectarian roots, have a stronger sense of moral absolutism than Europeans and Canadians.[882]

---

l'affaire *Faurisson* (Comité des droits de l'homme, 58ième session, 21 octobre - 8 novembre 1996, CCPR/C/58/D/550/1993, 16 décembre 1996). Le Comité a jugé dans cette affaire qu'une loi française criminalisant le négationnisme antisémite, sous l'empire de laquelle M. Faurisson avait été condamné, ne violait pas le paragraphe 19 (3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui prévoit notamment que les restrictions aux libertés de conscience et d'expression garanties respectivement aux paragraphes (1) et (2) doivent être expressément fixées par la loi et nécessaires au respect des droits ou de la réputation d'autrui. Il est à noter que le Comité a précisé dans ses motifs généraux qu'à travers l'expression "réputation d'autrui", le Pacte vise aussi bien les individus que les communautés dans leur globalité (*Faurisson*, *id.*, par. 9.6., p. 15). Il convient également d'attirer l'attention sur l'approche éminemment contextualisée adoptée par le Comité dans l'équilibrage des valeurs concurrentes en cause, en l'occurrence la liberté d'expression et le droit à la réputation. On voit bien en quoi, au vu de ce qui précède, *Faurisson* consacre un peu plus l'isolement normatif international des États-Unis en matière d'interprétation de la liberté d'expression.

[879] L.C. BOLLINGER, *op. cit.*, note 585, p. 12.

[880] Ce commentaire vaut aussi pour les non-protestants. En effet, selon Lipset, même les catholiques américains ont adopté la vision protestante de la moralité. Voir: S.M. LIPSET, *op. cit.*, note 875, p. 64.

[881] Sur le contenu normatif de l'expression "valeurs familiales" et son usage récent aux États-Unis, voir: K.L. KARST, *op. cit.*, note 164, pp. 31-66.

[882] S.M. LIPSET, *op. cit.*, note 875, p. 63.

La pensée juridique et constitutionnelle américaine a bien sûr été influencée par l'éthique et l'esprit protestants[883]; sa consécration de l'individualisme en témoigne[884]. C'est entre autres ce qui inspire sa grande hostilité à la réglementation formelle de la liberté d'expression.

Si le terreau juridique américain semble a priori peu fertile à la floraison des thèses de la critique juridique identitaire concernant la liberté d'expression[885], autre chose agit selon nous comme empêchement dirimant à cette floraison, en l'occurrence la "charge identitaire" qui est historiquement rattachée au premier amendement du *Bill of Rights*. Par "charge identitaire", nous entendons la dimension identitaire qui, au-delà du droit positif strict, est parfois associée à une norme constitutionnelle particulière dans une culture juridique donnée. Cette charge identitaire peut être explicite ou implicite. Dans le premier cas, la disposition se voit destinée par le constituant à revêtir une dimension identitaire quelconque. Au Canada, ce serait par exemple le cas des normes constitutionnelles consacrant les droits des peuples autochtones[886]. Dans le second cas, la disposition constitutionnelle acquiert sa charge identitaire de façon dérivée, c'est-à-dire par le sens que lui donnent les acteurs du droit, sans que le constituant lui ait d'emblée attribué une telle charge. Le premier amendement du *Bill of Rights* a ainsi tellement été mythifié dans la culture juridique américaine, qu'il est maintenant perçu comme une des assises de l'identité de ce pays. Cet amendement participe en fait au récit identitaire qui véhicule l'idéologie exceptionnaliste américaine.

Par-delà les questions de technique juridique, pareille charge identitaire est à l'évidence susceptible de poser un obstacle supplémentaire à l'acceptation d'un argument réformateur ou porteur d'une critique du statu quo, en ce qu'elle restreint encore plus la marge de manoeuvre dont disposent les interprètes du droit. Un auteur a bien décrit la position inconfortable des juges dans l'affaire de Skokie, en disant que ces derniers étaient en quelque sorte "esclaves" de la charge identitaire associée au premier amendement, malgré leur sympathie pour les doléances exprimées par les

---

[883] Une citation, tirée de la jurisprudence de la Cour suprême, illustre bien cette assertion. En effet, le juge Jackson affirma dans l'arrêt *Thomas* v. *Collins*, 65 S. Ct. 315, à la p. 329 (1945), que "(...) every person must be his own watchman for truth, because the forefathers did not trust any government to separate the true from the false." L'accent mis sur le rôle de la conscience individuelle et la responsabilité personnelle, typique dans l'idéologie protestante, rejoint ici la rationalité présumée de l'individu qui est appelé à choisir entre les multiples expressions qui se font concurrence dans le "marché des idées".

[884] S.M. LIPSET, *op. cit.*, note 875, p. 19.

[885] Paradoxalement, il serait aussi possible d'expliquer les velléités de censure des tenants de la critique juridique identitaire comme procédant de la même idéologie puritaine perfectionniste. Malgré que leur critique soit d'inspiration communautariste, on ne peut que s'étonner du zèle quasi messianique que déploient certains d'entre eux pour expurger de la sphère publique les images jugées offensantes ou autrement problématiques. Nous y reviendrons.

[886] Voir les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 28. Voir aussi, dans la même loi constitutionnelle, le nouvel article 16.1, consacrant les droits des Acadiens.

citoyens de ce village[887]. Eurent-ils été tentés d'accepter des arguments questionnant le statu quo juridico-identitaire, qu'ils auraient du coup rompu non seulement avec une interprétation juridique consacrée, mais aussi avec une idée normative de ce qu'est la société dans laquelle ils évoluent. Voilà un bien lourd fardeau à porter pour un juge.

Quoi qu'il en soit, le premier amendement fait aujourd'hui face à une crise existentielle. Plusieurs observateurs estiment en effet que jamais les critiques formulées contre l'interprétation orthodoxe de cette disposition constitutionnelle n'ont eu l'ampleur qu'elles connaissent depuis quelques années[888]. De fait, le questionnement que veulent susciter les tenants de la critique juridique identitaire ne s'intéresse ni aux détails ni aux modalités d'application du premier amendement, il cherche à en ébranler les fondements.

L'interprétation de la liberté d'expression aux États-Unis a évidemment de très grands mérites, dont le moindre n'est pas l'exceptionnelle protection négative dont bénéficie cette liberté. En fait, on voit mal comment une discussion juridique sérieuse de la liberté d'expression pourrait faire l'économie d'un examen de l'expérience américaine en la matière. Mais, comme on l'a vu dans ce chapitre, cette longue expérience n'empêche pourtant pas le recours à ce que nous avons qualifié plus tôt de "pensée jivaro". Dans le droit américain de la liberté d'expression, c'est l'égalité, entendue ici autant comme droit autonome que comme composante de la liberté d'expression, qui est la victime de cette pensée. Avec elle tombe l'idée même de responsabilité dans l'exercice de cette liberté[889]. Avec elle sombre également l'idée qu'un "droit à la dignité", dont les contours juridiques resteraient à préciser, puisse en venir à médiatiser les rapports entre la liberté d'expression et l'égalité. Cela dit, comme nous le verrons au chapitre suivant, un éventuel recentrage vers l'égalité, si souhaitable puisse-t-il paraître à certains, ne mènerait nulle part si, d'aventure, il devait lui aussi servir d'alibi à un autre triomphe de la pensée-jivaro, où cette fois la victime serait la liberté.

---

[887] L.C. BOLLINGER, *op. cit.*, note 585, chapitre 1 intitulé "Enslaved to Freedom?"
[888] K.M. SULLIVAN, *loc. cit.*, note 697, à la p. 439; O.M. FISS, *op. cit.*, note 567, p. 2.
[889] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 353.

CHAPITRE 5: LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LA CRITIQUE IDENTITAIRE

> La liberté absolue raille la justice. La justice absolue nie la liberté. Pour être fécondes, les deux notions doivent trouver, l'une dans l'autre, leur limite. Aucun homme n'estime sa condition libre, si elle n'est pas juste en même temps, ni juste si elle ne se trouve pas libre. La liberté, précisément, ne peut s'imaginer sans le pouvoir de dire en clair le juste et l'injuste, de revendiquer l'être entier au nom d'une parcelle d'être qui se refuse à mourir. Il y a une justice, enfin, quoique bien différente, à restaurer la liberté, seule valeur impérissable de l'histoire.[890]

Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, le parcours historique de la liberté d'expression aux États-Unis n'est pas aussi linéaire que certains l'ont prétendu. Le libéralisme à tendance libertaire qui prévaut aujourd'hui ne remonte en effet guère plus loin qu'aux années quarante, s'étant du reste particulièrement accentué à partir des années soixante. L'atmosphère intellectuelle empoisonnée que faisait régner le maccarthisme pendant les années cinquante n'est d'ailleurs pas étrangère à cette extension de la portée du premier amendement dans la décennie suivante. Chose certaine, après des années de grisaille, la formidable ouverture à la liberté d'expression qu'a manifestée la Cour suprême des États-Unis, alors présidée par le juge Earl Warren, fut perçue comme une grande bouffée d'air frais.

Aujourd'hui, si le primat de l'interprétation libérale du premier amendement demeure, force est toutefois de constater que les principaux "usagers" de cette disposition constitutionnelle ont bien changé: alors qu'auparavant, le premier amendement servit surtout à protéger de la censure l'expression dissidente de gauche, il protège aujourd'hui principalement l'expression extrémiste de droite. Ces jours-ci, le paradigme de la "dissidence" ne sert plus tant les intérêts de l'utopiste qui croit naïvement que la justice et la paix triompheront lorsque sera instaurée une dictature du prolétariat, que ceux du raciste qui affirme la supériorité de la race blanche. Cette nouvelle donne incite de plus en plus d'intellectuels à questionner les fondements mêmes de la conception libérale dominante de la liberté d'expression. Pour certains d'entre eux, d'outil de libération qu'il fut jadis, le premier amendement s'est tout simplement mué en outil d'oppression aux mains de ceux qui ont intérêt à maintenir le statu quo social[891]. D'où la critique, souvent radicale, qu'ils formulent à son encontre et qui atteint son apogée dans la critique juridique identitaire. D'où, également, ce changement notoire: "It used to be that censorship was associated with the right and free speech

---

[890] A.CAMUS, *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951, collection "Folio / essais, n° 15, p. 363.
[891] K.M. SULLIVAN, *loc. cit.*, note 697, à la p. 440.

libertarianism with the left. Now, we hear new calls for speech regulation from the left, and increasing endorsement of free speech from the right."[892]

Nous ferons dans ce chapitre une synthèse critique des idées-forces de ces juristes dont le discours participe de la critique juridique identitaire, en nous attardant principalement à la saisie de la liberté d'expression dans l'analyse féministe du droit (section 5.1). Ce choix s'explique à la fois par l'antériorité et par la diversité de cette analyse. Ce sont en effet des juristes féministes qui, les premières, ont formulé une critique *identitaire* de la liberté d'expression. Ces critiques initiales ont bien sûr suscité des réactions dans l'establishment juridique, mais aussi chez d'autres juristes se réclamant également du féminisme. Un grand débat sur la liberté d'expression s'est ainsi engagé tant au sein du mouvement féministe qu'entre les tenants de ce mouvement et leurs adversaires externes et, de l'enchevêtrement des discours et contre-discours, a résulté un corpus théorique d'une grande richesse, qui a en quelque sorte fixé les paramètres des autres débats à venir concernant la liberté d'expression, bien sûr, mais aussi la saisie juridique de l'identité.

Après avoir présenté les principaux visages du féminisme juridique américain, nous nous intéresserons tout particulièrement au courant radical de ce féminisme, qui est à l'origine des récentes remises en cause égalitaristes de la liberté d'expression. Dans cette optique, nous examinerons et critiquerons les thèses de celle qui, par le truchement de travaux sur la construction sociojuridique de l'identité des femmes et le rôle de la représentation sexuelle dans ce processus de construction identitaire, a le plus contribué à la reproblématisation des rapports entre le droit à l'égalité et la liberté d'expression, la professeure Catharine MacKinnon. Nous étudierons dans un premier temps sa théorie de la sexualité et les modélisations identitaires sur lesquelles elle repose, pour ensuite nous concentrer sur sa saisie juridique du phénomène de la représentation sexuelle et, plus généralement, sur son rapport au droit, que nous qualifierons de paradoxal. Dans cette foulée, nous passerons en revue les oppositions que ses vues ont suscitées, en insistant sur les problèmes que pose la saisie juridique de l'expression polysémique, d'une part, et de la complexité des processus de construction identitaire, d'autre part. Nous conclurons notre exposé sur le féminisme juridique en revenant une fois de plus sur la nécessité de faire échec au manichéisme dans l'optique de faire progresser les débats identitaires.

Largement redevable des analyses féministes de la liberté d'expression, le discours des partisans de la *Critical Race Theory* s'intéresse en fait beaucoup plus à la question spécifique de la réglementation étatique de l'expression haineuse qu'à la liberté d'expression en général. Comme

---

[892] *Ibid.*

nous l'avons vu, la Constitution américaine semble poser un obstacle insurmontable à ce genre de réglementation et ce, contrairement à la situation qui prévaut au Canada, où l'on a affirmé la constitutionnalité de principe des initiatives législatives allant dans ce sens[893]. En sorte que les thèses des tenants de la *Critical Race Theory* sont à la fois un peu moins diversifiées, au plan théorique, et beaucoup plus situées, au plan géojuridique, que celles qui se réclament du féminisme juridique. Aussi y consacrerons-nous des développements sensiblement moins élaborés, nous contentant d'en faire une brève présentation et d'examiner les arguments avancés au soutien de la réglementation de l'expression raciste (section 5.2). Cela dit, que nous traitions du féminisme juridique ou de la *Critical Race Theory*, nous intégrerons dans le corps même de notre analyse une étude des réactions positives ou négatives que les thèses des sympathisants de ces mouvements critiques ont suscitées en dehors de leur cercle immédiat. De même, les critiques que nous formulerons à l'endroit de ces thèses s'inscriront dans le cadre théorique élaboré en première partie, de telle manière que ces critiques seront essentiellement d'ordre épistémologique.

5.1. La liberté d'expression dans la critique féministe

> Plutôt une allégorie qu'une utopie, plutôt une allusion qu'une illusion, le désir fut pour toute une génération comme un astre de référence. Il n'est plus aujourd'hui qu'un satellite d'observation.[894]

Aux États-Unis, la fin de la seconde guerre mondiale annonce l'arrivée d'une période de profonds changements sociaux. À partir des années cinquante, de plus en plus de groupes historiquement défavorisés affirment leur droit de participer pleinement, en toute dignité et en toute égalité, à la vie en société. C'est la grande époque des droits civils. Femmes et minorités sortent graduellement des ghettos dans lesquels on les a confinés. On assiste à une accélération de ce mouvement d'émancipation pendant les années soixante. Des changements s'opèrent particulièrement dans les relations hommes-femmes. "Le privé devient politique"[895], modifiant dès lors le rapport à la sexualité. Désormais, les femmes revendiquent tout haut le droit de contrôler leur corps et leur sexualité[896].

---

[893] Voir: *R.* c. *Keegstra* et *Canada (C.D.P.)* c. *Taylor*, *supra*, note 434.

[894] J. BAUDRILLARD, *Cool Memories. 1987-1990*, Paris, Galilée, 1990, p. 59.

[895] D'après l'expression de K. MILLETT, *La politique du mâle*, Paris, Stock, 1971.

[896] Elles revendiquent "tout haut", disons-nous, pour signifier que les revendications de ce genre ne sont pas nées avec les années soixante. Au contraire, une auteure souligne que "(...) many times throughout history women have rediscovered themselves as an oppressed group, have recognized inequality and injustice based on gender, have named their oppression, and *voilà*: women's uprisings. Myth, legend, and what written documentation exists show us that even when sex differences seemed ordained and irresistible, meek acceptance of women's lot has rarely been the order of the day in any culture." Pour cette auteure, le féminisme, un phénomène qu'elle qualifie de récurrent, est en fait la révolution la plus longue de l'histoire du monde. Voir: L. TIEFER, *Sex Is Not A Natural Act & Other*

Tandis que l'esprit "victorien" qui planait encore sur la perception sociale de la sexualité laisse place à l'esprit plus ouvert de la révolution sexuelle[897], la représentation sexuelle cesse d'être tabou. Éros est à l'ordre du jour, et l'art et la culture de masse ne manquent pas de réfléter cette nouvelle donne sociale. Devenue socialement acceptable, l'imagerie à caractère sexuel foisonne, au point d'être banalisée. La pornographie est alors théorisée comme la manifestation d'une liberté d'expression sexuelle chèrement acquise[898]. Dès les années soixante-dix, toutefois, de plus en plus de féministes commencent à remettre en question cette révolution sexuelle, estimant que celle-ci n'a pas tenu ses promesses et que, fondamentalement, rien n'a vraiment changé: les femmes étaient et demeurent des objets sexuels nourrissant les fantasmes des hommes. C'est alors que reprend la controverse autour de la représentation sexuelle[899]. Celle-ci, soutient-on, contribue à la réification des femmes, à leur subordination au sein de la société. La pornographie, tout particulièrement, devient sujet de débats, suscitant de graves dissensions au sein du mouvement féministe[900]. Susan Brownmiller, la qualifiant de propagande haineuse contre les femmes, établit un lien causal entre elle et le viol[901]. Robin Morgan ira même jusqu'à dire, dans une phrase qui a fait époque: "pornography is the theory, and rape is the practice."[902]

Essays, Boulder / San Francisco / Oxford, Westview Press, 1995, p. 111. Par ailleurs, un autre auteur remarque que de tous les mouvements sociaux ayant véritablement pris leur envol dans les années soixante, le féminisme est celui qui s'est révélé le plus constant. Alors que d'autres tombaient en défaveur à partir des années quatre-vingt, le féminisme a quant à lui étendu son influence dans la plupart des disciplines. Voir: R. VAN SWAANINGEN, "Feminism and Abolitionism as Critiques of Criminology", *International Journal of the Sociology of Law*, 1989, vol. 17, p. 287.

[897] Nous opposons ici l'"esprit victorien", généralement associé à une certaine pruderie, et la révolution sexuelle des années soixante essentiellement pour marquer la différence entre la saisie de la sexualité dans la sphère publique à ces deux époques. Il faut toutefois noter que la situation de la sexualité à l'époque victorienne était plus complexe que ne le laisse croire le stéréotype que nous employons à dessein. Ainsi, Michel Foucault a montré que la modélisation traditionnelle d'un continuum allant de la répression de la sexualité au 19ième siècle vers sa libération au 20ième était plus une idée reçue qu'autre chose, la régulation de la sexualité étant un phénomène beaucoup plus complexe et ce, quelle que soit l'époque. Voir généralement: M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 85.

[898] M. KOSTASH, "Dissing Feminist Sexuality", *The Canadian Forum*, vol. LXXV, n° 852, September 1996, p. 12, à la p. 14.

[899] Nous disons ici que la controverse a "repris" puisque la représentation sexuelle a depuis des siècles suscité des débats.

[900] Voir généralement: M. KOSTASH, *loc. cit.*, note 898.

[901] Brownmiller affirme: "There can be no "equality" in porn, no female equivalent, no turning on the tables in the name of bawdy fun. Pornography, like rape, is a male invention, designed to dehumanize women, to reduce the female to an object of sexual access, not to free sensuality from moralistic or parental inhibition. (...) Pornography is the undiluted essence of anti-female propaganda. (...) Is this analogy extreme? Not if you are a woman who is conscious of the ever-present threat of rape and the proliferation of a cultural ideology that makes it sound like "liberated" fun." Voir: S. BROWNMILLER, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, New York, Simon & Schuster, 1975, pp. 394-395.

[902] R. MORGAN, "Theory and Practice: Pornography and Rape", dans: *Going Too Far*, New York, Random House, 1977, à la p. 169.

En toute hypothèse, la question de la réglementation de la représentation sexuelle réapparaît à l'ordre du jour des législateurs. Le débat s'étend de la sphère sociopolitique à la sphère juridique. Plus complexe que jamais, il se poursuit encore aujourd'hui. Mais avant d'en exposer les tenants et aboutissants, il convient toutefois de brosser un bref tableau des principaux courants du féminisme juridique américain.

5.1.1. Visages du féminisme juridique américain

La théorie féministe a depuis déjà plusieurs années un impact non négligeable sur l'évolution de la pensée juridique nord-américaine[903], ceci à un point tel que le professeur Gary Minda affirme qu'aujourd'hui: "Feminist legal thought is perhaps the most powerful of the contemporary movements in legal theory - first, because the feminist movement is sufficiently diverse to include and mobilize all women (and men); second, because feminism demands a fundamental reexamination and restructuring of existing legal and social arrangements."[904] La transformation de la structure sociojuridique dans le but de favoriser l'émancipation des femmes se trouve en effet au coeur de tout le projet féministe[905]. Mais, au-delà de ce tronc commun, les différences sont légion. En fait, il n'y a pas un féminisme juridique, mais bien des féminismes juridiques qui, souvent, mettent de l'avant "(...) des idées qui se situent dans des pôles d'analyse divergents, sinon absolument incompatibles, (...)."[906] Dès lors, toute tentative de catégorisation est susceptible de porter à controverse. Comme le disent justement des auteurs: "Rather than being monochrome, much feminist scholarship resembles a painting where the artist has made use of a number of the colors on the pallet to provide us with her work of art."[907]

Ces limites n'empêchent toutefois pas de proposer un résumé des principaux courants du féminisme juridique. En fait, une telle entreprise paraît même nécessaire au moment d'aborder la question du statut de la liberté d'expression dans la pensée juridique féministe, puisque la conception de cette liberté ainsi que la modélisation de ses rapports avec l'égalité est informée par les orientations fondamentales de chaque courant. Cela dit, la littérature juridique fourmille en typologies de toutes sortes, établies sur la base de critères différents. Sans prétendre dresser une liste exhaustive de ces critères, il convient néanmoins d'en identifier certains.

---

[903] D. K. WEISBERG, "Introduction", dans D. K. WEISBERG (dir.), *Feminist Legal Theory. Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, p. xv, à la page xv.
[904] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 301, note infrapaginale 14.
[905] M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, à la p. 378.
[906] *Id.*, à la p. 379.
[907] W.J. TURNIER, P. JOHNSTON CONOVER et D. LOWERY, "Redistributive Justice and Cultural Feminism", (1996) 45 *American University Law Review* 1275, à la p. 1278.

D'une part, la typologie s'avérera différente selon que l'on s'intéresse au féminisme en général ou au féminisme juridique en particulier. Ainsi, seulement quelques-unes des catégories identifiées dans la première hypothèse recouperont celles qui ressortissent directement du féminisme juridique proprement dit. Un exemple de typologie englobante nous est fourni par la professeure Boivin qui, à partir d'une perspective macrosociale plutôt que strictement juridique, identifie cinq grands types de féminismes, en l'occurrence les féminismes maternel, libéral, socialiste, radical et lesbien[908]. Pour sa part, Rosemarie Tong divise la pensée féministe en sept courants, soit les courants libéral, marxiste, radical, psychanalytique, socialiste, existentialiste et postmoderne[909]. Est-il besoin de préciser que toutes ces variations idéologiques ne trouvent pas exactement le même écho dans la critique féministe du droit[910]?

D'autre part, les différences culturelles pourront aussi avoir un impact sur la typologie retenue. Le féminisme prend par exemple des formes bien différentes en Europe continentale et dans le monde anglo-américain. Ce qui suscite les passions ici parfois ne fait guère sourciller là-bas, et inversement. Au sein même des pays occidentaux, les enjeux qui retiennent l'attention des féministes peuvent également varier selon que le point de vue exprimé est celui d'une personne issue d'un groupe majoritaire ou, au contraire, d'un groupe minoritaire. On pense par exemple aux différends qui opposent parfois les féministes américaines blanches et noires[911]. De la même façon, le féminisme dans les pays de tradition intellectuelle non occidentale se distingue bien

---

[908] M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, aux pp. 379-383.

[909] R. TONG, *Feminist Thought. A Comprehensive Introduction*, Boulder / San Francisco, Westview Press, 1989.

[910] On pense par exemple au "féminisme maternel" qui "(...) explique l'inégalité entre les sexes comme inscrit dans la nature des choses, par le déterminisme biologique" et qui ne propose "aucune contestation des idées fondamentales de notre société". Voir: M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, à la p. 379. Certaines pourraient cependant dire que la conception de la femme et des rapports sociaux que véhicule ce type de féminisme est consacrée dans de nombreuses normes positives ou du moins l'était jusqu'à tout récemment! Pour sa part, le féminisme lesbien est de plus en plus présent dans la pensée juridique en raison de l'émergence de la *Gaylegal Theory*. Ajoutons également que son discours est de plus en plus éclaté, notamment sous l'influence des thèses postmodernistes. Voir généralement sur cette question: D. HERMAN et C. STYCHIN (dir.), *Legal Inversions. Lesbians, Gay Men, and the Politics of Law*, Philadelphia, Temple University Press, 1995. On trouve un exemple de cet éclatement avec l'avènement de la "bisexual jurisprudence", qui cherche précisément à dépasser les catégorisations binaires habituelles qui, estime-t-on, caractérisent l'analyse classique de la sexualité. Voir: R. COLKER, "A Bisexual Jurisprudence", (1993) 3 *Law & Sexuality* 127.

[911] Ce débat a notamment trait à la vision homogénéisante ou essentialiste de la femme dont font preuve certaines féministes blanches, occultant dès lors les problématiques particulières des femmes noires. Voir par exemple: A.P. HARRIS, *loc. cit.*, note 113; K.W. CRENSHAW, *loc. cit.*, 1991, note 137. Voir aussi, généralement: b. hooks, *Yearning. Race, Gender, and Cultural Politics*, Toronto, Between the Lines, 1990, et, particulièrement: b. hooks, "Feminist Scholarship. Black Scholars", dans: *op. cit.*, note 419, p. 119.

souvent de celui des sociétés occidentales[912], d'où la nécessité de se méfier de l'"impérialisme typologique".

Par ailleurs, on arrivera à un résultat différent si l'on aborde la pensée féministe par le truchement d'un prisme microscopique ou, à l'inverse, macroscopique. Dans la première hypothèse, on fondera la typologie sur l'idée-force qui sous-tend chacun des courants de pensée étudiés, alors que dans la seconde, on les associera plutôt à la famille idéologique dont ils se réclament. Comme exemple d'un regard "microscopique", on peut penser à la typologie proposée par le professeur Sunstein, qui divise le féminisme juridique en trois catégories, à savoir, le féminisme de la "différence", celui de la "voix différente" ("different voice") et, enfin, celui de la domination[913]. En revanche, la typologie établie par Tong, dont il a été question ci-haut, procéderait plutôt quant à elle d'une approche "macroscopique".

Il convient enfin de mentionner un dernier critère de distinction, probablement appelé à prendre une importance accrue à mesure que la critique identitaire prend acte de la transition paradigmatique qui s'opère actuellement dans de nombreux champs du savoir[914]. Que l'on associe cette transition à un "passage à la postmodernité"[915] ou que l'on y voit plutôt un "stade critique d'une modernité inachevée"[916], force est de constater que la pensée en Occident est à un tournant et que l'ébullition intellectuelle qui caractérise notre époque fait sentir ses effets jusque dans la critique identitaire et, tout particulièrement, dans la pensée féministe. Le critère de distinction qui découle d'une telle prise de conscience est donc en quelque sorte "historique", recouvrant la distinction déjà évoquée entre modernité et postmodernité[917]. Ce critère joue par exemple un rôle fondamental dans la typologie proposée par Mary Joe Frug. Celle-ci distingue en effet entre, d'une part, le féminisme juridique moderne, qu'elle subdivise en trois grands courants, soit la doctrine de l'égalité ("Equality Doctrine"), la théorie de l'égalité ("Equality Theory") et la théorie féministe ("Feminist Theory"), et, d'autre part, le féminisme juridique postmoderne, qu'elle surnomme la doctrine féministe ("Feminist Doctrine")[918].

---

[912] Voir par exemple sur cette question : L. ABU-ODEH, *loc. cit.*, note 81; T.E. HIGGINS, *loc. cit.*, note 113; V. NESIAH, "Toward a Feminist Internationality: A Critique of U.S. Feminist Legal Scholarship", (1993) 16 *Harvard Women's Law Journal* 189; A. PARASHAR, *op. cit.*, note 113.

[913] C.R. SUNSTEIN, "Feminism and Legal Theory", (1988) 101 *Harvard Law Review* 826.

[914] Sur cette transition paradigmatique et son impact dans le champ du droit, voir notamment: G. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 168; B. de SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York / London, Routledge, 1995.

[915] *Ibid.*

[916] Comme le soutient, pour l'essentiel, Jürgen Habermas. Voir par exemple: J. HABERMAS, *op. cit.*, note 104.

[917] Voir, *supra*, chapitre premier.

[918] M.J. FRUG, "Sexual Equality and Sexual Difference in American Law", (1992) 26 *New England Law Review* 665.

Au-delà des étiquettes, toutefois, ce sont généralement les mêmes réalités que l'on cherche à désigner. Derrière elles se profile en fait une revendication fondamentalement égalitariste qui ne fait qu'emprunter différents véhicules. Contentons-nous de dire ici que deux grandes conceptions de la condition identitaire des femmes ont influé sur la formulation de cette revendication. Celles-ci ont inspiré la question suivante: la reconnaissance de l'égalité des femmes suppose-t-elle la nécessaire prise en compte de leur "différence", quelle que soit l'origine de cette différence, ou bien exige-t-elle au contraire la dissolution de cette différence? Cette question recoupe à certains égards le débat classique entre les tenants de l'égalité formelle et ceux de l'égalité concrète. Certes, les réponses que lui ont données les très nombreuses auteures féministes qui se sont intéressées à la question varient grandement. Mais il reste que la plupart d'entre elles inscrivent encore leur pensée entre les balises de l'"égalité dans la différence" et de l'"égalité dans la similitude"[919]. Une auteure a d'ailleurs souligné qu'une très large part de la pensée féministe des dernières décennies oscillait entre les pôles de la *maximisation* de la différence, entendue ici comme une "célébration" de l'unicité de l'expérience féminine, et de sa *minimisation*, quant à elle justifiée par le rôle que la différence aurait joué dans la construction sociale de l'inégalité des femmes[920].

Toutefois, l'arrivée en scène de théories qui incitent au dépassement de cette dichotomie "différence / similitude", désormais perçue comme stérile, complique encore le débat. Ces conceptions alternatives sont aussi bien d'inspiration postmoderne, comme chez Joan Williams qui cherche autant à reformuler sur une base non essentialiste les idées de "différence" et de "similitude" qu'à empêcher qu'ils obstruent tout l'horizon théorique[921], que moderne, comme chez Catharine MacKinnon qui propose une approche fondée sur la prise en compte du rôle du pouvoir dans la construction sociale des genres ("dominance approach")[922]. La représentation même de l'identité féminine fait donc l'objet d'importantes controverses au sein du mouvement féministe. Qui plus est, à mesure que l'on fragmente cette identité et que les représentations qu'on en donne se multiplient, toute tentative d'élaboration d'une typologie du féminisme devient chaque jour plus périlleuse.

Cela dit, malgré les réserves que nous venons d'exprimer, la typologie que nous proposons ci-après est fondée sur trois variables principales, qui sont, d'une part, l'impact d'un courant

[919] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 130; L. TIEFER, *op. cit.*, note 896, p. 113.
[920] L. TIEFER, *id.*, pp. 112-113.
[921] J.C. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 403.
[922] C.A. MacKINNON, "Difference and Dominance: On Sex Discrimination", dans: *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1987, p. 32.

féministe donné dans le champ du droit, d'autre part, la pénétration de ce courant dans le féminisme anglo-américain, et, enfin, la présence d'une discussion ayant trait à la liberté d'expression dans les écrits des auteurs qui se réclament de ce courant. Il en est résulté une typologie qui non seulement distingue les féminismes "modernes", tels les féminismes libéral, culturel et radical, du féminisme postmoderniste[923], mais qui, au surplus, prend acte de l'émergence de nouveaux féminismes, grossièrement regroupés sous la rubrique "néo, post et anarcho-féminisme".

5.1.1.1. Le féminisme libéral

C'est l'étroite parenté entre les thèses du féminisme libéral et le discours classique des droits fondamentaux qui nous a incité à aborder en tout premier lieu ce courant féministe. Comme on pouvait s'y attendre compte tenu de son inspiration idéologique, le féminisme libéral affirme le primat de l'individu sur la collectivité[924] et postule que tous les individus, quel que soit leur sexe, sont titulaires des mêmes droits et libertés et peuvent les exercer de façon autonome[925]. En fait, on pourrait affirmer sans se tromper que tout le projet féministe libéral est centré autour de la notion *juridique* d'égalité, prise ici dans son acception classique[926], ce qui signifie en pratique que l'égalité formelle constitue le substrat du discours des tenantes de ce projet[927]. L'adoption originelle de cette conception de l'égalité n'a toutefois pas permis aux féministes libérales d'éviter ce que Martha Minow a appelé le "dilemme de la différence"[928]. Ainsi, c'est dans leurs travaux que s'est déroulé l'essentiel du débat déjà évoqué sur la dichotomie "différence / similitude", lequel a fini par provoquer un schisme entre les tenantes d'une vision symétrique de l'égalité et celles prônant au contraire une vision asymétrique[929].

Il fallait cependant s'attendre à ce que, tôt ou tard, un tel schisme se produise. En effet, la modélisation symétrique que supposait l'adoption d'une conception formelle de l'égalité a vite relégué la différence au rang des faits juridiquement non pertinents[930]. Pareille approche reposait en fait sur un présupposé normatif qui, d'une part, exigeait que les femmes et les hommes soient

---

[923] Pour ce qui a trait aux féminismes libéral, culturel, radical et postmoderniste, notre typologie recouvre celles de: G. MINDA, *op. cit.*, note 15, pp. 134-148; W.J. TURNIER, P. JOHNSTON CONOVER et D. LOWERY, *loc. cit.*, note 907; L.J. LACEY, "Introducing Feminist Jurisprudence: An Analysis of Oklahoma's Seduction Statute", (1990) 25 *Tulsa Law Journal* 775.
[924] M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, à la p. 379.
[925] W.J. TURNIER, P. JOHNSTON CONOVER et D. LOWERY, *loc. cit.*, note 907, à la p. 1293.
[926] M.J. FRUG, *loc. cit.*, note 918, à la p. 667.
[927] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 134.
[928] M. MINOW, *op. cit.*, note 23, p. 20. Voir, *supra*, sous-section 1.1.2.
[929] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 134.
[930] M.J. FRUG, *loc. cit.*, note 918, à la p. 667.

considérés en droit comme foncièrement semblables et, d'autre part, commandait que les unes et les autres reçoivent un traitement similaire. Pour l'essentiel, la problématique de l'oppression des femmes, pourtant fondée sur la différence sexuelle, fut formulée "(...) en termes d'accès inégal aux biens et avantages de la société."[931] Il fallait donc, pour remédier à cette inégalité, éliminer les obstacles engendrés par les usages discriminatoires de cette différence. L'on vit ainsi dans l'égalité des chances une garantie d'égalité des résultats.

De nombreuses auteures ne manquèrent toutefois pas de noter l'insuffisance de cette vision symétrique. Notamment, on lui reprocha de faire trop peu de cas des barrières qui imprègnent la structure sociale et qui font obstacle à l'égalité des femmes[932]. Cette tendance était du reste accentuée par le neutralisme qui, comme dans toute théorie libérale, inspirait la vision symétrique. Poussée à bout, cette vision menait à l'absurdité: en effet, comment parler d'égalité si, sous prétexte de neutralité, on occulte en droit certaines différences "féminines" pourtant susceptibles d'avoir un impact bien réel sur l'égalité et des chances et des résultats. Pensons par exemple aux problématiques particulières soulevées par la grossesse, dont seules les femmes ont à assumer le fardeau biologique[933]. Comment, par ailleurs, *postuler* la neutralité d'un ordre fondamentalement patriarcal? Or, qui postule ne conteste pas; qui postule se résigne, en quelque sorte. Comment, au surplus, penser que l'égalité puisse vraiment se réaliser si l'on demeure à l'intérieur des frontières de cet ordre? Tel que le soulignait la professeure MacKinnon, dans la mesure où l'égalité libérale se vérifie dans la similitude, l'évaluation de cette égalité implique un processus comparatif qui s'opère à l'aune d'une norme posée de l'extérieur, en l'occurrence une norme masculine[934]. Comment, dans cette optique, se satisfaire d'une comparaison qui paraît structurellement biaisée? Aussi la prise de conscience de ces limites de l'égalité formelle incita-t-elle certaines féministes libérales à se tourner vers un "libéralisme asymétrique", qui légitime dans certaines circonstances l'administration de traitements juridiques différents afin d'en arriver à une égalité qui ne soit pas strictement factice.

Ces deux versions du féminisme libéral continuent de coexister dans la doctrine[935], quoique celle prônant un libéralisme symétrique semble avoir gagné passablement de terrain ces dernières années. Chose certaine, le débat entrepris sur la dichotomie "différence / similitude" se poursuit inlassablement et semble former à cet égard un horizon théorique malheureusement indépassable

---

[931] M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, à la p. 379.
[932] *Id.*, à la p. 380.
[933] M.J. FRUG, *loc. cit.*, note 918, à la p. 668.
[934] C.A. MacKINNON, "Not by Law Alone: From a Debate with Phyllis Schlaffy", dans: *op. cit.*, note 922, p. 21, à la p. 22.
[935] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 135.

pour le féminisme libéral. Cela dit, s'il est difficile de parler d'"héritage" à propos d'un courant de pensée qui est bien loin d'être mort, force est de constater que la plupart des décisions judiciaires marquantes pour l'avancement des droits des femmes sont le fruit du travail des féministes libérales, aux États-Unis du moins[936]. En ce qui concerne le débat sur la liberté d'expression, sur lequel nous reviendrons plus tard, la contribution des féministes libérales est, là encore, fondamentale.

5.1.1.2. Le féminisme culturel

Autant la différence voit son statut contesté dans le féminisme libéral, autant elle joue un rôle central dans le féminisme culturel. Inspirées par le désormais classique ouvrage *In a Different Voice*[937] de la psychologue Carol Gilligan, les tenantes du féminisme culturel soutiennent essentiellement que les femmes résolvent les dilemmes moraux différemment des hommes, en adoptant une éthique fondée sur la sollicitude et la responsabilité ("ethics of care") alors que ces derniers préconisent une éthique fondée sur les droits ("ethics of rights"), dont l'individualisme, l'abstraction et la hiérarchisation seraient des caractéristiques typiques. Or, c'est précisément cette éthique qui imprègne le système juridique, alors que celle de la sollicitude et de la responsabilité, de tendance plus communautarienne[938], y est occultée.

Dans son ouvrage, Gilligan questionne la méthodologie des études sur la base desquelles furent élaborées les théories psychologiques modélisant le développement du jugement moral des enfants, notant à cet égard que les échantillons ayant été constitués pour ces études étaient composés exclusivement de sujets masculins. Dès lors, les modèles psychologiques forgés à partir des réponses de ces sujets ne pouvaient que refléter des attitudes et comportements masculins. C'est ainsi que l'"éthique des droits" fut adoptée comme norme universelle pour évaluer le développement du jugement moral, le recours au principe de justice pour résoudre des dilemmes moraux indiquant l'atteinte du plus haut stade de jugement moral. Gilligan entreprit donc de mesurer si les résultats seraient les mêmes si des femmes participaient à l'étude. C'est dans ce contexte qu'elle soutint que les critères employés par celles-ci pour résoudre les dilemmes moraux étaient différents de ceux retenus par les hommes, le jugement moral des premières s'exerçant en fonction des attaches sociales concrètes qu'elles estiment importantes - le "réseau"[939] - et celui des

---

[936] W.J. TURNIER, P. JOHNSTON CONOVER et D. LOWERY, *loc. cit.*, note 907, à la p. 1296.
[937] C. GILLIGAN, *op. cit.*, note 405.
[938] Le mot "communautarien" renvoie ici au courant philosophique appelé "communautarisme", dont Michael Walzer et Charles Taylor sont peut-être les plus célèbres représentants. On retrouve aussi dans la littérature l'adjectif "communautariste".
[939] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 135.

seconds prenant appui sur le concept abstrait et hiérarchisé de "justice". Donc, en posant comme stade ultime du développement moral l'adoption du principe de la justice, les modèles psychologiques classiques illustraient leur préjugé contre les femmes, puisqu'en toute hypothèse ils préfiguraient la conclusion selon laquelle "(...) men tended to advance further than women toward full moral maturing."[940]

Bien qu'elle ait fait l'objet de virulentes critiques[941], la distinction établie par Gilligan entre, d'une part, l'éthique des droits et, d'autre part, celle de la sollicitude et de la responsabilité, a eu énormément d'écho dans la pensée juridique féministe[942]. Pour l'essentiel, les arguments des juristes partisanes du féminisme culturel peuvent se résumer ainsi:

> Legal cultural feminists focus on Gilligan's observed differences between men and women and demand that society pay equal, or more, attention to women in creating legal constructs. They assert that virtually all our existing legal system is the product of the male ethos of rights. They believe that, were society to listen to a woman's different voice, it would construct a somewhat different set of legal rules and mechanisms for resolving legal problems. (...) Cultural feminists see the different voice of women as having two distinct impacts on our legal system. First, as members of the legal profession, women are viewed as having a potential impact on the profession, with female attorneys and judges approaching and resolving legal conflicts in a fashion that differs from the behavior of their male counterparts. Second, if society were to base its substantive rules on an ethos of care, rather than the existing male-oriented ethos of rights or justice, different fundamental choices would be made, choices that reflect care and connectedness rather than individual rights and separation.[943]

Ajoutons à cela que les thèses du féminisme culturel ont dans une large mesure influencé l'épistémologie juridique de l'identité, en ce qu'elles sont plus ou moins à l'origine des "épistémologies de l'authenticité", dont nous avons parlé au chapitre trois. Précisons également que, contrairement à Gilligan qui ne faisait que constater les différences entre les éthiques

---

[940] W.J. TURNIER, P. JOHNSTON CONOVER et D. LOWERY, *loc. cit.*, note 907, à la p. 1280.

[941] Elle a notamment été critiquée au plan méthodologique (*id.*, à la p. 1283) ainsi qu'aux plans philosophique et politique. Au plan philosophique, c'est l'essentialisme dont témoignerait sa distinction entre des éthiques présumément "masculine" et "féminine" qui est condamné, quoique Gilligan elle-même se soit élevée contre les interprétations qui "essentialisent" sa modélisation. Voir notamment sur cette question, G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 137. Enfin, au plan politique, on lui reproche d'avoir indirectement amené de l'eau au moulin de ceux qui réclament un retour à une vision traditionnelle du rôle de la femme, proche du féminisme maternel. Voir en ce sens: S. FALUDI, *Backlash. The Undeclared War Against American Women*, New York / London / Toronto / Sydney / Auckland, Doubleday, 1991, pp. 325-331.

[942] Ainsi, une simple recherche informatique effectuée au regard des articles publiés dans les périodiques juridiques américains entre le 1er janvier 1989 et le 1er janvier 1995 a démontré que Gilligan avait été citée dans 357 articles. Voir: W.J. TURNIER, P. JOHNSTON CONOVER et D. LOWERY, *loc. cit.*, note 907, à la p. 1284.

[943] *Id.*, aux pp. 1284-1285.

masculine et féminine, de nombreuses partisanes du féminisme culturel juridique affirment la supériorité morale de l'éthique féminine[944]. Remarquons enfin que l'influence du féminisme culturel ne se fait guère sentir dans les débats ayant trait à la liberté d'expression qui déchirent les juristes féministes.

5.1.1.3. Le féminisme radical

Alors que le féminisme libéral reprend à son compte le credo des Lumières, qui s'articule autour des idées de liberté et d'autonomie de l'individu, le féminisme radical soutient au contraire que cet individu évolue dans une structure sociale où le pouvoir est déjà réparti, en l'occurrence au profit des hommes et au détriment des femmes[945]. La critique des féministes radicales, qui déborde largement de la problématique proprement juridique de l'interprétation du droit à l'égalité[946], tente en fait de resituer le droit dans le contexte culturel d'où il émerge. C'est ainsi que, prenant au pied de la lettre le mot "radical", ces féministes s'attaquent aux fondements de la domination des hommes sur les femmes et cherchent à identifier et à critiquer le rôle que joue le droit dans la mise en place et la reproduction de ces rapports de domination. Comme le souligne la professeure Frug, leur projet consiste pour l'essentiel à démontrer "(...) how legal doctrine works in conjunction with other systemic factors to keep women oppressed."[947] Mais bien que la question du pouvoir occupe une place centrale dans les travaux de la plupart des tenantes du féminisme radical, toutes n'abordent pas cette question de la même façon[948]. En effet, puisque le pouvoir s'exerce dans de multiples sphères de la société, elles s'attarderont, selon leur orientation particulière, à l'une ou l'autre de ces sphères, la famille par exemple[949].

Cela dit, dans le monde anglo-américain, c'est généralement par le truchement d'une analyse de la construction sociale de la sexualité que les juristes qui se réclament du féminisme radical abordent la problématique du pouvoir. De celles-là, la plus célèbre est sans doute Catharine MacKinnon,

---

[944] *Id.*, à la p. 1277.
[945] M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, à la p. 381.
[946] M.J. FRUG, *loc. cit.*, note 918, à la p. 670.
[947] *Id.*, à la p. 671.
[948] Il est d'ailleurs intéressant de noter ici que certaines typologies appréhendent le féminisme culturel comme une variante du féminisme radical. Voir: *id.*, à la p. 673; M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, à la p. 381. Deux facteurs peuvent expliquer cette qualification. D'une part, le féminisme culturel, tout comme le féminisme radical, postule en un certain sens une opposition femmes / hommes; d'autre part, la question du pouvoir est centrale dans l'un comme dans l'autre, à la différence toutefois que le féminisme culturel est axé sur l'affirmation du pouvoir des femmes via l'affirmation de leur différence alors que le féminisme radical, au sens où nous l'entendons dans cette thèse, fonde son analyse du pouvoir sur la dialectique des rapports de domination, où l'Autre est ce que l'Un n'est pas... C'est cela qui incite la professeure Frug à parler de la variante du féminisme radical que nous décrivons dans cette thèse comme du "féminisme négatif". Voir: M.J. FRUG, *id.*, à la p. 672.
[949] M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, à la p. 381.

professeure à la faculté de droit de l'Université du Michigan[950], qui a notamment acquis cette célébrité en raison de ses retentissantes prises de positions en faveur d'une censure de la représentation sexuelle[951]. Aussi, puisque cette question se trouve au coeur de notre étude sur la liberté d'expression dans la critique féministe, nous axerons notre présentation du féminisme juridique radical autour des thèses de la professeure MacKinnon.

D'inspiration marxienne[952], la théorie de MacKinnon associe l'exploitation des femmes via la sexualité à l'exploitation des ouvriers par le travail[953]. Pour elle, "[s]exuality is to feminism what work is to marxism: that which is most one's own, yet most taken away."[954] C'est d'ailleurs sur ce plan que son féminisme s'éloigne "radicalement" du féminisme libéral: tous deux abordent la question de l'inégalité des sexes, mais la manière dont chacun la problématise les distingue fondamentalement. Selon MacKinnon, cette divergence tient à des postulats théoriques différents. Ainsi, alors que le féminisme libéral prend comme sujet d'analyse la personne individuelle et tente de voir comment le sexisme agit sur cette personne, le féminisme radical s'intéresse pour sa part au groupe social que constituent les femmes. Comme le précise cette auteure:

> Liberal feminism aggregates all women out of each woman. Radical feminism sees all women in each one. In liberalism, women are an aggregate, a plural noun. In radicalism, women is a collective whole, a singular noun, its diverse elements part of its commonality. The fact that an individual might be socially constructed is an outrage and an injury in liberalism; liberal feminism applies this critique to women. In radical theory, the fact of social construction of the individual is accepted and even embraced. Its content - what the person is made into or who she is allowed to be or prevented from being - is what is

---

[950] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 137; W.J. TURNIER, P. JOHNSTON CONOVER et D. LOWERY, *loc. cit.*, note 907, à la p. 1296; M.J. FRUG, *loc. cit.*, note 918, à la p. 671.

[951] Si nous disons "notamment", c'est parce que la professeure MacKinnon est également à l'origine de la redéfinition du harcèlement sexuel comme constituant un comportement discriminatoire pouvant être proscrit dans des lois anti-discrimination. Voir: C.A. MacKINNON, *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, N.J., Yale University Press, 1979. Aux États-Unis, de telles lois furent édictées et virent leur constitutionnalité confirmée par la Cour suprême. Voir notamment: *Meritor Savings Bank* v. *Vinson*, 477 U.S. 57 (1986) et, plus récemment, *Harris* v. *Forklift*, 114 S. Ct. 367 (1994), arrêts dans lesquels cette Cour accepta la théorie dite du milieu de travail "hostile". Au Canada, voir notamment sur cette question: *Janzen* c. *Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; M. DRAPEAU, *Le harcèlement sexuel au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1991; L. LANGEVIN, *loc. cit.*, note 282; J. BOUCHARD, "La personne raisonnable en matière de harcèlement sexuel: une appréciation féministe", (1995) 8 *Revue Femmes et Droit* 89.

[952] De l'aveu même de MacKinnon, sa théorie est postmarxienne, du moins au plan de la méthode. Voir: C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 117. Notons dans un autre ordre d'idées, en l'occurrence au plan terminologique, que l'adjectif "marxien" est de plus en plus souvent usité dans la littérature philosophique pour décrire les auteurs dont la méthode d'analyse s'apparente à celle employée par Marx, sans pour autant que ces auteurs adoptent l'idéologie "marxiste".

[953] MacKinnon consacre d'ailleurs une des trois parties de son ouvrage majeur, *Toward a Feminist Theory of the State*, aux liens entre le marxisme et le féminisme. Voir: *id.*

[954] *Id.*, p. 3. Voir aussi: R. WEST, "Jurisprudence and Gender", (1988) 55 *University of Chicago Law Review* 1.

> criticized. (...) The relationship between the individual and the social delineates a split between liberal and radical feminism in their view of the personal. In liberal feminism, the personal is distinguished from the collective; in radical feminism, it comprises it.[955]

Le prisme à partir duquel les féministes libérales et radicales observent la réalité sociale n'est donc pas le même. Cela emporte évidemment des différences quant à l'appréhension des interactions entre les acteurs sociaux[956]. C'est notamment le cas de la problématique de l'inégalité entre les sexes. Dans le féminisme libéral, cette inégalité est problématisée comme découlant de distinctions arbitraires et irrationnelles établies sur la base de préjugés et de stéréotypes sexuels, lesquels empêchent l'individu de réaliser son potentiel et d'intégrer la société en pleine égalité[957]. L'égalité des sexes passe donc, dans cette optique, par l'élimination de ces distinctions, idée qui, notons-le, inspire traditionnellement les lois anti-discrimination.

En revanche, dans le féminisme radical, le sexisme est conceptualisé non pas comme étant lié à la différence sexuelle mais comme relevant plutôt de la hiérarchisation des sexes qui imprègne nos sociétés[958]. Ce courant féministe postule en quelque sorte une division sexuelle du social favorable aux hommes et défavorable aux femmes. Dans ce sens, le sexisme ne constitue que l'épiphénomène d'un phénomène profondément imbriqué dans la structure sociale, qui n'est autre que la domination des hommes sur les femmes et qu'il convient d'éradiquer[959]. C'est ce qui explique le large écart que l'on observe entre les féminismes libéral et radical quant à leur saisie de la différence sexuelle:

> To liberal feminism, gender differenciation defines sexual politics; undercutting, blurring, or trading gender roles seen as imposed differences changes it. To radical feminism, gender hierarchy defines sexual politics. In this view, only a transformation in the equation of gender (hence gender difference) with dominance, a delegitimation of the sexual dynamic of power and powerlessness as such, can alter it.[960]

La critique féministe radicale propose donc une critique fondamentale de la hiérarchisation sociale des sexes. Délaissant les postulats individualiste, rationnaliste et volontariste du féminisme libéral et cherchant à dépasser la simple critique des stéréotypes sexuels, elle stigmatise la réification sexuelle des femmes par le truchement de leur construction identitaire: "If a woman is defined hierarchically so that the male idea of a woman defines womanhood, and if men have power, this

---

[955] C.A. MacKINNON, *id.*, p. 40.
[956] *Ibid.*
[957] *Ibid.*; C.A. MacKINNON, "Women, Self-Possession, and Sport", dans: *op. cit.*, note 922, p. 117, à la p. 118.
[958] *Ibid.*
[959] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 40.
[960] *Id.*, p. 41.

idea becomes reality. It is therefore real. It is not just an illusion or a fantasy or a mistake. It becomes *embodied* because it is enforced."[961] D'où son projet qui est de transformer en profondeur la société:

> Radical feminism as a theory is a movement of mind which addresses the most basic questions of politics: the constitution of the person in society; social against natural determination of relative status; the relationship between morality, justice, and power; the meaning and possibility of willed action; the role of thought and the theorist in politics; the nature of power and its distribution; the nature of community; the definition of the political itself.[962]

Par ailleurs, au contraire du féminisme libéral qui propose la transcendance rationnelle des différences sexuelles de manière à observer la réalité d'un point de vue neutre, le féminisme radical formule sa critique du point de vue des femmes[963]. Il s'ensuit que "[w]here liberal feminism sees sexism primarily as an illusion or myth to be dispelled, an inaccuracy to be corrected, [radical] feminism sees the male point of view as fundamental to the male power to create the world in its own image, the image in its desires, not just as its delusory end product."[964] Aussi la professeure MacKinnon estime-t-elle que parler de "féminisme libéral" est une contradiction dans les termes: "What it is, is liberalism applied to women. If the sexes are equally different but not equally socially powerful, "differences", in the liberal sense are irrelevant to the politics of our situation, which is one of inequality. Radical feminism, as I understand it, is against gender hierarchy. Since such a critique *does* address the situation of women as I understand it, I term it simply feminism."[965] En somme, pour elle, "[r]adical feminism is feminism."[966]

On peut se douter que de telles prétentions ne suscitent pas l'adhésion de toutes, et surtout pas des féministes libérales. Ces dernières ne sont toutefois pas les seules à mettre en question le caractère hégémonique du féminisme radical de Catharine MacKinnon. En effet, les féministes postmodernistes, tout comme d'autres qui ne se réclament d'aucun courant de pensée particulier, s'en prennent qui à sa conception de l'identité féminine, qui à sa modélisation de l'hétérosexualité, qui à ses thèses sur la représentation sexuelle. Nous reviendrons plus loin sur ces critiques spécifiques. Pour l'instant, contentons-nous de présenter les grandes lignes de ces "nouveaux" féminismes.

---

[961] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 957, à la p. 119.
[962] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 41.
[963] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 957, à la p. 120.
[964] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 117-118.
[965] C.A. MacKINNON, ""More Than Simply a Magazine": Playboy's Money", dans: *op. cit.*, note 922, p. 134, à la p. 137.
[966] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 117.

5.1.1.4. Le féminisme postmoderniste

Depuis environ dix ans, le postmodernisme a vu son influence croître de façon exponentielle dans le monde anglo-américain. Comme on pouvait s'y attendre, le féminisme n'a pas échappé à cette tendance[967], particulièrement dans le champ du droit où le féminisme postmoderniste a le vent dans les voiles[968]. Au-delà des inévitables variations que l'on peut observer au sein du féminisme postmoderniste, il demeure toutefois possible d'identifier certaines constantes.

Rappelons d'entrée de jeu que le postmodernisme procède à une mise en question complète des "grands récits" de la modernité, qu'il s'agisse du triomphe de la raison, de l'autonomie du sujet, de la possibilité d'une appréhension objective par un sujet connaissant d'un sujet à connaître, etc[969]. Dans cet esprit, le féminisme postmoderniste rejette l'idée qu'il puisse exister un sujet "Femme" aux caractéristiques essentielles et universelles[970]. L'identité "féminine" ne peut dès lors avoir de contenu fixe ou stable, rendant ainsi impossible sa description "objective". Une telle description, en effet, nierait le caractère "sémiotique" de la différence sexuelle[971]. Ce commentaire de Zillah Eisenstein démontre bien la modélisation plurielle de l'identité dans le féminisme postmoderniste: "There is no one body, only bodies, only differences, as well as pluralized conceptions of equality. A note of caution: by pluralizing equality I do not mean to condone the idea of "separate but equal" or that of "separate spheres". To the contrary, I mean to argue that the concept of equality is best reconstructed through a completely pluralized notion of difference(s), one that rejects a

---

[967] On ne compte plus les textes qui se réclament, en tout ou en partie, du postmodernisme ou qui critiquent son impact sur les revendications féministes. En voici quelques-uns: L. NICHOLSON et S. SEIDMAN (dir.), *op. cit.*, note 95; J. BUTLER et J.W. SCOTT (dir), *op. cit.*, note 113; M. ASHE, "Mind's Opportunity: Birthing a Postructuralist Feminist Jurisprudence", dans: J.D. LEONARD (dir.), *Legal Studies as Cultural Studies. A Reader in (Post) Modern Critical Theory*, Albany, State University of New York Press, 1995, p. 85; S. BENHABIB, "Feminism and the Question of Postmodernism", dans: *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, New York, Routledge, 1992, p. 203; R. GAGNIER, "Feminist Postmodernism: The End of Feminism or the Ends of Theory?", dans: D.L. RHODE (dir.), *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*, 1990, New Haven / London, Yale University Press, 1990, p. 21; L. SINGER, "Feminism and Postmodernism", dans: *Erotic Welfare. Sexual Theory and Politics in the Age of Epidemic*, New York / London, Routledge, 1993, p. 187; J. GRANT, "Feminism and Postmodernism", dans: *op. cit.*, note 414, p. 127; J. BUTLER, *Bodies That Matter. On the Discursive Limits of "Sex"*, New York / London, 1993; J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York / London, Routledge, 1990. À ces textes, il faut ajouter ceux, généralement très intéressants, de l'afro-américaine bell hooks. Voir notamment: b. hooks, *op. cit.*, note 911; b. hooks, *Outlaw Culture. Resisting Representations*, New York / London, Routledge, 1994.

[968] L.J. LACEY, "We Have Nothing to Fear But Gender Stereotypes: Of Katie and Amy and "Babe Feminism", (1995) 80 *Cornell Law Review* 612, à la p. 617, note infrapaginale 40.

[969] Voir généralement: J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979.

[970] C. ST-HILAIRE, *loc. cit.*, note 111, à la p. 90.

[971] M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p. 126. Par "caractère sémiotique", Frug signifie "(...) constituted by a system of signs that we produce and interpret (...)."

politics of inequality and demands radical egalitarianism."[972] Mais, on s'en doute, un tel projet suppose nécessairement le dépassement des dichotomies qui lui font obstacle, comme par exemple celle opposant systématiquement la similitude et la différence, qui sous-tend l'acception juridique classique de l'égalité[973]. Ce n'est qu'au prix de ce dépassement que le droit pourra saisir adéquatement les multiples identités féminines[974].

La critique épistémologique du féminisme postmoderniste ne s'arrête toutefois pas à l'affirmation de l'impossibilité de décrire une seule et unique identité féminine. Les tenantes de ce courant questionnent en effet *toutes* les prétentions à l'objectivité des courants féministes modernistes[975]. Ce parti-pris anti-objectivité trouve en fait sa source dans l'effet structurant que reconnaissent les féministes postmodernistes au langage, juridique ou autre. Mary Joe Frug, une des principales tenantes de ce courant de pensée[976], expliquait à cet égard dans un ouvrage posthume[977]:

> The postmodern position locating human experience as inescapably within language suggests that feminists should not overlook the constructive function of legal language as a critical frontier for feminist reforms. To put this "principle" more bluntly, legal discourses should be recognized as a site of political struggle over sex differences. (...) [T]he argument is that continuous interpretive struggles over the meaning of sex differences can have an impact on patriarcal legal power.[978]

Judith Grant résume le virage linguistique que tentent de susciter les féministes postmodernistes en disant que celles-ci "(...) seem more concerned with what Woman (and the things associated with her) *means* than with what she *is*."[979] La déconstruction des interprétations masculines

---

[972] Z. EISENSTEIN, *The Female Body and the Law*, Berkeley / Los Angeles / London, University of California Press, 1988, p. 5.

[973] Eisenstein affirme à ce propos: "(...), difference, particularly sex difference, is constructed through and as a part of a hierarchical and dualistic relation. This epistemological stance - "difference", which is already in opposition to sameness - establishes men and women as opposites while privileging men." Voir: *id.*, p. 43. Margaret Jane Radin parle pour sa part de la nécessité de "dissoudre" toutes les dichotomies traditionnelles, comme par exemple celles opposant la pensée et l'action, la théorie et la pratique, la raison et l'émotion, le corps et l'esprit, la fin et les moyens, le public et le privé. Voir: M.J. RADIN, "The Pragmatist and the Feminist", (1990) 63 *Southern California Law Review* 1699, aux pp. 1707-1708.

[974] Angela P. Harris parle pour sa part de la "conscience multiple" ("multiple consciousness") des femmes: "(...) we are not born with a "self", but rather composed of a welter of partial, sometimes contradictory, or even antithetical "selves." A unified identity, if such can ever exist, is a product of will, not a common destiny or natural birthright. Thus, consciousness (...) is a process, a constant contradictory state of becoming, in which both social institutions and individual wills are deeply implicated." Voir: A.P. HARRIS, *loc. cit.*, note 113, à la p. 584.

[975] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 141.

[976] Outre Frug, il convient également de citer les noms des professeures Joan Williams, Zillah Eisenstein, Margaret Jane Radin, Kimberlè Crenshaw et Drucilla Cornell.

[977] Mary Joe Frug a été assassinée en 1991 à Cambridge, au Massachussetts. Son meurtrier court toujours.

[978] M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p. 126.

[979] J. GRANT, *loc. cit.*, note 967, à la p. 132.

dominantes et la reconstruction des identités féminines via l'interprétation langagière se trouvent donc au coeur de leur projet[980]. La saisie du phénomène "droit" s'en trouve elle-même modifiée. Comme le signale Eisenstein, "(...) the study of law *as* a discourse is not limited to specific laws or to the activity of litigation and litigators; rather it is the study of these laws as they operate as symbols for what is legal, honorable, natural, objective and so on. In this sense, the symbolization of law is more than its specific language."[981] Elle poursuit en affirmant que "(...) law as a discourse occupies a space between the "real" and "ideal" that is a continuum. Law reflects and impacts on the world. It is constitutive of *and* derivative of social and political change. Law operates as a political language because it establishes and curtails choices and action. The world is different when the law changes, and laws change because the world is different."[982]

Comment le droit construit-il l'identité des femmes d'une manière qui va bien au-delà des effets immédiats de ses normes positives? La professeure Frug, s'intéressant au processus de "naturalisation" juridique des différences sexuelles[983], remarquait que le droit encode, à travers ses normes, trois grands discours sociaux au sujet du corps féminin[984]. D'une part, le droit autorise et parfois commande ce qu'elle appelle la *terrorisation* du corps féminin, lequel est institutionnalisé à travers des normes qui, d'un côté, ne réussissent pas à assurer la protection des femmes contre la violence physique qui leur est infligée et qui, de l'autre, les incitent à se terrer dans des espaces où, espère-t-on, elles seront à l'abri de cette violence. Ici, le sens que le droit attribue au corps féminin est celui d'un corps terrorisé. D'autre part, le droit *maternalise* le corps féminin, en indiquant que la principale fonction sociale de ce corps - pour ne pas dire sa seule fonction légitime - est la maternité[985]. Frug en tient pour preuve les normes qui récompensent implicitement les femmes d'assumer seules la responsabilité, autre que financière, des enfants après leur naissance et celles qui les pénalisent, encore là implicitement, de poursuivre des activités qui entrent en conflit avec leur fonction maternelle. Enfin, le droit opère une *sexualisation* du corps des femmes, au moyen de normes qui, à la fois, punissent certaines entreprises à caractère sexuel, comme par exemple la prostitution, et en protègent d'autres, comme par exemple la pornographie dont le corps féminin constitue à toutes fins pratiques la matière brute. En toute hypothèse, le

---

[980] G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 141.
[981] Z. EISENSTEIN, *op. cit.*, note 972, p. 43.
[982] *Id.*, p. 46.
[983] Pour l'essentiel, elle entendait par "naturalisation" la présentation de traits, traditionnellement associés à la "différence féminine", comme procédant de la nature plutôt que de la culture.
[984] Ce qui suit est un résumé des thèses de la professeure Frug. Voir: M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, pp. 129-130.
[985] Sur cette question, la professeure Ruth Colker estime que sa collègue Frug trahit son préjugé hétérosexiste. Elle soutient en effet que la thèse de la maternalisation du corps féminin par le droit ne s'applique pas aux lesbiennes puisque celles-ci ont toutes les misères du monde à conserver la garde de leurs propres enfants. En ce sens, le droit "dématernalise" leurs corps. Voir: R. COLKER, "The Example of Lesbians: A Posthumous Reply to Professor Mary Joe Frug", (1992) 105 *Harvard Law Review* 1084.

droit cristallise *la* signification sexuelle du corps féminin: celui-ci est tantôt un sanctuaire réservé au plaisir d'un homme en particulier, tantôt l'objet même du désir de tous les hommes. Frug conclut ainsi à propos de ce faisceau de normes qui, via la terrorisation, la maternalisation ou la sexualisation du corps féminin, illustrent le rôle du droit dans la création des archétypes:

> These groups of legal rules and discourse constitute a system that "constructs," or engenders the female body. The feminine figures the rules pose are naturalized, within legal discourse, by declaration - "women *are* (choose one) weak, nurturing, sexy" - and by a host of linguistic strategies that link women to particular images of the female body. By deploying these images, legal discourse rationalizes, explains, and renders authoritative the female body rule network. The impact of the rule network on women's reality in turn reacts back on the discourse, reinforcing the "truth" of theses images.[986]

Ainsi, après avoir contribué à naturaliser la différence sexuelle, le droit se trouve en quelque sorte "déresponsabilisé" par rapport à cet acte. Plus encore, il disparaît littéralement. À tout le moins, il peut continuer à se prétendre neutre et objectif.

Les féministes postmodernistes - et les auteurs postmodernistes en général du reste - en ont donc contre la saturation des sens que la société impose aux identités, féminines ou autres. Dans le champ du droit, elles cherchent à ouvrir des brèches dans la saisie traditionnelle du phénomène identitaire et à mettre en lumière les apories (les paradoxes) du discours juridique à cet égard. Elles insistent sur le particulier plutôt que sur l'universel, sur les ligatures éphémères plutôt que sur les liens essentiels[987], espérant de cette façon miner les lieux communs identitaires dont le droit assure généralement - mais pas irrémédiablement[988] - la reproduction.

Souvent critiqué en raison de la démobilisation que risque d'entraîner une identité modélisée comme fragmentée et mouvante[989], le féminisme juridique postmoderniste propose néanmoins

---

[986] M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p. 130.

[987] Un bel exemple de l'intérêt des féministes postmodernistes pour les ligatures non essentielles nous est fourni par les travaux de la professeure Crenshaw sur l'intersectionnalité. Voir: K. CRENSHAW, *loc. cit.*, note 137, et "Demarginalizing the Intersections of Race and Gender in Antidiscrimination Law, Feminist Theory, and Antiracist Politics", [1989] *University of Chicago Journal of Legal Feminism* 139. À noter que le professeur Minda fait des travaux de Crenshaw et de quelques autres juristes afro-américaines une sous-catégorie particulière du féminisme juridique postmoderniste, qu'il appelle la "Black feminist criticism". Voir: G. MINDA, *op. cit.*, note 15, p. 147-148.

[988] Comme le remarque Frug: "What law (at least in part) constructs, law reform projects can reconstruct or alter." Voir: M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p. 128.

[989] Nous reviendrons plus loin sur cette question. Pour un bon résumé de la critique qui est formulée à propos de l'impact négatif d'un certain discours postmoderniste sur la possibilité de provoquer des changements sociaux par le droit, voir: J.F. HANDLER, "Postmodernism, Protest, and the New Social Movement", (1992) 26 *Law & Society*

d'intéressantes perspectives théoriques, qui, comme nous le verrons, permettent de jeter un éclairage original sur la question de l'appréhension juridique de l'identité, si présente dans le débat sur le contrôle étatique de la représentation sexuelle. Les théories postmodernistes sur les processus de détermination des significations possibles d'un événement ou d'un "texte" ainsi que sur l'interaction auteur / lecteur offrent également des pistes de réflexion prometteuses quant à l'évolution de la saisie juridique des divers types de préjudices causés dans certaines circonstances par l'exercice de la liberté d'expression. Nous y reviendrons.

5.1.1.5. Néo, post et anarcho-féminisme

Le dernier courant féministe recensé pour établir notre typologie n'en est pas vraiment un, en fait. Pourquoi alors séparer les "néo, post et anarcho-féminismes" de ceux déjà évoqués? Tout simplement parce que, chacun à leur manière, ils témoignent d'une réaction au féminisme, tel qu'il a été pratiqué, théorisé, mais aussi représenté depuis les années soixante-dix. Seul ce caractère réactionnel - certains diraient réactionnaire - les unit. Il s'exprime particulièrement à l'encontre du féminisme radical que prône par exemple une Catharine MacKinnon. Celle-ci s'avère en effet une cible de choix pour des auteures comme Katie Roiphe[990], Naomi Wolf[991], Wendy McElroy[992], Sallie Tisdale[993], Donna Laframboise[994], Rene Denfeld[995] et, surtout, Camille Paglia[996]. À vrai dire, les attaques contre une certaine orthodoxie féministe radicale prennent de plus en plus l'allure d'un phénomène culturel. Plus que jamais, on s'élève contre l'intransigeance de ce féminisme, contre sa misoandrie, contre son puritanisme, bref contre ce que l'on perçoit comme n'étant pas tant une critique des dérives de l'hétérosexualité qu'une dogmatique anti-hétérosexuelle.

Si ce ras-le-bol paraît justifié au regard de certaines incarnations du féminisme radical et si, partant, la critique que formulent ces auteures est parfois bien fondée, il reste qu'un danger les guette, celui de substituer à la dogmatique féministe radicale si honnie une nouvelle dogmatique,

---

Review 697. Pour une vision critique féministe, voir: D.H. CURRIE, "Feminist Encounters With Postmodernism: Exploring the Impasse of Debates on Patriarchy and Law", (1992) 5 *Canadian Journal of Women and the Law* 63.

[990] K. ROIPHE, *The Morning After. Sex, Fear, and Feminism*, Boston / New York / Toronto / London, Little, Brown and Company, 1993.

[991] N. WOLF, *Fire With Fire: The New Female Power and How It Will Change the 21st Century*, Toronto, Vintage Books, 1993.

[992] W. McELROY, *A Woman's Right to Pornography*, New York, St. Martin's Press, 1995.

[993] S. TISDALE, *Talk Dirty to Me. An Intimate Philosophy of Sex*, New York, Doubleday, 1994.

[994] D. LAFRAMBOISE, *The Princess at the Window. A New Gender Morality*, Toronto, Penguin Books, 1996.

[995] R. DENFELD, *The New Victorians. A Young Woman's Challenge to the Old Feminis Order*, New York, Warner Books, 1996.

[996] C. PAGLIA, *Sexual Personae. Art and Decadence from Nefertiti to Emily Dickinson*, New York, Vintage Books, 1991; C. PAGLIA, *Sex, Art, and the American Culture*, New York, Vintage Books, 1992; C. PAGLIA, *Vamps and Tramps*, New York, Vintage Books, 1994.

faite d'anti-féminisme primaire celle-là. Critiquer le réductionnisme des uns n'empêche pas nécessairement de sombrer soi-même dans le réductionnisme, comme on le sait. C'est pourtant malheureusement le piège dans lequel tombent plusieurs des auteures susmentionnées[997]. Celles-ci, tout en revendiquant leur "néo-féminisme" ou leur "post-féminisme", en arrivent malgré tout à rejeter presque tout ce qui a été fait avant elles. Par le truchement d'une singulière réduction de ce qu'est le féminisme, particulièrement dans son courant radical, elles créent un monstre, l'"ancien féminisme", auquel elles opposent leur "nouveau féminisme", présenté comme ouvert et non agressif. Le problème est qu'au passage, elles occultent de nombreux travaux féministes qui, même en proposant une critique sociale radicale, ne font nullement dans le dogmatisme. C'est d'ailleurs ce que remarque la féministe postmoderniste bell hooks, qui doute d'ailleurs du bien-fondé de l'usage du mot "féminisme" pour qualifier ces néo ou post-féminismes"[998]. Cela dit, alors que la plupart des auteures citées soutiennent des thèses qui se rapprochent du féminisme libéral, il en est une qui fait exception: Camille Paglia, dont le féminisme est un curieux alliage de libertarisme, de féminisme culturel et de féminisme maternel[999]. C'est pourquoi nous le qualifions d'"anarcho-féminisme".

Pour ce qui nous concerne, l'intérêt de ces féminismes qui se veulent divergents réside principalement dans le discours que leurs partisanes respectives tiennent sur la sexualité, la liberté d'expression, la représentation sexuelle et, bien sûr, la censure. Ainsi, bien qu'elles ne soient pas juristes, elles expriment néanmoins indirectement un point de vue sur le droit, dont nous tiendrons compte.

5.1.2. La représentation sexuelle saisie par le féminisme radical: thèses et polémiques

Si l'on a assisté à une reproblématisation de la question de la représentation sexuelle pendant les années soixante-dix, ce n'est vraiment qu'au début des années quatre-vingt que des féministes radicales ont fait du contrôle de cette représentation leur principal cheval de bataille[1000]. De politique qu'il était au départ, le débat a donc débordé vers la sphère juridique. La principale responsable de cette juridicisation est sans conteste la professeure Catharine MacKinnon qui, avec

---

[997] Par exemple, selon Kathryn Abrams, les "nouvelles féministes" ont tendance à sous-estimer la domination masculine et à surestimer l'autonomie dont disposent les femmes pour y faire face. Voir: K. ABRAMS, "Sex Wars Redux: Agency and Coercion in Feminist Legal Theory", (1995) 95 *Columbia Law Review* 304, à la p. 332.

[998] B. HOOKS, *Outlaw Culture...*, *op. cit.*, note 967, pp. 73-108. Pour des critiques encore plus virulentes des thèses de Katie Roiphe, voir: L.J. LACEY, *loc. cit.*, note 968: K. ABRAMS, "Songs of Innocence and Experience: Dominance Feminism in the University", (1994) 103 *Yale Law Journal* 1533.

[999] La professeure Boivin caractérise ce féminisme par son acceptation du principe d'une différence sexuelle fondée sur des déterminismes biologiques. Voir: M. BOIVIN, *loc. cit.*, note 128, à la p. 381.

[1000] L. TIEFER, *op. cit.*, note 896 , p. 120.

la collaboration de l'écrivaine Andrea Dworkin[1001], a entrepris une vaste campagne en faveur de l'imposition d'une censure de la représentation sexuelle. Ce qui, du reste, n'est pas étonnant compte tenu du rôle-pivot que joue la sexualité dans son analyse de la société patriarcale.

Devenue une personnalité médiatique à la suite de cette campagne anti-pornographie, MacKinnon s'avère une de ces rares juristes universitaires à pouvoir revendiquer une influence qui déborde des milieux universitaires et d'une discipline particulière. S'il fallait recourir à une métaphore astronomique, nous dirions que dans le système du discours féministe sur la liberté d'expression, Catharine MacKinnon joue le rôle du soleil, tant tout tourne autour de ses thèses. C'est pourquoi celles-ci serviront de tremplin à notre analyse de la liberté d'expression dans la critique féministe, mais aussi, précisons-le, dans la critique identitaire, car l'influence de MacKinnon déborde largement des milieux féministes.

Cette position privilégiée de la professeure MacKinnon ne doit toutefois rien au hasard. Son activité théorique se double en effet d'un activisme social - certains pourraient être tentés de parler de prosélytisme - qui la place à la frontière entre l'intellectuelle critique et l'idéologue dogmatique. Dans ses textes, Catharine MacKinnon dénonce, fustige, stigmatise. Ses thèses radicales inspirent des réactions passionnées et contradictoires, tant hors du mouvement féministe qu'en son sein même[1002]. Auteure de nombreux articles, MacKinnon a élaboré ses thèses sur la représentation sexuelle dans trois ouvrages majeurs. Elle développe une théorie générale de la sexualité dans les deux premiers, respectivement intitulés *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*[1003] et *Toward a Feminist Theory of the State*[1004], alors que le troisième, *Only Words*[1005], est entièrement consacré à l'analyse des problèmes que pose la conception juridique dominante de la liberté

[1001] A. DWORKIN et C. MacKINNON, *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Minneapolis, Minn., Organizing Against Pornography, 1988. Voir: A. DWORKIN, *Woman Hating*, New York, E.P. Dutton, 1974; A. DWORKIN, *Pornography: Men Possessing Women*, New York, Perigee Press, 1981; A. DWORKIN, *Right-Wing Women*, New York, E.P. Dutton, 1983; A. DWORKIN, *Intercourse*, New York, Free Press, 1987; A. DWORKIN, *Letters from a War Zone*, London, Secker and Warburg, 1988. Il y aurait également lieu de mentionner les travaux de deux autres adversaires de la pornographie, soit Susanne Kappeler et la canadienne Susan Cole, dont les vues rejoignent en bonne partie celles de MacKinnon et Dworkin. Voir: S. KAPPELER, *The Pornography of Representation*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1986; S.G. COLE, *Power Surge. Sex, Violence & Pornography*, Toronto, Second Story Press, 1995.

[1002] Voir à ce sujet M. MINOW, "Adjudicating Differences: Conflicts Among Feminist Lawyers", dans M. HIRSH et E. FOX KELLER (dir.), *Conflicts in Feminism*, New York / London, Routledge, 1990, p. 149, aux pages 156-158. Ce qui explique aussi que ses thèses soient souvent dénaturées. Aussi, afin d'éclairer nos lecteurs et lectrices et pour qu'ils puissent se faire une idée qui leur soit propre quant à la teneur de ces thèses, nous recourrons dans cette section, plus souvent que nous ne l'avons fait jusqu'à maintenant, à des citations textuelles de cette auteure.

[1003] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 922.

[1004] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18.

[1005] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268.

d'expression au regard de l'expression antiégalitaire. MacKinnon propose dans ce dernier ouvrage à la fois un résumé et une actualisation de sa vision de la société et du droit.

5.1.2.1. Le féminisme radical et le contrôle juridique de la représentation sexuelle

Pour l'essentiel, Catharine MacKinnon aborde dans son oeuvre la question de l'assujettissement des femmes par les hommes dans la société. Elle s'intéresse dans cette optique au rôle que jouent les systèmes de représentation dans ce processus d'assujettissement. Nous nous attacherons donc dans cette sous-section à présenter sa théorie de la sexualité, en insistant tout particulièrement sur sa saisie de l'hétérosexualité, ainsi que sa vision de la représentation sexuelle comme instrument de construction sociale de la sexualité. Nous examinerons ensuite la critique qu'elle formule contre l'acception juridique dominante de la liberté d'expression.

5.1.2.1.1. La sexualité dans la théorie mackinnonnienne: description ou métaphore?

La question de la sexualité est au coeur de la théorie de Catharine MacKinnon. Comment, dès lors, aborde-t-elle cette question? Comment qualifie-t-elle la sexualité telle qu'elle est pratiquée dans nos sociétés? Quel rôle social lui attribue-t-elle? Établit-elle des distinctions entre l'hétérosexualité et l'homosexualité? Afin de bien comprendre son analyse du problème de la représentation sexuelle, il s'avère impérieux de répondre à ces questions préalables, fût-ce même brièvement. Car la représentation sexuelle, pour MacKinnon, s'inscrit dans un complexe sociohistorique bien précis.

Comment, du reste, cette auteure voit-elle l'histoire de la sexualité? Il s'agit fondamentalement pour elle d'une histoire incomplète. Contre l'histoire "officielle" qui, de Freud à Foucault, présente l'évolution historique de la sexualité comme une quête incessante du plaisir, ponctuée par des périodes de libération et de répression, MacKinnon soutient quant à elle que cette interprétation, pour valable qu'elle soit à certains égards, occulte une trop large part de ce que fut le vécu sexuel concret des femmes[1006]. Pour elle, cette omission s'explique essentiellement par les postulats de l'histoire officielle. Le premier d'entre eux est celui du libre choix que, présume-t-on, les individus ont toujours exercé au plan sexuel. Selon la professeure MacKinnon, il s'agit là d'une représentation tronquée de la réalité historique, qui montre au contraire que les femmes ont surtout été des objets désirés plutôt que des sujets désirant[1007].

[1006] C.A. MacKINNON, "Does Sexuality Have a History?", *Michigan Quarterly Review*, vol. XXX, n° 1, Winter 1991, p. 1, à la p. 1.
[1007] *Id.*, aux pp. 1-2.

Par ailleurs, les autres postulats de l'histoire officielle de la sexualité sont d'ordre normatif. Il en est un qui, posant la valeur intrinsèque de l'activité sexuelle, en vient à encourager sa pratique fréquente, présentant ainsi le progrès historique comme étant directement relié à la fréquence de l'activité sexuelle. Un autre postulat établit quant à lui une adéquation entre activité sexuelle et plaisir, forçant une fusion de l'histoire de la sexualité dans celle du plaisir. Or, soutient MacKinnon, pareille fusion ne peut qu'entraîner l'occultation de l'oppression sexuelle subie par les femmes à travers les siècles. Il devient donc impossible de présenter l'histoire de la sexualité, ainsi réduite, comme étant également l'histoire d'une oppression. En fait, la seule oppression dont l'histoire officielle tient compte est celle que subirent ceux qui résistèrent à la répression sociale de leur quête du plaisir. Enfin, le troisième postulat, qui sert en quelque sorte à boucler la boucle, exige que la sexualité progresse de l'oppression à la libération. Dans cet esprit - tautologique -, l'existence même d'une histoire de la sexualité devient fonction de ce progrès. En bout de ligne, toutefois, l'histoire de la sexualité est inextricablement liée à celle de ces dissidents qui combattent la répression sexuelle[1008]. Notons-le, on en revient ainsi indirectement au paradigme de la dissidence dont nous parlions au chapitre précédent.

Pour Catharine MacKinnon, ces différents postulats emportent des conséquences sérieuses. Ainsi, en ce qui a trait à la saisie historique de la pornographie, leur effet combiné fait en sorte que cette forme de représentation sexuelle est présentée comme "(...) an institution of sexual equality and the only historical problem is that women are comparatively deprived of access to using women the way men use women. Particularly in the defenses of sadomasochism, historical and current, we are told that hierarchy is equality and slavery is freedom, maxims that *everywhere but sex* are recognized as an Orwellian mind-fuck but pass in this area as profundity and daring."[1009]

Ce passage montre bien que, somme toute, la professeure MacKinnon a en contre la présomption quasi irréfragable d'égalité et de consensualisme qui sous-tend le discours officiel sur l'évolution de la sexualité à travers les âges. Ceci la pousse à s'interroger sur la pertinence de cette histoire au regard du vécu sexuel concret des individus. Citant le cas des victimes d'abus sexuels qui se voient si souvent confinées au silence, elle va même jusqu'à se demander si les formes multiples, et combien discrètes, que prend ce vécu sexuel ne le rendent pas la plupart du temps insaisissable au

---

[1008] *Ibid.*

[1009] *Id.*, à la p. 2. Les italiques sont nôtres. On notera ici l'ironie de MacKinnon lorsqu'elle évoque l'impossibilité pour les femmes d'user d'autres femmes comme le font les hommes. En effet, la pornographie étant pour elle un construit masculin, il ne saurait, dans pareil contexte, être sérieusement question que des femmes usent des hommes comme bon leur semble...

plan historique[1010]. Par exemple, sachant qu'aujourd'hui la majorité des abus sexuels ne sont pas rapportés, il est difficile de croire que la situation était bien différente jadis. Le cas échéant, l'incomplétude de l'histoire officielle de la sexualité ne se transforme-t-elle pas en hypocrisie dès le moment où celle-ci continue de cacher son côté sombre[1011]? En fait, MacKinnon soutient que l'histoire de la sexualité est aussi - et surtout - l'histoire de la domination des hommes sur les femmes, puisque la construction sociale de la sexualité elle-même s'est faite sur la base d'une sexualisation de l'agression et d'une érotisation du pouvoir[1012]. Comme on l'a vu lors de notre présentation du féminisme radical, elle estime que la sexualité, telle que pratiquée, cristallise une hiérarchie sexuelle substantiellement éloignée du postulat d'égalité que perpétue, selon elle, l'histoire officielle. Elle affirme même que dans la foulée de la révolution sexuelle, les inégalités se sont aggravées puisque cette révolution a répandu l'idée - normative - selon laquelle les femmes, aimant de plus en plus le sexe, sont aussi plus disponibles à cette fin. En sorte que, pour MacKinnon, "[f]reedom for women's sexuality becomes freedom for male sexual aggression."[1013] Cette auteure reproche en définitive à l'histoire officielle de la sexualité de faire complètement abstraction du genre, c'est-à-dire de l'identité sexuelle *construite*, dans son analyse de l'évolution de la sexualité. Aussi, plutôt que d'ériger un "monument" à la libération sexuelle par le truchement de l'analyse historique, elle propose que cette analyse prenne un virage résolument "critique", qui la rendrait plus sensible à celles qui souffrent et qui ont besoin d'une véritable libération[1014].

Incitant en fait à un renversement complet des postulats habituels, Catharine MacKinnon illustre bien ce que nous avons appelé au premier chapitre l'esprit hobbesien de certains critiques identitaires[1015]. Dans un revirement paradigmatique aux conséquences politiques, philosophiques

---

[1010] *Id.*, à la p. 3.
[1011] *Id.*, aux pp. 4-5.
[1012] *Id.*, à la p. 5.
[1013] *Id.*, à la p. 6.
[1014] *Id.*, à la p. 9.
[1015] Dans un texte portant sur le viol systématique des femmes musulmanes et bosniaques par les serbes lors de la guerre dans l'ex-Yougoslavie, MacKinnon établit une corrélation très hobbesienne entre la pratique du viol en temps de guerre ou de paix et l'oppression des femmes. Voyons un exemple: "In this war, the fact of Serbian aggression is beyond question, just as the fact of male aggression against women is beyond question, both here and in everyday life. (...) One result of this approach is that the rapes in this war are not grasped as either a strategy in genocide or a practice of misogyny, far less both at once. They are not understood as continuous both with this particular, ethnic war of aggression and with the gendered war of aggression of everyday life." Voir: C.A. MacKINNON, "Rape, Genocide, and Women's Human Rights", (1994) 17 *Harvard Women's Law Journal* 5, à la p. 8. Ainsi, à la guerre de tous contre tous que postulait Hobbes, MacKinnon substitue celle d'un genre contre l'autre. La même logique est cependant à l'oeuvre. Toutefois, alors que chez Hobbes, l'insécurité et la peur incitaient les individus à conclure un contrat social, chez MacKinnon, l'insécurité et la peur que doivent subir les femmes en raison des agressions des hommes les incitera à recourir au droit.

et épistémologiques non négligeables, elle fait de l'abus et de l'agression des phénomènes ordinaires et quasi normatifs:

> (...) I would reverse the usual assumption that sexual abuse is exceptional and cabined off and means nothing for what people generally practice as sex. I would argue that sexuality is the set of practices that inscribes gender as unequal in social life. On this level, sexual abuse and its frequency reveal and participate in a common structural reality with everyday sexual practice. The erotic sexualises power differentials; the experience of hierarchy is the experience of sex under unequal conditions. The historical task would be to explore and map this location and to capture it as a dynamic, one that happens always through gender. Then we would see how much racism, genocide, homophobia, and class exploitation we could explain. This would not be a history of who gets pleasure and how, but a history of who uses who for pleasure and how they get away with it.[1016]

Cela dit, même si son interprétation de l'histoire officielle de la sexualité paraîtra douteuse à certains, l'histoire alternative que propose MacKinnon informe tout son projet intellectuel. Comme nous le verrons, elle éclaire notamment sa critique de la saisie juridique de l'identité sexuelle et des rapports entre les sexes.

En effet, au-delà de l'histoire, la sexualité se vit aujourd'hui sous diverses formes, et MacKinnon en propose une modélisation théorique fondée sur trois idées fondamentales, d'une part, que la sexualité agit comme principe organisateur de la société que, du reste, elle divise en deux sexes; d'autre part, que toute les relations sociales sont tributaires de cette division entre les sexes; enfin, que cette division consacre du même coup une hiérarchie entre les sexes, à travers laquelle les hommes dominent les femmes[1017]. MacKinnon affirme ainsi que:

> As the organized expropriation of the work of some for the benefit of others defines a class, workers, the organized expropriation of the sexuality of some for the use of others defines the sex, woman. Heterosexuality is its social structure, desire its internal dynamic, gender and family its congealed forms, sex roles its qualities generalized to social persona, reproduction a consequence, and control its issue.[1018]

Son féminisme est donc fondé sur une théorie du pouvoir, selon laquelle les relations de domination, celles "in which some fuck and others get fucked", pour reprendre les mots qu'elle emploie, fondent le politique[1019]. Dans cette théorie, la sexualité est une forme de pouvoir et l'hétérosexualité n'est autre que l'outil permettant l'institutionnalisation du pouvoir sexuel des

---

[1016] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1006, à la p. 8.
[1017] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, pp. 3-4.
[1018] *Id.*, p. 4.
[1019] *Ibid.*

hommes et de la soumission corollaire des femmes[1020]. MacKinnon laisse même entendre que la sexualité sert à l'instauration d'un totalitarisme masculin: "(...) what is called sexuality is the dynamic of control by which male dominance - in forms that range from intimate to institutional, from a look to a rape - eroticizes and thus defines man and woman, gender identity and sexual pleasure. It is also that which maintains and defines male supremacy as a political system."[1021] Dans pareil contexte, parler de "pouvoir des femmes" s'avère, selon elle, une contradiction dans les termes[1022], puisque celui des hommes est absolu. Elle va jusqu'à prétendre que la sexualité instaure "a social sphere of male power to which forced sex is paradigmatic."[1023] Autrement dit, le pouvoir des hommes, la sexualité et la violence qu'ils font subir aux femmes ne font qu'un. Une fois défoncées les cloisons qui, dans le discours dominant, les séparent, il devient éminemment difficile de distinguer un viol d'une relation sexuelle présumément consensuelle. Il convient de citer *in extenso* la professeure MacKinnon à ce sujet :

> The point of defining rape as "violence not sex" has been to claim an ungendered and nonsexual ground for affirming sex (heterosexuality) while rejecting violence (rape). The problem remains what it has always been: telling the difference. The convergence of sexuality with violence, long used at law to deny the reality of women's violation, is recognized by rape survivors with a difference: where the legal system has seen the intercourse in rape, victims see the rape in intercourse. The uncoerced context for sexual expression becomes as elusive as the physical acts come to feel undistinguishable. Instead of asking what is the violation of rape, their experience suggests that the more relevant question is, what is the nonviolation of intercourse? To know what is wrong with rape, know what is right about sex. If this, in turn, proves difficult, the difficulty is as instructive as the difficulty men have in telling the difference when women see one. Perhaps the wrong of rape has proved so difficult to define because the unquestionable starting point has been that rape is defined as different from intercourse, while for women it is difficult to distinguish the two under conditions of male dominance.[1024]

Dans cette optique, le consentement des femmes à l'hétérosexualité ne peut qu'être factice puisqu'il s'exprime dans un système d'hégémonie masculine qui les victimise *toutes* de façon systématique[1025]. Et aux sceptiques qui lui demandent si *toutes* les femmes sont ainsi opprimées, MacKinnon répond ceci:

[1020] *Id.*, p. 113.
[1021] *Id.*, p. 137.
[1022] C.A. MacKINNON, "Desire and Power", dans: *op. cit.*, note 922, à la p. 53.
[1023] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 173.
[1024] *Id.*, p. 174.
[1025] *Id.*, p. 138.

> The question is posed as if sexual practice were a matter of unconstructed choice. If heterosexuality is the dominant gendered form of sexuality in a society where gender oppresses women through sex, sexuality and heterosexuality are essentially the same thing. This does not erase homosexuality, it merely means that sexuality in that form may be no less gendered. Either heterosexuality is the structure of the oppression of women or it is not. Most people see sexuality as individual and biological and voluntary; that is, they see it in terms of the politically and formally liberal myth structure. If you applied such an analysis to the issue of work (....) would you agree, as people say about heterosexuality, that a worker chooses to work? Does a worker even meaningfully choose his or her specific line or place of work? If working conditions improve, would you call that worker not oppressed? If you have comparatively good or easy or satisfying or well-paying work, if you even like your work, or have a good day at work, does that mean, from a marxist perspective, your work is not exploited? Those who think that one chooses heterosexuality under conditions that make it compulsory should either explain why it is not compulsory or explain why the word choice can be meaningful here. And I would like you to address a question that I think few here would apply to the workplace, to work, or workers: whether a good fuck is any compensation for getting fucked.[1026]

Il n'est pas étonnant que, face à de telles prises de position, plusieurs aient qualifié la théorie mackinnonnienne d'anti-hétérosexuelle, voire d'anti-sexuelle[1027]. Pourtant, la principale intéressée nie qu'il en soit ainsi. Récusant les dénaturations de son oeuvre, comme celle voulant qu'elle affirme que toute relation hétérosexuelle est un viol, MacKinnon prétend plutôt ne souligner qu'une chose, en l'occurrence que la sexualité s'inscrit dans un contexte d'inégalité entre les sexes[1028]. En guise de contre-attaque, elle fustige les "conservateurs" qui encouragent de telles dénaturations et, dans cette foulée, les accusent de profiter de la suprématie masculine et, partant, d'avoir intérêt à la maintenir[1029]. Si l'on peut reprocher à cette assertion son caractère manichéen, du genre "ceux qui ne sont pas d'accord avec moi sont vraiment très, très méchants", il reste que

---

[1026] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1022, aux pp. 60-61. On comprend bien, par ailleurs, que cette reproblématisation du consentement a un impact considérable lorsqu'il s'agit d'appréhender le consentement à des activités sado-masochistes. La difficulté d'opérer la saisie juridique de la représentation de telles activités à travers un prisme mackinnonnien ne s'en trouve qu'accrue. Voir: T. HOOPLE, "Conflicting Visions: Sadomasochism, Feminism, and the Law", (1996) 11 *Canadian Journal of Law and Society* 177; L.J. MORAN, "Violence and the Law: The Case of Sadomasochism", *Social & Legal Studies*, vol. 4 (1995), p. 225.

[1027] Voir notamment: W. McELROY, *op. cit.*, note 992, p. 91; L. SEGAL, "Sweet Sorrows, Painful Pleasures: Pornography and the Perils of Heterosexual Desire", dans: L. SEGAL et M. McINTOSH (dir.), *Sex Exposed. Sexuality and the Pornography Debate*, New Brunswick, N.J., Rutgers University Press, 1993, p. 65, à la p. 77; L. WILLIAMS, "Seconds Thoughts on Hard Core: American Obscenity Law and the Scapegoating of Deviance", dans: P. CHURCH GIBSON et R. GIBSON (dir.), *Dirty Looks. Women, Pornography, Power*, London, BFI Publishing, 1993, p. 46, à la p. 48; W. BEATTY WARNER, "Treating Me Like an Object: Reading Catharine MacKinnon's Feminism", dans: L. KAUFMAN (dir.), *Feminism and Institutions. Dialogues on Feminist Theory*, Cambridge / Oxford, Basil Blackwell, 1989, p. 90, à la p. 122.

[1028] C.A. MacKINNON, "Pornography Left and Right", (1995) 30 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 143, à la p. 145.

[1029] *Ibid.*

la professeure MacKinnon n'a peut-être pas tout à fait tort de se plaindre des dénaturations dont ses thèses sont l'objet. Mais avant d'aller plus loin, précisons que lire Catharine MacKinnon représente à l'évidence une expérience troublante pour toute personne hétérosexuelle. En effet, il est pour le moins confrontant de se faire dire que son consentement est systématiquement vicié, si l'on est une femme, ou de voir sa sexualité systémiquement associée à la violence, si l'on est un homme. D'où le réflexe, aisément perceptible chez de nombreux commentateurs, de rejeter en bloc ses théories. Pourtant, leur auteure affirme elle-même que de telles lectures sont inexactes, pour ne pas dire carrément mensongères[1030]. Alors, qui dit vrai: l'auteur ou ses lecteurs? S'il n'entre pas dans le propos de ce texte de donner une réponse définitive à cette question, il importe toutefois de poser certains paramètres qui seront utiles dans le cadre de notre analyse ultérieure de la critique mackinnonnienne de la représentation sexuelle.

Commençons par une illustration. MacKinnon, nous l'avons vu, *rapproche* du viol les actes hétérosexuels normalement conceptualisés comme étant consensuels. Puisqu'évidemment elle condamne le viol, s'ensuit-il qu'elle condamne également, *urbi et orbi*, ces actes hétérosexuels? Une lecture superficielle pourrait le faire croire, d'autant plus que l'idée de l'oppression des femmes par les hommes est omniprésente dans son oeuvre. Usant de la répétition constante de cette idée comme procédé rhétorique, celle-ci finit par ressembler à un mantra. La trame de ses textes, qui se rapproche souvent de celle des films d'horreur, tend à conforter cette première impression. Au-delà des longues discussions théoriques auxquelles MacKinnon se livre, son imaginaire semble en effet être monopolisé par les seules images de méchants bourreaux masculins abusant des pauvres victimes féminines. Un peu plus et le Divin marquis y trouverait son compte. Dans ce sens, force est de reconnaître qu'une interprétation littérale des oeuvres de MacKinnon peut indubitablement inciter à conclure que la théorie de cette auteure est anti-hétérosexuelle. Comment, dans ce contexte, concilier pareille conclusion avec les dénégations de MacKinnon?

La réponse tient à notre avis dans une seule phrase: il est erroné d'interpréter littéralement la prose de Catharine MacKinnon. Le faire mène inéluctablement à la conclusion que ses thèses ou bien sont l'oeuvre d'un esprit halluciné, ou bien relèvent de la pure fiction, tant elles peuvent paraître grotesques ou décrochées de la réalité lorsque prises au pied de la lettre. C'est cependant faire peu de cas de l'intelligence de MacKinnon. Certes peut-on lui reprocher d'être réductrice, essentialiste et dogmatique, mais il nous semble inconcevable de la tenir pour une idiote. Or, interpréter littéralement ses textes équivaut non seulement, d'après nous, à la prendre pour une idiote, mais aussi à mépriser l'idée même de *projet théorique*. Autrement dit, avant de critiquer le

[1030] *Id.*, à la p. 144.

réductionnisme des thèses de MacKinnon, il faut soi-même prendre garde de ne pas les réduire à leur sens littéral[1031]. Ainsi sera-t-il possible d'éviter que la critique d'une théorie sombre dans la diabolisation d'une personne.

Reprenons maintenant notre exemple du début. MacKinnon, disions-nous, rapproche l'acte hétérosexuel consensuel du viol. Pour comprendre le sens de ce rapprochement, il faut à notre avis le situer dans le cadre global du projet théorique de cette auteure. Catharine MacKinnon, en effet, a comme objectif fondamental d'extraire l'analyse de la sexualité de la gangue symbolique parfois douceureuse qui entoure la sexualité elle-même. Elle cherche essentiellement à désacraliser, à démythifier la sexualité, qu'elle considère du reste comme la "religion séculière" de nos sociétés. En fait, MacKinnon applique à la sexualité un traitement déjà administré à d'autres sphères de l'activité humaine. Mais, alors qu'il est devenu "normal" de déconstruire ces autres sphères, la déconstruction radicale de la sexualité demeure selon elle encore illégitime:

> With issues other than sexuality, it has been possible to ask whether sex equality has been achieved without being slandered. In other areas of social life, poverty, physical coercion, socialization to passivity, and sexual abuse from cradle to grave are not seen to support freedom, consent, and choice. But to argue that these same forces may create something other than equality in sexual relations is to call forth an escalating litany of increasingly defamatory names.[1032]

Dans cette optique, c'est à dessein que MacKinnon banalise la sexualité pour en faire un objet d'étude comme un autre. Vu sous cet angle, le rapprochement fait entre le viol et l'activité hétérosexuelle consentie prend une autre dimension. À cet égard, il faut bien reconnaître qu'une fois décontextualisé et envisagé sans la charge symbolique qui lui est normalement rattachée (désir, amour, etc), l'acte hétérosexuel consensuel n'est, au strict plan biologique, absolument pas

---

[1031] Ce qui n'exclut toutefois pas de faire une analyse serrée de son discours, bien au contraire. En fait, il y a lieu selon nous de distinguer deux niveaux d'analyse du discours de MacKinnon. Le premier niveau exige une analyse exhaustive et serrée de son discours, pour en extraire la matière brute qui servira de substrat à l'étape suivante, celle de l'interprétation proprement dite. Le résultat de cette analyse discursive serrée montre que le discours mackinnonnien, dans sa lettre même, est rempli de paradoxes, de contradictions, d'apories, de zones d'ombre, qui sont autant d'ouvertures, de possibles pour l'interprétation. Toutefois, si cette analyse serrée offre des pistes intéressantes, elle ne permet pas de dégager une interprétation qui s'imposerait d'emblée et qui, elle, pourrait être qualifiée de littérale. C'est donc au stade de l'interprétation proprement dite qu'il s'agira de proposer un sens à un discours marqué par l'ambiguïté. Autrement dit, l'interprétation suppose la fixation d'un sens, alors que l'analyse serrée et exhaustive du discours, laissant la fixation du sens à une étape ultérieure, ne fait que donner du matériel, souvent contradictoire, à interpréter. Lors de l'interprétation, il pourra s'avérer, mais pas toujours, que la lettre du discours joue un rôle déterminant quant au sens à attribuer au texte. C'est ce que notre propre analyse du discours de MacKinnon révélera, du reste. Mais la lettre de son discours sera toujours mise en perspective par rapport à ce qui paraît être l'esprit de ce discours. Bref, étant toujours contextualisée, jamais la lettre du discours ne déterminera seule l'interprétation qui en est faite.

[1032] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1028, à la p. 144.

distinct de l'acte d'agression qu'est le viol. En somme, l'habit fait ici le moine[1033], de sorte que l'explication qu'il faut donner à leur rapprochement ne peut être littérale. Au contraire, toute telle explication doit s'élaborer à l'aune de l'intention théorique de MacKinnon, qui est de relater le "grand récit" de l'oppression des femmes[1034]. Dans cet esprit, la représentation métaphorique est viable: "Although biological women are always oppressed, it is also true that the feminine and the female can be represented apart from "real" women."[1035] Cette représentation métaphorique vise en fait un objectif bien précis: "incarner" l'oppression des femmes pour ensuite la politiser. C'est d'ailleurs ce que soutient la philosophe Diana Tietjens Meyers dans une des plus intéressantes interprétations de l'oeuvre de MacKinnon que nous ayons vues:

> If read literally, MacKinnon's work is easily dismissed as extravagant, perhaps irresponsible, hyperbole. But, (...) if her work is read as an extended trope - it becomes clear that her fierce, jarring sexual imagery makes emotional sense of abstract, remote statistics regarding sexual violence and exposes the violent reality behind apparently benign, culturally entrenched gender imagery. By figuring men as fuckers and women as fuckees, MacKinnon personalizes the data on sexual assault. She thereby counters the common, but misguided assumptions that rape is committed by deviants whom one does not know and that rape victims are women who put themselves in compromising positions. By exploding the confining, hypocritical imagery of women as revered mothers and the cartoon imagery of fuzzy feminine animals (women figured as chicks and foxes), and by figuring all men as capable of sexual violence and all women as vulnerable to sexual violence, she politicizes the issue of sexual violence. Seen in this light, her work can be recognized as an original and in some respects compelling contribution to the debate over justice and gender.[1036]

[1033] Car, au-delà de l'interprétation culturelle que l'on peut en faire, il existe bel et bien une différence concrète entre l'un et l'autre de ces actes. Même dans des cas-limites, la juriste féministe Robin West remarquait que "[t]here is a fine line between the feeling of being threatened by an implied threat of force and the feeling of the sheer inevitability of sex. Nevertheless, they are (...) different experiences." Voir: R. WEST, "The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory", (1987) 3 *Wisconsin Women's Law Journal* 81, à la p. 103. On doit donc comprendre que, pour cette auteure, l'inéluctabilité prévisible d'un rapport sexuel non désiré est l'indice d'un vice de consentement. Cela dit, on voit mal comment l'on pourrait prouver objectivement la présence d'une telle inéluctabilité, dont l'"existence" est d'abord et avant tout une question de perception. Transposé en droit, ce problème se compliquera encore du fait de la présence de perceptions subjectives divergentes quant à la "réalité" de ce qui s'est passé. Aussi, une saisie juridique complexe de cette question exigera certes de contextualiser ces perceptions divergentes, mais impliquera également selon nous d'accorder une crédibilité a priori à la subjectivité de la victime, dont on peut supposer qu'elle ne trouve guère de plaisir à voir sa vie étalée dans un forum judiciaire public. Comprenons-nous bien ici. Nous ne parlons pas de présomption de viol, ce qui serait aberrant, mais bien de présomption de crédibilité, ce qui est bien différent.

[1034] C. SMART, *Feminism and the Power of the Law*, New York / London, Routledge, 1989, p. 76.

[1035] J. GRANT, *op. cit.*, note 414, p. 75.

[1036] D. TIETJENS MEYERS, *Subjection & Subjectivity. Psychoanalytic Feminism & Moral Philosophy*, New York / London, Routledge, 1994, p. 107.

Cela dit, Tietjens Meyers n'en considère pas moins la représentation mackinnonnienne de la sexualité comme n'en n'étant qu'une parmi d'autres, ce que récuserait bien sûr MacKinnon pour qui sa théorie est la seule vraie. D'où, a-t-on dit, le caractère "positiviste" de sa théorie[1037].

Ainsi donc, notre réponse à la question de savoir si la théorie de cette auteure est anti-hétérosexuelle est négative. Un peu comme Marx qui analysait le travail sous l'angle de l'exploitation capitaliste, MacKinnon envisage l'hétérosexualité dans le contexte d'un système de domination masculine, en sorte qu'il devient *théoriquement* impossible de dissocier l'hétérosexualité pratiquée concrètement dans ce système des rapports de domination qui l'imprègnent. Plutôt que de s'intéresser au vécu sexuel individuel des femmes, MacKinnon modélise le vécu sexuel d'une femme-type, celle qui est opprimée dans un système où la domination masculine constitue la norme[1038]. Paradoxalement, alors qu'elle stigmatise ailleurs l'objectivité[1039], elle objectivise ici l'expérience des femmes à partir du sujet "femme-victime". Mais, soulignons-le encore, dans l'économie générale de la théorie mackinnonnienne , cette femme ne devient pas victime de n'importe quelle manière: elle le devient en étant victimisée par les hommes.

L'objectivation par MacKinnon du statut de "femme-victime" l'incite par ailleurs à rejeter hors de la sphère théorique l'expérience subjective des femmes qui, dit-elle, n'a pas d'importance au plan structurel[1040]. Elle occulte dès lors sciemment ce qu'elle appelle la complicité des femmes par rapport à leur subordination: "In order to account for women's consciousness, much less propagate it, feminism must grasp that male power produces the world before it distorts it. Women's complicity in their condition does not contradict its fundamental unacceptability if women have little choice but to become persons who then freely choose women's roles. For this reason, the reality of women's oppression is, finally, neither demonstrable, nor refutable empirically."[1041]

[1037] C'est notamment ce que soutient la professeure Carol Smart, pour qui le féminisme mackinnonnien "(...) sets up a specific theory as superior to other versions, not on the basis of a set of political values, but on the basis that radical feminism is the Truth and its truth is established through the validity of its method and epistemology. This is scientific feminism; it attempts to proclaim its unique truth above all other feminisms and other systems of thought. It turns experience into objective truth because it has taken on the mantle of positivism which assumes that there must be an ultimate standard of objectivity." Voir: C. SMART, *op. cit.*, note 1034, pp. 70-71.

[1038] Notre interprétation nous semble confortée par le fait que MacKinnon signale que le lesbianisme, présentée par certaines comme l'alternative à l'oppression sexuelle des femmes par les hommes, ne règle nullement le problème puisqu'il reprend lui aussi, *mutatis mutandis*, la structure de l'oppression masculine. Voir: C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, pp. 119, 141-142.

[1039] Voir, *supra*, note 437.

[1040] C.A. MacKINNON, "Afterword", dans: *op. cit.*, note 922, p. 215, à la p. 218.

[1041] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 124.

Voilà justement où le bât blesse. Dans un bel exemple de contradiction performative, la professeure MacKinnon, tout en proclamant le caractère essentiellement systémique de sa théorie, n'a de cesse de la justifier empiriquement en relatant des "expériences" d'oppression sexuelle vécues par des femmes. On en arrive ainsi à la situation paradoxale où une théorie surplombante au point d'en paraître technocratique, se veut en même temps très concrète. C'est d'ailleurs cette insistance de MacKinnon sur certains morceaux choisis de l'"expérience" des femmes qui incite plusieurs commentateurs à interpréter ses thèses comme anti-hétérosexuelles. En effet, en mélangeant sans précaution le métathéorique et le praticopratique, elle ouvre la porte non seulement à une confusion des genres, mais aussi à des interprétations erronées de ses thèses, que, du reste, certaines de ses envolées rhétoriques ne font rien pour dissiper.

Aussi, à la question de savoir si la représentation mackinnonnienne de la sexualité relève plus de la métaphore que de la description, il faut répondre que tant que cette représentation demeure au plan méta-théorique, elle est fondamentalement métaphore. En revanche, c'est précisément lorsque MacKinnon, se fondant sur des données empiriques, se hasarde à des descriptions "objectives" que tout se gâte. À cet égard, les reproches qui lui sont adressés ne sont pas bien différents de ceux que provoquent, règle générale, toutes les méta-théories - pensons par exemple au marxisme. Comme le remarque la professeure Carol Smart, alors que la théorie "attempts to make sense of experience or the social order, and should derive from concrete and local knowledges", la méta-théorie "ignores the detail in its attempt to construct a global analysis."[1042] Or, cette "ignorance du détail" est justement à l'origine des multiples accusations de réductionnisme que suscitent les thèses mackinnonniennes. Particulièrement frappant aussitôt que MacKinnon délaisse la sphère éthérée des grands principes pour se mesurer à des cas concrets, ce réductionnisme imprègne toute son analyse du phénomène de la représentation sexuelle. C'est ce que nous verrons ci-après.

5.1.2.1.2. Les images pornographiques comme instruments androcentriques de construction sociale de la sexualité

La critique mackinnonnienne fait de la subordination et de l'avilissement sexuel des femmes la pierre d'assise de la société patriarcale. Toutefois, pour que perdure un tel ordre, celui-ci doit prendre appui sur un appareil idéologique bien intégré dans la société. Ainsi, selon la professeure MacKinnon, les systèmes de représentation que se donne une société constituent des outils privilégiés pour remplir cette fonction d'auto-reproduction. Ceux qui sont à l'oeuvre dans la

[1042] C. SMART, *op. cit.*, note 1034, p. 71.

société patriarcale ne font pas exception à cette règle. Ces systèmes de représentation sont appréhendés dans la théorie mackinnonnienne comme participant directement à la subordination sociale des femmes, d'une part, et comme servant à l'occultation de cette subordination, d'autre part. Dans ce contexte, on ne s'étonne pas que MacKinnon s'intéresse tout particulièrement aux problèmes posés par la représentation sexuelle des femmes, compte tenu que la sexualité représente la variable déterminante de sa méta-théorie.

Selon elle, les images ont un effet qui va bien au-delà de ce qu'elles *expriment*; elles participent à la construction personnelle et sociale des individus en ce qu'elles influencent le développement de leur estime de soi ainsi que leur positionnement social. En ce sens, les images ne se contentent pas d'exprimer quelque chose, elles *agissent* sur la réalité. Dans cette optique, elles peuvent même avoir un effet normatif. C'est notamment le cas, d'après MacKinnon, des images pornographiques, auxquelles elle consacre une large part de son oeuvre[1043]. Pour elle, "[w]hen pornography and the law of obscenity are investigated together, it becomes clear that pornography is to women's status, hence its critique is to feminism, as its preservation is to male supremacy in its liberal legal guise."[1044]

Cette citation résume bien les idées-forces qui sous-tendent la définition que donne MacKinnon au concept de "pornographie". Ainsi, cette définition repose d'abord sur un rejet préalable de la qualification des images pornographiques en vigueur dans le droit positif américain. On l'a vu, aux États-Unis, la saisie juridique de la problématique de la pornographie se fait à travers le prisme de la criminalisation de l'obscénité, pratique législative qui fut du reste validée par la Cour suprême dans l'arrêt *Roth*[1045]. Or, rappelle MacKinnon, cette criminalisation de l'obscénité repose traditionnellement sur des considérations morales abstraites qui procèdent d'une certaine idée du bien et du mal. En revanche, son approche de la pornographie se veut étrangère à ce genre de moralisme. Pour elle, la pornographie est fondamentalement une pratique politique ayant des effets concrets, puisqu'elle s'exerce dans le cadre de relations de pouvoir. D'où il découle que: "Obscenity conveys moral condemnation as a predicate to legal condemnation. Pornography

---

[1043] L'accent mis par MacKinnon sur la représentation pornographique représente en effet une constante dans son oeuvre. Elle en fait un objet d'étude primordial tant dans le cadre de son activité théorique (voir ses ouvrages, *Only Words*, note 268, *Towards a Feminist Theory of the State*, note 18, et, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, note 922) que dans celui de son activisme social (voir à cet égard la désormais célèbre ordonnance anti-pornographie d'Indianapolis, rédigée par Catharine MacKinnon et Andrea Dworkin et déclarée inconstitutionnelle dans *American Booksellers Association v. Hudnut*, *supra*, note 839.

[1044] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 196.

[1045] *Supra*, note 637.

identifies a political practice that is predicated on power and powerlesness - a practice that is, in fact, legally protected. The two concepts represent two entirely different things."[1046]

Les images pornographiques, ajoute-t-elle, permettent de saisir à quel point les rapports entre les sexes sont placés sous le signe de la domination de l'homme sur la femme et contribuent à perpétuer cet état de faits. Aussi voit-elle les images pornographiques à la fois comme un "(...) reflet en même temps que le témoignage de l'oppression subie par les femmes ailleurs dans la société (...) [et] un des outils idéologiques du maintien de cette oppression."[1047] À ce titre, MacKinnon envisage la pornographie comme une forme de violence dirigée contre les femmes, plutôt que comme une simple représentation d'une activité sexuelle donnée[1048], mais aussi comme une variable déterminante de la construction sociale des genres - nous parlions précédemment de son caractère normatif -:

> Pornography, in the feminist view, is a form of forced sex, a practice of sexual politics, an institution of gender inequality. In this perspective, pornography, with the rape and prostitution in which it participates, institutionalizes the sexuality of male supremacy, which fuses the erotization of dominance and submission with the social construction of male and female. Gender is sexual. Pornography constructs who that is. Men's power over women means that the way men see women defines who women can be. Pornography is that way.[1049]

La pornographie, dans cette optique, est donc indissociable de la violence, qu'il s'agisse de la "méta-violence", essentiellement symbolique, qui imprègne la vie en société, ou des multiples micro-agressions que subissent quotidiennement les femmes, particulièrement celles qui participent à la production du matériel pornographique. MacKinnon estime en effet que ce matériel est réalisé, au pire, en soumettant les "actrices" à une violence physique réelle et, au mieux, en profitant de femmes particulièrement défavorisées qui sont déjà victimes du climat ambiant d'inégalité sexuelle[1050].

Ce postulat de l'inextricabilité du lien entre pornographie et violence informe par ailleurs son rejet de la critique libérale de la pornographie. À l'encontre de celle-ci qui ne voit dans la pornographie qu'une "fausse représentation" de l'érotisme, ce dernier étant posé comme intrinsèquement valable

---

[1046] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 196.
[1047] B. ARCAND, *Le Jaguar et le Tamanoir. Vers le degré zéro de la pornographie*, Montréal, Boréal, 1991, p. 118.
[1048] Cette classification opposant pornographie-violence versus pornographie-représentation est tirée de: C. SMART, *op. cit.*, note 1034, pp. 116-128.
[1049] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 197.
[1050] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, pp. 20-21.

et même libérateur, la professeure MacKinnon soutient que la pornographie, loin d'être une simple représentation, a un impact bien concret sur les femmes. "Pornography (...) is not a distorsion, reflection, projection, expression, fantasy, representation, or symbol either. It is sexual reality. The way pornography produces its meaning constructs and defines men and women as such. Gender is what gender means. (...) The process that gives sexuality its male supremacist meaning is therefore the process through which gender inequality becomes socially real."[1051] Plutôt que de conceptualiser la pornographie comme une regrettable déviation par rapport à un Éros foncièrement bon, la lorgnette mackinnonnienne fait ressortir sa parenté avec Thanatos, ce dont témoigne l'extrait suivant:

> (...) the liberal defense of pornography as human sexual liberation, as derepression (...) is a defense not only of force and sexual terrorism, but of the subordination of women. Sexual liberation in the liberal sense frees male sexual agression in the feminist sense. What in the liberal view looks like love and romance looks a lot like hatred and torture to the feminist. Pleasure and eroticism become violation. Desire appears as lust for dominance and submission. The vulnerability of women's projected sexual availability is victimization. The acting that women are allowed is asking to be acted upon. Play conforms to scripted roles, fantasy expresses ideology not exemption from it, and admiration of natural physical beauty becomes objectification.[1052]

On voit ici l'ampleur du renversement de perspective proposé par MacKinnon, qui dit à peu près ceci: Éros n'est pas vraiment Éros, il n'est qu'un masque de Thanatos. Imaginons que l'on dise la même chose à propos de Dieu, "Dieu n'est pas Dieu, il n'est qu'un des masques du Diable", et l'on ne s'étonnera pas que sa théorie suscite autant de réactions viscéralement négatives. Le refus des tenants du libéralisme de reconnaître que la pornographie transforme les femmes en objets de consommation représente ainsi pour elle un vice redhibitoire, faisant de la moralité libérale "(...) an expression of male supremacist politics."[1053] Or, un objet ne pouvant du reste parler, la pornographie a pour conséquence de taire la voix des femmes et ce, en contravention de leur droit - censément égal - à la liberté d'expression[1054]. C'est dans ce premier sens que MacKinnon conceptualise la pornographie comme une violation des droits civils[1055]. Dans un second sens, elle la traite comme une pratique généralement discriminatoire[1056], compte tenu des comportements qu'elle incite les hommes à adopter envers les femmes même hors de la "sphère sexuelle".

[1051] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 198.
[1052] *Ibid.*
[1053] *Id.*, p. 200.
[1054] C.A. MacKINNON, "Frances Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech", dans: *op. cit.*, note 922, p. 163, aux pp. 181-182.
[1055] C.A. MacKINNON, "Not a Moral Issue", dans: *id.*, p. 146, à la p. 156.
[1056] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1054, à la p. 175.

Par ailleurs, la confusion qui s'opère entre pornographie et sexualité ne manque pas d'attirer l'attention de Catharine MacKinnon. Mais quelle analyse propose-t-elle donc pour expliquer l'impact de la pornographie sur la conception et la pratique des rapports entre les sexes dans des sociétés qui sont saturées de pornographie[1057] et où, partant, le "terrorisme sexuel" est démocratisé[1058]? Elle note à cet égard que si la représentation pornographique existe depuis belle lurette, les problèmes qu'elle suscite se posent avec une acuité toute particulière depuis l'invention de la caméra. Selon elle, en permettant de fixer sur une pellicule des images pornographiques - lesquelles, ne l'oublions pas, impliquent nécessairement une certaine violence -, la caméra non seulement capte pour la postérité un acte sexuel bien réel mais participe à sa reproduction à grande échelle. L'acte initial devient alors un produit de consommation qui, en bout de ligne, est banalisé puisque, en raison de la médiation de la caméra, il est reçu socialement en tant que *représentation* servant à l'excitation sexuelle des spectateurs potentiels[1059]. Ceci fait dire à MacKinnon que la pornographie constitue une aide à la masturbation et qu'ainsi, elle en vient à se confondre au sexe lui-même puisque le consommateur-masturbateur a un rapport sexuel bien réel avec les participants à l'acte initial reproduit sur pellicule: "The women are in two-dimension, but the men have sex with them in their own three-dimensional bodies, not in their minds alone. Men come doing this."[1060]

Pour l'auteure, les implications d'un tel constat vont loin. Parce que la reproduction filmique de l'acte sexuel initial sert de support et d'inspiration à un nouvel acte sexuel, cette reproduction n'est pas que la représentation d'un acte sexuel mais une autre forme d'acte sexuel. D'après MacKinnon, ceci tient à l'interprétation qui est faite des images pornographiques. Plutôt que d'être interprétées comme une preuve de la perpétration d'un acte sexuel mettant en cause une femme contrainte, ces images sont au contraire interprétées comme une preuve de son consentement à cet acte[1061]. Or, puisque les images pornographiques véhiculent une conception irréelle de la sexualité féminine, c'est-à-dire une conception où la femme est un objet destiné à satisfaire tous les désirs sexuels de l'homme, ces images servent donc à l'établissement d'une présomption de consentement des femmes au modèle de sexualité mis de l'avant dans les films pornographiques. De cette façon,

---

[1057] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, p. 7.
[1058] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 201. Sur la démocratisation de la pornographie, voir généralement: B. ARCAND, *op. cit.*, note 1047, p. 63. Arcand note que la pornographie s'est en effet démocratisée: jadis un "luxe" accessible aux seules classes supérieures, on la retrouve maintenant partout. Cette démocratisation de la pornographie est encore facilitée par l'avènement du vidéo, ajoute-t-il, qui permet la consommation de même que la production de pornogrphie dans l'intimité du foyer, bref hors des regards - et des jugements - des autres.
[1059] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, p. 4.
[1060] *Id.*, p. 17.
[1061] *Id.*, p. 5.

la société patriarcale s'érige en autorité sur l'expérience sexuelle des femmes et substitue à la réalité de cette expérience la vision imaginaire de la pornographie[1062]. Cette entreprise se trouve du reste facilitée par l'usage de la caméra, puisque cet outil confère d'emblée une certaine crédibilité au message qui est véhiculé et lui permet de revendiquer plus aisément qu'il transmet la vérité[1063]. Ceci, combiné à l'accessibilité du matériel pornographique, donne selon MacKinnon un effet normalisateur à ce matériel.

Au coeur des thèses mackinnonniennes se trouve donc la conviction que la sexualité est normalisée en fonction du modèle proposé dans la pornographie. Par-dessus tout, la pornographie normaliserait le comportement sexuel des hommes qui, grosso modo, réagiraient généralement de la même façon en abusant des femmes et en en faisant des victimes:

> Finally, somehow, you find other women. Their fathers, husbands, and doctors saw the pictures, liked them, and did the same things to them, things they had never done or said they wanted before. As these other women were held down, or tied up, or examined on the table, pictures like the pictures of you were talked about or pointed to: do what she did, enjoy it the way she enjoyed it. The same acts that were forced on you are forced on them; the same smile you were forced to smile, they must smile.[1064]

Pour MacKinnon, les attentes sexuelles des hommes sont conditionnées par la pornographie. Or, puisque la pornographie est une forme de violence envers les femmes, la sexualité des hommes, parce qu'elle reproduit le modèle pornographique, dérive elle aussi vers la violence. Qui plus est, la pornographie légitime les hommes à user de violence:

> (...), if it took these forms of force to make a woman do what was needed to make the materials, might it not take the same or other forms of force to get other women to do what was in it? Isn't there, then, an obvious link between the apparent need to coerce some women to perform pornography and the coercion of other women as a result of its consumption? If a woman had to be coerced to make *Deep Throat*, doesn't that suggest that *Deep Throat* is dangerous to all women anywhere near a man who wants to do what he saw in it?[1065]

Pareille violence est inexorablement destinée à empirer étant donné la désensibilisation sexuelle qu'entraîne la consommation de pornographie. Le consommateur devenant en effet rapidement

---

[1062] *Id.*, p. 25.
[1063] *Id.*, p. 5. De fait, comme l'a noté un autre auteur, "[a] photographed object is generally experienced as real by someone looking at the photo.": R. MOON, "Lifestyle Advertising and Classical Freedom of Expression Doctrine", (1991) 36 *McGill Law Journal* 76, à la p. 112.
[1064] C.A. MacKINNON, *ibid.*.
[1065] *Id.*, p. 21.

blasé, il se met à la recherche de sensations de plus en plus fortes qu'il trouvera dans une pornographie de plus en plus violente et, ultimement, dans la violence qu'il fera directement subir aux femmes[1066]. C'est en cela, précisément, que la pornographie est source de violence contre les femmes[1067].

Son caractère normatif va cependant plus loin que le simple conditionnement des hommes. Victimes de la pornographie, les femmes doivent également trouver le moyen de survivre. Aussi, pour ce faire, elles adoptent le mécanisme de défense que leur impose insidieusement la société patriarcale, à savoir la négation de leur vraie personnalité au profit d'une autre qui répond aux attentes masculines. Cette fausse personnalité présente les caractéristiques de la féminité, que MacKinnon stigmatise ainsi: "You develop a self who is ingratiating and obsequious and imitative and aggressively passive and silent - you learn, in a word, femininity."[1068] L'acception mackinnonnienne de la féminité en fait donc un concept intrinsèquement négatif. Pour elle, la féminité est nécessairement un mensonge, conscient ou inconscient, qui est formulé en réponse à un input émanant d'une société dominée par les hommes et qui illustre le succès remporté par ces derniers dans leur entreprise de construction sociale de la femme selon leurs désirs.

En somme, Catharine MacKinnon soutient que la pornographie, en imprimant sa marque sur la pratique de la sexualité au sein de la société, sert à façonner socialement les femmes en fonction d'une normativité masculine[1069] qui les infériorise[1070]. Dans cette mesure, la pornographie joue un

---

[1066] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 200.
[1067] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, pp. 15-16.
[1068] *Id.*, pp. 7 et 21.
[1069] On aura compris que la normativité dont il est question déborde de la normativité juridique stricte. Comme le souligne une auteure, "[f]eminists point out that if humans are socially constructed, male domination is and has been an important part of that construction. This has resulted in laws, customs, and social rules that come from men and are imposed on women to restrict their opportunities, choices, actions, and behaviours. Furthermore, and more problematic, these rules become constitutive not only of what women are allowed to do but of what they are allowed to *be* as well: how women are able to think and conceive of themselves, what they can and should desire, what their preferences are. Because our conceptual and material world has been formulated and developed by these masculinist perspectives, such rules are not simply external restrictions on women's otherwise natural desires; rather, they create an entire cultural context that makes women seem to choose what they are in fact restricted to." Voir: N. HIRSCHMAN, "Toward a Feminist Theory of Freedom", *Political Theory*, vol. 24, n° 1, February 1996, p. 46, à la p. 52.
[1070] Cette norme masculine est en fait ce que Pierre Bourdieu appelle une "doxa". Il distingue ainsi ce concept de celui d'"orthodoxie": "The law, an intrinsically powerful discourse coupled with the physical means to impose compliance on others, can be seen as a quintessential instrument of normalization. As such, given time, it passes from the status of "orthodoxy", proper belief explicitely defining what ought to happen, to the status of "doxa", the immediate agreement elicited by that which is self-evident and normal. Indeed, doxa is a normalcy in which realization of the norm is so complete that the norm itself, as coercion, simply ceases to exist as such." Voir: P. BOURDIEU, "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field", (1987) 38 *Hastings Law Journal* 805, à la p. 848. Le même auteur définit ailleurs la "doxa" comme "(...) une croyance silencieuse, et qui n'a pas besoin de justification." Voir: P. BOURDIEU, *Homo academicus*, Paris, Les éditions de Minuit, 1984, p. 153. On

rôle de premier plan dans la reproduction de la société patriarcale. Ceci incite l'auteure à s'interroger sur la réalité du consentement des femmes au modèle d'hétérosexualité véhiculé en société, puisqu'au-delà des consentements individuels apparents, on discerne la domination masculine comme principe organisateur de l'hétérosexualité et la force comme instrument de mise en oeuvre de ce principe.

5.1.2.1.3. Le droit complice: la liberté d'expression comme outil d'oppression

> Think about whether the speech of the Nazis has historically enhanced the speech of the Jews. Has the speech of the Klan expanded the speech of Blacks? Has the so-called speech of the pornographers enlarged the speech of women?[1071]

On l'a vu, pour Catharine MacKinnon, la pornographie non seulement reflète l'oppression des femmes mais contribue à l'instauration de l'hégémonie masculine dans la société patriarcale. Mais cette société, fondée sur l'infériorisation des femmes, ne peut se maintenir que si les mécanismes de cette infériorisation restent occultés. C'est par le truchement des systèmes de représentation que se produit cette occultation. Ainsi, la représentation pornographique de la sexualité, devenue le discours dominant sur la sexualité, occulte-t-elle les pratiques d'abus et de dégradation des femmes sur lesquels elle se fonde. De même, d'autres systèmes occultent, dans leur analyse de la pornographie, les prémisses et les effets sociaux de cette forme de représentation. Parmi ces systèmes, on compte le droit qui, on s'en doute, retient particulièrement l'attention de la juriste MacKinnon.

Celle-ci évalue le bien-fondé de l'appréhension juridique américaine de la pornographie en posant comme prémisses, d'une part, que certaines images peuvent bel et bien être préjudiciables pour un groupe donné, tant collectivement qu'individuellement, et, d'autre part, que ces images ne sont pas nécessairement dignes d'être protégées constitutionnellement sous le fallacieux prétexte qu'elles constituent une expression[1072]. Ceci est le point de départ de sa dénonciation de la théorie du premier amendement et du fétichisme de la libre expression qui la caractérise.

---

comprend que, passées à ce rang, des normes juridiques puissent devenir pratiquement incontestables, car prenant la forme d'un *donné*, à moins bien sûr de procéder à une déprogrammation complète de celles et ceux qui sont susceptibles de s'y soumettre. À l'évidence, pareille tâche présuppose un questionnement épistémologique fondamental, d'où l'intérêt que MacKinnon porte à l'épistémologie de la sexualité et de la pensée juridique.

[1071] C.A. MacKINNON, "The Sexual Politics of the First Amendment", dans: *op. cit.*, note 922, p. 206, à la p. 209.

[1072] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, pp. 5-6.

La professeure MacKinnon s'attaque d'abord à l'orientation du débat juridique tenu à propos de la constitutionnalité de la réglementation de la pornographie. Traditionnellement, dit-elle, ce débat s'est articulé autour de la question de la liberté d'expression des pornographes, à laquelle on a opposé l'intérêt gouvernemental de censurer la représentation sexuelle[1073]. Dans ce contexte, on a associé l'expression pornographique à l'expression politique et artistique, ce qui a permis de rattacher le débat à celui de la censure de l'expression dissidente[1074]. Rappelons ainsi que, compte tenu de l'importance accordée à la liberté d'expression en droit américain, seule la pornographie obscène[1075], par opposition à celle non obscène[1076] - a été exclue de la protection offerte par le premier amendement. Or, la définition donnée à l'obscénité dans l'arrêt *Miller*, non contente d'être seulement restrictive, n'aborde nullement la question du caractère préjudiciable de la pornographie pour les femmes[1077]. Par ailleurs, la pornographie non obscène selon *Miller* s'avère difficile à réglementer puisqu'elle bénéficie de la protection du premier amendement. Par conséquent, la réglementation juridique de la représentation sexuelle non obscène se heurte constamment au mur que dresse devant elle le premier amendement.

Cela tient fondamentalement aux présupposés épistémologiques et philosophiques qui sous-tendent la saisie juridique du concept d'"obscénité". Pour MacKinnon, cette saisie consacre, sous le couvert de la neutralité libérale, un point de vue essentiellement masculin, par opposition au concept de "pornographie" qui prend en considération le point de vue des femmes soumises aux hommes[1078]. En fait, l'état du droit positif américain ne fait que refléter la division des deux sphères qu'établit la philosophie libérale, celle-là même qui a inextricablement cantonné les hommes à la sphère publique, où l'on s'intéresse aux faits "objectifs", et les femmes à la sphère privée, où l'on s'en tient aux valeurs "subjectives". Or, selon MacKinnon, pareille division empêche que soit prise en compte l'expérience de subordination des femmes et, ainsi, que soit reçu leur point de vue sur la pornographie, faisant obstacle à toute intervention étatique visant à contrer

---

[1073] *Id.*, p. 8.
[1074] *Ibid.*
[1075] L'expression obscène a été exclue de la protection du Premier amendement dans *Roth* v. *United States*, *supra*, note 637. La définition de l'obscénité appliquée par les tribunaux américains a été élaborée dans *Miller* v. *California*, *supra*, note 637, et précisée dans *Pope* v. *Illinois*, *supra*, note 832. Rappelons brièvement qu'une oeuvre sera déclarée obscène si, d'après une personne qui appliquerait les "standards communautaires", elle cherche délibément à stimuler l'appétit sexuel de l'auditoire en représentant une conduite sexuelle manifestement offensante, à moins qu'elle ne recèle une valeur artistique sérieuse.
[1076] *American Booksellers Association* v. *Hudnut*, *supra*, note 839.
[1077] Sur ce point, la position de la Cour suprême du Canada, exprimée dans *R.* c. *Butler*, *supra*, note 395, se situe aux antipodes de celle de la Cour suprême des États-Unis. En effet, la Cour suprême du Canada a reconnu dans *Butler* le caractère individuellement et collectivement préjudiciable de certaines images pornographiques et a fait de ce préjudice un des critères d'une détermination d'obscénité aux termes du paragraphe 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.
[1078] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 199.

la pornographie[1079]. En sorte que celle-ci, paradoxalement, "(...) is socially decried but socially permitted. Obscenity is the legal device through which it is legally repudiated but legally permitted."[1080] Le droit, bref, donne bonne conscience.

De tels présupposés emportent selon MacKinnon un formalisme exacerbé dans la saisie juridique de la représentation sexuelle et, plus particulièrement, de la nature et des effets de la pornographie[1081]. Ce formalisme suscite en retour une acception très large de ce que constitue une expression; il est en outre responsable de son incohérence au plan des critères de distinction entre expression et conduite. En fait, MacKinnon reproche à la position que prend le droit américain face à la pornographie de refuser systématiquement de considérer que celle-ci puisse être autre chose qu'une forme d'expression. Ce droit néglige dès lors d'apprécier pleinement la réalité de l'expérience des femmes et d'en tirer des conséquences juridiques. Ce qui équivaut, selon MacKinnon, à nier aux femmes leur propre droit à la liberté d'expression pour plutôt privilégier celui des pornographes et des abuseurs[1082]. Mais démontrer le préjudice que subissent alors les femmes s'avère difficile car, note-t-elle, le "silence n'est guère éloquent"[1083].

En revanche, un examen de la nature et des effets réels de cette expression inciterait les tribunaux à réorienter leur position sur la représentation pornographique et à considérer que celle-ci, parce qu'elle agit directement sur les rapports sociaux, se rapproche beaucoup plus d'une forme de harcèlement, bref d'une conduite, que d'une expression. La clé, pour MacKinnon, est donc de traiter juridiquement la pornographie comme de la discrimination, c'est-à-dire pour ce qu'elle *fait*, plutôt que comme de la diffamation, c'est-à-dire pour ce qu'elle *dit*[1084]. En somme, elle s'en prend à l'imperméabilité du droit américain aux remises en question de la manipulation comportementale à laquelle l'expression pornographique peut servir d'outil[1085]. Pourtant, signale-t-elle, le même droit appréhende certains types d'expression comme faisant partie intégrante d'actes dont le traitement juridique exclut l'application du premier amendement. Ces expressions ne sont pas présumées être porteuses d'idées, mais, au contraire, ne constituer qu'un des éléments d'une pratique par ailleurs jugée répréhensible. Elles sont stigmatisées bien sûr en raison du contexte dans lequel elles s'inscrivent, mais surtout en raison du message qu'elles contribuent à véhiculer et

---

[1079] *Id.*, p. 200.
[1080] *Id.*, p. 201.
[1081] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, pp. 6, 11.
[1082] *Id.*, p. 6.
[1083] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 206.
[1084] C. A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, p. 11.
[1085] *Id.*, p. 16.

des impacts sociaux directs de ce message[1086]. Les exemples qui, selon MacKinnon, illustrent le mieux le double langage du droit américain sont le harcèlement sexuel et le harcèlement raciste. En effet, plusieurs actes ou gestes qui, tout en ayant un contenu expressif, revêtent également une dimension antiégalitaire, sont appréhendés en droit américain comme des pratiques discriminatoires, précisément du fait de leur caractère sexiste ou raciste[1087].

Pourquoi alors traiter différemment la pornographie? Pour elle, "[p]ornography is not an idea any more than segregation and lynching are ideas, although both institutionalize the idea of the inferiority of one group to another. (...) If pornography is an act of male supremacy, its harm is the harm of male supremacy made difficult to see because of its pervasiveness, potency, and success in making the world a pornographic place."[1088] D'où l'incohérence, voire l'inutilité, de la distinction établie entre expression et conduite aux fins de déterminer ce qui tombe ou non sous l'empire du premier amendement. À la limite, tout acte, même le meurtre, possède un certain contenu expressif. Dès lors, l'interprétation des critères de distinction entre expression et conduite peut-elle être autre chose qu'un exercice d'ordre idéologique? Pourtant, la protection conférée par le premier amendement est censée faire obstacle à toute réglementation fondée sur le contenu de l'expression en cause et, partant, se targue d'être neutre! Autre exemple illustrant cette neutralité factice: la pornographie enfantine, qui est exclue de la sphère de protection du premier amendement[1089]. MacKinnon se demande pourquoi, si ce type de pornographie est considéré juridiquement comme une pratique sexuelle inégalitaire et répréhensible, il en va autrement de la pornographie impliquant des femmes elles aussi placées en situation d'inégalité[1090]. Cette pornographie est-elle plus expressive que la première? Ainsi, on en revient à l'artificialité de la distinction établie entre acte et conduite et, surtout, au caractère idéologique des critères permettant de l'opérationnaliser. Du reste, pour elle, les pratiques discriminatoires ne font pas de

---

[1086] *Id.*, pp. 12-13. C'est le cas, notamment, de la prostitution. MacKinnon établit ainsi un parallèle entre la pornographie, conceptualisée essentiellement comme une forme d'exercice de la liberté d'expression et la prostitution, dont la composante liée à la liberté d'expression (la sollicitation) n'empêche nullement sa réglementation. Voir: C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 202.

[1087] S'agissant de la jurisprudence égalitariste de la Cour suprême des États-Unis concernant le harcèlement sexuel, *supra*, note 951, des auteurs commencent à s'inquiéter de la brèche que fait cette jurisprudence dans la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. Ils en ont particulièrement contre le fait que de "simples paroles", par opposition à des gestes plus concrets, puissent maintenant servir d'assises à des poursuites, ceci au nom de la doctrine du "hostile work environment". Bref, ils reprochent à la Cour d'avoir trop vite oublié les considérations liées à la liberté d'expression à travers le prisme égalitariste de son analyse et craignent l'extension de cette analyse à d'autres sphères du droit. Voir notamment: N. WOLFSON, "Eroticism, Obscenity, Pornography and Free Speech", (1994) 60 *Brooklin Law Review* 1037, à la p. 1065.

[1088] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 204.

[1089] *Supra*, note 638.

[1090] C. A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, pp. 35-36.

telles distinctions; dans un contexte inégalitaire, "[s]peech acts [et] [a]cts speak."[1091] Bref, l'expression se confond à son contexte qui, le plus souvent, est celui du pouvoir *mâle* que le droit américain contribue à perpétuer en occultant la réalité de l'expérience des femmes. Feue, donc, la prétendue neutralité du droit américain à propos des questions relatives à la liberté d'expression. Feue, également, la justification de l'exclusion juridique du préjudice engendré par la pornographie.

Mais quelle est donc la "théorie du préjudice" de cette auteure? Soulignons tout d'abord que MacKinnon ne renonce pas entièrement aux arguments causalistes pour convaincre des méfaits de la pornographie. Elle dresse en effet une liste des préjudices que cause cette forme de représentation, qui n'exclut pas nécessairement ceux dont la "réalité" pourrait être saisie adéquatement dans le schème causaliste traditionnel. Ainsi en est-il des préjudices que subissent les "travailleuses de la pornographie", qu'elle considère comme étant invariablement *contraintes* à oeuvrer dans ce milieu, les unes étant physiquement forcées de participer à ces films, les autres ne pouvant y échapper parce qu'elles se trouvent en position de dépendance économique ou affective face à des hommes qui "insistent" pour qu'elles y participent[1092]. Obtenu par la force ou par la crainte, le consentement de ces femmes est alors clairement vicié. Le cas échéant, la production de matériel pornographique est perçue comme s'avérant directement préjudiciable pour les femmes qui y participent. Vue sous cet angle, l'"oeuvre" que l'on cherche à protéger au nom de la liberté d'expression n'est autre chose qu'un document attestant de la perpétration d'un crime[1093]...

Jusqu'ici, on le voit, le modèle causaliste retenu en droit positif permet de saisir les préjudices attribués à la pornographie. Mais l'argumentation causaliste que propose MacKinnon ne tarde pas pas à en montrer les limites. Par exemple, donnant une acception large à l'idée de contrainte, MacKinnon soutient que les femmes qui "consentent" à participer à la production de films pornographiques parce que, de tous les choix qui s'offrent à elles, celui-là est le moins pire, ne sont pas moins contraintes que les autres. Bref, la contrainte ne cesse pas d'être une contrainte sous prétexte qu'elle est d'origine économique[1094]. Cependant, sa saisie juridique sera radicalement différente de celle réservée à la contrainte physique, réelle ou appréhendée. On le

---

[1091] *Id.*, p. 30.

[1092] MacKinnon développe l'essentiel de son argumention en se basant sur le témoignage d'une ex-star du cinéma porno, Linda Marciano, dite "Linda Lovelace", qui avait affirmé avoir été physiquement contrainte à tourner un des plus grands succès de ce cinéma, le film "Deep Throat". Voir: C. A. MacKINNON, "Linda's Life and Andrea's Work", dans: *op. cit.*, note 922, p. 127.

[1093] *Id.*, à la p. 129.

[1094] Un auteur qui s'intéressait aux impacts des incitatifs financiers conditionnels de l'État sur la mise en oeuvre des droits fondamentaux qualifiait récemment ce type de contrainte de "subtile". Voir: E.E. DAIS, "Charter Rights and Regulation by Financial Incentives", (1993) 31 *Alberta Law Review* 591, à la p. 597.

sait, les systèmes de droit de nos pays capitalistes sont généralement peu enclins à prohiber les activités dont l'existence est fonction du jeu des contraintes économiques, allant même jusqu'à postuler qu'une certaine contrainte est à la source de tous les échanges économiques. Le cas échéant, celle-ci est ressentie en raison de la nécessité de satisfaire certains "besoins" estimés fondamentaux, qui justifie l'abdication par l'individu d'une certaine part de sa liberté. Le droit étatique se voudra alors facilitateur plutôt que régulateur. C'est ainsi que la participation d'une femme à la production d'un film pornographique sera traitée comme un simple "travail", au contraire de la prostitution qui, malgré qu'elle puisse elle aussi être envisagée comme procédant d'un échange économique, voit sa finalité officiellement réprouvée[1095]. Ce qui, au reste, ne manque pas de faire ressortir le choix politique fondamental derrière toute mesure juridique régulatrice ou facilitatrice...

Si le droit éprouve quelque difficulté à reconnaître l'existence de préjudices subis par des femmes *individualisées*, sous prétexte qu'ils paraissent trop lointains et pas assez directs, il est évidemment encore plus réfractaire lorsqu'il s'agit de reconnaître des préjudices d'ordre collectif. C'est pourtant au premier chef à des préjudices de ce type que MacKinnon associe la pornographie. Pour elle, la pornographie cause le ravalement des femmes au statut d'objets sexuels et d'inférieures. Cette forme de représentation incite les hommes ou bien à agir en fonction du modèle qu'elle propose, c'est-à-dire à agresser les femmes, ou bien influence leur jugement moral, en sorte que, comme on l'a dit précédemment, la pornographie a un impact normatif sur leurs perceptions et leurs comportements envers les femmes. Peut-être d'ailleurs est-ce là le pire des préjudices qu'engendre la pornographie, ce qui explique pourquoi MacKinnon parle de cette dernière comme d'un mensonge que les femmes sont forcées de vivre.

Il s'ensuit que la question n'est pas tant de connaître la nature du préjudice qu'elle cause que de le rendre visible. En effet, "[t]o the extent pornography succeeds in constructing social reality, it becomes invisible as harm."[1096] Elle s'en prend à cet égard à la conception linéaire du préjudice mise de l'avant dans la doctrine du premier amendement, qui considère que seule l'expression menant à une action préjudiciable peut être réglementée. Elle questionne en fait toute l'approche du droit positif américain en matière de causalité, notant ironiquement que l'on n'a jamais exigé qu'un lien soit établi hors de tout doute raisonnable entre le matériel obscène et l'effet

[1095] On remarquera qu'une auteure a récemment proposé que la production de films pornographiques soit réglementée par le truchement des mécanismes juridiques criminalisant la prostitution, en invoquant au soutien de cette thèse que ce type de production implique, comme c'est le cas en ce qui a trait à la prostitution, la prestation de services sexuels contre rétribution monétaire. Voir: S.H. GARB, "Sex for Money Is Sex for Money: The Illegality of Pornographic Film as Prostitution", (1995) 13 *Law and Inequality* 281.

[1096] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 204.

"corrupteur" que l'on y attribue[1097]. Du reste, MacKinnon doute de la possibilité de prouver le préjudice engendré par la pornographie dans l'état actuel du droit américain: "[i]f pornography is systemic, it may not be isolable from the system in which it exists. This does not mean that no harm exists. It does mean that because the harm is so pervasive, it cannot be sufficiently isolated to be perceived as existing according to this model of causality, (...)."[1098] En fait, la linéarité de la théorie causaliste en vigueur sert en quelque sorte à "privatiser" le préjudice subi par les femmes et, dans ce sens, à séparer le juridique du politique. Dès lors, on ne peut s'étonner que le droit soit également imperméable à la menace que fait peser sur lui l'idée d'une égalité véritable entre les sexes[1099].

Comment faire alors en sorte que ce droit cesse d'associer systématiquement toute velléité gouvernementale de réglementer la pornographie à une tentative de censure de l'expression dissidente? MacKinnon estime que, fondamentalement, la réponse à cette question se trouve dans l'abandon du paradigme de l'expression politique, qui élève les pornographes au rang de dissidents victimes de l'intolérance gouvernementale[1100]. D'autant plus que, selon elle, ce ne sont pas les pornographes qui sont dissidents. Elle estime en effet que ceux-ci, comme les Nazis ou le Ku Klux Klan, contribuent au renforcement de l'orthodoxie. Le discours pornographique n'est donc aucunement inorthodoxe ou dissident. Il procède, au contraire, de l'idéologie dominante, ce qui fait du féminisme la véritable opinion dissidente[1101]. Ceci, on s'en doute bien, suppose un profond changement de mentalité: les tribunaux américains doivent, d'une part, cesser de diaboliser l'État et, d'autre part, aller au-delà de leur conception traditionnelle - essentiellement négative - de la liberté d'expression. Plutôt que de présumer l'incompétence *urbi et orbi* du gouvernement au plan de la réglementation de l'expression, ils doivent chercher à discerner l'intérêt que peut trouver la société à voir certains types d'expression réglementés. De cette façon, s'agissant de la pornographie, "[t]he operative definition of censorship accordingly shifts from government silencing what powerless people say, to powerful people violating powerless people into silence and hiding behind state power to do it."[1102] La mise en oeuvre d'un tel projet exige, en pratique, un recentrage du régime juridique de la liberté d'expression vers l'égalité.

[1097] *Id.*, p. 207.
[1098] *Ibid.*
[1099] *Id.*, p. 208.
[1100] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, p. 39.
[1101] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 205. Dans le même sens, le professeur Shiffrin affirme à ce propos que la question de la pornographie suscite la concurrence entre deux dissidents auto-proclamés: d'un côté, il y a le pornographe qui peut être vu comme dissident par rapport à la norme puritaine dominante; de l'autre, il y a celui ou celle qui croit, contre l'opinion dominante, que la pornographie est synonyme de subordination des femmes (voir: S. SHIFFRIN, *op. cit.*, note 517, p. 104). Pour cet auteur, toutefois, l'argument des adversaires de la pornographie est le plus solide (*id.*, p. 225, note infrapaginale 66).
[1102] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, p. 10.

MacKinnon remarque à cet égard que la liberté d'expression et l'égalité poursuivent une trajectoire essentiellement parallèle en droit américain. De fait, comme nous l'avons vu, le droit de la liberté d'expression ne fait pratiquement aucune place aux inégalités sociales ou aux rapports de domination. Comme cette auteure le note justement, la seule notion d'égalité qui soit intégrée dans le cadre de l'analyse des problèmes soulevés par la liberté d'expression est celle, strictement formelle et présomptive, des idées[1103]. Or, la vérité étant censée triompher dans ce lieu métaphorique qu'est le marché libre des idées, il importe de ne pas inhiber l'action de ce marché par des normes qui, en définitive, ne feraient qu'entraver l'accomplissement du triomphe espéré. Dans ce contexte, le rôle de l'État est de se cantonner dans une neutralité théorique, autrement dit de ne pas avoir de rôle! Aussi, ce ne sera pas un objectif étatique légitime que de limiter la liberté d'expression d'un groupe donné sous prétexte d'accroître, ne serait-ce que modestement, celle d'un groupe plus vulnérable; au contraire, pareille réglementation sera présumée inconstitutionnelle et fera l'objet d'un contrôle judiciaire plus ou moins serré selon le type d'expression en cause. En toute hypothèse, le tribunal appelé à statuer sur sa constitutionnalité n'envisagera en aucun temps un tel problème sous l'angle de l'égalité, ce qui le forcerait à opérer un véritable arbitrage entre deux droits constitutionnels concurrents[1104]. Dans cette optique, étant réfractaire à toute immixtion du principe d'égalité dans l'interprétation de la liberté d'expression, en plus d'être hostile à toute réglementation de la pornographie, le droit positif américain, dans la théorie mackinnonnienne, est vu comme un des complices de la subordination des femmes.

Comment y remédier? Au plan de la technique juridique, ceci suppose d'abord et avant tout de dépasser le causalisme strict du droit positif. On peut dans cette optique plaider en faveur d'un élargissement des critères d'évaluation qui président à la reconnaissance *juridique* de l'existence des préjudices, de manière que soit légitimé en droit américain l'usage d'une logique préventive de gestion des risques, ce qui rendrait plus aisément justifiables - et justiciables - les préjudices d'ordre sociétal. Mais on peut également y parvenir en se servant tout simplement des outils que fournit déjà le droit positif. L'un d'eux permet d'ailleurs d'éviter tout recours au causalisme. Ici, on ne dit plus que la pornographie cause tel ou tel préjudice, on se contente de *poser* que la pornographie est préjudiciable, point à la ligne. Dès lors, il n'est plus question de représentation, mais bien de subordination, pure et dure. On reconnaît là la technique employée par MacKinnon dans le modèle d'ordonnance anti-pornographie dont elle propose l'édiction[1105]. Commentant cette innovation mackinnonnienne en ce qui a trait à la saisie juridique de la pornographie, le

[1103] *Id.*, p. 72.
[1104] *Id.*, p. 73. Rappelons ici que le quatorzième amendement constitutionnalise l'égalité mais que cette garantie n'a pratiquement aucune incidence sur l'interprétation du Premier amendement.
[1105] Voir, *supra*, sous-section 4.3.2.2.

professeur Mark Tushnet souligne que, le cas échéant, "the (...) harm occurs by definition, (...)."[1106] Définie juridiquement comme étant *la* subordination des femmes, plutôt que d'être simplement appréhendée comme une cause de cette subordination, la pornographie voit alors sa complexité sémiotique réduite à néant et ce, par le seul effet de la loi. L'argument mackinnonnien ultime veut donc que si la pornographie *est* la subordination des femmes, tout ce qui subordonne les femmes est pornographique[1107].

On ne peut s'empêcher d'être frappé par le positivisme radical qui sous-tend pareille approche, ce qui ne manque d'ailleurs pas de surprendre compte tenu des dénonciations souvent virulentes de Catharine MacKinnon contre l'esprit positiviste. Comme par enchantement, *sa* vision de la pornographie en vient à définir *la* pornographie; les effets qu'elle attribue à la pornographie deviennent, une fois posés dans des normes, *les* effets de la pornographie; enfin, *sa* théorie féministe prend du galon et devient *la* théorie féministe. Alors qu'elle s'en prend la plupart du temps à la relative passivité qu'insuffle cet esprit dans celui des juristes et de la population en général - du genre "dura lex, sed lex" -, elle use d'un procédé nominaliste digne de la plus traditionnelle pensée juridique anglo-saxonne! Toutefois, comme nous le verrons plus loin, ces contradictions témoignent du rapport assez particulier qu'elle entretient avec le droit. Elles illustrent également la singulière importance que prend la rhétorique dans l'oeuvre de MacKinnon.

Les commentaires formulés à ce sujet par le professeur Tushnet sont très révélateurs. Analysant l'impact de ce qu'il faut bien appeler le "tournant mackinnonnien" de l'argumentation féministe anti-pornographie, celui-ci souligne que les arguments causalistes traditionnels laissaient une certaine place à des considérations non rationnelles ("noncognitives") en cherchant à imputer à la pornographie la commission de préjudices. Ainsi, en soutenant que la pornographie, parce qu'elle agit sur l'inconscient des hommes, normalise négativement leurs attitudes envers les femmes, d'où le préjudice que subissent ces dernières, on justifie généralement la demande de censure qui découle de ces présupposés en recourant à des données de recherche qui, pour sérieuses qu'elles soient, ne sont pas pour autant incontestables, car, comme on l'a vu au chapitre précédent, la causalité n'est alors ni directe ni évidente. Dans ce contexte, il faut, pour reconnaître l'existence d'un lien causal, accepter d'aller au-delà du causalisme strict auquel le droit nous a habitué et s'ouvrir à des considérations qui ne ressortissent pas nécessairement de la logique ou de la rationalité la plus absolue. En fait, rappelle Tushnet, les arguments causalistes de ce type en arrivent à échapper à la sphère de la rationalité instrumentale pour proposer une construction

[1106] M. TUSHNET, *op. cit.*, note 712, p. 294.
[1107] *Ibid.*

différente de la réalité[1108]. L'inconscient, le non-rationnel, les valeurs jouent ainsi un rôle fondamental autant dans la construction de l'argument que dans son acceptation. En sorte que les arguments qui exigent l'imputation d'un effet précis, sans pour autant qu'existe une preuve quasi irréfutable de cet effet, à une cause donnée pourront toujours être contestés, ce dont témoignent les incessants débats sur les effets de la pornographie sur le comportement des consommateurs et la multitude d'études contradictoires à ce sujet[1109].

Les limites d'une argumentation strictement causaliste deviennent alors évidentes. Dans un système juridique où domine l'utilitarisme, toute réglementation de la liberté d'expression ne peut pratiquement se justifier que par l'invocation d'un effet délétère quelconque de l'expression que l'on cherche à réglementer[1110], en sorte que le droit éprouve une grande difficulté à appréhender autre chose qu'une causalité simple, directe et univoque. Il s'ensuit donc que tout ce qui exigera une analyse causale complexe risquera d'être placé "hors-droit". Comme le souligne le professeur Richard Abel, "[t]aking consequentialism seriously would require us to trace the harmful effects back to the totality of causes, rather than contenting ourselves with those that appear more susceptible to regulation but may be less powerful."[1111] Or, à l'évidence, le droit peut bien

---

[1108] *Id.*, p. 299.

[1109] Ainsi, quant à la nature de la preuve présentée au soutien des arguments causalistes, Tushnet remarque son caractère souvent anecdotique et répétitif. Il note par exemple que MacKinnon revient constamment avec l'histoire de Linda Lovelace, en excluant les versions contradictoires ou alternatives d'autres participantes à des films pornographiques. Il souligne également les problèmes récurrents de fiabilité et de représentativité des échantillons retenus. Ainsi, ce n'est pas parce qu'un grand nombre de violeurs possèdent de la pornographie que l'on peut établir un lien causal entre la porno et le viol. Il faudrait aussi déterminer combien de non-violeurs en possèdent. Et si ces derniers en possèdent aussi souvent que les violeurs, aucun lien ne pourrait être établi. (Voir: *id.*, pp. 297-298) Évidemment, on pourrait détourner la question en soulignant que tous les hommes sont attirés par la pornographie et, partant, qu'ils sont des violeurs en puissance, ce qui rend non pertinente la distinction entre violeurs et non-violeurs. Mais cela serait-il convaincant? On peut en douter. Dans la même veine que les observations de Tushnet, le professeur Richard Abel remarquait à propos des études sur la pornographie que celles-ci démontraient que l'exposition à des images violentes, quel que soit leur contenu, stimulait les sentiments - et non les actes - agressifs. Voir: R. ABEL, *op. cit.*, note 81, p. 93. Ce qui ne signifie pas que la pornographie ou certaines des formes qu'elle prend ne puissent être dommageables pour les femmes. Voir notamment sur cette question: D.E.H. RUSSELL, *Against Pornography: The Evidence of Harm*, Berkeley, Russell Publications, 1993; R. DELGADO et J. STEFANCIC, "Pornography and Harm to Women: No Empirical Evidence?", (1992) 53 *Ohio State Law Journal* 1037; B. KUTCHINSKY, "The Politics of Pornography Research", (1992) 26 *Law & Society Review* 447; S.A. CHILDRESS, "Real "Rape Speech": Violent Pornography and the Politics of Harm", (1991) 25 *Law & Society Review* 177; F. SHAUER, "Causation Theory and the Causes of Sexual Violence", [1987] *American Bar Foundation Research Journal* 737. Voir aussi les divers articles publiés dans C. ITZIN (dir.), *Pornography. Women, Violence and Civil Liberties*, Oxford / New York, Oxford University Press, 1992, ainsi que dans ce numéro spécial de la revue suivante: (1991) 14 *International Journal of Law and Psychiatry* 1-135; R.A. POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge, Mass. / London, Engl., 1992, pp. 370-371; R.S. RANDALL, *Freedom and Taboo. Pornography and the Politics of the Self Divided*, Berkeley / Los Angeles / London, University of California Press, 1989, pp. 106-114.

[1110] R. ABEL, *ibid.*

[1111] *Id.*, p. 94.

difficilement réaliser une pareille tâche. Ce qui fait que toute entreprise de justification réglementaire où l'argumentation se fonde sur une théorie causale trop complexe s'avérera "empiriquement problématique"[1112]. Ainsi, rendu à un certain point, le recours au causalisme dans l'argumentation juridique est voué à l'impasse, tant l'effet qui est attribué à la cause paraît trop improbable aux yeux du droit. En sorte qu'il faut s'en tenir à l'établissement d'une corrélation raisonnable entre le phénomène que l'on souhaite réglementer et les effets néfastes que l'on impute à ce phénomène[1113]. La question devient alors de savoir si le droit estimera une telle corrélation suffisante pour légitimer le principe d'une réglementation étatique de la pornographie, ce qui, une fois de plus, variera selon les juridictions.

Catharine MacKinnon semble avoir bien compris cela puisqu'elle délaisse l'avenue du causalisme pour se tourner vers le procédé nominaliste de la "positivisation du préjudice", que Tushnet qualifie de "definitional approach"[1114]. D'une certaine manière, ce procédé sur-rationnalise le processus d'analyse et déstabilise, par son impact rhétorique, les critiques éventuels d'une réglementation de la pornographie. Le professeur Tushnet décrit ainsi cet impact:

> As rhetorical strategies, essentialism, metonymy, and definitional ambiguity make standard types of cognitive arguments impossible. The opponent of regulation is likely to be driven wild by these rhetorical strategies, finding that the ground is unfairly shifted under his or her feet. Or, perhaps, the opponent is likely to be driven into silence. That is, the definitional approach that pornography is subordination, and does not cause it, disempowers opponents of regulation in just the way that pornogarphy disempowers women. Pornography disempowers women by discrediting them so that men will ignore or devalue their objections to pornography, among other things. The definitional approach disempowers opponents because their denial that pornography is harmful confirms the definitional approach. (...) Thus, according to the feminist antipornography arguments examined here, pornography is an argument for male domination of women that works by means of its appeal to men's noncognitive deliberative capacities.[1115]

Autrement dit, la circularité rhétorique qu'implique l'"approche définitionnelle" est en bonne partie garante de son efficacité, dans le cadre d'un débat contradictoire du moins[1116].

[1112] *Id.*, p. 81.

[1113] Les discussions sur l'existence ou la non-existence d'un lien direct de causalité mènent invariablement à un cul-de-sac. Ainsi, comment isoler *le* facteur déterminant dans une agression? Sur ces questions, voir notamment l'excellent ouvrage de S.M. EASTON, *The Problem of Pornography. Regulation and the Right to Free Speech*, London / New York, Routledge, 1994, pp. 32-41.

[1114] M. TUSHNET, *op. cit.*, note 712, p. 304.

[1115] *Ibid.*

[1116] En effet, comme on l'a vu, le recours à un tel procédé n'a pas empêché les tribunaux américains de rejeter l'approche mise de l'avant par MacKinnon quant à la réglementation de la pornographie. Voir: *American Booksellers Association, Inc.* v. *Hudnut*, *supra*, note 839.

Ceci, toutefois, tient avant tout à la technique juridique. Et si en user comme le fait MacKinnon peut certes contribuer à rendre le droit moins complice de la subordination des femmes, cela demeure en bout de ligne insuffisant, car, estime-t-elle, "[p]ornography sets the public standard for the treatment of women in private and the limits of tolerance for what can be permitted in public, (...)."[1117] Cette auteure préconise donc une transformation beaucoup plus fondamentale. Elle soutient en effet que l'on ne peut remédier aux carences actuelles du droit qu'en mettant en oeuvre une théorie féministe de l'État. Rappelons ici que pour elle, tant l'État que le droit qu'il édicte reflètent un point de vue essentiellement masculin qui s'abrite derrière une neutralité factice[1118]. Le système juridique est du même souffle représenté dans sa théorie comme un instrument d'institutionnalisation de l'infériorité des femmes face aux hommes: si, comme tel, il ne confère à ces derniers aucun droit de dominer les femmes, il se montre singulièrement inefficace à empêcher la domination *de facto* qu'ils exercent sur elles dans toutes les sphères de la société[1119]. Selon elle, le problème est que le droit, particulièrement dans son acception des droits à l'égalité, fait entièrement abstraction de la question de la répartition du pouvoir dans cette société. Parce que l'égalité entre les sexes est conçue en fonction d'une "différence" posée comme "essentielle", l'ontologie prend le pas sur l'épistémologie. Dès lors, la domination masculine se voit naturalisée et la question du pouvoir, qui surgirait normalement en abordant le rapport droit-société sous un angle épistémologique, est reléguée aux oubliettes. Ainsi, "[t]o the degree it succeeds ontologically, male dominance does not look epistemological: control over being produces control over consciousness."[1120]

Par quels moyens propose-t-elle de transformer cette situation, qui peut sembler intangible tant elle est systémique? D'abord par un travail systématique de conscientisation des femmes au sujet de leur condition sociale inférieure. Pour la professeure MacKinnon, en effet, ce n'est qu'au prix d'une telle conscientisation qu'il deviendra possible de subvertir le statu quo sociojuridique: "Consciousness raising shifts the episteme (...), exposing the political behind the personal, the dominance behind the submission, participating in altering the balance of power subtly but totally."[1121] En sorte qu'il s'avère essentiel de provoquer un renversement épistémologique radical dans le champ du droit:

[1117] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 247.
[1118] *Id.*, p. 238.
[1119] *Id.*, p. 239.
[1120] *Id.*, p. 238.
[1121] *Id.*, p. 240.

> This is why epistemology must be controlled for ontological dominance to succeed, and why consciousness raising is subversive. It is also why, when law sides with the powerless, as it occasionally has, it is said to engage in something other than law - politics or policy or personal opinion - and to legitimate itself. When seemingly ontological conditions are challenged from the collective standpoint of a dissident reality, they become visible as epistemological. Dominance suddenly appears as no longer inevitable.[1122]

D'après MacKinnon, un tel renversement suppose de mettre en question le droit à partir du point de vue spécifique des femmes subordonnées aux hommes[1123]. Sa philosophie du droit exige donc une reconceptualisation de l'acception positive du droit à l'égalité entre les sexes sur la base du couple dichotomique "dominant-dominée", en lieu et place du modèle classique fondé sur le couple "différent-semblable"[1124].

Comment, toutefois, parvenir à la reconceptualisation souhaitée? D'une part, en clamant haut et fort en quoi consiste le vécu collectif des femmes subordonnées aux hommes; d'autre part, en dénonçant le détournement que les hommes ont fait subir aux droits individuels, en en faisant de simples outils de leur domination sur les femmes[1125]. En fait, le but ultime du projet de MacKinnon est de contribuer à une modification qualitative, donc plus que simplement formelle, de la relation entre l'État et les femmes, de manière à transformer corollairement les rapports entres celles-ci et les hommes. Aussi, pour que l'égalité entre les sexes devienne une réalité concrète plutôt que de demeurer une simple vue de l'esprit, elle propose un programme où l'État n'hésite pas à intervenir par le truchement du droit, que ce soit négativement, c'est-à-dire en prohibant certaines pratiques sociales estimées nuisibles à la réalisation de son projet égalitariste, ou positivement, c'est-à-dire en favorisant directement l'accès à l'égalité. Toute interprétation du droit à l'égalité devrait être faite avec la question suivante en tête: "(...) does a practice participate in the subordination of women to men, or is it no part of it?", faisant de *toute* forme de discrimination ou d'exploitation envers les femmes une cause d'action et ce, qu'elle soit individuelle ou systémique[1126]. Qui plus est, le critère déterminant devrait en tout temps être le point de vue des femmes subordonnées, en sorte que l'inégalité, plutôt que l'égalité, devrait être présumée[1127]. Aux mesures législatives ponctuelles qui procèdent déjà de cet esprit, MacKinnon propose en définitive de substituer une méthode féministe d'interprétation qui serait d'application immédiate et générale. Et quant à savoir si cela est faisable, elle répond tout bonnement que cela

---

[1122] *Ibid.*
[1123] *Id.*, p. 241.
[1124] *Id.*, p. 242.
[1125] *Id.*, p. 244.
[1126] *Id.*, p. 248.
[1127] *Id.*, p. 247.

n'a jamais été essayé. Alors pourquoi ne pas tenter l'expérience[1128]? Si sceptique ailleurs, MacKinnon se montre donc étonnamment confiante face aux possibilités de transformation du droit. Mais est-il bien fondé de croire qu'un programme comme le sien, qui critique radicalement le système établi, puisse se réaliser entièrement dans le cadre même de ce système? La stratégie ne risque-t-elle pas alors de nuire au contenu?

Somme toute, autant les thèses de MacKinnon peuvent paraître révolutionnaires quant au fond, autant les moyens qu'elles proposent pour les réaliser paraissent sages[1129]. On est bien loin ici des actes se rapprochant de la désobéissance civile de certaines suffragettes du début du siècle... Cela dit, tant le contenu de ses thèses que les moyens proposés pour les concrétiser provoquent d'intenses débats, aux États-Unis bien sûr, mais aussi dans les autres pays anglo-saxons. Et, comme nous le verrons dans la section suivante, les critiques fusent tant de la droite que de la gauche, et tant des féministes que des non-féministes.

5.1.2.2. Le féminisme mackinnonnien ou la mécanisation de l'intime: les grands axes de la critique

Catharine MacKinnon ne laisse personne indifférent. Autant le contenu de ses thèses que sa manière de les exprimer sèment la controverse, en premier lieu dans la communauté juridique, mais également bien au-delà. Nombre de sociologues, d'artistes, de philosophes, de politologues, de politiciens même, se sentent en effet interpellés, négativement ou positivement, par sa théorie féministe. En sorte que toute une "industrie du commentaire" s'est développée autour de cette théorie, développement que MacKinnon elle-même a stimulé en devenant une personnalité médiatique de premier plan. Il est toutefois permis de penser qu'une raison plus profonde explique l'inflation discursive suscitée par les thèses de cette auteure: celle-ci fait de la sexualité le pivot de son analyse sociojuridique. Or, la sexualité est, depuis l'arrivée des pélerins du *Mayflower*, une obsession bien américaine. De fait, plusieurs volets du débat démocratique aux États-Unis se cristallisent autour de la question sexuelle[1130], qui devient dès lors autant source de conflits que de confusion[1131]. À l'évidence, donc, MacKinnon frappe une corde sensible.

[1128] *Id.*, p. 249.

[1129] Quoiqu'une intervention étatique massive destinée à redresser les inégalités entre les sexes, comme le propose MacKinnon, puisse être perçue comme "révolutionnaire" dans le contexte idéologique américain.

[1130] E. HEARTNEY, "Pornography", *Art Journal*, vol. 50, n° 4, Winter 1991, p. 16, à la p. 16.

[1131] D. O'BRIEN, "Sexual Re(X)pression in the USA: Somewhere between Pornutopia and the Land of Puritans", *Revue française d'études américaines*, n° 68, mars 1996, p. 20, aux pp. 20-21.

Compte tenu du foisonnement des commentaires suscités par sa théorie, il convient de circonscrire a priori les limites de notre étude, qui découlent, on s'en doute, du projet qui sous-tend cette thèse. Celle-ci n'étant pas consacrée à Catharine MacKinnon elle-même, mais bien à une certaine critique dont elle est l'une des plus éminentes représentantes, il serait malvenu ici d'entreprendre une étude absolument exhaustive des critiques que ses positions inspirent. Ce serait là perdre de vue l'objectif principal de notre thèse. Tel serait également le cas si nous succombions entièrement aux "plaisirs du discours sur la sexualité", ce contre quoi nous met en garde Emily Jackson: "Discussing sex has long been a favourite pastime. (...) Clearly, sexuality is important, but we must acknowledge the danger of being seduced by the pleasures of the discourse of sex, and perhaps diverted away from other less intriguing subjects."[1132] En l'occurrence, le fait que nous nous intéressions d'abord et avant tout au discours sur la liberté d'expression nous incite à limiter encore notre champ d'analyse. Si l'on ne peut certes faire l'économie d'une analyse critique de la théorie de la sexualité de la professeure MacKinnon, nous insisterons toutefois davantage sur les aspects de cette théorie qui ont un impact spécifique sur son appréhension des rapports entre le droit et le phénomène identitaire, d'une part, et sur sa saisie de la liberté d'expression, d'autre part[1133]. Enfin, nous nous attarderons surtout à la critique *contemporaine*

[1132] E. JACKSON, "Catharine MacKinnon and Feminist Jurisprudence: A Critical Appraisal", *Journal of Law and Society*, vol. 19, n° 2, Summer 1992, p. 195, à la p.199. Dans le même sens, voir: J. WICKE, "Through a Gaze Darkly: Pornography's Academic Market", dans: P. CHURCH GIBSON et R. GIBSON (dir.), *op. cit.*, note 1027, p. 62. Cela dit, nous y succomberons un tantinet!

[1133] Une question préliminaire se pose ici. Un *homme hétérosexuel* peut-il validement et légitimement questionner les postulats du féminisme radical mackinnonnien? Un auteur estime à cet égard que si l'on peut difficilement douter de la validité et de la légitimité des critiques qui émanent d'autres femmes et qui stigmatisent, par exemple, le lien inextricable qu'établit MacKinnon entre hétérosexualité et subordination ou son universalisation abusive de l'expérience de la violence sexuelle, il en irait autrement si cette critique provenait d'un homme hétérosexuel. Une telle critique, dit-il, pourrait être interprétée comme une tentative de préserver son "accès libre aux femmes" et comme une preuve de son intérêt à perpétuer la hiérarchie sexuelle existante. Voir: J.G. SHERMAN, "Love Speech: The Social Utility of Pornography", (1995) 47 *Stanford Law Review* 661, à la p. 668. Tout en étant conscient du risque que l'on fasse une pareille interprétation de notre critique, nous avons signalé au troisième chapitre les réserves que nous inspire ce genre de discours. Résumons-les en disant que reconnaître la nécessité de prendre des précautions épistémologiques au moment d'aborder un discours radicalement "autre" ne doit pas emporter une démission face à l'obligation politique - et la nécessité pratique - d'engager le dialogue avec les tenant(e)s d'un tel discours. Mais allons plus loin. Et si la critique que fait un homme hétérosexuel de la représentation féministe radicale de l'expérience des femmes procédait d'une reconnaissance ab initio de l'intérêt de cette représentation, comme source de réflexion *en tant qu'homme hétérosexuel*, c'est-à-dire non pas tant un intérêt en tant que partie à une relation de subordination alléguée, mais un "intérêt érotique" dans une transformation radicale des rapports hommes-femmes. Voir en ce sens: D. KENNEDY, *Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1993, p. 208-213. Mais s'ouvrir à un tel discours, se laisser interpeller par lui, ne signifie pas délaisser tout esprit critique... Si bien que la position de Sherman nous paraît à cet égard éminemment insatisfaisante, en plus d'être inspirée du même déterminisme-essentialisme que l'on reproche à MacKinnon (voir, *infra*), mais exprimé cette fois d'un point de vue gay. En voici la preuve: "A heterosexual man brings to any sexual encounter with a woman an internalized sense of gender hierarchy: an innate perception of his sexual partner as his subordinate. Consequently, the heterosexual act can become for the heterosexual man a physical expression of hierarchy and of his privileged position in it. (...) Sexual acts between gay men involve persons of the same station within the hierarchy; each

des théories mackinnonniennes, c'est-à-dire à celle des années quatre-vingt-dix. Comme l'a souligné une auteure, le débat autour de ces théories s'est fait en deux vagues, l'une couvrant grosso modo la période comprise entre le début des années quatre-vingt et l'arrêt de 1985 dans l'affaire *American Booksellers Association, Inc.* v. *Hudnut*[1134], l'autre débutant au tournant des années quatre-vingt-dix et se poursuivant depuis[1135]. Lors de la première période, la critique fut dominée par un groupe de féministes qui s'auto-proclamèrent "pro-sex feminists" ou "sex radicals"[1136].

Pour l'essentiel, leur critique de la représentation mackinnonnienne de la sexualité s'articulait autour des arguments suivants: 1° sa théorie occulte l'ambiguïté et la variété de la sexualité féminine et décourage les explorations de cette sexualité; 2° sa théorie est intolérante envers les pratiques sexuelles inorthodoxes; 3° sa théorie subordonne la question du plaisir sexuel en n'insistant que sur les dangers rattachés à la sexualité; 4° sa théorie nie, d'une part, le désir féminin et, d'autre part, la possibilité que le plaisir féminin puisse être un lieu de résistance contre la norme masculine; 5° sa théorie refuse de reconnaître que la pornographie puisse servir à l'émancipation des femmes en présentant des images divergentes de leur sexualité; 6° sa théorie confond généralement fantasmes (masculins ou féminins) et pratiques sexuelles concrètes; 7° sa théorie nie toute autonomie aux femmes; 8° enfin, sa théorie prône une censure néo-victorienne. Quant au rôle attribué à l'État dans la théorie mackinnonnienne, les "sex radicals" estimaient qu'affirmer la nécessité d'une réglementation étatique de la pornographie équivalait à inviter le loup à entrer dans la bergerie, l'État ayant historiquement joué un rôle central dans l'oppression des femmes. Enfin, au plan de la stratégie employée par MacKinnon, elles considéraient que l'alliance indue entre les féministes anti-pornographie et la droite religieuse américaine mettait en danger les acquis féministes et le statut des minorités sexuelles comme les gays et lesbiennes[1137].

On le constate, le discours des "sex radicals" était largement inspiré des idéaux de la révolution sexuelle, qui faisaient de la sexualité un instrument de libération plutôt que d'oppression. C'est d'ailleurs dans leur saisie des phénomènes de construction de l'identité sexuelle que se situe leur

---

man comprehends that his partner is neither his subordinate nor his superior, so gay sexuality is nonhierarchical in a way that heterosexual sexuality is not." Voir: J.G. SHERMAN, *id.*, à la p. 691. Comme si l'homme gay pouvait, par l'usage de la raison ("comprehends"), rejeter certaines caractéristiques *construites* de sa masculinité, et que cette possibilité était interdite à l'hétérosexuel...

[1134] *Supra*, note 839.

[1135] Voir généralement: K. ABRAMS, *loc. cit.*, note 997.

[1136] L'ouvrage collectif *Pleasure and Danger* constitue en quelque sorte leur manifeste. Voir C. VANCE (dir.), *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Boston / London / Melbourne / Henley, Routlege / Kegan Paul, 1984.

[1137] K. ABRAMS, *loc. cit.*, note 997, aux pp. 310-317.

contribution la plus importante au débat provoqué par les thèses de Catharine MacKinnon au regard de la censure de la représentation sexuelle. Les "sex radicals" rappelaient en effet qu'en tant que phénomène protéiforme, la sexualité n'a pas un sens unique et n'est pas entièrement prédéterminée. Partant, chacune de ses manifestations peut faire l'objet d'interprétations divergentes, particulièrement les plus controversées. Dans cette foulée, les "sex radicals" insistaient sur la marge relative d'autonomie dont jouissent les acteurs de cette sexualité, prenant sur ce point le contrepied de MacKinnon.

Toutefois, à cette saisie relativement complexe des "sous-ensembles flous" de la sexualité s'ajouta une critique un peu simpliste des tentatives de régulation étatique de la représentation sexuelle, où toute intervention de l'État sur ce plan était présentée comme intrinsèquement négative[1138]. Ceci peut d'ailleurs expliquer les difficultés auxquelles elles se butèrent pour imposer leur point de vue dans le champ du droit, hormis bien sûr le fait qu'elles ne formulaient pas en termes juridiques la problématique posée par cette représentation[1139]. Ce n'est en fait que dans le contexte des débats judiciaires tenus autour de l'ordonnance d'Indianapolis que leur critique fut juridicisée. Intervenant dans l'affaire *Hudnut*, le *Feminist Anti-Censorship Taskforce* (FACT) et le *Women's Legal Defense Fund* (WLDF) affirmèrent pour l'essentiel que cette ordonnance portait atteinte à la liberté d'expression des femmes, compte tenu de ses postulats et conséquences envisageables, ainsi qu'à leur droit à l'égalité. En premier lieu, l'ordonnance adoptait comme prémisse l'idée victorienne selon laquelle la sexualité est mauvaise pour les femmes, d'où la nécessité de protéger ces dernières, même contre leur gré. De même, elle postulait que la représentation sexuelle était nécessairement dommageable ou sexiste, bref, qu'elle n'agissait qu'à sens unique. En second lieu, elle perpétuait les stéréotypes de la femme comme victime passive incapable de libre jouissance et de l'homme comme bête irresponsable, le tout contrairement au quatorzième amendement de la Constitution américaine. En troisième lieu, elle était inconstitutionnellement vague, d'une part en prohibant, *sans tenir compte du contexte de la production et de la présentation*, toute représentation sexuelle mettant en scène un épisode de soumission des femmes, et, d'autre part en ne définissant pas clairement cette idée de soumission ou, au mieux, en tentant de la baliser en recourant à des stéréotypes sexistes. En quatrième lieu, le lien établi entre la pornographie et les effets sociaux négatifs qui lui étaient attribués n'était pas assez direct et immédiat pour justifier sa prohibition aux termes du premier amendement. En cinquième lieu, cette ordonnance confondait inconstitutionnellement soumission dans la réalité et dans l'imaginaire. Enfin, l'ordonnance ne

[1138] *Id.*, à la p. 317
[1139] *Id.*, à la p. 316.

faisait rien pour améliorer concrètement, surtout économiquement, le statut ou le poids politique des femmes au sein de la société[1140].

On connaît la suite. La Cour d'appel se rendit aux arguments des intervenants FACT et WLDF, inaugurant une brève période d'accalmie dans le débat provoqué par Catharine MacKinnon autour de la représentation sexuelle[1141]. La trêve devait toutefois être de courte durée, la polémique reprenant de plus belle à l'aube des années quatre-vingt-dix à la suite d'une résurgence des pressions en faveur de l'imposition d'une censure de la représentation sexuelle. Une nouvelle critique des thèses mackinnonniennes a alors émergé au sein même du féminisme juridique. Tout en reprenant certaines des idées avancées préalablement, cette critique a généralement cherché à reproblématiser la saisie juridique de la sexualité et de la représentation sexuelle à partir d'une nouvelle grille théorique, souvent largement inspirée de la grille postmoderniste. On observait au même moment une plus grande réceptivité à un questionnement du statu quo en matière d'interprétation de la liberté d'expression et ce, même chez des juristes ayant jadis défendu l'orthodoxie sur ce plan. C'est donc à cette critique contemporaine des thèses mackinnonniennes que nous nous attarderons ci-après. Nous le ferons d'abord en examinant les principales réactions que suscite aujourd'hui la théorie de la sexualité de cette auteure, après quoi nous analyserons son rapport au droit. Nous identifierons enfin ce qui, tant dans le féminisme mackinnonnien que dans les réactions qu'il provoque, est susceptible de bloquer l'évolution de la pensée juridique, en colmatant à l'avance toute brèche porteuse d'ouverture aux discours "autres".

5.1.2.2.1. <u>La sexualité selon MacKinnon ou la dictature du constructivisme social</u>

Avant de répertorier les principales lacunes de la théorie de la sexualité mise de l'avant par Catharine MacKinnon, il convient de faire une brève escapade littéraire, qui nous donnera l'occasion de faire apparaître une bien insolite parenté entre deux représentations apparemment polaires de la sexualité.

Encore aujourd'hui, Donatien-Alphonse de Sade demeure, dans nos sociétés occidentales du moins, l'archétype du pornographe. Le "Divin marquis", ce "bloc d'abîme" selon l'expression

---

[1140] Voir généralement: N.H. HUNTER et S.A. LAW, "Appendix A: The FACT Brief", dans: L. DUGGAN et N.D. HUNTER (dir.), *Sex Wars. Sexual Dissent and Political Culture*, New York / London, Routledge, 1995, pp. 207-247. Ce texte est en fait la reproduction intégrale du mémoire des intervenants FACT et WLDF dans l'affaire *Hudnut*.

[1141] S.E. KELLER, "Viewing and Doing: Complicating Pornography's Meaning", (1993) 81 *Georgetown Law Journal* 2195, à la p. 2196.

d'Annie Le Brun[1142], reste en effet une "référence" en la matière. Au-delà de la réhabilitation littéraire dont son oeuvre fit l'objet à partir du début des années soixante, son caractère sulfureux continue malgré tout de susciter la polémique. En fait, on imagine mal aller plus loin que lui dans la description méthodique - chirurgicale même - de l'abjection, ce qui se vérifie tout particulièrement dans *Les 120 journées de Sodome*, roman dans lequel les personnages élèvent le sévice sexuel au rang d'art majeur. Mais, pour crue qu'elle soit, la description de ces sévices les situe dans un contexte bien précis, en l'occurrence celui de l'exercice d'un pouvoir libéré de toute contrainte sociale. Comme l'a souligné Camille Paglia, Sade est une espèce d'anti-Rousseau qui oppose à une nature harmonieuse, tutélaire, où un être humain foncièrement bon et rationnel occupe une place centrale, une nature chaotique, violente, où cet être humain, créature vivante parmi d'autres, ne peut échapper au cycle infernal de la domination - il est ou bien dominant ou bien dominé. Professant une philosophie qui ne manque pas de rappeler l'esprit que l'on qualifiera plus tard de "darwinien", Sade met de l'avant un anti-humanisme radical, où l'être humain, luttant pour sa survie, ne peut éviter d'adopter une position rigoureusement individualiste, qui se muera nécessairement en un égoïsme et un hédonisme absolus dès lors que le désenchantement et l'ennui auront fait tomber les masques sociaux[1143]. Vue sous cet éclairage, la liberté ne peut que mener au despotisme et à la profanation du sacré.

Mais pourquoi parler de Sade dans le cadre d'une analyse critique des théories de Catharine MacKinnon? Comment, objecteraient même certains, *oser* associer Sade et MacKinnon, ce qui, sauf erreur, n'a jamais été fait auparavant? Pour deux raisons, en fait. D'abord, pour l'analyse que fait Sade de la sexualité, ensuite pour l'intérêt que présente son cas au regard de la problématique de la censure de l'expression pornographique. Nous nous en tiendrons pour l'instant au premier volet de cette énumération.

À travers ses oeuvres ponctuées de longues digressions philosophiques sur la place qu'occupent le mal et la cruauté dans la nature humaine et sur leur incarnation dans la sexualité, Sade développe bel et bien une théorie de la sexualité. Pour les fins de notre propos, retenons-en les éléments suivants, tels qu'identifiés par Camille Paglia. En premier lieu, nous dit cette dernière, "[f]or Sade, sex *is* violence. Violence is the authentic spirit of mother nature. (...) Sex is power. Sex and agression so fuse that not only is sex murderous but murder is sexual."[1144] Ce que nous confirme

---

[1142] A. LE BRUN, *Soudain, un bloc d'abîme, Sade: introduction aux oeuvres complètes*, Paris, Jean-Jacques Pauvert, 1986..
[1143] C. PAGLIA, *Sexual Personae, op. cit.*, note 996, chapitre 8.
[1144] *Id.*, pp. 235-236.

le principal intéressé lui-même lorsqu'il imagine la conversation suivante entre un juge et un aristocrate, aussi pervers l'un que l'autre:

> J'ai cent fois donné ma voix, (...), pour faire pendre des malheureux que je savais bien être innocents, et je ne me suis jamais livré à cette petite injustice-là sans éprouver au-dedans de moi-même un chatouillement voluptueux où les organes du plaisir de la couille se seraient enflammés bien vite. Jugez de ce que j'ai ressenti quand j'ai fait pis. - Il est certain, dit le duc, (...), que le crime a suffisamment de charme pour enflammer lui seul tous les sens, sans qu'on soit obligé d'avoir recours à aucun autre expédient, et personne ne conçoit comme moi que les forfaits, même les plus éloignés de ceux du libertinage, puissent faire bander comme ceux qui lui appartiennent. Moi qui vous parle, j'ai bandé à voler, à assassiner, à incendier, et je suis parfaitement sûr que ce n'est pas l'objet du libertinage qui nous anime, mais l'idée du mal; qu'en conséquence, c'est pour le mal seul qu'on bande et non pas pour l'objet, en telle sorte que si cet objet était dénué de la possibilité de nous faire faire le mal nous ne banderions plus pour lui. (...) - Il n'y a que deux ou trois crimes à faire dans le monde, (...), et, ceux-là faits, tout est dit; le reste est inférieur et l'on ne sent plus rien. Combien de fois, sacredieu, n'ai-je pas désiré qu'on pût attaquer le soleil, en priver l'univers, ou s'en servir pour embraser le monde? Ce serait des crimes, cela, et non pas les petits écarts où nous nous livrons, qui se bornent à métamorphoser au bout de l'an une douzaine de créatures en mottes de terre.[1145]

Paglia attire notre attention non seulement sur l'amoralité absolue de la sexualité dans l'univers sadien mais aussi sur la normativité qui, malgré tout, s'installe dans un contexte d'exercice d'une domination brute, libérée des contraintes de la moralité sociale:

> Since man has no privilege in Sade's universe, human acts are "neither good nor bad intrinsically." From nature's point of view, marital sex is no different from rape. To prove human benevolence a utopian theory contradicted by reality, Sade assembles a catalog of atrocities committed by every culture in history, often in the name of religion. (...) Surprisingly, Sade's abolition of civil and divine law does not lead to anarchy. The libertines establish their own rigorous structures, the natural hierarchy of strong and weak, master and slave. (...), Sade's libertines organize themselves into autonomous social units. They issue prospectuses and statutes, design formal architectural environments, and herd their victims into erotic classes and subsets. Like colonies of ants, they secrete systems.[1146]

[1145] D.-A. de SADE, *Les 120 journées de Sodome*, Paris, Union générale d'Éditions, 1975, pp. 241-242.

[1146] C. PAGLIA, *Sexual Personae, op. cit.*, note 996, p. 237. Roland Barthes abondait dans le même sens lorsqu'il signalait que "[l]a clôture du lieu sadien a une autre fonction: elle fonde une autarcie sociale. Une fois enfermés, les libertins, leurs aides et leurs sujets forment une société complète, pourvue d'une économie, d'une morale, d'une parole et d'un temps, articulé en horaires, en travaux et en fêtes. Ici comme ailleurs, c'est la clôture qui permet le système, c'est-à-dire l'imagination." Voir: R. BARTHES, *Sade, Fourier, Loyola*, Paris, Seuil, 1971, p. 23.

Par le truchement de personnages qui, trouvant banale la vertu, lui préfèrent le vice, Sade n'encourage pas tant les comportements qu'il décrit qu'il ne les observe, mi-voyeur, mi-philosophe. C'est ainsi qu'il dit constater que ces comportements procèdent de pulsions irrésistibles que la socialisation ne permet pas de contrôler éternellement. Dès lors que le désenchantement, le cynisme ou même l'ennui se pointent à l'horizon, la violence naturelle refoulée menace de ressurgir. Sa théorie de la sexualité s'avère en ce sens une théorie de la domination, voire une théorie de l'inéluctable cruauté de la bête humaine. "Bête humaine", disons-nous, car dans ses romans, tant les hommes que les femmes sont aspirées dans le tourbillon de l'abjection: "Men take masochistic roles and women rape and torture in order to destroy traditional sexual hierarchy. Paganism is restored and the hermaphroditic world of Roman orgy recreated. Sade wants to create an androgyne as perfect monster, combining as many perverse identities as possible."[1147] En fait, à travers la taxonomie de la subordination qu'il dresse, Sade, si mysogyne soit-il, fait de tous ses personnages dominants, femmes comme hommes, des explorateurs d'un mal radical qui s'exprime dans une violence sexuelle ritualisée. Une nuance s'impose, toutefois, qui semble échapper à Paglia: ce sont les seuls personnages *dominants* qui bénéficient de l'autonomie nécessaire pour faire ces explorations. Les autres personnages, les *dominés*, déshumanisés par une représentation abstraite, sont condamnés à être dominés. Bien que participant à des jeux de rôles au cours desquels ils pourront momentanément dominer leur maître, ces personnages ne goûteront pareil renversement des rôles qu'aux seules fins de la satisfaction sexuelle du maître. Comme le disait Roland Barthes, il n'est pas, dans la société sadienne, d'émigration possible entre la classe des libertins (dominants) et celle de leurs objets (dominés)[1148].

Que tirer de cette brève, mais nécessairement incomplète, "étude" de la théorie sadienne de la sexualité? D'abord que pour Sade, sexualité et violence sont inextricablement liés: la sexualité est violente, et la violence est sexuelle. Au surplus, parce que dans l'ordre naturel la sexualité est intrinsèquement violente, ce n'est qu'à travers une socialisation moralisante qu'il devient possible de distinguer entre la sexualité-violence et la sexualité-amour. C'est ainsi que Sade, prenant la loupe froide de l'entomologue, en vient à nier la validité même de cette distinction. Par ailleurs, la sexualité étant nécessairement violente, toute pratique sexuelle n'est donc qu'une manifestation concrète parmi d'autres de l'exercice du pouvoir d'un individu sur un autre. Et bien que Sade imagine une variété infinie de "jeux de rôles", la sexualité demeure avant toute chose un lieu d'exercice du pouvoir. Que le dominant se fasse momentanément dominé ou que les rôles sexuels, voire les sexes eux-mêmes, soient temporairement troqués n'y change rien: toujours, c'est de pouvoir qu'il s'agit. Bref, l'exercice de la domination n'est pas tant *sexualisé* que proprement

[1147] C. PAGLIA, *id.*, p. 240.
[1148] R. BARTHES, *op. cit.*, note 1146, p. 29.

sexuel. Mais bien qu'affranchi des contraintes normatives externes, comme celles posées par l'État, l'exercice de ce pouvoir est cependant organisé: son effectivité suppose une production normative minimale. Car chez la bête humaine, la domination n'est jamais complètement brute: rationalisé et ritualisé, son exercice répond à des normes précises. La conscience, scorie de la morale, n'a ici rien à faire: seule opère une certaine forme de raison "déconscientisée", en sorte que la théorie sadienne de la sexualité, pervertissant le rationalisme des Lumières, consiste elle aussi en une théorie du choix rationnel, mais cette fois du mal absolu... Ce qui explique que bien qu'auto-policés, les rapports de domination se soldent toujours au profit du plus fort.

Mais pourquoi tant insister sur la sexualité? Le pouvoir ne s'exerce-t-il pas ailleurs? La guerre, par exemple, n'est-elle pas l'occasion de toutes les cruautés? Plutôt que de tenter de répondre définitivement et exhaustivement à cette question, ce qui de toute façon ne serait pas du ressort de cette thèse, nous soulèverons simplement quelques hypothèses. Peut-être Sade a-t-il senti que, plus que d'autres phénomènes, la pulsion sexuelle est susceptible de désorganiser les relations sociales posées comme normales, décapant en quelque sorte le vernis social et ramenant l'humain à un stade pré-social? Ou peut-être y a-t-il vu le lieu le plus probable de "désocialisation" de l'être humain, c'est-à-dire celui où il peut le plus librement réaliser, concrétiser, son désir de domination?

Quelle que soit la validité de ces hypothèses, il est étonnant de constater à quel point la théorie sadienne de la sexualité laisse à certains égards une impression de déjà vu. Pour tout dire, on a l'impression que le marquis de Sade et Catharine MacKinnon ont eu les mêmes intuitions à propos de la sexualité, et ce malgré leurs nombreuses et profondes différences. En effet, outre le fait que pour Sade, la violence intrinsèque de la sexualité est d'origine naturelle, alors qu'elle est d'origine sociale chez MacKinnon, on reste pantois devant les similitudes de leur analyse. Ce qui s'avère plutôt ironique, sachant combien leurs objectifs s'opposent radicalement, Sade proposant une philosophie naturaliste anarcho-libertaire alors que MacKinnon prône une philosophie éminemment perfectionniste. Mais le fait est que l'un et l'autre associent systématiquement sexualité, violence et pouvoir, en plus de faire apparaître certaines pratiques sexuelles considérées comme "normales", donc acceptables, sous un jour singulièrement insolite - pensons aux relations sexuelles généralement vues comme consensuelles.

Cela dit, de même que certaines de leurs thèses sur la sexualité se rapprochent étrangement, les critiques que l'on peut formuler contre elles se rejoignent aussi: l'un et l'autre réduisent la sexualité à certaines de ses pathologies, bref, tous deux adoptent d'emblée ce que nous appellerons un "prisme pathologique", c'est-à-dire que chacun élabore sa théorie de la sexualité en

focalisant sur des comportements qui relèvent plus de la pathologie que de la "normalité", quel que soit le sens que l'on attribue à ce mot. Mais, à un certain stade, leurs chemins divergent. On le sait, Sade met systématiquement en scène des comportements sexuels où les sévices physiques sont omniprésents. La sexualité devient dès lors synonyme de dégradation physique, consensuelle ou imposée. C'est en ce sens que l'on peut soutenir que cet auteur réduit le phénomène sexuel. Toutefois, procédant d'une philosophie qui s'exprime dans un contexte de fiction littéraire, son réductionnisme n'a guère de conséquence, sinon au plan moral. En effet, Sade ne s'intéresse aucunement à la recherche empirique, en sorte que sa théorie de la sexualité ne prétend nullement à la validité. Il en va autrement de Catharine MacKinnon qui, elle, prétend donner une représentation théorique, certes, mais néanmoins évocatrice de ce qu'est la réalité *concrète* de la sexualité. Non contente de projeter une image de la sexualité comme lieu de violence *structurelle*, elle laisse entendre que cette violence préside également au processus d'individualisation des comportements sexuels dans un contexte de relations de pouvoir entre les femmes et les hommes. C'est donc lors de son analyse des pratiques d'individualisation de la sexualité que son prisme devient véritablement pathologique, donc réducteur.

De fait, MacKinnon fonde sa modélisation de la sexualité - inspirée, dit-elle, de l'"expérience" des femmes - sur certains "morceaux choisis" de cette réalité, tels le harcèlement et l'agression sexuels. Dans la théorie mackinnonnienne, la sexualité vécue aujourd'hui n'est que violence et pouvoir. Elle est *réduite* à la violence et au pouvoir, devrions-nous ajouter, en raison de la sélectivité dont fait preuve MacKinnon au plan de la cueillette initiale des données. Certaines d'entre elles sont jugées d'emblée pertinentes, en l'occurrence celles qui illustrent la domination des hommes sur les femmes[1149], alors que d'autres sont rejetées ou, comme nous le verrons plus loin, carrément discréditées. Un choix normatif a priori s'exerce donc à ce stade, procédant d'une représentation initiale de ce qu'est censée être la sexualité. C'est ce choix qui justifie la réduction théorique que MacKinnon fait subir au phénomène sexuel. Nous reviendrons plus tard sur les problèmes proprement théoriques que soulève pareille approche. Nous verrons pour l'instant en quoi ce réductionnisme mine la validité de sa théorie et ce, même en tenant compte du visage métaphorique que celle-ci revêt à certains égards. Plus spécifiquement, nous verrons que ce réductionnisme se manifeste, d'une part, à travers un essentialisme rampant et, d'autre part, à

[1149] D'ailleurs, la professeur MacKinnon, parlant du "secret méthodologique de son féminisme", affirme que celui-ci "(...) is built on believing women's accounts of sexual use and abuse by men." Voir: C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 922, p. 5. On ne peut que louer cette approche, étant donné la "décrédibilisation épistémologique" vécues par les femmes à travers l'histoire lorsque celles-ci se hasardaient à relater une expérience d'abus et le "discrédit social" dont elles étaient souvent victimes après avoir relaté cette expérience. Toutefois, on voit mal en quoi croire les femmes victimes d'abus implique qu'il ne faille pas croire celles qui disent ne pas avoir été abusées, même après qu'elles aient lu les textes de MacKinnon...

travers un déterminisme qui la mène à nier la validité des prétentions à l'exercice d'une autonomie individuelle minimale.

On peut séparer en deux groupes les critiques qui s'en prennent à l'essentialisme de la théorie de la professeure MacKinnon. Il y a d'abord celles qui lui reprochent sa modélisation des identités féminine et masculine, laquelle débouche sur un constat d'antagonisme quasi irréductible; il y a ensuite celles qui en ont contre l'homogénéisation que MacKinnon fait subir à l'identité féminine. Ces dernières, surtout des juristes issues de minorités ethniques ou raciales, lui reprochent en fait de pratiquer "l'essentialisme de la femme blanche".

Pour MacKinnon, les femmes sont non seulement définies en fonction de la norme masculine mais en sont aussi toutes victimes. Lieu privilégié de la domination masculine et de la soumission féminine, la sexualité est le premier champ où cette norme se voit consacrée; de là, son *imperium* s'étend à toutes les autres sphères de la vie, ce qui explique la place centrale que lui accorde MacKinnon dans sa théorie[1150]. C'est donc la victimisation systématique et structurelle des femmes aux mains des hommes qui unit les premières et permet d'affirmer l'existence d'une condition identitaire "femme". On constate immédiatement combien cette représentation est dichotomique et antagonique: d'un côté, il y a les femmes-victimes, de l'autre, les hommes-bourreaux[1151], l'expérience sexuelle des premières se limitant à "n'avoir des relations sexuelles que pour satisfaire l'autre"[1152] Entièrement préméditée, cette représentation répond à un double objectif d'ordre théorique et stratégique: "The MacKinnon/Dworkin strategy has been to say explicitly that the category Woman is a social category, and then to argue further that sexual objectification unites all women in their common victimization. The MacKinnon move is to unite Woman with an essentialist understanding of "male". Thus, Woman has a social meaning that unites the category across any possible fissures because she is oppressed by men."[1153] L'essentialisme de MacKinnon découle ici de son usage abusif du prisme constructiviste, qui fait

---

[1150] D. RÉAUME, *loc. cit.*, note 26, à la p. 473. Est-il par ailleurs besoin d'ajouter ici que l'importance que MacKinnon accorde à la sexualité comme lieu de condensation de l'expérience sociale des femmes ne fait pas nécessairement l'unanimité. Comme le remarque une auteure, "[i]n concentrating on the power and universal relevance of sexual relations, MacKinnon mirrors the phallic centrism of the popular media, where people are defined by what they do in bed." Voir: E. JACKSON, *loc. cit.*, note 1132, à la p. 199. Voir aussi: D. CORNELL, *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction and the Law*, New York / London, 1991, p. 130.

[1151] On pourrait également parler d'une reproduction du mythe de l'homme sadique et de la femme masochiste. Voir en ce sens: A. FERGUSON, *Blood at the Root. Motherhood, Sexuality & Male Dominance*, London, Pandora Press, 1989, p. 53.

[1152] M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p. 132. Traduction de: "(...) having sex solely at the command and for the pleasure of another."

[1153] J. GRANT, *op. cit.*, note 414, p. 78.

que, dans la société patriarcale, "(...) women's imposed "sex" is women's "essence", her only being."[1154]

Paradoxalement, on remarquera que, bien qu'elle s'en prenne initialement à la construction sociale de l'identité "femme" à partir de la norme masculine, MacKinnon ne peut elle-même éviter de recourir à un procédé semblable. En effet, en définissant la femme comme une victime, elle la confine a priori dans un rôle passif[1155] puisque cette femme, qui n'est pas victime dans l'abstrait, ne le devient qu'en conséquence d'un comportement *masculin* sur lequel elle n'exerce aucun contrôle[1156]. C'est donc sur une essentialisation initiale de l'identité masculine que MacKinnon asseoit sa théorie de la sexualité[1157]. Dans cet esprit, elle affirmera par exemple que la sexualité masculine "(..) centres on agressive intrusion on those with less power. Such acts are experienced as sexually arousing, as sex itself. They therefore are."[1158] Figées, uniformisées, quasi

---

[1154] D. CORNELL, *Transformations. Recollective Imagination and Sexual Difference*, New York / London, Routledge, 1993, p. 132.

[1155] MacKinnon revient d'ailleurs constamment avec les images de l'homme *pénétrant* ("fucker") et de la femme *pénétrée* ("fuckee"). Cette tendance se manifeste encore plus fréquemment chez sa comparse Andrea Dworkin, pour qui la pénétration dans un rapport hétérosexuel "(...) remains (...) *the* means of physiologically making a woman inferior." Voir: A. DWORKIN, *Intercourse*, *op. cit.*, note 1001, p. 137. Sans nier que, dans certains contextes, la pénétration puisse effectivement avoir cette signification, il nous semble toutefois abusif de la réduire à cette seule dimension, tout comme ça l'est de réduire l'hétérosexualité à la seule pénétration (ou à la position du missionnaire, pourrait-on ajouter...). Des *pénétrants* comme des *pénétrées* ne parlent-ils pas parfois du sentiment de fusion qu'ils éprouvent à pratiquer cette activité? Ce à quoi MacKinnon répondra que les *pénétrées* sont alors victimes de "fausse conscience" - nous y reviendrons. Mais il reste que le seul moyen de fonder la validité universelle de l'équation "pénétration = subordination" est de déshumaniser entièrement celles et ceux qui pratiquent cette activité, en sorte qu'ils ne sont plus des femmes et des hommes en chair et en os évoluant dans un contexte spécifique en fonction de leur psychologie particulière, avec les dimensions contraintes et choisies de celle-ci. Ce n'est en fait qu'à la suite de cette déshumanisation que l'on pourra froidement parler de *pénétrants* et de *pénétrées*. En toute hypothèse, l'importance cardinale qu'accordent MacKinnon et Dworkin à la pénétration équivaut à sur-déterminer erronément une partie d'un tout de manière à renforcer les présupposés normatifs de leur théorie. Accorder autant d'importance à une simple fonction biologique témoigne également de l'essentialisme et du déterminisme qui inspire leur théorie.

[1156] M.R. MAHONEY, "Women and Whiteness in Practice and Theory: A Reply to Catharine MacKinnon" (1993) 5 *Yale Journal of Law & Feminism* 217, à la p. 217.

[1157] Sur l'essentialisme de la représentation mackinnonnienne de l'identité masculine, voir plus spécifiquement: R. COLLIER, *Masculinity, Law and the Family*, London / New York, Routledge, 1995, p. 22. L'auteure Joan Cocks, qui se montre très critique face à ce genre de discours, résume ainsi les idées fondamentales qui sous-tendent la vision de l'identité masculine dans un certain féminisme radical: "All originative thought and action being, in patriarcal society, the thought and action of men, any evil done must have men's authorship and agency behind it, even when women are not its direct target and indeed may seem to be its co-perpetrators. The facts of men's ceaseless responsibility and women's unrelenting innocence are, after all, part of what it means to say that men are the active subjects and women the conditioned objects of social life. More drastically, men have a special propensity for doing evil: there has been nothing else that they *have* done. It typically is argued that the masculine self, for bio-psychological and/or deep cultural reasons, experiences himself in separation from and opposition to everything outside himself and can secure his inviolability only by subjecting everything else to his will. All of men's projects have the drive to domination at their core." Voir: J. COCKS, *The Oppositional Imagination. Feminism, Critique, and Political Theory*, London / New York, Routledge, 1989, pp. 176-177.

[1158] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 18, p. 127.

naturalisées, l'identité et la sexualité masculines sont posées comme des constantes[1159], la seule variable étant l'identité féminine[1160], *et encore dans la seule mesure où l'on postule pour les fins de la discussion que le travail de conscientisation des femmes proposé par MacKinnon s'avérera un succès.* Sous cette réserve, la femme voit elle aussi son identité essentialisée comme victime universelle du victimisateur universel qu'est l'homme.

Peut-être est-ce d'ailleurs cette vision a priori négative de l'identité masculine qui explique que MacKinnon ne s'interroge aucunement sur la manière dont fut mise en place l'inégalité sexuelle que l'on observe dans la société? Pas plus qu'elle ne cherche à élucider l'intérêt que les hommes ont à perpétuer cette inégalité[1161]. En fait, elle postule cet intérêt, en soutenant simplement que les détenteurs d'un privilège ont généralement intérêt à le maintenir. Comme si l'identité masculine et les prérogatives sociales qui s'y sont historiquement rattachées n'étaient que problématiques à travers un prisme féministe sans pouvoir elles-mêmes être radicalement *reproblématisées*. Comme si l'identité et la sexualité masculines n'impliquaient aucune part de construction sociale. Comme si, au fond, "[male sexuality] can remain undistorted whilst distorting female sexuality" et que "men are outside culture, merely being its makers."[1162]

Si l'on ne peut faire grief à MacKinnon de ne pas longuement élaborer sur l'identité masculine - ce n'est pas là l'objectif de son projet théorique -, force est toutefois de constater que l'image qu'elle en donne est caricaturale, notamment quant à son volet sexuel[1163]. En fait, comme l'a noté un auteur, "[i]n a sense male sexuality has assumed a standing in feminist discourse similar to masculinity itself; it is that which is somehow "everywhere but nowhere", seemingly omnipresent yet invisible - so taken for granted that its sociality is negated in the mists of the myths and metaphors which surround our understanding of male sexuality."[1164] La réduction à l'absurde de l'identité et de la sexualité masculines dans la théorie mackinnonnienne emporte au moins trois conséquences problématiques. D'une part, elle naturalise l'idée même d'inégalité sexuelle, en

---

[1159] Andrea Dworkin, la collaboratrice de Catharine MacKinnon, écrit ceci à propos de la sexualité masculine: "Male sexual agression is the unifying thematic and behavioural reality of male sexuality; (...). An absence or repudiation of this agression, which is exceptional and which does exist in an eccentric and miniscule minority composed of homosexual and heterosexual men, distinguishes some men from most men, or to be more precise, the needle from the haysack." Voir: A. DWORKIN, *Pornography: Men Possessing Women*, *op. cit.*, note 1001, p. 57.

[1160] J. GRANT, *op. cit.*, note 414, p. 79.

[1161] D. RÉAUME, *loc. cit.*, note 26, à la p. 471.

[1162] C. SMART, *op. cit.*, note 1034, p. 77.

[1163] Angela Harris remarque ceci à propos de la thèse mackinnonnienne selon laquelle l'État est mâle: "But the victims of state violence are often men. Men's bodies are used as cannon fodder in wars; men are more likely to be killed by the police than women. This picture shows us something more than a male state working to repress women: it reveals a complex set of often contradictory social forces within masculinity itself." Voir: A. HARRIS, "Categorical Discourse and Dominance Theory", (1989-90) 5 *Berkeley Women's Law Journal* 181, à la p. 194.

[1164] R. COLLIER, *op. cit.*, note 1157, p. 139.

sorte que celle-ci, bien que posée comme socialement construite, paraît tellement ancrée dans les mentalités et attitudes qu'elle prend l'allure d'un donné pré-social. D'autre part, elle renforce la représentation négative que donne MacKinnon de l'hétérosexualité, qui est vue comme intrinsèquement opprimante compte tenu du contexte patriarcal dans lequel elle s'exprime[1165]. Enfin, on voit mal comment la transformation sociale radicale dont rêve Catharine MacKinnon pourrait se réaliser si l'identité et la sexualité masculines sont aussi figées et immuables qu'elle semble le croire. En effet, les femmes auront beau prendre conscience de l'injustice de leur sort et agir pour transformer leur condition, il reste qu'elles devront toujours se heurter à ces hommes à l'identité si radicalement frustre... À moins, bien sûr, qu'elles ne les invitent à se transformer eux-mêmes, ce qui présuppose qu'elles reconnaissent l'existence d'une telle possibilité de transformation et, partant, qu'elles s'y intéressent minimalement.

Ainsi donc, la théorie de MacKinnon "sur-socialise" la femme "et "dé-socialise" l'homme. Par l'usage de ce qu'Angela Harris a appelé un "discours catégorique"[1166], c'est-à-dire un discours qui réduit les sexualités de l'une et de l'autre à quelques caractéristiques homogènes, MacKinnon parvient non seulement à essentialiser la sexualité et à réduire au passage le *phénomène* sexuel, mais aussi à mécaniser l'intime en inscrivant à des fins politiques[1167] la sexualité dans le tourbillon sans fin de la dialectique dominant / dominée et à universaliser ce qu'elle-même pose comme constituant l'expérience de toutes les femmes.

Les visées universalistes de la théorie mackinnonnienne suscitent d'ailleurs la contestation, notamment chez des juristes issues de minorités raciales qui s'en prennent à l'"essentialisme de la femme blanche" dont ferait preuve MacKinnon. Ces dernières estiment grosso modo que l'expérience que MacKinnon pose comme universelle est en fait celle des femmes blanches, en sorte que celle des femmes de couleur se voit une fois de plus occultée ou reléguée à la marge[1168]. Or, selon ces juristes, l'expérience des femmes de couleur ne peut systématiquement être assimilée à celle des femmes blanches, surtout lorsque ces dernières proviennent d'une classe socioéconomique privilégiée comme c'est le cas de beaucoup de juristes universitaires féministes[1169]. Plus précisément, elles soutiennent que MacKinnon, en surdéterminant le rôle de

---

[1165] J. GRANT, *op. cit.*, note 414, p. 75. Voir notre analyse sur cette question, *supra*, sous-section 5.1.2.1.1.
[1166] A. HARRIS, *loc. cit.*, note 1163, à la p. 190.
[1167] Rappelons que pour MacKinnon, comme pour bien d'autres féministes, la sexualité est d'abord un enjeu politique qui, en ce sens, déborde de l'intime et de l'individuel, bref de ce que l'on appelle généralement l'espace privé.
[1168] La critique classique de cette forme d'essentialisme chez MacKinnon a été formulée par M. KLINE, "Race, Racism, and Feminist Legal Theory", (1989) 12 *Harvard Women's Law Journal* 115; A.P. HARRIS, *loc. cit.*, note 113.
[1169] A.P. HARRIS, *id.*, à la p. 588.

l'oppression fondée sur le genre, néglige l'impact d'autres formes d'oppression, par exemple celle fondée sur la race ou l'ethnie, limitant dès lors l'attrait de son féminisme aux yeux de celles qui les subissent, au point même d'invalider sa théorie[1170]. C'est donc la juxtaposition de plusieurs sources d'oppression sur un même sujet de droit qui distingue l'expérience des femmes de couleur. Or, pour une auteure, "[n]either black liberation politics nor feminist theory can ignore the intersectional experiences of those whom the movements claim as their respective constituents."[1171] Mais cette critique de l'essentialisme culturel de la théorie mackinnonnienne ne met pas seulement en cause l'application de cette théorie à la condition identitaire de femmes issues de groupes minoritaires au sein des États-Unis. Elle trouve également écho quant à son application au regard de la condition identitaire des femmes qui ne sont ni américaines[1172], ni occidentales[1173].

Si ces critiques ont d'indubitables mérites, entre autres parce qu'elles insufflent un peu de complexité dans l'analyse de la condition identitaire des femmes et rappellent le caractère éminemment situé de la théorie mackinnonnienne, elles n'emportent pourtant pas entièrement l'adhésion lorsqu'elles soutiennent que MacKinnon exclut le point de vue des femmes issues de minorités. De fait, plusieurs juristes minoritaires estiment que, malgré ses défauts, le sujet "femme" modélisé par MacKinnon n'a pas l'effet d'exclusion qu'on lui prête et, partant, ne procède pas de l'"essentialisme de la femme blanche"[1174]. Susan Christian résume ainsi l'argumention présentée au soutien de cette conclusion:

> I would, (...), argue that MacKinnon's thinking, as represented by her view that women are subordinated *as* women, i.e., on the basis of their sex, is not "essentialist." A perspective defined by a focus upon a form of inequality which affects all women, albeit in different ways depending upon our characteristics and resources, is not inherently "essentialist". Furthermore, I do not read MacKinnon's work as an argument for the proposition that

---

[1170] Voir généralement: C. ROMANY, "Ain't I a Feminist", (1991) 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 23.

[1171] K. CRENSHAW, *loc. cit.*, note 987, à la p. 166. Voir aussi, dans le même sens, D. CORNELL, *op. cit.*, note 1154, p. 114.

[1172] C'est ce que remarque la britannique Emily Jackson. Celle-ci, bien que reconnaissant la parenté juridique et culturelle des sociétés britannique et américaine, n'en insiste pas moins sur la nécessité de faire preuve de circonspection lorsqu'il s'agit d'appliquer ses théories à des sociétés non américaines, puisque sa théorie sociojuridique est nécessairement informée par les conditions particulières qui prévalent aux États-Unis. Voir: E. JACKSON, *loc. cit.*, note 1132, à la p. 196.

[1173] Vasuki Nesiah signale à cet égard que MacKinnon, dans son obsession de jeter les bases d'un féminisme juridique transnational, occulte la condition particulière des femmes du tiers-monde, quand elle ne s'en sert pas tout simplement pour renforcer ses prétentions au regard de la situation américaine. Voir: V. NESIAH, *loc. cit.*, note 912, aux pp. 201-202.

[1174] Voir notamment en ce sens: D.L. BROOKS, *loc. cit.*, note 113; E.C. CUNNINGHAM, "Unmaddening: A Response to Angela Harris", (1991) 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 155; S. CHRISTIAN, "Woman (Modified)", (1991) 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 171.

either 1) forms of oppression are distinct and separable, or 2) that one form of subordination - that based upon sexual inequality - is more significant or pervasive than others. On the contrary, I read MacKinnon's work as an assertion that characteristics other than sex - race, class, sexual orientation - are co-factors that are critical to, and inseparable from, a woman's identity - and subordination - as a woman.[1175]

MacKinnon elle-même rétorque à ces accusations d'essentialisme que son projet théorique s'inscrit dans le cadre d'un questionnement radical de la conceptualisation et de la mise en oeuvre du droit à l'égalité entre les sexes[1176], en sorte que "[t]o speak of social treatment "as a woman" is (...) not to invoke any abstract essence or homogeneous generic or ideal type, not to posit anything, far less a universal anything, but to refer to this diverse and pervasive concrete material reality of social meanings and practices such that, in the words of Richard Rorty, "a woman is not yet a way of being human..."[1177], et que "(...) to argue that oppression "as a woman" negates rather than encompasses recognition of the oppression of women on other bases, is to say that there is no such thing as the practice of sex inequality."[1178] À cela MacKinnon ajoute que "(...) "sex" is *made up of* the reality of the experiences of all women, including theirs. It is a composite unit rather than a divided unitary whole, such that each woman, in her way, is all women"[1179] et précise enfin que "(...) the assumption that all women are the same is part of the bedrock of sexism that the women's movement is predicated on challenging. That some academics find it difficult to theorize without reproducing it simply means that they continue to do to women what theory, predicated on the practice of male dominance, has always done to women. It is their notion of what theory is, and its relation to the world, that needs to change."[1180]

Cette dernière citation est à la fois éclairante et problématique. Elle est éclairante parce qu'elle explique que l'accent que met MacKinnon sur le "genre" répond d'abord et avant tout au besoin de choisir un point focal théorique. Or, peut-on blâmer une théoricienne de faire un tel choix? Non, à moins d'en avoir contre l'activité théorique elle-même, ce qui est ouvertement le cas de certaines des critiques de MacKinnon[1181]. Dans ce sens, le fait de privilégier la variable "genre /

[1175] S. CHRISTIAN, *id.*, à la p. 172.
[1176] Voir à cet égard: C.A. MacKINNON, "Reflections on Sex Equality Under Law", (1991) 100 *Yale Law Journal* 1281.
[1177] C.A. MacKINNON, "From Practice to Theory, or What is a White Woman Anyway?", (1991) 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 13, à la p. 16.
[1178] *Id.*, à la p. 20.
[1179] *Ibid.*
[1180] *Id.*, à la p. 22.
[1181] Voir notamment: A. P. HARRIS, *loc. cit.*, note 113, à la p. 585. C'est aussi un travers que l'on remarque chez certaines tenantes des "standpoint epistemologies". Ainsi, sur l'impact du "genre" sur la théorie de la connaissance, Alcoff et Potter soutiennent que: "(...) developments in feminist theory have demonstrated that gender as a category of analysis cannot be abstracted from a particular context while other factors are held stable;

sexe" comme point focal de sa théorie, plutôt que la variable "race" ou "classe", ne rend pas pour autant sa théorie essentialiste, puisque ce choix théorique ne peut être assimilé à une négation de l'impact potentiel d'autres variables sur la construction identitaire des femmes. Comme nous l'avons vu au premier chapitre, prendre théoriquement acte d'une condition identitaire donnée n'équivaut pas *en soi* à nier l'existence de variations au sein de cette condition ou, pire, la possibilité qu'existent d'autres conditions identitaires. De sorte que notre lecture de MacKinnon nous fait opiner en faveur de l'interprétation de celles qui ne voient pas d'essentialisme dans le traitement qu'elle réserve aux femmes issues de groupes non dominants. Peut-être pèche-t-elle par un universalisme abusif, mais, en toute hypothèse, il ne s'agit pas selon nous d'essentialisme[1182]. Bref, à l'instar des femmes blanches, les femmes de couleur voient leur identité essentialisée comme "victimes" par rapport aux hommes "vicitimisateurs", mais, au-delà de cette essentialisation initiale, le fait de ne pas traiter distinctement des unes et des autres nous paraît plutôt relever d'un choix théorique discutable mais légitime. En fait, l'essentialisme de MacKinnon se situe ailleurs, et c'est à cet égard que l'extrait précité nous paraît problématique, puisqu'il nous ramène en droite ligne vers sa modélisation des rapports hommes / femmes. Ayant déjà traité de sa conception essentialiste de l'identité masculine, nous aborderons maintenant les

---

gender can never be observed as a "pure" or solitary influence. Gender identity cannot be adequately understood - or even *perceived* - except as a component of complex interrelationships with other systems of identification and hierarchy. Thus, because gender as an abstract universal is not a useful analytical category and because research has revealed a plethora of oppressions at work in productions of knowledge, feminist epistemology is emerging as a research program with multiple dimensions. And feminist epistemology should not be taken as involving a commitment to gender as the primary axis of oppression, in any sense of "primary", or positing that gender is a theoretical variable from other axes of oppression and susceptible to a unique analysis." Voir: L. ALCOFF et E. POTTER, "Introduction: When Feminisms Intersect Epistemology", dans: L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *op. cit.*, note 152, p. 1, aux pp. 3-4. En fait, Alcoff et Potter considèrent que le statut ontologique des femmes a changé pour les théoriciennes féministes lorsqu'est apparue l'idée que les femmes, en tant que catégorie, n'existent pas; différents groupes de femmes existent et sont victimes d'une forme différente d'oppression. A fortiori, soutiennent-elles, si le concept de "femme" comme catégorie analytique n'est plus crédible, il en va de même pour celui d'une nature humaine universelle. Voir: *id.*, à la p. 4. On comprend que ces auteures plaident en faveur d'une approche plus complexe des variations entre les femmes et d'une prise en compte des différents visages de l'oppression et de leurs configurations variables. Mais on demeure cependant avec l'impression qu'elles confondent la volonté de rendre compte de la complexité de la réalité avec la recherche obsessive du plus petit dénominateur commun. La peur, endémique depuis quelques années, de froisser chacun dans son "moi opprimé" serait-elle responsable de cette recherche inlassable? Un genre de pré-culpabilité serait-il à l'origine d'une censure préalable théorique? Même si nous sommes plutôt réticent à employer ce terme galvaudé, serait-ce là une manifestation de "rectitude politique", découlant non pas d'une hypocondrie mais bien d'une paranoïa épistémologique? Dans un autre ordre d'idées, on reste avec l'impression qu'Alcoff et Potter sont carrément allergiques à toute idée de théorisation. Et, pourtant, c'est une chose de dire qu'il n'y a pas, dans les faits, de sujet "femme" homogène, mais c'en est une autre d'affirmer qu'il n'est plus utile d'employer la catégorie "femme" comme point focal théorique dans le but de mettre en lumière l'existence de récurrences systémiques dans le traitement des femmes individuelles. Nous renvoyons nos lecteurs à la notion de "condition identitaire" que nous avons explicitée au chapitre premier.

[1182] Au pire, peut-être pourrait-on y voir ce qu'une auteure appelle de l'"essentialisme faible". Voir: E. RAPAPORT, "Generalizing Gender: Reason and Essence in the Legal Thought of Catharine MacKinnon", dans: L.M. ANTHONY et C. WITT (dir.), *op. cit.*, note 379, p. 127, à la p. 135.

principaux problèmes liés à son postulat d'une victimisation universelle des femmes et de l'impact de ce postulat sur la modélisation de l'identité du sujet "femme".

Toute "grande théorie" suppose certaines réductions, qui découlent généralement d'hypothèses initiales ainsi que du point focal théorique privilégié. Ainsi, on peut certes être en désaccord avec le choix de MacKinnon de surdéterminer l'importance de la sexualité comme lieu de gestation et de perpétuation de l'oppression sociale des femmes, mais ce choix s'avère en principe légitime puisqu'il procède d'une hypothèse qui, en soi, n'est ni déraisonnable ni d'emblée discréditée par les faits. Donc, les réductions de ce genre ne posent pas comme telles de problème, en ce qu'elles ne constituent que les balises du prisme à travers lequel on entend appréhender une certaine réalité. Bref, elles n'invalident pas a priori la théorie proposée. C'est surtout aux stades postérieurs à la formulation des hypothèses qu'une approche trop réductionniste peut soulever des doutes quant à la validité des conclusions qui seront tirées de l'observation. Dès lors, la question n'est pas tant de savoir s'il y a réduction dans l'abstrait d'un phénomène, mais plutôt de savoir où et comment sont opérées les réductions. Or, c'est là que le bât blesse en ce qui a trait à la théorie mackinnonnienne.

Nous avons souligné précédemment que MacKinnon élabore sa théorie de la sexualité en focalisant sur des comportements violents qui, envisagés sous un angle *individuel*, relèvent plus de la pathologie que de la "normalité". MacKinnon affirme à cet égard, et non sans raison d'ailleurs, que la fréquence de ces comportements fait qu'il y a lieu de considérer comme endémique la violence sexuelle exercée envers les femmes, en sorte que, d'un point de vue *structurel*, cette violence est représentative de l'expérience *normale* des femmes. Elle fait donc de l'expérience de la femme victime de violence ou d'abus l'expérience sexuelle *paradigmatique* de toutes les femmes. Loin de nous l'idée de soutenir qu'elle a tort; comme l'affirme Duncan Kennedy, "(...) men and women gain and lose from the practice of abuse, *whether or not* they themselves are actually abusers or victims. These gains and losses are more far-reaching than is usually implied in the rhetoric either of those who minimize abuse or of those who are mainly trying to identify and condemn it."[1183] Vu ainsi, l'abus des femmes par les hommes n'est nullement pathologique[1184]. Mais MacKinnon ne s'arrête malheureusement pas là. Si, comme telle, son analyse structurelle ne

[1183] D. KENNEDY, *op. cit.*, note 1133, p. 137. Kennedy, *id.*, p. 164, soutient même que MacKinnon "théorise l'abjection". À noter, bien que reconnaissant l'intérêt que trouvent les hommes dans une société inégalitaire, Duncan Kennedy ne corrobore nullement les thèses mackinnonniennes.

[1184] Le fait qu'il ait été démontré que MacKinnon fait un usage à la fois sélectif et extensif de statistiques qui ne disent pas toujours ce qu'elle leur fait dire ou qui n'ont pas nécessairement la portée qu'elle leur accorde ne change rien d'un point de vue strictement structurel. Il en va autrement d'un point de vue individuel. Sur ce problème méthodologique, voir: K. BARTLETT, "MacKinnon's Feminism: Power on Whose Terms?", (1987) 75 *California Law Review* 1559, à la p. 1564.

pose pas vraiment de problème, il en va autrement des conclusions qu'elle tire à propos de l'expérience *individualisée* des femmes, qu'elle réduit par le truchement de ce que nous avons appelé son prisme pathologique. C'est qu'une fois transposée du plan structurel à l'échelle individuelle, la conclusion voulant que l'"abus" résume l'expérience sexuelle des femmes a pour effet de normaliser le comportement des hommes sur la base d'une "pathologie" qui, pour observable qu'elle soit au plan structurel, ne peut validement être universalisée à une échelle individuelle.

Rappelons que MacKinnon affirme constamment que sa théorie se developpe à partir de l'expérience qu'ont les femmes de la sexualité, plus particulièrement de l'hétérosexualité: "It is first practice, then theory. Actually, it moves this way in practice, not just in theory. (...) We [women] know things with our lives, and live that knowledge, beyond anything any theory has yet theorized. Women's practice of confrontation with the realities of male domination outruns any existing theory of the possibility of consciousness or resistance."[1185] Bref, c'est la pratique qui informe et, en quelque sorte, valide a priori la théorie. Cette façon de faire est censée permettre que soit finalement prise en compte l'expérience "concrète" des femmes, généralement occultée dans l'épistémologie traditionnelle où la théorie est d'abord élaborée et ensuite vérifiée. Autrement dit, MacKinnon affirme procéder de bas en haut, plutôt que l'inverse. Si tel est le cas, on s'explique toutefois mal pourquoi elle se montre si sélective dans sa cueillette des données pertinentes. Le fameux "prisme pathologique" joue encore ici, ce qui lui permet d'écarter ab initio une large part de l'expérience sexuelle concrète des femmes, tout simplement parce qu'elle ne correspond pas à l'image qu'elle donne de cette sexualité. MacKinnon normalise donc a priori l'expérience des femmes en fonction des postulats déterministes-essentialistes de sa théorie, de sorte qu'un jugement normatif conscient est posé sur ce que constitue la "véritable et authentique" expérience des femmes. Comme le souligne Judith Grant,

> Although continuing to call for an epistemology based in women's experiences, MacKinnon is very aware that the experiences of women are unlikely to conform to her (...) version of them without "consciousness raising." MacKinnon knows that experiences need interpretation. The problem is that MacKinnon believes she knows in advance what that interpretation should be. Thus, her claim to rely on experience becomes dubious. (...) Again, given that not all women's experiences of heterosexuality corroborate her view, MacKinnon's appeal to "consciousness raising" as a method for interpreting female experience assumes a priori what the outcome of such consciousness raising will be. Thus, her claim to rely on the female experience, however filtered through feminism, is insupportable.[1186]

[1185] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1177, à la p. 14.

[1186] J. GRANT, *op. cit.*, note 414, pp. 78-79. Dans le même sens, voir: C. SMART, *op. cit.*, note 1034, p. 77.

Pour décrire ce que fait MacKinnon, nous utiliserons une notion bien connue dans le champ du droit. Nous dirons ainsi qu'elle pré-constitue sa preuve, ce qui nous semble méthodologiquement et intellectuellement inacceptable. Plutôt que de prendre l'expérience des femmes telle qu'elle est, avec ses bons et ses mauvais côtés, elle leur impute une expérience préfabriquée[1187]. Comment toutefois expliquer ce douteux détour, sachant que sa démonstration des structures d'oppression des femmes au sein de la société, notamment par le truchement de la sexualité, est déjà suffisamment solide sans qu'elle ait besoin de s'appuyer sur ce genre de subterfuge?

Certaines, comme Frances Olsen, justifient cette façon de faire par l'approche structuraliste qu'elle adopte: "MacKinnon focuses more on the underlying structures of oppression and only incidentally on the experience of oppression. If these underlying structures of gender oppression have not changed significantly during the past quarter-century, then the fact that many middle-class women may experience their lives as more liberated than that of their mothers is somewhat besides the point."[1188] Cette explication n'est qu'en partie satisfaisante étant donné que bien que MacKinnon ne fasse pas mystère de son approche structuraliste, elle ne fait pas non plus mystère de ses velléités purement descriptives. D'autres, comme Richard Rorty, interprètent les thèses de MacKinnon de manière à y voir une incitation faite aux femmes à créer de toutes pièces leur propre expérience, plutôt que de simplement décrire ou exprimer celle qu'elles vivent présentement[1189]. Ce faisant, estime Rorty, les féministes "(...) would no longer need to raise what seem to me unanswerable questions about the accuracy of their representation of "woman's experience."[1190] Selon lui, c'est précisément ce que tente de faire MacKinnon, lorsqu'elle enjoint aux femmes de dégager un espace discursif qui leur soit propre et au sein duquel elles pourraient élaborer une utopie qui leur convienne et qui serve de grille d'évaluation de la société dans laquelle elles évoluent:

> I take her point to be that assumptions become visible *as* assumptions only if we can make the contradictions of those assumptions sound plausible. So injustices may not be perceived as injustices, even by those who suffer them, until somebody invents a previously unplayed role. Only if somebody has a dream, and a voice to describe that dream, does what looked like nature begin to look like culture, what looked like fate begin to look like moral abomination. For until then only the language of the oppressor is available, and most

---

[1187] J. GRANT, *id.*, p. 84.
[1188] F. OLSEN, "Feminist Theory un Grand Style", (1989) 89 *Columbia Law Review* 1147, à la p. 1167.
[1189] R. RORTY, "Feminism and Pragmatism", *Michigan Quarterly Review*, vol. XXX, n° 2, Spring 1991, p. 231, à la p. 238.
[1190] *Ibid.*

> oppressors have had the wit to teach the oppressed a language in which the oppressed will sound crazy - *even to themselves* - if they describe themselves *as* oppressed.[1191]

Tel est bien là l'objectif ultime de Catharine MacKinnon, d'où son insistance sur le "consciousness-raising". En effet, si l'on ne peut nier qu'un processus de conscientisation puisse mener à la création d'un nouvel espace discursif et, éventuellement, d'une utopie qui servira de tremplin pour transformer le monde "réel" - ce qui se rapproche d'une démarche auto-historique[1192] -, il reste que cela ne règle pas le problème que pose la représentation mackinnonnienne de l'expérience des femmes. En fait, on a l'impression que Rorty a lui-même été assez sélectif dans sa lecture des textes de MacKinnon. Certes veut-elle ouvrir des brèches dans le discours, mais elle n'en prétend pas moins *décrire* l'expérience des femmes. À cet égard, il y a lieu de se demander si l'occultation systématique des paradoxes et des variations inhérents à cette expérience ne procède pas simplement d'un souci de présenter une théorie superficiellement cohérente plutôt que vraiment complexe. Aussi, même en lui donnant le bénéfice du doute et en reconnaissant la dimension métaphorique de ses écrits, sa réduction de l'expérience des femmes paraît difficilement excusable. Elle l'est d'autant moins considérant le traitement qu'elle réserve à celles qui affirment leur expérience "divergente" ou, pire, qui nient la validité de sa théorie. Tenons-nous en pour l'instant aux premières, c'est-à-dire à celles qui prétendent disposer d'une *autonomie individuelle relative minimale* et, partant, qui s'estiment capables de faire des choix.

Le sort de l'idée d'autonomie individuelle dans la théorie mackinnonnienne est à n'en pas douter une des plus fréquentes sources de critique de cette théorie. Même des juristes féministes en principe d'accord avec l'idée de la construction sociale des "genres" trouvent que MacKinnon en fait un peu trop à cet égard, estimant que cette dernière, elle-même prisonnière de son esprit déterministe, tente d'emprisonner les autres femmes avec elle. On sait en effet combien MacKinnon insiste constamment sur le caractère construit des "genres". Être homme, être femme, c'est se voir assigner un rôle et un statut prédéterminés par l'histoire, par la société. C'est également se faire prescrire une série de caractéristiques, de comportements et d'attitudes donnés, qui n'ont rien à voir avec le sexe biologique. C'est surtout devoir satisfaire aux attentes liées au genre qui nous a été assigné. En sorte que la socialisation comme homme ou comme femme est un processus normatif. L'individu n'a rien à dire, ou si peu. Dès la naissance, il entre dans la prison des genres, la question étant de savoir s'il peut en sortir. MacKinnon, qui s'intéresse bien sûr avant tout aux femmes, offre à cette question une réponse à la fois ambigue et insatisfaisante. En effet, au déterminisme biologique prôné par certains, elle répond par un déterminisme social

---

[1191] *Id.*, à la p. 232.
[1192] Voir: G.E. SIOUI, *op. cit.*, note 158.

radical, qui aboutit à ce qui semble bien être une négation tout aussi radicale de l'individu, voire de sa possibilité de développer une individualité propre dans le cadre d'un processus de construction identitaire qui soit minimalement libre. Un peu comme si MacKinnon voyait une opposition ontologique entre la construction sociale de l'individu, d'une part, et son *individuation* dans la société comme fragment relativement autonome du tout social, d'autre part[1193]. C'est précisément là que se situe le paradoxe fondamental de sa théorie de la sexualité. Comment des femmes dont la psyché est le pur produit d'un conditionnement social apparemment sans faille peuvent-elles prendre conscience de l'injustice de leur condition? À partir de quel référent peuvent-elles porter pareil jugement? Comme le signale une auteure,

> MacKinnon does not offer any solution: we are the products of cultural conditioning, but we cannot tell how we have been changed until we have displaced present inequalities. But this argument is dangerously defeatist: if cultural forces have determined gender, and we are all inescapably gendered, we cannot speak out about sex inequality without affirming our cultural identity as gendered women. In fact, it becomes very hard to see why any women would want to speak out at all. If we are all the products of a hegemony of inequality, how can any of us be feminists?[1194]

Que répond MacKinnon à cela? Tout simplement que les femmes peuvent s'extirper du cercle vicieux du pouvoir masculin en prenant conscience de leur condition identitaire, par la méthode du "consciousness-raising". Mais comment peuvent-elles le faire si elles ne possèdent pas malgré tout quelque chose qui ressemble à une subjectivité propre, c'est-à-dire une subjectivité autre que celle qui est liée ou développée en réponse aux contraintes exercées sur elles dans le contexte de l'hégémonie patriarcale? Comment, pour reprendre un terme cher à l'analyse marxienne, peuvent-elles se désaliéner? MacKinnon reste évasive sur cette question[1195], ce qui incite Carol Smart à affirmer ceci: "For MacKinnon the answer to these questions is her reliance on essentialism. It is

---

[1193] K. ABRAMS, *loc. cit.*, note 997, à la p. 320. Comme le remarque Cornelius Castoriadis, "[u]ne société autonome, une société véritablement démocratique, est une société qui met en question tout sens prédonné, et où, de ce fait même, est libérée la *création de significations nouvelles*. Et, dans une telle société, chaque individu est libre de créer pour sa vie le sens qu'il veut (et qu'il peut). Mais il est absurde de penser qu'il peut faire cela hors tout contexte et tout conditionnement social-historique. Étant donné ce qu'est, ontologiquement, l'individu, cette proposition est en fait une tautologie. L'individu *individué* crée un sens pour sa vie en participant aux significations que crée sa société, en participant à leur *création*, soit comme "auteur", soit comme "récepteur" (public) de ces significations." Voir: C. CASTORIADIS, *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe IV*, Paris, Seuil, 1996, p. 63.

[1194] E. JACKSON, *loc. cit.*, note 1132, à la p. 198. Dans le même sens, voir: C. SMART, *op. cit.*, note 1034, p. 77; K. BARTLETT, *loc. cit.*, note 1184, à la p. 1566; D. RÉAUME, *loc. cit.*, note 26, p. 472ss.; N.J. HIRSHMANN, *loc. cit.*, note 1969, à la p. 54; S.G. KUPFER, "Autonomy and Community in Feminist Legal Thought", (1992) 22 *Golden Gate University Law Review* 583, à la p. 593.

[1195] Une auteure affirme ainsi ceci: "Though MacKinnon, for example, sometimes sought to acknowledge the possibility of women's agency, she frequently did so without detailing it so fully as to permit it to become the exception that swallowed her larger rule." Voir: K. ABRAMS, *loc. cit.*, note 997, p. 328.

because there is a pre-cultural "natural Woman" that the omnipotence of male power can be challenged."[1196] Il ne s'agit dès lors que de découvrir l'essence de cette femme[1197]. On se doute bien que, constructivisme oblige, MacKinnon récuserait cette interprétation. Pourtant, on voit mal quelle autre on pourrait lui substituer. Bien qu'elle reconnaisse implicitement aux femmes un certain libre-arbitre en soutenant qu'elles peuvent se libérer de l'oppression masculine une fois conscientes de l'injustice de leur condition, elle n'explique ni où ni comment elles trouveront l'étincelle nécessaire au démarrage de cette démarche de conscientisation. C'est donc qu'il doit y avoir des mailles plus lâches dans la toile normative masculine[1198]. La barque de l'hégémonie patriarcale prendrait-elle l'eau?

Plusieurs raisons peuvent expliquer pourquoi MacKinnon s'obstine à nier à peu près toute autonomie véritable aux femmes individuelles; des raisons ayant trait à la cohérence intrinsèque de sa théorie, bien sûr, mais aussi d'autres d'ordre politique et stratégique[1199]. En toute hypothèse, lorsqu'elle ne nie pas carrément la possibilité d'une telle autonomie, elle soutient que celle-ci est factice ou illusoire, ne reflétant que l'involontaire participation des femmes qui affirment l'exercer à leur propre soumission. Plus précisément, MacKinnon distingue trois catégories de femmes qui disent contrôler leurs rapports hétérosexuels et en tirer du plaisir: les intimidées, les dupées et les collaboratrices[1200]. Or, puisque les femmes des deux premiers groupes sont victimes de "fausse conscience", leur point de vue, non crédible, peut être écarté a priori[1201]. D'un point de vue strictement - stérilement pourrait-on aussi ajouter - structuraliste, MacKinnon n'a pas entièrement tort. Toutefois, on cherche à comprendre comment elle peut soutenir pareille opinion au regard de sa volonté initiale de prendre en considération l'"expérience" *concrète* des femmes. Il faut donc qu'il y ait quelque part, on ne sait où, une expérience "authentique"... Que celles qui ne l'ont pas vécue aillent se rhabiller.

Cette façon de procéder, on l'a dit, nous paraît méthodologiquement et intellectuellement inacceptable. Ajoutons à cela l'adverbe "épistémologiquement". En effet, comme le souligne Anne Seller, "[i]t is wrong to undermine a person with the claim that she does not know what she wants or feels, or that what she wants or feels is inappropriate; and you cannot know *what* is wanted or felt and cannot discover oppression unless you listen to people."[1202] Pourtant, note-t-

[1196] C. SMART, *op. cit.*, note 1034, p. 77.
[1197] K. BARTLETT, *loc. cit.*, note 1184, à la p. 1566.
[1198] D. RÉAUME, *loc. cit.*, note 26, à la p. 475; A.C. HUTCHINSON, "In Other Words: Putting Sex and Pornography in Context", (1995) 8 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 107, à la p. 121.
[1199] K. ABRAMS, *loc. cit.*, note 997, aux pp. 328-329.
[1200] Voir: A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p. 122.
[1201] Quant aux "collaboratrices", on se doute du sort que MacKinnon leur réserve...
[1202] A. SELLER, *loc. cit.*, note 242, à la p. 369.

elle, cette personne est au point de vue épistémologique en meilleure position qu'un observateur extérieur pour juger de sa situation particulière. Peut-être est-il vrai de dire qu'elle ne voit pas où est son intérêt *en tant que femme*, mais lui reprocher de ne pas s'identifier à un groupe donné est tout aussi opprimant que d'insister que toutes les femmes gardent leur place "prédestinée" dans le patriarcat. En sorte que cette auteure conclut: "If our communities are to be epistemologically effective, then they cannot be politically coercitive."[1203] Du reste, comme l'a ironiquement remarqué Katharine Bartlett, cette décrédibilisation d'une vision subjective "divergente" de la réalité à travers une objectivation tant du point de vue de l'observateur que de l'identité du sujet observé ne procède-t-elle pas d'une approche que MacKinnon décrie lorsque des hommes la pratiquent[1204]? Cependant, à n'en pas douter, elle participe à la légitimation de la théorie féministe mackinnonnienne comme étant la seule vraie[1205]. En bout de ligne, le traitement que réserve MacKinnon à l'expérience des femmes est largement tributaire d'une idéologie de l'authenticité, implicite mais immanente, de laquelle découle des jugements normatifs sur ce qu'est la "vraie" expérience des femmes, sur ce que devrait être une "sexualité correcte", etc. On constate là encore un paradoxe relevé plus tôt: bien que se disant antipositiviste et antiformaliste, MacKinnon s'applique systématiquement à poser ce qu'elle croit être pour ce qui est vraiment. Pour y parvenir, elle tente, avec plus ou moins de succès, de boucher tous les jours par lesquels la lumière pourrait être faite sur les multiples variations de l'expérience des femmes Mais surtout, elle dévalorise une large part de ce qui est déjà, en l'occurrence l'imparfaite mais néanmoins concrète expérience *féminine*[1206], sans nécessairement donner d'indication sur ce dont aurait l'air la "femme nouvelle" après la "révolution culturelle" annoncée.

À l'évidence, donc, le constructivisme social de la professeure MacKinnon connaît des limites. Poussé trop loin, il fait de l'identité le résultat d'un processus de construction strictement linéaire, évacuant d'entrée de jeu toute complexité de ce processus. En sorte que l'identité se voit modélisée comme un bloc, monolithique, intangible et immuable. Le constructivisme mackinnonnien, au surplus, élimine toute possibilité de variation ou d'indétermination de l'identité

[1203] *Ibid.*

[1204] K. BARTLETT, *loc. cit.*, note 1184, à la p. 1564.

[1205] J. GRANT, *op. cit.*, note 414, p. 75.

[1206] K. BARTLETT, *loc. cit.*, note 1184, à la p. 1564; D. CORNELL, *op. cit.*, note 1154, pp. 121-123. On notera ici que Drucilla Cornell propose, au contraire de MacKinnon, une revalorisation du "féminin" à partir de la théorie poststructuraliste, bref, une reconnaissance et une redéfinition non essentialiste de la différence. De là, elle développe une théorie des "droits équivalents", ce qui ressemblerait en gros à un droit à l'égalité à travers lequel serait reconnue l'égale capacité de l'individu *différent* et son droit à un égal bien-être *dans la différence*. On pourrait bien sûr soutenir que MacKinnon ne dévalorise pas tant les femmes réelles qui ne pensent pas comme elle que le "féminin" que ces femmes défendent, mais force est de constater que son texte n'est pas aussi nuancé que l'interprétation qu'on voudrait en donner!

des femmes[1207], sans parler de celle des hommes, plus ou moins assimilée à celle du méchant *Tyrannosorus rex*. Qui plus est, par l'essentialisme qui l'inspire et le déterminisme proto-naturaliste sur lequel il débouche, ce constructivisme dictatorial fait paradoxalement obstacle à l'idée même d'une déconstruction individuelle et collective des structures de l'oppression des femmes. Ces structures, ainsi que les faits et gestes d'oppression qu'elles autorisent, "(...) are no longer thought of as social constructs for which society has to take responsibility for making and, importantly, re-making. In a perverse turn of events, MacKinnon succeeds in de-politicizing pornography and oppression as the basic theoretical move in her political campaign to eradicate them."[1208] Pourtant, admettre la possibilité et la légitimité d'une telle déconstruction par l'action individuelle de femmes exerçant leur libre-arbitre, celui-ci fût-il relatif car socialement contraint, n'empêche nullement de reconnaître l'oppression et l'inégalité *systémiques* qui caractérisent encore aujourd'hui la condition identitaire "femme", ni la nécessité d'une transformation radicale de cette condition et, surtout, des outils, institutionnels et discursifs, qui favorisent sa reproduction. Bref, relativiser ou mettre en contexte le fait de l'oppression des femmes ne mène pas plus à en nier l'existence qu'à en empêcher l'éradication. Malheureusement, la théorie de la sexualité de MacKinnon n'a que faire de pareilles subtilités. Peut-être cela n'est-il pas étonnant compte tenu du volet proprement politique de son projet, mais il demeure regrettable que la démagogie triomphe si facilement de la complexité, masquant dès lors d'intéressantes avancées théoriques, notamment sur la sexualisation des rapports de domination[1209].

5.1.2.2.2. Le paradoxal rapport au droit de Catharine MacKinnon

Si la théorie de la sexualité de Catharine MacKinnon s'avère éminemment critiquable, son rapport au droit, quant à lui, paraît surtout paradoxal. Ces paradoxes s'expriment autant dans sa philosophie du droit, qui sous-tend une certaine modélisation des rapports entre le droit étatique et la société, que dans sa conception du rôle et de l'effectivité de ce droit, notamment face à l'expression polysémique. Voyons brièvement les grands axes de la critique que suscitent ses prises de position à cet égard.

5.1.2.2.2.1. Les rapports entre liberté d'expression et égalité: du conflit au conflit

Catharine MacKinnon s'intéressant d'abord et avant tout au droit constitutionnel américain, il n'est pas étonnant de la voir décocher ses premières flèches en direction de la philosophie libérale qui inspire ce droit. Ayant examiné sa critique de cette philosophie lors de notre présentation du

[1207] Voir généralement: D. CORNELL, *op. cit.*, note 1154.
[1208] A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p. 111.
[1209] C. SMART, *op. cit.*, note 1034, p. 123.

féminisme radical[1210], nous ne nous y attarderons pas ici, sinon pour souligner le côté caricatural et monolithique de la représentation qu'elle en donne[1211]. Reprenant son prisme pathologique, MacKinnon réduit le libéralisme, d'une part, aux indéniables et inévitables lacunes et ratés de sa concrétisation pratique et, d'autre part, au visage quasi libertaire qu'il prend dans son pays d'origine, les États-Unis. Or, c'est selon nous errer que de soutenir l'invalidité fondamentale du libéralisme ou, pire, son échec en invoquant de telles lacunes. En effet, c'est une chose de reconnaître les problèmes bien réels, voire les dérives, qui surviennent dans la concrétisation d'un idéal; c'en est une autre de rejeter en bloc cet idéal, particulièrement s'il s'agit d'un idéal de liberté. Selon ce mot si cher à la professeure MacKinnon, l'"expérience" du libéralisme, c'est aussi - et peut-être surtout - la possibilité d'exprimer une critique véhémente et radicale du libéralisme lui-même. Possibilité qui, est-il besoin de le mentionner, ne s'est jamais matérialisée dans aucun régime collectiviste... Cette remarque pourra paraître banale, mais elle s'impose vu le "discours du goulag" d'une certaine critique identitaire nord-américaine. Nous reviendrons sur cette question au chapitre sixième.

Nous disions que la professeure MacKinnon réduisait le libéralisme au libertarisme qui sévit aux États-Unis. Cette réduction, pour problématique qu'elle soit à certains égards - car il existe un libéralisme "social"[1212] -, semble toutefois inévitable au vu de l'interprétation des droits fondamentaux qui prévaut dans ce pays, tout particulièrement en ce qui a trait aux rapports entre la liberté d'expression et l'égalité, où, comme on l'a vu au chapitre quatrième, l'égalité ne fait guère le poids face à la liberté[1213]. Dans ce sens, l'approche alternative que propose MacKinnon offre à l'égalité une oasis dans le "désert" de la liberté. De surcroît, en ne se contentant pas seulement d'invoquer le droit à l'égalité comme valeur permettant la relativisation constitutionnelle de la liberté d'expression, mais en tentant au surplus d'insuffler des considérations égalitaristes au coeur même de l'interprétation de la liberté d'expression, Catharine MacKinnon a fait prendre un virage radical au débat qui a cours aux États-Unis sur l'étendue de cette liberté. En effet, en cherchant à ce que soit reconnu un contenu positif minimal à la liberté d'expression, elle s'est trouvée à reproblématiser des questions qui avaient jusque-là été envisagées sous le seul angle de la liberté négative.

[1210] Voir, *supra*, sous-section 5.1.1.3.

[1211] MacKinnon s'en prend à un libéralisme qui prône une neutralité absolue de l'État, ce qui ne correspond qu'à une certaine incarnation du libéralisme. Le concept de neutralité n'a pas le même sens chez tous les penseurs libéraux, peu s'en faut. Voir: D. RÉAUME, *op. cit.*, note 26, à la p. 468; D. CORNELL, *op. cit.*, note 1154, p. 123.

[1212] T. McCORMACK, "Must We Censor Pornography? Civil Liberties and Feminist Jurisprudence", dans: D. SCHNEIDERMAN (dir.), *op. cit.*, note 823, p. 180, à la p. 199.

[1213] Ce qui rappelle le caractère situé des thèses mackinnonniennes, qui est particulièrement perceptible dans son analyse du droit constitutionnel positif et de la philosophie qui le sous-tend, mais que l'on peut observer aussi dans son analyse des rapports hommes-femmes et de l'impact culturel de la pornographie.

Malgré les revers judiciaires qu'ont subi certaines de ses thèses, la professeure MacKinnon a suscité d'importantes prises de conscience dans la communauté juridique américaine, au point où l'on rejette de moins en moins du revers de la main l'idée, jadis anathème, selon laquelle une simple expression, une simple représentation, peut effectivement causer un préjudice non seulement individuel mais social. Nous verrons d'ailleurs lors de notre étude du discours des partisans de la *Critical Race Theory* sur la liberté d'expression combien ceux-ci ont été influencés par MacKinnon. Mais au-delà des juristes qui se situent dans la mouvance identitaire, quelle réception a-t-on réservé à sa conception des rapports entre liberté d'expression et égalité ansi qu'entre liberté négative et liberté positive? Bien sûr, la réaction des tenants de l'interprétation libertaire du premier amendement s'est avérée négative[1214]. Chez ceux généralement associés au courant égalitariste de la théorie libérale, la réaction a été moins uniforme, étant négative chez les uns[1215] et plus positive chez les autres. Il est d'ailleurs intéressant de constater que, parmi ceux qui se sont montrés les plus réceptifs aux thèses mackinnonniennes, on compte d'éminents spécialistes du premier amendement[1216]. Sans nécessairement adhérer à la vision de MacKinnon, ceux-ci ont indubitablement été influencés par le questionnement égalitariste qu'elle propose, au

---

[1214] Voir notamment: T.I. EMERSON, "Pornography and the First Amendment: A Reply to Professor MacKinnon", (1984) 3 *Yale Law & Policy Review* 130.

[1215] C'est notamment le cas de Ronald Dworkin qui, bien que réservant une large place à l'égalité dans sa théorie du libéralisme, se montre étonnamment prompt à rejeter à peu près *tous* les arguments de MacKinnon en ce qui a trait à la régulation de la pornographie. Après avoir défendu le droit fondamental de publier et de consommer de la pornographie (R. DWORKIN, "Do We Have a Right to Pornography?", dans: *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, p. 335), il s'est en effet prononcé explicitement contre les justifications égalitaristes données par MacKinnon au soutien d'une telle réglementation. Ce qui est le plus frappant est de voir combien Dworkin, d'ordinaire critique du positivisme, reprend mot pour mot le crédo de l'interprétation dominante du premier amendement, en plus de défendre une application absolutiste de la liberté négative qui s'accorde mal avec ses vues habituelles. Fait étrange pour ce juriste si rigoureux, il va même jusqu'à dénaturer les arguments de ses adversaires pour étayer son opinion. Voir: R. DWORKIN, "Liberté et pornographie", *Esprit*, n° 175, octobre 1991, p. 97; R. DWORKIN, "The Coming Battles Over Free Speech", *New York Review of Books*, June 11, 1992, p. 55; R. DWORKIN, "Women and Pornography", *New York Review of Books*, October 21, 1993, p. 36. Pour une critique des positions de Dworkin sur la pornographie, voir: D. DYZENHAUS, "Pornography and Public Reason", (1994) 7 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 261; R. LANGTON, "Whose Right? Ronald Dworkin, Women and Pornographers", (1990) 19 *Philosophy & Public Affairs* 311. Joel Feinberg et Fred Berger se montrent aussi réticents à une réglementation égalitariste de la pornographie au nom des risques que ce genre de réglementation fait courir à la liberté d'expression. Voir principalement: J. FEINBERG, *Offense to Others*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1985; et accessoirement, J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1984. En ce qui a trait à Berger, voir: F. BERGER, "Pornography, Feminism, and Censorship", dans: *Freedom, Rights and Pornography*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 156.

[1216] Nous pensons notamment à Owen Fiss, Cass Sunstein, Kent Greenawalt, Kenneth Karst et Frank Michelman. Voir: O.M. FISS, "Freedom and Feminism", (1992) 80 *Georgetown Law Journal* 2041; C.R. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1993, pp. 261-270; K. GREENAWALT, *op. cit.*,,note 785, chapitres 6 et 7; K.L. KARST, *op. cit.*, note 164, pp. 43-50; F.I. MICHELMAN, "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation", (1989) 56 *Tennessee Law Review* 291.

point même, dans certains cas, de s'en approprier dans leur propre critique de l'interprétation traditionnelle du premier amendement, telle que reprise dans l'arrêt *Hudnut*[1217].

Si la professeure MacKinnon a réussi à éveiller des consciences en ce qui a trait aux questions d'égalité longtemps occultées dans le droit américain de la liberté d'expression, il reste que de nombreux juristes, ayant reconnu l'importance de ne pas résoudre systématiquement la tension entre la liberté d'expression et l'égalité au détriment de cette dernière, se sont légitimement demandé pourquoi elle-même résolvait systématiquement cette tension en faveur de l'égalité. Ils ont ainsi reproché à MacKinnon sa fâcheuse tendance à banaliser la liberté d'expression et à croire pouvoir régler les problèmes sociaux par l'imposition d'une censure tous azimuts de l'expression antiégalitaire. Cela est-il dû à la logique antagonique qui caractérise la pensée juridique américaine[1218]? Peut-être bien. Mais, en toute hypothèse, l'élément de complexité qu'elle insuffle dans le droit de la liberté d'expression en le reproblématisant sur la base de l'égalité se voit aussitôt contrecarré par une simplification abusive, dont la liberté d'expression fait cette fois les frais. Ainsi, plutôt que de proposer un modèle qui permettrait de négocier les tensions entre l'égalité et la liberté d'expression, sans pour autant en nier l'existence, McKinnon reprend à son

---

[1217] *Supra*, note 839. Ainsi, le professeur Michelman, *ibid.*, souligne-t-il que ce jugement postule la valeur intrinsèque de la liberté d'expression en présumant que son exercice est nécessairement porteur de changements sociaux, en sorte que le primat de cette liberté est principalement justifié sur une base utilitaire. Or, selon Michelman, malgré l'utilitarisme de son raisonnement, le juge Easterbrook omet de procéder à une véritable évaluation comparative des coûts sociaux respectifs liés à la suppression de la pornographie par la mise en oeuvre de l'ordonnance qui était en cause dans cette espèce et de sa non-suppression. Puisqu'il accepte préalablement que la pornographie fait obstacle à l'accès des femmes à l'expression et que, ce faisant, une censure s'exerce dans la sphère privée, il se demande en vertu de quoi l'on devrait "(...) abide by a general rule that categorically prefers repressions by private power over those by public power." (*id.*, à la p. 304) [and] "(...) prefer a general rule prohibiting governmental interventions against oppression by private speech to, say, a general rule permitting such interventions within the bounds of minimum rationality." (*id.*, à la p. 305) Au lieu d'appliquer de façon absolutiste la prohibition de censurer sur la base du contenu, il estime qu'un équilibrage des valeurs constitutionnelles en cause aurait été préférable. D'ailleurs, il remarque que le juge cesse à ce stade d'user d'arguments rationnels pour recourir à un argument d'autorité, voulant que la Constitution interdise de faire taire un point de vue donné, d'où la déclaration d'inconstitutionnalité *prima facie* de l'ordonnance. Il questionne dans cette optique la doctrine du "state action", qui postule que l'action de l'État est beaucoup plus dangereuse et qui n'existe selon lui que pour des raisons idéologiques, alors qu'elle ne se déduit pas du texte de la Constitution. Pour sa part, le professeur Fiss, *loc. cit.*, note 1216, à la p. 2055, s'en prend à un autre postulat implicite de l'arrêt *Hudnut*, celui selon lequel il faudrait privilégier la liberté de la personne qui s'exprime plutôt que celle de la personne qui subit cette expression. En quoi, demande-t-il, l'affirmation de l'autonomie individuelle de l'une via l'exercice de sa liberté d'expression est-elle plus importante que les obstacles que peut susciter cet exercice à l'affirmation de l'autonomie individuelle de l'autre? Clairement, il renvoie ici à l'idée d'égale liberté, dont il estime que le premier amendement ne devrait pas empêcher la réalisation. Il soutient en ce sens qu'en plus d'équilibrer le premier amendement avec le quatorzième, il y aurait lieu de prendre en compte la dimension égalitariste intrinsèque du premier amendement: *id.*, à la p. 2062. Son analyse de l'ordonnance en cause dans *Hudnut*, pour critique qu'elle soit, est dès lors tout-à-fait différente de celle de la Cour d'appel. S'il admet que MacKinnon aurait pu faire davantage pour réduire l'effet paralysant ("chilling effect") de certaines dispositions de l'ordonnance, il soutient que d'autres auraient pu être déclarées constitutionnelles.

[1218] Voir: J.N. SHKLAR, *op. cit.*, note 508.

compte le modèle strictement conflictuel qu'adopte le droit américain de la liberté d'expression et ne fait qu'en inverser les termes.

5.1.2.2.2. De l'usage subversif du droit "mâle" et de sa transformation potentielle

Au-delà du droit à la liberté d'expression, il y a le droit lui-même, et, plus spécifiquement, le droit étatique. Nous avons vu à cet égard que MacKinnon, tout en proposant une critique radicale de ce droit, qui n'est censé refléter que le point de vue masculin, préconise malgré tout d'y recourir pour assurer la mise en place d'une société égalitaire. Le rôle qu'elle attribue au droit étatique ainsi qu'aux appareils administratif et judiciaire chargés de le mettre en oeuvre ne manque donc pas de soulever la controverse. En fait, MacKinnon refait un peu le pari d'Ulysse à Troie: nous n'avons rien à perdre à essayer de surprendre l'adversaire chez lui; alors plaçons un cheval dans le droit... Mais comment, justement, un droit qui procède de l'idéologie patriarcale, qui la reflète, la renforce et, partant, en assure la perpétuation pourrait-il s'ouvrir au point de vue des femmes, tel que défini par MacKinnon? Si l'on applique la théorie autopoïétique du droit, c'est, rappelons-le[1219], le système juridique lui-même qui sélectionne les inputs environnementaux susceptibles de l'inciter à modifier ou à moduler ses normes. Toutefois, ces inputs n'ont en soi aucun impact direct sur les normes juridiques. Au contraire, leur impact sera strictement fonction des choix opérés par le système qui les médiatisera sur la base de ses critères propres. Dans cette optique, on imagine mal comment les volets les plus extrêmes de la théorie mackinnonnienne pourraient être avalisés dans le système que forme le très "mâle" droit américain. Et même en supposant que le droit s'ouvre un tant soit peu à cette théorie, comment alors empêcher sa dilution ou sa dénaturation au gré de l'idéologie patriarcale qui l'inspire[1220]? Comment, bref, empêcher "l'apprivoisement de la mégère", pour reprendre l'image shakespearienne employée par une autre juriste féministe[1221]?

Outre les probables résistances systémiques à l'intégration des thèses mackinnonniennes dans le droit positif américain ou une dilution possible advenant leur intégration partielle, l'impact social que la professeure MacKinnon attribue au droit incite également au scepticisme. En effet, le droit étatique peut-il infléchir la normativité sociale aussi efficacement qu'elle semble le croire? Dans

---

[1219] Voir notre brève explication de la théorie autopoïétique du droit, *supra*, *note* 562.

[1220] C'est là une des craintes qu'expriment des juristes féministes qui, tout en partageant en bonne partie le diagnostic que pose MacKinnon sur le droit, se disent en désaccord avec elle en ce qui a trait au sort que peut réserver le droit à ses thèses. Voir notamment: C. SMART, *op. cit.*, note 1034.

[1221] Cette référence à Shakespeare a déjà été faite précisément pour désigner les tentatives de juristes libéraux d'atténuer les thèses de MacKinnon pour les rendre plus acceptables par le système juridique. Voir: J.L. SCHROEDER, "The Taming of the Schrew: The Liberal Attempt to Mainstream Radical Feminist Theory", (1992) 5 *Yale Journal of Law and Feminism* 123.

quelle mesure peut-il vraiment contribuer à transformer la société? Car, ne l'oublions pas, le projet de MacKinnon implique bel et bien une transformation radicale, et non une simple amélioration cosmétique. Si la réponse à ces questions ne tenait que dans une phrase, nous dirions que, là encore, l'approche préconisée par MacKinnon n'est pas aussi radicale qu'il n'y paraît: cette auteure, reprenant à son compte le crédo positiviste-statocentriste (c'est-à-dire le fait d'accorder à l'État un monopole normatif absolu), ne fait en somme que l'adapter à ses thèses. En sorte que l'État patriarcal se voit confier une large part de la responsabilité de légitimer, d'orchestrer législativement et d'administrer une transformation radicale des structures sociales dont il est paradoxalement censé assurer la pérennité. On reste en fait frappé, à la lecture des oeuvres de la professeure MacKinnon, combien elle semble *croire* en la capacité intrinsèque du droit de l'État à obvier, par des mesures positives ou négatives, aux inégalités que subissent les femmes, d'où, du reste, le peu de cas qu'elle fait de sa complicité dans leur oppression, qu'elle dénonce ailleurs. De là à y voir un aveu de faiblesse ou, à tout le moins, un manque de confiance dans la capacité du discours féministe d'agir sur la normativité sociale qui se manifeste hors des canaux du droit positif strict, il n'y a qu'un pas que d'aucuns franchissent allégrement[1222]. En toute hypothèse, force est de constater que la théorie féministe du droit de MacKinnon ne s'avère nullement révolutionnaire, du moins quant au rôle qu'elle reconnaît et réserve au droit de l'État.

En fait, MacKinnon est résolument moderne dans son approche du droit étatique, trop résolument peut-être, car son statocentrisme semble plus que jamais problématique au moment où l'État lui-même souffre d'un profond déficit de légimité. Dans cette optique, il y a lieu de s'interroger quant à la recevabilité politique *prima facie* de plusieurs de ses thèses, dont la concrétisation suppose une intervention massive de l'État. Quelle que soit sa justice intrinsèque, il reste que, d'un point de vue strictement pragmatique, la justification d'un tel programme d'action étatique ne va plus d'emblée de soi aujourd'hui. On pourra bien sûr regretter cette situation, mais elle apparaît comme une donnée incontournable[1223]. Qui plus est, le projet mackinnonnien, précisément en ce qu'il cherche à faciliter une transformation sociale radicale par le truchement du droit, en vient à éluder la distinction traditionnelle entre les droits civils et politiques, dont relève le droit à l'égalité, et les droits économiques, sociaux et culturels. À travers ses velléités macro-égalitaristes de changement social et sa revendication implicite d'un droit absolu à la dignité et à l'intégrité identitaires, MacKinnon en vient à prôner ce qui ressemble fort à une réingénérie sociale totale d'autant plus improbable qu'elle est censée s'opérer par le droit étatique. Or, sans indûment "tirer

[1222] A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p. 134.
[1223] À propos de l'impact négatif du démantèlement de l'État-providence sur les politiques féministes, voir: N. GAGNON, *loc. cit.*, note 128, à la p. 154.

sur l'utopiste"[1224], il est légitime de se demander si la concrétisation de l'égalité trouve vraiment son compte dans tout cela, notamment au vu du fait que MacKinnon axe une bonne partie de son action sur son projet de réglementation de la pornographie. Penser opérer une transformation radicale du contexte social en éliminant la pornographie paraît aussi utopique que futile, en plus de reposer sur des postulats théoriques difficilement vérifiables. Comme le dit Judith Butler, "[i]f sexuality is culturally constructed within existing power relations, then the postulation of a normative sexuality that is "before," "outside," or "beyond" power is a cultural impossibility and a politically impracticable dream, one that postpones the concrete and contemporary task of rethinking subversive possibilities and identity within the terms of power itself."[1225]

Enfin, l'autre problème que soulève le statocentrisme mackinnonnien a trait à sa saisie des effets de la résurgence du pluralisme juridique, à laquelle la critique juridique identitaire n'est d'ailleurs pas complètement étrangère. La prise en compte de l'effritement graduel du monopole normatif de l'État-nation devrait normalement entraîner une complexification de l'appréhension des phénomènes et des stratégies de régulation, que l'on cherche en vain chez Catharine MacKinnon. Peut-être y a-t-il des avenues à explorer au-delà de la normativité étatique, peut-être même ces avenues sont-elles plus prometteuses en ce qui a trait à la réalisation de son projet, mais, toujours, MacKinnon les ignore. Son amour des lois l'incite à ne considérer comme acceptables que les réformes d'origine législative et ce, en dépit de tous les obstacles déjà rencontrés sur ce chemin. Pourtant, la loi a-t-elle le pouvoir qu'elle lui prête? S'il y a lieu d'en douter[1226], un fait demeure: un refus immodéré de prendre acte des limites à l'action du droit étatique est susceptible de faire glisser, lentement mais sûrement, une théorie du droit sur la pente de la non-pertinence[1227].

5.1.2.2.2.3. <u>Du sens et du droit: la saisie mackinnonnienne de l'expression polysémique</u>

C'est sans doute dans sa critique de la représentation sexuelle, et plus particulièrement de la pornographie, que MacKinnon cristallise l'essentiel de sa pensée. Rappelons brièvement qu'elle considère la pornographie comme une cause plutôt qu'un symptôme du sexisme[1228]; qu'elle ne lui

---

[1224] L'expression est de B. de SOUSA SANTOS, *op. cit.*, note 919, p. 479.
[1225] J. BUTLER, *op. cit.*, 1993, note 967, p. 30.
[1226] N. LACEY, "Theory Into Practice? Pornography and the Public / Private Dichotomy", (1993) 20 *Journal of Law and Society* 93, à la p. 111.
[1227] Voir, *infra*, section 6.1, nos considérations sur les limites du contrôle juridique de l'expression antiégalitaire.
[1228] Fait à noter, une lecture qui restreindrait le champ d'application de la critique mackinnonnienne de la représentation sexuelle à la seule pornographie violente ou comportant des éléments de contrainte serait mal fondée, car MacKinnon, rappelons-le, s'intéresse à la construction sociale de la sexualité, dont la violence n'est qu'un volet. Aussi, prétendre que son féminisme n'en a que contre la pornographie "hardcore" ou violente serait erroné, car, dès lors, sa critique ne serait plus *radicale*. Voir en ce sens: J.L. SCHROEDER, *loc. cit.*, note 1221. Les propos que tient MacKinnon sur la représentation sexuelle "soft" que l'on retrouve dans le magazine *Playboy* le

reconnaît qu'une signification, l'asservissement des femmes, en sorte qu'elle la pose comme intrinsèquement mauvaise; que ce n'est toutefois pas tant la représentation explicite de la sexualité qui la choque que l'asservissement des femmes auquel la représentation pornographique participe [1229]; qu'elle estime que puisque tous les hommes réagissent de la même façon à la pornographie, toutes les femmes en sont également victimes, auquel cas elle juge nécessaire d'en expurger la société; que les femmes qui prétendent ne pas en faire les frais font preuve de fausse conscience; que celles qui, pire, prétendent aimer la pornographie et la défendent sont des collaboratrices; enfin, que la représentation d'un acte sexuel est en soi un acte sexuel. À partir de ces prémisses, MacKinnon reconceptualise la pornographie comme une violation des droits civils des femmes, bref comme une forme de propagande haineuse dirigée contre elles[1230], et en préconise la réglementation. Nous avons déjà vu le sort que l'appareil judiciaire américain a réservé à une ordonnance municipale qui tentait de concrétiser cette nouvelle façon d'aborder le problème de la pornographie[1231]. Voyons maintenant brièvement certaines des réactions que suscite la croisade anti-pornographie de MacKinnon au sein de la communauté juridique.

D'abord, plusieurs commentateurs réfutent l'idée selon laquelle la pornographie est *la* cause déterminante de la subordination des femmes plutôt qu'un des symptômes d'une subordination sociale préexistante[1232]. Car si la pornographie joue un rôle si important dans la construction

---

prouvent: "I think that gender defines the status of women, that forced sex defines gender, that pornography eroticizes and thereby legitimizes forced sex, and that *Playboy* is pornography and makes pornography legitimate." Voir: C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 965, p. 138. MacKinnon reprend toutefois à son compte la distinction entre la pornographie, vue comme une représentation sexuelle antiégalitaire, et l'érotisme, vu comme une représentation sexuelle égalitaire. Voir: C.A. MacKINNON, "Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech", dans: *op. cit.*, note 922, p. 163, à la p. 176. Cette distinction, que d'aucunes estiment "laborieuse" (N. GAGNON, *loc. cit.*, note 128, à la p. 160), ne va cependant pas de soi lorsqu'il s'agit d'appliquer les idées mêmes de MacKinnon. Rappelons par exemple la définition de "pornographie" donnée dans l'ordonnance d'Indianapolis, *supra*, note 841. Dans quelle mesure ne pourrait-on pas soutenir que la simple représentation d'une fellation ou de la position de la levrette dans le cadre de l'activité sexuelle d'un couple *hétérosexuel* constitue une représentation antiégalitaire, étant donné l'"infériorisation" de la femme que supposent ces activités? D'autant plus que, comme le remarque Carol Smart, la théorie de MacKinnon postule que la sexualité entre les femmes et les hommes est nécessairement inégalitaire, compte tenu des conditions sociales dans lesquelles cette activité s'exerce. Smart va jusqu'à soutenir que "[t]his surely means that *any* representation of explicit heterosexual activity is a representation of sexual coercion, which would be unacceptable." Voir: C. SMART, *op. cit.*, note 1034, p. 121. La distinction entre l'érotique et le pornographique n'est donc pas si claire...

[1229] C. SMITH BLUM, "The Place of Art in Catharine MacKinnon's Feminist Legal Theory", (1993) 19 *Journal of Contemporary Law* 445, à la p. 447.

[1230] Outre les nombreux textes déjà cités de MacKinnon, voir: C.A. MacKINNON, "Pornography as Defamation and Discrimination", (1991) 71 *Boston University Law Review* 793.

[1231] Voir *American Booksellers Association, Inc.* v. *Hudnut*, *supra*, note 839.

[1232] Plutôt symptôme que *causa causans* du sexisme de la société, "pornography can be seen as mirroring the violence that goes on, both feeding it and feeding on it. While pornography can exacerbate and partially legitimate those practices, it is doubtful that it generates and originates them." Les effets de la pornographie varieront selon le contenu de celle-ci, selon ses spectateurs ainsi que le contexte sociopsychologique dans lequel ceux-ci évoluent. Voir: A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p. 128. S'il est vrai qu'elle peut parfois désensibiliser des

sociale de l'inégalité sexuelle ou dans la violence que les hommes font subir aux femmes, comment expliquer, d'un point de vue occidental, l'inégalité bien plus substantielle des femmes saoudiennes, iraniennes ou afghanes (sous le règne des Talibans), sachant que ces États islamistes prohibent toute pornographie, toute représentation sexuelle, toute expression publique non seulement de la sexualité, mais de la nature sexuée des femmes? On pourra certes rétorquer qu'une réglementation aussi stricte n'empêche pas nécessairement la création d'un marché noir florissant. Il n'en demeure pas moins, toutefois, que la prise en compte de la soumission totale des femmes et de leur effacement de la sphère publique de ces pays incite à relativiser quelque peu le lien de causalité qu'établit MacKinnon entre la libre circulation de la pornographie, d'une part, et l'inégalité sociale des femmes et la violence dont elles sont victimes, d'autre part. Dans le même esprit, force est de reconnaître que l'amélioration malgré tout substantielle de la condition des femmes depuis l'après-guerre dans les sociétés occidentales s'est produite alors même que la diffusion de la pornographie se "démocratisait"[1233]... S'il ne s'agit pas d'attribuer à la pornographie le mérite de cette amélioration et sans même nier qu'elle puisse jouer un rôle considérable dans l'infériorisation sociale des femmes, il paraît en somme plus convaincant d'y voir le symptôme d'une société déjà sexiste que la *causa causans* du sexisme systémique de cette société. Comme le remarque l'écrivain J.M. Coetzee, "[t]here are a multitude of societies in which rape has long been practice without pornography ever having been the theory."[1234] Il faut prendre garde de céder à cette logique d'aveuglement volontaire qui veut qu'effacer un symptôme de la subordination des femmes efface la subordination elle-même. Constatation qui, notons-le, ne mène nullement à nier toute utilité ou toute légitimité à une certaine réglementation de la représentation sexuelle[1235].

Il est au surplus fréquent de voir des auteurs reprocher à MacKinnon d'appliquer ses postulats essentialistes à l'analyse de la représentation sexuelle. En fait, ceux-ci soutiennent que MacKinnon pré-constitue une fois de plus sa preuve de manière à forcer son lectorat à conclure à la nécessité absolue et indiscutable de censurer cette représentation. Pour ce faire, elle reprend sa modélisation essentialiste de l'identité masculine, en affirmant l'existence d'une relation causale *non médiatisée* entre, d'une part, la consommation de pornographie par les hommes et, d'autre

---

hommes à la violence faite aux femmes (C. ITZIN, "Pornography and Civil Liberties: Freedom, Harm and Human Rights", dans: C. ITZIN (dir.), *op. cit.*, note 1109, p. 553, à la p. 559), elle peut aussi en inciter d'autres à réagir contre cette violence.

[1233] K.L. KARST, *op. cit.*, note 164, p. 45.

[1234] J.M. COETZEE, "The Harms of Pornography: Catharine MacKinnon", dans: *Giving Offense. Essays on Censorship*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1996, p. 61, à la p. 81.

[1235] S.M. EASTON, *op. cit.*, note 1113, p. 37.

part, la commission par eux d'actes préjudiciables aux femmes[1236]. Pourquoi non médiatisée? Tout simplement parce que MacKinnon considère la réponse masculine à la pornographie - l'érection - comme procédant d'un réflexe conditionné qui se manifeste qu'il y ait ou non accord avec le contenu du matériel pornographique[1237]. Or, de l'érection à la recherche de la satisfaction sexuelle, celle-ci dût-elle être obtenue par l'usage de la force, il n'y a qu'un pas, laisse entendre MacKinnon.

Pareil lien de causalité n'est pourtant ni direct ni inévitable, seule une corrélation pouvant être établie à cet égard: "The unfathomable interaction of different causes prevents the isolation of particular causes for particular injuries: the best that can be achieved is a general correlation of acts and consequences in terms of their statistical aggregation so as to establish a rebuttable hypothesis of probabilistic generality."[1238] S'escrimer à prouver un lien causal direct et déterminant entre la pornographie et la violence généralisée que subissent les femmes paraît en fait aussi vain que de chercher la pierre philosophale qui est censée permettre la transmutation du plomb en or. Mais non seulement cette recherche est-elle vaine, elle nous semble au surplus dangereuse, lorsque réalisée dans le contexte d'une modélisation identitaire essentialiste. En effet, d'un point de vue criminologique, l'homme qui agresse sexuellement une femme ne pourra-t-il pas invoquer qu'il n'était pas vraiment responsable de ses actes, sous prétexte que sa sexualité, d'abord socialement construite comme lui garantissant un accès libre aux femmes, a ensuite été naturalisée sur cette base? Autrement dit, ne pourra-t-il pas prétendre qu'il a agi par *réflexe*? À la limite, qu'est-ce qui l'empêcherait de s'ériger lui aussi en "victime" d'une construction socio-identitaire déficiente, en sorte que l'on ne serait plus en présence d'un agresseur et d'une victime, mais bien de deux victimes dont le droit serait chargé d'établir l'ordre de préséance. Est-il besoin de dire que nous sommes loin d'être convaincu de l'opportunité, aux plans social et juridique,

---

[1236] On pourrait également soutenir que MacKinnon universalise abusivement le préjudice que subissent les femmes en raison de la pornographie, au point même de l'"essentialiser". Comme le remarque Susan Keller, les femmes ne réagissent pas toutes de la même façon à la pornographie, quelle que soit sa forme. Leur interprétation peut varier substantiellement. Dans cette optique, même en admettant pour les fins de la discussion que toutes subissent un certain préjudice en raison de la pornographie, la nature et l'intensité de ce préjudice ne seront pas nécessairement les mêmes pour toutes. Keller affirme ainsi qu'il y a lieu de mesurer l'impact de la pornographie sur la sexualité des femmes en distinguant différents stades, soit la production de la pornographie, l'exposition à la pornographie et l'usage de la pornographie. Encore là, l'interprétation qu'elles en donneront devra être prise en considération, plutôt que rejetée sous prétexte de la nature systémique de l'analyse. Voir généralement: S. KELLER, *loc. cit.*, note 1141.

[1237] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, p. 37. Comme le remarque le professeur Tushnet: "The essentialist claim is that viewers of pornography cannot simultaneously consume it and understand its artificiality." Voir: M. TUSHNET, *op. cit.*, note 712, p. 303.

[1238] A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p. 127.

d'adopter une telle approche[1239]? En bout de ligne, comme l'a remarqué un auteur, "[t]he radical feminist approach to pornography - like the conservative-moralist approach, the traditional liberal response, (..) - is fundamentally a normative theory, reflecting judgments that contemporary social science has not yet found a way to test. All of these theories must stand or fall on the basis of their moral weight, not their empirical demonstrability."[1240] En sorte que l'argument éthicopolitique d'égalité qui inspire la croisade de MacKinnon nous paraît le mieux militer en faveur de la réception, ne serait-ce que partielle, de ses thèses.

Outre les critiques dont nous venons de faire mention et celles qui sont fondées sur le premier amendement ou qui mettent en cause ses accointances avec la droite conservatrice américaine[1241], la saisie mackinnonnienne de la représentation sexuelle essuie de nombreux autres reproches. Encore une fois, puisque notre thèse ne traite de la censure de la pornographie que de façon incidente, il n'est pas question de proposer ici une exégèse des critiques qu'elle suscite[1242]. Mais il convient en revanche d'insister brièvement sur ce qui nous semble constituer les deux principales pierres d'achoppement de sa saisie de la représentation sexuelle: son refus de prendre en considération la polysémie intrinsèque de nombre d'images qui, selon ses critères, mériteraient d'être censurées et la confusion qu'elle opère entre la représentation d'un acte et l'acte lui-même.

Le refus qu'oppose MacKinnon à l'idée de prendre en compte la nature polysémique des images nous incite à faire un autre bref détour vers la littérature:

> Les guerres considérables que Louis XIV eut à soutenir pendant le cours de son règne, en épuisant les finances de l'État et les facultés du peuple, trouvèrent pourtant le secret d'enrichir une énorme quantité de ces sangsues toujours à l'affût des calamités publiques qu'ils font naître au lieu d'apaiser, et cela pour être à même d'en profiter avec plus

---

[1239] Dans le même sens, voir: W. KAMINER, *It's All the Rage. Crime and Culture*, New York, Addison-Wesley, 1995, p. 37. Ce qui ne signifie pas, bien sûr, que nous nions la possibilité que des agressions sexuelles ou tout autre genre de crime, du reste, puissent être inspirées d'images spécifiques. Mais ces images pourront être médiatisées et c'est le résultat de cette médiatisation qui, ultimement, décidera de la commission ou non de l'agression.

[1240] J.G. SHERMAN, *loc. cit.*, note 1133, à la p. 665.

[1241] Nombre de féministes reprochent à MacKinnon de s'être alliée avec des conservateurs ou même des fondamentalistes religieux pour faire adopter son ordonnance anti-pornographie. Voir notamment: N. STROSSEN, *op. cit.*, note 852, pp. 90-91; M. HEINS, *Sex, Sin, and Blasphemy. A Guide to America's Censorship Wars*, New York, Free Press, 1993, p. 159; M. PALLY, *Sex & Sensibility. Reflections on Forbidden Mirrors and the Will to Censor*, Hopewell, N.J., Ecco Press, 1994, p. 18. D'autres féministes, comme Mary Joe Frug, reconnaissent les problèmes que pose ce type d'alliance mais estiment malgré tout que de telles alliances peuvent s'avérer positives en ce qu'elles permettent de faire déborder le débat sur la pornographie hors des seuls cercles féministes. Voir: M.J. FRUG, *op. cit.*, note 25, p. 148. Enfin, MacKinnon elle-même se défend bien de nuire à la cause féministe en forgeant de telles alliances. Voir: C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1028, à la p. 147.

[1242] Pour en avoir une bonne idée, on consultera, outre les articles déjà cités, les textes du symposium sur le féminisme, la pornographie et la censure, colligées dans (1993) 38 *New York Law School Law Review* 1-462.

> d'avantages. La fin de ce règne, si sublime d'ailleurs, est peut-être une des époques de l'empire français où l'on vit le plus de ces fortunes obscures qui n'éclatent que par un luxe et des débauches aussi sourdes qu'elles. C'est vers la fin de ce règne et peu avant que le Régent eût essayé, par ce fameux tribunal connu sous le nom de Chambre de justice, de faire rendre gorge à cette multitude de traitants, que quatre d'entre eux imaginèrent la singulière partie de débauche dont nous allons rendre compte.[1243]

Puisqu'il est question ici de "partie de débauche", on se doute bien que l'auteur de ces lignes est le Marquis de Sade, dont nous avons déjà parlé. Pourquoi alors y revenir? Tout simplement pour attirer l'attention sur un aspect très particulier de la fiction sadienne, savoir, que cette fiction représente un cas intéressant d'expression polysémique. S'il est facile de ne voir dans cette oeuvre que la litanie des fantasmes morbides d'un pornographe invétéré, aller au-delà de cette première impression s'avère fort instructif. On constate alors que Sade s'intéresse aussi au pouvoir, exercé comme subi. On peut même voir dans son oeuvre une critique radicale du pouvoir aristocratique, ecclésiastique et bourgeois de son époque, aussi corrompu qu'hypocrite et ridicule - l'extrait cité ci-haut le montre bien. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les principaux protagonistes de ses romans sont souvent des nobles, des juges, des évêques ou des bourgeois. Au reste, ne sont-ce pas eux qui firent embastiller Sade à plusieurs reprises? Et Sade lui-même ne cherchait-il pas, dans ses moments de liberté, à reproduire ce pouvoir dans ses relations sexuelles? Après tout, étant noble lui-même, ne faisait-il pas partie de la racaille qu'il met en scène? D'où, probablement, le ton faussement moralisateur, à la Diderot pourrait-on dire, de ses romans. On retiendra donc de cela que même une oeuvre estimée abominable par plusieurs, comme *Les 120 journées de Sodome*, n'a pas nécessairement le sens univoque qu'on lui prête. D'ailleurs, Pier Paolo Pasolini ne s'est pas trompé en transposant ce roman dans son célèbre film *Salo ou les 120 jours de Sodome* afin de dénoncer la décadence morale du fascisme, telle que vécue lors de l'éphémère république sociale italienne de Salo. L'auteur américain Brett Easton Ellis reprit il y a quelques années ce genre de procédé dans son très controversé roman *American Psycho*[1244], cette virulente critique du matérialisme mettant en scène un yuppie new-yorkais qui, ayant comblé tous ses désirs matériels, fait face au vide de son existence. Plus rien ne l'intéressant, et surtout pas les êtres humains, il ne trouve alors rien d'autre à faire que d'agresser sexuellement les femmes et de leur faire subir toutes les violences. Ainsi, comme le fit Sade avant lui, Easton Ellis, un écrivain "sérieux", se sert d'une pathologie sexuelle, qu'il illustre d'ailleurs avec force détails, pour discuter d'un autre sujet, l'abus systématique de pouvoir culminant dans une profanation de ce que la société estime le plus sacré, la vie. Ceci ne change rien au caractère pornographique, selon la

[1243] D.-A. de SADE, *op. cit.*, note 1145, p. 17.
[1244] B. EASTON ELLIS, *American Psycho*, New York, Vintage Books, 1991.

définition qu'en donne MacKinnon, de certaines des scènes qu'il décrit, mais cela complique indubitablement leur analyse autant au plan sémiologique que juridique.

Le message de la pornographie peut donc être ambigu, incertain, ouvert aux interprétations. Aussi des féministes s'en prennent-elles à la négation de ces ambiguïtés que suppose le projet mackinnonnien: "Their quarrel with dominance theory arises from what they see as its objectivist and structuralist tendencies. These tendencies suggest that there is one way to interpret sexual practices or imagery - as incidents of a totalizing gender oppression - and that other interpretations run the risk of self-delusion."[1245] En somme, elles nient que, d'un point de vue féministe, la pornographie soit intrinsèquement mauvaise ou préjudiciable, y voyant même dans certains cas un outil de subversion des rôles sexuels traditionnels[1246]. Cela dit, tout en insistant sur la nécessité de prendre en compte la nature souvent polysémique de l'oeuvre érotique-pornographique, il ne faut pas se leurrer quant au "message" que veut transmettre la plupart du matériel pornographique, notamment celui, somme toute assez rare, qui provoque encore aujourd'hui des levées de bouclier. En effet, alors que les oeuvres qui tombaient jadis sous le couperet des censeurs, pour cause d'obscénité, présentaient pour la plupart des qualités artistiques évidentes et ce, au-delà même de leur contenu sexuel plus ou moins scandaleux, celles qui suscitent aujourd'hui la controverse sont souvent dépourvues de toute valeur artistique ou littéraire. Elles n'ont d'autre prétention que de titiller l'auditoire en lui fournissant des images où la sexualité est exploitée pour elle-même. Le statut juridique de ce matériel est donc nécessairement plus précaire que ne l'est celui d'oeuvres qui peuvent se qualifier comme étant "artistiques" ou "littéraires"[1247] De même, il est impérieux

---

[1245] K. ABRAMS, *loc. cit.*, note 997, à la p. 337.

[1246] Voir par exemple: R. WEST, "The Feminine-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General's Commission on Pornography Report", [1987] *American Bar Foundation Research Journal* 681, à la p. 693. Celle-ci estime que, bien que la "valeur" de la pornographie soit généralement faible, il existe une "bonne" pornographie. Voir aussi, entre autres: B. QUISTGAARD, "Pornography, Harm and Censorship: A Feminist (Re)Vision of the Right to Freedom of Expression", (1993) 52 *University of Toronto Faculty Law Review* 132; S. KELLER, "Powerless to Please: Candida Royalle's Pornography for Women", (1992) 26 *New England Law Review* 1297. Par ailleurs, de nombreux juristes gais prétendent que la pornographie joue un rôle déterminant - et positif - dans la construction et l'acceptation de l'identité homosexuelle. Voir notamment en ce sens: J.G. SHERMAN, *loc. cit.*, note 1133; C.F. STYCHIN, *Law's Desire. Sexuality and the Limits of Justice*, New York / London, Routledge, 1995, pp. 55-75; P. WOLLASTON, "Will They Ever Get It Right? A Gay Analysis of *R.* v. *Butler*", (1993) 2 *Dalhousie Journal of Legal Studies* 251. Pour une vision plus critique de la pornographie gaie, voir: C.N. KENDALL, ""Real Dominant, Real Fun!": Gay Male Pornography and the Pursuit of Masculinity", (1993) 57 *Saskatchewan Law Review* 21.

[1247] Notons à cet égard le glissement "élitiste" de la gestion juridique de la représentation sexuelle. Le professeur Tribe observe que: "[u]nderstandably anxious to avoid the embarrassing literary censorship of earlier times, the Court has retreated to a posture in which the erotic tastes of the educated and well bred emerge as part of the "grand conception of the First Amendment and its high purposes in the historic struggle for freedom", while the less fashionable eroticism of the masses becomes the mere subject of "commercial exploitation of obscene material." Voir: L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 536, n° 12-6, p. 918. Ironiquement, MacKinnon paraît donc on ne peut plus

de ne pas nier que le sens d'une certaine pornographie est bien celui que MacKinnon attribue à la pornographie en général: la haine pure, livrée de manière brute, sans aucun accompagnement intellectuel. Sans indûment réduire le sens de la pornographie, force est de reconnaître que la pornographie elle-même est réductrice du sens. De cela il ressort que s'il faut nécessairement prendre en considération le caractère polysémique d'une bonne part de la pornographie au moment d'envisager sa réglementation, cette polysémie ne fait pas en soi obstacle à toute telle réglementation.

Un autre sujet de contentieux entre MacKinnon et ses critiques est l'adéquation qu'elle établit entre un acte et sa représentation. Wendy Steiner, estimant que cette adéquation procède du "littéralisme" de MacKinnon, y voit là un héritage du puritanisme. Ce "littéralisme" donne des États-Unis l'image d'une "(...) nation of puritan "readers", a nation of literalist decoders, swayed by the overwhelming power of images, beset and besotted by the Word."[1248] Il est difficile de ne pas remarquer le paradoxe: elle-même si portée à la métaphore, MacKinnon propose une interprétation littérale de la représentation sexuelle, qui fait de la représentation d'un viol un viol... Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'idée selon laquelle un viol et sa représentation ne sont en définitive qu'une seule et même chose n'emporte pas d'emblée l'adhésion. En fait, en laissant entendre cela, MacKinnon banalise le "vrai" viol pour renforcer sa thèse voulant que le viol résulte de l'exposition à la pornographie. Comme si les préjudices que l'on peut associer à l'un et l'autre s'équivalaient: "Because there is a difference between the pornographic word and the violent act does not mean that the word does not carry its own hurt that can be severe and enduring. (...) It may be a cause for serious concern and censure that men have sexist (though not sexual) thoughts and fantasies about women, but it would surely be taking matters too far to suggest that "to think it is to do it, and to do it is to think it". While the thought may be parent to the act, they are not the same thing and ought not to be treated as such."[1249] Dans le même sens, le fait que certaines *femmes* aient des fantasmes de viol ne signifie absolument pas qu'elles souhaitent être violées[1250].

égalitariste en voulant supprimer autant la représentation sexuelle que consomme le bon peuple que celle que consomme l'élite intellectuelle...

[1248] W. STEINER, *The Scandal of Pleasure. Art in an Age of Fundamentalism*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1995, p. 42. S'agissant du cas de MacKinnon, il faudrait peut-être ajouter qu'à ce littéralisme "américain" s'ajoute le littéralisme juridique. Barthes notait ainsi à propos de la stigmatisation juridiqque de Sade que: "[l]a condamnation légale portée contre Sade est donc fondée sur un certain système de la littérature et ce système est celui du réalisme: il postule que la littérature "représente", "figure", "imite"; que c'est la conformité de cette imitation qui s'offre au jugement, esthétique si l'objet en est touchant, instructif ou pénal, s'il est monstrueux; qu'enfin, imiter, c'est persuader, entraîner: vue d'école dans laquelle pourtant s'engage toute une société, avec ses institutions." Voir: R. BARTHES, *op. cit.*, note 1146, p. 42.

[1249] A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p. 119.

[1250] C. SMART, ""Law, Feminism and Sexuality: From Essence to Ethics", (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 15, à la p. 28. Sur la représentation d'un viol dans un film pornographique, Susan Keller remarque d'ailleurs que la réaction des femmes à ce genre de scène pourra varier: les unes s'identifieront au violeur, les

Porteurs de significations, le fantasme et le rêve ne sont pas, bien sûr, complètement étrangers à la réalité; dans une certaine mesure, ils sont influencés par elle et l'influencent, en sorte qu'ils participent à la "preuve" de la réalité[1251]. Mais ils ne sont que des éléments parmi d'autres, si bien qu'établir un lien inextricable entre eux et certains comportements spécifiques paraît abusif. De même, la représentation d'un acte n'est pas nécessairement cet acte. La célèbre toile de René Magritte, qui représente une pipe sous laquelle est inscrit "ceci n'est pas une pipe", illustre bien cette situation: de fait, la représentation d'une pipe *n'est pas* une pipe. D'où nos réticences face à un discours qui confond la représentation et la commission d'un acte. En sorte que si l'on peut difficilement récuser l'idée selon laquelle une représentation participe à la construction des significations qui circulent dans la société, on voit mal comment elle seule peut déterminer des comportements, à moins bien sûr de lui conférer un parfait caractère hégémonique et de nier la médiatisation subjective de chaque individu. Revenant à la pornographie, il nous paraîtrait plus juste de dire, avec Zillah Eisenstein, que "[p]ornography (...) includes fantasy and rebellion as well. Multiple meanings coexist within pornography, and they crisscross the realms of real and ideal."[1252] Encore faut-il, toutefois, reconnaître la dimension dynamique des processus de construction des significations, ce qu'à l'évidence MacKinnon refuse de faire.

L'établissement d'une adéquation entre la représentation et la commission d'un acte semble particulièrement problématique au regard d'un champ d'activité qui revêt une importance particulière dans l'histoire occidentale: l'art. L'autonomisation de l'art comme sous-système social est en effet inextricablement liée à la montée de l'individualisme en Occident, qui a culminé dans la reconnaissance à chacun de droits fondamentaux subjectifs, dont celui à la liberté d'expression. Une brève histoire de l'émergence de la liberté d'expression artistique permettra de mieux comprendre ce à quoi MacKinnon s'attaque lorsqu'elle s'en prend à cette forme ultime d'expression polysémique qu'est l'art[1253]. Nous verrons que l'autonomisation de l'art et la reconnaissance corollaire de la liberté d'expression de l'artiste ne se sont pas faites sans heurt, ce qui a indéniablement pu contribuer à leur sacralisation.

Longtemps, le rôle de l'artiste dans la société ne fut que celui d'un fournisseur de services. Talentueux exécutant de commandes provenant de tiers, l'artiste était tenu de créer son oeuvre à

---

autres à la violée. Voir: S. KELLER, *loc. cit.*, note 1141, à la p. 2222. Évidemment, elle parle ici d'une représentation et non pas d'un viol réel filmé, comme on en trouve dans une certaine pornographie.

[1251] Sur l'admissibilité en preuve d'un rêve dans le cadre d'un procès criminel, voir: *R.* c. *Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207.

[1252] Z. EISENSTEIN, *op. cit.*,note 972, p. 163.

[1253] Évidemment, ce tableau sera brossé à très grands traits, d'où d'inévitables simplifications. Pour une histoire complète, voir notamment: A. HAUSER, *Histoire sociale de l'art et de la littérature*, Paris, Le Sycomore, 1982, 4 volumes.

la satisfaction d'un client qui appartenait généralement à l'aristocratie religieuse ou séculière. C'était donc un fournisseur de beauté, dont le statut social n'était souvent guère différent de celui d'un artisan. D'ailleurs, l'individualité de l'artiste se fondait la plupart du temps dans l'anonymat d'un atelier qu'il partageait avec d'autres. Dans ce contexte, la marge de liberté dont il disposait pour exprimer une vision personnelle, qui témoignerait de son authenticité, était minimale. C'est pourquoi l'on ne sait à peu près rien de l'identité des auteurs de tant d'oeuvres datant d'avant la Renaissance. Hormis les écrivains, seuls les noms de quelques artistes majeurs nous sont connus - pensons par exemple aux sculpteurs grecs Phidias et Praxitèle. La Renaissance marque au reste un tournant dans la conception occidentale de l'art. À cette époque, la plupart des artistes sont attachés à la cour d'un noble qui leur sert de mécène[1254] et qui encourage l'expression artistique en espérant des retombées politiques[1255]. Les princes se feront même concurrence dans le recrutement des meilleurs artistes. Aussi, désormais conscients de leur pouvoir relatif sur les princes, les artistes profiteront de cette nouvelle donne pour affirmer leur individualité, rompant avec le statut d'artisans raffinés qui avait jusque-là été le leur. C'est alors que s'enclenchera cette dynamique d'autonomisation de l'art au sein de la société.

Bien que la Renaissance ait permis à l'artiste d'affirmer son individualité et de dépasser le statut d'artisan anonyme - le fait que Leonardo da Vinci, Michelangelo Buonarotti, Botticelli, Donatello et les autres constituent encore aujourd'hui des références en témoigne -, sa liberté d'expression était loin d'être complète. Pris dans l'engrenage de la politique artistique de son mécène, l'artiste ne pouvait risquer de lui déplaire. Partant, si l'on peut légitimement penser que c'est vers la Renaissance que l'idée de liberté d'expression a germé dans les esprits[1256], ce n'est que plus tard que l'on a entrepris d'en définir le concept. Il faut savoir ici qu'au lendemain de la Renaissance, la concurrence artistique que se livraient les potentats locaux s'estompe, l'État centralisé moderne prenant le relais. Le lien entre art et politique se relâche quelque peu, en sorte que les artistes, ne pouvant plus compter sur le soutien financier de multiples princes, en viennent à pratiquer l'art pour l'art. L'affirmation de leur individualité par le truchement de l'art prend dès lors le pas sur leur besoin de sécurité économique. Cette autonomisation des artistes par rapport au pouvoir politique les amènera même parfois à se poser en défenseurs des opprimés et, partant, en opposants des princes qu'ils servaient jadis. Cela culminera avec le romantisme, période où a émergé une conception héroïque de l'artiste[1257]. À cette époque, dit-on, "[l]'artiste est promu en quelque sorte au rang de modèle de l'être humain, en tant qu'agent de la définition originale de

[1254] P. BURGER, *op. cit.*, note 854, p. 36.
[1255] A. BOUBLIL, *Le pouvoir de l'art*, Paris, Belfond, 1991, p. 112-113.
[1256] I. BERLIN, *op. cit.*, note 488, p. 179.
[1257] G. STEINER, *In Bluebeard's Castle. Some Notes Towards a Re-Definition of Culture*, London / Boston, Faber & Faber, 1971, p. 25.

soi."[1258] L'idée de la liberté d'expression artistique s'impose donc, petit à petit, en se frayant un chemin à travers les écueils que dressent devant elle les bien-pensants. L'importance accordée à la liberté par les philosophes des Lumières aura bien sûr contribué à cette évolution. C'est au surplus à cette époque qu'apparaissent les premiers signes d'une reconnaissance juridique de la liberté d'expression, que ce soit dans la *Déclaration des droits de l'homme*, en France, ou dans le *Bill of Rights*, aux États-Unis.

Les balbutiements de la modernité président donc à la naissance de la liberté d'expression artistique. Liberté bien relative, cependant, tant son exercice demeure dans les faits soumis à l'arbitraire des pouvoirs en place. Ce n'est vraiment qu'au vingtième siècle que les limites de cette liberté seront repoussées et que sa consécration juridique se mettra au diapason de la conception qu'en ont les artistes. Notre siècle marque en fait l'aboutissement de la modernité artistique. L'art devient une expérience, selon l'expression de Dewey[1259]. La rupture et la transgression sont institués en critères d'évaluation de la pertinence de toute démarche artistique. "L'art est ce mouvement qui exalte et nie en même temps", nous dit Camus[1260]. On célèbre le culte de l'avant-garde et l'idéologie moderniste du "progrès" étend son empire dans le champ artistique. L'art se détache enfin des dernières considérations utilitaristes qui se trouvaient encore sur son chemin; la division de la forme et de la fonction, de l'esthétique et de l'utile, est définitivement consommée. Cette consécration, du moins théorique, de l'autonomie absolue de l'art ne tardera toutefois pas à poser problème. Elle sera bien sûr prise à partie dans les régimes totalitaires, où l'individu doit se mettre au service de la société, que subsume le pouvoir en place, et non l'inverse. Pareille critique sera formulée autant dans les États fascistes que communistes. Les marxistes considéreront par exemple l'autonomie de l'art comme le pur produit idéologique de la société bourgeoise[1261]. Dans les sociétés démocratiques, l'autonomie de l'art sera aussi contestée à mesure que l'exigence artistique de transgression creusera un fossé entre les artistes et le public[1262]. Enfin, des artistes mêmes mettront en question le canon moderniste. Se disant postmodernistes, ils n'hésiteront pas à lier leur pratique artistique à des finalités sociales ou à affirmer la responsabilité sociale de l'artiste[1263]. En sorte qu'aujourd'hui, l'art, plus que jamais éclaté, va dans tous les sens et bombarde la société de significations contradictoires. En fait, l'art représente probablement la

---

[1258] C. TAYLOR, *op. cit.*, note 3, p. 81.
[1259] J. DEWEY, *Art as Experience*, New York, Perigee Books, 1980.
[1260] A. CAMUS, *op. cit.*, note 890, p. 317.
[1261] P. BURGER, *op. cit.*, note 854, p. 46.
[1262] L. FERRY, *op. cit.*, note 854, pp. 258-260.
[1263] R.-M. ARBOUR, "L'odeur de l'art: art international, art local", *Possibles*, vo. 14, n° 1, hiver 1990, p. 29, aux pp. 30-32.

forme la plus achevée et complexe d'expression polysémique. En ce sens, il s'accommode plutôt mal du "littéralisme" de Catharine MacKinnon[1264].

On le sait, cette auteure ne fait pas mystère de ce qu'elle pense de l'idée d'invoquer la valeur artistique, littéraire ou scientifique d'une oeuvre en défense à une accusation d'obscénité. Pour elle, il est inacceptable d'éluder la question du préjudice que cause la pornographie en se retranchant derrière d'autres considérations, a fortiori esthétiques. C'est ce qui explique qu'elle privilégie les recours civils, fondés sur le principe d'anti-discrimination, aux procédures criminelles, dont le modèle traditionnel se trouve dans la criminalisation de l'obscénité. Selon MacKinnon, leur cible est différente: les recours civils permettent de s'attaquer directement, et même parfois préventivement, au *matériel* pornographique, alors que les procédures criminelles, quant à elles, vont d'abord viser les *individus* qui produisent ou distribuent ce matériel, en sorte que le matériel lui-même demeure une considération secondaire, ce qu'elle déplore[1265]. On imagine bien que la création de tels recours civils peut s'avérer problématique au regard de la protection et de la diffusion des oeuvres d'art, car s'il est vrai que ces recours ne renforcent pas directement les pouvoirs de l'État-censeur[1266], le transfert de ces pouvoirs entre les mains d'individus n'en change pas la nature intrinsèque[1267]. Qui plus est, les problèmes d'interprétation

---

[1264] Une autre toile de Magritte, *Le viol*, illustre encore mieux le problème du sens en art. Cette toile montre la tête d'une femme, dont le visage a été remplacé par un torse et les yeux par des seins, et qui se voit affublée d'une barbe de poils pubiens. Emily Jackson, analysant cette toile en référant au prisme mackinnonnien, remarque ceci: "Perhaps this shows women to be reductible to their sexual parts. But is it a comment on a society that does this to women, or is it pornography?" Voir: E. JACKSON, "The Problem With Pornography: A Critical Survey of the Current Debate", *Feminist Legal Studies*, vol. III, n° 1 [1995], p. 49, à la p. 51. Le même problème pourrait se poser au regard de l'oeuvre *The Dinner Party* de l'artiste féministe Judy Chicago. Cette oeuvre consiste en une table montée pour un banquet, sur laquelle on trouve des assiettes où est peinte la vulve de chaque femme célèbre invitée à ce banquet. Par sa référence au banquet de Platon, cette oeuvre cherche à affirmer la présence des femmes, si longtemps occultée dans le patriarcat. Cependant, interprétée littéralement, elle pourrait aussi être qualifiée de pornographique puisqu'en plus d'être sexuellement explicite, elle réduit ces femmes à une partie de leur anatomie. Sur cette question, voir: L. NEAD, *The Female Nude. Art, Obscenity and Sexuality*, New York / London, Routledge, 1992, p. 65.

[1265] C.A. MacKINNON, "Pornography as Sex Discrimination", (1986) 4 *Law & Inequality Journal* 38, aux pp. 46-47. Cette auteure ajoute ailleurs que "(...) no criminal law will ever be effective against a business that can be run from jail." Voir: C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1028, à la p. 146.

[1266] S.M. EASTON, *op. cit.*, note 1113, p. 118.

[1267] Michel Foucault a bien montré que les représentations linéaires du pouvoir ne tenaient plus. Il en va de même des manifestations de l'exercice du pouvoir, telles la censure. Voir: M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 85, pp. 121-122. L'État, nous l'avons déjà dit, n'a donc pas le monopole de la censure; cette dernière s'exerce dans tous les lieux. Et si l'on peut théoriquement être d'accord avec le fait que l'État avalise législativement une mesure destinée à donner du pouvoir à des citoyens qui en ont historiquement été privés, ici les femmes, on ne peut en même temps s'empêcher de remarquer qu'une telle mesure soulève malgré tout un problème démocratique, du moins au plan des principes. C'est à cet égard que le traditionnel argument de la "pente glissante" est le plus convaincant. Si, au nom du respect des droits et libertés des membres d'un groupe vulnérable particulier, on leur accorde le pouvoir de déclencher un processus de censure de la liberté d'expression, artistique ou autre, où s'arrêtera-t-on? En vertu de quels critères déterminera-t-on, par exemple, ce qu'est un "groupe vulnérable"? Voir sur cette question: H.L.

des conditions d'ouverture de ces recours compliquent encore la situation. Voyons ce qu'a à dire la professeure MacKinnon à ce sujet. Dans un passage désormais classique, cette dernière affirmait ceci:

> (...) if a woman is subjected, why should it matter that the work has other value? maybe what redeems the work's value is what enhances its injury to women, not to mention that existing standards of literature, art, science, and politics, examined in a feminist light, are remarkably consonant with pornography's mode, meaning, and message. And finally - first and foremost, actually - although the subject of these materials is overwhelmingly women, their contents almost entirely made up of women's bodies, our invisibility has been such, our equation as a sex *with* sex has been such, that the law of obscenity has never even considered pornography as a women's issue.[1268]

Plus récemment, elle précisait que sa proposition d'offrir un recours civil aux femmes estimant avoir subi un préjudice du fait de l'exposition de l'auteur du préjudice à une quelconque représentation sexuelle n'emporterait pas comme conséquence nécessaire la censure de toute oeuvre à caractère sexuel, en ce que la recevabilité de ce recours serait fonction de la preuve d'une

---

GATES, Jr., "War of Words: Critical Race Theory and the First Amendment", dans: I. GLASSER (dir.), *Speaking of Race, Speaking of Sex. Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*, New York / London, New York University Press, 1994, p. 17, à la p. 33. De la même façon que les régimes démocratiques attribuent à l'État le monopole de la violence légitime, on pourrait soutenir que, dans de tels régimes, seul l'État devrait posséder le monopole de la censure légitime, c'est-à-dire celle dont l'initiative et la mise en oeuvre supposent l'intervention de l'appareil étatique. La "vertu" de la censure étatique, si l'on peut employer ce mot, est qu'à tout le moins cette censure est procéduralisée, publique, bref, contestable autant dans les sphères juridique que politique. Qui plus est, autant l'*édiction* que la *mise en oeuvre* de mesures consacrant un pouvoir de censure peuvent être discutées dans la sphère publique. Il en va autrement dans les cas où l'État donne son aval à des mesures qui se trouvent en quelque sorte à *privatiser* le déclenchement d'un processus de censure: alors que l'action étatique est soumise à de multiples contraintes juridiques mais surtout politiques, l'action individuelle, quant à elle, l'est beaucoup moins. Si l'on crie au loup dès qu'un État démocratique initie un processus de censure, tel n'est pas le cas lorsque cette initiative émane d'une source privée, en sorte que l'effet paralysant du recours entrepris sur la liberté d'expression se trouve accru. On objectera avec raison que c'est l'État qui conserve le dernier mot puisque ce sont ses tribunaux qui statueront sur les recours civils entrepris. Il reste cependant que cette intervention postérieure au déclenchement de la procédure de censure, même si elle y met ultimement un frein, ne parviendra pas nécessairement à réduire l'effet paralysant des mesures de censure dont le déclenchement est ainsi privatisé. D'où l'intérêt de MacKinnon pour les recours civils. Toutefois, à la différence des recours civils que procurent généralement les lois sur les droits de la personne aux victimes de discrimination, un recours anti-discrimination qui peut aboutir à une interdiction d'une certaine forme d'expression pose des problèmes plus complexes, en ce qu'ici la mise en oeuvre d'un droit fondamental se fait au détriment d'une liberté fondamentale. À cet égard, on ne doit pas être dupe du subterfuge qui consiste à définir législativement l'expression visée comme n'étant pas une expression mais bien un acte. En bout de ligne, les considérations qui précèdent ne font probablement pas obstacle à la reconnaissance de tout recours civil visant à contrer certaines formes d'expression antiégalitaire, mais elles montrent combien il est difficile de passer par cette voie sans menacer indûment une autre valeur démocratique fondamentale, la liberté d'expression. On ne saurait donc trop porter d'attention au libellé de la disposition permettant un tel recours fondé sur le principe de non-discrimination, ainsi qu'à la procédure à suivre pour intenter ce recours. En conclusion, les recours anti-discrimination présentent de grands avantages, à condition que leur mise en oeuvre soit adéquatement balisée. Voir, *infra*, note 1412.

[1268] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1228, à la p. 175.

subordination effective de la femme par l'homme. En effet, dans ce que l'on pourrait qualifier d'interprétation "conservatrice" de sa part, MacKinnon affirme ceci en parlant des exigences d'une ordonnance comme celle qu'elle rédigea pour la ville d'Indianapolis: "The ordinance does not define pornography as graphic sexually explicit "depictions of" subordination, but as a practice of subordination. Women are often subordinated to make depictions of subordination, and as a result of the consumption of such depictions, but the subordination still must be proven to be *done*, not only shown. In addition, if the materials criticize subordination, it will be difficult or impossible to prove that they subordinate."[1269] Cette dernière phrase est ambigue dans la mesure où MacKinnon a toujours prôné une démarche interprétative qui ne tient pas compte de l'intention de l'auteur du matériel pornographique, bref, une interprétation littérale et acontextuelle, ce qui n'est guère étonnant considérant le cadre dans lequel elle inscrit ses propositions de réglementation de ce matériel[1270]. En effet, en les situant dans le contexte de lois anti-discrimination, MacKinnon cherche à s'assurer que soit d'abord pris en compte l'effet de ce matériel, plutôt que l'intention de son auteur. Elle lève toutefois cette ambiguïté un peu plus loin, lorsqu'elle réaffirme l'importance de mettre en équilibre le préjudice qui est censé avoir été causé par la pornographie et la "valeur" de celle-ci: "When women prove that, due to pornography trafficked in their jurisdiction, they are harassed at work, battered in their homes, disrespected in school, and endangered on the street, the litterary, artistic, political or scientific value of the materials would have to be balanced against the women's equality they have been proved to destroy."[1271] Posé de manière aussi dichotomique, on se doute bien comment le problème sera solutionné... Par le truchement d'un recours civil, une seule personne, fût-elle bien intentionnée, imposera son interprétation d'une image ou d'une oeuvre en profitant d'une procédure qui, dans son égalitarisme radical, fait l'économie de toute complexité. Peu importe que le lien entre la représentation et la réalité soit mouvant et difficilement saisissable, que l'auteur de l'oeuvre n'ait pas voulu dégrader les femmes, que d'autres interprétations féministes de cette oeuvre existent ou que la liberté d'expression demeure une valeur démocratique fondamentale, la reconnaissance du préjudice que prétend avoir subi une seule personne conditionnera en quelque sorte la réponse que toute la société donnera à cette image ou à cette oeuvre, quel que soit du reste le médium d'expression employé. Dans un étrange renversement, le particulier sera devenu le général.

[1269] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1028, à la p. 166, note infrapaginale 107.

[1270] Ironiquement, on reproche parfois à MacKinnon d'être elle-même pornographe, par exemple lorsque, dans une envolée rhétorique, elle répète des insultes racistes ou sexistes pour frapper l'imagination. Or, seule son intention et le contexte dans lequel elle tient ses propos peut faire obstacle à une conclusion de pornographie; sa seule défense serait en effet de dire qu'elle en use à des fins subversives. Voir: A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, aux pp. 112-114. Comme quoi il faut y penser à deux fois avant de positiviser la "mort de l'auteur"...

[1271] C.A. MacKINNON, *loc. cit.*, note 1028, aux pp. 167-168.

S'il ne s'agit pas de dire que l'art ne peut être sexiste ou qu'il n'érotise jamais la soumission des femmes - autre argument réducteur, émanant cette fois des adversaires de la professeure MacKinnon[1272] -, la menace que fait peser sur lui la croisade anti-pornographie de celle-ci nous paraît démesurée au regard de son importance historique, non seulement au plan esthétique mais aussi au plan politique. Le potentiel subversif de l'art, d'ailleurs largement employé par les artistes féministes, mérite d'être pris en compte au moment de réglementer la représentation sexuelle, tout comme son caractère polysémique incite à la prudence[1273]. Plutôt que de décontextualiser l'expression comme le propose MacKinnon, nous estimons qu'il faut au contraire la contextualiser systématiquement, ce qui impose de tenir compte de la genèse de l'oeuvre, de l'impact particulier du médium employé, de l'interprétation que son auteur en donne, de celles, sans doute multiples et contradictoires, qu'en donnent les individus exposés à cette oeuvre, ce qui n'exclut aucunement d'accorder une crédibilité particulière à l'interprétation de celles qui s'estiment lésées par elle. Et encore, tous les équivoques ne seront pas levés pour autant. Par exemple, comment déterminer l'intention de l'auteur si celui-ci n'est pas clair à cet égard? L'art comporte des dimensions aussi bien rationnelles que non rationnelles, ne l'oublions pas. Comment jauger l'importance de l'identité de l'auteur sur l'évaluation que fait la prétendue victime du préjudice qu'elle a subi? Comme le remarque Richard Abel: "Images that would be pornographic become feminist erotica when crafted by women, (...)."[1274] Aussi, tout en prenant garde de tomber dans l'angélisme - l'art peut effectivement s'avérer préjudiciable -, nous dirons avec Cheryl Smith Blum que: "Art must be given the benefit of the doubt, whether it attempts to make a statement about the beauty and power of the female form and what it symbolizes or the pain that women have endured."[1275] D'une certaine façon, reconnaître un certain statut particulier à l'art, auquel ne pourrait nullement aspirer la grande majorité du matériel pornographique, c'est faire un pari en se basant sur les résultats qu'a donnés l'investissement millénaire de la civilisation occidentale dans cette forme d'expression.

La mise en place d'une société égalitaire, quitte à devoir user de la réglementation pour y parvenir, et le respect de la liberté d'expression représentent donc deux objectifs qui, sans être intrinsèquement antinomiques, s'entrechoquent parfois. D'une certaine manière, toute tentative de

---

[1272] Argument auquel on serait tenté de rétorquer que, de même que tout ce qui brille n'est pas or, tout ce qui choque n'est pas art... Toutefois, ce genre d'argument va à contre-courant d'un dogme de la modernité artistique, celui de la transgression, ainsi que d'un acquis de cette modernité, la reconnaissance aux seuls artistes du droit presque absolu de définir ce qu'est l'art.

[1273] Ceci est particulièrement vrai lorsque le médium employé est la photographie. Par exemple, la photographie parfaitement chaste prise par un parent de son enfant nu en train de jouer pourra être interprétée, en cette ère d'angoisse, comme une exploitation de type pédophilique....

[1274] R. ABEL, *op. cit.*, note 81, pp. 90-91.

[1275] C. SMITH BLUM, *loc. cit.*, note 1229, à la p. 472.

réglementation de la représentation sexuelle fait invariablement craindre que la liberté d'expression ne soit bradée au passage ou, au contraire, que l'égalité n'y trouve pas son compte. Sans compter que rien ne garantit l'efficacité d'une telle réglementation dans un sens ou dans un autre. C'est pourquoi en circonscrire la portée d'une manière qui soit satisfaisante tant du point de vue de l'égalité que de la liberté d'expression s'avère une tâche éminemment difficile, voire impossible. Ainsi, la portée de la réglementation proposée par Catharine MacKinnon est-elle paradoxalement trop vaste, en ce qu'elle couvre des formes d'expression dont il est loin d'être sûr qu'elles perpétuent invariablement la subordination des femmes, et trop peu vaste, en ce qu'elle ne s'attaque qu'à la représentation sexuelle explicite alors que bien d'autres représentations ou codes sociaux participent à la reproduction de cette subordination. L'usage du corps féminin à des fins publicitaires en témoigne; les codes vestimentaires également[1276]. Qui plus est, la stigmatisation juridique d'une forme particulière de représentation sexiste peut avoir pour effet pervers de valider, *a contrario*, d'autres formes non stigmatisées, lesquelles sont d'un point de vue systémique au moins aussi dommageables que la pornographie puisqu'à l'instar de celle-ci, elles réifient le corps féminin, en plus d'être plus largement diffusées[1277]

Pour valables que soient plusieurs des éléments de l'analyse de la pornographie que propose Catharine MacKinnon, le néo-puritanisme[1278] et l'intégrisme dont elle fait preuve quant à la sexualité pose un très sérieux obstacle à la réception de ses thèses. En fait, sa grande contribution au débat sur la pornographie aura été de la reproblématiser sous l'angle de l'égalité des femmes. Mais il convient néanmoins de se demander si ses prétentions à détenir la vérité féministe n'ont pas contribué à reléguer la question égalitaire à l'arrière-plan, laissant le premier plan à ce qui n'est finalement qu'une tentative d'imposer une *moralité* féministe qui n'est autre que la sienne. Force est donc malheureusement de constater, avec Walter Kendrick, que

> [t]he most dismaying aspect of the feminist antipornography campaign is its exact resemblance to every such effort that preceded it, from Lord Campbell's and Justice Cockburn's through that of Comstock and all the Societies for the Suppression of Vice, to the modern vigilantism of Leagues and Legions of Decency. Whatever its guise, the pornographic urge remains unchanged - immune to argument, invincibly self-righteous, engorged with indignant passion. If the twisted history of "pornography" shows nothing else, it shows that forgetfulness of history is the chief weapon in the armory of those who would forbid us to see and know. "Pornography" is not eternal and its dangers self-evident; to remember that is to win against fear.[1279]

[1276] Sur cette question, voir généralement: D. KENNEDY, *op. cit.*, note 1133.
[1277] A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p. 130.
[1278] Cette qualification est de D. KENNEDY, *op. cit.*, note 1133, pp. 182-183.
[1279] W. KENDRICK, *op. cit.*, note 823, p. 239.

5.1.3. Féminismes, messianisme et démonologie

Au Moyen-Âge, la Sainte Inquisition fit la vie dure à Satan. Pendant des jours entiers, ses sbires torturaient des adorateurs putatifs - généralement des femmes - à la recherche de la marque du Diable. Ils bénéficiaient à cette fin de manuels extrêmement détaillés expliquant où et comment trouver ladite marque. De simples inquisiteurs - des dominicains surtout - devinrent ainsi des auteurs célèbres. Ce fut notamment le cas de Bernardo Gui et de Nicolau Wymerich, chacun avec son *Directorium Inquisitorium*, et surtout d'Henry Kramer et de Jacques Sprenger, avec leur fameux *Malleus Maleficorum*, qui fit l'objet de trente-quatre éditions entre 1486 et 1669[1280]. De cette époque lointaine où le Diable devint une obsession, sa recherche une passion, son élimination une constante préoccupation, nous est heureusement restée une révulsion envers la cruauté mais aussi une saine crainte des effets du mélange de l'obsession et du pouvoir. Mais il nous est aussi resté une fâcheuse tendance à diaboliser celles et ceux qui ne pensent pas comme nous, tendance qui est malheureusement observable autant dans les travaux de Catharine MacKinnon que dans les réactions qu'ils suscitent. Aussi, que conclure sur les thèses de cette auteure et sur les polémiques qu'elles déclenchent?

Quant à l'oeuvre elle-même de MacKinnon, nous dirons qu'elle oscille allègrement entre les fulgurances et les gouffres théoriques. Sur le fond, sa dissection des structures sociales de l'oppression des femmes et surtout du rôle qu'y joue le droit emporte le plus souvent l'adhésion. Du reste, c'est lorsqu'elle s'intéresse au droit que la juriste MacKinnon nous paraît la plus convaincante. Au plan théorique, sa contribution la plus fondamentale nous semble être sa mise en question de l'épistémologie juridique classique. En plus d'être souvent bien fondé, le questionnement qu'elle propose à cet égard n'est pas étranger au regain d'intérêt manifesté depuis quelques années envers l'épistémologie du droit, ce dont il convient de se réjouir. De même, son analyse des splendeurs et des misères de la mise en oeuvre du droit à l'égalité dans nos sociétés libérales est à toutes fins utiles incontournable. D'ailleurs, MacKinnon peut légitimement revendiquer la maternité d'interprétations nouvelles et originales du droit à l'égalité qui ont été intégrées autant dans le droit positif américain que canadien. Bien peu de juristes universitaires peuvent en dire autant. C'est ailleurs, cependant, que la sauce tourne et où elle sombre irrémédiablement dans le manichéisme. Ainsi, après avoir brillamment démontré le simplisme et l'hypocrisie de la saisie des questions d'égalité dans le droit américain de la liberté d'expression, MacKinnon se montre en revanche aussi simpliste et hypocrite face à la liberté d'expression, en

[1280] G. MESSADIÉ, *Histoire générale du Diable*, Paris, Robert Laffont,1993, pp. 377-402. Voir aussi: B. McGINN, *Antichrist. Two Thousand Years of the Human Fascination With Evil*, San Francisco, Harper, 1994.

sorte qu'à la noyade de l'égalité, elle substitue celle de la liberté, malgré qu'elle dise souhaiter "(...) a fair fight (...) between equality and speech as two constitutional values."[1281] Son analyse de la représentation sexuelle illustre bien le problème. Si on lui sait gré d'avoir irréfutablement démontré que le prisme de la liberté d'expression ne permet pas à lui seul d'appréhender de manière satisfaisante ce type de représentation, on doit tout de même lui reprocher de faire trop peu de cas de ce prisme. Trop souvent réduite dans ses écrits au rang d'outil d'oppression des femmes par les hommes, la liberté d'expression se voit presqu'entièrement dévalorisée, tout comme la représentation sexuelle, au reste, dont la polysémie est niée.

Le même manichéisme est perceptible dans sa théorie générale de l'oppression des femmes, où est sur-déterminée la variable "sexualité". Cette surdétermination, on le sait, s'inscrit dans une entreprise de reproblématisation d'un champ social - la sexualité - qui a longtemps été présenté comme non problématique en soi[1282]. À cet égard, l'analyse que fait MacKinnon du rôle que joue le droit dans la délimitation des frontières traditionnelles entre les sphères privée et publique s'avère particulièrement intéressante, en plus d'être singulièrement déroutante. En effet, elle parvient parfois à projeter un éclairage inusité sur des phénomènes dont la signification sociale semblait jusque-là placée hors du champ critique. Pensons par exemple au rapprochement aussi insolite que troublant qu'elle fait entre le rapport hétérosexuel perçu comme consensuel, d'une part, et celui perçu comme non consensuel, d'autre part. Le questionnement juridique que lui inspire ce rapprochement n'est pas moins pertinent. Comment le droit saisit-il le "consentement" des parties à l'acte? Quelle analyse fait-il de leur condition particulière? Cela dit, si ce questionnement a le mérite de secouer certains lieux communs juridiques, les réponses que MacKinnon propose paraissent trop systématiquement placées sous le signe du manichéisme et du réductionnisme, en sorte que de nouveaux lieux communs se trouvent substitués aux anciens. À une femme et un homme présentés en droit comme parfaitement autonomes, elle opposera une femme parfaitement contrainte par l'homme. Dans la mesure où cette représentation revêtira un caractère normatif, les dés seront pipés à l'avance. En fait, la déconstruction de l'hétérosexualité que propose MacKinnon s'arrête là où son idéologie lui dicte de s'arrêter, ce que certaines justifient en invoquant le choix politique initial de MacKinnon "(...) to pursue certain issues and to focus on the ways in which domination has been made sexual. (..) MacKinnon is less concerned with stating all sides of an issue than with *creating* a new side and with *redefining* the issues."[1283]

[1281] C.A. MacKINNON, *op. cit.*, note 268, p. 85.
[1282] F. OLSEN, *loc. cit.*, note 1188, à la p. 1175.
[1283] *Id.*, à la p. 1176.

Sans être entièrement mal fondée, cette affirmation n'en mérite pas moins d'être nuancée car s'il est vrai que, loin d'être seulement théorique, le projet de MacKinnon est aussi politique, il est également vrai que la création de nouveaux espaces discursifs peut se faire sans sombrer dans le dogmatisme ou la pensée totalitaire. La démagogie est un incident de la politique plutôt qu'un de ses éléments constitutifs. Mais il semble que la professeure MacKinnon ait tendance à l'oublier. En effet, on constate trop souvent chez elle une propension à discréditer ou à excommunier celles et ceux qui ne partagent pas ses vues, surtout "celles" du reste, car ce sont les féministes qui refusent son orthodoxie qui s'attirent le plus son opprobre. Rappelons-le, MacKinnon positivise *son* féminisme comme *le* féminisme, point à la ligne. Comme elle souhaite épurer la société des formes de représentation visuelle qu'elle estime inacceptables, elle entend aussi épurer le féminisme des "fausses" versions qui en existent. Cette quête générale de pureté l'incite donc à objectiver son point de vue - attitude qu'elle dénonce ailleurs[1284] - et à chercher systématiquement à censurer le débat pour mieux le clore, ce qui, notons-le, procède du même esprit que celui qui préside à sa négation, soi-disant structuraliste, de l'autonomie des femmes qui osent proposer une version "divergente" de l'expérience hétérosexuelle ou, pire, de celui qui l'incite à traiter de "collaboratrices" les féministes qui ne s'opposent à toute pornographie[1285]. En toute hypothèse, l'intégrité intellectuelle cède alors la place à l'intégrisme et, dans cette foulée, une identité sexuelle prescrite s'érige en obstacle à celle que les individus s'inventent.

Simple rhétorique que ces qualificatifs de "collaboratrices" et autres? On l'a soutenu. La professeure Frances Olsen estime en effet que le projet radical de MacKinnon, pour se réaliser, doit reposer sur une stratégie communicationnelle visant l'effectivité maximale, donc la simplicité maximale. Aussi excuse-t-elle ainsi le réductionnisme mackinnonnien: "If one makes only complex, fully nuanced statements (especially statements of positions that people do not really want to face), they will often be misinterpreted; and in an important sense one is responsible for any misinterpretations one can and does anticipate. Anyone who tries to communicate ambiguity risks having his or her analysis simplified by being "rounded up" or "rounded down.""[1286] Une fois de plus, cette auteure n'a pas complètement tort. Mais si, de fait, la dimension politique du projet de MacKinnon lui impose d'employer un style qui frappe l'imagination, la métaphore ne peut excuser tous les débordements. Comme elle l'a maintes fois répété, les mots ne sont pas

---

[1284] Comme le souligne une auteure, "(...) MacKinnon se voit conduite à "figer" les stratégies et les tactiques dans une position de confrontation antagoniste qui est en fait une réaffirmation du pouvoir qu'elle dénonce." Voir: M.-A. BERTRAND, *loc. cit.*, note 79, à la p. 8.

[1285] Le professeur Hutchinson remarque à cet égard que "MacKinnon has to fall back again on the elite view that, while she (and presumably similar like-minded women) can speak truth to pornographic power, other women cannot be trusted with its corrupting influence." Voir: A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p.128.

[1286] F. OLSEN, *loc. cit.*, note 1188, à la p. 1176.

toujours "que des mots". Paradoxalement, au-delà de certaines dénonciations aussi claires que virulentes, son oeuvre est elle-même truffée d'ambiguïtés, de zones grises. Condamne-t-elle ab initio la pratique de l'hétérosexualité? Considère-t-elle vraiment tous les hommes comme des brutes aussi épaisses que manipulatrices? Si nous avons plus tôt répondu par la négative à ces questions, force est toutefois de reconnaître que notre lecture demeure contestable, tant abondent les passages qui semblent la contredire. C'est que l'oeuvre de MacKinnon ne se donne pas d'emblée; abstraction faite des volets où domine une analyse juridique plus traditionnelle, on ne peut vraiment la saisir qu'à la suite d'un long exercice d'interprétation. Et encore, tant d'équivoque demeure...

Cela dit, tenter cet exercice d'interprétation s'avère éminemment instructif. Malheureusement, il s'agit là d'une tâche à laquelle beaucoup de critiques de Catharine MacKinnon refusent de s'atteler sérieusement, ce qui explique sans doute les nombreuses dénaturations dont sa théorie a fait l'objet. Ce défaut de chercher à vraiment comprendre cette théorie et à l'examiner au mérite, avec ses forces et ses faiblesses, est en premier lieu attribuable à un refus initial d'aller au-delà de la réaction viscérale immédiate qu'elle suscite ou de mettre en contexte le questionnement qu'elle propose. Il est aussi loisible de croire que la nature surplombante de la théorie mackinnonnienne en décourage plus d'un, notamment ceux, très nombreux aux États-Unis, qui ne sont familiers ni avec le marxisme ni avec les autres méta-théories d'origine européenne[1287]. Toutefois, les problèmes qu'éprouvent plusieurs critiques de MacKinnon à saisir ce qu'elle veut vraiment dire ou à mettre sa théorie en perspective débouchent trop souvent sur autre chose que de la simple incompréhension. En effet, MacKinnon est victime, que ce soit dans les milieux juridiques ou ailleurs, d'une diabolisation sans précédent qui dépasse largement les bornes de l'acceptable. C'est ainsi que, dénonçant comme abusive l'adéquation qu'elle établit entre expression et comportement, un auteur a déjà imaginé une intrigue où MacKinnon était elle-même violée[1288]. Après avoir semé le vent, MacKinnon récolterait-elle maintenant la tempête? Ce serait beaucoup trop facile de le soutenir. De la même façon que nous avons jugé inacceptables certaines des tactiques qu'emploie MacKinnon pour discréditer ses adversaires, nous estimons que rien ne peut justifier un pareil discours de la part de ses propres contempteurs. Du reste, faisant preuve d'une indubitable sagacité, un commentateur a tiré la conclusion suivante de cet incident: "MacKinnon's words have engendered real abuse, directed at her *as a woman*. In short, she has proved her point."[1289] On pourrait donc résumer notre point de vue sur cette question en disant que si

[1287] *Id.*, à la p. 1167, note infrapaginale 73

[1288] C. ROMANO, "Between the Motion and the Act", *The Nation*, November 15, 1993, p. 563, à la p. 563.

[1289] D.C. DINIELLI, "Book Review: *Only Words* (...)", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1943, à la p. 1952. Dans le même sens, le professeur Hutchinson estime que la recension de Romano "was itself ample and substantial

MacKinnon succombe elle-même trop facilement à l'autoritarisme intellectuel et tend trop aisément à mépriser celles et ceux qui la contredisent, elle subit à son tour une diabolisation tout à fait injustifiable, compte tenu de la qualité incontestable de sa contribution au débat sociojuridique et ce, que l'on soit d'accord ou non avec ses postulats ou ses conclusions.

Mélange de pessimisme et d'utopie, la théorie de Catharine MacKinnon nous paraît donc malgré tout extrêmement stimulante. Mais prouve-t-elle de manière pleinement satisfaisante toutes les propositions qu'elle avance? Non, à l'évidence. Disons que, pour l'essentiel, MacKinnon donne un compte-rendu par trop simpliste de la configuration des rapports de pouvoir, des processus de construction et de fluctuation identitaires, ainsi que de l'impact potentiel du droit étatique sur la société[1290]. Au surplus, probablement nulle part ailleurs que chez MacKinnon ne peut-on mieux constater les ravages d'une application totalisante de la dialectique des rapports de domination, au point où des concepts comme ceux de "patriarcat", de "construction sociale", de "sexualité", de "genre" ou de "pornographie" passent du statut de concepts théoriques utiles à celui d'obstacles épistémologiques sclérosants. Enfin, l'on doit regretter que son féminisme radical, qui procède d'une interrogation dont l'importance n'est plus à démontrer et ce, autant pour les hommes que pour les femmes, mène à un dogmatisme dont l'absence n'enlèverait rien à la qualité intrinsèque de ses travaux. Une critique radicale ne peut-elle pas volontiers se passer de la compagnie des lourdeaux préceptes d'une rectitude sexuelle, fût-elle féministe[1291]? Trop souvent en effet remarque-t-on que MacKinnon, avec son esprit frisant parfois la religiosité[1292] ou le messianisme[1293], transforme d'intéressantes propositions théoriques en de rebutants articles de foi, faisant ainsi tort à leur pénétration dans des milieux autres que celui des "fidèles".

Indubitablement, donc, MacKinnon est doctrinaire. Mais elle ne l'est pas moins que les adorateurs du premier amendement qui rejettent d'emblée ses thèses, sans même les discuter sérieusement. Une pensée-jivaro répond ainsi à une autre... Somme toute, la différence fondamentale entre eux et elle n'est-elle pas que la position de pouvoir des premiers les autorise à faire de *leur* doctrine *la* doctrine, alors que dans ce contexte de concurrence dogmatique, MacKinnon n'occupe que la position de "challenger"? Mais, entre-temps, la pensée juridique risque d'être bloquée entre deux

---

support for MacKinnon's controversial thesis on words-as-harm and of the pornographic tendencies of mainstream American culture." A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 1198, à la p. 116.

[1290] Dans le même sens, voir: A.C. HUTCHINSON, *id.*, à la p. 113.

[1291] Sur la rectitude sexuelle que prône MacKinnon, voir notamment: J.G. SHERMAN, *loc. cit.*, note 1133, à la p. 695.

[1292] S.G. GEY, "The Apologetics of Suppression: The Regulation of Pornography as Act and Idea", (1988) 86 *Michigan Law Review* 1564, à la p. 1609; D.O. CONKLE, "Harm, Morality, and Feminist Religion: Canada's New - But Not So New - Approach to Obscenity", (1993) 10 *Constitutional Commentary* 105, à la p. 130.

[1293] L. SEGAL, *loc. cit.*, note 1027, à la p. 78.

intégrismes. On aura compris de ce qui précède que notre évaluation des thèses de Catharine MacKinnon est placée sous le sceau de l'ambiguïté. Toutefois, malgré sa saisie déficiente des phénomènes identitaires et le manichéisme rampant qui inspire sa vision du monde et du droit, il est difficile de ne pas reconnaître l'importance considérable de sa contribution à la pensée juridique. Catharine MacKinnon est de celles qui empêchent de penser en rond et qui transforment notre façon de voir les choses. Ce n'est tout de même pas rien. Au reste, pour se convaincre de l'importance de sa théorie, il suffit de voir comment les tenants de la *Critical Race Theory* formulent les problématiques qui les intéressent, ce que nous ferons dans la section qui suit.

5.2. La liberté d'expression dans la *Critical Race Theory*

> Black people are the magical faces at the bottom of society's well. Even the poorest whites, those who must live their lives only a few levels above, gain their self-esteem by gazing down at us. Surely, they must know that their deliverance depends on letting down their ropes. Only by working together is escape possible. Over time, many reach out, but most simply watch, mesmerized into maintaining their unspoken commitment to keeping us where we are, at whatever cost to them or to us.[1294]

Si le virage égalitariste que Catharine MacKinnon tente de faire prendre au droit américain de la liberté d'expression n'a toujours pas reçu d'accueil favorable dans l'arène judiciaire, ses thèses concernant l'interprétation de cette liberté n'ont cependant pas manqué de nourrir la réflexion de plusieurs juristes. C'est tout particulièrement le cas de celles et ceux qui, à l'aube des années quatre-vingt, ont formé le mouvement de la *Critical Race Theory*. Insatisfaits du traitement de la problématique raciale dans le droit américain ainsi que de la place réservée aux juristes minoritaires dans les facultés de droit des États-Unis, les tenants de la *Critical Race Theory*, surnommés "Race-Crits", ont entrepris de mettre en relief le rôle du droit dans l'établissement, la perpétuation mais aussi l'invisibilisation des structures de l'oppression raciale dans leur pays. En fait, la question fondamentale que pose la *Critical Race Theory* est la suivante: comment le droit américain connaît-il la question raciale? Plus précisément, comment *construit*-il la problématique raciale? Comme on l'a constaté depuis le début de cette thèse, de telles questions mènent inéluctablement à une interrogation de type épistémologique, devant laquelle les "Race-Crits" ne reculent pas, loin de là.

[1294] D. BELL, *Faces at the Bottom of the Well. The Permanence of Racism*, New York, Basic Books, 1992, p. v.

Mais outre un intérêt marqué pour l'épistémologie du droit[1295], il est un autre volet de leur projet sociojuridique qui revêt une importance considérable au regard du sujet de cette thèse. Il s'agit du rôle que joue l'expression raciste dans la structure de l'oppression raciale. C'est dans cette optique qu'ils ont fait de l'éradication de cette forme d'expression l'un de leurs principaux chevaux de bataille, réclamant, à l'instar de plusieurs féministes, la mise en place de mécanismes juridiques qui puissent en permettre le contrôle. En raison de l'influence évidente des thèses de Catharine MacKinnon sur les leurs[1296], nous nous en tiendrons dans cette section à présenter strictement certaines particularités de leur discours sur la liberté d'expression[1297]. Auparavant, nous aurons fait une brève présentation du contexte sociojuridique dans lequel les tenants de la *Critical Race Theory* inscrivent leur projet intellectuel.

Est-il enfin besoin de dire que notre présentation de ce mouvement ne saurait être considérée comme absolument exhaustive. En effet, la *Critical Race Theory* constitue présentement un des plus dynamiques courants de la pensée juridique américaine. Se situant dans la mouvance multiculturaliste, avec tout ce que cela suppose de conflits stratégiques et idéologiques, il n'est dès lors pas étonnant que ses tenants empruntent des avenues qui, parfois, divergent. Bien que tous cherchent à dévoiler l'idéologie raciste qui, selon eux, inspire la saisie juridique de la problématique raciale aux États-Unis, les solutions que chacun propose pour mettre fin à l'infériorisation sociale des minorités dans ce pays, tout particulièrement la minorité afro-américaine, et leur donner enfin droit de cité, varient largement. Tout comme le féminisme, la *Critical Race Theory* n'est donc ni monolithique ni monochrome, ce que les inévitables réductions qu'implique le travail de synthèse que nous ferons dans cette section ne devraient pas faire oublier.

5.2.1. La *Critical Race Theory*: une (très) brève présentation

Albert Camus disait du révolté que celui-ci,

> "(...), loin de faire un absolu de l'histoire, la récuse et la met en contestation, au nom d'une idée qu'il a de sa propre nature. Il refuse sa condition, et sa condition, en grande partie, est historique. (...) Certes, le révolté ne nie pas l'histoire qui l'entoure, c'est en elle qu'il essaie de s'affirmer. Mais il se trouve devant elle comme l'artiste devant le réel, il la repousse sans

---

[1295] Nous nous nous sommes longuement attardé à la discussion de ces questions que font les tenants de la *Critical Race Theory* dans la première partie de cette thèse.

[1296] Sur l'influence de MacKinnon à cet égard, voir: H.L. GATES, Jr., *loc. cit.*, note 1267, à la p. 20.

[1297] Pour le reste, nos lectrices et lecteurs pourront se référer à notre analyse critique de la théorie mackinnonnienne, en y faisant les changements nécessaires.

> s'y dérober. Pas une seconde, il en fait un absolu. S'il peut participer, par la force des choses, au crime de l'histoire, il ne peut donc le légitimer.[1298]

Si tel est le profil des révoltés, alors les "Race-Crits" sont des révoltés. Et leur révolte trouve sa source dans le dépit que leur inspire le traitement de la question raciale aux États-Unis. En effet, ce n'est pas un hasard si un courant critique comme la *Critical Race Theory* est né aux États-Unis. Comme le soulignait un auteur, "[r]ace is to America as class is to England and language is to Canada: the Great Unresolvable, the knotted fuse at the centre of the nation."[1299] De fait, la race prend dans ce pays des allures paradigmatiques[1300], ce que confirme le philosophe Cornel West dans cette virulente description de la société américaine:

> (...) this society is a chronically racist, sexist, homophobic and jingoistic one. The complex and tortuous quest for American identity from 1776 to our own time has produced a culture in which people define themselves physically, socially, sexually and politically in terms of race, gender, sexual orientation and "anti-American" activities. One unique feature of the country among other modern nations - with the embarrassing exceptions of South Africa and Hitler's Germany - is that race has served as the linchpin in regulating this national quest for identity.[1301]

L'association de la société américaine à l'Allemagne nazie ou à l'Afrique du Sud, manière apartheid, n'est pas sans conséquence. Pour les tenants de la *Critical Race Theory*, le racisme aux États-Unis est la norme plutôt que l'exception[1302]: il imprègne toutes les structures de la société, mais sa présence reste masquée par l'égalité formelle garantie dans la Constitution, qui laisse

---

[1298] A. CAMUS, *op. cit.*, note 890, p. 361-362.

[1299] V. ROSS, "Turow wades into race issue in U.S. justice system", *The Globe and Mail*, Saturday, November 16, 1996, p. C3, à la p. C3.

[1300] Le rôle qu'y joue la race fait qu'elle ne peut être considérée comme une catégorie distinctive parmi d'autres, comme le sont par exemple la religion ou la langue: J.M. CULP Jr., "Black People in White Face: Assimilation, Culture, and the Brown Case", (1995) 36 *William and Mary Law Review* 665, p. 682. Notons ici au passage la référence aux travaux de Frantz Fanon dans le titre de l'article de Culp. Pour une synthèse américaine des diverses tentatives de théorisation du concept de race, voir: M. OMI et H. WINANT, *Racial Formation in the United States From the 1960s to the 1990s*, 2nd ed., New York / London, Routledge, 1994, ainsi que J.F. PEREA, "Ethnicity and the Constitution: The Black and White Binary Constitution", (1995) 36 *William and Mary Law Review* 571. Voir enfin P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, *Théories de l'ethnicité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 42-46.

[1301] C. WEST, *op. cit.*, note 163, p. 226. Sur l'écart entre la représentation de l'identité américaine et sa réalité, voir: K. CRENSHAW, "The Identity Factor in Multiculturalism", *Liberal Education*, vol. 81, n° 4, Fall 1995, p. 6, à la p. 9. Pour une intéressante étude historique du racisme aux États-Unis, voir notamment, R. DANIELS et H.H.L. KITANO, *American Racism. Exploration of the Nature of Prejudice*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1970.

[1302] R. DELGADO, "Introduction", dans: R. DELGADO (dir.), *Critical Race Theory. The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press, 1995, p. xiii, à la p. xiv. Derrick Bell parle pour sa part d'une société fondée sur un système de castes raciales. Voir: D.A. BELL, "Who's Afraid of Critical Race Theory?", [1995] *University of Illinois Law Review* 893, p. 906.

croire que la société est réellement neutre et que le racisme y est efficacement combattu[1303]. On soutient même que les dispositions censées promouvoir l'égalité raciale profitent à la majorité blanche plutôt que d'aider vraiment la cause des victimes du racisme[1304]. Bref, l'égalité formelle, même constitutionnalisée, ou bien ne change pas grand-chose au statu quo, ou bien ne l'affecte que dans la mesure où ce changement est acceptable pour la majorité. C'est d'ailleurs le ralentissement, voire le recul, de la dynamique enclenchée à la fin des années cinquante lors de la lutte des afro-américains pour la reconnaissance de leurs droits civils, qui a suscité chez plusieurs juristes "minoritaires" une prise de conscience des mystifications qu'opère parfois l'égalité formelle[1305]. Cette prise de conscience se trouve à la source d'un des axiomes du projet des "Race-Crits", qui est de dénoncer le mythe de l'éradication du racisme par les voies "naturelles" d'un système juridique consacrant une idéologie libérale a priori réfractaire aux revendications à saveur collectiviste[1306]. Comme on peut le constater, l'argumentation de la *Critical Race Theory* au regard de la race est de la même eau que celle qu'avance Catharine MacKinnon au regard du genre. Aussi, un peu comme le font les féministes avec les variables "sexe" ou "genre", les "Race-Crits" reproblématisent la variable "race" de leur point de vue de minoritaires.

C'est dans cette optique qu'ils s'en prennent au mythe d'une constitution "color-blind"[1307]. Pour eux, la Constitution des États-Unis ainsi que les normes infra-constitutionnelles qu'elle valide sont bien loin d'être insensibles à la couleur. Ils estiment au contraire que toute la normativité juridique dans ce pays consacre et reproduit la norme blanche, confinant les "non-blancs" au statut d'Autres perpétuels. Plus encore, ils soutiennent que l'institution juridique[1308] a joué un rôle fondamental dans la construction du problème racial qui, encore aujourd'hui, conditionne le débat politique

---

[1303] Sur cette question, voir K.W. CRENSHAW, "Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law", (1988) 101 *Harvard Law Review* 1331; D. BELL, "Racial Realism", (1992) 24 *Connecticut Law Review* 363.

[1304] Nous référons ici à la thèse de la "convergence des intérêts" proposée par Derrick Bell. Celui-ci soutient qu'une décision comme *Brown* v. *Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), qui a consacré en droit la déségrégation raciale aux États-Unis, n'a pu être possible que parce que cette déségrégation correspondait aux intérêts de la majorité blanche, autant aux plans économique et politique, qu'interne et international. Voir: D. BELL, "*Brown* v. *Board of Education* and the Interest-Convergence Dilemma", (1980) 93 *Harvard Law Review* 518.

[1305] Voir D. BELL, "An Allegorical Critique of the United States Civil Rights Model", dans: B. HEPPLE et E.M. SZYSZCZAK (dir.), *Discrimination: The Limits of Law*, London, Mansell, 1992, p. 3. Pour un bon résumé de la critique que font les "Race-Crits" de la conception des droits à l'égalité dans le "Civil Rights Scholarship", voir: G. MINDA, *op. cit.*, note 15, pp. 167-173.

[1306] Nous nous en tenons ici à la définition, contestable, que donnent les tenants de la *Critical Race Theory* à l'idée de "libéralisme".

[1307] Voir notamment: N. GOTANDA, "A Critique of "Our Constitution Is Color-Blind"", (1991) 44 *Stanford Law Review* 1.

[1308] Par "institution juridique", nous référons au complexe que forment l'idéologie du droit, les normes elles-mêmes, les institutions et acteurs chargées de les édicter et de les mettre en oeuvre, ainsi que les pratiques de ces institutions et acteurs. Voir: I.F. HANEY LOPEZ, *op. cit.*, note 216, p. 114.

américain[1309]. Dans le concret, l'institution juridique a construit la problématique raciale de manière à faire de la race blanche l'étalon à partir duquel le statut social d'un individu est déterminé, en sorte que plus celui-ci présentera des caractéristiques permettant de l'associer à cette race, plus son intégration et son ascension sociales seront faciles, et plus il aura droit, dans les faits, à être traité en citoyen égal aux autres.

Dans la mise en place de ce système d'inclusion / exclusion, autant les fonctions régulatrice qu'idéologique du droit seront mises à contribution. La fonction régulatrice se manifestera par une série de prescriptions juridiques destinées à favoriser une différenciation raciale au sein de la société. On cherchera ainsi par le truchement de ces règles à empêcher les métissages raciaux ou à distinguer les races en fonction de caractéristiques physiques prédéterminées et stéréotypées, quitte à user ici de critères soi-disant biologiques pour déterminer la quiddité raciale d'un individu. On tentera également de contrôler l'accès des immigrants à la citoyenneté en mesurant leur quiddité de "blancs"[1310]. On essaiera enfin de stabiliser la différenciation raciale obtenue à la suite de l'application de ces règles par d'autres règles qui établiront une ségrégation fonctionnelle ou géographique entre les races[1311]. De la sorte, on parviendra à inscrire dans la dynamique sociale la logique du "nous et les autres", le "nous" désignant ici les blancs et les "autres" recouvrant indifféremment tous les non-blancs[1312]. Quant à la fonction idéologique du droit, elle légitimera longtemps la différenciation raciale préalablement opérée par les normes positives, d'abord en rendant crédible, car "naturelle", la catégorisation raciale artificielle consacrée dans ces normes, ensuite en rétrécissant le spectre des interprétations possibles de la question raciale. Cette réduction des possibles empêchera de penser cette problématique autrement qu'en renvoyant aux catégories juridiques préexistantes, qui s'en trouveront dès lors renforcées. Le droit aura en

---

[1309] L'idée de "construction" juridique de la race a ici une acception complexe, que résume ainsi Haney Lopez: "'Construction' here does not carry teleological or normative connotations; it refers only to complex social processes. To the extent law constructs race, it does not do so only in one direction or along a single axis. Rather, the legal construction of race pushes in many different directions on a multitude of levels, sometimes along mutually reinforcing lines but more often along divergent vectors, occasionally entrenching existing notions of race but also at other times or even simultaneously fabricating new conceptions of racial difference. Moreover, there is no indication that in and of itself the legal construction of race is normatively good or bad. It may be either; the ultimate question being not whether legal practices construct race but what role such construction plays in the attainment of social justice." Voir: *id.*, p. 115. Remarquons ici que contrairement au constructivisme mackinnonnien, qui est d'ordre a priori normatif, le constructivisme de Haney Lopez se veut plus sociologique, en plus d'être moins linéaire.

[1310] Sur la question de la citoyenneté des afro-américains, il convient de rappeler le célèbre jugement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Dred Scott* v. *Sanford*, 60 U.S. 393 (1857), dans lequel la Cour affirma que les esclaves ne pouvaient revendiquer aucun des droits et privilèges normalement rattachés à la citoyenneté américaine.

[1311] I.F. HANEY LOPEZ, *op. cit.*, note 216, pp. 116-120.

[1312] Dans le même sens, voir: K.W. CRENSHAW, *loc. cit.*, note 1303, à la p. 1370.

quelque sorte vampirisé la discussion sur le sens à donner au concept de "race"[1313]. Bref, sa fonction idéologique nourrit la croyance autant en la justesse intrinsèque de la catégorisation raciale consacrée dans les normes positives qu'en son inévitabilité.

S'il n'existe évidemment plus de dispositions législatives ou réglementaires consacrant explicitement la division raciale de la société américaine, les "Race-Crits" n'en estiment pas moins que le droit continue de la perpétuer implicitement. La raison en est que le droit, en cherchant à empêcher la discrimination fondée sur la race, n'a d'autre choix que de continuer à attribuer une signification précise, fût-elle réductrice, au concept de race. C'est d'ailleurs ce que reconnaît I.F. Haney Lopez: "Vindicating the rights of minorities has required maintaining a legal system that distinguishes between Whites and non-Whites, even though these classifications arose from efforts to subordinate those constructed as non-White. The necessary persistence of racial categories in law lends legitimacy to the notion that races exist in fact, leading people to think not only of others but of themselves in racial terms."[1314] Comme on peut le constater, la prémisse de cette argumentation rejoint la thèse égalitariste classique voulant que tous les êtres humains soient égaux, peu importe leur race biologique. Dans cette optique, les considérations raciales n'ont aucune pertinence, et le droit doit intervenir pour empêcher qu'on en tienne indûment compte. Mais, ce faisant, il reproduit involontairement la division raciale qu'il cherche à combattre. Ce n'est pas là le moindre paradoxe auquel est confrontée toute tentative de théorisation de la saisie juridique de l'identitaire: autant les catégories du droit peuvent s'avérer problématiques, autant elles sont inévitables. La question n'est donc pas de savoir si l'on peut s'en passer, mais bien de voir comment il est possible d'en atténuer les effets négatifs s'agissant d'appréhender le kaléïdoscope identaire de cette fin de siècle.

Parler de kaléïdoscope identitaire, c'est parler de multiculturalisme et de diversité sociale; c'est aussi parler de la coexistence des identités. Cette coexistence, au demeurant inévitable, doit-elle se faire dans l'intégration ou dans la séparation? Ou impose-t-elle plutôt l'évitement de ces deux modèles extrêmes de gestion de la différence identitaire[1315]? Cette question ne fait pas l'unanimité au sein de la *Critical Race Theory*. Si les uns plaident carrément en faveur de la reconnaissance d'un droit constitutionnel à la diversité culturelle[1316], avec ce que cela pourrait avoir comme conséquences sur le tissu social, d'autres prônent plutôt une réforme de la théorie constitutionnelle

---

[1313] I.F. HANEY LOPEZ, *op. cit.*, note 216, pp. 123-133.
[1314] *Id.*, p. 125.
[1315] Voir généralement: D. RÉAUME, "Justice Between Cultures: Autonomy and the Protection of Cultural Affiliation", (1995) 29 *University of British Columbia Law Review* 117.
[1316] Voir par exemple: N. GOTANDA, *loc. cit.*, note 1307, aux pp. 66-68.

américaine sur la base d'une philosophie communautarienne[1317]. Ce genre de débat, récurrent dans les travaux des "Race-Crits", incite ces derniers à s'attaquer à certains icônes du droit américain, tel le fameux arrêt *Brown* v. *Board of Education*[1318], qui mit un terme à la ségrégation raciale en décrétant l'intégration scolaire des blancs et des noirs. Cet arrêt, longtemps considéré comme un jalon essentiel de l'avancement de la cause afro-américaine en ce qu'il mettait fin à la doctrine du "separate, but equal"[1319], voit aujourd'hui son importance réelle questionnée[1320]. Le fait que la déségrégation raciale n'ait pas entraîné de diminution substantielle du racisme en incite en effet certains à mettre en question la faisabilité d'une véritable intégration et même l'idée qu'une telle intégration puisse être "neutre", c'est-à-dire qu'elle ne se fasse pas au détriment de ceux censés en bénéficier au premier chef, en l'occurrence les afro-américains (par exemple à travers la perte de valeurs traditionnelles communautaires et de la conscientisation nécessaire au réflexe de résistance de tout minoritaire). On s'interroge de plus en plus sur les conséquences délétères de l'intégration: celle-ci exige-t-elle qu'il faille "noyer" une identité dans une autre? Il y a une marge, soutient-on, entre se dire en faveur du principe de la déségrégation et en accepter toutes les conditions, surtout lorsqu'elles sont fixées par la majorité blanche[1321]. On remarque ainsi autant chez les afro-américains que chez les hispano-américains un rejet croissant de la logique d'intégration des identités, ce qui se traduit, dans le concret, par un repli communautariste et, dans le discours, par une montée de la rhétorique du nationalisme culturel, voire même du séparatisme ethnique[1322].

Cette oscillation entre les deux pôles que sont l'intégration et la séparation illustre quelques-unes des questions fondamentales auxquelles s'intéresse la *Critical Race Theory*. Quel contenu doit-on donner au droit à l'égalité dans une société de plus en plus multiculturelle? Une citoyenneté égale est-elle possible sans une certaine mesure de renonciation identitaire, généralement de la part des minorités? Dans cette optique, toute acculturation est-elle intrinsèquement négative[1323]? Qui plus est, une société libre et démocratique peut-elle accepter que la reconnaissance de l'égalité concrète

---

[1317] Voir par exemple: A. JOHNSON, *loc. cit.*, note 398, à la p. 2055.
[1318] *Supra*, note 1304.
[1319] Consacrée en jurisprudence depuis l'arrêt *Plessy* v. *Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
[1320] Voir notamment: R. DELGADO et J. STEFANCIC, "The Social Construction of *Brown* v. *Board of Education*: Law Reform and the Reconstruction Paradox", (1995) 36 *William and Mary Law Review* 547; J.C. SMITH Jr. et L.C. WILSON, "*Brown* on White College Campuses: Forty Years of *Brown* v. *Board of Education*", (1995) 36 *William and Mary Law Review* 733; M.J. KLARMAN, "*Brown*, Racial Change, and the Civil Rights Movement", (1994) 80 *Virginia Law Review* 72.
[1321] J.M. CULP Jr., *loc. cit.*, note 1300, à la p. 681.
[1322] R. DELGADO et J. STEFANCIC, *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York / London, New York University Press, 1997, p. 147. Voir aussi: G. PELLER, "Race Consciousness", [1990] *Duke Law Journal* 758.
[1323] Pour une réponse négative à cette question, voir: S. ABOU, *Cultures et droits de l'homme*, Paris, Hachette, 1992, p.p. 122-125.

d'une minorité mène au séparatisme identitaire, même si ce séparatisme répond à une volonté, clairement exprimée, à la fois de réenracinement et d'auto-détermination de cette minorité? Au reste, le séparatisme identitaire à la Marcus Garvey n'est-il pas lui-même raciste[1324]?

À l'évidence, un tel questionnement nous force à déborder du droit positif strict pour aller qui vers la philosophie, qui vers la sociologie ou même l'anthropologie du droit. Bref, il ne peut plus être question ici de droit "pur": une solution au "dilemme de la différence", si solution il y a[1325], passe donc nécessairement par un dépassement des frontières strictes du droit positif. Mais si les réponses que donnent les "Race-Crits" aux questions soulevées par ce dilemme varient, tous prononcent en coeur l'oraison funèbre du *melting pot* américain[1326]. Dans cet esprit, tous partagent une idéologie résolument différentialiste et affirment l'absolue nécessité d'opérer un changement de paradigme constitutionnel, qui consacrerait le passage d'une approche de "color-blindness" à une autre de "race-consciousness"[1327].

[1324] Marcus Garvey prônait un séparatisme noir, anti-intégrationniste, dérivant vers un racisme anti-blancs. Sur ses thèses et les problèmes que suscite l'antiracisme différentialiste, voir généralement: P.-A. TAGUIEFF, *Les fins de l'antiracisme*, Paris, Éditions Michalon, 1995, p. 185-198. On notera au passage qu'aucun groupe n'a le monopole du racisme et que, partant, même les minorités historiquement désavantagées peuvent faire preuve de racisme ou d'ethnocentrisme, ce que persiste pourtant à nier un certain discours acritique en vogue actuellement et qui fait que "[c]ondamnable chez les Occidentaux, l'ethnocentrisme est louable chez les autres." Voir: S. ABOU, *id.*, p. 30. Pour une réfutation de l'argument simpliste, mais pourtant fréquemment avancé aux États-Unis, voulant qu'un Afro-américain, du fait de son appartenance à un groupe historiquement désavantagé, ne puisse être raciste, voir: M. OMI et H. WINANT, *op. cit.*, note 1300, p. 73.

[1325] Un auteur estime à cet égard qu'il n'existe aucune solution prédéterminée et universellement applicable à ce dilemme. L'abordant sous l'angle de l'articulation de la dichotomie symétrie / asymétrie dans l'interprétation du droit à l'égalité, cet auteur affirme: "This inability to stick with either symmetry or asymmetry is not a weakness, however. It is not a weakness because the difference dilemma, or at least the dynamic tension it generates, is also the solution to the thorniest problems in contemporary equality law. If we can ride the dynamic tension between the horns of this dilemma, we can avoid getting stuck on either one. Accomplishing that feat requires looking at the facts and the perpetrator in the specific context. There are no generalizable rules about how to avoid the dilemma, which is fortunate. It is the instinct to grasp for such a generalizable rule that inevitably impales us on the one horn of the dilemma." Voir: J.E. MORRISON, "Viva La Differencia: A Non-Solution to the Difference Dilemma", (1994) 36 *Arizona Law Review* 973, à la p. 1009. En effet, il n'existe aucune solution optimale à ce dilemme; il ne peut y avoir que des paramètres à l'élaboration de solutions, dont l'application doit être informée par une réflexion de type épistémologique. Voir: *supra*, à la partie I de cette thèse.

[1326] Voir généralement: R.M. PERELMAN, "Racial Conflicts and Cultural Politics in the United States", *Journal of Politics*, Vol. 56, No. 1, February 1994, p. 1; D.O. LINDER, "Retreat from the Melting Pot? Cultural Pluralism and Public Policy", (1991) 59 *UMKC Law Review* 471; K.H. KARST, "Citizenship, Race, and Marginality", (1988) 30 *William and Mary Law Review* 1.

[1327] Voir notamment sur ce sujet: R.D. BARNES, "Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship", (1990) 103 *Harvard Law Review* 1864; G. PELLER, *loc. cit.*, note 1322; G. PELLER, "Notes Toward a Postmodern Nationalism", (1992) 4 *University of Illinois Law Review* 1093.

Cela dit, cette idéologie différentialiste s'avère dans la plupart des cas une idéologie culturaliste plutôt que racialiste au sens strict[1328]. En effet, les "Race-Crits" ne restreignent pas leur analyse aux seuls rapports de domination fondés sur la race biologique. Privilégiant au contraire une acception large du mot "race"[1329], ils s'intéressent d'abord et avant tout à la dimension culturelle de la problématique raciale de même qu'aux rapports qu'entretiennent les minorités visibles avec le droit. Mais encore là, la notion de "minorité visible" est élastique. Ainsi, ce n'est qu'au dix-neuvième siècle que la population hispanophone des États-Unis, comptant parmi elle des individus plus ou moins "visibles", a été "racialisée". Un groupe qui était dans les faits profondément hétérogène, aux appartenances et aux origines diverses, a été "construit" par la majorité blanche comme s'il était homogène[1330]. Mais si le projet des tenants de la *Critical Race Theory* se veut ouvert à de multiples groupes historiquement désavantagés[1331], il reste que la situation particulière des États-Unis les forcent à orienter leurs recherches vers les questions intéressant principalement les Afro-américains, les Latinos et les autochtones. Étant eux-mêmes majoritairement issus de ces groupes, il n'est pas étonnant que les "Race-Crits" s'en fassent les hérauts, ce dont ils ne font pas mystère, du reste. D'ailleurs, d'aucuns voient dans cette association volontaire aux luttes de ces groupes le principal point de convergence des intellectuels qui se réclament de la *Critical Race Theory*[1332]. Ayant signalé au chapitre premier les conséquences épistémologiques et pédagogiques d'une telle solidarisation, ajoutons que celle-ci influe également sur la forme que prennent certains des travaux des "Race- Crits".

[1328] Analysant la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis sur la question raciale, un auteur a établi une typologie à quatre volets du concept de "race": la "status-race" (qui associe la race à un statut social prédéterminé), la "formal-race" (qui prétend décrire de façon neutre une "réalité" raciale), la "historical-race" (qui reconnaît l'usage historique du concept de race comme motif de subordination sociale) et la "culture-race" (qui renvoie aux coutumes, croyances, traditions, pratiques sociales et institutions d'une minorité raciale donnée, lesquelles fondent la distinction de sa culture par rapport à celle de la majorité). Dans cette optique, être de race noire signifie bien autre chose qu'avoir une pigmentation foncée. Cela signifie être dépositaire d'une mémoire et d'une culture particulières, celles des Afro-américains. Pour cet auteur, ce n'est que par l'emploi du concept de "culture-race" que le droit pourra éviter de perpétuer la subordination des Afro-américains. Voir généralement: N. GOTANDA, *loc. cit.*, note 1307.

[1329] Ils se situent à cet égard dans la tendance contemporaine qui veut que "(...) le terme de "race" (ou le qualificatif "racial"), ne dénote plus l'hérédité bio-somatique, mais la perception des différences physiques, en ce qu'elles ont une incidence sur les statuts des groupes et des individus et les relations sociales." Voir P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, *op. cit.*, note 1300, p. 43.

[1330] Voir généralement sur ce groupe: S. OBOLER, *Ethnic Labels, Latino Lives. Identity and the Politics of (Re)Presentation in the United States*, Minneapolis / London, University of Minnesota Press, 1995.

[1331] Par exemple, les Américains d'origine asiatique. Voir notamment: R.S. CHANG, "Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Post-Structuralism, and Narrative Space", (1993) 81 *California Law Review* 1241.

[1332] M.J. MATSUDA, C.R. LAWRENCE III, R. DELGADO et K.W. CRENSHAW, "Introduction", dans: M.J. MATSUDA, C.R. LAWRENCE III, R. DELGADO et K.W. CRENSHAW, *op. cit.*, note 137, p. 1, à la p. 3. Voir aussi: V. GENTILLI, "A Double Challenge for Critical Race Scholars: The Moral Context", (1992) 65 *South California Law Review* 2361, p. 2362.

En effet, ceux-ci, loin de s'en tenir au style descriptif-argumentatif qui caractérise la plupart des textes publiés dans les périodiques juridiques, n'hésitent pas à recourir à d'autres genres littéraires comme l'autobiographie, la poésie, le conte, la parabole ou la nouvelle pour transmettre leur message. Ils créent des personnages, les mettent en scène, bref, ils scénarisent, à des fins pédagogiques, l'étude des questions juridiques[1333]. On désigne cette façon d'écrire comme participant de la "narrative jurisprudence"[1334]. Si une telle démarche ne fait pas nécessairement l'unanimité chez les juristes universitaires américains[1335], elle est parfaitement compréhensible du point de vue des "Race-Crits", qui veulent que leurs travaux soient lisibles, et donc lus, par le plus grand nombre et non simplement par des professionnels du droit[1336]. Ils espèrent ainsi parvenir à conscientiser les groupes minoritaires et à susciter chez eux une appropriation normative menant à la création de ce qu'un auteur appelle "un nouveau sens commun juridique", annonciateur de transformations sociales plus profondes, certes, mais se situant dans un horizon plus lointain[1337]. Ils veulent de cette manière "subvertir" le droit, c'est-à-dire l'utiliser contre le maître alors même

---

[1333] On trouvera deux exemples de ce genre de juris-fiction (à ne pas confondre avec le concept de "fiction juridique"!) dans les ouvrages suivants: D. BELL, *op. cit.*, note 1294; R. DELGADO, *The Rodrigo Chronicles. Conversations about America and Race*, New York / London, New York University Press, 1995.

[1334] Sur les liens entre ce style littéraire et le droit, voir généralement: P. BROOKS et P. GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories. Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven / London, Yale University Press, 1996. Voir aussi: SYMPOSIUM, "Legal Storytelling", (1989) 87 *Michigan Law Review* 2073.

[1335] Voir généralement: M. TUSHNET, "The Degradation of Constitutional Discourse", (1992) 81 *Georgetown Law Journal* 251 (ainsi que la réplique de G. PELLER, "The Discourse of Constitutional Degradation", (1992) 81 *Georgetown Law Journal* 313). Par exemple, en plus de s'interroger sur l'efficacité intrinsèque de cette forme de littérature juridique au regard de la transmission des savoirs, on souligne les problèmes qu'elle pose lorsqu'il s'agit d'évaluer la contribution scientifique de celles et ceux qui y recourent et, éventuellement, lorsqu'il s'agit de leur accorder la permanence tant convoitée. Voir en ce sens: E.L. RUBIN, "On Beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship", (1992) 80 *California Law Review* 889. On reproche aussi aux auteurs employant ces styles littéraires de nier la valeur spécifique de la littérature juridique traditionnelle, sans pour autant démontrer leur prétention voulant que les normes d'évaluation qui y sont rattachées soient intrinsèquement inéquitables pour les femmes et les minorités raciales. Voir: D.A. FARBER et S. SHERRY, "Telling Stories Out of School: An Essay on Legal Narratives", (1993) 45 *Stanford Law Review* 807, p. 842 (voir cependant la réplique de R. DELGADO, "On Telling Stories in School: A Reply to Farber and Sherry", (1993) 46 *Vanderbilt Law Review* 665). On les incite ainsi à se conformer au modèle dominant.

[1336] Ce souci d'accessibilité ne peut toutefois constituer une justification pour la *Critical Race Theory*, soutient Derrick Bell. Pour ce dernier, ce mouvement critique n'a pas besoin de chercher sa légitimité hors de lui-même, contrairement à ce que pensent ses adversaires. Voir: D.A. BELL, *loc. cit.*, note 1322, p. 910.

[1337] Cet auteur, le sociologue du droit Boaventura De Sousa Santos, fait d'ailleurs quelques remarques fort intéressantes quant à l'impact des mouvements critiques dans le champ du droit. Il exprime ainsi l'avis que certaines études entreprises à partir des années soixante et portant sur l'adéquation du droit à la société se sont trompées de public-cible en formulant en même temps une critique très radicale du système juridique étatique mais en tentant néanmoins "(...) de contribuer à certaines améliorations mineures dans le fonctionnement du système." D'où leur échec, qui, estime-t-il, "(...) aurait pu être évité si, plutôt que de s'adresser aux bureaucrates étatiques, le programme scientifique s'était adressé au (sic) gens en général ou à certains groupes sociaux spécifiques et avait essayé de susciter chez eux un nouveau sens commun juridique." Voir: B. DE SOUSA SANTOS, *loc. cit.*, note 37, p. 110. Si De Sousa Santos s'intéresse surtout ici à la problématique du pluralisme juridique, nous croyons que ses propos ont une pertinence certaine eu égard à la stratégie "populiste" des tenants de la *Critical Race Theory*.

qu'il est un outil du maître[1338]. Bref, des considérations à la fois stratégiques et utopiques informent la politique scientifique des tenants de la *Critical Race Theory*. Non seulement veulent-ils que leurs travaux aient un impact direct et vérifiable sur le droit positif, d'où la formulation de propositions concrètes de réforme de ce droit dans l'optique d'améliorer à court ou moyen terme sa saisie de la condition des minorités, mais ils espèrent également que de telles micro-réformes paveront la voie à une réforme sociale plus globale.

On ne s'étonnera pas, au vu de ce qui précède, du caractère relativement traditionnel de leur rapport au droit. De manière générale, en effet, les auteurs se réclamant de la *Critical Race Theory* préconisent un usage instrumental du droit *positif* afin d'atteindre leurs objectifs de justice sociale. C'est ainsi que Mary Matsuda, parlant des diverses mesures anti-discrimination prônées dans la *Critical Race Theory*, affirme que: "[s]uch measures are best implemented through formal rules, formal procedures and formal concepts of rights, for informality and oppression are frequent fellow-travelers."[1339] Pour antipositiviste qu'elle paraisse à certains égards, la *Critical Race Theory* est donc loin de s'écarter entièrement des sentiers battus du droit formel et explicite édicté par l'État. En sorte que si le pluralisme culturel est au centre de leurs préoccupations, il en va bien autrement du pluralisme juridique. Dans la *Critical Race Theory*, c'est la justice de la normativité étatique au regard de la condition identitaire des minorités qui est mise en question et non la normativité étatique elle-même. On retrouve cette vision même chez les auteurs qui soutiennent les thèses les plus radicalement différencialistes. Pour ces derniers, la reconnaissance de la différence est censée pouvoir se réaliser dans le cadre de la structure normative étatique déjà en place, quitte à rendre plus flexibles les normes qu'elle contient ou à en changer certaines des orientations. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils évoqueront la possibilité que le droit puisse émaner d'autres sources que l'État.

L'usage de genres littéraires qui, règle générale, ne sont pas considérés comme "scientifiques" peut aussi s'expliquer en référant au contenu des messages que véhiculent les "Race-Crits". Nous avons vu au chapitre troisième que des juristes, dont plusieurs se situent dans la mouvance de la *Critical Race Theory*, revendiquent un privilège épistémologique lorsqu'il s'agit de relater des expériences de subordination sociale, en sorte que pour parler de l'oppression, il faut selon eux en

---

[1338] Voir en ce sens: R. DELGADO, "Storytelling for Oppositionists and Others", (1989) 84 *Michigan Law Review* 2411, p. 2429. Mais voir, *contra*, A.M. COUGHLIN, "Regulating the Self: Autobiographical Performances in Outsider Scholarship", (1995) 81 *Virginia Law Review* 1229, p. 1257, qui soutient au contraire que les *Critical Race Scholars* "supplient" la communauté juridique d'inclure leurs points de vue. Vu sous cet angle, une critique qui se présente souvent comme une démarche d'affirmation identitaire prônant une pluralité de façons de faire, serait essentiellement une demande d'inclusion dans le système en place. Si l'on retient pareille analyse, il y aurait alors lieu de parler de "cooptation" plutôt que de "subversion".

[1339] M. MATSUDA, *loc. cit.*, 1989, note 386, à la p. 2325.

avoir fait l'expérience. Mais l'expérience de l'oppression est souvent difficile à relater, même pour l'opprimé, qui, rappelons-le, fait généralement face à un problème de crédibilité a priori dans un environnement discursif contrôlé par l'oppresseur[1340]. À ce manque initial de crédibilité s'ajoute la difficulté de dire l'indicible. Dans son récit *L'écriture ou la vie*, Jorge Semprun relate la conversation suivante entre des survivants d'un camp de concentration nazi:

> - Comment raconter une vérité peu crédible, comment susciter l'imagination de l'inimaginable, si ce n'est en élaborant, en travaillant la réalité, en la mettant en perspective? Avec un peu d'artifice, donc! (...)
> - J'imagine qu'il y aura une quantité de témoignages... Ils vaudront ce que vaudra le regard du témoin, son acuité, sa perspicacité... Et puis il y aura des documents... Plus tard, les historiens recueilleront, rassembleront, analyseront les uns et les autres: ils en feront des ouvrages savants... Tout y sera dit, consigné... Tout y sera vrai...sauf qu'il manquera l'essentielle vérité, à laquelle aucune reconstruction historique ne pourra jamais atteindre, pour parfaite et omnicompréhensive qu'elle soit... (....)
> - L'autre genre de compréhension, la vérité essentielle de l'expérience, n'est pas transmissible... Ou plutôt, elle ne l'est que par l'écriture litttéraire... (...) - Par l'artifice de l'oeuvre d'art, bien sûr![1341]

Comment, donc, dire ce qui paraît indicible, ce qui déborde de la simple factualité et pourtant laisse une blessure intangible, inquantifiable? Comment décrire ce qui, au fond, est de l'ordre du senti? Si, à l'évidence, la "blessure" qu'a subie un rescapé des camps nazis n'a rien à voir, aux plans qualitatif et quantitatif, avec celle générée par les micro-oppressions qui ponctuent la vie de tout membre d'un groupe minoritaire ou historiquement désavantagé[1342], il reste que les commentaires de Semprun expliquent, *mutatis mutandis*, pourquoi les "Race-Crits" ont tendance à présenter leurs travaux en faisant usage de genres littéraires "non scientifiques". Au-delà d'un objectif strictement pédagogique, cette façon de faire témoigne du rôle cathartique de leur doctrine. Au fond, n'est-ce pas "(...) dans le récit que la mémoire est portée au langage."[1343]?

Cela dit, hormis la problématique générale de l'égalité raciale dans une société multiculturelle, quels sont les thèmes les plus fréquemment abordés par les partisans de la *Critical Race Theory*? Richard Delgado et Jean Stefancic, qui se sont institués archivistes du mouvement, en ont identifié

[1340] Voir, *supra*, sous-section 3.1.1.

[1341] J. SEMPRUN, *L'écriture ou la vie*, Paris, Gallimard, 1994, collection "Folio", n° 2870, pp. 166-167.

[1342] Il est essentiel ici de garder un sens de la mesure au moment de comparer des épisodes de vie radicalement différents, bien que présentant certaines similitudes. Dans le cas des rescapés des camps de concentration ou, a fortiori, d'extermination, nous sommes dans le domaine de l'horreur absolue et quotidienne - dans le domaine du mal radical, bref. Il importe que chacun mette en perspective ses propres expériences d'oppression afin de ne pas banaliser la méga-oppression vécue par d'autres. Malheureusement, il faut bien constater que cette banalisation devient de plus en plus fréquente à mesure que s'étend la mode de la victimisation au sein de la société.

[1343] P. RICOEUR, "Le pardon peut-il guérir?", *Esprit*, n° 210, mars-avril 1995, p. 77, à la p. 79.

onze, que nous reprenons ici intégralement[1344]. On dénote: 1° la critique du libéralisme, 2° la dénonciation des effets "normalisants" de l'épistémè dominant par la pratique du "contre-récit" ("counterstorytelling"), 3° le renouvellement de la théorie américaine des droits fondamentaux, 4° l'analyse des fondements du racisme et de ses modes d'imbrication dans le système du droit, 5° l'influence des déterminismes structurels dans la pensée juridique, 6° l'intersectionnalité, 7° le débat sur l'essentialisme, 8° les discours culturalistes et le débat intégration / séparation; 9° la pédagogie critique et le statut des minorités visibles dans la communauté juridique, 10° le débat portant sur la *Critical Race Theory* comme telle, et enfin, 11° le *Critical Race Feminism*.

On le voit, la *Critical Race Theory* embrasse large. Il reste à voir quelle réception à long terme lui sera réservée par la communauté juridique. Sera-t-elle cooptée, en tout ou en partie? Le cas échéant, qu'arrivera-t-il de son projet de subversion du statu quo, dans et par le droit? Cette critique sera-t-elle au contraire rejetée par les juristes universitaires du groupe majoritaire, ce qui aurait pour effet de marginaliser encore plus ses partisans? Sera-t-elle éventuellement ridiculisée comme une simple manifestation de "rectitude politique", épée de Damoclès qui plane sur toute revendication égalitariste sous les très droitistes latitudes américaines?[1345] À cet égard, les réactions des milieux judiciaires seront-elles différentes de celles des milieux universitaires?[1346] Enfin, bien que la *Critical Race Theory* apparaisse présentement comme le courant le plus influent chez les juristes universitaires appartenant à des minorités visibles, on peut se demander si elle pourra résister encore longtemps aux forces centrifuges qui, de l'intérieur, sont de nature à miner sa déjà fragile cohésion[1347] ou aux critiques qui l'assaillent de l'extérieur, surtout celles provenant

---

[1344] R. DELGADO et J. STEFANCIC, "Critical Race Theory: An Annotated Bibliography. 1993, A Year of Transition", (1994) 66 *University of Colorado Law Review* 159, p. 160-162. Cet article, ainsi qu'un précédent couvrant la période antérieure à 1993, offre une bibliographie commentée de la quasi totalité des articles et ouvrages formant le corpus de la *Critical Race Theory*. Voir: R. DELGADO et J. STEFANCIC, "Critical Race Theory: An Annotated Bibliography", (1993) 79 *Virginia Law Review* 461. Pour des recueils de textes donnant une bonne idée des avenues empruntées par les tenants de la *Critical Race Theory*, on lira avec profit: K.W. CRENSHAW, N. GOTANDA, G. PELLER et K. THOMAS (dir.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New York, The New Press, 1995; R. DELGADO (dir.), *op. cit.*, note 1322.

[1345] En ce sens, voir: P.J. WILLIAMS, "Notes from a Small World", *The New Yorker*, Vol. LXXII, n° 10, April 29 & May 6, 1996, p. 87, à la p. 91.

[1346] On peut douter de l'influence potentielle de la *Critical Race Theory* sur les tribunaux américains qui semblent moins enclins qu'auparavant à se faire les acteurs de révolutions sociales par le truchement du droit, du moins dans le sens souhaité par les tenants de la *Critical Race Theory*. Il est même plausible que le discours que tiennent ceux-ci sur les droits fondamentaux reçoive un meilleur accueil au Canada. Déjà, la Cour suprême du Canada, dans son arrêt *R.* c. *Keegstra*, *supra*, note 434, s'est inspirée d'articles de "Race-Crits", en l'occurrence R. Delgado et Mary Matsuda, pour appuyer sa décision.

[1347] Il est par exemple difficile de ne pas penser que les débats qui opposent parfois afro-américains et latinos ne pourront avoir cet impact. Voir notamment sur cette question, C. WEST, J.K. de ALVA et E. SHORRIS, "Our Next Race Question. The Uneasiness between Blacks and Latinos", *Harper's Magazine*, vol. 292, n° 1751, April 1996, p. 55.

d'autres membres de minorités visibles?[1348] S'il est probablement trop tôt pour répondre à ces questions, il reste que plus les années avancent, plus la *Critical Race Theory* semble renforcer sa position dans la communauté juridique américaine[1349]. C'est qu'à l'instar de la critique féministe du droit, elle propose des avenues théoriques éminemment intéressantes, particulièrement pour les juristes s'intéressant aux droits fondamentaux, à l'épistémologie et à la pédagogie. Et si la *Critical Race Theory* entretient d'évidents liens de parenté avec d'autres courants de pensée, le projet dont elle est porteuse ainsi que la manière dont elle entend le mener à bien lui confèrent une indéniable originalité. Ne serait-ce que parce qu'elle "jazze" la pensée juridique[1350], il vaut la peine de s'y intéresser, pour ses forces, bien sûr, mais aussi malgré ses faiblesses.

Car, à n'en pas douter, les travaux de certains partisans de la *Critical Race Theory* présentent des faiblesses, qui ne sont d'ailleurs guère différentes de celles que l'on associe aux autres formes de critique juridique identitaire qui sévissent sur le continent nord-américain[1351]. Ainsi, on dénote chez plusieurs un trop fréquent recours à la pensée dichotomique qu'ils rejettent pourtant lorsque d'autres l'emploient, ainsi qu'une propension à objectiver un point de vue, le leur, comme étant le

---

[1348] On pense par exemple à ces intellectuels noirs de droite qui reprochent à la *Critical Race Theory* de trop jouer sur la victimisation de la communauté afro-américaine pour ensuite revendiquer par le droit diverses compensations ou protections de l'État, plutôt que d'agir dans le concret en tentant d'améliorer le bien-être économique individuel des membres de cette communauté et, par là-même, augmenter le poids politique collectif de cette communauté. Voir par exemple, S. STEELE, *op. cit.*, note 275. Pour une critique de Steele, voir: B.R. BOXILL, *Blacks & Social Justice*, revised edition, Lanham, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1992. Dans le champ du droit, il convient de préciser que le principal propagandiste de cette vision est le juge Clarence Thomas de la Cour suprême des États-Unis. Celui-ci, tenant d'une égalité formelle radicale et, partant, violemment opposé aux programmes d'action positive dont il déplore le paternalisme, est fréquemment qualifié de "traître" par ses adversaires, dont certains se réclament de la *Critical Race Theory*. Sur le débat entre Thomas et ses contempteurs, voir: J. ROSEN, "Moving On. In his latest incarnation, Justice Clarence Thomas takes his text from Booker T. Washington", *The New Yorker*, Vol. LXXII, n° 10, April 29 & May 6, 1996, p. 66. Sur les conflits idéologiques qui divisent la communauté afro-américaine, voir: M. MARABLE, "Black Intellectuals in Conflict", *New Politics*, vol. V, n° 3, New Series, Summer 1995, p. 35. Quelle que puisse être notre opinion sur le débat opposant Thomas aux juristes afro-américains plus à gauche (dont les "Race-Crits"), force est cependant de constater que la présence de Thomas dans un poste de pouvoir comme celui qu'il occupe en tant que juge à la Cour suprême augure mal en ce qui a trait à la réception judiciaire des thèses de la *Critical Race Theory*. Cela dit, nous ne pouvons résister à la tentation de faire un petit aparté: ces débats au sein de la communauté afro-américaine sur la question de savoir ce que doit penser un "bon" afro-américain ne rappellent-ils pas étrangement certains débats du même genre qui ont cours depuis des lunes au sein de la société québécoise?

[1349] Des auteurs remarquaient tout récemment qu'après des années de vache maigre, la *Critical Race Theory*, comme d'autres mouvements de critique identitaire, commence à être reconnue et appréciée dans les cercles juridiques plus traditionnels. Voir: J. STEFANCIC et R. DELGADO, *loc. cit.*, note 400.

[1350] Nous empruntons ici l'idée d'un auteur qui compare le potentiel révolutionnaire de la *Critical Race Theory* au regard du droit à celui du *Be-bop* dans l'univers musical. Voir: J.O. CALMORE, "Critical Race Theory, Archie Shepp, and Fire Music: Securing an Authentic Intellectual Life in a Multicultural World", (1992) 65 *Southern California Law Review* 2129.

[1351] On remarquera dans les lignes qui suivent que les faiblesses que nous associons à la *Critical Race Theory* sont à toutes fins utiles les mêmes que celles que nous associons à la critique féministe du droit, particulièrement dans sa version mackinnonnienne.

véritable point de vue de leur communauté de référence. De là découle une vision souvent manichéenne de la société et des rapports inter-raciaux, principalement attribuable à leur adhésion à ce que nous avons qualifié précédemment d'"idéologie de l'authenticité", qui fait qu'à un point de vue que l'on dit "blanc", on cherche à en opposer un autre que l'on prétend "noir". La première étape dans ce processus est la *construction* de ce fameux point de vue blanc sur lequel on s'acharnera plus tard. Par exemple, un "Race-Crit" dira à propos de la ségrégation raciale que "[f]rom a white perspective, it is unclear what is wrong with separate but equal, but when one takes a black perspective, it is easy to see why *Plessy* was wrong and why *Brown* was constitutionally right."[1352]

On ne peut qu'être étonné de lire pareille déclaration dans les années quatre-vingt-dix[1353]. En effet, il est loin d'être évident que le Blanc moyen, fût-il Américain, ne voit pas d'emblée le vice fondamental qui affecte un régime politique où règne la ségrégation raciale. D'une part, si ce blanc est un juriste, il sait fort bien que le droit constitutionnel interne de son pays, celui des autres pays démocratiques, ainsi que la normativité internationale condamnent cette forme de ségrégation. Son jugement juridique est donc nécessairement informé par l'état présent du droit positif. D'autre part, il y a fort à parier que, le plus souvent, ce Blanc fera sienne cette condamnation juridique car, au-delà même de son rattachement au droit positif, celle-ci procède d'un jugement moral qui revêt depuis déjà longtemps une portée quasi universelle. Dans ce sens, l'affirmation de notre auteur "Race-Crit" paraît reposer sur le postulat que chaque blanc a en lui un fond raciste, culturellement construit et à toutes fins utiles intangible: son "essence sociale" est raciste, pourrait-on dire. Si, à l'évidence, de nombreux Blancs, particulièrement aux États-Unis, sont effectivement racistes, il existe une marge entre reconnaître ce fait et en tirer des conséquences juridiques, d'un côté, et affirmer sans autre procès que la psyché "blanche" - dans la mesure où l'on accepte pour les fins de la discussion qu'une telle psyché existe - n'est ni sensibilisée ni réfractaire au mal radical que constitue la ségrégation raciale, de l'autre. En sorte qu'une affirmation comme celle citée ci-haut trahit une variante d'essentialisme anhistorique qui ne s'avère nullement nécessaire dans le cadre d'une critique du racisme systémique à l'oeuvre dans une société donnée, que cette critique se veuille radicale ou non. En clair, point n'est besoin de

---

[1352] J.M.M. CULP, Jr., "Toward a Black Legal Scholarship: Race and Original Understandings", [1991] *Duke Law Journal* 39, à la p. 57.

[1353] Ceci contrairement à l'état d'esprit qui prévalait il y a quarante ans par exemple. Ainsi, quelques années après le prononcé de l'arrêt *Brown*, on voyait encore poindre çà et là des critiques formalistes qui s'en prenaient à la "relecture" constitutionnelle, estimée contraire au principe de neutralité, à laquelle s'était livrée la Cour suprême des États-Unis. Voir par exemple: H. WECHSLER, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", (1959) 73 *Harvard Law Review* 1.

recourir à une représentation monolithique et antédiluvienne du "Blanc" pour stigmatiser le racisme endémique de la société américaine[1354].

Cette représentation du "Blanc" et celle, non moins problématique, du rapport aux Blancs sont du reste très présentes dans la *Critical Race Theory*, ceci étant en partie attribuable à un usage passablement généralisé et acritique de la thèse de la "convergence des intérêts"[1355]. Rappelons que, selon cette thèse, les développements politicojuridiques favorables à la minorité afro-américaine n'ont pu se réaliser que parce que la majorité blanche y trouvait son intérêt. Pour applicable qu'elle puisse être au regard de certains événements, cette thèse n'a pas nécessairement valeur explicative absolue. S'il se peut fort, en effet, qu'un segment de la population blanche ne se rallie à des développements favorables à la minorité noire que parce que ses intérêts ponctuels le lui dictent, il paraît toutefois exagéré d'étendre cette affirmation à toute la population blanche. Bien d'autres motivations peuvent expliquer pareil ralliement, dont l'une des principales est sans conteste d'ordre éthique. De fait, la prise de conscience de l'injustice de la condition des Afro-américains a mené de nombreux Blancs à prendre fait et cause pour cette minorité et ce, sans y trouver d'autre intérêt que celui d'instaurer une société plus juste. Vision idéaliste que celle-là? Assurément pas puisque, loin d'exclure toute applicabilité de la thèse de la "convergence des intérêts", elle ne fait que mettre en question son application universelle, laquelle participe en quelque sorte d'une négation de toute capacité d'apprentissage et d'ouverture de la part de l'Autre, celui-ci fût-il dominant.

La représentation réductrice du Blanc, de la psyché "blanche", joue dans la *Critical Race Theory* un rôle très précis, celui d'inciter les "non Blancs" à resserrer les rangs et à s'associer à un discours identitariste souventes fois totalisant puisqu'il se pose comme le seul discours *authentique* de la communauté. Or, comme on l'a vu auparavant, la prétention à l'exclusivité de l'authenticité identitaire est fréquemment accompagnée d'une tendance à excommunier ceux qui, au sein de la communauté, expriment des avis divergents. Ainsi, au professeur afro-américain Randall Kennedy qui s'inquiétait d'une sur-racialisation du débat juridique sous l'influence du perspectivisme radical de la *Critical Race Theory*[1356], Derrick Bell, le "père" de ce mouvement, rétorquait que cette critique participait fondamentalement d'un phénomène de "passing", soit le

---

[1354] Dans le même sens, point n'est besoin non plus de nier les progrès accomplis dans la lutte contre le racisme aux États-Unis. Comme le remarquent Omi et Winant, "(...) unless one is prepared to argue that there has been no transformation of the U.S. racial order over the years, and that racism consequently has remained unchanged - an essentialist position *par excellence* - it is difficult to contend that racially defined minorities have attained no power or influence, especially in recent years." Voir: M. OMI et H. WINANT, *op. cit.*, note 1300, p. 73.

[1355] Voir: D. BELL, *loc. cit.*, note 1304.

[1356] Voir généralement: R.L. KENNEDY, *loc. cit.*, note 390.

fait pour un Noir de traverser les frontières raciales, d'agir comme un Blanc et, à toutes fins utiles, de devenir Blanc, phénomène d'auto-négation identitaire qui, d'après Bell, menace la cohésion des castes inférieures dans toute société fondée sur la suprématie blanche[1357].

La gravité de pareille accusation se passe d'explication. Elle rappelle en fait celle de collaboration que formule Catharine MacKinnon contre les féministes qui la contredisent[1358]. En sorte qu'à un individu qui, sans nécessairement récuser tel ou tel volet de son identité, n'hésite pas à questionner certaines des thèses dominantes qui ont cours dans l'intelligentsia de sa communauté de référence, on impose de choisir entre la loyauté à la communauté, ce qui suppose de taire son désaccord fondamental avec ces thèses, et l'exclusion de cette communauté, ce qui sous-tend que l'expression de ce désaccord, pour des motifs d'intégrité personnelle, sera associée à une "trahison" identitaire[1359]. Avec comme résultat que l'intellectuel ne peut plus examiner sous un angle critique le discours de sa propre communauté de référence: avant d'être intellectuel, il doit être militant. Partant, la "cause" imposant de resserrer les rangs, toute déviation devra être sanctionnée. En l'occurrence, on cherchera à miner la crédibilité du fautif, qui sera présenté comme "traître" ou "collaborateur", ou à l'exclure symboliquement: le fautif ne sera plus "Afro-américain", il sera devenu Blanc. Pourra-t-on alors s'étonner que d'une telle quête d'authenticité discursive fleure une odeur d'essentialisme? En toute hypothèse, une réduction identitaire radicale aura été opérée pour les besoins de la "cause". Cela dit, fort heureusement, toute la *Critical Race Theory* n'est pas affligée par ce travers. En effet, même s'ils ne s'empêchent pas de critiquer les contre-discours à la Kennedy, les auteurs qui, dans la foulée de Kimberlè Crenshaw, affirment l'existence d'"intersections" identitaires signifiantes ne sauraient éviter d'interroger les discours identitaristes aux velléités totalisantes et ce, même s'ils proviennent de leur communauté de référence.

Dans un autre ordre d'idées, la quête d'authenticité qui semble inspirer les travaux de certains partisans de la *Critical Race Theory* emporte parfois un perspectivisme radical qui, poussé à l'extrême, peut faire obstacle à toute entente intersubjective sur un sujet donné. Nous avons

---

[1357] Voir: D.A. BELL, *loc. cit.*, note 1302, à la p. 906. Voir aussi l'intéressante étude de Valerie Smith sur la représentation littéraire du "passing": V. SMITH, "Reading the Intersection of Race and Gender in Narratives of Passing", *Diacritics*, vol. 24, n° 2-3, Summer-Fall 1994, p. 43. On constate ici une évidente coincidence entre cette définition du "passing" et la description que faisait Frantz Fanon du processus d'acceptation par le noir du masque blanc que cherche à lui imposer le colonisateur. Voir: F. FANON, *Peau noire, masques blancs*, Paris, Seuil, 1952.

[1358] En effet, la gravité de l'accusation dépasse largement le reproche voulant que l'on soutienne un point de vue par "fausse conscience"

[1359] Pour une très intéressante discussion de l'application de cette dichotomie loyauté / intégrité au regard de l'"affaire" Kennedy, voir: G.P. FLETCHER, *De la loyauté. Entre le communautarisme et le libéralisme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, pp. 161-166.

discuté au chapitre troisième des problèmes épistémologiques liés à ces positions. Mais ce perspectivisme a également un impact au plan formel, à travers l'usage des récits ou de l'autobiographie. Pour légitime qu'il soit, le "storytelling" n'en connaît pas moins des limites qui ont souvent trait au talent de ceux qui en usent[1360]. Si, en effet, l'anecdote tirée du vécu d'un individu peut à n'en pas douter fournir un point de départ intéressant à une réflexion sociojuridique, il n'en demeure pas moins que l'intérêt du texte risque de s'amenuiser si son auteur ne parvient pas à dépasser la simple anecdote. Le cas échéant, peut-être l'écriture et la publication de son texte prendront-elles pour cet auteur une dimension cathartique bienfaisante, mais il reste que son pouvoir de persuasion en souffrira. Or, la force du récit, de la parabole, ne tient-elle pas à sa capacité de rejoindre le lecteur, même celui qui ne s'attend pas nécessairement à être rejoint ou qui y est réticent? De sorte qu'un usage abusif du "récit" par des auteurs qui feraient peut-être mieux de suivre une voie plus traditionnelle risque de nuire au genre lui-même et à sa crédibilité déjà fragile dans le milieu juridique. Si, comme le disait Freud, une pipe n'est parfois qu'une pipe, une anecdote n'est aussi parfois qu'une anecdote, et il se peut que son intérêt soit douteux pour une personne qui ne l'a pas vécue. À moins bien sûr de postuler que tout ce qui ressortit de l'expérience subjective s'avère a priori intéressant et mérite d'être publicisé. Ce dont nous doutons, cela dit avec égards, car tous les "Race Crits" n'ont pas le talent de Patricia Williams...[1361]

À l'évidence, de telles faiblesses ont pu en inciter d'aucuns à faire peu de cas des thèses mises de l'avant par les tenants de la *Critical Race Theory*. Il est toutefois douteux que ces sceptiques ne se soient pas sentis interpellés par le questionnement proposé par les "Race Crits" au sujet du contrôle juridique de l'expression raciste. En effet, s'il est une question de droit sur laquelle la *Critical Race Theory* laissera une empreinte indélibile dans la pensée juridique américaine, c'est bien celle de la réglementation de la propagande haineuse, qu'elle a à toutes fins utiles remise à l'ordre du jour.

[1360] Sur la difficulté du genre autobiographique, voir: E. PROBYN, "True Voices and Real People. The "Problem of the Autobiographical in Cultural Studies", dans: V. BLUNDELL, J. SHEPHERD et I. TAYLOR (dir.), *Relocating Cultural Studies. Developments in Theory and Research*, New York / London, Routledge, 1993, p. 105. Sur le "storytelling" et ses limites, voir le remarquable article de A.M. COUGHLIN, *loc. cit.*, note 1338. Ajoutons que même des juristes qui pratiquent le "storytelling" incitent à la prudence eu égard à l'usage de cette technique, au motif que le discours dominant peut aussi se présenter sous cette forme. Voir: C.A. MacKINNON, "Law's Stories as Reality and Politics", dans: P. BROOKS et P. GEWIRTZ (dir.), *op. cit.*, note 1334, p. 232.

[1361] Une des plus probantes illustrations de l'usage du récit dans la *Critical Race Theory* se trouve dans l'ouvrage de P.J. WILLIAMS, *The Alchemy of Race and Rights*, London, Virago Press, 1993.

5.2.2. Les "Race-Crits" et le contrôle de l'expression raciste

> To attack another because of her or his racial, ethnic, religious, or sexual identity, however, is not to engage in mere dissent against the whole. Such an attack is rather to separate out certain members of the whole and make them targets, degrade them, strip them of their humanity, and set others against them.[1362]

Nous l'avons dit, la saisie juridique de la question raciale aux États-Unis révolte les tenants de la *Critical Race Theory*. L'interprétation positive du droit à l'égalité est bien sûr en cause, mais d'autres champs du droit sont aussi pris à partie. Tel est le cas du droit de la liberté d'expression, où, comme nous l'avons vu au chapitre quatrième, toute tentative par l'État de réglementer l'expression antiégalitaire s'avère à toutes fins pratiques vouée à l'échec. Les tenants de la *Critical Race Theory* voient dans ce blocage du droit américain un obstacle de taille à la mise en place d'une société minimalement égalitaire. Pour être égal, encore faut-il être *perçu* comme tel et digne de l'être. Le contrôle de l'expression raciste est donc avant tout envisagé sous l'angle de l'instauration des conditions sociales nécessaires à la concrétisation du droit à l'égalité. La reconnaissance véritable de l'égale dignité de chacun impose au reste d'adopter une approche incarnée en ce qui a trait à la relation qu'entretient l'individu avec le reste de la société. Or, cette relation est médiatisée à la fois par les diverses identités auxquelles l'individu se rattache, mais aussi par celles qu'on lui assigne parfois contre son gré.

L'expression raciste représente à cet égard un moyen privilégié d'assigner à une personne une identité qu'elle récuse ou de la confiner à la marge de la société. Les groupes sociaux n'échappent pas non plus à cette dynamique d'infériorisation et d'ostracisme. Enfin, le contrôle de cette forme d'expression vise à empêcher que ses victimes, en plus d'être infériorisées au plan social, soient réduites au silence. Dès lors, l'intervention étatique qu'il suppose a comme objectif de favoriser l'accès des groupes exclus à l'expression et, ainsi, d'encourager un exercice plus égal de la liberté d'expression au sein de la société. Voilà essentiellement pourquoi les tenants de la *Critical Race Theory* se sont attelés à la lourde tâche de convaincre le milieu juridique américain de procéder à une réforme en profondeur du droit positif de la liberté d'expression, particulièrement en ce qui a trait à sa saisie de l'expression raciste.

On le voit, la trame générale de leur argumentation ressemble à s'y méprendre à celle avancée par les juristes féministes qui réclament un contrôle de l'expression sexiste. En outre, si la plupart des "Race Crits" ont à un moment ou à un autre ajouté leur grain de sel au débat sur la censure de

[1362] R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 610, p. 151.

l'expression raciste, il reste que trois d'entre eux ont joué un rôle capital d'éveilleurs de conscience. Il s'agit de Richard Delgado, Mary Matsuda et Charles Lawrence III, dont les travaux sur cette question demeurent des jalons incontournables, pour reprendre l'expression consacrée. Aussi est-ce à leurs thèses que nous nous attarderons ci-après. Mais auparavant, il convient de rappeler brièvement les grands moments de l'évolution de la doctrine sur la question du contrôle de l'expression raciste aux États-Unis[1363]. Comme on le constatera, le débat ne date pas d'hier.

Depuis des siècles, en effet, la peur de l'autre a servi de moteur à de nombreux mouvements politiques, les années trente s'étant avérées particulièrement "fastes" à cet égard. Étendant ses tentacules en Allemagne, en Italie et en Espagne, la pieuvre fasciste n'engendre qu'exclusion et répression des minorités. En Allemagne, tout particulièrement, le racisme est élevé au rang de principe organisateur des politiques publiques, avec les résultats que l'on connaît. En même temps, plus à l'est, le stalinisme resserre son étau: là aussi, les libertés fondamentales sont violées et les minorités, opprimées. Face à cette accélération de la donne politique, des intellectuels américains commencent à se demander s'il est possible de protéger un régime démocratique contre un usage subversif de ses institutions ou un détournement des libertés qu'il garantit. Plus spécifiquement, y a-t-il lieu de réglementer l'expression dont le seul but est d'attiser la haine de la population contre un groupe minoritaire donné? À l'époque, rappelons-le, la réponse à cette question n'était pas nécessairement négative puisque l'interprétation libertaire du premier amendement n'en était qu'à ses premiers balbutiements. Aussi quelques-uns entreprirent-ils de justifier certaines restrictions à la liberté d'expression au nom de la sauvegarde de la démocratie. Par exemple, le politologue Karl Loewenstein développa dans deux articles célèbres la notion de "démocratie militante", où il approuvait les législations anti-fascistes de divers pays d'Europe[1364]. C'est également à cette époque que l'*American Civil Liberties Union* exprima son opposition de principe, maintenue depuis, au contrôle juridique de l'expression raciste[1365]. Comme l'a remarqué Samuel Walker, les arguments qu'avança alors l'A.C.L.U. ont à toutes fins utiles jeté les bases de la conception libertaire qui inspire aujourd'hui encore la saisie de cette problématique en droit positif américain[1366].

[1363] Ce bref résumé historique s'inspire largement de S. WALKER, *op. cit.*, note 618.

[1364] Voir: K. LOEWENSTEIN, "Militant Democracy and Fundamental Rights I", *American Political Science Review* 31, June 1937, p. 417; "Militant Democracy and Fundamental Rights II", *American Political Science Review* 31, August 1937, p. 638. Pour une actualisation de cette théorie et une défense de l'obligation *juridique* d'auto-protection qui incomberait aux démocraties, voir: G.H. FOX et G. NOLTE, "Intolerant Democracies", (1995) 36 *Harvard International Law Journal* 1.

[1365] AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *Shall We Defend Free Speech for Nazis in America*, New York, A.C.L.U., 1934. Pour des prises de position plus récentes de l'ACLU., voir: AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *Freedom of Expression. A.C.L.U. Briefing Paper n° 10*, New York, A.C.L.U., 1992; AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *Hate Speech on Campus. A.C.L.U. Briefing Paper n° 16*, New York, A.C.L.U., 1992.

[1366] S. WALKER, *op. cit.*, note 618, pp. 42-45.

Pendant la seconde guerre mondiale, l'offensive des partisans d'un contrôle étatique de l'expresssion raciste redoubla d'intensité, notamment à travers les travaux du sociologue-juriste David Riesman, qui fut l'un des premiers à prôner une interprétation contextualisée du premier amendement[1367]. On aurait d'ailleurs pu croire qu'au lendemain de ce conflit, le dévoilement de la Shoah, illustration ultime de la redoutable efficacité de la propagande haineuse nazie, entraînerait la reddition des opposants à tout contrôle de l'expression raciste. D'autant plus qu'outre le fait qu'un nombre grandissant d'auteurs militaient en faveur d'un recours au droit pour juguler les discours haineux ou la diffamation collective[1368], la Cour suprême des États-Unis prononça son célèbre arrêt *Beauharnais* v. *Illinois*[1369]. Cependant, comme nous l'avons vu au chapitre quatre, la victoire des juristes "pro-contrôle" fit long feu, la Cour suprême s'étant par la suite ingéniée à miner la validité de *Beauharnais* et à donner une interprétation de plus en plus absolutiste au premier amendement. Dans ce contexte, la question du contrôle juridique de l'expression raciste fut presque oubliée[1370], ne revenant à l'ordre du jour que dans les années quatre-vingt, ceci grâce aux travaux de celles et ceux qui devaient plus tard former le mouvement de la *Critical Race Theory*. Depuis lors, cette question constitue, avec celle du contrôle de la représentation pornographique, l'un des principaux sujets de débats dans la doctrine américaine[1371].

[1367] D. RIESMAN, *loc. cit.*, note 735.

[1368] Voir notamment: NOTE, "Statutory Prohibition of Group Defamation", (1947) 47 *Columbia Law Review* 595; J. TANENHAUS, "Group Libel", (1950) 35 *Cornell Law Quarterly* 261.

[1369] *Supra*, note 636.

[1370] À quelques exceptions près. Voir par exemple: H. ARKES, "Civility and the Restriction of Speech: Rediscovering the Defamation of Groups", dans: P.B. KURLAND (dir.), *Free Speech and Association. The Supreme Court and the First Amendment*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1975, p. 390; NOTE, "Group Vilification Reconsidered", (1979) 89 *Yale Law Journal* 308.

[1371] Outre les textes auxquels nous référerons plus longuement ci-après, voir notamment, toutes tendances confondues: K. GREENAWALT, *op. cit.*, note 785; E.J. CLEARY, *op. cit.*, note 809; S. WALKER, *op. cit.*, note 618; I. GLASSER (dir.), *op. cit.*, note 1267; D.M. RICHARDSON, "Racism: A Tort of Outrage", (1982) 61 *Oregon Law Review* 267; K. AU, "Freedom From Fear", (1984) 15 *Lincoln Law Review* 45; K. LASSON, "Group Libel Versus Free Speech: When Big Brother *Should* Butt In", (1984) 23 *Duquesne Law Review* 77; D. DOWNS, "Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment", (1985) 60 *Notre Dame Law Review* 629; G. TISHLER, "Freedom of Speech and Holocaust Denial", (1987) 8 *Cardozo Law Review* 559; D. KRETZMER, "Freedom of Speech and Racism", (1987) 8 *Cardozo Law Review* 445; NOTE, "A Communautarian Defense of Group Libel Laws", (1988) 101 *Harvard Law Review* 682; COLLOQUIUM, "Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation", (1988-89) 37 *Buffalo Law Review* 337; K.L. KARST, "Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups", (1990) 1 *University of Illinois Law Review* 95; N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", [1990] *Duke Law Journal* 484; K. GREENAWALT, "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?", (1990) 42 *Rutgers Law Review* 287; M. MINOW, "Speaking and Writing Against Hate", (1990) 11 *Cardozo Law Review* 1393; R.A. SMOLLA, "Rethinking First Amendment Assumptions About Racist and Sexist Speech", (1990) 47 *Washington and Lee Law Review* 171; J.M. BALKIN, "Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment", [1990] *Duke Law Journal* 375; N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech oin Campus: A Modest Proposal?", [1990] *Duke Law Journal* 484; K.T. BARTLETT et J. O'BARR, "The Chilly Climate on College Campuses: An Expansion of the "Hate Speech" Debate", [1990] *Duke Law Journal* 574; M.I. MEYERSON, "This Gun for Hire: Dancing in the Dark of the First Amendment", (1990) 47 *Washington and Lee Law Review* 267; J.J. PAUST, "Rereading the First Amendment in light of Treaties Proscibing Incitement to Racial

Ce regain d'intérêt envers la problématique de la réglementation de l'expression raciste s'explique en fait par une résurgence notoire de ce type d'expression depuis les années quatre-vingt et par l'émergence dans la communauté juridique américaine d'un groupe d'universitaires issus de minorités ethniques ou raciales, qui ont fait de cette problématique un de leurs principaux chevaux de bataille. Se sentant intimement concernés par elle du fait de leur statut de minoritaires dans la société américaine,

---

Discrimination or Hostility", (1991) 43 *Rutgers Law Review* 565; M.E. GALE, "Reimagining the First Amendment: Racist Speech and Equal Liberty", (1991) 65 *St. John's Law Review* 119; A.E. BROWNSTEIN, "Regulating Hate Speech at Public Universities: Are First Amendment Values Functionally Incompatible with Equal Protection Principles?", (1991) 39 *Buffalo Law Review* 1; J.P. BYRNE, "Racial Insults and Free Speech Within the University", (1991) 79 *Georgetown Law Journal* 399; P. LINZER, "White Liberal Looks at Racist Speech", (1991) 65 *St. John's Law Review* 187; K. GREENAWALT, "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?", (1991) 42 *Rutgers Law Review* 287; H.W. SAAD, "The Case for Prohibitions of Racial Epithets in the University Classroom", (1991) 37 *Wayne Law Review* 1351; S. SHERRY, "Speaking of Virtue: A Republican Approach to University Regulations of Hate Speech", (1991) 75 *Minnesota Law Review* 933; N. WOLFSON, "Free Speech Theory and Hateful Words", (1991) 60 *University of Cincinnati Law Review* 1; T.M. MASSARO, "Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma", (1991) 32 *William and Mary Law Review* 211; A. D'AMATO, "Harmful Speech and the Culture of Indeterminacy", (1991) 32 *William and Mary Law Review* 329; C.R. MASSEY, "Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Speech", (1992) 40 *UCLA Law Review* 103; F. MICHELMAN, "Universities, Racist Speech and Democracy in America: An Essay for the ACLU", (1992) 27 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 339; F. SCHAUER, "Uncoupling Free Speech", (1992) 92 *Columbia Law Review* 1321; R.D. BARNES, "Standing Guard for the P.C. Militia, or, Fighting Hatred and Indifference: Some Thoughts on Expressive Hate-Conduct and Political Correctness", (1992) 4 *University of Illinois Law Review* 979; C. NELSON, "Hate Speech and Political Correctness", (1992) 4 *University of Illinois Law Review* 1085; A.R. AMAR, "The Case of the Missing Amendments: *R.A.V. v. City of St. Paul*", (1992) 106 *Harvard Law Review* 124; D.A. FARBER, "Foreword: Hate Speech After *R.A.V.*", (1993) 18 *William & Mary Law Review* 889; F.M. LAWRENCE, "Resolving the Hate Crimes / Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes ans Protecting Racist Speech", (1993) 68 *Notre Dame Law Review* 673; F.S. HAIMAN, *"Speech Acts" and the First Amendment*, Carbondale / Edwardsvile, Southern Illinois University Press, 1993; A. AUSTIN, "Deconstruction: The Road to a Derridian Cul-de-Sac Where "There Is No There There" and "There Is No About About for Anything to Be About", (1994) 12 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 181; S.J. CATLIN, "A Proposal for Regulating Hate Speech in the United States: Balancing Rights Under the International Covenant n Civil and Political Rights", (1994) 69 *Notre Dame Law Review* 771; S.H. SHIFFRIN, "Racist Speech, Outsider Jurisprudence and the Meaning of America", (1994) 80 *Cornell Law Review* 43; E.J. EBERLE, "Hate Speech, Offensive Speech, and Public Discourse in America", (1994) 29 *Wake Forest Law Review* 1135; P. COX, ""Speech" and Some of its Wounds", *Diacritics*, 24:1, Spring 1994, p. 63; M. MORAN, "Talking About Hate Speech: A Rhetorical Analysis of American and Canadian Approaches to the Regulation of Hate Speech", [1994] *Wisconsin Law Review* 1425; J.T. NOCKLEBY, "Hate Speech in Context: The Case of Verbal Threats", (1994) 42 *Buffalo Law Review* 653; M. DRY, "Hate Speech and the Constitution", (1994-95) 11 *Constitutional Commentary* 501; L. ALEXANDER, "Free Speech and Speaker's Intent", (1995) 12 *Constitutional Commentary* 21; R. TURNER, "Regulating Hate Speech and the First Amendment: The Attractions of, and Objections to, an Explicit Harms-Based Analysis", (1995) 29 *Indiana Law Review* 257; L. DOUGLAS, "The Force of Words: Fish, Matsuda, MacKinnon, and the Theory of Discursive Violence", (1995) 29 *Law & Society Review* 169; R.J. WILLIAMS, Jr., "Burning Crosses and Blazing Words: Hate Speech and the Supreme Court's Free Speech Clause Jurisprudence", (1995) 5 *Seton Hall Constitutional Law Journal* 609; S.M. GILES, "Images of the First Amendment and the Reality of Powerful Speakers", (1995) 24 *Capital University Law Review* 293; S. GELLMAN, "Hate Speech and a New View of the First Amendment", (1995) 24 *Capital University Law Review* 309; N.D. WELLS, "Whose Community? Whose Rights? Response to Professor Fiss", (1995) 24 *Capital University Law Review* 331; L. ALEXANDER, "Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense", (1996) 13 *Constitutional Commentary* 71.

ces juristes sont parvenus, à force d'efforts, à faire en sorte que cette question soit discutée non plus seulement sur la base du droit à la liberté d'expression, mais aussi sur celle du droit à l'égalité.

C'est le professeur Richard Delgado qui, au début des années quatre-vingt, relança le débat sur la saisie juridique de l'expression haineuse aux États-Unis, en proposant qu'une action délictuelle soit reconnue au bénéfice des victimes d'insultes raciales[1372]. Il fut suivi dans cette voie par la professeure Mary Matsuda qui insista quant à elle sur l'importance d'écouter et d'accorder un crédit particulier à la version de ces victimes et ce, autant dans le cadre de l'élaboration que de la mise en oeuvre de toute mesure juridique visant à contrer cette forme d'expression[1373]. Enfin, le professeur Charles Lawrence III chercha pour sa part à dégager de nouvelles assises constitutionnelles aux tentatives de réglementation en ce sens[1374]. Pour tout dire, les travaux de ces trois juristes forment le substrat sur lequel s'appuie tout le débat qui se poursuit encore aujourd'hui autour de la question du contrôle juridique de l'expression haineuse. Nous en ferons ci-après une très brève synthèse.

Un mot, d'abord, pour signaler que le concept d'"expression haineuse" ("hate speech") a été employé en doctrine pour désigner toute une série de phénomènes expressifs qui témoignent d'une volonté de rabaissement de certains groupes par ceux qui en usent. Ainsi, au-delà des variations entre les diverses définitions adoptées par les auteurs, ceux-ci, qu'ils se réclament ou non de la *Critical Race Theory*, désignent généralement par "hate speech" les "(...) words or symbolic utterances that are calculated to injure, degrade, or ridicule people, most often less powerful members of society, because of their race, religion, gender, or other distinguishing

---

[1372] R. DELGADO, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling", (1982) 17 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 133. Par la suite, Delgado a publié de nombreux autres articles sur la question de l'expression préjudiciable, généralement avec la collaboration de Jean Stefancic, qui viennent d'être réunis dans un ouvrage récent: R. DELGADO et J. STEFANCIC, *op. cit.*, note 1322.

[1373] M.J. MATSUDA, *loc. cit.*, 1989, note 379.

[1374] C.R. LAWRENCE III, "If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus", [1990] *Duke Law Journal* 431. Voir aussi: C.R. LAWRENCE III, "Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment", (1992) 37 *Villanova Law Review* 787.

characteristics."[1375] Dans une veine plus poétique, cette forme d'expression a même été décrite comme un "meurtre spirituel"[1376].

Cela dit, comment les tenants de la *Critical Race Theory* justifient-ils leur revendication en faveur d'un contrôle étatique de cette expression haineuse? Tout d'abord, une règle cardinale, quoique non écrite, qui s'applique en matière d'élaboration des politiques publiques aux États-Unis veut qu'une telle revendication ne puisse être accueillie que s'il est démontré que le contrôle demandé empêchera la création d'un préjudice[1377]. Dans cette foulée, tout le droit américain de la liberté d'expression présuppose que l'exercice de cette liberté ou bien ne cause aucun préjudice, ou bien que le préjudice qui, le cas échéant, pourrait être ainsi causé sera foncièrement différent et moins grave que le préjudice physique qu'une *action* pourrait créer[1378]. Présupposition néanmoins erronée, si l'on se fie au professeur Schauer, pour qui ce droit protège plutôt la liberté d'expression *en dépit* de tout préjudice que son exercice peut engendrer[1379]. Erronée ou pas, les "Race Crits" devaient ajuster leur argumentation à cette présupposition désormais érigée en impératif juridique catégorique. Comment alors convaincre la communauté juridique que l'*expression* haineuse peut effectivement s'avérer préjudiciable et ce, au même titre que les *actes* haineux?

Études sociologiques et psychologiques à l'appui, ils affirmèrent que cette forme d'expression engendre un préjudice qui est à la fois d'ordre individuel, collectif et sociétal. Au plan individuel, l'expression haineuse cause chez ses victimes toute une série de problèmes, autant psychologiques que physiques[1380]. Elle leur inflige d'abord un préjudice émotionnel. La peur et l'humiliation vécues à l'occasion d'un incident raciste feront en effet émerger chez elles un sentiment d'avilissement, qui affligera leur estime de soi au point parfois de susciter un phénomène de rejet

---

[1375] D.T. KOBIL, "Introduction to the Symposium on Hate Speech", (1995) 24 *Capital University Law Review* 277, à la p. 277. Compte tenu de cette définition et à moins que nous faisions une mention à l'effet contraire, nous utiliserons indifféremment dans la suite de ce texte les termes "expression haineuse", "propagande haineuse", "expression antiégalitaire" ou "expression raciste". Il existe bien sûr de légères différences entre ces termes mais elles recouvrent fondamentalement le même type d'expression. Cela dit, nous sommes conscient que le fait de choisir une définition influe nécessairement sur la discussion qui suit. Comme le signalait un auteur, "(...) any definition of hate speech may tend to prejudice the discussion, shape or predetermine the outcome, or utilize terms laden with subjectivity, (...)." Voir: R. TURNER, *loc. cit.*, note 1371, à la p. 257, note infrapaginale 1.

[1376] P.J. WILLIAMS, "Spirit-Murdering the Messenger: The Discourse of Fingerpointing as the Law's Response to Racism", (1987) 42 *University of Miami Law Review* 127, à la p. 129.

[1377] F. SCHAUER, "The Sociology of the Hate Speech Debate", (1992) 37 *Villanova Law Review* 805, à la p. 816. On remarque évidemment l'inspiration "millienne" d'une telle règle. John Stuart Mill estimait en effet que l'État ne peut légitimement limiter la liberté d'un individu que si l'exercice de cette liberté cause préjudice aux autres.

[1378] *Id.*, à la p. 813.

[1379] *Id.*, à la p. 814.

[1380] Les lignes qui suivent s'inspirent largement de M. MATSUDA, *loc. cit.*, 1989, note 379, aux pp. 2336-2341 et de C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1990, note 1374, aux pp. 452-463.

identitaire. C'est ainsi que certaines chercheront à dévaloriser l'identité qui leur a valu d'être agressées verbalement et intérioriseront le message d'infériorité véhiculé par l'expression raciste. D'autres adopteront une stratégie d'évitement systématique de toute situation où elles pourraient être forcées de revivre cette mauvaise expérience, allant par exemple jusqu'à quitter un emploi. D'autres encore se replieront par insécurité sur leur groupe d'appartenance et éviteront le plus possible les contacts avec des individus d'autres groupes. Mais surtout, la plupart se tairont. L'expression haineuse, rappelle le professeur Fiss, "(...) interferes with their speech rights. It discourages them from participating in the deliberative activities of society. They feel less entitled and less inclined to voice their views in the public square and more inclined to withdraw unto themselves. They are silenced as effectively as if the state had intervened to silence them."[1381] Bref, être victimisé par une telle expression risque fort d'entraîner des modifications comportementales. Qui plus est, l'angoisse causée par une telle expérience aura aussi des conséquences physiques, allant des divers symptômes associés au stress jusqu'à l'hypertension ou la psychose. D'où, conclut Mary Matsuda, "f]rom the victim's perspective, racist hate messages cause real damage."[1382] On ne s'étonne pas, dans cette optique, que, pour convaincre leur auditoire de la réalité de ce préjudice, les "Race-Crits" fassent un usage systématique de récits ou de témoignages de victimes d'incidents racistes.

La récurrence des incidents qui victimisent des individus issus d'un groupe historiquement désavantagé aura nécessairement un impact sur le groupe en son entier, étant donné le lien entre les identités individuelle et collective. En effet, la construction de la référence identitaire du groupe visé par de la propagande haineuse ne pourra qu'être informée par le message d'infériorisation dont est porteuse cette forme d'expression, en sorte que l'on observera fréquemment au sein de ce groupe une tendance à l'auto-exclusion sociale, qui débouchera parfois sur le séparatisme radical. Cette tendance sera bien sûr exacerbée si la propagande menée contre le groupe en question connaît un certain succès dans le groupe majoritaire. Car l'objectif même de cette propagande est bien de convaincre, au moyen de stéréotypes ou de mensonges, des membres du groupe majoritaire que tel ou tel groupe n'est pas digne de respect et, ainsi, de légitimer les comportements discriminatoires envers ses membres. D'où le préjudice sociétal qu'engendre l'expression raciste et qui se traduit par une amplification des conflits inter-raciaux et une fermeture corollaire à tout dialogue avec l'Autre d'égal à égal. À la limite, une propagande haineuse efficace empêchera la création d'une communauté politique fondée sur l'égalité et le

[1381] O.M. FISS, "The Supreme Court and the Problem of Hate Speech", (1995) 24 *Capital University Law Review* 281, à la p. 287.
[1382] M. MATSUDA, *loc. cit.*, 1989, note 379, à la p. 2340.

respect des identités "autres" ou, inversement, posera les jalons d'une communauté politique fondée sur l'exclusion systématique de certains groupes.

Dans ce sens, le préjudice causé par l'expression raciste revêt une dimension constitutionnelle puisqu'au-delà de ses conséquences sur des particuliers ou des groupes identifiables, cette forme d'expression annihile les efforts consentis ailleurs pour que soit concrétisée l'idée d'égale citoyenneté. Au reste, le rapport à la citoyenneté des groupes visés par elle n'en sera que plus problématique si l'État refuse d'agir à son encontre. Comme le souligne encore la professeure Matsuda, "[t]arget-group members can either identify with a community that promotes racist speech, or they can admit that the community does not include them."[1383] À ces considérations générales s'en ajoutent d'autres, plus spécifiques, qui ont trait aux valeurs constitutionnelles expressément reconnues dans les constitutions occidentales, y compris aux États-Unis, que l'expression haineuse ne manque pas de heurter. Il s'agit d'abord du droit à l'égalité, qui sous-tend le droit à la dignité, voire, sous certaines réserves, un droit au respect de l'identité. Il s'agit ensuite du droit à la liberté d'expression lui-même. En effet, puisque l'expression haineuse contribue à l'instauration de conditions sociales dans lesquelles les individus victimisés vont être moins enclins à s'exprimer, elle nie dès lors leur droit égal de le faire concrètement. Autrement dit, en empêchant l'accès de certains à l'expression, elle fait obstacle au fonctionnement efficace du "marché libre des idées"[1384]. Si bien qu'au-delà du conflit que suscite l'expression haineuse entre le droit à l'égalité et la liberté d'expression, elle génère également un conflit *dans* cette liberté[1385], sur lequel nous reviendrons.

Mais ce n'est pas tout de dire que l'expression haineuse est à plusieurs égards préjudiciable et qu'une saisie juridique adéquate de ce phénomène suppose une ouverture au point de vue des victimes ainsi qu'une approche éminemment contextualisée[1386]. La réforme proposée doit en effet s'arrimer d'une façon ou d'une autre au cadre constitutionnel en place, si critiquable soit-il, à moins bien sûr de renoncer à la mettre en oeuvre par le truchement des outils déjà existants. Or, nous le savons, les juristes identitaristes, féministes ou "Race- Crits", ne se laissent pas aller à ce

---

[1383] *Id.*, à la p. 2338.

[1384] R.C. POST, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", (1991) 32 *William and Mary Law Review* 267, à la p. 275.

[1385] O.M. FISS, *loc. cit.*, note 1381, à la p. 291.

[1386] Ce qui implique, comme nous l'avons souligné au chapitre premier, une ouverture des critères traditionnellement retenus pour juger de la pertinence juridique des faits, idée que Matsuda résume par le concept d'"extended relevance". Dans le concret, la saisie du préjudice causé par l'expression haineuse devra prendre en compte "(...) the particularity of a victim's time and place as well as the experience of a victim's group over the course of time and space. It recognizes that the experience of racism, of persecution for membership in a group, makes the group's consciousness the victim's consciousness, all of which is relevant in assessing the harm of racist speech." Voir: M. MATSUDA, *loc. cit.*, 1989, note 379, à la p. 2373.

genre de renoncement. La question est donc de savoir quelles assises positives les "Race-Crits" invoquent au soutien de leur position voulant qu'un contrôle juridique de l'expression haineuse soit constitutionnellement justifiable en droit américain.

C'est le professeur Charles Lawrence qui s'est le plus penché sur cette question, développant une argumentation à deux volets. Il propose dans un premier temps une thèse novatrice, fondée sur une lecture inusitée de l'arrêt *Brown* v. *Board of Education*[1387]. Cet arrêt, aux termes duquel la Cour suprême des États-Unis imposait la déségrégation des écoles publiques américaines au nom du droit à l'égalité, est généralement interprété comme consacrant les droits des enfants afro-américains à l'égalité des chances en matière d'éducation. Pour Lawrence, cependant, sa signification va bien au-delà de ces seules considérations. Il estime en fait que *Brown* fait un absolu du droit à l'égale citoyenneté, dont la reconnaissance emporte l'affirmation d'un principe "anti-caste", à valeur constitutionnelle, qui exige le démantèlement de toute pratique d'infériorisation sociale[1388]. Pour en arriver à cette conclusion, le professeur Lawrence argue essentiellement que la *pratique* de ségrégation jugée inconstitutionnelle dans *Brown* constituait en fait une *expression*:

> *Brown* held that that segregation is unconstitutional not simply because the physical separation of black and white children is bad or because resources were distributed unequally among black and white schools. *Brown* held that segregated schools were unconstitutional primarily because of the *message* segregation conveys - the message that black children are an untouchable caste, unfit to be educated with white children. Segregation serves its purpose by conveying an idea. It stamps a badge of inferiority upon blacks, and this badge communicates a message to others in the community, as well as to blacks wearing the badge, that is injurious to blacks. Therefore, *Brown* may be read as regulating the content of racist speech.[1389]

On le constate, la "conduite" ségrégationniste est envisagée ici comme un simple épiphénomène du phénomène d'abord et avant tout expressif que constitue l'affirmation de la suprématie blanche. Or, soutient Lawrence, admettre cette proposition ne peut mener qu'à conclure à la constitutionnalité de principe des mesures étatiques visant à contrôler l'expression raciste, puisque "*Brown* reflects that racism is a form of subordination that achieves its purposes through group defamation."[1390] D'où sa conclusion voulant que cet arrêt non seulement permette mais exige que

---

[1387] *Supra*, note 1304.
[1388] C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1990, note 1374, à la p. 438.
[1389] *Id.*, à la p. 439-440.
[1390] *Id.*, à la p. 464. On constate ici que Lawrence tente de démontrer que ce qui est généralement qualifié comme étant une *conduite* constitue en fait une *expression*. On remarque que, ce faisant, il développe un argument exactement inverse à celui mis de l'avant par Catharine MacKinnon dans le cadre de sa campagne anti-

l'on tente de juguler toute forme de diffamation collective. Le professeur Lawrence n'est toutefois pas dupe: il sait bien que sa lecture de *Brown* fait voler en éclats la sacro-sainte distinction établie entre expression et conduite, qui occupe une place centrale dans le droit américain de la liberté d'expression. Aussi consacre-t-il de longs passages à en démontrer l'artificialité et à en réfuter le bien-fondé[1391]. Ce n'est pas là le seul obstacle auquel se heurte la thèse du professeur Lawrence. En effet, la doctrine du "state action"[1392] confine à l'action étatique l'application de l'"equal protection clause" du quatorzième amendement, disposition sur laquelle l'arrêt *Brown* est fondé. Aussi cette doctrine empêche-t-elle l'État d'invoquer le droit à l'égalité pour justifier une éventuelle prohibition de l'expression haineuse[1393]. De fait, comme on l'a vu précédemment, cette question ressortit en droit constitutionnel américain à la seule compétence du premier amendement, en sorte que toute tentative de contrôle de l'expression haineuse sera vouée à l'échec puisque cet amendement interdit en principe à l'État d'intervenir dans la sphère privée de l'expression, qu'elle soit haineuse ou non[1394]. Prôner ainsi la prise en considération du droit à l'égalité consacré au quatorzième amendement au moment de donner effet à la liberté d'expression garantie au premier ne va donc pas de soi dans l'état présent du droit positif aux États-Unis. En proposant sa lecture alternative de *Brown*, le professeur Lawrence lance en quelque sorte une bouteille à la mer, espérant qu'elle trouve un rivage accueillant. Mais rien n'est moins sûr. Voilà pourquoi il cherche malgré tout à justifier un contrôle étatique de l'expression raciste dans le cadre étroit du droit américain de la liberté d'expression.

Lawrence soutient à cet égard que ce type d'expression ne mérite tout simplement pas d'être protégée par le premier amendement. Il établit ainsi une adéquation entre certaines formes d'expression raciste et les "fighting words", qui sont eux-mêmes exclus de cette protection. Comparant les insultes racistes à une gifle, il affirme que le préjudice qu'elles causent se matérialise instantanément en ce que la réaction qu'elles engendrent se situant essentiellement hors de la sphère de la rationalité, elles ont généralement pour effet de laisser la victime muette de

---

pornographie. Pour MacKinnon, en effet, ce qui est qualifié d'expression constitue en fait une conduite. Pourtant, les deux cherchent à justifier constitutionnellement la suppression d'une certaine forme d'expression au moyen de lois anti-discrimination. Voir: *id.*, à la p. 441, note infrapaginale 47.

[1391] *Id.*, aux pp. 440-444. Nous avons rapporté l'essentiel des critiques formulées contre la distinction expression / conduite lors de notre étude du droit américain de la liberté d'expression au chapitre quatrième.

[1392] La doctrine du "state action" "(...) holds that although someone may have suffered harmful treatment of a kind that one might ordinarily describe as a deprivation of liberty or a denial of equal protection laws, that occurrence excites no constitutional concern unless the proximate active perpetrators of the harm include persons exercising the special authority or power of the government of a state." Voir: F.I. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 1216, à la p. 306.

[1393] C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1990, note 1374, aux pp. 444-449.

[1394] Comme le remarque ailleurs le professeur Lawrence, "(...) there is no recognition in First Amendment law of the systematic private suppression of speech. (...) [F]or the most part, we act as if the government is the only regulator of speech, the only censor." Voir: C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1992, note 1374, à la p. 802.

stupeur ou de honte, faisant d'elles des "équivalents fonctionnels" des "fighting words"[1395]. Cette thèse a toutefois été rejetée dans l'arrêt *R.A.V.* v. *St. Paul*[1396], forçant ses partisans à réorienter leur argumentation. C'est ainsi que ceux-ci en sont venus à conceptualiser l'expression raciste comme une violation du droit à la liberté d'expression des individus qui en sont victimes, ce qui soulève la question d'un conflit à l'intérieur même de cette liberté. L'argument invoqué ici est récurrent dans la critique juridique identitaire: l'exercice par les uns de leur liberté d'expression en empêche parfois d'autres d'exercer leur propre liberté d'expression. On ne parle donc plus d'un conflit entre le droit constitutionnel à l'égalité, d'une part, et le droit constitutionnel à la liberté d'expression, d'autre part, mais bien d'un conflit à l'intérieur même du droit à la liberté d'expression.

La question qui se pose alors est la suivante: comment s'assurer, en droit, que l'idéal démocratique d'une "égale liberté" soit autre chose que de vains mots? La réponse qu'y donne le professeur Lawrence est qu'une réglementation bien tempérée des formes d'expression qui, plus que d'autres, cantonnent des individus dans le silence sert mieux les valeurs promues par la liberté d'expression qu'une absence totale de réglementation, particulièrement lorsque l'expression que l'on veut réglementer cible des groupes socialement désavantagés et que son message est discriminatoire[1397]. Reprenant à son compte la théorie du marché libre des idées, il signale que celui-ci ne peut être considéré comme vraiment libre si des individus s'en voient systématiquement refuser l'accès ou si, lorsqu'ils y accèdent, leur idées sont jugées quantité négligeable en raison du déficit de crédibilité qui frappe ceux qui les exprime. Or, l'expression raciste ne fait qu'accroître cette exclusion du marché, si bien que celui-ci y perd au change et ce, tant aux plans de la quantité que de la qualité des informations qui y circulent[1398]. Aussi, la main invisible qui est censée agir comme instance autorégulatrice s'étant avérée notoirement incapable de remédier à ces carences du marché, l'intervention étatique devient justifiable pour assurer que les conditions d'exercice de la liberté d'expression soient minimalement égales entre les uns et les autres. Enfin, cette intervention paraît d'autant plus justifiée que son absence impose un fardeau disproportionné aux membres des groupes systématiquement victimisés par l'expression antiégalitaire. Comme le dit Lawrence, "[w]henever we decide that racist hate speech must be tolerated because of the importance of tolerating unpopular speech we ask blacks and other subordinated groups to bear a burden for the good of the society - to pay the price for the societal benefit of creating more room

---

[1395] En fait, Lawrence refuse d'assimiler entièrement les insultes raciales aux "fighting words" en raison du rapport de pouvoir a priori défavorable entre la victime de ces insultes et son assaillant. Voir: C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1990, note 1374, à la p. 453.

[1396] *Supra*, note 620.

[1397] Voir: C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1990, note 1374, à la p. 456.

[1398] *Id.*, aux pp. 466-472.

for speech. And we assign this burden to them without seeking their advice, or consent. This amounts to domination pure and simple."[1399] D'où son attaque contre l'application générale et universelle de la pensée symétrique en droit, qui, ajoutons-le, participe plus d'une conception esthétisante du droit que d'une conception véritablement démocratique. D'où, également, son plaidoyer en faveur d'une interprétation contextualisée de la liberté d'expression, qui tienne compte des positions sociales relatives des émetteurs et des destinataires de l'expression et, surtout, qui reconnaisse l'intérêt qu'a l'État de protéger les victimes d'une expression discriminatoire. C'est ainsi qu'il propose que l'adjudication constitutionnelle dans le champ de la liberté d'expression se fasse sur la base d'un équilibrage des divers intérêts en cause plutôt qu'à partir de l'idée que toute réglementation portant sur le contenu d'une expression est nécessairement inconstitutionnelle[1400]. Lawrence préconise en quelque sorte un retour au droit tel qu'il était au lendemain de l'arrêt *Beauharnais* v. *Illinois*[1401], sachant toutefois pertinemment qu'il y a loin de la coupe aux lèvres.

Égalité et liberté d'expression, égalité dans la liberté d'expression, voilà donc les principales avenues qu'empruntent les "Race- Crits" pour justifier, dans un cadre constitutionnel, une certaine censure de l'expression raciste. Et bien que, à l'instar des juristes féministes radicales, ils critiquent sévèrement le droit américain de la liberté d'expression, une chose les distingue cependant de ces dernières. En effet, contrairement à une Catharine MacKinnon qui fait somme toute assez peu de cas de la liberté d'expression, les tenants de la *Critical Race Theory* se montrent extrêmement préoccupés des effets potentiellement délétères d'un contrôle juridique de l'expression raciste sur cette liberté. C'est pourquoi ils apportent une attention toute particulière à circonscrire la portée des mesures juridiques dont ils proposent l'édiction. Ce qui soulève deux questions. D'une part, quelle est la nature, criminelle ou civile, des mesures proposées? D'autre part, quelle portée les "Race-Crits" voudraient-ils leur conférer?

En ce qui a trait à la nature des mesures envisagées, une remarque préliminaire s'impose. En insistant sur l'édiction par l'État de mesures visant à contrôler l'expression haineuse, les tenants de la *Critical Race Theory* cherchent à extirper de la sphère privée la sanction de cette forme d'expression et, ainsi, à bénéficier de l'effectivité et de l'efficacité des sanctions publiques[1402]. Aussi estiment-ils essentiel que non seulement les normes juridiques visant à contrôler l'expression haineuse soient explicites et formulées, comme dans une loi ou un règlement, mais que leur mise

---

[1399] *Id.*, à la p. 472.
[1400] C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1992, note 1374, à la p. 797.
[1401] *Supra*, note 636.
[1402] M. MATSUDA, *loc. cit.*, 1989, note 379, à la p. 2321.

en oeuvre le soit également, ceci ne pouvant se réaliser que via l'activité d'une autorité publique légitimement investie d'un pouvoir juridictionnel, autrement dit d'un tribunal judiciaire ou quasi-judiciaire. Plutôt que d'amplifier, comme le ferait censément les modes informels de règlement des litiges, le déséquilibre qui marque déjà le rapport de forces entre la personne qui profère des insultes racistes et celle qui les subit, le règlement des conflits de ce type au moyen de procédures formelles réduirait ce déséquilibre:

> *Formal* proceedings also have their defects, as everyone knows. But in the courtroom a host of rules and expectations reduce both the sway of prejudice as well as the likelihood that the impulse will find expression in the first place. The victim is represented by a lawyer, who has a time to speak and a prescribed way of speaking. The parties address not each other but the judge or jury. The surroundings, including the flags, robes, raised platform, and other trappings of formality, remind everyone present that this is an occasion in which the values of the American Creed are to preponderate, rather than the less noble ones many of us embrace during moments of intimacy, (....).[1403]

On devine bien que, dans cette optique, les "Race-Crits" se montrent peu réceptifs aux propositions de déjudiciarisation des litiges déclenchés par l'expression raciste. Car de telles propositions existent. Par exemple, après s'être prononcée en faveur d'une reconnaissance explicite d'un *droit de ne pas être soumis à des abus verbaux ou picturaux discriminatoires* ("right not to be subjected to discriminatory verbal or pictorial abuse"), la professeure Diana Tietjens Meyers soutient néanmoins que la mise en oeuvre de ce droit ne peut se faire efficacement que dans certains contextes institutionnels, comme par exemple les universités, et doit se garder de judiciariser indûment les conflits. Aussi propose-t-elle en lieu et place que, dans ces contextes, des systèmes d'arbitrage soient institués, dans le cadre desquels la victime de tels abus serait compensée par l'institution où est survenue cette violation plutôt que par l'auteur de la violation lui-même. Ce dernier serait toutefois convié à participer à un processus d'enquête qui permettrait à la victime de se faire entendre. Selon la gravité de l'acte et l'intention du responsable de la violation, la compensation pourrait aller de la simple excuse à une compensation financière provenant d'un fonds spécifique préalablement constitué par l'institution. Ce système permettrait la plupart du temps à la victime de voir l'existence de son préjudice reconnue non seulement dans l'abstrait mais aussi dans le concret, en l'occurrence par l'obtention d'une compensation quelconque. De son côté, l'auteur de la violation ne serait passible d'aucune sanction exécutoire au terme de cette procédure mixte de nature institutionnelle-consensuelle. Bref, il ne serait jamais

---

[1403] R. DELGADO et J. STEFANCIC, "Apologize and Move On?: Finding a Remedy for Pornography, Insult, and Hate Speech", (1996) 67 *University of Colorado Law Review* 93, aux pp. 106-107.

"défendeur" ou "accusé" au sens classique de ces termes et, en ce sens, ne serait jamais personnellement puni pour avoir proféré une insulte raciste[1404].

Le professeur Richard Abel propose lui aussi de traiter informellement les conflits suscités par l'expression raciste, mais va cependant plus loin que Tietjens Meyers dans l'"informalité". S'il soutient comme cette dernière que c'est aux "collectivités auto-régulatrices", telles que les institutions scolaires, les syndicats ou les entreprises, qu'il incombe de solutionner ces conflits, il s'en démarque en proposant un processus beaucoup moins institutionnalisé qui ne pourrait mener qu'à un seul type de sanction, elle-même d'une nature moins formelle et explicite. Abel estime en effet que plutôt que de vouer un forum particulier au règlement de ces litiges, la seule pression sociale agissant au sein des collectivités auto-régulatrices devrait normalement amener les parties au litige à tenter de le résoudre, par le truchement d'une conversation informelle. Cette conversation, tenue à l'instigation de la victime, permettrait à l'auteur du préjudice de s'expliquer et, ensuite, de s'excuser. De telles excuses auraient, selon Abel, valeur de redresssement puisqu'elles constitueraient l'aboutissement d'un rituel prédéterminé, auquel assisteraient ou non des tiers: "In these degradation rituals offenders must affirm the norm, acknowledge its violation, and accept responsibility. Such a social exchange can neutralise the insult. The offender owes, offers, or gives an apology, thereby acknowledging moral inferiority; the offended accepts it, thereby restoring the offender to a plane of moral equality, or rejects it, preserving the moral imbalance. Thus the victim not only initiates the remedial process but also controls its outcome."[1405] On le voit, à l'inverse de ce que proposait Tietjens Meyers, la victime ne bénéficie dans le système d'Abel d'aucune reconnaissance institutionnelle expresse du préjudice qu'elle a subi. Mais qu'arrive-t-il si la collectivité où l'incident s'est produit n'exerce sur l'auteur de ce préjudice aucune pression pour qu'il participe à ce jeu du pardon? Le professeur Abel répond pour l'essentiel à cela qu'il existe de mauvaises collectivités et qu'il vaut peut-être mieux les quitter si elles n'offrent pas le soutien espéré. Par ailleurs, que se passe-t-il si le responsable du préjudice refuse de participer au jeu du pardon, offre des excuses-bidons ou, pire, recommence? Le cas échéant, nous dit Abel, la collectivité auto-régulatrice pourra utiliser tous les moyens coercitifs dont elle dispose, allant de l'ostracisme à l'expulsion en passant par le retrait de privilèges. Affirmation pour le moins étrange de la part d'un partisan de l'informalité puisque dès lors que l'on use d'autres méthodes de coercition que celles qui, comme l'ostracisme, relèvent de

[1404] Voir généralement: D. TIETJENS MEYER, "Rights in Collision: A Non-Punitive, Compensatory Remedy for Abusive Speech", (1995) 14 *Law and Philosophy* 203.
[1405] R. ABEL, *op. cit.*, note 81, p. 146.

la normativité sociale, on risque fort de retomber dans la sphère de la normativité explicite, formulée et institutionnalisée, bref, dans ce qui ressemble fort à du droit positif[1406].

Les tenants de la *Critical Race Theory* n'ont pas manqué d'exprimer leur scepticisme face aux thèses défendues par le professeur Abel. Des commentateurs les ont ainsi rejetées, invoquant en premier lieu qu'en ignorant les rapports de pouvoir prévalant généralement entre la victime de l'expression raciste et son agresseur, elles banalisaient le préjudice subi par la première. Ils soutinrent en second lieu que, du point de vue de cette victime, le déclenchement du processus envisagé présentait un caractère beaucoup trop aléatoire[1407] et que, du reste, ce processus n'offrait pas suffisamment de garanties quant à son succès éventuel. Enfin, ils estimèrent que le redressement proposé, en l'occurrence l'excuse, était beaucoup trop doux et d'une fiabilite douteuse[1408]. Cela dit, peut-être une proposition prévoyant des mécanismes institutionnels de compensation, comme celle qu'avance Tietjens Meyers, recevrait-elle un accueil plus favorable chez les "Race-Crits". Chose certaine, malgré ses qualités plus évidentes, on la considérerait probablement comme un pis-aller. C'est donc vers d'autres horizons que la déjudiciarisation que se tournent les tenants de la *Critical Race Theory* et, comme leurs collègues féministes, ils proposent un cocktail de mesures criminelles et civiles destinées à faire échec à l'expression raciste.

En préconisant la criminalisation de la propagande haineuse, les "Race-Crits" tentent de faire rentrer les États-Unis dans le giron normatif international ainsi que dans la mouvance normative des autres pays démocratiques[1409]. Bref, ils essaient tant bien que mal de convaincre la communauté juridique américaine de rompre l'isolationnisme qui caractérise le droit de la liberté d'expression aux États-Unis[1410]. Ils demeurent toutefois conscients des limites à l'efficacité du

---

[1406] *Id.*, pp. 148-149.

[1407] Le fait que tout soit laissé à l'initiative de la victime est en effet de nature à en décourager plus d'une. D'un point de vue plus philosophique, il convient d'ajouter que "(...) le premier rapport que nous avons avec lui [le pardon] consiste non à l'exercer, à le donner, comme on dit, mais à le demander. Le pardon est ce qui se demande à un autre, et d'abord à la victime." Voir: P. RICOEUR, *loc. cit.*, note 1343, à la p. 81. On pourrait donc arguer que dans toute démarche devant aboutir à la formulation d'excuses, comme celle qu'envisage Abel, c'est à l'agresseur qu'il revient d'enclencher le processus, de son propre chef et sans doute à la suite d'une prise de conscience de son obligation éthique d'agir en ce sens. C'est à ce prix qu'il demande véritablement pardon. Sa victime ne devrait pas avoir à le supplier de le faire et à porter tout le fardeau de la mise en place des conditions favorisant cette démarche. Voir aussi, généralement, sur les relations entre ex-victimes et ex-agresseurs: K. ASMAL, "Victims, Survivors and Citizens - Human Rights, Reparations and Reconciliation", (1992) 8 *South African Journal on Human Rights* 491.

[1408] Voir généralement: R. DELGADO et J. STEFANCIC, *loc. cit.*, note 1403.

[1409] M. MATSUDA, *loc. cit.*, 1989, note 379, aux pp. 2341-2347; R. DELGADO et J. STEFANCIC, *op. cit.*, note 1322, pp. 122-131.

[1410] Sur l'isolationnisme de ce droit, voir, *supra*, sous-section 4.4.

droit criminel et des dangers reliés à son usage. En effet, le résultat d'une procédure dans le cadre de laquelle un individu est accusé d'avoir publiquement fomenté de la haine envers un groupe identifiable est loin d'être garanti, compte tenu du fardeau de preuve plus lourd qui s'applique en matière criminelle. Qui plus est, l'imposition de sanctions criminelles au regard d'un acte dont la nature première est malgré tout expressive rend plus délicate sa justification constitutionnelle, vu la réticence légitime qu'éprouvent les régimes démocratiques envers les "crimes d'opinion". Enfin, le procès criminel, souvent médiatisé, peut facilement se transformer en procès politique où l'accusé se pose en martyr d'une société qui veut le censurer. En sorte qu'au vu des difficultés et des effets pervers rattachés à sa mise en oeuvre, l'intérêt principal de la criminalisation de la propagande haineuse se situe d'abord et avant dans l'ordre symbolique.

Très prometteuse, en revanche, est l'approche anti-discrimination, sous l'empire de laquelle la lutte contre l'expression raciste est menée au moyen de normes consacrées dans une législation spécifique et dont la mise en oeuvre est assurée par des organismes administratifs et, ultimememement, par des tribunaux spécialisés[1411]. Cette approche, nous dit Pierre Bosset, présente à la fois des avantages "négatifs" et "positifs":

> Avantages "négatifs", d'abord: menées sur un mode non contradictoire, les enquêtes tenues par les organismes chargés de la mise en oeuvre des lois protégeant les droits et libertés peuvent difficilement être utilisées comme tribunes par les leaders de l'extrême-droite, (...). Mais il y a aussi des avantages positifs. La procédure d'enquête et de médiation prévue par les lois relatives aux droits et libertés présente un caractère éducatif peut-être plus approprié que le droit pénal à certains types d'individus (mineurs ou simples sympathisants de l'extrême-droite, par exemple). Du point de vue des victimes, par ailleurs, la législation relative aux droits et libertés prévoit non seulement la cessation de l'atteinte, mais aussi une *réparation* à laquelle, par définition, le droit pénal ne peut pourvoir.[1412]

Ajoutons à cela que si la procédure de plainte et d'enquête est bien structurée, il devient possible, au moyen d'un contrôle préalable de la recevabilité des plaintes, de s'assurer de leur sérieux et d'éliminer une bonne partie de l'effet paralysant qu'engendrerait sur la liberté d'expression une privatisation non balisée du déclenchement d'un processus qui risque malgré tout de mener à une censure, fût-elle fondée sur de nobles considérations égalitaristes[1413].

[1411] La plupart des "Race-Crits" affirment l'importance de cette approche dans la lutte contre l'expression raciste.
[1412] P. BOSSET, "Les mouvements racistes et la *Charte des droits et libertés de la personne*", (1994) 35 *Cahiers de droit* 583, à la p. 587.
[1413] Voir, *supra*, nos commentaires à la note 1267.

Cela dit, dans l'état présent du droit américain, toute mesure, civile ou criminelle, qui aurait la velléité de contrôler directement le contenu d'une expression donnée ne saurait échapper à sa destinée, qui est de tomber dans les limbes de l'inconstitutionnalité. C'est pourquoi des auteurs proposent de contourner le problème en attaquant les personnes qui profèrent des insultes racistes au moyen d'une action en dommages intentée devant un tribunal judiciaire. Les uns plaident en faveur d'une application plus systématique à l'expression raciste du délit d'infliction intentionnelle d'un préjudice émotionnel ("intentional infliction of emotional distress"), que reconnaît la *common law* américaine[1414]; les autres proposent au contraire la reconnaissance d'un recours extra-contractuel distinct de ce délit, qui serait expressément destiné à compenser la victime d'une insulte raciste[1415]. Dans le cadre d'un tel recours, la partie demanderesse aurait le fardeau de démontrer que cette insulte "(...) was addressed to him or her by the defendant that was intended to demean through reference to race; that the plaintiff understood as intended to demean through reference to race; and that a reasonable person would recognize a racial insult."[1416] Mais le recours au droit commun pour lutter contre l'expression raciste ne manque pas de soulever des problèmes d'ordre divers. Au plan constitutionnel, d'abord, le droit américain de la liberté d'expression se montre passablement exigeant quant à la recevabilité d'un recours par lequel on demande compensation pour un préjudice émotionnel causé par une forme ou une autre d'expression[1417]. Au surplus, la constitutionnalité de ces recours, bien qu'admise dans certains cas, n'est pas comme telle non problématique[1418]. Au plan de l'effectivité, ensuite, il convient de noter que s'il arrive à l'occasion au droit américain d'accueillir de tels recours, ce ne sera que si l'on parvient à faire la preuve que les propos racistes ont eu un impact direct sur un ou des individus en particulier. Un individu qui ne serait pas personnellement visé par l'expression raciste ne disposerait donc d'aucun recours[1419]. Il en irait de même, a fortiori, d'un groupe qui se plaindrait au civil d'une diffamation collective sans démontrer que chacun de ses membres a subi

---

[1414] Voir: S.H. YEN, "Redressing the Victim of Racist Speech After *R.A.V.* v. *St. Paul*: A Proposal to Permit Recovery in Tort", (1993) 26 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 589. Voir également: J.C. LOVE, "Discriminatory Speech and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress", (1990) 47 *Washington and Lee Law Review* 123.

[1415] R. DELGADO, *loc. cit.*, note 1372.

[1416] *Id.*, à la p. 179.

[1417] Voir: *New York Times Co.* v. *Sullivan*, *supra*, note 636; *Hustler Magazine, Inc.* v. *Falwell*, *supra*, note 764.

[1418] Voir: D. GOLDBERGER, "Sources of Judicial Reluctance to Use Psychic Harm as a Basis for Suppressing Racist, Sexist and Ethnically Offensive Speech", (1991) 56 *Brooklin Law Review* 1165; R.D. BERNSTEIN, "First Amendment Limits on Tort Liability for Words Intended to Inflict Severe Emotional Distress", (1985) 85 *Columbia Law Review* 1749. Sans nier tout problème à cet égard, des auteurs estiment néanmoins que la constitutionnalité de tels recours serait confirmée. Voir, en ce qui a trait à l'expression raciste, S.H. YEN, *loc. cit.*, note 1414, et, en ce qui a trait à l'expresion sexiste, D.A. COHEN, "Compensating Pornography's Victims: A First Analysis", (1994) 29 *Valparaiso Law Review* 285.

[1419] Cette règle s'applique également dans les juridictions de droit civil comme le Québec. Voir: P. BOSSET, *loc. cit.*, note 1412, à la p. 602.

un préjudice individuel. En sorte que, de manière générale, les recours de droit commun exercés devant des tribunaux judiciaires s'avèrent incapables de saisir la dimension collective de l'expression raciste. Ajoutons à cela les problèmes traditionnels liés à ces recours, que Richard Abel résume ainsi: "(...) procedural fetichism, severity, formalism, inaccessibility, and delay."[1420] Enfin, de tels recours ne permettent pas d'attaquer en justice les individus ou les groupes qui, justement pour éviter d'être poursuivis, enrobent leur discours raciste dans les euphémismes ou les messages, apparemment neutres, de pureté raciale[1421]. Bref, leur efficacité est limitée aux messages qui véhiculent un racisme au premier degré.

On le voit, quelle que soit leur nature, les diverses mesures envisagées par les tenants de la *Critical Race Theory* pour lutter contre l'expression raciste ne sont ni entièrement satisfaisantes ni complètement dépourvues d'éléments problématiques et ce, au plan constitutionnel comme au plan pratique. Mais au-delà de la question de la nature pénale ou civile de ces mesures, leur portée ne va pas non plus sans poser problème. Comment, en effet, attaquer efficacement l'expression raciste sans empiéter indûment sur la liberté d'expression? Cette question épineuse, qui préoccupe grandement les "Race-Crits"[1422], incite chaque auteur à y aller de ses suggestions particulières. Sans entrer dans les détails, il convient néanmoins de préciser quelques-uns des paramètres proposés.

Voyons d'abord un paramètre que l'on pourrait qualifier de "positif". Pour que la mesure destinée à combattre l'expression raciste soit minimalement efficace, il importe qu'elle permette de couvrir les manifestations qui participent véritablement de cette forme d'expression. Dans cette optique, Mary Matsuda identifie trois caractéristiques fondamentales de l'expression raciste "paradigmatique" dont elle propose la criminalisation: d'une part, cette expression doit véhiculer un message d'infériorité raciale; d'autre part, elle doit s'en prendre à un groupe historiquement opprimé; enfin, elle doit être porteuse d'un message de haine, de dégradation ou de persécution raciale[1423]. On constate que, malgré l'importance qu'accorde Matsuda à la lutte contre le racisme ordinaire, sa proposition de réglementation ne vise que le racisme le plus extrême, c'est-à-dire celui dont le but avoué est d'inciter à la haine, la persécution ou l'exclusion sociale. Une question se pose dès lors, qui se posait également en ce qui a trait à la réglementation de l'expression sexiste: la stigmatisation juridique d'une expression particulière ne peut-elle pas être assimilée à une approbation tacite des autres formes d'expression qui ne sont pas ainsi stigmatisées?

[1420] R. ABEL, *op. cit.*, note 81, p. 144.
[1421] P. BOSSET, *loc. cit.*, note 1412, à la p. 602.
[1422] M. MATSUDA, *loc. cit.*, 1989, note 379, à la p. 2357; C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1990, note 1374, à la p. 450.
[1423] M. MATSUDA, *ibid.*

On remarque dans un autre ordre d'idées que la mesure proposée par Matsuda recevrait une application asymétrique, en sorte que seul le racisme extrême des groupes dominants se trouverait criminalisé. Si pareille distinction cherche à prendre acte du rôle de l'expression raciste dans les processus d'assujettissement ou d'exclusion de certains groupes identifiables, elle soulève néanmoins certaines questions. Par exemple, quels critères faudrait-il utiliser pour identifier les groupes bénéficiaires d'une telle mesure? Comment, au surplus, s'appliquerait-elle au discours raciste émanant d'un groupe historiquement opprimé mais prononcé contre un autre groupe historiquement opprimé (par exemple, aux États-Unis, le discours violemment antisémite d'une certaine frange du mouvement afrocentriste)? Comment, enfin, éviter la course au groupe le plus opprimé? La professeure Matsuda rejette cependant ces objections, affirmant que l'application judiciaire de la mesure proposée supposerait une constante contextualisation, de manière que soit prise en considération l'évolution des différentes conditions identitaires mais étant néanmoins entendu que son objectif serait d'améliorer le sort de certains groupes identifiables[1424]. Si cette réponse peut faire sourciller, elle nous fait néanmoins entrevoir le vice fondamental qui rendrait inconstitutionnelle une mesure de ce genre: son absence totale de neutralité, tant en ce qui a trait à la nature de l'expression stigmatisée qu'aux groupes auxquels elle serait censée s'appliquer. C'est qu'entre le moment où les tenants de la *Critical Race Theory* ont entrepris leur campagne en faveur de l'édiction de mesures destinées à décourager l'expression raciste et la fin des années quatre-vingt-dix, la donne juridique a changé. Les "Race-Crits" sont en effet passés du doute à la certitude: de fait, alors qu'à l'origine, ils se doutaient que le droit américain de la liberté risquait de se montrer peu réceptif à leurs propositions de réforme, aujourd'hui, ils savent que ce droit a rejeté, via l'arrêt *R.A.V.*, une bonne partie de leurs propositions les plus fondamentales[1425]. Sans

---

[1424] *Id.*, aux pp. 2361-2362

[1425] Leur échec paraît particulièrement cuisant s'agissant de leurs tentatives de faire accepter le principe de la validité constitutionnelle de restrictions mineures à la liberté d'expression dans certains contextes particuliers, notamment éducationnels. Les "Race-Crits" ont en effet été - et demeurent - les principaux défenseurs de l'édiction de codes de conduite et d'expression anti-discriminatoire ("speech codes") dans les universités et collèges américains. Leur argument principal est simple: les maisons d'enseignement ne sauraient tolérer que des étudiants tiennent ouvertement des propos discriminatoires ou se livrent à du harcèlement raciste (ou sexiste) contre d'autres étudiants, battant en brèche le droit à l'égalité de ces derniers, dans un milieu relativement clos de surcroît, et leur droit corollaire d'étudier dans un environnement exempt de toute hostilité. Au surplus, de tels propos ou agissements vont directement à l'encontre des valeurs éducationnelles que cherchent à transmettre ces institutions, d'où leur droit de les réglementer par le truchement de codes "anti-discrimination" d'application interne, qui, sur le fond et la forme, sont comparables à des lois sur les droits et libertés de la personne. Cela dit, la force normative de ces codes peut varier: la violation de certains d'entre eux est passible de sanctions parfois sévères, alors que d'autres se présentent plutôt sous la forme de "politiques universitaires" non exécutoires. Toutefois, quel que soit leur degré de juridicité, les arguments avancés par les "Race-Crits" en leur faveur ont fait long feu lorsque confrontés au premier amendement. C'est ainsi que, sans exception, tous les tribunaux ayant dû statuer sur la constitutionnalité de tels codes les ont déclarés inconstitutionnels, d'abord parce qu'ils prohibent certains contenus expressifs précis, en contravention de la règle cardinale au contraire, ensuite parce que leur portée est généralement jugée trop

pour autant s'abstenir de critiquer les préceptes de ce droit, leur désir de contribuer à une amélioration concrète de la condition des minorités raciales aux États-Unis les a obligés à se tourner vers des propositions plus modestes, certes, mais également plus acceptables dans le cadre du droit constitutionnel en vigueur. D'où leur conversion forcée au paramètre négatif que constitue l'exigence de neutralité formelle dans le libellé des mesures proposées[1426].

Le revers majeur qu'a fait subir la Cour suprême des États-Unis aux thèses des tenants de la *Critical Race Theory* dans son arrêt *R.A.V.* n'empêchent toutefois pas ces derniers de faire preuve d'optimisme. C'est ainsi que Richard Delgado et Jean Stefancic n'annoncent rien de moins qu'une révolution imminente du droit américain de la liberté d'expression[1427]. Pour surprenant qu'il puisse paraître, à bien y réfléchir, cet optimisme n'est peut-être pas entièrement dénué de tout fondement. D'une part, à l'instar des thèses féministes, celles des "Race-Crits" emportent l'adhésion d'un nombre croissant de juristes qui se situent pourtant dans une mouvance intellectuelle plus traditionnelle et qui, surtout, sont issus de groupes "dominants". D'autre part, les tribunaux inférieurs américains sont loin d'appliquer l'arrêt *R.A.V.* dans toute sa rigueur. Hormis les quelques jugements qui l'appliquent à peu près intégralement[1428], d'autres semblent consciemment en contourner la *ratio*, usant de distinguos tous plus subtils les uns que les autres. Par exemple, certains en restreignent l'application lorsque, plutôt que de déclarer une disposition législative inconstitutionnelle parce qu'elle établit une discrimination fondée sur le contenu de l'expression, motif central dans *R.A.V.*, ils la déclarent inconstitutionnelle en raison de sa portée

---

étendue et leur libellé, trop imprécis. Qui plus est, les tribunaux ont également refusé de voir dans ces codes des applications particulières de la doctrine des "fighting words". Enfin, d'autres ont simplement cassé les sanctions imposées en vertu de tels codes en invoquant le premier amendement, sans les déclarer explicitement inconstitutionnels puisque cette conclusion n'était pas demandée en l'espèce. Voir: *Doe* v. *University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989); *UWM Post, Inc.* v. *Board of Regents*, 774 F.Supp. 1163 (E.D. Wis. 1991); *Iota Xi Chapter* v. *George Mason University*, 993 F.2d 386 (4th Cir. 1993); *Dambrot* v. *Central Michigan University*, 55 F.3d 1177 (6th Cir. 1995). Il convient également de noter que le "speech code" promulgué par l'Université Stanford, une institution privée, a aussi été invalidé par la Cour supérieure de la Californie, district de Santa Clara, 28 février 1995, comme restreignant indûment la liberté d'expression en vertu d'une loi californienne étendant aux étudiants des universités privées les droits constitutionnels normalement garantis aux étudiants des universités publiques. Voir en ce sens: R. TURNER, *loc. cit.*, note 1371, à la p. 330, note infrapaginale 468. Pour des références additionnelles, voir la plupart des textes cités à la note 1392. Pour une perspective canadienne sur les "speech codes", voir: M.-F. MAJOR, "American Campus Speech Codes: Models for Canadian Universities?", (1995) 7 *Education & Law Journal* 13; voir également les communications présentées à la conférence "When Rights Collide", publiées dans (1995) 44 *University of New Brunswick Law Journal* 49-142. Des textes publiés dans cette revue, nous attirons particulièrement l'attention sur les suivants: A.A. BOROVOY, "When Rights Collide", (1995) 44 *University of New Brunswick Law Journal* 49; W.A. SCHABAS, "Free Speech on Campus: Lessons from International and Comparative law", (1995) 44 *University of New Brunswick Law Journal* 111; J.H. GREY, "Freedom of Expression in a Canadian University Context", (1995) 44 *University of New Brunswick Law Journal* 119.

[1426] R. DELGADO et J. STEFANCIC, *op. cit.*, note 1322, pp. 105-106.

[1427] *Id.*, à la p. x.

[1428] *State* v. *Ramsey*, 430 S.E.2d 511 (S.C. 1993); *State* v. *Sheldon*, 629 A.2d 753 (Md. 1993)

indûment vaste[1429], motif pourtant secondaire dans l'arrêt de la Cour suprême. Poussant le détournement de *ratio* un peu plus loin, d'autres jugements, s'autorisant de l'arrêt *Wisconsin* v. *Mitchell*[1430], interprètent *R.A.V.*, parfois plus restrictivement qu'il ne serait nécessaire, en jouant sur la distinction entre "hate speech" et "hate crime", qui recouvre la dichotomie expression / conduite[1431]. D'autres enfin l'appliquent - *stare decisis* oblige - mais ne se gênent pas pour en dire le plus grand mal, le qualifiant notamment de manipulation ou d'aberration juridique[1432]. Est-ce à dire, au vu de ce qui précède, que les thèses de la *Critical Race Theory* sur la liberté d'expression pourraient réussir indirectement ce qu'elles n'ont pu réussir directement, c'est-à-dire finir par s'imposer dans l'arène judiciaire américaine? Certains croient que cela est possible[1433]. Dût-elle se réaliser, cette transformation se situerait alors dans la logique habituelle du premier amendement, qui veut qu'une règle, posée comme absolue et intangible, soit continuellement réitérée comme s'il s'agissait d'un mantra, mais qui en même temps permet une myriade d'exceptions fondées sur des distinctions dont la clarté laisse parfois à désirer... Avant toutefois que l'on puisse annoncer une telle transformation, les "Race-Crits" ont encore du travail à faire. En effet, les obstacles demeurent nombreux sur leur route, et, comme nous le verrons plus loin, la réception de leurs thèses ne dépend pas que d'un simple changement d'attitude de juges de tribunaux inférieurs, si bien intentionnés soient-ils.

Au terme de ce bref examen des thèses mises de l'avant par les tenants de la *Critical Race Theory* au sujet de la liberté d'expression, on ne peut s'empêcher de remarquer que ceux-ci, malgré une critique radicale du droit américain de la liberté d'expression, se montrent beaucoup moins enclins que d'autres à dévaloriser cette liberté. Ainsi, au contraire d'une Catharine MacKinnon, dont le discours se rapproche pourtant du leur, on reste avec l'impression que les "Race-Crits" réussissent à éviter le piège de l'absolutisme égalitariste, qui remplacerait la règle inflexible de la priorité absolue de la liberté d'expression sur l'égalité par une autre règle, tout aussi inflexible, affirmant le primat l'égalité sur cette liberté. Malgré cette différence importante, il est un objectif fondamental

---

[1429] *State* v. *T.B.D.*, 638 So.2d 165 (Fla.App. 1 Dist. 1994)
[1430] *Supra*, note 812.
[1431] *People* v. *MacKenzie*, 40 Cal.Rptr.2d 793 (Cal.App. 6 Dist. 1995); *In Re M.S.*, 42 Cal. Rptr.2d 355 (Cal. 1995); *U.S.* v. *Stewart*, 65 F.3d 918 (11th Circuit, 1995); *In Re Stevens S.*, 31 Cal.Rptr.2d 644 (Cal.App. 1 Dist. 1994); *State* v. *Vanatter*, 869 SW. 2d 754 (Mo. 1994); *State* v. *Mortimer*, 641 A.2d 257 (N.J. 1994) (certiorari refusé à 115 S. Ct. 440 (1994)); *State* v. *McKnight*, 511 NW.2d 389 (Iowa 1994) (certiorari refusé à 114 S. Ct. 2116 (1994)); *Stegmaier* v. *State*, 863 SW.2d 924 (Mo.App. 1993); *State* v. *Talley*, 858 P.2d 217 (Wash. 1993); *People* v. *Baker*, 25 Cal.Rptr.2d 372 (Cal.App. 4 Dist. 1993); *People* v. *Superior Court (Aishman)*, 22 Cal.Rptr.2d 311 (Cal.App. 4 Dist. 1993); *In Re Joshua H.*, 17 Cal.Rptr.2d 291 (Cal.App.6 Dist. 1993).
[1432] *State* v. *Vawter*, 642 A.2d 349 (N.J. 1994). Si le ton de ce jugement est généralement hostile au résultat et aux motifs de l'arrêt *R.A.V.*, l'opinion distincte du juge Stein mériterait de figurer dans une anthologie, tant est virulente la critique qu'il formule contre la Cour suprême des États-Unis.
[1433] Voir par exemple: K. GREENAWALT, *op. cit.*, note 785 , p. 152.

vers lequel convergent tant la *Critical Race Theory* que la critique féministe radicale: ces mouvements cherchent tous deux à resituer le débat sur la liberté d'expression et la saisie juridique de l'identité dans le cadre plus large du débat sur la citoyenneté démocratique. Mais la démocratie dont il est ici question est une démocratie concrète, vécue, et non seulement abstraite. D'où leurs efforts conjugués pour faire reconnaître, à l'interface des droits à l'égalité et à la liberté d'expression, un droit au respect et à la dignité qui écherrait tant aux individus qu'aux groupes.

CHAPITRE 6. LIMITES ET PROMESSES DU CONTRÔLE JURIDIQUE DE L'EXPRESSION ANTIÉGALITAIRE

Regrettant la récente recrudescence des procès en diffamation intentés contre des médias par des personnalités publiques, le professeur Rodney Smolla exprimait ainsi son inquiétude quant à l'effet d'un éventuel adoucissement des normes constitutionnelles américaines régissant de tels litiges:

> "We are in danger of surrendering a wonderful part of our national identity - our strapping, scrambling, free-wheeling individualism, in danger of becoming less American, less robust, wild-eyed, pluralistic and free, and more decorous, image-conscious, and narcissistic. (...) But in the United States, the balance that must be struck between reputation and expression should never be tilted too far against expression, for the right to defiantly, robustly, and irreverently speak one's mind just because it is one's mind is quintessentially what it means to be an American."[1434]

On ne pourrait trouver meilleure illustration du rôle central que joue la liberté d'expression dans la référence identitaire américaine. Évidemment, comme nous l'avons vu au chapitre quatrième, il ne s'agit pas là de n'importe quelle liberté d'expression; il s'agit au contraire d'une liberté d'expression interprétée à travers un prisme libertaire. Et si ce libertarisme est loin de toujours se vérifier dans le concret, il n'en reste pas moins qu'au plan du discours, des principes et de l'idéologie, il laisse une marque indélibile. En fait, au-delà même de la norme positive que constitue le premier amendement et des applications ponctuelles qui en sont faites, la représentation libertaire que se font les Américains de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression paraît avoir un impact normatif, qui rend extrêmement difficile la réception des propositions de réforme qui ne cadrent pas dans ce schème de représentation. Aussi, en prônant une conception égalitariste de la liberté d'expression, qui implique non seulement une prise en considération de l'égalité mais également la reconnaissance occasionnelle de sa primauté dans l'interprétation de cette liberté, les juristes identitaristes heurtent bien autre chose que les seules normes positives telles qu'elles se présentent à une époque donnée: ils heurtent une "image constitutionnelle", à toutes fins utiles imperméable à leurs arguments égalitaristes[1435]. L'on peut

---

[1434] R.A. SMOLLA, *Suing the Press*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 257.

[1435] William Conklin définit ainsi le concept d'"image constitutionnelle": "An image of a constitution sets out the boundary lines of constitutional reality. The boundary lines demarcate a good from a bad argument, the relevancy of extrinsic evidence, standing, the institutional self-image of the judiciary, the resource material of a constitution, and the conception of reason. An image is neither a rule of recognition, nor a conception, nor a set of fundamental values. It lies neither in an objective world of rationally controlable doctrines nor in a subjectivist world of individualist preferences. The image transcends the objective / subjective dichotomy. Rather, the picture with its boundaries, its signposts, its pre-judgments filter out for us what constitutes as (*sic*) a constitution. The lawyer induces rational constructs from the experience of the image. The image pre-censors the lawyer's reality." Voir: W. E. CONKLIN, "The Practice and Theory of Constitutional Rights", dans: G. LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa / Paris / Londres, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, p. 38, à la p. 40.

arguer, dans cette optique, que le *principe* même de la liberté d'expression, dans sa conception libertaire, se voit attribuer une valeur normative à titre de partie intégrante de la "constitution implicite" des États-Unis[1436]. Voilà pourquoi les positions des tenants de la critique juridique identitaire sur la liberté d'expression risquent de demeurer encore longtemps marginales par rapport aux courants dominants du constitutionnalisme américain. Aux yeux de celles et ceux qui adhèrent à ces courants, leur discours égalitariste se situe littéralement hors de la "réalité" constitutionnelle. Les fils qui composent la toile normative constitutionnelle américaine le rejettent a priori, tout comme les facteurs sans portée normative qui conditionnent généralement les débats portant sur la liberté d'expression[1437]. Bref, autant la culture juridique interne que la culture juridique externe des États-Unis y sont réfractaires[1438]. Dans ce sens, le juge Holmes avait beau dire que "[t]here is no constitutional right to have all general propositions of law once adopted remain unchanged"[1439], il n'en reste pas moins que si cela est vrai en théorie, on sait très bien qu'en pratique des obstacles structurels peuvent freiner l'évolution de manière aussi sûre que si l'on reconnaissait un droit du type de celui envisagé par Holmes.

C'est ainsi que, trop éloigné des présupposés constitutionnels-identitaires dominants, le discours des tenants de la critique juridique identitaire se trouve pratiquement exclus du champ des possibles. Mais, en même temps, son émergence est symptômatique d'une crise d'identité, non seulement du constitutionnalisme américain, mais encore des États-Unis. D'où les réactions virulentes qu'il suscite en certains cercles. Peut-on malgré tout envisager un revirement éventuel

---

[1436] Sur l'idée de "constitution implicite", qui recouvre les éléments non écrits d'une constitution (ex.: conventions, pratiques constitutionnelles, etc.) mais aussi, pourrait-on arguer, les représentations identitaires constitutives de la collectivité dont le vouloir-vivre commun est censé être reflété dans la constitution écrite, voir: R.A. MACDONALD, "The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity: The Canadian Experiment", dans: K. KULCSAR et D. SZABO (dir.), *Dual Images. Multiculturalism on the Two Sides of the Atlantic*, Budapest, Société royale du Canada / Institute for Political Science of the Hungarian Academy of Science, 1996, p. 52, aux pp. 55-61.

[1437] De ces facteurs, retenons la prudence (qui incite à se rappeler que la suppression de la liberté d'expression a généralement nui d'abord et avant tout aux minorités), la culture politique (marquée, aux États-Unis, par l'exceptionnalisme, d'une part, et imprégnée de la conviction que le statu quo en matière de liberté d'expression n'a mené à aucun débordement raciste ou sexiste d'une ampleur notoire, d'autre part) et le risque (de se tromper et, ainsi, de proscrire une expression qui contribue malgré tout au débat politique). Voir: F. ABRAMS, "Hate Speech: The Present Implications of a Historical Dilemma", (1992) 37 *Villanova Law Review* 743, aux pp. 753-755.

[1438] Pour l'essentiel, l'idée de "culture juridique interne" renvoie aux représentations, aux idéologies, aux valeurs et aux principes qui fondent et conditionnent l'action de celles et ceux qui, oeuvrant à l'intérieur du système juridique, y opèrent des tâches spécialisées, alors que l'idée de "culture juridique externe" désigne plutôt l'ensemble des valeurs, croyances, attitudes et attentes du grand public par rapport au droit, à sa nature, à son opération et aux ressources qu'il offre. Bref, la culture "interne" est celle des professionnels du droit - la culture experte en quelque sorte -, par opposition à la culture "externe" qui constitue une culture profane. Voir généralement: L.M. FRIEDMAN, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, p. 223. Voir également, pour la définition de "culture juridique externe": J.L. GIBSON et G.A. CALDEIRA, "The Legal Cultures of Europe", *Law & Society Review*, vol. 30, n° 1, (1996), p. 55, à la p. 59.

[1439] *Patterson* v. *Colorado*, 27 S. Ct. 556, à la p. 557 (1907).

du droit américain et de la culture juridique de ce pays face à ce discours? Peut-être, mais à long terme. On peut hasarder ici une hypothèse: est-ce que, pour qu'un tel changement s'opère, un "accident" ne serait pas nécessaire? Reprenant ici l'idée de Paul Virilio, nous entendons par "accident" les situations où une crise sociale aiguë culmine dans un événement - l'accident - qui force des changements structurels profonds. Ce concept va plus loin que celui de "révolution scientifique", de Thomas Kuhn, en ce qu'il implique l'idée d'un écroulement social qui touche de multiples sphères de la société. Or, comme on l'a vu au chapitre quatrième, les deux grands changements de cap dans l'histoire de l'interprétation du premier amendement se sont produits à la suite de pareils écroulements *systémiques*. Il s'est agi, en l'occurrence, de la guerre de sécession et de la crise de 1930. Peut-être donc faudra-t-il un "accident" de ce type pour faire sauter le verrou qui, aux États-Unis, bloque l'acceptation des thèses de la critique juridique identitaire sur la liberté d'expression[1440].

Mais la mauvaise réception qu'a essuyée la critique juridique identitaire dans son pays d'origine ne l'a pas empêchée d'essaimer sous d'autres latitudes. Ainsi, au Canada, les tribunaux se sont montrés passablement ouverts aux thèses qu'avancent ses tenants au sujet de la liberté d'expression. Plusieurs facteurs, qui ne sont pas tous juridiques au sens strict, peuvent expliquer les trajectoires divergentes des droits canadien et américain sur cette question. Toutefois, le plus important n'est probablement pas de nature substantielle. Selon nous, il serait plutôt d'ordre procédural, non pas au sens juridique mais bien au sens épistémologique. De fait, la différence d'attitude des juges canadiens et américains envers les thèses de la critique juridique identitaire nous semble avant tout liée à l'ouverture épistémologique préalable des premiers à considérer au mérite des arguments nouveaux ou inédits, qui ne cadrent pas d'emblée dans le schème de pensée de juristes formés à l'école du libéralisme. Ainsi, en acceptant d'examiner *sérieusement* autant les promesses que les limites d'un contrôle juridique de l'expression antiégalitaire, on se trouve à admettre d'entrée de jeu la possibilité que, dans certaines circonstances, les promesses l'emportent

[1440] Suivant le modèle de l'"équilibre ponctué" proposé par David Yassky, *loc. cit.*, note 519, à la p. 1744, qui veut que l'évolution du premier amendement se caractérise par de longues périodes de statisme qui sont parfois interrompues par une révolution due essentiellement à une transformation structurelle fondamentale de l'État, on peut penser que le discours de la critique juridique identitaire sur la liberté d'expression a peu de chances d'être reçu par les tribunaux. Rien ne laisse présager, en effet, que vont survenir dans un avenir rapproché des transformations aussi majeures que celles provoquées, par exemple, par la guerre de sécession ou le New Deal. Si l'on ajoute à cela le statut d'icône culturel qui est réservé au premier amendement et, partant, son importance fondamentale dans l'"économie identitaire dominante" des États-Unis, les possibilités de changement paraissent encore plus minces. Peut-être peut-on penser que des excès flagrants dans l'exercice des libertés, comme ceux de certains groupes armés anarcho-utopistes d'extrême-droite, seraient susceptibles de faire tourner le vent de la liberté vers un peu plus d'égalité. Mais, en l'absence d'une crise majeure qui serait provoquée par de tels excès, il y a lieu de douter de la possibilité d'une transformation en profondeur de la jurisprudence américaine en matière de liberté d'expression et, plus globalement, de la culture juridique américaine.

sur les limites. Hormis cette ouverture épistémologique initiale, la culture constitutionnelle particulière du Canada, qui se veut théoriquement moins homogénéisante que l'américaine, peut aussi expliquer la réceptivité canadienne accrue aux thèses de la critique juridique identitaire.

Nous examinerons donc dans ce chapitre les limites, mais aussi les possibles, d'un contrôle juridique de l'expression antiégalitaire (section 6.1). Nous proposerons dans ce contexte une distinction entre deux formes d'expressions, l'expression abusive et l'expression offensante (section 6.2). Au vu de nos remarques précédentes, nous nous interrogerons enfin sur la manière de penser l'identitaire en droit, en insistant sur la nécessité d'affirmer le primat de la liberté identitaire, compte tenu des impératifs que suppose une saisie complexe des phénomènes liés à l'affirmation des identités (section 6.3).

6.1. La normativité au-delà du droit? L'État-Sysyphe, la force symbolique de la norme positive et le confinement du droit aux extrêmes

Nous avons exposé au chapitre cinquième l'essentiel des récriminations des tenants de la critique juridique identitaire contre l'interprétation dominante de la liberté d'expression aux États-Unis. Nous avons également fait état de leurs arguments en faveur de la nécessité d'une interprétation contextualisée de cette liberté, ainsi que de leurs propositions de reconceptualisation de cette liberté sur la base du principe d'égalité. Au fur et à mesure que nous faisions cet exposé, nous avons posé un oeil critique sur les thèses avancées à ce sujet, surtout dans l'analyse féministe mais aussi dans la *Critical Race Theory*. Nous avons notamment vu qu'au-delà de la mise en équilibre de la liberté d'expression et du droit à l'égalité, les justifications invoquées en faveur de l'édiction de mesures destinées à contrôler les diverses formes d'expression inégalitaire mettent en question le sens même du concept de liberté d'expression dans une société démocratique. Dès lors, la critique que formulent les juristes identitaristes ne peut éviter de s'intéresser aux conditions qui doivent présider à la concrétisation de cette liberté, en sorte qu'elle a à toutes fins utiles vocation épistémologique. Par ailleurs, cette critique fait une très large place à la régulation étatique comme outil de lutte contre l'expression antiégalitaire. Or, l'évolution technologique dans le champ des télécommunications rend de plus en plus difficile la mise en place d'une réglementation étatique efficace. Comme le dit le professeur René-Jean Dupuy,

> [i]l est devenu courant de parler d'autoroutes de l'information. Or, sur les routes il y a toujours eu des brigands. Du moins, carabiniers et gendarmes finissent le plus souvent par s'en saisir. Leur absence se fait durement sentir sur les voies de l'information. Elles sont ouvertes au meilleur et au pire. Au savant et au trafiquant. À la connaissance et à la drogue.

> Aux églises et aux sectes. Aux organisations humanitaires et aux terroristes. (...) Pour l'heure, le régime de l'Internet est celui de la totale liberté. Un livre interdit en France par décision de justice, diffusé par Internet à travers le monde, peut être renvoyé sur les écrans français. (...) Ici, encore, nous retrouvons un effet de la déterritorialisation. Toutes les sociétés se sont construites juridiquement sur un espace réel. L'espace virtuel n'a d'autres limites que celles de l'esprit qui réagit selon le bien ou selon le mal; son ressort est la morale, non le droit.[1441]

Ceci soulève la question cruciale du rôle que peut encore jouer l'État en pareil contexte. Cette nouvelle donne technologique ne le condamne-t-il pas à orienter ses normes vers la lutte contre les formes les plus extrêmes d'expression antiégalitaire? Le cas échéant, quelle aura été l'utilité des travaux de la critique juridique identitaire qui insistent sur la nature systémique de la liberté d'expression?

De fait, on ne peut nier que de profonds changements sociaux marquent cette fin de siècle. Le mouvement de planétarisation qui transfigure les modes de circulation de l'information entraîne dans son sillage une transformation du visage de la normativité, qui déstabilise l'État, détenteur traditionnel du pouvoir d'édicter les modestes normes qui, dans les sociétés démocratiques, visent à contrôler le flot d'informations disponibles. Dans le concret, cela signifie que la régulation étatique se heurte de plus en plus fréquemment à un nouvel obstacle, constitué par l'explosion des nouvelles technologies de l'information. Qu'on le regrette ou non, l'État semble dépassé par ce nouveau phénomène de planétarisation, qui emporte comme corollaire une pluralisation des sources d'exercice du pouvoir, dont plusieurs sont à l'abri de toute intervention étatique. Le territoire auquel doit se confiner son action normative empêche en effet l'État de s'attaquer efficacement à des fournisseurs situés hors de son territoire. De même, les avenues technologiques qu'emprunte l'information pour circuler vouent à l'échec toute velléité étatique d'instaurer un contrôle étanche de l'expression antiégalitaire. Enfin, le flot des informations n'a jamais été si impressionnant et les sources où les obtenir, si nombreuses[1442]. Bref, les inforoutes, leur évolution continuelle et leur remarquable capacité d'adaptation diminuent sensiblement le

---

[1441] R.-J. DUPUY, "Le dédoublement du monde", *Revue Générale de Droit International Public*, 1996-2, p. 313, à la p. 317.

[1442] Comme le remarque un auteur: "Traditional First Amendment philosophy has asserted that the best weapon against speech we do not like is still more speech. Does this philosophy continue to make sense in an era of new information and surveillance technologies? Will increased avaibility of information about the most detailed aspects of our lives lessen the dangers of control through surveillance or data compilation? Or is the problem precisely the opposite - that the avaibility of information is itself the problem? Do traditional liberal notions of autonomy continue to make sense in an age where control of information processing increasingly means new forms of control over individuals themselves? Or has the liberal ideal of the free market of ideas turned on itself and created a new form of totalitarianism, a prison constructed from access to information rather than from steel bars? Voir: J.M. BALKIN, *loc. cit.*, note 108, à la p. 1987.

degré d'effectivité du droit étatique. Quoi qu'il en soit, elles en montrent, et de façon éclatante, les limites et incitent à revisiter les postulats du droit de l'information et de la liberté d'expression. Une chose est sûre: en matière de contrôle de l'information, l'État-régulateur de cette fin de siècle ressemble de plus en plus à un État-Sysyphe.

Faut-il dès lors abandonner l'idée même d'une réglementation étatique de l'expression antiégalitaire sous prétexte que cette réglementation peut s'avérer à plusieurs égards inefficace[1443]? Il faut à notre avis répondre par la négative. En effet, ce n'est pas parce qu'il est parfois difficile de bien cerner l'objet d'une telle réglementation, que, même une fois circonscrit, son champ d'application puisse être contesté, ou encore que son efficacité concrète paraisse douteuse qu'il faille absolument renoncer à y recourir. Toutefois, la tâche d'en bien définir les objectifs, directs et indirects, ne devient alors que plus urgente. Ce qui force à réfléchir sur les limites du recours au droit étatique pour s'attaquer à des phénomènes sociaux de nature systémique, comme le racisme ou le sexisme, ou pour éliminer certains de leurs épiphénomènes, comme l'expression raciste ou sexiste.

Disons en premier lieu qu'il faut savoir gré aux tenants de la critique juridique identitaire d'avoir contribué à sortir du simplisme la discussion des conséquences qu'engendre parfois l'exercice de la liberté d'expression. En plaidant en faveur de la reconnaissance en droit des divers préjudices, individuels, collectifs, sociétaux et même constitutionnels que peut causer l'*expression*, ceux-ci ont à tout le moins réussi à conscientiser la communauté juridique à la *performativité* occasionnelle de cette expression. En effet, loin de simplement refléter une réalité ou une idée quelconque, il arrive qu'une expression "(...) constitue simultanément l'acte auquel [elle] se réfère."[1444] Bref, elle crée

---

[1443] Un numéro spécial du *Georgetown Law Journal* consacré à la présence et au contrôle de la pornographie "hardcore" et juvénile sur les inforoutes aborde en détail plusieurs des questions esquissées dans cette section. Voir: (1995) 83 *Georgetown Law Journal* 1849-2007. Voir aussi: P. MACKAY, "Les problématiques de la liberté d'expression et de la censure dans la circulation de l'information dématérialisée sur les inforoutes", dans: J. FRÉMONT et J.P. DUCASSE (dir.), *Les autoroutes de l'information: enjeux et défis*, Lyon, Les Éditions les chemins de la Recherche, 1996, p. 223; "Regulating the Internet: Should Pornography Get a Free Ride on the Information Superhighway? A Panel Discussion", (1996) 14 *Cardozo Arts & Entertainment Law Review* 343; R.N. COGLIANESE, "Sex, Bytes, and Community Entrapment: The Need for a New Obscenity Standard for the Twenty-First Century", (1995) 24 *Capital University Law Review* 385; D. FRAU-MEIGS, "Le vice et la virtuelle: les relations entre technologie et pornographie sur Internet", *Revue française d'études américaines*, Mars 1996, n° 68, p. 9. Voir enfin le jugement récent de la Cour suprême des États-Unis déclarant inconstitutionnel le *Communications Decency Act*, qui interdisait aux fournisseurs de services internet de rendre disponible aux usagers mineurs du Web du matériel *indécent*, donc protégé par le premier amendement (au contraire du matériel obscène): *Reno* v. *A.C.L.U.*, C.S. É.-U., No. 96-511, le 26 juin 1997. Voir particulièrement l'opinion de la juge O'Connor, dissidente à certains égards, dans laquelle est discutée l'obsolescence possible de certains des présupposés du droit américain de la liberté d'expression au regard des nouveaux environnements virtuels.

[1444] P. ROBERT, *op. cit.*, note 34, p. 1636. Comme exemple d'énoncé performatif, le Robert cite la phrase "Je vous autorise à partir", qui ne fait pas que véhiculer l'idée d'un autorisation, mais qui constitue l'autorisation elle-même.

la réalité. À telle enseigne que l'expression raciste ou sexiste est considérée par les juristes identitaristes comme un *acte* de pouvoir:

> An instrument of oppression, it relocates the speaker and the listener on a continuum of power and authority. (...) Demeaning remarks, then, are not primarily informational, but instrumental means of keeping others down. They are power moves, concerted and orchestrated by the speaker and others like him or her in a semiconscious design, drawing on a history of similar remarks and treatment. Their purpose is to remind the victim what his or her position is in relation to the speaker and, by speaking this reminder, to make it so.[1445]

Si l'on admet cela, on admet du même coup que, parfois, les mots ne sont pas toujours "que des mots". Or, force est maintenant de constater que bon nombre de juristes américains ne se cachent plus derrière ce lieu commun et acceptent la prémisse de la possible performativité de l'expression antiégalitaire, ce qui n'emporte pas, toutefois, qu'ils soient nécessairement favorables à sa réglementation. On ne s'étonne pas, dans ce contexte, que la reconnaissance du bien-fondé de cette prémisse par des adversaires des tenants de la critique juridique identitaire ait pu influer sur l'orientation des débats suscités par cette forme d'expression. Dès lors qu'on admet cette prémisse que l'étanchéité de la distinction entre expression et conduite est brisée, l'on ne peut plus discuter de la liberté d'expression comme auparavant. S'agissant par exemple de l'expression antiégalitaire, son impact sur le statut social des groupes ciblés et sur le vécu des individus stigmatisés n'a désormais plus rien d'une considération impertinente. Toute discussion sérieuse sur la liberté d'expression doit en tenir compte. Bref, les termes du débat ne sont plus les mêmes.

Une autre question se pose alors: comment articuler le rapport entre liberté d'expression et égalité? Doit-on représenter les deux termes de cette équation comme conflictuels ou plutôt comme en constante négociation? Il n'y a pas, à notre avis, de "bonne" réponse à cette question, car tout est fonction des circonstances dans lesquelles on doit y répondre. Autrement dit, une réponse qui se cantonnera dans l'abstraction pure ne sera d'aucun secours pour résoudre les problèmes politicojuridiques bien concrets posés par l'expression antiégalitaire et, surtout, par sa réglementation éventuelle. Une façon de concrétiser la problématique de l'articulation du rapport entre liberté d'expression et égalité est donc de s'interroger sur l'opportunité, dans un État donné, de réglementer l'expression antiégalitaire, ce qui est une problématique distincte de la possibilité

Le concept de performativité discursive a été élaboré par John Austin. Voir: J.L. AUSTIN, How to Do Things with Words, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962. Voir aussi: J. SEARLE, "What Is a Speech Act", dans: M. BLACK (dir.), *Philosophy in America*, Ithaca, Cornell University Press / Allen & Unwin, 1965, p. 221. Pour une étude portant les rapports entre expression et violence, voir: R.M. COVER, "Violence and the Word", (1986) 95 *Yale Law Review* 1601.

[1445] R. DELGADO et J. STEFANCIC, *loc. cit.*, note 1403, à la p. 104.

d'instaurer une telle réglementation au regard du droit constitutionnel en vigueur. Or, à cet égard, notre étude nous force à conclure qu'encore là, il existe ni de solution optimale, c'est-à-dire qui convienne à tous, ni de solution évidente, c'est-à-dire qui s'impose à tous. Toutefois, si solution il y a, elle sera certainement conditionnée par les cultures juridiques interne et externe de cet État.

Mais pourquoi donc conclure à l'inexistence de solutions optimales ou évidentes à la problématique que soulève la réglementation de l'expression antiégalitaire? La réponse à cette question se trouve d'abord dans l'usage manichéen et abusif que font les parties au débat des deux grandes logiques - curative d'imputation et préventive de gestion des risques[1446] - qui sont généralement employées pour saisir en droit les préjudices causés par cette forme d'expression. Poussée à bout, la logique curative d'imputation empêche pratiquement toute reconnaissance juridique des préjudices causés par l'expression antiégalitaire. C'est là la position qu'adoptent certains juristes libertaires qui, à défaut d'une preuve directe et indubitable, bref scientifique, des effets négatifs d'une certaine pornographie ou de l'expression raciste, s'opposent systématiquement à toute réglementation. De crainte de perdre la plus petite parcelle de liberté, ils refusent toute légitimité à l'intervention étatique en matière d'expression. En bout de ligne, l'égalité se trouve ignorée. D'un autre côté, lorsque poussée à l'extrême, la logique préventive de gestion fait du caractère systémique des préjudices causés par l'expression antiégalitaire la seule variable déterminante de la solution du problème. Ce caractère systémique sera alors invoqué comme un mantra pour justifier un contrôle total de l'expression antiégalitaire. Le cas échéant, c'est évidemment la liberté d'expression qui en pâtira; Catharine MacKinnon flirte souvent avec ce modèle. En toute hypothèse, les uns comme les autres se trompent: la donne sociale est trop complexe pour se voir emprisonnée dans une logique pure d'application universelle.

Cet *imperium* qu'exerce la logique du tiers-exclus ne doit cependant étonner personne, car il est lié à l'idéalisme forcené dont font preuve les adversaires situés de chaque côté de la barricade. Les uns paraissent témoigner une confiance inébranlable envers le pouvoir auto-régulateur - et égalitaire - du marché des idées; les autres semblent avoir des attentes passablement idéalistes quant à l'effectivité du droit étatique. À l'inverse, chaque camp fait preuve d'un scepticisme nettement exagéré à l'endroit des arguments que ses adversaires avancent au soutien de leurs thèses. C'est au reste ce qui explique le pouvoir de conviction limité des arguments idéalistes ou sceptiques invoqués de part et d'autre. Par exemple, s'il est vrai que réglementer l'expression

[1446] Rappelons brièvement que nous avons distingué au chapitre quatrième la logique curative d'imputation, qui exige la preuve d'un lien causal très strict entre l'expression antiégalitaire et le préjudice qu'elle est censée causer, de la logique préventive de gestion des risques, qui appréhende ce préjudice d'un point de vue macrosocial. Voir, supra, sous-section 4.2.3.2.

antiégalitaire *peut* contribuer à instaurer l'égalité concrète dans la société, il est erroné d'affirmer qu'une telle réglementation *règle* le problème de l'inégalité. À l'inverse, s'il est exact de dire que le contrôle de l'expression *peut* mener au totalitarisme, il est aberrant d'affirme qu'il y *mène* nécessairement. Le procédé est limpide: on prend une illustration particulière d'un effet bienfaisant ou d'une pathologie quelconque, et on la gonfle, idéologie aidant, pour en faire une règle d'application universelle. En sorte que si les arguments et contre-arguments de nature sociopolitique qui sont invoqués dans le débat sur l'expression antiégalitaire portent généralement à réflexion, aucun d'eux n'est vraiment déterminant.

En fait, l'argument qui, plus que tout autre, nous paraît disposer des objections de principe à tout contrôle étatique de l'expression antiégalitaire est fondamentalement d'ordre éthique. Les différents visages que prend cette forme d'expression sont tous porteurs, quoiqu'à divers degrés, du même message de mépris ou de dégradation. Dans les pires cas, l'expression antiégalitaire récuse l'humanité des personnes qu'elle cible[1447]. Autrement dit, cette expression leur nie tout droit de participer, en tant qu'égales aux autres, à la vie en société. La question est alors de savoir si une société démocratique est tenue de tolérer cette mise "hors-jeu" de certains par d'autres. Inversement, doit-elle, d'un point de vue éthique, lancer une bouée à ces personnes dont on tente de noyer l'humanité? C'est ainsi que dans le contexte particulier de l'expression raciste, l'argument éthique ira comme suit:

> The final argument stresses the symbolic importance of restrictions on racist speech. (...), it does not necessarily assume that the prevention of racist speech will result in fewer people subscribing to racist ideas. (...), it does not emphasize the indignity caused by exposure of target populations to racist speech; rather it stresses the indignity of living in a society in which such speech is protected. The thrust of this argument is that a society committed to the ideals of social and political equality cannot remain passive: it must issue unequivocal expressions of solidarity with vulnerable minority groups and make positive statements affirming its commitment to those ideals. Laws prohibiting racist speech must be regarded as important components of such expressions and statements.[1448]

Plus que tout autre, cet argument éthique nous convainc du bien-fondé d'une certaine réglementation de l'expression antiégalitaire. Cela dit, si une telle réglementation a une importance symbolique considérable, elle peut également emporter des effets sociaux à long terme. Un auteur affirmait en ce sens que, "[t]he establishment of a legal norm "creates a public conscience and a standard for expected behavior that check overt sign of prejudice." Legislation aims first at controlling only the acts that express undesired attitudes. But "when expression

[1447] C.R. LAWRENCE III, *loc. cit.*, 1990, note 1374, à la p. 461.
[1448] D. KRETZMER, *loc. cit.*, note 1371, à la p. 456.

changes, thoughts too in the long run are likely to fall into the line."[1449] D'aucuns voient dans ce genre d'argument une tentative de "contrôle de la pensée", au motif que la prémisse de la réglementation proposée n'est alors pas tant d'empêcher que des individus soient ciblés par une forme ou une autre d'expression antiégalitaire et en subissent un préjudice, mais bien que les pensées antiégalitaires elles-mêmes soient éliminées. Autrement dit, on reproche aux tenants de la réglementation de chercher en bout de ligne à exercer un contrôle en amont des attitudes et des croyances, plutôt que de se contenter de contrôler en aval l'expression des attitudes haineuses[1450]. Le moins qu'on puisse dire est que cet argument ne convainc guère. Sans élaborer plus qu'il ne faut sur une question qui ressortit fondamentalement à l'ontologie du droit, nous estimons que l'objectif ultime de toute norme juridique est d'influer non seulement sur les comportements immédiats mais aussi sur les attitudes et les croyances, bref sur les présupposés intellectuels qui vont conditionner les comportements et, partant, le respect effectif de la norme. Prenons l'exemple de l'obligation d'arrêter sa voiture à un feu rouge. Qu'est-ce qui fait que l'on s'arrête à un feu rouge? Est-ce la peur continuelle de se faire prendre si l'on ne s'arrête pas? Si tel est le cas, alors l'effectivité de la norme est strictement fonction de mécanismes de contrainte. Ou est-ce plutôt le mélange de cette peur de déclencher les mécanismes de contrainte de l'État *et* de l'intériorisation de la norme en question du fait de sa valeur intrinsèque? De la même façon, la plupart des gens respectent les prohibitions juridiques contre la fraude, non seulement par peur d'être pris mais aussi par intériorisation de cette norme. En fait, la position commentée semble reposer sur une conception bien étriquée de l'effectivité du droit, la réduisant à l'application de la théorie de la carotte et du bâton. Au surplus, elle nie toute légitimité à la norme positive qui viserait à façonner minimalement les attitudes, en plus de faire entièrement fi de l'impact structurant d'une telle norme sur la pensée et la conscience. Cette position trahit en fait le postulat que la norme positive est nécessairement neutre et doit l'être, ce qui, comme nous l'avons déjà souligné, ne se vérifie à peu près jamais dans les faits. Toute norme positive répond à des objectifs liés aux politiques publiques, en sorte que, plus que simple procédure, le droit émet nécessairement des significations dans l'espoir de façonner les attitudes dans tel ou tel sens. Ces attitudes peuvent certes être contestables, mais on voit mal en quoi le processus lui-même le serait, tant il paraît inséparable de l'idée de normativité.

On aura compris de ce qui précède que nous sommes loin de souscrire à l'approche "tout ou rien" qui inspire le discours de bien des tenants de la critique identitaire et de leurs opposants. Mais une fois que l'on s'est déclaré en principe favorable à l'idée d'une réglementation de l'expression antiégalitaire, il reste à s'interroger sur la portée potentielle de cette réglementation. Au-delà de

[1449] R. DELGADO, *loc. cit.*, note 1372, à la p. 149. On aura compris ici que Delgado cite un autre auteur.
[1450] L. ALEXANDER, *loc. cit.*, note 1371, à la p. 79.

l'effectivité indirecte des normes positives qui se traduit à travers leur impact symbolique, à quelles variantes d'expression antiégalitaire la norme que l'on souhaite *directement effective* devrait-elle s'appliquer? Certains paramètres peuvent guider notre réponse. Il faut en effet se rappeler le rôle que joue cette expression dans la mise en place et la reproduction des systèmes de discrimination et d'exclusion, mais également l'inopportunité d'aborder la question sous l'angle d'une logique absolutiste qui viserait à prévenir ou à éliminer tout risque de préjudice lié à l'expression antiégalitaire. S'il convient au surplus de l'aborder avant tout du point de vue de la victime, il importe cependant de ne pas tomber dans la complaisance ou la démission intellectuelle: toutes les variantes d'expression antiégalitaire ne sont pas également préjudiciables et encore moins performatives, d'où l'importance de ne pas perdre de vue le lien de la norme que l'on cisèle avec les politiques publiques au moment de déterminer quelles variantes on cherchera à décourager. Autrement dit, le point de vue de la victime doit être écouté et accueilli, mais à la lumière des idéaux d'une société libre et démocratique. Il faut également avoir en tête que cette norme sera généralement mise en oeuvre dans le cadre d'un processus public qui peut lui-même engendrer des effets pervers: "The greatest perversion (...) is that law, far from silencing harmful speech, rather encourages, valorises, and publicises it, transforming offender into victim and offense into romantic defiance."[1451] Enfin, il ne faut surtout pas oublier qu'il n'existe aucune façon absolument optimale d'articuler le rapport entre la liberté d'expression et l'égalité et que seule une saisie complexe des tenants et aboutissants de la problématique de l'expression antiégalitaire peut permettre d'en arriver à un compromis relativement satisfaisant, qui ne noie pas systématiquement l'une de ces valeurs au profit de l'autre. C'est ce que souligne le professeur Stanley Fish, en traitant de la réglementation de l'expression raciste:

> If we keep in mind that regulation of speech is constitutive of meaningful discourse, we will not regard proposals for regulation as anomalous but receive them as suggested modifications of a condition - the condition of productive restraint - that has always obtained. In this light the question "Should hate speech be regulated?" will lose much of its sexiness, for it will no longer be heard as an extraordinary question provoked by extraordinary circumstances, as a limit case that tests the resources of philosophy; (...). And how would I answer the question? I would say, "It depends," an answer that may be philosophically unsatisfying but one that is responsive to the messy contingency of a world that defies the neatness of philosophical formulations. Insuch a world rules are hard to come by, and one must make do with a rule of thumb. My rule of thumb is "Don't regulate unless you have to," because the machinery of regulation is liable to cause more problems than it solves; but, on some occasions the balance may tip in the other direction, and then, however reluctantly and cautiously, you may have to consider regulatory action.[1452]

[1451] R. ABEL, *op. cit.*, note 81, p. 107.
[1452] S. FISH, *op. cit.*, note 260, pp. 129-130.

Les considérations qui précèdent incitent, nous semble-t-il, à accoler des visées modestes à tout projet de réglementation de l'expression. De sorte que nous estimons que la norme que l'on souhaite directement effective ne peut et ne doit vraiment chercher à s'attaquer qu'aux formes relativement extrêmes d'expression antiégalitaire. Ce confinement du droit positif au champ des extrêmes nous paraît du reste inévitable, compte tenu des limites à l'effectivité de la réglementation en matière d'expression, des effets pervers de cette réglementation et, surtout, de la difficulté de distinguer entre l'expression antiégalitaire à proscrire et celle qui ne justifie pas une telle proscription.

On en revient donc invariablement aux obstacles qui se dressent devant toute tentative de réglementation étatique d'une expression qui peut être porteuse de significations diverses ou même contradictoires. Comment, alors, établir la frontière entre ce qui doit être proscrit et ce qui ne doit pas l'être? L'argument éthique que nous avons retenu pour justifier le bien-fondé de principe d'une certaine réglementation de l'expression antiégalitaire nous donne une piste de réponse. Il est inconcevable, disions-nous pour l'essentiel, qu'une société démocratique se taise devant les discours qui nient l'humanité d'individus ou de groupes identifiables et incitent à leur exclusion ou, pire, à leur élimination. De tels discours ne sont pas que choquants, ils sont à plusieurs égards abusifs: en plus de prôner des comportements abusifs envers les individus ou les groupes qu'ils ciblent, ils abusent de la tolérance des sociétés démocratiques en niant a priori la valeur du pluralisme social et culturel qu'elles chérissent. Paradoxalement, ils exigent, au nom du pluralisme des idées, un droit de cité pour nier la pluralité des individus et des groupes au sein de la société. Aussi est-ce l'expression antiégalitaire *abusive*, différente de l'expression antiégalitaire *offensante*, qui devrait faire l'objet d'une réglementation. La distinction entre l'une et l'autre n'est évidemment pas toujours limpide, mais cette absence de limpidité est le lot de bien des distinctions dans le champ du droit. Rien ne justifie donc de la traiter différemment des autres.

Au moment de faire cette distinction, toutefois, il faut éviter de se laisser prendre dans les pièges du discours ambiant. On remarque ainsi que les adversaires des tenants de la critique juridique identitaire dans le débat sur la réglementation de l'expression antiégalitaire ont systématiquement tendance à présenter les demandes de réglementation de cette expression comme des revendications pour que soit censurée l'expression offensante. Cela n'est là qu'une manière de banaliser le préjudice que cause l'expression antiégalitaire[1453]. En revanche, les juristes identitaristes ont parfois eux aussi tendance à confondre offense et abus, d'où l'importance de

[1453] F. SCHAUER, *loc. cit.*, note 1377, à la p. 814.

poser un regard dénué de complaisance sur le "point de vue de la victime"[1454]. En fait, s'il nous fallait trouver une formule qui résumerait ce qui nous paraît être l'essence de la distinction entre expression offensante et expression abusive, nous proposerions celle-ci: l'expression offensante s'attaque aux idées, alors que l'expression abusive s'attaque aux humains. L'offense suppose une confrontation des valeurs de la victime. Par exemple, la représentation de la Vierge Marie dans *Les fées ont soif* de Denise Boucher, celle du Christ dans *La dernière tentation du Christ* de Martin Scorcese ou celle du Prophète Mahomet dans *Les versets sataniques* de Salman Rushdie heurtent sans doute les convictions de certains fidèles. Mais le discours de ces oeuvres, si offensant puisse-t-il être, ne prône nullement que les chrétiens ou les musulmans sont des sous-humains, des êtres inférieurs, que l'on peut et même que l'on doit dégrader, au plan collectif ou individuel. Le discours raciste, lui, le fait, la pornographie "hardcore" aussi. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, cette dernière soulève des problèmes supplémentaires, en ce que, participant du phénomène polysémique de la *représentation* sexuelle, son "discours" s'avère rarement aussi clair que ne l'est le discours raciste.

On reprochera peut-être à la distinction que nous établissons entre l'expression offensante et l'expression abusive son rationalisme eurocentrique. Un croyant, dira-t-on, dont on offense les convictions n'est-il pas dès lors victime d'une attaque contre son humanité, ses croyances étant en partie constitutives de sa propre conception de son humanité? Peut-être bien, mais cela ne change rien à notre réponse: il serait absolument contraire à l'idée même de démocratie de reconnaître à quiconque le droit de ne pas être offensé[1455]. Le renvoi que nous faisons ici à l'idée de démocratie indique bien dans quel cadre nous situons notre réflexion: celui d'une société démocratique occidentale héritière des idéaux des Lumières, avec leurs défauts mais aussi leurs qualités. Cet "ethnocentrisme philosophique" nous paraît tout simplement inévitable. Sans vocation impérialiste, il ne nie ni la diversité ni l'altérité; il prend tout simplement acte du fait que c'est à partir de soi, de ce que l'on est, que l'on peut engager un dialogue, et non pas à partir d'un renoncement de soi. Dans cette optique, il affirme que l'acte de juger se situe dans une communauté d'interprétation où domine, pour des raisons historiques, une certaine pensée, qu'il est vain de masquer. Cet ethnocentrisme, qui rejoint l'"ethnocentrisme épistémologique" auquel

---

[1454] Par exemple, dans son interprétation du droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne, la Cour suprême du Canada relativise, sans le noyer, ce point de vue en évaluant le préjudice allégué sous l'angle de la victime *raisonnable*. Voir, *supra*, note 119.

[1455] L'accent que met la démocratie sur la liberté, que ce soit dans sa version libérale ou républicaine, insuffle un relativisme éthique qui, en plus d'inciter à la tolérance, encourage, d'une certaine manière, le questionnement des orthodoxies. C'est ainsi que le plus grand péché d'un Rushdie est précisément d'avoir proposé une lecture alternative du Coran et, partant, d'avoir relativisé l'interprétation orthodoxe qu'imposent les mollahs iraniens. Voir en ce sens: H. BHABHA, *op. cit.*, note 124, p. 226.

nous faisions référence au chapitre troisième, s'oppose en ce sens au relativisme radical qui ferait du cadre démocratique une simple "préférence"[1456].

En bout de ligne, autant la réflexion sociojuridique sur l'opportunité de réglementer l'expression antiégalitaire et sur la portée que doit avoir, le cas échéant, une telle réglementation, que les exigences du droit constitutionnel en ce qui a trait à la portée et à la précision de cette réglementation militent en faveur d'un confinement du droit à un rôle de censeur des seules formes extrêmes et préjudiciables d'expression antiégalitaire. Il s'agit, autrement dit, de ces formes d'expression qui ont "pour effet de détruire ou compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne[1457]" ou, pire, qui incitent carrément à oeuvrer en ce sens ou à nier le droit à la sauvegarde de la dignité[1458]. Cette solution est sans doute insatisfaisante à plusieurs égards, mais elle constitue néanmoins la seule qui permette une certaine fusion de l'égalité et de la liberté d'expression, plutôt que la noyade de l'une au profit de l'autre.

On pourrait bien sûr arguer que la seule stigmatisation juridique des pires épiphénomènes d'un problème par ailleurs tentaculaire et systémique risque de conforter l'impression erronée que ce problème a été définivement réglé. Dans le même esprit, il serait sans doute exact de soutenir qu'une bonne partie de l'expression antiégalitaire "ordinaire", celle qui est discrète et constante, reste intouchée - on pense ici aux "doux" stéréotypes relayés à satiété dans la culture de masse. Pire, ne s'attaquer qu'aux formes les plus évidentes et extrêmes d'expression antiégalitaire pourrait en inciter d'aucuns à croire que ce qui n'est pas expressément condamné s'avère donc acceptable, légitimant ainsi par l'absurde cette expression antiégalitaire "ordinaire". En bonne partie fondées, ces observations ne laissent pas moins de côté trois facteurs importants qui atténuent les conséquences potentiellement négatives d'un confinement de la réglementation de l'expression antiégalitaire à ses variantes extrêmes et préjudiciables. D'une part, d'autres normes anti-discrimination contribuent à la lutte contre l'expression antiégalitaire ordinaire, par exemple les normes proscrivant le harcèlement sexuel et racial. Il en va de même de celles consacrant, le cas échéant, le droit à la dignité. D'autre part, l'impact normatif symbolique d'une réglementation de l'expression antiégalitaire, fût-elle confinée aux cas extrêmes, peut aller bien au-delà des seuls cas qu'elle vise explicitement. Enfin, il est loisible de penser que le débat lui-même sur la réglementation de cette expression a pu conscientiser des individus ou des groupes, au point même

[1456] L'expression est de Claude Lefort. Voir: C. LEFORT, "La liberté à l'ère du relativisme", dans: *op. cit.*, note 508, p. 237, à la p. 241.
[1457] On reconnaît là le libellé de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
[1458] Voir sur cette question l'intéressant texte de P. BOSSET, *loc. cit.*, note 1412, aux pp. 617-613.

de susciter l'émergence de nouvelles normes sociales ou d'en modifier de plus anciennes[1459]. Vue sous cet angle, l'édiction de normes positives ne pourrait bien constituer qu'une institutionnalisation de normes sociales déjà effectives.

Une fois posés ces principes, il reste à voir s'il est possible d'opérationnaliser la distinction entre l'expression offensante et l'expression abusive. Or, c'est précisément ce qu'a réussi à faire la Cour suprême du Canada dans sa jurisprudence sur l'expression antiégalitaire[1460]. Trahissant l'influence des thèses des juristes identitaristes américains, cette jurisprudence montre que si la mise en oeuvre d'une mesure visant à réglementer l'expression antiégalitaire est susceptible de se heurter à différents obstacles, il demeure néanmoins possible d'opérationnaliser une telle réglementation. Ainsi, bien que soumis à des limites, le contrôle juridique de l'expression antiégalitaire est aussi porteur de certaines promesses.

6.2. L'opérationnalité de la distinction entre l'expression offensante et l'expression abusive: l'exemple canadien

Contrairement aux tribunaux américains qui ont jusqu'à maintenant fait preuve d'une remarquable constance dans leur traitement des arguments inspirés par la critique juridique identitaire, c'est-à-dire en les rejetant sytématiquement ou en les ignorant complètement, les tribunaux canadiens leur ont réservé un accueil beaucoup plus favorable, sans nécessairement les coopter entièrement.

[1459] C'est là l'hypothèse que fait le professeur Schauer au vu du succès bien réel de la campagne anti-pornographie de Catharine MacKinnon, malgré l'invalidation du règlement édicté selon le modèle qu'elle proposait: "Despite that invalidation, it would take a remarkably narrow, law-focused view of social change to deny the cultural effectiveness of the feminist anti-pornography movement. (...) Obviously, there remains difficult questions of cause and effect. It does not seem totally implausible, (...), to maintain, first, that feminist claims about harms to women in and from endorsing images and descriptions of sexual violence and the degradation of women have had an effect on how much this society views a wide range of undeniably and properly constitutionally protected communication. Second, this effect was promoted by a strategy of advocating regulation in a way that might have been less efficient had other strategies been employed. If I am right about the hypothesis that a political movement organized around a regulatory proposal has increased public awareness of the harmful potential of a range of constitutionally protected communications, and if I am right in the hypothesis that this effect might have been less had a regulatory proposal not been the organizing force of the movement, then it may be that the real gains from proposals for regulation of hate speech are only loosely tied to the reach of such regulations, and perhaps even loosely tied to whether the regulations are actually adopted." Voir: F. SCHAUER, *loc. cit.*, note 1377, aux pp. 818-819. Un peu dans la même veine, il faut bien reconnaître le peu de terrain que couvre parfois le droit positif. Ainsi, s'agissant des "speech codes", il importe de préciser que de très nombreuses maisons d'enseignement américaines ont adopté de tels codes et que seuls quelques-uns d'entre eux ont été contestés devant les tribunaux et invalidés par eux. En sorte que la plupart demeurent en vigueur, étant toujours susceptibles d'être "distingués" de ceux invalidés...

[1460] Pour une étude *détaillée* de cette jurisprudence, voir: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*, note 57, pp. 161-248.

Comment, toutefois, expliquer cette réceptivité plus grande? Nous formulerons quelques hypothèses à cet égard, en plus d'examiner la jurisprudence canadienne sur l'expression antiégalitaire sous l'angle de la distinction entre l'expression offensante et l'expression abusive.

D'entrée de jeu, avant même de voir en quoi l'approche de la Cour suprême du Canada se distingue de celle de son homologue américaine, il s'avère essentiel de signaler que, bien qu'étant constitutionnalisée comme aux États-Unis[1461], la liberté d'expression s'inscrit au Canada dans un contexte normatif explicite distinct de celui qui prévaut au sud de la frontière. En effet, la lettre de la *Charte canadienne des droits et libertés* diffère significativement de celle du *Bill of Rights* américain, malgré que ces instruments procèdent tous deux d'une même philosophie libérale[1462]. C'est ainsi que, contrairement au *Bill of Rights*, la *Charte canadienne* prévoit explicitement, à son article premier, que les "droits et libertés qui y sont énoncés ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique."[1463] Elle consacre également, à son paragraphe 15(1), le droit à l'égalité dans une formulation dont la portée paraît d'emblée plus étendue que celle du quatorzième amendement du *Bill of Rights*[1464]. Enfin, la *Charte canadienne* procure à ses usagers un certain nombre de principes susceptibles de les éclairer dans leur activité interprétative. Parmi ces principes, il en est un, qui se trouve à l'article 27, qui prévoit que toute interprétation de la Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, et un autre, consacré à l'article 28, qui affirme l'égalité des sexes. Vu à vol d'oiseau, l'esprit de la *Charte canadienne* paraît à l'avenant. D'une part, de l'existence même de l'article premier, on retient la reconnaissance explicite de la légitimité, sous certaines conditions, des mesures gouvernementales attentatoires aux droits et libertés qui sont énoncés dans la Charte. Bref, celle-ci ne fait pas de l'État un irréductible ennemi du citoyen, qu'il cherche inlassablement à opprimer. D'autre part, les articles 15, 27 et 28 trahissent un souffle égalitariste

---

[1461] La *Charte canadienne*, à son alinéa 2b), garantit en effet "la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication."

[1462] Pour des études comparatives sur cette question, voir notamment: C.P. MANFREDI, "Inalienable Rights and Reasonable Limits: The U.S. Bill of Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", dans: D. THOMAS (dir.), *Canada and the United States: Differences That Count*, Peterborough, Broadview Press, 1993, p. 234; F.L. MORTON, "The Politics of Rights: What Canadians Should Know About the Bill of Rights", (1989) 1 *Windsor Review of Legal and Social Issues* 69; P. BENDER, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A Comparison", (1983) 28 *McGill Law Journal* 811.

[1463] Sur les divers contenus attribués à cette expression, voir: A. LAJOIE, R. ROBIN, S. GRAMMOND et al., "Les représentations de "société libre et démocratique" à la cour Dickson: la rhétorique dans le discours judiciaire canadien", (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295.

[1464] L'article 15 de la Charte canadienne pose que: "[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment de discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques."

dont on chercherait en vain l'équivalent dans le *Bill of Rights*. On y remarque également la reconnaissance non ambigue de ce que l'on pourrait qualifier de principe de diversité.

Cela dit, l'existence de ces dispositions spécifiques à la *Charte canadienne* ainsi que l'esprit qu'elles *pouvaient* insuffler à l'interprétation des droits et libertés au Canada ne garantissaient nullement que la Cour suprême allait adopter une position différente de son homologue américain sur la question du contrôle étatique de l'expression antiégalitaire. D'adoption récente lorsque la Cour s'est penchée sur cette question, la Charte était en quelque sorte une oeuvre ouverte, pour reprendre le concept d'Umberto Eco, en sorte que les juges auraient très bien pu user de leur pouvoir interprétatif pour retenir la vision libertaire que préconise le droit américain en matière de liberté d'expression et ce, sans même faire violence à la lettre de la Charte. Bref, ils avaient à exercer un choix entre plusieurs "récits", représentant autant de façons d'aborder cette problématique[1465]. Parmi ces récits, on comptait notamment le discours juridique officiel américain, mais également le contre-discours identitaire qu'il suscite. Néanmoins, le prestige de la Cour suprême des États-Unis de même que son expérience considérable dans l'interprétation des droits fondamentaux pesaient lourd dans la balance. Ce n'est donc pas un hasard si l'adoption ou le rejet de la position du droit américain est vite devenu un enjeu majeur et si, ultimement, cette question a servi de ligne de partage entre les juges majoritaires et minoritaires.

Ce choix fondamental, la Cour suprême du Canada dut l'exercer une première fois en 1990 lorsqu'elle fut appelée à statuer sur la constitutionnalité de dispositions prohibant la propagande haineuse et imposant des sanctions tantôt criminelles tantôt civiles[1466]. Elle eut ensuite à deux reprises l'occasion de reconsidérer ses positions en se prononçant sur la constitutionnalité d'une disposition criminalisant la propagation de fausses nouvelles qui était appliquée au cas d'un

---

[1465] En ce sens, voir généralement: M. MORAN, *loc. cit.*, note 810. Il convient ici de nuancer quelque peu la portée de l'expression "oeuvre ouverte" que nous employons à propos de la Charte. Il serait erroné d'interpréter cette affirmation comme signifiant que la Charte a été adoptée dans un vide juridique et que les droits et libertés qu'elle consacre n'existaient pas au Canada avant son adoption. Bien au contraire, s'agissant de la liberté d'expression, des lois comme la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, al. 1d), ou des codes provinciaux des droits de la personne reconnaissaient expressément cette liberté. Au surplus, avant que ces lois soient adoptées, la Cour suprême s'était elle-même montrée plutôt favorable à la reconnaissance de libertés publiques dans sa jurisprudence portant sur le partage des compétences. Voir, entre autres, *Avis sur la législation albertaine*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher* c. *R.*, [1951] R.C.S. 265; *Saumur* c. *City of Québec*, [1953] R.C.S. 299; *Chaput* c. *Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Switzman* c. *Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Cela dit, l'adoption de la Charte a fourni l'occasion d'un renouveau du discours juridique sur les droits fondamentaux. D'un modèle britannique de protection "implicite" des droits individuels, on passait à un modèle américain de protection "explicite". Il restait aux tribunaux à déterminer s'ils voulaient suivre en tous points le modèle américain. Dans cette mesure, la Charte était bel et bien comme une oeuvre ouverte.

[1466] *R.* c. *Keegstra*; *Canada (C.D.P.)* c. *Taylor*; *R.* c. *Andrews*, *supra*, note 434.

négationniste antisémite[1467], d'une part, et d'une ordonnance d'une commission d'enquête sur les droits de la personne qui enjoignait à un conseil scolaire de prendre des sanctions disciplinaires contre un professeur s'étant livré à du prosélytisme antisémite hors de l'exercice de ses fonctions, d'autre part[1468]. Plutôt que d'analyser séparément chacun de ces arrêts, nous résumerons les principes essentiels qui se dégagent de ce corpus jurisprudentiel dont la pierre d'assise est sans doute l'arrêt *R.* c. *Keegstra*. Nous en profiterons également pour mentionner les faits saillants du droit de la liberté d'expression au Canada[1469].

On retient d'abord de la jurisprudence canadienne sur la liberté d'expression que le principe d'interprétation large et libérale des droits et libertés garantis dans la *Charte canadienne* a incité la Cour suprême à rejeter l'approche par catégories qu'adopte son homologue américaine, de sorte que toute expression qui transmet ou tente de transmettre une signification est présumée avoir un contenu expressif qui la fait bénéficier de la protection constitutionnelle de l'alinéa 2b)[1470]. En clair, cela signifie que seul le recours à la violence physique est exclu de la sphère d'application de cette disposition. Par conséquent, autant la propagande haineuse que l'obscénité sont protégées, situation qui contraste avec celle prévalant aux États-Unis, où l'obscénité fait partie des quelques catégories d'expression qui se voient a priori exclues de la sphère d'application du premier amendement. La portée que donne la Cour suprême à la garantie de l'alinéa 2b) est donc très large, témoignant de l'importance capitale de la liberté d'expression dans une société démocratique[1471]. La Cour prend d'ailleurs bien soin de préciser que la portée de cette liberté, loin d'être limitée aux seules idées populaires ou acceptées par la majorité, cherche particulièrement à assurer un droit de cité aux idées impopulaires ou minoritaires[1472]. Toutefois, plus faible sera le lien entre les idées véhiculées et les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression[1473], plus aisée sera la justification, dans le cadre de l'article premier, d'une mesure attentatoire à cette liberté[1474]. Malgré cette réserve, il n'en reste pas moins que le paradigme de la dissidence trouve une certaine application au Canada.

[1467] *R. c. Zundel*, *supra*, note 434.
[1468] *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 434.
[1469] À des fins de synthèse, nous éviterons toutefois de citer systématiquement tous les arrêts où le principe discuté a été rappelé, nous contentant plutôt de citer l'arrêt où son articulation est la plus complète.
[1470] *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 969.
[1471] *Edmonton Journal* c. *Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336. D'où la conclusion voulant que cette liberté ne soit restreinte que dans les cas les plus clairs: *ibid.*
[1472] *R. c. Zundel*, *supra*, note 434, aux pp. 752-753.
[1473] Ces valeurs sont la promotion de la vérité et de la participation politique et sociale, ainsi que l'accomplissement de soi: *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (P.G.)*, *supra*, note 1470, à la p. 976.
[1474] *R. c. Keegstra*, *supra*, note 434.

Cela dit, comment déterminer s'il y a eu violation de la liberté d'expression d'un individu? Il s'agit d'abord de voir si l'activité de cet individu entre dans la sphère d'application de la garantie constitutionnelle prévue à l'alinéa 2b). Compte tenu de la large portée de cet alinéa, il sera assez facile pour un demandeur de passer cette première étape. Le second volet du critère consiste à vérifier si l'action gouvernementale dont on se plaint a pour objet ou pour effet de restreindre le liberté d'expression. Il s'agira alors de déterminer quel est l'objet manifeste de la mesure attaquée[1475]. Face à une tentative gouvernementale de contrôler la transmission d'une signification ou le contenu d'une expression, on conclura que l'objet de la mesure en cause porte atteinte à la liberté d'expression garantie dans la *Charte canadienne*[1476]. Ce sera évidemment le cas des dispositions législatives ou réglementaires qui prohibent des contenus expressifs spécifiques comme la propagande haineuse ou l'obscénité. La question est donc de savoir s'il est possible de justifier, aux termes de l'article premier, des dispositions qui heurtent aussi directement une liberté constitutionnalisée.

Le critère classique en la matière est celui posé dans l'arrêt *Oakes*, selon lequel une mesure gouvernementale qui porte atteinte à une liberté garantie dans la Charte sera jugée raisonnable si, en premier lieu, elle promeut un objectif social suffisamment important, que l'on qualifie d'urgent et réel, pour justifier la suppression de cette liberté. Si tel est le cas, les moyens employés pour atteindre cet objectif doivent eux-mêmes être raisonnables. Ce critère de proportionnalité oblige donc le gouvernement à démontrer un lien rationnel entre l'objectif qu'il vise et les moyens qu'il emploie. Il doit également porter le moins possible atteinte à la liberté en cause et faire en sorte que cette atteinte soit proportionnelle à l'objectif visé par la mesure contestée. Ainsi, plus graves seront les effets préjudiciables de cette mesure, plus son objectif devra être important pour qu'elle soit jugée justifiable[1477]. Enfin, il devra y avoir proportionnalité entre ses effets bénéfiques et néfastes[1478]. En bout de ligne, si cette mesure n'a pas à être parfaite, elle doit néanmoins être "(...) adéquatement et soigneusement adaptée au contexte du droit qui est violé."[1479]

La norme de contrôle posée à l'article premier de la Charte serait-elle donc variable? Bien sûr[1480]. S'agissant d'une violation de la liberté d'expression, plus la mesure gouvernementale contestée

---

[1475] *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 434, à la p. 866.
[1476] *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (P.G.)*, *supra*, note 1470, à la p. 978.
[1477] *R.* c. *Oakes*, *supra*, note 669.
[1478] *SRC* c. *Dagenais*, [1994] 3 R.C.S. 835.
[1479] *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'alinéa 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1138 (j. Lamer).
[1480] Sur les méandres de l'évolution de la norme de contrôle de l'article premier, on consultera avec profit: J.L. HIEBERT, *Limiting Rights. The Dilemma of Judicial Review*, Montréal / Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996.

limitera les valeurs fondamentales que promeut cette liberté, plus rigoureuse sera la norme de contrôle appliquée[1481]. En revanche, "(...) lorsque la forme d'expression qui aurait fait l'objet d'un empiétement s'écarte davantage des valeurs fondamentales de la liberté d'expression, on a recours à une norme moins stricte de justification au sens de l'article premier."[1482] Cette déférence envers le jugement du législateur sera du reste plus grande si son intervention "(...) vise les droits contradictoires de divers secteurs de la société, [plutôt] que dans le cas où il s'agit d'une contestation entre le particulier et l'État."[1483] D'autres considérations vont aussi influer sur l'issue de l'examen réalisé aux termes de cet article. Ainsi, l'évaluation de la justification avancée impliquera la prise en compte de ces valeurs et principes essentiels que sont "(...) le respect de chaque culture et de chaque groupe, ainsi que la foi dans les institutions sociales qui favorisent la participation des individus et le respect de la dignité inhérente de l'être humain (..)."[1484] Il n'est pas étonnant, dans cette optique, que la Cour suprême insiste pour que les tribunaux veillent à ce que la Charte "(...) ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés."[1485] Contrairement à son homologue américain, le plus haut tribunal canadien se montre particulièrement soucieux d'éviter les épisodes d'"inversion victimaire"[1486], c'est-à-dire cette propension qu'a le bourreau de se montrer sous les traits de la victime, d'où la déférence particulière dont il fait preuve envers les mesures législatives qui ont pour objectif de remédier à des situations de victimisation sociohistorique[1487]. Autrement dit, l'examen des justifications avancées au soutien de meusres attentatoires à un droit ou une liberté exige la mise en contextes (il peut y en avoir plus qu'un) des valeurs individuelles et collectives qui s'opposent.

La jurisprudence de la Cour suprême ayant trait au contrôle de l'expression raciste reprend tous ces principes, en les adaptant aux particularités de cette forme d'expression. Ainsi, dans l'arrêt *Keegstra* et dans ses arrêts satellites de 1990, une majorité de quatre juges a abordé la question de l'expression raciste à travers un prisme radicalement différent de celui employé par la Cour suprême américaine. Ainsi, adoptant expressément les thèses de la *Critical Race Theory*, le plus haut tribunal canadien s'est attaché à examiner l'impact de cette forme d'expression à partir du point de vue de ses victimes. Ayant admis que la propagande haineuse pouvait avoir comme effet

---

[1481] *RJR-MacDonald Inc.* c. *Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 281.
[1482] *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick, supra*, note 434, aux pp. 876-877 (j. LaForest).
[1483] *RJR-MacDonald Inc.* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 1481, à la p. 331 (j. MacLachlin).
[1484] *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick, supra*, note 434, à la p. 871.
[1485] *R.* c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 779 (j. Dickson).
[1486] Voir: P. BRUCKNER, *op. cit.*, note 271 et, *infra*, sous-section 6.2.1.
[1487] Voir généralement: *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (P.G.)*, *supra*, note 1470; *Young* c. *Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P.(D.)* c. *S.(D.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *B (R.)* c. *Children's Aid*, [1995] 1 R.C.S. 315.

probable de "créer et propager des sentiments extrêmes d'opprobre et d'inimitié envers un groupe racial ou religieux"[1488], la Cour reconnut dans cette foulée que cette expression causait préjudice à ses victimes en ce que celles-ci, humiliées et avilies, voient leur identité individuelle dégradée, en plus de se trouver symboliquement rejetées de la collectivité étant donné que "(...) le sentiment de dignité humaine et d'appartenance à l'ensemble de la collectivité est étroitement lié à l'intérêt et au respect témoigné à l'égard des groupes auxquels appartient l'individu."[1489] Vecteur d'exclusion, la propagande haineuse ne peut dès lors qu'affecter négativement l'identité collective de ses victimes. Ayant fait ce lien entre les identités individuelle et collective de la victime, la prochaine étape était de transcender les considérations "privées", celles des victimes, pour les rattacher à des objectifs constitutionnels d'intérêt public. Ce qu'elle fit en signalant le préjudice sociétal qu'engendre cette propagande, laquelle sème la discorde et mine "(...) la tolérance et l'ouverture d'esprit qui doivent fleurir dans une société multiculturelle vouée à la réalisation de l'égalité."[1490] En bout de ligne, elle fait taire ses victimes et encourage leur retrait du débat public. Fait à noter, la Cour statua que la justification d'une atteinte à la liberté d'expression n'était pas nécessairement fonction de la preuve d'un lien causal direct entre la propagande haineuse et la haine effectivement manifestée envers un groupe donné.

On constate combien l'approche de la Cour suprême du Canada diverge de celle adoptée par son homologue américaine. Mais les divergences ne s'arrêtent pas à la saisie du préjudice engendré par la propagande haineuse, son appréhension globale de cette forme d'expression témoigne d'une logique et d'une vision constitutionnelles radicalement différentes. C'est ainsi que la Cour reconnaît au principe d'égalité consacré à l'article 15 de la Charte une influence qui va bien au-delà de sa sphère d'application en droit positif strict. La Cour n'hésite pas non plus à faire une évaluation qualitative de la propagande haineuse au regard des valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression, notant à cet égard que, bien que protégé, ce type d'expression se situe aux antipodes de la raison d'être de l'alinéa 2b). On se doute bien que, pour faire une pareille affirmation, la Cour ne juge pas de la compatibilité entre la propagande haineuse et les valeurs que promeut la liberté d'expression à partir du seul point de vue du fomenteur de haine. Au contraire, elle saisit cette expression dans une perspective relationnelle, c'est-à-dire en tenant compte du point de vue de la victime de cette expression. Ce faisant, elle ne peut éviter de prendre implicitement en considération son impact sur l'exercice, par cette victime, de son propre droit à la liberté d'expression. L'usage d'une méthode contextuelle à géométrie variable, qui permet de tirer des

[1488] *R.* c. *Keegstra*, *supra*, note 434, à la p. 722 (j. Dickson).
[1489] *Id.*, à la p. 746 (j. Dickson).
[1490] *Canada (C.D.P.)* c. *Taylor*, *supra*, note 434, à la p. 919 (j. Dickson).

conséquences juridiques différentes selon les contextes, favorise donc la mise en oeuvre judiciaire du droit de chacun à une égale liberté d'expression.

Au vu de ce qui précède, on ne s'étonne pas que la Cour suprême ait reconnu que le contrôle étatique de la propagande haineuse répondait à un objectif urgent et réel et qu'elle ait validé autant la disposition qui la criminalisait, dans *Keegstra* et *Andrews*, que celle qui la combattait par le truchement de mécanismes posés dans une loi anti-discrimination, cette fois dans *Taylor*. Fait à noter, la Cour estima que la portée de ces dispositions, qui, pour l'essentiel, interdisaient sans trop de détails d'exposer à la haine des personnes appartenant à un groupe identifiable, n'était pas excessive, pas plus que leur libellé n'était indûment imprécis. Bien que consciente des effets potentiellement délétères de telles mesures, la Cour soutint que celles-ci présentaient plus d'avantage que d'inconvénients. En revanche, la minorité de trois juges, menée par la juge MacLachlin, prit la position inverse, affirmant que, malgré l'importance de leur objectif, ces dispositions risquaient de paralyser indûment toute expression véhémente, particulièrement celle émanant de groupes minoritaires désireux de critiquer un statu quo défavorable. Nous n'irons pas plus loin dans l'analyse de la position minoritaire, puisqu'elle reprend en tous points la position adoptée par la Cour suprême des États-Unis. Qu'il suffise de dire que l'on y trouve la même abstraction dans la saisie de l'expression raciste, la même rhétorique, de la "pente glissante" au "marché libre des idées"[1491], ainsi que la même vision de ce que doit être une démocratie constitutionnelle et du cadre qui doit régir les rapports entre la société civile et l'État[1492].

Depuis *Keegstra*, la Cour suprême a maintenu le cap, réitérant la légitimité et la constitutionnalité de principe des mesures étatiques visant à endiguer les dégats causés par l'expression raciste. Ce n'est que dans *R.* c. *Zundel*[1493] que la Cour a déclaré inconstitutionnelle la disposition criminelle aux termes de laquelle Zundel, célèbre diffuseur de propagande haineuse et négationniste bien connu, avait été accusé. Cette disposition criminalisait la publication volontaire de fausses nouvelles susceptibles de causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. Ici, la minorité de *Keegstra* s'est retrouvée dans le camp majoritaire, en sorte que la mesure contestée a été déclarée nulle pour imprécision. Si d'aucuns croient que la rhétorique "américaine" employée dans *Zundel* ainsi que l'issue de ce litige constituent un désaveu implicite de *Keegstra*[1494], nous estimons pour notre part que tel n'est pas le cas. D'une part, la majorité souligna à bon droit que l'objet manifeste de la disposition en cause n'avait rien à voir avec la stigmatisation de l'expression

[1491] Marché libre des idées dans lequel la juge MacLachlin professe d'ailleurs sa foi. Voir: *R.* c. *Keegstra*, *supra*, note 434, à la p. 803.
[1492] Pour plus de détails, voir: M. MORAN, *loc. cit.*, note 810, à la p. 1483, note infrapaginale 212.
[1493] *Supra*, note 434.
[1494] Dans ce sens, voir: : M. MORAN, *loc. cit.*, note 810, à la p. 1483, note infrapaginale 212.

raciste. D'autre part, elle affirma avec raison que cette disposition était effectivement beaucoup trop imprécise pour constituer une norme acceptable dans une société démocratique, certes, mais aussi libre. De fait, criminaliser la publication volontaire de "fausses nouvelles" qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à un intérêt public non balisé évoque le spectre d'une obscure et arbitraire raison d'État. Aussi, bien qu'il faille se garder de devenir obsessif dans nos exigences concernant la précision des normes juridiques, il ne faut pas non plus renoncer à toute exigence en ce sens[1495]. En ce sens, si *Keegstra* dit jusqu'où le législateur *peut* aller dans sa réglementation de l'expression raciste, *Zundel* précise où il *doit* s'arrêter. Bref, l'un et l'autre se complètent plus qu'ils ne s'opposent. Quant à la rhétorique "américaine" employée dans *Zundel*, le récent arrêt unanime de la Cour dans *Ross* c. *Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, n'en retient à peu près rien, celui-ci reprenant autant la pensée que la rhétorique de *Keegstra*.

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur le contrôle étatique de l'expression raciste fournit une bonne illustration de l'application de la distinction que nous proposions entre expression offensante et abusive. La Cour y décrit la propagande haineuse comme un véhicule d'exclusion sociale, voire d'incitation à la dégradation symbolique et physique des personnes qu'elle cible. Celles-ci sont d'abord réifiées pour ensuite être méprisées. Le processus qui s'enclenche en est un de déshumanisation, autrement dit d'exclusion de l'humanité. Mais qu'en est-il de l'application de cette distinction à la pornographie, dont nous avons dit précédemment qu'elle constituait un cas plus difficile? En effet, s'exprimant la plupart du temps au premier degré, le discours raciste ne se prête guère aux interprétations personnalisées des uns et des

---

[1495] De fait, une relative imprécision nous semble absolument inévitable, sans quoi l'on ne pourrait parler d'interprétation ou même de débat judiciaire! Voir en ce sens: T.A.O. ENDICOTT, "Vagueness and Legal Theory", (1997) 3 *Legal Theory* 37, à la p. 63. Du reste, les normes ne sont pas destinées à s'appliquer dans l'abstrait. Elles s'insèrent dans une toile normative préexistante, se comprennent à la lumière des principes fondamentaux qui les inspirent et se concrétisent au regard de faits particuliers. Ainsi, si vague qu'elle ait pu être, la norme que posait feu l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada* n'en a pas moins été éminemment praticable... Cela dit, dans l'application de la *Charte canadienne*, la question de l'imprécision se pose avec une acuité toute spéciale étant donné la mention, à l'article premier, qu'un droit ou une liberté qu'elle garantit ne peut être restreint que par une *règle de droit*, ceci s'ajoutant aux exigences des principes de justice fondamentale, consacrés à l'article 7, voulant que les lois ne soient pas trop imprécises. Dans un arrêt portant sur cette question et fondé principalement sur l'article 7, la Cour suprême du Canada mentionne pour l'essentiel, qu'il y a imprécision lorsqu'une loi manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Bref, une loi imprécise est celle qui, inintelligible, n'offre pas aux justiciables de cadre suffisant pour régler leur conduite. Voir: *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Au reste, dans un autre appel, M. Keegstra, qui plaidait entre autres que les mots "haine", "religion", "question religieuse", "race", "origine ethnique", "intérêt public", "à l'avantage du public", que l'on trouve dans la disposition criminalisant la propagande haineuse, rendaient celle-ci nulle pour imprécision, a vu tous ses arguments rejetés par la Cour suprême. Voir: *R.* c. *Keegstra*, [1996] 1 R.C.S. 458.

autres[1496]. En revanche, parce que la représentation sexuelle se matérialise principalement à travers des images, son sens ne s'impose pas toujours d'emblée, la médiatisation qu'en font celles et ceux qui la "reçoivent" pouvant aller dans plus de directions. D'une certaine façon, donc, beaucoup plus que l'expression raciste, l'impact de la représentation sexuelle repose sur un dynamique dialogique impliquant l'"oeuvre" et ses spectateurs. Dans cette optique, ses effets délétères potentiels risquent d'en être encore plus insidieux, d'où l'inévitabilité de fonder toute tentative de réglementation de cette forme de représentation d'abord et avant tout sur une logique préventive de gestion. Cela dit, abstraction faite des difficultés liées à la détermination du sens de la représentation sexuelle, il reste que les images véhiculent un discours au même titre que les écrits ou les paroles. L'État qui désirerait en réglementer certains types se voit tenu d'attribuer un sens à la représentation qu'il veut stigmatiser. Attribution du sens qui, du reste, participe de l'essence même de toute mesure de censure. Comment, dès lors, appliquer utilement à la représentation sexuelle la distinction que nous avons établie entre offense et abus? En usant du concept d'obscénité, la réglementation de la représentation sexuelle ne s'est-elle pas toujours cantonnée dans la stigmatisation des seules formes offensantes de représentation, c'est-à-dire celles qui choquaient la morale ou les valeurs de la collectivité? Bref, quand peut-on parler de représentation sexuelle abusive? Plutôt que de répondre dans l'abstrait à cette question, il convient de voir comment la Cour suprême du Canada a abordé ce problème dans son arrêt unanime *R.* c. *Butler*[1497].

Dans cette affaire, la Cour avait à statuer sur la constitutionnalité d'une disposition criminalisant l'obscénité, celle-ci étant définie comme l'exploitation indue des choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir, le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. Dans ce contexte, la Cour a estimé que les normes sociales de tolérance applicables au Canada excluaient

---

[1496] Il en existe bien sûr des formes un peu plus subtiles, mais qui ne trompent plus grand monde aujourd'hui. Pensons, à titre d'exemple, aux chimères selon lesquelles telle ou telle minorité complote en vue de contrôler l'humanité ou un État particulier. Ce genre de discours, destiné à attiser le ressentiment envers une minorité donnée et à légitimer comme des gestes d'"auto-défense" les exactions commises contre elle, s'est malheureusement avéré très efficace au fil des ans. Ayant été nourri de ces fabulations, l'holocauste des Juifs sous le régime nazi n'en est que le plus éloquent témoignage. Plus récemment, on a vu que cette propagande haineuse plus ou moins subtile avait servi à légitimer le génocide au Rwanda. Autre exemple d'une forme subtile de discours raciste antisémite, le négationnisme qui consiste à nier l'existence même de cet holocauste. Les tenants du négationnisme enveloppent généralement leurs idées racistes dans un discours à saveur scientifico-historique qui ne sert qu'à légitimer leur interprétation "révisée" de l'histoire. Ce genre de discours est bien sûr plus difficile à attaquer à travers le droit puisque son message raciste est implicite. Toutefois, la décision du comité des droits de l'homme dans l'affaire *Faurisson*, *supra*, note 878, donne certaines assises juridiques aux tentatives étatiques de stigmatisation juridique d'un tel discours. Voir aussi sur le révisionnisme de Faurisson la brillante étude de: P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire. "Un Eichman de papier" et autres essais sur le révisionnisme*, Paris, La Découverte, 1987.

[1497] *Supra*, note 395

toute acceptation des représentations qui exploitent les choses sexuelles de façon dégradante ou déshumanisante, comme celles qui placent des femmes ou parfois des hommes en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation. Qui plus est, "[l]e consentement ne saurait permettre de sauvegarder du matériel qui, par ailleurs, renferme des scènes dégradantes ou déshumanisantes."[1498] Ce type de représentation, nous dit la Cour, s'avère inacceptable non pas en raison de son immoralité, mais bien en raison de son caractère préjudiciable pour les femmes en particulier et pour la société en général, celle-ci étant présentée comme un écosystème social dans lequel doivent fleurir l'égalité et le respect entre les sexes. Dans cette optique, la Cour a distingué trois types de représentation sexuelle explicite, soit une première, toujours acceptable, qui n'est ni violente, ni dégradante, ni déshumanisante; une seconde qui, sans être accompagnée de violence, assujettit des personnes à un traitement dégradant ou déshumanisant, celle-là pouvant constituer une exploitation indue des choses sexuelles *si le risque de préjudice est important*; une troisième, enfin, où la sexualité explicite est accompagnée de violence, forme de représentation qui sera presque toujours inacceptable. On le constate, la Cour affirme implicitement que c'est la représentation *abusive* que notre société ne peut tolérer puisqu'elle fait du degré de préjudice découlant de la représentation sexuelle la variable déterminante de son analyse, le préjudice étant défini comme ce qui prédispose une personne à agir de manière antisociale, c'est-à-dire à adopter un comportement que la société estime officiellement incompatible avec son bon fonctionnement[1499]. La victime de cette expression sera donc atteinte dans son humanité - qui présuppose son égale dignité - et non dans ses idées, comme le serait une personne offensée ou choquée par l'immoralité d'une représentation. Ainsi, s'il est impossible de tracer une ligne de démarcation absolument claire entre ces deux formes d'expression, la Cour suprême du Canada nous semble avoir fixé des paramètres relativement satisfaisants qui permettent de faire les distinctions qui s'imposent, en ce qu'ils délimitent une "sphère de risque"[1500] qui prévient suffisamment les individus qui auraient la velléité de véhiculer un message abusif du contenu de la norme à laquelle ils sont assujettis[1501]. Ces paramètres, toutefois, demeureront probablement toujours insuffisants aux yeux des orthodoxes de la ligne claire.

[1498] *Id.*, à la p. 479 (j. Sopinka).

[1499] Sur le degré de préjudice comme critère déterminant, voir aussi: *R.* c. *Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932. Dans un autre ordre d'idées, quelques années avant que *Butler* n'ait été prononcé, un auteur américain avait suggéré qu'un quatrième volet soit ajouté au test de Miller, pour répondre aux préoccupations féministes. Il proposait ainsi que soit criminalisée l'obscénité violente, désignant par là "[p]ortrayals of murder, dismemberment, brutality, or violence in the context of obscene acts (that is, those which depict ultimate sexual acts, lewdly displayed naked bodies, or excess in sexual detail) (...)." Voir: D.A. DOWNS, *op. cit.*, note 840, p. 195.

[1500] Cette expression est tirée de *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 1495.

[1501] La Cour a d'ailleurs rejeté dans *Butler* l'argument selon lequel la disposition canadienne criminalisant l'obscénité était nulle pour cause d'imprécision.

Cette reformulation égalitariste de l'obscénité, qui reprend expressément les thèses de Catharine MacKinnon, laisse toutefois place aux considérations liées à la liberté d'expression en consacrant l'application du critère de la valeur artistique, qui permet à une oeuvre qui serait autrement déclarée obscène d'être de ce fait "rachetée" si la représentation qu'elle fait de la sexualité, bien qu'indue à certains égards, est essentielle à une fin artistique, littéraire ou scientifique, ceci étant jugé à l'aune de l'ensemble de l'oeuvre. La Cour ajoute par ailleurs que tout doute doit être tranché en faveur de la liberté d'expression. Sur ce plan, on le constate, elle s'écarte substantiellement de la grille d'analyse mackinnonnienne. Cela dit, ce n'est qu'après avoir effectué cette reformulation qu'elle se penche comme telle sur la constitutionnalité de la criminalisation de l'obscénité. Réitérant le statut protégé de cette forme d'expression, la Cour n'en estime pas moins raisonnable sa prohibition, ce qui n'est pas étonnant puisqu'elle le fait après avoir elle-même reconceptualisé la notion d'obscénité. Une fois de plus, l'élimination d'une expression qui cause un préjudice sérieux aux femmes, en les réduisant au rang d'objets dont on peut user et abuser, et, à travers elles, à la société dans son ensemble constitue le fondement de son argumentation au soutien de la raisonnabilité de cette prohibition criminelle, qui répond en ce sens à un objectif urgent et réel. On peut en effet raisonnablement supposer, nous dit la Cour, que l'exposition à du matériel obscène est susceptible d'inciter à adopter des comportements antisociaux. Dans cette optique, l'obscénité, en tant que vecteur d'inégalité entre les sexes, représente un problème auquel le législateur peut légitimement s'attaquer en empruntant la voie de la criminalisation, d'autant que le libellé de la disposition en cause, telle que reformulée par la Cour, portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Cette mesure législative était donc valide d'un point de vue constitutionnel, pareille conclusion allant une fois de plus à l'encontre de la position américaine.

Si l'arrêt *Butler* nous paraît bien fondé en ce qu'il propose un compromis acceptable entre la liberté d'expression et l'égalité, loin de nous cependant l'idée de prétendre qu'il ne pose aucun problème[1502]. Le plus important de ces problèmes a sans doute trait au déterminisme et à l'essentialisme que la Cour suprême avalise implicitement en adoptant de manière relativement acritique les thèses de la professeure MacKinnon. Comme nous l'avons soutenu au chapitre précédent, la grille d'analyse que celle-ci propose ne permet de rendre compte ni de la complexité de tous les sous-ensembles flous de la sexualité, ni de l'ambiguïté de leur représentation. Plus particulièrement, l'omission par la Cour de discuter sérieusement la question de l'autonomie relative des parties à la relation sexuelle, d'une part, et celle de la représentation qui peut en être faite, d'autre part, explique les débats que suscite l'application des critères permettant de démarquer la représentation sexuelle tolérable de celle qui ne l'est pas. En sorte que ce n'est pas

[1502] Pour une critique plus détaillée, voir: J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*, note 57, pp. 188-195.

tant l'analyse du droit strict qui, dans *Butler*, fait problème, mais bien la saisie même des identités sexuelles et de leurs multiples configurations. Les heurts survenus dans l'application des critères de *Butler*[1503] rappellent une fois de plus que bien qu'étant légitimé à intervenir pour proscrire l'expression antiégalitaire, l'État ne devrait le faire que dans les cas les plus extrêmes, c'est-à-dire lorsqu'une représentation qui participe de cette forme d'expression a un effet spécifiquement préjudiciable, que l'on peut raisonnablement induire du contenu du message qu'elle véhicule et de la forme sous laquelle il est véhiculé[1504].

Cela dit, on voit combien l'orientation de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d'expression antiégalitaire diverge de celle de son homologue américain. En fait, le plus haut tribunal canadien pose l'équation de l'expression antiégalitaire en des termes entièrement différents. D'une part, la problématique soulevée pas cette forme d'expression n'est plus appréhendée comme un conflit entre l'État oppresseur et le citoyen dissident ou victime, mais bien comme un conflit grave entre citoyens que l'État est constitutionnellement légitimé à arbitrer pour éviter qu'il ne déborde[1505]. Loin d'être systématiquement associé à la censure de la liberté d'expression, l'État est au contraire vu comme le créateur d'espaces où peut s'exercer cette liberté en toute égalité. Délaissant l'image d'Épinal d'un État absolument neutre, cette position témoigne en fait d'une vision substantielle plutôt que radicalement procédurale de la démocratie, laquelle inspire à son tour une articulation différente des droits à la liberté d'expression et à l'égalité. D'autre part, la position canadienne rompt avec l'américaine au plan de la saisie du phénomène expressif. La Cour suprême du Canada reconnaît ainsi la performativité de l'expression et,

---

[1503] La mise en oeuvre douanière ou policière de la prohibition criminelle de diffuser ou d'importer du matériel obscène s'est en effet avérée chaotique, notamment au regard de la pornographie homosexuelle, ce qui laisse croire à une application persistante et non fondée en droit d'un critère d'immoralité pour définir l'obscénité. Voir: J. FULLER et S. BLACKLEY, *Restricted Entry. Censorship on Trial*, Vancouver, Press Gang Publishers, 1995. Pour une étude de la jurisprudence post-*Butler* des tribunaux inférieurs canadiens, voir: *id.*, pp. 233-240. Par ailleurs, la Cour suprême a été récemment forcée de préciser l'application des distinctions qu'elle établit dans *Butler* entre les trois types de représentation sexuelle explicite. Voir: *R.* c. *Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

[1504] Ce sera le cas, par exemple, d'autocollants montrant les visages caricaturés d'un sikh, d'un asiatique ou d'un noir, entourés d'un cercle et couverts d'une barre. Cet exemple est tiré de l'arrêt *Bell* v. *Saskatchewan (H.R.C.)*, (1994) 21 C.R.R. (2d) 92, dans lequel la Cour d'appel de la Saskatchewan avait à statuer sur la constitutionnalité du *Human Rights Code* de cette province, qui prohibait la publication ou l'exposition de toute représentation, qu'elle qu'en soit la nature, qui exposait ou était de nature à exposer à la haine, à ridiculiser, à déprécier, ou à nier la dignité d'une personne ou d'une catégorie de personnes, notamment en raison de sa race, de son état civil, de son handicap, de sa nationalité, de son ascendance ou de son lieu d'origine. Confirmant la constitutionnalité de cette disposition, c'est dans cet arrêt que la Cour d'appel a posé cette exigence voulant que la représentation ait un effet spécifique, c'est-à-dire qu'elle soit de nature à encourager ou à renforcer l'usage de *pratiques* discriminatoires. Dans le même sens, voir: *Saskatchewan (H.R.C.)* v. *Engineering Students' Society, University of Saskatchewan*, (1989) 72 Sask. R. 161 (Sask. C.A.). Voir aussi, pour d'autres illustrations: *McAleer* v. *Canada (H.R.C.)*, [1996] C.R.D. 525.25-07 (C.F., 1ère inst., 6 février 1996, T-404-94) (messages anti-gais); *Kane* v. *Church of Jesus Christ Christian-Aryan Nations (No. 3)*, (1993) 18 C.H.R.R. D/268 (Alta Bd. of Inquiry) (messages antisémites).

[1505] M. MORAN, *loc. cit.*, note 810, à la p. 1486.

partant, sa nature relationnelle. C'est du reste ce qui l'incite à privilégier le point de vue de la victime et non celui de l'agresseur transformé pour les fins de la cause en dissident. Ce sont de tels présupposés théoriques qui, en bout de ligne, l'incitent à préférer une logique préventive de gestion des risques à la logique curative d'imputation que privilégie la Cour suprême des États-Unis. Ces distinctions fondamentales entre les approches des deux tribunaux suprêmes influent également sur leur démarche intellectuelle respective. Ainsi, à l'obligation de neutralité qu'imposent à l'État les juges américains correspond une saisie juridique formaliste et abstraite de la problématique de l'expression antiégalitaire, de même qu'une distanciation systématique des juges par rapport aux valeurs que véhicule cette expression, à sa véritable nature et aux faits particuliers de chaque espèce[1506]. En revanche, le rapport radicalement différent qu'entretiennent les juges canadiens à l'État, jumelé à leur saisie dialogique du phénomène expressif, les pousse à adopter une approche contextuelle et holistique de la mise en oeuvre des droits fondamentaux, bref une approche "incarnée". On ne s'étonne pas, dans cette optique, que leurs exigences quant au degré de précision des mesures législatives ou réglementaires destinées à combattre l'expression antiégalitaire s'éloignent de celles de leurs collègues américains. Enfin, au contraire de la Cour suprême américaine qui cultive l'isolationnisme et l'exceptionnalisme du droit de ce pays, les sources juridiques utilisées par la Cour suprême du Canada sont beaucoup plus variées. Ainsi, traités internationaux ou régionaux, auxquels le Canada est partie ou non, ou législations étrangères sont mis à contribution pour étayer l'argument selon lequel l'État peut légitimement lutter contre l'expression antiégalitaire.

Au-delà de la lettre de la *Charte canadienne*, qui, comme on l'a vu, rendait possible, mais non obligatoire, l'interprétation égalitariste de la liberté d'expression qu'a adoptée la Cour suprême du Canada, d'autres facteurs expliquent les avenues divergentes empruntées par les Cours suprêmes canadienne et américaine, ainsi que la percée que la critique juridique identitaire a réussi à faire dans le droit positif canadien. D'abord, indépendamment de leur valeur intrinsèque, les thèses mises de l'avant par les juristes identitaristes ne heurtaient pas a priori au Canada une image constitutionnelle bien définie, centrée sur le primat quasi absolu de la liberté, comme c'est le cas aux États-Unis. Bref, ces thèses n'allaient pas à l'encontre du récit identitaire dominant. Par ailleurs, d'adoption récente, la *Charte canadienne* se donnait à voir sans que deux siècles d'interprétation ne filtrent l'observation de la réalité de l'expression antiégalitaire. En ce sens, les juges canadiens ne jouaient pas, comme le font leurs collègues américains, des rôles d'officiants, et donc de perpétuateurs, d'un culte bicentennaire dont le veau d'or est le premier amendement; ils jouaient au contraire le rôle de prophètes d'un nouveau culte, qu'ils ont *voulu* plus égalitariste,

[1506] *Id.*, aux pp. 1452-1453.

étant issus d'une culture politicojuridique différente de celle des États-Unis. La culture politique canadienne se présente en effet comme étant moins conflictuelle et moins individualiste que sa contrepartie américaine. Moins méfiants par rapport à l'État que ne le sont les Américains, "[l]es Canadiens semblent accorder plus de valeur *à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement.*"[1507] La culture juridique du Canada ne pouvait que refléter, en partie du moins, ces valeurs. Ainsi, entre autres caractéristiques significatives de la culture juridique canadienne, on compte, outre son égalitarisme, une certaine éthique de la diversité, une relative ouverture au droit comparé, un engagement envers la communauté internationale, avec ce que cela suppose en termes de respect des obligations internationales et, enfin, des parlements représentatifs dont les choix ont longtemps été à l'abri des remises en question judiciaires, sous réserve du respect du partage des compétences[1508]. Bref, au-delà de l'économie particulière de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des raisons structurelles plus profondes, et qui ne correspondent pas nécessairement à l'idée que l'on se fait généralement des normes juridiques, contribuent peut-être à cette réceptivité plus grande.

6.3. Penser l'identitaire dans le champ juridique

Les problèmes que suscitent la conceptualisation et la mise en oeuvre de mesures visant à contrôler l'expression antiégalitaire témoignent du défi considérable que pose aux sociétés démocratiques la protection des identités minoritaires ou historiquement désavantagées. Cette problématique se pose avec une acuité moindre lorsque la protection en question n'est requise que pour permettre l'expression identitaire dans sa dimension privée, c'est-à-dire lorsqu'un individu n'exige rien d'autre de la société, et par extension de l'État, qu'on le laisse vivre en paix et qu'on ne le stigmatise pas en raison d'une caractéristique identitaire donnée, bref, lorsqu'il affirme son droit individuel de ne pas faire l'objet de discrimination. Toutefois, bien que la plupart des sociétés démocratiques interdisent la discrimination, les motifs de discrimination qui sont reconnus s'avèrent souvent trop limitatifs pour permettre une saisie complexe des variations identitaires. Par ailleurs, outre la sphère d'application restreinte du droit à l'égalité, l'interprétation des autres droits fondamentaux néglige trop fréquemment de tenir compte des considérations liées à la protection des identités. C'est par exemple le cas de la liberté d'expression telle qu'elle est interprétée aux États-Unis. En ce qu'elle trahit un aveuglement coupable, voire un mépris larvé, envers les idéaux d'égalité démocratique et d'égale liberté, pareille omission s'avère

---

[1507] C. TAYLOR, "Convergences et divergences à propos des valeurs entre le Québec et le Canada", dans:*Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1992, p. 179, aux pp. 184-185 (nos italiques).

[1508] Dans ce sens, voir: I. COTLER, dans: *loc. cit.*, note 1371, à la p. 589.

intrinsèquement problématique au plan de la théorie constitutionnelle. Il reste néanmoins qu'au-delà des variations nationales, la légitimité d'un protectionnisme identitaire de premier degré, qui incite l'État à constitutionnaliser des normes condamnant l'intolérance, ne soulève plus guère de problème.

C'est plutôt lorsqu'est affirmée la dimension collective d'une identité, qu'est revendiquée sa protection explicite par et dans l'État et que l'on cherche à faire admettre son incontournable dimension politique que des voix réprobatrices s'élèvent. La *reconnaissance publique* de cette identité devient alors l'enjeu central du débat constitutionnel, phénomène principalement observable dans les sociétés où s'exprime une diversité profonde[1509], c'est-à-dire celles où le mode d'appartenance à l'État varie selon les communautés infra-nationales. Le cas échéant, il ne s'agira plus seulement de protéger mais bien de promouvoir une identité donnée. Une telle dynamique, on s'en doute, risquera de heurter de plein fouet tant les mythes que les "images constitutionnelles" qui ont cours dans l'État en cause. Elle n'en demeure pas moins inévitable dans toute société où l'identification prioritaire d'un groupe à une communauté infra-nationale a un impact qualitatif sur le rapport qu'entretient ce groupe avec l'État. À tout le moins, prendre vraiment au sérieux le pluralisme identitaire qui accompagne le *fait* multiculturel rend selon nous irrecevable tout rejet a priori de la légitimité d'une reconnaissance *publique* de sphères identitaires alternatives. Arrive un moment où ne suffisent ni la tolérance libérale ni la simple protection des identités. En revanche, une telle prise de position ne peut être interprétée comme impliquant une reconnaissance de la légitimité démocratique du multiculturalisme radical. Au contraire, la revendication d'un droit *absolu* à l'identité dans une perspective de retranchement identitaire heurte de front l'idéal démocratique, en ce qu'elle s'accompagne la plupart du temps d'un retrait des processus de négociation identitaire que sous-tend la démocratie. Or, comme le souligne Alain Touraine,

> "[l]a démocratie n'est pas compatible avec le rejet des minorités, mais pas davantage avec celui de la majorité par les minorités et avec l'affirmation de contre-cultures et de sociétés alternatives qui se définissent non plus par leur position conflictuelle dans la société, mais par leur rejet de cette société considérée comme le discours de la domination. (...) [Il] n'y a pas de démocratie sans la reconnaissance d'un champ politique où s'expriment les conflits sociaux et où se prennent, par un vote majoritaire, des décisions reconnues comme légitimes par l'ensemble de la société."[1510]

[1509] C. TAYLOR, *loc. cit.*, note 1507, aux pp. 212-213.
[1510] A. TOURAINE, *op. cit.*, note 97, p. 239.

Cette légitimation intersubjective des décisions démocratiques paraît d'autant plus nécessaire dans les sociétés où le multiculturalisme bénéficie d'une assise constitutionnelle, comme c'est le cas au Canada[1511]. La reconnaissance publique de la dimension collective d'une identité donnée, qu'elle soit minoritaire ou non, ne délie pas les individus qui, ensemble, se réclament de cette identité de l'obligation d'adhérer aux valeurs jugées irréductibles au sein de l'État où ils affirment leur différence. Cette obligation découle en quelque sorte du contrat social liant la majorité et les minorités. Ce contrat, explicite puisque reflétant des valeurs constitutionnalisées, stipule que la reconnaissance par la majorité des valeurs d'une minorité ainsi que les accommodements que la société consent à ces valeurs sont fonction de l'adhésion de cette minorité à ces valeurs sociales jugées irréductibles. Mais n'est-ce pas là en revenir à l'idée, à certains égards insuffisante, de tolérance? Ne peut-on pas objecter que pareille attitude a pour effet de neutraliser toutes les démarches entreprises en vue de *reconnaître* concrètement les minorités ou les groupes désavantagés et, partant, de leur dégager un espace décisionnel où leur identité peut s'autodéployer à l'abri de toute intervention étatique, avec ce que cela peut supposer en termes de déférence envers les décisions qu'ils prennent? Dans le même sens, les valeurs sociales irréductibles de la société ne sont-elles pas littéralement *imposées* à ces groupes? Dans une certaine mesure, peut-être bien. Toutefois, cette issue paraît inévitable, puisque, faut-il le rappeler, leur reconnaissance n'a pas lieu dans le vide; elle s'opère dans un giron constitutionnel particulier qui comporte un part de non négociable[1512].

[1511] À cet égard, la professeure Swinton propose un réexamen du sens de la métaphore de la "mosaïque" multiculturelle, fréquemment opposée à celle du "creuset" ("melting pot"). Pour cette auteure, "[i]t is useful (...) to remember what a mosaic is and is not. It is, indeed, a collection of many stones, but they are not free-floating; rather, they are cemented into a frame in order to convey a harmonious image. So, too, is the cultural mosaic in Canada part of a larger society with certain shared aspirations and values. Therefore, a nation committed to multiculturalism can, in some circumstances, require assimilation of ethnic or racial groups. Indeed, the ideal of multiculturalism, for many of its proponents, is ultimately integration with many of the dominant norms of Canadian society, not a right to preserve the culture of another race or country in pristine form. (...) [W]hile the Courts must strive for sensibility to the minority's experience, they need not always accept diversity as the ultimate or primary value." K. SWINTON, "Multiculturalism and the Canadian Diversity", dans: H.P. GLENN et M. OUELLETTE (dir.), *La culture, la justice et le droit. 1992*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice / Les Éditions Thémis, 1994, p. 78, à la p. 92.

[1512] C'est ce que conclut le professeur Webber: "I don't think we can avoid the fact that sheer imposition may sometimes be involved. There are no universally accepted standards nor any impartial umpire to which to appeal in these controversies. All of us start within particular traditions, and may face issues that others approach with radically different premises. Nor, (...), does deference get us off the hook. Deference is never simple. We have to choose to defer; we have to decide what community is most relevant to the issue concerned; we have to weigh the reasons for accommodation. We cannot wash our hands of that fact that members of minority cultures are also members of our society. In those circumstances, the only response we have is to recognize that we may be driven to impose standards, and to take responsibility for weighing the reasons for imposition, all the time adhering to an ethic of respect, of humility, one that does recognize the value of cultural pluralism." Voir: J. WEBBER, "Multiculturalism and the Limits of Toleration", dans: A. LAPIERRE, P. SMART et P. SAVARD (dir.), *Language, Culture and Values in Canada at the Dawn of the 21st Century*, Ottawa, International Council for Canadian Studies / Carleton University Press, 1996, p. 269, aux pp. 277-278.

Mais au-delà de l'adhésion obligatoire à ces valeurs sociales irréductibles, il y a place pour une négociation identitaire "raisonnée", dont le résultat devrait idéalement correspondre à une "win-win situation", ceci dit sans tomber dans l'angélisme car l'"identité constitutionnelle" d'un État est toujours susceptible de confronter d'autres identités infra-nationales[1513]. L'important est cependant que cette identité puisse être régulièrement renégociée par le truchement d'un constant dialogue dont la prémisse est l'incomplétude de toute identité constitutionnelle. Il faut du reste souligner qu'une telle approche est exigée par le principe même d'égalité démocratique, qui mène à récuser toute théorie voulant que les intérêts des uns puissent triompher sans considération aucune pour ceux des autres[1514]. En toute hypothèse, une attention toute particulière devrait être portée à la formulation des problématiques autour desquelles tournent de telles négociations, aux conditions dans lesquelles elles se déroulent et, surtout, aux logiques qui sont à l'oeuvre chez les participants à la négociation, l'objectif étant d'éviter le plus possible la résurgence du manichéisme, de l'absolutisme, de la logique du tiers-exclus, du fétichisme ou du déni identitaire, ainsi que les blocages qu'encourage l'obsession de la symétrie constitutionnelle.

Le droit a à cet égard un rôle important à jouer, particulièrement en canalisant les conflits identitaires vers un règlement pacifique. La gestion efficace de ces conflits ne sera toutefois possible que si le droit parvient à contribuer au ralliement des citoyens à travers leurs identités particulières et non pas en dépit d'elles. À moins de souscrire à la logique du ghetto qui sous-tend un certain séparatisme identitaire, les frontières identitaires peuvent être franchies et elles peuvent notamment l'être avec le concours du droit. Les juristes doivent en conséquence penser le droit en ayant pour objectif de rendre possible la constante recomposition de la communauté politique aux prises avec des déchirements identitaires. Il reste néanmoins que, fragmentée comme jamais auparavant, "la" sphère publique n'est plus ce qu'elle était. Aussi les constitutionnalistes devront-ils bientôt prendre acte de cette transformation en revoyant leurs postulats théoriques qui, pour l'essentiel, datent tous du dix-huitième siècle[1515]. Notons que nous parlons ici de les "revoir" et non de les "rejeter", car un constitutionnalisme postmoderne responsable ne saurait faire table rase de certains précieux acquis de la modernité.

Parmi eux, le concept de liberté demeure central puisque, utilisé dans le cadre d'une analyse des tenants et aboutissants de la saisie juridique des identités, il permet dans une certaine mesure d'opérationaliser les variations dans la configuration identitaire des individus et leur caractère

---

[1513] M. ROSENFELD, "The Identity of the Constitutional Subject", (1995) 16 *Cardozo Law Review* 1049, à la p. 1051.

[1514] R.A. BURR, "Constitutional Law and the Teaching of the Parables", (1984) 93 *Yale Law Journal* 455, à la p. 456.

[1515] Voir: J.M. BALKIN, *loc. cit.*, note 108, à la p. 1985.

dynamique. Dans cette optique, l'idée de *liberté identitaire* doit tenir lieu de clef de voûte du transept identitaire de la cathédrale constitutionnelle, agissant à la fois comme limite et tremplin des revendications identitaires. Limite, en ce qu'elle prohibe la promotion trop insistante d'une identité aux dépens d'une autre, notamment celle qui, au nom de droits collectifs, porterait indûment atteinte aux droits individuels des citoyens; tremplin, en ce qu'elle exige la mise en place de conditions sociojuridiques minimalement favorables de manière qu'elle puisse être également et concrètement exercée par tous les citoyens, que ce soit dans le but de s'associer à un groupe donné ou, au contraire, pour s'en dissocier.

Ce n'est donc pas un hasard si nous préférons parler de *liberté* identitaire plutôt que de *droit* à l'identité. Trop souvent, en effet, l'affirmation d'un *droit* à l'identité s'accompagne d'une adhésion à une quelconque variante de l'idéologie de l'authenticité, laquelle fait de l'identité non pas un tremplin pour entrer en relation avec d'autres mais bien une prison dont on ne peut s'échapper, ceci en contradiction avec ce que nous venons de prôner. Pareille vision trahit au surplus la présence de cet obstacle épistémologique que nous avons appelé plus tôt "fétichisme identitaire". Ce fétichisme, avec ce qu'il suppose de fixation ou de fossilisation identitaire, s'avère également problématique en ce qu'il présume que l'issue de l'exercice d'auto-détermination que permettrait la reconnaissance d'un droit constitutionnel à l'identité mènerait inévitablement à un resserrement des rangs autour du référent identitaire qui définit le groupe. Ce peut certes être le cas, mais pas nécessairement. Il découle de ce qui précède que, dans la foulée de notre prise de position en faveur d'une saisie juridique complexe du phénomène identitaire, à toute affirmation d'un droit à l'identité doit nécessairement correspondre la reconnaissance concomitante d'un *droit à l'ambiguïté identitaire*, ce qui, dans le concret, ne peut s'entendre que comme l'affirmation du primat de la *liberté identitaire*. À n'en pas douter, la nature individualiste du concept de *liberté* identitaire rend mieux compte de la nécessaire marge de manoeuvre dont doivent bénéficier les individus pour construire leur identité, avec toutes les allées et venues que suppose une pareille démarche. Le droit, nous semble-t-il, doit permettre l'expression de la part migrante de l'identité.

L'égal exercice de la liberté identitaire suppose cependant une protection minimale des identités, notamment contre les tentatives d'exclusion du débat sociopolitique, c'est-à-dire dans ces cas où, contre son gré, l'on se trouve assigné à un volet de son identité et aux conséquences que d'autres rattachent à cette assignation. Mais la liberté identitaire doit être plus qu'une simple liberté négative. Elle doit nécessairement comporter un volet "positif", de manière qu'elle ne vienne pas réduire à néant les efforts entrepris en faveur de la reconnaissance publique de la dimension collective de certaines identités. En ce sens, comme on le voit, les idées de protection et de

promotion identitaires en viennent à rejoindre celle de liberté identitaire, dont elles procèdent en fin de compte.

Mais qui dit liberté identitaire dit non seulement *sphère* de liberté, mais aussi *sphère privée*. Or, on sait combien l'effacement de la cloison entre les sphères privée et publique représente l'un des fondements - et l'un des acquis - de la critique identitaire. Néanmoins, si la thèse de la séparation des deux sphères a effectivement servi à justifier l'assujettissement de certains (ici, il serait plus juste de parler de "certaines") par d'autres, l'idée d'une sphère privée distincte d'une sphère publique n'en continue pas moins d'être attirante, notamment en ce qu'elle permet de concrétiser l'idée de liberté identitaire. C'est qu'il n'existe aucun lien *nécessaire* entre la "publicisation" (politisation) du privé et une plus grande liberté identitaire. Prenons l'exemple de l'identité gaie. S'il est exact que la publicisation de cette identité a permis l'extension aux gais de certaines normes anti-discrimination qui ne leur étaient pas accessibles jusqu'alors, il reste qu'elle n'a aucunement fait obstacle à la validation d'autres normes discriminatoires applicables dans la sphère privée[1516]. Au contraire, il y aura toujours des malins pour dire que si le personnel est politique, alors l'État peut régir le personnel comme il l'entend... Voilà pourquoi l'idée de liberté identitaire ne peut pleinement se réaliser que si l'on conserve cette distinction entre les sphères publique et privée. Comme le remarque Castoriadis, la nécessaire critique des effets problématiques de cette distinction ainsi que des libertés formelles qu'elle sert à concrétiser ne doit pas occulter la nécessité de conserver l'idée même d'une sphère privée comme espace de liberté négative[1517]. La question n'est donc pas de savoir si l'idée très moderne d'une distinction entre les sphères privées et publique est valable - elle l'est -, mais bien de déterminer quels doivent être les critères et les procédures de délimitation de ces deux sphères, ce qui sous-tend, d'une part, la reconnaissance de la fluidité de la distinction entre l'une et l'autre[1518] et, d'autre part, la prise en considération du contexte dans lequel s'exerce cette délimitation. En toute hypothèse, la discussion devra s'inscrire dans le périmètre normatif que forme la démocratie, celle-là même que l'on a définie simplement mais éloquemment comme "ce qui est essentiellement menacé par l'*Intolérance*"[1519] et dont l'idée, "(...) longtemps tiède ou servant même à la protection de la bourgeoisie et de la classe moyenne

---

[1516] Rappelons que dans *Bowers* v. *Hardwick*, *supra*, note 835, la Cour suprême des États-Unis a invoqué l'intérêt qu'a l'État de protéger l'ordre social et la moralité pour déclarer valide une loi qui interdisait les actes homosexuels même entre adultes consentants, conduite se matérialisant dans la sphère privée...

[1517] C. CASTORIADIS, *op. cit.*, note 1193, pp. 228ss.

[1518] Par exemple, la juridicisation des rapports privés va si loin que l'on peut soutenir que la sphère privée n'existe que parce que l'État veut bien qu'elle existe.

[1519] H.-B. VERGOTTE, "L'humanité comme idée régulatrice", dans: H.-B. VERGOTTE (dir.), *L'intolérance et le droit de l'autre*, Genève, Labor et Fides, 1992, p. 181, à la p. 184.

montante, a acquis la force entraînante que perd celle de révolution, salie par les régimes totalitaires qui ont imposé leur pouvoir arbitraire en son nom."[1520]

On constate, au terme de ce périple à l'interface du droit et de l'identité, que, bien que constamment préoccupé par les problèmes que suscite la saisie juridique des identités collectives, nous revenons en bout de ligne à ce point d'ancrage qu'est l'individu, d'abord comme assise de toute architecture identitaire, mais surtout comme centre de toute théorie des rapports entre le droit et l'identité. Mais, objectera-t-on, cet individu n'est-il pas synonyme d'atomisation sociale? Au reste, n'est-ce pas contre cet individu atomisé qu'en ont fondamentalement les tenants de la critique juridique identitaire? De fait, la modélisation classique d'un individu pré-social *posé* comme transcendant, autonome et égal aux autres est à l'origine de bien des erreurs dans la saisie juridique des phénomènes identitaires. Cela justifie-t-il pour autant le rejet de l'individu, du Sujet, comme centre d'une théorie des rapports entre le droit et l'identité? À notre avis, la réponse doit être négative. D'ailleurs, sauf exception, les tenants de la critique juridique identitaire ne prônent pas un tel rejet; ce que la plupart souhaitent, toutefois, c'est que les modélisations simplistes de l'individu cessent d'avoir droit de cité. Il faut donc leur substituer une modélisation qui puisse rendre compte de la complexité identitaire de l'individu, ce qui impose de reconnaître son appartenance à toute une série de sous-collectivités mais, du même souffle, d'affirmer son irréductibilité face à ces communautés.

Il convient toutefois de constater que, hormis de très rares exceptions, la pensée constitutionnelle ne fait guère de place à cet individu complexe et non atomisé. Mais on voit mal comment les changements qui affectent présentement nos sociétés démocratiques, particulièrement en Amérique du Nord où les revendications identitaires prennent une ampleur inégalée, ne forceront pas les constitutionnalistes à repenser de fond en comble leur saisie des phénomènes identitaires. C'est en appréhendant la nouvelle donne sociale sans autre a priori que celui de la démocratie qu'ils pourront renouveler leur discours et l'adapter aux sociétés postmodernes[1521]. En ce qui a trait à la saisie juridique de l'identité, la première étape de toute réforme de la pensée constitutionnelle et, accessoirement, du droit constitutionnel, est de se questionner sur l'identité elle-même et sur les processus de construction identitaire. Avant toute chose, une saisie juridique minimalement adéquate des identités passe par une compréhension de ces processus complexes de

---

[1520] A. TOURAINE, *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, p. 362.

[1521] Le professeur Balkin résume ainsi l'interrogation qui est à la source de son projet de "constitutionnalisme postmoderne": "How should the various social actors concerned with the Constitution (lawyers, judges, academics, legislators, citizens) understand the forms and practices of democratic self-government in light of the cultural changes occurring during the postmodern period, and what should they do in response to these changes?" Voir: J.M. BALKIN, *loc. cit.*, note 108, à la p. 1977.

construction identitaire. Autrement dit, les constitutionnalistes doivent reproblématiser l'identité avant même de reproblématiser la saisie juridique de l'identité. Lourde tâche, car la saisie juridique "moderne" de l'identité est justement problématique en ce qu'elle représente généralement les identités comme ne l'étant pas! On comprend, dans ce contexte, l'intérêt d'une réflexion épistémologique pour "désapprendre" ces construits qui sont souvent présentés comme des donnés... Dans cette optique, malgré ses faiblesses et ses lacunes, le contre-discours que proposent les tenants de la critique juridique identitaire s'avère d'un précieux secours.

Ce n'est qu'après cette étape initiale que l'on pourra utilement remodeler le sujet constitutionnel à partir de postulats qui reflètent mieux la complexité de la réalité identitaire contemporaine. Cela dit, un peu comme le portrait de Dorian Gray, l'image identitaire que montre ce sujet trahira toujours un certain viellissement en raison de l'inévitable fixation que sa constitutionnalisation suppose, et ce même si l'on établit des procédures de renégociation identitaire qui permettent de saisir la dimension dynamique et souvent chaotique des processus de construction identitaire. De fait, le sujet constitutionnel demeurera toujours mouvant, incomplet et en perpétuelle reconstruction, au point même où certains l'envisagent comme une absence plutôt que comme une présence[1522]. Pour notre part, nous serions plutôt tenté de dire qu'il est toujours présent, même dans les silences constitutionnels[1523], et, en conséquence, d'insister sur sa double nature immanente et migrante. Quoi qu'il en soit, les limites ou les insuffisances du droit ne devraient pas empêcher de réformer notre conception du sujet constitutionnel. Cette tâche, des philosophes et des sociologues ont commencé à s'y atteler[1524]. Il reste aux juristes à prendre le relais, ce que les tenants de la critique identitaire ont timidement entrepris de faire.

[1522] Voir: M. ROSENFELD, *loc. cit.*, note 1513, aux pp. 1054-1055.

[1523] Comme on l'a vu dans cette thèse, les non-dits constitutionnels peuvent être porteurs d'une lourde charge identitaire.

[1524] C'est par exemple le cas du philosophe Paul Ricoeur qui, avec le concept de *sujet capable*, cherche à rendre compte de l'individu à la fois contraint et situé, mais capable de se désigner lui-même comme auteur de sa vie et digne "du respect moral et de la reconnaissance (...) comme sujet de droit." Voir: P. RICOEUR, *op. cit.*, note 125, p. 20. Le sociologue Alain Touraine, pour sa part, insiste sur la nécessité de recomposer le *sujet personnel* en se fondant sur le désir que ressent chacun de participer à la technosociété globale, de le faire sans rejeter son héritage culturel et sans renoncer à son individualité. Bref, le sujet personnel est situé au confluent des identités individuelles et collectives, du local et du global, du particulier et de l'universel. Voir généralement: A. TOURAINE, *op. cit.*, note 1520. Un peu dans le même sens, le sociologue du droit Boaventura de Sousa Santos parle d'un *sujet cosmopolite*, qui récuse le cantonnement dans le local ou la transcendance universaliste abstraite et qui, conscient de l'opposition centre-périphérie, tente néanmoins de se décentrer et d'ouvrir un peu plus l'horizon des possibles identitaires, ce qui suppose une dé-territorialisation du sujet. Voir généralement: B. DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, note 914.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE: La critique juridique identitaire comme révolution juridique?

Dans son roman *Le pigeon*[1525], Patrick Suskind met en scène un homme dont la vie, organisée à la seconde près, se trouve complètement chamboulée en raison de la présence inattendue d'un pigeon dans le couloir de l'immeuble où il habite. Dès lors, rien ne va plus: colombophobe, l'homme n'ose plus entrer chez lui, se voit contraint de coucher sur un banc de parc, abandonne son emploi, etc. Sa vie, qui ressemblait jusque là à un long fleuve tranquille, se métamorphose en enfer. Ses certitudes, ses façons de penser et de faire et même sa conception du monde changent du tout au tout. Bref, la venue de cet innocent pigeon révolutionne sa vie. Peut-on en dire autant de la critique juridique identitaire au regard de la pensée juridique et du droit? Cette critique est-elle porteuse d'une "révolution juridique"?

Mais en quoi consiste donc une "révolution juridique"? Une révolution est-elle même possible dans le champ de la pensée juridique? Une proposition de transformation de ses postulats et méthodes peut-elle vraiment opérer avec son environnement originel une rupture si radicale qu'on puisse la qualifier de "révolutionnaire"[1526]? Dans cette optique, pour reprendre l'idée kuhnienne de changement paradigmatique[1527], peut-on envisager une proposition de modification qui soit d'une telle ampleur que l'on ne reconnaisse plus le système juridique une fois cette modification intégrée au système? Sur ce plan, on peut tout de suite répondre par la négative en ce qui a trait à la critique juridique identitaire. D'un point de vue macrojuridique, cette critique n'est certainement pas porteuse d'une révolution, en ce qu'en bout de ligne, elle demeure fermement ancrée dans le paradigme positiviste et ce, même dans ses incarnations les plus radicales, comme par exemple chez Catharine MacKinnon. De fait, dans cette critique, les réformes proposées sont toujours destinées à être consacrées dans des normes étatiques et mises en oeuvre par des institutions de l'État. De même, c'est par l'État que ses tenants souhaitent voir reconnu le pluralisme identitaire de la société, le pluralisme juridique proprement dit ne constituant qu'une préoccupation secondaire. En toute hypothèse, l'État et le droit qu'il édicte reste pour eux au centre de la constellation juridique, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes sachant que leur discours trempe parfois dans l'anti-positivisme radical et que plusieurs d'entre eux n'hésitent pas à questionner la légitimité de l'État et de ses institutions. Par ailleurs, pour reprendre cette fois l'idée poppérienne de falsifiabilité[1528], est-il possible de réfuter empiriquement un postulat ou une

---

[1525] P. SUSKIND, *Le pigeon*, Paris, Grasset, 1991.
[1526] Voir: M. FLODIN, "The Possibility of Revolution in Legal Science", dans: Z. BANKOWSKI (dir.), *Revolutions in Law and Legal Thought*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1991, p. 175.
[1527] T. KUHN, *op. cit.*, note 192.
[1528] K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, 2nd rev. ed., New York, Harper Torchbooks, 1968.

thèse d'une discipline qui est fondamentalement une science d'opinion? Encore là, la réponse est probablement négative, mais, quoique conscient de ces limites, nous n'en utiliserons pas moins le concept de "révolution juridique", quitte à le faire un peu simplistement pour les fins de la discussion.

Cela dit, revenons à notre question de départ: la critique juridique identitaire est-elle porteuse d'une "révolution juridique"? Pour y répondre, nous disposons d'un certain nombre d'indicateurs[1529]. Ainsi, la réforme proposée s'inscrit-elle à quelque égard dans la continuité de ce qui la précédait? Autrement dit, cette réforme, si elle était mise en oeuvre, représenterait-elle une espèce de "progrès dans la tradition"? S'agissant de propositions intéressant le constitutionnalisme, comme celles que met de l'avant la critique juridique identitaire, on peut plus particulièrement se demander si la relation entre l'État et la société se trouverait transformée à la suite de la mise en oeuvre des propositions de la critique juridique identitaire. Or, encore là, il semble que la réponse doive être négative. En effet, pas plus que les *Critical Legal Studies*[1530], la critique juridique identitaire ne peut-elle constituer une révolution juridique selon les critères que nous venons de mentionner. Même ses tenants les plus radicaux ne proposeront la plupart du temps guère plus que le renversement des termes d'équations juridiques déjà en place. Par exemple, au primat de la liberté d'expression, on opposera celui de l'égalité. En toute hypothèse, on le constate, les termes de l'équation demeurent les mêmes. Qui plus est, malgré une rhétorique parfois véhémente, leur discours se moule souvent aux paramètres structurels du discours dominant. On a ainsi remarqué qu'en dépit de ses velléités de rupture avec le statu quo, une de leurs thèses centrales dans le débat sur la liberté d'expression, en l'occurrence la nécessité d'accorder une attention particulière au point de vue de la victime ainsi que la technique méthodologique que ce postulat inspire, soit le recours aux récits ("storytelling"), ne parvenait pas à s'extirper du cadre préexistant du droit américain de la liberté d'expression. Celui-ci, au contraire du droit canadien, traite le besoin de protection de la victime d'une expression haineuse comme une question d'intérêt strictement privé, prémisse qu'acceptent implicitement la plupart des tenants de la critique juridique identitaire en omettant de la formuler autrement[1531]. Enfin, le fait que ceux-ci visent explicitement à ce que leurs thèses soient institutionnalisées dans le cadre du droit positif empêche, nous semble-t-il, de parler de révolution juridique au sens strict. Mais une critique qui n'est pas entièrement "révolutionnaire", au sens étroit que nous avons donné à ce mot, n'est pas pour autant dénuée d'intérêt, peu s'en faut. Au contraire, une grande partie de l'intérêt

[1529] Voir généralement: Z. BANKOWSKI, "Introduction", dans: Z. BANKOWSKI (dir.), *op. cit.*, note 1526, p. xi, aux pp. xiv-xvii.
[1530] Dans ce sens, voir: D. JABBARI, "Critical Legal Studies: A Revolution in Legal Thought", dans: *id.*, p. 153.
[1531] M. MORAN, *loc. cit.*, note 810, à la p. 1500.

que suscitent les travaux des tenants de la critique juridique identitaire provient de la tension constante que l'on sent chez eux entre le point de vue externe à partir duquel ils formulent leur critique, d'une part, et leur reconnaissance de l'inévitable institutionnalisation de leurs thèses comme condition nécessaire pour que s'améliore concrètement la condition des groupes auxquels ils s'identifient, d'autre part. Ce faisant, ils se montrent conscients du fait que les processus de réforme du droit ont plus de chance de réussir lorsqu'ils sont endogènes[1532]. Dès lors, le point de vue du critique qui voit dans le droit étatique, du fait de son caractère normatif et coercitif, un véhicule relatif de changement social et qui, partant, veut agir sur lui, ne peut rester irrémédiablement externe: l'effectivité de sa critique exigera nécessairement une récursivité de l'externe vers l'interne, assurant ainsi le triomphe d'une approche essentiellement pragmatique.

Par ailleurs, que la critique juridique identitaire ne puisse se qualifier comme une véritable macro-révolution juridique n'exclut pas qu'on lui reconnaisse un impact microrévolutionnaire sur le droit et la pensée juridique. Le fait, par exemple, qu'elle permette de voir des choses familières sous un jour nouveau, qu'elle ouvre en quelque sorte l'horizon des possibles, que ce soit sur le plan de la saisie juridique des identités ou sur celui de l'analyse des rapports entre liberté d'expression et égalité, témoigne de toute évidence d'un certain potentiel révolutionnaire. Le cas échéant, bien qu'affectant la pensée juridique ou le droit de manière incidente, la révolution en question ne serait pas tant juridique qu'épistémologique. Peut-être d'ailleurs sera-ce cette contribution des juristes identitaristes à la réflexion épistémologique dans et sur le droit que l'histoire retiendra comme l'un des hauts faits de leur critique.

Cela dit, c'est probablement ailleurs que dans le champ du droit ou même de la pensée juridique qu'il faut mesurer l'impact concret de leurs thèses. De fait, leur pensée et leur action participent plus généralement du mouvement enclenché au début de ce siècle, par les suffragettes notamment, en faveur de la reconnaissance de l'égalité véritable de chaque citoyen et de chaque citoyenne, avec les résultats "révolutionnaires" que l'on sait. Or, bien que comportant un volet juridique non négligeable, cette révolution a d'abord été sociale et politique. À bien y penser, les juristes identitaristes font-ils autre chose qu'en poursuivre l'achèvement?

[1532] O.M. FISS, *loc. cit.*, note 447, à la p. 750.

CONCLUSION GÉNÉRALE

> Puisqu'il n'y a pas de démarche objective sans la conscience d'une erreur intime et première, nous devons commencer les leçons d'objectivité par une véritable confession de nos fautes intellectuelles. Avouons donc nos sottises pour que notre frère y reconnaisse les siennes, et réclamons de lui et l'aveu et le service réciproques.[1533]

Le droit, avons-nous plaidé tout au long de cette thèse, s'inscrit dans la culture. Envisagés dans leur totalité, les systèmes juridiques nationaux possèdent tous une charge culturelle, certaines de leurs composantes revêtant à cet égard une importance plus grande que d'autres. Ainsi, on Québec, le Code civil est bien autre chose qu'un simple recueil de normes de droit privé, il participe à la définition de l'identité québécoise. C'est également le cas, nous l'avons vu, du premier amendement de la Constitution américaine. Certaines dispositions constitutionnelles ou législatives ont en ce sens une charge symbolique considérable qui accroît d'autant leur effectivité. Mais cette effectivité, parfois, se vérifiera davantage dans le champ social que dans le champ juridique proprement dit. Au-delà de leur statut de normes positives, obligatoires et d'application générale, elles transmettent un message qui est censé inspirer certains types de comportement et en décourager d'autres. Ce message, au surplus, participe au récit identitaire que chaque société se raconte à elle-même et qu'elle relate aux "autres". Or, dans la mesure où un nombre croissant de pays s'interrogent sur l'orientation à imprimer à leur constitutionnalisme[1534], il semble que toute réflexion de ce type ne saurait faire l'économie d'une analyse structurelle autant de la constitution implicite que la constitution explicite des États à l'étude, car ce sont les deux, ensemble, qui délimitent l'horizon des possibles constitutionnels et, partant, identitaires. Or, cet horizon est souvent bouché par bien d'autre chose que des normes positives explicites. Le droit, après tout, c'est aussi une affaire de talismans.

[1533] G. BACHELARD, *op. cit.*, note 42, pp. 242-243.

[1534] C est par exemple le cas de la République d'Afrique du Sud qui, au lendemain de l'instauration d'une véritable démocratie, s'interrogeait sur l'adoption d'un "modèle constitutionnel". Dans ce contexte, et notamment en ce qui a trait au régime devant encadrer l'expression antiégalitaire, les modèles américain et canadien se faisaient concurrence. Au vu du paragraphe 16(2)c) de la Constitution du 6 mai 1996, il semble que le modèle canadien l'ait emporté sur son rival. Voir: R.N. FIELDS, "In Search of Democracy: Reconciling Majority Rule, Minority Rights, and Group Rights in South Africa and the Unites States", (1996) 16 *Boston College Third World Law Journal* 65; E. NEISSER, "Hate Speech in the New South Africa: Constitutional Considerations for a Land Recovering from Decades of Racial Repression and Violence", (1994) 5 *Seton Hall Constitutional Law Journal* 103; D. SPITZ, "Eschewing Silence Coerced By Law: The Political Core and Protected Periphery of Freedom of Expression", (1994) 10 *South African Journal on Human Rights* 301. Voir aussi le numéro spécial consacré au constitutionnalisme sud-africain en 1996 par la *Review of Constitutional Studies* d'Alberta.

Dans une de ces formules qui font époque, Gaston Bachelard affirmait, nous l'avons vu, que "[r]ien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit." Si, à l'évidence, le droit ne fait pas exception à cette règle, il reste que son discours présente souvent ce qui relève du construit comme procédant du donné. À l'évidence, la dogmatique juridique profite de cette confusion fondamentale. Conforté dans son autorité pérenne, le droit positif, tel qu'il est, tel qu'il se donne à voir, se trouve ainsi virtuellement protégé contre des remises en question jugées trop radicales, et ses interprètes voient leur action continuellement relégitimée. Un peu comme l'autruche menacée enfouit sa tête dans le sable, le droit positif occulte la part du construit en son sein pour conjurer ce qui, de l'extérieur, menace sa légitimité. Tenu de se protéger, le droit doit cependant user d'outils aussi efficaces que discrets, qui agissent un peu comme des talismans. Un talisman, nous dit le Petit Larousse, est un "objet, [une] image préparés rituellement pour leur conférer une action magique ou protectrice."[1535] Or, des talismans, le droit en sécrète, en use et en abuse. Ainsi, par le truchement d'histoires inventées, d'idéaux métamorphosés en réalités idéelles objectives, de métaphores se muant en idéologies, le droit ne recule devant aucun artifice pour protéger sa légitimité et pour entretenir la foi de ses fidèles. Mais c'est principalement à travers le "prestige magique [d'un] mythe des origines"[1536] que le droit asseoit son autorité et affirme son caractère sacré. Mircea Eliade précise à cet égard que le mythe,

> 1° constitue l'Histoire des actes des Êtres Surnaturels; 2° que cette Histoire est considérée comme absolument *vraie* (par ce qu'elle se rapporte à des réalités) et *sacrée* (parce qu'elle est l'oeuvre des Êtres Surnaturels); 3° que le mythe se rapporte toujours à une "création", il raconte comment quelque chose est venu à l'existence, ou comment un comportement, une institution, une manière de travailler ont été fondés; c'est la raison pour laquelle les mythes constituent les paradigmes de tout acte humain significatif; 4° qu'en connaissant le mythe, on connaît l'"origine" des choses et, par suite, on arrive à les maîtriser et à les manipuler à volonté; il ne s'agit pas d'une connaissance "extérieure", "abstraite", mais d'une connaissance que l'on "vit" rituellement, soit en narrant cérémoniellement le mythe, soit en effectuant le rituel auquel il sert de justification; 5° que, d'une manière ou d'une autre, on "vit" le mythe, dans le sens qu'on est saisi par la puissance sacrée, exaltante des événements qu'on remémore et qu'on réactualise.[1537]

[1535] P. MAUBOURGUET (dir.), *op. cit.*, note 283, p. 957.
[1536] M. ELIADE, *Aspects du mythe*, Paris, Gallimard, collection "Folio / essais", n° 100, 1963, p. 35.
[1537] *Id.*, p. 32-33.

Cette réactualisation du mythe se fait par sa réitération continuelle, de génération en génération, ce qui favorise la réalisation de sa fonction primordiale, qui est de "(...) révéler les modèles exemplaires de tous les rites et de toutes les activités humaines significatives (...)."[1538]

La pensée mythique, loin d'être la chasse-gardée des sociétés archaïques, continue de s'épanouir dans les sociétés avancées[1539]. On serait même tenté de dire que les sociétés postmodernes, caractérisées par l'incertitude et, partant, par l'angoisse, fournissent un terreau particulièrement fertile au développement de cette pensée, qui possède cette grande vertu de rassurer face à l'avenir. D'ailleurs, ce n'est peut-être pas un hasard si la part du mythe est si grande dans le constitutionnalisme américain, plus particulièrement dans le droit de la liberté d'expression. Ce droit se fonde en effet sur une *mythologie*, qui présente faussement l'interprétation positive contemporaine de cette liberté comme procédant d'une tradition immémoriale. Tenue pour avérée dans le discours majoritaire, cette mythologie contribue à placer cette interprétation à toutes fins utiles hors du champ critique, étant assistée dans cette tâche par des *métaphores*, dont une, celle du "marché libre des idées", légitime l'inconstitutionnalité de toute intervention étatique visant à remédier aux carences dudit marché, celui-ci étant censé assurer le triomphe de la vérité lors du "choc des idées". Véritable mantra judiciaire, cette métaphore encourage la croyance en l'infaillibilité du marché, en plus de présenter le statu quo interprétatif en matière de liberté d'expression comme procédant de la simple prise en compte de cette infaillibilité. Enfin, autant la mythologie de la "tradition immémoriale" que la métaphore du "marché libre des idées" renforcent la référence identitaire américaine et confortent l'exceptionnalisme de la culture juridique de ce pays.

Imbriquées et invisibilisées dans une structure idéologique de laquelle procède le droit et à laquelle il participe, elles compliquent singulièrement la réception judiciaire d'arguments novateurs car, bien qu'étant de purs construits, elles sont présentées comme des donnés immuables et intangibles. D'où leur statut d'obstacles épistémologiques. En fait, comme s'il s'agissait véritablement de talismans, leur action conjuguée protège le statu quo contre pratiquement toute velléité de transformation. Pour reprendre une expression chomskyenne, les talismans du droit "fabriquent" le consentement des juristes et des justiciables à l'ordre que ce droit impose. De pareils talismans bloqueront d'autant plus longtemps l'évolution de la pensée juridique dans un pays si, à l'instar de la mythologie et de la métaphore étudiées, ils font partie de sa "constitution implicite". Ce qui conforte l'idée de Pierre Legendre, selon qui "[un droit] ne saurait produire ni prendre en compte

[1538] *Id.*, p. 19.
[1539] *Id.*, pp. 223-235.

n'importe quoi, car il est lié à la structure mythique de la vérité nationaliste." [1540] En sorte que, comme on l'a montré, toute la mythologie autour du premier amendement est inextricablement liée à une double entreprise de construction et de préservation de l'identité américaine. D'où la réaction souvent extrêmement négative d'un large segment de l'establishment juridique américain à la critique juridique identitaire: ne débusque pas qui veut les mythes fondateurs de la plus grande puissance du monde... D'où, corollairement, la difficulté qu'éprouvent les tenants de cette critique à faire accepter leur conception divergente de la liberté d'expression, la charge identitaire du premier amendement étant tout simplement trop forte. D'où, enfin, un constat: à l'angoisse identitaire qui inspire la critique de juristes issus de groupes historiquement désavantagés répond l'angoisse identitaire de ceux qu'elle confronte, dont l'identité, "américaine", est celle, "normale", à l'aune de laquelle toutes les autres sont évaluées. En sorte que cette réponse, protégée par les talismans du droit, n'est pas vue comme participant elle aussi de l'affirmation d'une identité spécifique, mais comme opposant une réponse "neutre" à ce que d'aucuns qualifieraient de délire identitariste.

La modernité dans l'oeil de la tempête

Derrière cet affrontement entre juristes qui s'affichent explicitement comme identitaristes et d'autres qui souvent le sont implicitement se cache non seulement un conflit sur la saisie juridique des identités, mais aussi sur la nature et les conditions de la citoyenneté. Plus fondamentalement encore, ce conflit a trait au sens à donner à la modernité politique et juridique. De fait, la critique juridique identitaire participe à cette remise en question générale du legs de la modernité. Comme le remarquent Luc Ferry et Alain Renaut, "[f]ace au destin tragique d'une modernité qui, lieu de la proclamation des droits de l'homme, en a aussi accompli, à travers les pratiques des régimes totalitaires, les plus effrayantes négations, c'est une démarche devenue rituelle, depuis quelques années, que d'incriminer cette modernité elle-même."[1541] Ainsi, on peut loisiblement estimer problématique pour l'idée même des droits fondamentaux l'historicisation systématique et, devrions-nous ajouter la "culturalisation" tout aussi systématique, du moins non nuancée, de ces droits. En effet, le postulat sous-jacent de ces droits est la croyance en une humanité transcendante. Or, force est de reconnaître que cette perspective kantienne est battue en brèche par l'historicisation et la culturalisation sans précédent des droits fondamentaux. Pourtant, l'identité, qu'elle soit sexuelle, ethnique ou raciale, n'explique pas tout[1542]. Il faut donc

---

[1540] P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir [:] Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Éditions de Minuit, 1976, p. 72.
[1541] L. FERRY et A. RENAUT, *Philosophie politique. 3. Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris, Quadrige / Presses Universitaires de France, 1996, p. 43.
[1542] Comme le remarque Alain-Gérard Slama, "[t]oute culture, même la culture occidentale, tend à devenir totalitaire quand elle cesse de se percevoir comme une grille de lecture et un outil de communication, pour se

impérieusement rejeter tout déterminisme identitaire, d'autant plus que, comme nous l'avons vu, le déterminisme d'un certain segment de la critique juridique identitaire emporte lui aussi la création de nouveaux mythes qui, comme ceux du droit moderne, sont susceptibles d'agir comme obstacles épistémologiques. Aussi, pour utile qu'elle soit, l'entreprise de déconstruction des mythes du droit moderne, de dévoilement de ses non-dits, ne doit pas nous duper: elle ne vise souvent qu'à remplacer un dogme par un autre. Dans cet esprit, autant la critique de la modernité paraît nécessaire, autant cette critique ne doit pas reposer sur un postulat antimoderne simpliste. Il est d'ailleurs plus que douteux qu'une "démodernisation"[1543] inconsidérée offre un antidote à la souffrance de celles et ceux qui ont été exclues de la modernité précisément en raison de leur identité. En sorte que, bien que généralement bien fondée, la critique juridique identitaire n'est pas elle-même non problématique. L'utopie égalitariste dont elle est porteuse ne devrait jamais devenir dogme: "À la condition qu'on sache en jouer librement, qu'on ne la livre pas à la dictature d'une faction, l'utopie est un outil d'exploration des éventualités, éclairant des obstacles comme des possibilités, rappelant aux sociétés leur insurmontable finitude."[1544]

En revanche, se barricader derrière une défense aveugle de la modernité juridique comme le font certains juristes anti-identitaristes, représente un autre cul-de-sac. Il importe ainsi de récuser l'idée voulant que l'identité n'ait aucune incidence sur le social et, partant, qu'il faille l'ignorer en droit par le truchement d'une égalité formelle-procédurale aveugle à la condition concrète de ceux-là mêmes qui sont les titulaires des droits fondamentaux que l'on prétend défendre. Car, ne l'oublions pas, d'un point de vue juridique, les revendications identitaires sont d'abord et avant tout des revendications égalitaristes. Comme le disait Lucien Sfez:

> Personne n'y croit, tout le monde la veut, l'égalité. Depuis que les hommes ont compris que les dieux étaient trop lointains pour décider de l'action quotidienne, plus tard, dès qu'ils ont su qu'ils n'étaient qu'un chaînon minuscule et temporaire dans l'histoire de l'évolution, l'égalité est devenue inexorablement leur seule définition possible. Je suis comme tu es: fondement ultime de toute vie individuelle en société. L'image symbolique a beau vagabonder, s'user, souffrir du déni et de toute inversion. Mais base de toute identité et de

---

vouloir l'expression d'une identité. Ce sont alors les catégories sur lesquelles la civilisation a fondé la liberté - séparation de Dieu et de César, distinction du public et du privé, pluralisme de la personne - que chaque revendication identitaire s'emploie à contredire. Quand des associations de handicapés ou de malades du sida font pression pour obtenir plus d'équipements ou de crédits de recherche, leurs moyens sont ceux de la démocratie. Mais quand ces mêmes associations se réclament d'une "culture", leurs exigences changent de nature. Voilà qu'elles prétendent dire la norme, contrôler le discours, inventer de nouvelles façons, nullement plurielles, d'être au monde, de créer et d'aimer. Loin de s'identifier à la tolérance, la différence devient la matrice d'un code de comportement, de pensée et de droit qui se pense et se veut répressif." Voir: A.-G. SLAMA, *La régression démocratique*, Paris, Fayard, 1995, p. 73.

[1543] Le mot "démodernisation" est d'Alain Touraine. Voir: A. TOURAINE, *op. cit.*, note 1520.

[1544] F. DUMONT, *Raisons communes*, Montréal, Boréal, 1995, p. 218.

> toute identification, elle demeure comme clef de compréhension et d'action pour la petite part de vie qui nous est mesurée, et même pour un impossible Au-delà. Dégradée et malade, elle persiste et signe.[1545]

Bref, on serait tenté de dire ceci: l'identité-limite, certes non, mais l'identité-tremplin, pourquoi pas? Force est de se demander, toutefois, si cette idée d'identité-tremplin ne nous ramène pas, en cette ère d'angoisse identitaire, à revoir cette vielle notion, malheureusement discréditée depuis quelques décennies, qu'est l'*humanisme juridique*. Un retour vers cette notion, intimement liée à l'émergence des "droits de l'Homme", ne saurait toutefois être réalisé sans se questionner sur l'universalisme et la part d'abstraction qu'elle suppose.

D'une part, l'idée d'humanisme repose sur un postulat universaliste, qui nous rappelle du reste les nécessaires visées universalistes des droits fondamentaux.. Or, on sait combien l'universalisme a mauvaise presse dans la mouvance identitariste. On lui reproche notamment - et non sans raison - d'avoir été un outil dans le processus d'occultation des points de vue de nombreux groupes historiquement défavorisés. Certains vont même jusqu'à refuser toute légitimité à une telle notion. Mais encore là, nous semble-t-il, les extrêmes sont à éviter. De fait, il convient de réaffirmer à la fois combien le juridique et la démocratie sont indissociables d'un certain universalisme et combien ce dernier peut être différent de l'universalisme impérialiste et niveleur que l'Occident moderne a pratiqué depuis environ trois siècles:

> Droits de l'homme et démocratie sont (...) porteurs d'une exigence d'universalité et d'inconditionnalité qui traduit le caractère éthique de leur inspiration. Qu'est-ce, en effet, que les droits de l'homme sinon (...) l'ouverture d'un processus historique, non maîtrisable par le pouvoir au travers duquel sont risquées des formes inédites de vie sociale au fur et à mesure que s'approfondit la requête en vue de la dignité de la vie humaine et que s'élargit le cercle de ses bénéficiaires? Quant à la démocratie, elle est sans doute moins le gouvernement de la cité par la majorité que ce régime qui, tolérant en son sein la représentation de la division sociale, admet l'expression (pacifique) du dissensus et, ce faisant, respecte les droits de la minorité. Elle apparaît dès lors comme ce régime dans lequel la participation à la décision est assurée à un nombre toujours plus grand de citoyens.[1546]

De même, il convient de rappeler que les conditions particulières entourant la naissance d'un principe juridique et l'histoire de son évolution, qu'elle soit enthousiasmante ou non, ne font pas a priori obstacle à son universalité, tout comme les déterminismes historiques qui lui sont liés ne

---

[1545] L. SFEZ, *Leçons sur l'égalité*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1984, p. 289.
[1546] P. RICOEUR, "Éthique et politique", *Esprit*, mai 1985, p. 1, à la p. 10. Plus tard, Ricoeur, dans *Soi-même comme un autre*, parlera d'"universel contextuel ou inchoactif".

l'emprisonnent pas dans une interprétation définitive, l'"assignation aux origines" ayant ses limites. Comme le dit Pierre Bourdieu, "[i]l faut abandonner la question du fondement et accepter que le droit, comme la science, comme l'art (les problèmes sont les mêmes en matière de droit et d'esthétique), peut n'être fondé que dans l'histoire, dans la société, sans que soient anéanties pour autant ses prétentions à l'universalité."[1547] De telle sorte qu'à l'imposition, dans un contexte de domination, d'un universel qui n'est rien d'autre qu'un particulier universalisé, il devient possible de substituer un universel qui se constitue de manière discursive hors des rapports de domination ou, à tout le moins, qui, étant conscient de la présence possible de tels rapports, fait l'impossible pour les éliminer - et non les occulter - au moment de la discussion des normes. Voyons comment Habermas reproblématise la question de l'universalité normative en l'inscrivant dans un projet radical d'émancipation:

> Briser les chaînes d'une fausse et prétendue universalité de principes universalistes, épuisés sélectivement et appliqués sans égard au contexte, a toujours requis, et requiert aujourd'hui encore, des mouvements sociaux et des luttes politiques, et ce afin d'apprendre, à partir des douloureuses expériences et des souffrances *irréparables* des opprimés et des offensés, des blessés et des massacrés, que personne n'a le droit d'être exclu de l'universalisme moral - ni les classes sous-privilégiées, ni les nations exploitées, ni les femmes domestiquées, ni les minorités marginalisées. Celui qui, au nom de l'universalisme, exclut l'Autre, (...) trahit sa propre idée. Ce n'est que dans la libération radicale des histoires de vie individuelles et des formes de vie particulières que s'affirme l'universalisme de l'égal respect pour chacun et de la solidarité avec tout ce qui porte visage humain.[1548]

Parler d'un retour à l'humanisme implique donc inévitablement un certain universalisme.

D'autre part, l'humanisme emporte une exigence minimale d'abstraction dans la représentation de la personne humaine. Chacune est en effet représentée comme ayant droit à un égal respect et à une égale dignité et ce, indépendamment de ses caractéristiques personnelles. Mais, pour éviter que ce "nouvel humanisme" s'enlise dans les mêmes ornières qui lui ont valu d'être discrédité, il se doit d'être pratiqué lucidement. Cet humanisme juridique nouvelle manière doit donc nécessairement être *critique*[1549], c'est-à-dire qu'il doit se montrer conscient des difficultés concrètes de réalisation des idéaux qu'il véhicule. Autrement dit, il doit s'assurer des conditions d'émergence d'un sujet qui soit véritablement *capable*[1550].

[1547] P. BOURDIEU, *loc. cit.*, note 166, p. 95, à la p. 95

[1548] J. HABERMAS, *op. cit.*, note 608, p. 107-108. Les italiques sont nôtres.

[1549] En ce sens, voir: L. FERRY et A. RENAUT, *op. cit.*, note 1541, pp. 55-69.

[1550] Voir: P. RICOEUR, *op. cit.*, note 125, p. 20. Si l'on revient au débat sur l'égalité et la liberté d'expression, cette accession au rang de Sujet *capable* suppose que celles et ceux à qui l'on a nié ce rang dans le passé retrouvent,

Cette proposition d'effectuer un retour vers l'humanisme juridique vise en fait à répondre à ce qui paraît être le grief le plus fondamental de la critique juridique identitaire, en l'occurrence l'exclusion de plusieurs groupes "autres" du champ de l'exercice de la subjectivité concrète. De fait, les théoriciens qui, vers le début des années soixante, ont annoncé la mort du Sujet ont alors réussi à produire précisément ce qu'il reprochait à la subjectivité de produire: l'exclusion. C'est ainsi qu'avant même de pouvoir accéder *concrètement* au statut de Sujet, de pouvoir exercer les droits qui se rattachent à ce statut, des groupes historiquement désavantagés se sont fait dire qu'il ne valait plus la peine de ruer dans les brancarts pour que leurs membres soient traités comme des Sujets puisque le concept lui-même était dépassé. De toute évidence, le fait que, deux décennies plus tard, une critique juridique identitaire ait éclos démontre que le concept de Sujet, plus que jamais nécessaire, mérite une résurrection, tout comme l'humanisme juridique.

Cela dit, un regard neuf porté sur une vieille notion comme l'humanisme juridique ne peut être utile que si l'on parvient à se dégager de ce qui, précisément, a accéléré sa mise au rancart. Or, à cet égard, la réflexion épistémologique s'impose une fois de plus comme un moyen d'éviter les obstacles sur lequel l'humanisme juridique a autrefois buté. D'où la nécessité d'un retour à ce type de réflexion dans le champ du droit, particulièrement s'agissant de saisir le phénomène identitaire.

Éloge du doute (bis)

Une épistémologie est, par la force des choses, imparfaite. En ce sens, un peu comme l'histoire, aucune épistémologie ne peut être "finie" ou "achevée". Elle demeure toujours perfectible: en tant que projet, elle n'est que prétention. Aussi devons-nous réitérer notre conviction qu'il est absolument nécessaire que, dans une démarche *consciente*, les juristes réhabilitent le doute dans le droit. Mais pas n'importe quel doute, et surtout pas celui qui mène au scepticisme inhibiteur d'action. Alors lequel? Pour répondre à cette question, reportons-nous au but recherché par la réintroduction du doute dans le droit. Essentiellement, ce but est d'empêcher que la pensée se complaise dans le confort d'un dogmatisme qui la clôt, peu importe qu'il soit identitariste ou anti-identitariste. Aussi, le doute qu'il faut réhabiliter en est un inhérent au droit lui-même, ce type de doute qui, selon René Sève, permet "(...) la prise de conscience de nos limites et la condition de

---

dans les faits, l'accès à l'expression qui, inextricablement lié à leur nouveau statut, témoigne de leur passage du rang d'objet à celui de Sujet. Car, comme disait Barthes dans un autre contexte (il traitait de la société sadienne), "[l]e maître est celui qui parle, qui dispose du langage dans son entier; l'objet est celui qui se tait, reste séparé, par une mutilation plus absolue que tous les supplices érotiques, de tout accès au discours, puisqu'il n'a même aucun droit à recevoir la parole du maître (...)." Voir: R. BARTHES, *op. cit.*, note 1146, p. 36.

notre adaptation à un ordre du monde que nous ne comprenons pas, que nous n'embrassons pas complètement."[1551] Mais également, nous dit encore cet auteur, ce doute qui

> (...) constitue la garantie de notre ouverture au monde, de notre capacité à évoluer avec lui et de nous adapter à lui. Et j'ajouterai, pour vraiment conclure, que le doute est certainement aussi une garantie de notre capacité aux autres. On dit parfois que ce sont les certitudes qui rassemblent les hommes, on peut aussi dire que ce sont leurs incertitudes, leurs incertitudes qui les font travailler ensemble pour y remédier mais qui font aussi accepter les choix différents des autres.[1552]

Pareille démarche ne va toutefois pas de soi pour bon nombre de juristes étant donné l'idéal positiviste de la sécurité juridique, idéal qui, du reste, est trop souvent compris comme un dogme de l'immobilisme. En fait, la réceptivité des juristes, universitaires ou praticiens, à cette idée d'un nécessaire questionnement des postulats et des réalités idéelles de leur discipline, de leurs méthodes d'appréhender certains faits et de l'impact de ces postulats et de ces méthodes risque en bout de ligne d'être fonction de leur conception de ce qu'est le droit, de son rôle dans la société et, surtout, de leur propre rôle en tant que juristes. Le droit n'est-il qu'un "donné" ou, au contraire, est-il un "construit" en évolution. Les juristes ne sont-ils que les interprètes serviles et passifs d'un ordre sur lequel ils n'ont rien à dire, sinon d'un point de vue strictement technique? Ou bien se veulent-ils acteurs de la société dans laquelle ils évoluent et sur laquelle ils détiennent un savoir spécifique? En bref, veulent-ils, oui ou non, assumer les responsabilités inhérentes à un statut de "jurisprudents"? De créateurs et d'acteurs qu'ils furent et qu'ils pourraient redevenir, se contenteront-ils du rôle de sous-traitants de la pensée des autres, du rôle, certes important mais néanmoins limité, d'interprètes?

Une épistémologie juridique qui permette une saisie complexe de l'identité doit être ouverte, avons-nous dit. Mais, contrairement à ce que veulent - ou semblent vouloir - certaines épistémologies, le caractère impératif de cette ouverture n'est pas tant fonction de la culpabilité des uns face à l'exclusion que subissent les "autres" que de la prise en considération de certains faits sociaux dont l'existence paraît difficilement contestable - c'est le cas des conditions identitaires -, d'une part, et de la reconnaissance que l'épistémologie juridique positiviste a pu contribuer à l'occultation de ces faits, d'autre part. La légitimité du système juridique passe notamment par sa capacité d'appréhender ces conditions. En effet, une épistémologie de la complexité veut instaurer les réflexes nécessaires à l'évitement systématique de toutes les

---

[1551] R. SÈVE, *loc. cit.*, note 473, à la p. 124.
[1552] *Ibid.*

dictatures de la pensée, qu'il s'agisse de celles imposées par le rationalisme ou l'anti-rationnalisme, par l'objectivisme ou le subjectivisme ou bien par l'optimisme aveuglant ou le nihilisme réducteur.

Il faut donc aller au-delà des dichotomies auxquelles nous, juristes, avons parfois tendance à recourir étant donné l'approche catégorielle de notre discipline. Un slogan du genre "l'identité contre la citoyenneté" est peut-être vendeur, mais aussi combien réducteur. Comme le devient vite une application totalisante de la dialectique des rapports de domination ou un certain "crois ou meurs" identitaire. Il nous apparaît à cet égard essentiel de contredire ceux qui font de l'identité un monolithe parfaitement symétrique. Dans cette optique, sans être une panacée, la reproblématisation de la démarche de saisie du phénomène identitaire qui découle d'un questionnement épistémologique de la tension objectivité-subjectivité peut selon nous contribuer à éclaircir un peu les termes des débats identitaires[1553]. Enfin, conséquence de ce qui précède, il nous semble nécessaire de se battre contre ce fameux "prisme pathologique", c'est-à-dire la tendance à réduire un phénomène à ses ratés ou à ses lacunes. Ainsi, de même qu'il faut récuser l'anti-identitarisme primaire, il faut également rejeter l'anti-libéralisme, l'anti-rationalisme et l'anti-positivisme, tout aussi primaires, d'une certaine critique. Surtout, la reconnaissance des liens du droit avec le politique ou le social et leur évaluation critique ne devraient surtout pas mener à la négation du droit, bref à l'anti-juridisme. Nous ne pouvons donc que reprendre à notre compte ces paroles du regretté sociologue et philosophe Fernand Dumont: "Au milieu des décombres, j'ai tâché de ne pas me laisser submerger par le scepticisme au point d'en faire une sagesse. J'ai voulu savoir si, parmi les ruines, il ne fallait pas procéder à un réexamen qui exclurait aussi bien les anciennes servitudes que le cynisme affiché en certains quartiers. Pour le reste, j'essaie de garder méfiance envers les dogmatismes, d'où qu'ils viennent."[1554] Ainsi pourra-t-on aller au-delà du manichéisme dans la saisie juridique de l'identitaire. Du moins, souhaitons-le.

[1553] Voir dans ce sens: M.J. HORWITZ, *op. cit.*, note 11, p. viii.
[1554] F. DUMONT, *Une foi partagée*, Montréal, Bellarmin, 1996, p. 11.

BIBLIOGRAPHIE

I - DOCUMENTS INTERNATIONAUX

A) Instruments normatifs

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 R.T.N.U. 195.

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 78 R.T.N.U. 277.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1249 R.T.N.U. 13.

Pacte international relatif aux droits civil et politiques, 999 R.T.N.U. 171.

B) Décisions

Affaire Faurisson (Comité des droits de l'homme, 58ième session, 21 octobre - 8 novembre 1996, CCPR/C/58/D/550/1993, 16 décembre 1996).

C) Autres documents

NATIONS UNIES, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. État au 31 décembre 1995*, New York, Nations Unies, 1996, p. 103.

II - DOCUMENTS NORMATIFS NATIONAUX (Constitutions, lois et règlements)

A) Canada

Loi constitutionnelle de 1982, Partie 1, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Code civil du Bas-Canada.

Code civil du Québec.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.

Loi sur les Indiens, L.R.C., c. I-5.

Loi sur le multiculturalisme canadien, L.R.C. 1985, c. C-18.7.

Code de déontologie des avocats, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1.

B) États-Unis

United States Constitution, American Bill of Rights, Articles in Addition to, and Amendment of the Constitution of the United States of America, Proposed by Congress, and Ratified by the Legislatures of the Several States, Pursuant to the Fifth Article of the Original Constitution.

III - JURISPRUDENCE

A) Canada

Andrews c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

Avis sur la législation albertaine, [1938] R.C.S. 100.

Boucher c. *R.*, [1951] R.C.S. 265.

B (R.) c. *Children's Aid*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Canada (C.D.P.) c. *Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Canada (Vérificateur général) c. *Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Resssources)*, [1989] 2 R.C.S. 49.

Chaput c. Romain, [1955] R.C.S. 834.

Comité pour la République du Canada c. *Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139.

Devine c. *Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790.

Edmonton Journal c. *Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Egan c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

Ford c. *Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

Haig c. *Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995.

Irwin Toy Ltd. c. *Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Janzen c. *Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. *Fondation du Théâtre du Nouveau Monde*, [1979] C.A. 491.

Kane v. *Church of Jesus Christ Christian-Aryan Nations (No. 3)*, (1993) 18 C.H.R.R. D/268 (Alta Bd. of Inquiry).

McAleer v. *Canada (H.R.C.)*, [1996] C.R.D. 525.25-07 (C.F., 1ère inst., 6 février 1996, T-404-94).

Miron c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 411.

Operation Dismantle c. *R.*, [1985] 1 R.C.S. 441.

P.(D.) c. *S.(D.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

R. c. *Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870.

R. c. *Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

R. c. *Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

R. c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

R. c. *Keegstra*, [1996] 1 R.C.S. 458.

R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

R. c. *Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207.

R. c. *Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

R. c. *Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

R. c. *Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

Renvoi relatif à l'article 193 et à l'alinéa 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123.

RJR-MacDonald Inc. c. *Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Ross c. *Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

Saumur c. *City of Québec*, [1953] R.C.S. 299.

Saskatchewan (H.R.C.) v. *Engineering Students' Society, University of Saskatchewan*, (1989) 72 Sask. R. 161 (Sask. C.A.).

SRC c. *Dagenais*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Switzman c. *Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

Thibaudeau c. *Canada*, [1995] 627.

Young c. *Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

B) <u>États-Unis d'Amérique</u>

A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. *Attorney General of Massachussetts*, 86 S. Ct. 975 (1966).

Abrams v. *United* States, 40 S. Ct. 17 (1919).

A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. *United States*, 55 S. Ct. 837 (1935).

American Booksellers Association, Inc. v. *Commonwealth of Virginia*, 882 F. 2d 125 (1989) (U.S.C.A., 4ième circuit).

American Booksellers Association, Inc. v. *Hudnut*, 771 F. 2d 323 (1985) (U.S.C.A., 7ième circuit), confirmé sommairement par la Cour suprême à 106 S. Ct. 1172 (1986).

American Booksellers Association, Inc. v. *Strobel*, 617 F. Supp. 699 (D.C. Va. 1985).

Austin v. *Michigan Chamber of Commerce*, 110 S. Ct. 1391 (1990).

Bachellar v. *Maryland*, 90 S. Ct. 1312 (1970).

Barnes v. *Glen Theatre, Inc.*, 111 S. Ct. 2456 (1991).

Beauharnais v. *Illinois*, 72 S. Ct. 725 (1952)

Bella Lewitsky Dance Foundation v. *Frohnmayer*, 754 F. Supp. 774 (C.D. Cal. 1991).

Bowers v. *Hardwick*, 106 S. Ct. 2841 (1986).

Brandenburg v. *Ohio*, 89 S. Ct. 1827 (1969).

Brown v. *Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

Buckley v. *Valeo*, 96 S. Ct. 612 (1976).

Cantwell v. *Connecticut*, 60 S. Ct. 900 (1940).

Capital Square Review and Advisory Board v. *Pinette*, 132 L. Ed. 2d 650 (1995).

Carter v. *Carter Coal Co.*, 56 S. Ct. 855 (1936).

Chaplinsky v. *New* Hampshire, 62 S. Ct. 766 (1942).

Cohen v. *California*, 91 S. Ct. 1780 (1971).

Collin v. *Smith*, 578 F. 2d 1197 (1978) (Cour d'appel des États-Unis, 7ième circuit); certiorari refusé par la Cour suprême dans 99 S. Ct. 291 (1978).

Commonwealth of Massachusetts v. *Davis*, 162 Mass. 510 (1895).

Commonwealth of Virginia v. *American Booksellers Association, Inc.*, 372 S.E. 2d 618 (S.C. Va. 1988).

Cox v. *Louisiana* (1), 85 S. Ct. 453 (1965).

Dambrot v. *Central Michigan University*, 55 F.3d 1177 (6th Cir. 1995).

Davis v. *Commonwealth of Massachusetts*, 17 S. Ct. 731 (1897).

Debs v. *United States*, 39 S. Ct. 900 (1919).

Dennis v. *United States*, 341 U.S. 494, aux pp. 524-525 (1951). [modifier pour S. Ct.]

Doe v. *University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989).

Dred Scott v. *Sanford*, 60 U.S. 393 (1857).

Dworkin v. *Hustler Magazine*, 867 F. 2d 1188 (U.S.C.A., 9ième circuit, 1989).

Edwards v. *South Carolina*, 83 S. Ct. 680 (1963).

FCC v. *Pacifica Foundation*, 98 S. Ct. 3026 (1978).

Feiner v. *New York*, 71 S. Ct. 303 (1951).

Finley v. *NEA*, 795 F. Supp. 1457 (C.D. Cal. 1992).

First National Bank of Boston v. *Bellotti*, 98 S. Ct. 1407 (1978).

Garner v. *Louisiana*, 82 S. Ct. 248 (1961).

Ginsberg v. *New York*, 88 S. Ct. 1274 (1968).

Ginzburg v. *United States*, 86 S. Ct. 942 (1966).

Gitlow v. *New York*, 45 S. Ct. 625 (1925).

Hannegan v. *Esquire, Inc.*, 66 S. Ct. 456 (1946).

Harris v. *Forklift*, 114 S. Ct. 367 (1994).

Harris v. *McRae*, 100 S. Ct. 2671 (1980).

Hess v. *Indiana*, 94 S. Ct. 326 (1973).

Home Building & Loan Association v. *Blaisdell*, 54 S. Ct. 231 (1934).

Hustler Magazine, Inc. v. *Falwell*, 108 S. Ct. 876 (1988).

In Re Joshua H., 17 Cal.Rptr.2d 291 (Cal.App.6 Dist. 1993).

In Re M.S., 42 Cal. Rptr.2d 355 (Cal. 1995).

In Re Stevens S., 31 Cal.Rptr.2d 644 (Cal.App. 1 Dist. 1994).

Iota Xi Chapter v. *George Mason University*, 993 F.2d 386 (4th Cir. 1993).

Jacobellis v. *Ohio*, 84 S. Ct. 1676 (1964).

Joseph Burstyn, Inc. v. *Wilson*, 72 S. Ct. 777 (1952).

Kaplan v. *California*, 93 S. Ct. 2680 (1973).

Khalid Abdullah Tariq Al Mansour Faissal Fahd Al Tatal v. *Fanning*, 506 F. Supp. 186 (N.D. Cal. 1980).

Kovacs v. *Cooper*, 336 U.S. 77 (1949).

Kunz v. *New York*, 71 S. Ct. 312 (1951).

Lincoln Federal labor Union v. *Northwestern Iron & Metal Co.*, 69 S. Ct. 251 (1949).

Lochner v. *New York*, 25 S. Ct. 539 (1905).

Manual Enterprises, Inc. v. *Day*, 82 S. Ct. 1432 (1962).

Marbury v. *Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

McIntyre v. *Ohio Elections Committee*, 115 S. Ct. 1511 (1995).

Meritor Savings Bank v. *Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

Metro Broadcasting v. *Federal Communications Commission*, 110 S. Ct. 1997 (1990).

Michigan United Conservation Clubs v. *CBS News*, 485 F. Supp. 893 (W.D. Mich. 1980), confirmé dans 665 F.2d 110 (C.A. 6ième circuit, 1981).

Miller v. *California*, 93 S. Ct. 2607 (1973).

Miller v. *Civil City of South Bend*, 904 F. 2d 1081 (1990) (U.S.C.A., 7ième circuit).

Miller v. *Johnson*, (1995) 132 L. Ed. 2d 762.

Mishkin v. *New York*, 86 S. Ct. 958 (1966).

Morehead v. *New York ex. rel. Tipaldo*, 56 S. Ct. 918 (1936).

Murdock v. *Pennsylvania*, 63 S. Ct. 870 (1943).

National Labor Relations Board v. *Jones & Laughlin Steel Co.*, 301 U.S. 1 (1937).

Nebbia v. *New York*, 54 S. Ct. 505 (1934).

New York Times Co. v. *Sullivan*, 84 S. Ct. 710 (1964).

New York v. *Ferber*, 102 S. Ct 3348 (1982).

Osborn v. *Ozlin*, 310 U.S. 53 (1940).

Paris Adult Theatre I v. *Slaton*, 93 S. Ct. 2628 (1973).

Patterson v. *Colorado*, 27 S. Ct. 556 (1907).

People v. *Baker*, 25 Cal.Rptr.2d 372 (Cal.App. 4 Dist. 1993).

People v. *MacKenzie*, 40 Cal.Rptr.2d 793 (Cal.App. 6 Dist. 1995).

People v. *Superior Court (Aishman)*, 22 Cal.Rptr.2d 311 (Cal.App. 4 Dist. 1993).

Phelps Dodge v. *National Labor Relations Board*, 313 U.S. 177 (1941).

Planned Parenthood v. *Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992).

Plessy v. *Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

Police Department of Chicago v. *Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

Pope v. *Illinois*, 107 S. Ct. 1918 (1987).

Posadas de Puerto Rico Associates v. *Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S. Ct. 2968 (1986).

R.A.V. v. *St. Paul*, 112 S. Ct. 2538 (1992).

Redrup v. *New York*, 87 S. Ct. 1414 (1967).

Reno v. *A.C.L.U.*, Cour suprême des États-Unis, n° 96-511, le 26 juin 1997.

Roe v. *Wade*, 93 S. Ct. 705 (1973).

Roth v. *United States*, 77 S. Ct. 1304 (1957).

Rust v. *Sullivan*, 111 S. Ct. 1759 (1991).

Sable Communications of California, Inc. v. *FCC*, 109 S. Ct. 2829 (1989).

Schad v. *Mount Ephraim*, 101 S. Ct. 2176 (1981).

Schenck v. *United States*, 39 S. Ct. 247 (1919).

Shaw v. *Reno*, (1993) 113 S. Ct. 2816.

Simon & Schuster Inc. v. *N.Y. State Crime Victims Board*, 112 S. Ct. 501 (1991).

Stanley v. *Georgia*, 89 S. Ct. 1243 (1969).

State v. *McKnight*, 511 NW.2d 389 (Iowa 1994) (certiorari refusé à 114 S. Ct. 2116 (1994)).

State v. *Mortimer*, 641 A.2d 257 (N.J. 1994) (certiorari refusé à 115 S. Ct. 440 (1994)).

State v. *Ramsey*, 430 S.E.2d 511 (S.C. 1993).

State v. *Sheldon*, 629 A.2d 753 (Md. 1993)

State v. *T.B.D.*, 638 So.2d 165 (Fla.App. 1 Dist. 1994)

State v. *Talley*, 858 P.2d 217 (Wash. 1993).

State v. *Vanatter*, 869 SW. 2d 754 (Mo. 1994).

State v. *Vawter*, 642 A.2d 349 (N.J. 1994).

Stegmaier v. *State*, 863 SW.2d 924 (Mo.App. 1993).

Steward Machine Co. v. *Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

Terminiello v. *Chicago*, 69 S. Ct. 894 (1949).

Texas v. *Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989).

Thomas v. *Collins*, 65 S. Ct. 315 (1945).

Towne v. *Eisner*, 38 S. Ct. 158, à la p. 159 (1918).

U.S. v. *Stewart*, 65 F.3d 918 (11th Circuit, 1995).

United States v. *Carolene Products Co.*, 58 S. Ct. 778 (1938).

United States v. *Butler*, 56 S. Ct. 312 (1936).

United States v. *Darby*, 61 S. Ct. 451 (1941).

United States v. *Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990).

United States v. *Hays*, (1995) 132 L. Ed. 635.

United States v. *Knox*, 32 F. 3d 733 (3rd Circuit, 1994); cert. refusé: U.S.C.S. 17 janvier 1995, n° 94-413, 1994 WL 512613.

United States v. *O'Brien*, 88 S. Ct. 1673 (1968).

UWM Post, Inc. v. *Board of Regents*, 774 F.Supp. 1163 (E.D. Wis. 1991).

Village Books, Inc. v. *City of Bellingham*, C88-1470D (W.D. Wash.), jugement non rapporté cité dans: N. STROSSEN, *Defending Pornography. Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*, New York, Scribner, 1995.

Virginia v. *American Booksellers Association, Inc.*, 109 S. Ct. 254 (1988).

Ward v. *Rock Against Racism*, 109 S. Ct. 2746 (1989).

West Coast Hotel Co. v. *Parrish*, 57 S. Ct. 578 (1937).

Whitney v. *California*, 47 S. Ct. 641 (1927).

Wickard v. *Filburn*, 63 S. Ct. 82 (1942).

Wisconsin v. *Mitchell*, 113 S. Ct. 2194 (1993).

Young v. *American Mini Theatres*, 96 S. Ct. 2440 (1976).

C) Royaume-Uni

R. v. *Hicklin*, (1868) L.R. 3 Q.B. 360.

D) France

Décision sur le Statut de la Corse, Conseil constitutionnel français, décision n° 91-290, 9 mai 1991, *JO* 14 mai 1991, p. 6350-6354.

IV - OUVRAGES

ABEL, R., *Speech and Respect*, London, Stevens & Sons / Sweet & Maxwell, 1994.

ABOU, S., *Cultures et droits de l'homme*, Paris, Hachette, 1992.

ABOU, S., *L'identité culturelle. Relations interethniques et problèmes d'acculturation*, 2ième éd., Paris, Éditions Anthropos, 1986, collection "Pluriel", n° 8735, p. 31.

ALSTON, W.P., *Epistemic Justification. Essays in the Theory of Knowledge*, Ithaca / London, Cornell University Press, 1989.

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *Freedom of Expression. A.C.L.U. Briefing Paper n° 10*, New York, A.C.L.U., 1992

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *Hate Speech on Campus. A.C.L.U. Briefing Paper n° 16*, New York, A.C.L.U., 1992.

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *Shall We Defend Free Speech for Nazis in America*, New York, A.C.L.U., 1934.

ANDRÉANI, T. et FÉRAY, M., *Discours sur l'égalité parmi les hommes. Penser l'alternative*, Paris, L'Harmattan, 1993.

ANGENOT, M., *Les idéologies du ressentiment*, Montréal, XYZ éditeur, 1996.

ANTONY, L.M., et WITT, C., (dir.), *A Mind of One's Own. Feminist Essays on Reason & Objectivity*, Boulder / San Francisco / Oxford, Westview Press, 1993.

ARCAND, B., *Le Jaguar et le Tamanoir. Vers le degré zéro de la pornographie*, Montréal, Boréal, 1991.

ARENDT, H., *Le système totalitaire*, préface de L. Ferry, Paris, France Loisirs, 1972.

ARNAUD, A.-J., *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

ARONSON, R., *After Marxism*, New York, Guilford Press, 1995.

ARTHURS, H. (prés.), *Le droit et le savoir. Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada par le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983.

ATIAS, C., *Épistémologie du droit*, collection "Que sais-je?", n° 2840, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

ATIAS, C., *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 17, n° 7.

ATIAS, C., *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, 1990, collection "McGill Legal Studies", n° 6.

AUSTIN, J.L., *How to Do Things with Words*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962.

BACHELARD, G., *Essai sur la connaissance approchée*, Paris, Vrin, 1928.

BACHELARD, G., *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12ième éd., Paris, Vrin, 1983.

BACHELARD, G., *Le nouvel esprit scientifique*, 4ième édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

BADINTER, E., *L'un est l'autre. Des relations entre hommes et femmes*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1986, collections "Points / essais", n° OJ29.

BARON, D., *The English-Only Question. An Official Language for Americans?*, New Haven / London, 1990.

BARTHES, R., *Sade, Fourier, Loyola*, Paris, Seuil, 1971.

BAUDELAIRE, C., *Les fleurs du mal*, Paris, Flammarion, 1991.

BAUDRILLARD, J., *Cool Memories. 1987-1990*, Paris, Galilée, 1990.

BELL, D., *Faces at the Bottom of the Well. The Permanence of Racism*, New York, Basic Books, 1992.

BENHABIB, S., *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, New York, Routledge, 1992, p. 203.

BENOIST, J.-M., *Pavane pour une Europe défunte. L'adieu aux technocrates*, Paris, Denoel / Gonthier, 1978.

BERGER, F., *Freedom, Rights and Pornography*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 156.

BERLIN, I., *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1969.

BHABHA, H., *The Location of Culture*, London / New York, Routledge, 1994.

BLAIS, F., LAFOREST, G. et LAMOUREUX, D. (dir.), *Libéralismes et nationalismes. Philosophie et politique*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1995.

BLOOM, A., *L'âme désarmée. Essai sur le déclin de la culture générale*, Montréal, Guérin littérature, 1987

BOISVERT, Y., *Le Postmodernisme*, Montréal, Boréal, 1995, coll. "Boréal Express", n° 12.

BOLLINGER, L., *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York / Oxford, Oxford University Press / Clarendon Press, 1986.

BOSMAJIAN, H., *Metaphor and Reason in Judicial Opinions*, Carbondale / Edwardsville, Souther Illinois University Press, 1992.

BOUBLIL, A., *Le pouvoir de l'art*, Paris, Belfond, 1991.

BOURDIEU, P., *Homo academicus*, Paris, Les éditions de Minuit, 1984.

BOURDIEU, P., *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit, 1980.

BOXILL, B.R., *Blacks & Social Justice*, revised edition, Lanham, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1992.

BROWNMILLER, S., *Against Our Will. Men, Women and Rape*, New York, Simon & Schuster, 1975.

BRUCKNER, P., *La tentation de l'innocence*, Paris, Grasset, 1995.

BRUN, H. et TREMBLAY, G., *Droit constitutionnel*, 2ième éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1990.

BURELLE, A., *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*, Montréal, Fides, 1995.

BURGER, P., *Theory of the Avant-Garde*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.

BUTLER, J., *Bodies That Matter. On the Discursive Limits of "Sex"*, New York / London, 1993.

BUTLER, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York / London, Routledge, 1990.

CAMUS, A., *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951, collection "Folio / essais, n° 15.

CASTORIADIS, C., *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe IV*, Paris, Seuil, 1996.

CHAFEE, Jr., Z., *Free Speech in the United States*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1942.

CLEARY, E.J., *Beyond the Burning Cross. A Landmark Case of Race, Censorship, and the First Amendment*, New York, Vintage Books, 1995.

COCKS, J., *The Oppositional Imagination. Feminism, Critique, and Political Theory*, London / New York, Routledge, 1989.

COETZEE, J.M., *Giving Offense. Essays on Censorship*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1996.

COHEN-TANUGI, L., *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, P.U.F. / Quadrige, 1992.

COLE, S.G., *Power Surge. Sex, Violence & Pornography*, Toronto, Second Tory Press, 1995.

COLKER, R., *Abortion & Dialogue. Pro-Choice, Pro-Life, & American Law*, Bloomington & Indianapolis, Indiana University Press, 1992.

COLLIER, R., *Masculinity, Law and the Family*, London / New York, Routledge, 1995.

CONNELL, R.W., *Gender and Power: Society, the Person, and Sexual Politics*, Stanford, Ca., Stanford University Press, 1987.

CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA, *Bourses du CRSH: guide du candidat*, Ottawa, CRSHC, 1993.

CORNELL, D., *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction and the Law*, New York / London, 1991.

CORNELL, D., *Transformations. Recollective Imagination and Sexual Difference*, New York / London, Routledge, 1993.

COTTERRELL, R., *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1989.

CRENSHAW, K.W., GOTANDA, N., PELLER, G. et THOMAS, K. (dir.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New York, The New Press, 1995

DE SOUSA SANTOS, B., *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York / London, Routledge, 1995.

DE TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1992.

DELGADO, R. et STEFANCIC, J., *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York / London, New York University Press, 1997.

DELGADO, R., *The Rodrigo Chronicles. Conversations about America and Race*, New York / London, New York University Press, 1995.

DENFELD, R., *The New Victorians. A Young Woman's Challenge to the Old Feminis Order*, New York, Warner Books, 1996.

DERRIDA, J., *Points de suspension. Entretiens choisis et présentés par Élizabeth Weber*, Paris, Galilée, 1992.

DEWEY, J., *Art as Experience*, New York, Perigee Books, 1980.

DÔLE, R., *Le cauchemar américain. Essai sur les vestiges du puritanisme dans la mentalité américaine actuelle*, Montréal, VLB éditeur, 1996.

DONNELLY, J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca / London, Cornell University Press, 1989

DOWNS, D.A., *The New Politics of Pornography*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1989.

DRAPEAU, M., *Le harcèlement sexuel au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1991.

DUGGAN, L. et HUNTER, N.D. (dir.), *Sex Wars. Sexual Dissent and Political Culture*, New York / London, Routledge, 1995, pp. 207-247.

DUMONT, F., *Genèse de la société québécoise*, Montréal, Boréal, 1993.

DUMONT, F., *Raisons communes*, Boréal, 1995.

DUMONT, F., *Une foi partagée*, Montréal, Bellarmin, 1996.

DWORKIN, A. et MacKINNON, C., *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Minneapolis, Minn., Organizing Against Pornography, 1988.

DWORKIN, A., *Intercourse*, New York, Free Press, 1987.

DWORKIN, A., *Letters from a War Zone*, London, Secker and Warburg, 1988.

DWORKIN, A., *Pornography: Men Possessing Women*, New York, Perigee Press, 1981.

DWORKIN, A., *Right-Wing Women*, New York, E.P. Dutton, 1983.

DWORKIN, A., *Woman Hating*, New York, E.P. Dutton, 1974.

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

EAGLETON, T., *Ideology. An Introduction*, London / New York, Verso, 1991.

EASTON, S.M., *The Problem of Pornography. Regulation and the Right to Free Speech*, London / New York, Routledge, 1994.

EASTON ELLIS, B., *American Psycho*, New York, Vintage Books, 1991.

EISENSTEIN, Z., *The Female Body and the Law*, Berkeley / Los Angeles / London, University of California Press, 1988.

ELIADE, M., *Aspects du mythe*, Paris, Gallimard, collection "Folio / essais", n° 100, 1963.

EMBERLEY, P.C. et NEWELL, W.S., *The Decline of Liberal Education in Canada*, Toronto / Buffalo / London, University of Toronto Press, 1994.

EMERSON, T.I., *The System of Free Expression*, New York, Random House, 1970.

ERIKSEN, T.H., *Ethnicity and Nationalism. Anthropological Perspectives*, London, Pluto Press, 1993.

FALUDI, S., *Backlash. The Undeclared War Against American Women*, New York / London / Toronto / Sydney / Auckland, Doubleday, 1991.

FEINBERG, J., *Harm to Others*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, J., *Offense to Others*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1985.

FERGUSON, A., *Blood at the Root. Motherhood, Sexuality & Male Dominance*, London, Pandora Press, 1989.

FERRY, L. et RENAUT, A., *Philosophie politique. 3. Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris, Quadrige / Presses Universitaires de France, 1996.

FERRY, L., *Homo Aestheticus. L'invention du goût à l'âge démocratique*, Paris, Grasset, 1990.

FINKIELKRAUT, A., *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987, collection "Folio / essais", n° 117.

FISH, S., *There's No Such Thing as Free Speech...and it's a Good Thing, Too*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1994.

FISS, O.M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1996.

FITZPATRICK, P., *The Mythology of Modern Law*, London / New York, Routledge, 1992.

FLETCHER, G.P., *De la loyauté. Entre le communautarisme et le libéralisme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996.

FOUCAULT, M., *Histoire de la sexualité*, t.1, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, coll. "Bibliothèque des Histoires", 1976.

FOUCAULT, M., *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

FRANCE, A., *Le lys rouge*, Paris, Calmann-Lévy, 1970.

FRANK, J.N., *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970.

FREIRE, P., *Pedagogy of the Oppressed*, New York, Seabury Press, 1970.

FREITAG, M., *Le naufrage de l'université et autres essais d'épistémologie politique*, Québec / Paris, Nuit blanche éditeur / Éditions La Découverte, 1995.

FRIEDMAN, L.M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975.

FRIEDMAN, L.M., *The Republic of Choice. Law, Authority, and Culture*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1990.

FRUG, M.J., *Postmodern Legal Feminism*, New York / London, Routledge, 1992.

FUKUYAMA, F., *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

FULLER, J. et BLACKLEY, S., *Restricted Entry. Censorship on Trial*, Vancouver, Press Gang Publishers, 1995.

FUSS, D., *Essentially Speaking. Feminism, Nature & Difference*, New York / London, Routledge, 1989.

GATES Jr., H.L., *Loose Canons. Notes on the Culture Wars*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1992.

GAUDREAULT-DESBIENS, J.-F., *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Sainte-Foy / Montréal, Presses de l'Université Laval / Liber, 1996.

GILLIGAN, C., *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1982.

GODELIER, M., *Horizon, trajets marxistes en anthropologie*, Paris, François Maspero, 1973.

GODELIER, M., *L'idéel et le matériel. Pensée, économies, sociétés*, Paris, Fayard, 1984.

GOLDBERG, D.T., *Racist Culture. Philosophy and the Politics of Meaning*, Oxford, U.K. / Cambridge, Mass., Blackwell, 1993.

GOODRICH, C., *Anarchy and Elegance. Confessions of a Journalist at Yale Law School*, Boston / Toronto / London, Little, Brown and Company, 1991.

GOYETTE, G. et LESSARD-HÉBERT, M., *La recherche-action. Ses fonctions, ses fondements et son instrumentation*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1987.

GRABER, M.A., *Transforming Free Speech. The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, Berkeley / Los Angeles / Oxford, University of California Press, 1991

GRANT, J., *Fundamental Feminism. Contesting the Core Concepts of Feminist Theory*, New York / London, Routledge, 1993.

GREENAWALT, K., *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1995.

GREENAWALT, K., *Law and Objectivity*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1992.

GUINIER, L., *The Tyranny of the Majority. Fundamental Fairness in Representative Democracy*, New York, The Free Press, 1994.

GURVITCH, G., *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17ième siècle jusqu'à la fin du 19ième siècle*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972 (réimpression de l'édition de Sirey, Paris, 1932).

HABERMAS, J., *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.

HABERMAS, J., *The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1987.

HAIMAN, F.S., *Speech and Law in a Free Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.

HANEY LOPEZ, I.F., *White by Law. The Legal Construction of Race*, New York / London, New York University Press, 1996.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2d ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

HAUSER, A., *Histoire sociale de l'art et de la littérature*, Paris, Le Sycomore, 1982, 4 volumes.

HEGEL, G.F., *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, Paris, Vrin, 1987.

HEINS, M., *Sex, Sin, and Blasphemy. A Guide to America's Censorship Wars*, New York, Free Press, 1993.

HELLER, A., *Can Modernity Survive?*, Berkeley / Los Angeles, University of California Press, 1990.

HELLER, A., *Pour une philosophie radicale*, Paris, Le Sycomore, 1979.

HERMAN, D. et STYCHIN, C.F. (dir.), *Legal Inversions. Lesbians, Gay Men, and the Politics of Law*, Philadelphia, Temple University Press, 1995.

HESS, D.J., *Science and Technology in a Multicultural World. The Cultural Politics of Facts and Artifacts*, New York, Columbia University Press, 1995.

HIEBERT, J.L., *Limiting Rights. The Dilemma of Judicial Review*, Montréal / Kinston, McGill-Queen's University Press, 1996.

HOFFE, O., *La justice politique. Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

HOLMES, S., *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1993.

hooks, b., *Outlaw Culture. Resisting Representations*, New York / London, Routledge, 1994.

hooks, b., *Teaching to Transgress. Education as the Practice of Freedom*, New York / London, Routledge, 1994.

hooks, b., *Yearning. Race, Gender, and Cultural Politics*, Toronto, Between the Lines, 1990.

HORD, F.L., *Reconstructing Memory: Black Literary Criticism*, Chicago, Third World Press, 1991.

HORWITZ, M.J., *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford / New York, Oxford University Press, 1992.

HOWARD, R.E., *Human Rights and the Search for Community*, Boulder, Westview Press, 1995.

HUGHES, R., *Culture of Complaint. The Fraying of America*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1993.

HUNT, A., *Explorations in Law and Society. Towards a Constitutive Theory of Law*, New York / London, Routledge, 1993.

HUNTER, I., SAUNDERS, D. et WILLIAMSON, D., *On Pornography. Literature, Sexuality and Obscenity Law*, London, Macmillan, 1993.

HUNTER, J.D., *Before the Shooting Begins. Searching for Democracy in America's Culture War*, New York / Toronto, Maxwell Macmillan, 1994.

HUTCHINSON, A.C., *Waiting for CORAF. A Critique of Law and Rights*, Toronto / Buffalo / London, University of Toronto Press, 1995.

ITZIN, C., (dir.), *Pornography. Women, Violence and Civil Liberties*, Oxford / New York, Oxford University Press, 1992.

KALVEN, Jr., H., *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*, New York, Harper & Row, 1988.

KAMINER, W., *It's All the Rage. Crime and Culture*, New York, Addison-Wesley, 1995, p. 37.

KAMMEN, M., *Spheres of Liberty. Changing Perceptions of Liberty in American Culture*, Ithaca / London, Cornell University Press, 1986.

KAPPELER, S., *The Pornography of Representation*, Mineeapolis, University of Minnesota Press, 1986.

KARST, K.L., *Law's Promise, Law's Expression. Visions of Power in the Politics of Race, Gender, and Religion*, New Haven / London, Yale University Press, 1993.

KELMAN, M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass. / London, Harvard University Press, 1987.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, trad. Chs Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

KENDRICK, W., *The Secret Museum. Pornography in Modern Culture*, New York, Viking, 1987.

KENNEDY, D., *Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1993.

KERRUISH, V., *Jurisprudence as Ideology*, London / New York, Routledge, 1991.

KILANI, M., *L'invention de l'autre. Essais sur le discours anthropologique*, Lausanne, Éditions Payot, 1994.

KRUPAT, A., *The Voice in the Margin. Native American Literature and the Canon*, Berkeley / Los Angeles / Oxford, University of California Press, 1989.

KUHN, T.S., *La structure des révolutions scientifiques*, collection "Champs", n° 115, Paris, Flammarion, 1983.

KYMLICKA, W., *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

LAFOREST, G., *Trudeau ou la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992.

LAFRAMBOISE, D., *The Princess at the Window. A New Gender Morality*, Toronto, Penguin Books, 1996.

LAMOUREUX, D., *Conflicting Identities*, Université Laval, Laboratoire d'études politiques et administratives, août 1993.

LAUTER, P., *Canons and Contexts*, New York, Oxford University Press, 1991.

LAZARUS-BLACK, M. et HIRSH, S.F. (dir.), *Law, Hegemony and Resistance*, New York / London, Routledge, 1994

LE BRUN, A., *Soudain, un bloc d'abîme, Sade: introduction aux oeuvres complètes*, Paris, Jean-Jacques Pauvert, 1986.

LEGENDRE, P., *Jouir du pouvoir [:] Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Éditions de Minuit, 1976.

LENOBLE, J. et OST, F., *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.

LIPOVETSKY, G., *L'ère du vide. Essai sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, coll. "Folio / essais", n° 121, 1983.

LIPSET, S.M., *American Exceptionalism. A Double-Edged Sword*, New York / London, W.W. Norton & Co., 1996.

LOCKE, J., *Lettre sur la tolérance et autres textes*, Paris, GF-Flammarion, 1992.

LORBER, J., *Paradoxes of Gender*, New Haven / London, Yale University Press, 1994

LOWI, T.J., *La deuxième république des États-Unis. La fin du libéralisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987.

LYOTARD, J.-F., *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979.

LYOTARD, J.-F., *Le Postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, Galilée, 1988.

MacKINNON, C.A., *Only Words*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.

MacKINNON, C.A., *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge / London, Harvard University Press, 1989.

MacKINNON, C.A., *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1987.

MacKINNON, C.A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, N.J., Yale University Press, 1979.

MAFFESOLI, M., *Éloge de la raison sensible*, Paris, Grasset, 1996.

MARQUEZ, G.G., *Chronique d'une mort annoncée*, Paris, Grasset, 1982.

MAUBOURGUET, P. (dir.), *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 1993.

McELROY, W., *A Woman's Right to Pornography*, New York, St. Martin's Press, 1995.

McEVILLEY, T., *Art & Otherness. Crisis in Cultural Identity*, Kingston (N.Y.), McPherson, 1992.

McGINN, B., *Antichrist. Two Thousand Years of the Human Fascination With Evil*, San Francisco, Harper, 1994.

McLAREN, P. et LEONARD, P. (dir.), *Paulo Freire. A Critical Encounter*, London / New York, Routledge, 1993.

McLEOD ARNOPOULOS, S. et CLIFT, D., *The English Fact in Quebec*, 2nd ed., Montreal / Kingston, McGill-Queen's University Press, 1984.

MEIKLEJOHN, A., *Free Speech And Its Relation to Self-Government*, Port Washington, N.Y. / London, Kennikat Press, 1972 (1948).

MENDUS, S., *Toleration and the Limits of Liberalism*, Atlantic Highlands, N.J., Humanities Press International Inc., 1989.

MESSADIÉ, G., *Histoire générale du Diable*, Paris, Robert Laffont, 1993.

MIAILLE, M., *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1976.

MILLETT, K., *La politique du mâle*, Paris, Stock., 1971.

MILTON, J., *Aeropagitica. A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, (1644).

MINDA, G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York / London, New York University Press, 1995.

MINOW, M., *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1990.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 1, Paris, GF-Flammarion, 1979.

MORIN, E., *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF éditeur, 1990.

NAGEL, R.F., *Constitutional Cultures. The Mentality and Consequences of Judicial Review*, Berkeley / Los Angeles / London, University of California Press, 1989.

NATTER, W., JOHNSON, T.R. et JONES III, J.P. (dir.), *Objectivity and Its Other*, New York / London, The Guilford Press, 1995.

NEAD, L., *The Female Nude. Art, Obscenity and Sexuality*, New York / London, Routledge, 1992.

NOEL, L., *L'intolérance. Une problématique générale*, Montréal / Paris, Boréal / Seuil, 1991, collection "Boréal Compact", n° 30.

NOZICK, R., *Anarchie, État et utopie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

OBOLER, S., *Ethnic Labels, Latino Lives. Identity and the politics of (Re)Presentation in the United States*, Minneapolis / London, University of Minnesota Press, 1995.

OLIVIER, L., *Michel Foucault. Penser au temps du nihilisme*, Montréal, Liber, 1995.

OMI, M. et WINANT, H., *Racial Formation in the United States From the 1960s to the 1990s*, 2nd ed., New York / London, Routledge, 1994.

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

OTIS, G., *Le droit ancestral des peuples autochtones à l'autonomie politique et le défi identitaire*, texte non publié, 1996.

PAGLIA, C., *Sex, Art, and the American Culture*, New York, Vintage Books, 1992.

PAGLIA, C., *Sexual Personae. Art and Decadence from Nefertiti to Emily Dickinson*, New York, Vintage Books, 1991.

PAGLIA, C., *Vamps and Tramps*, New York, Vintage Books, 1994.

PALLY, M., *Sex & Sensibility. Reflections on Forbidden Mirrors and the Will to Censor*, Hopewelle, N.J., Ecco Press, 1994.

PARAIN-VIAL, J., *La nature du fait dans les sciences humaines*, Paris, PUF, coll. "Bibliothèque de Philosophie contemporaine", 1966.

PASHUKANIS, E., *Law and Marxism: A General Theory*, London, Ink Links, 1978.

PERELMAN, C., *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, 2ième éd., Paris, Dalloz, 1979.

PIAGET, J., *Épistémologie des sciences de l'homme*, Paris, NRF, Gallimard, coll. "Idées", 1970.

PIATT, B., *Only English? Law and Language Policy in the United States*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1990.

PLUMMER, K., *Telling Sexual Stories. Power, Change and Social Worlds*, London / New York, Routledge, 1995.

POPPER, K., *The Logic of Scientific Discovery*, London, 1959.

POSNER, R.A., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass. / Oxford, Engl., Harvard University Press, 1990.

POSNER, R.A., *Overcoming Law*, Cambridge, Mass. / London, Harvard University Press, 1995.

POSNER, R.A., *Sex and Reason*, Cambridge, Mass. / London, Engl., 1992.

POUTIGNAT, P. et STREIFF-FENART, J., *Théories de l'ethnicité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

QUIVY, R. et VAN CAMPENHOUDT, L., *Manuel de recherche en sciences sociales*, Paris, Dunod, 1988.

RANDALL, R.S., *Freedom and Taboo. Pornography and the Politics of the Self Divided*, Berkeley / Los Angeles / London, University of California Press, 1989.

RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Bellknap Press of Harvard University Press, 1971.

RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

RENAUT, A. et SOSOE, L., *Philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

REVEL, J.-F., *Le regain démocratique*, Paris, Fayard, 1992.

RICOEUR, P., *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Paris, Seuil, 1986.

RICOEUR, P., *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995.

ROBERT, P. *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, éd. remaniée et amplifiée sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995.

ROIPHE, K., *The Morning After. Sex, Fear, and Feminism*, Boston / New York / Toronto / London, Little, Brown and Company, 1993.

RORTY, R., *Objectivity, Relativism, and Truth. Philosophical Papers, Volume 1*, Cambridge / New York, Cambridge University Press, 1991.

ROTUNDA, R.D. et NOWAK, J.E., *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 2nd Edition, vol. 3 et 4, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1992.

ROULAND, N., *L'anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, collection "Que sais-je?", n° 2528, 1990.

ROULAND, N., PIERRÉ-CAPS, S. et POUMARÈDE, J., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.

ROUSSEAU, J.-J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes. Discours sur les sciences et les arts*, Paris, Flammarion, 1992, collection "GF-Flammarion", n° 243.

ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Paris, GF-Flammarion, 1992.

RUSSELL, D.E.H., *Against Pornography: The Evidence of Harm*, Berkeley, Russell Publications, 1993.

SADE, D.-A. de, *Les 120 journées de Sodome*, Paris, Union générale d'Éditions, 1975.

SAID, E.W., *Culture and Imperialism*, New York, Alfred A. Knopf, 1993.

SAID, E.W., *Orientalism*, New York, Vintage Books, 1978.

SAUL, J.R., *Les bâtards de Voltaire. La dictature de la raison en Occident*, Paris, Payot, 1993.

SCHAUER, F., *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge / New York / London / New Rochelle / Melbourne / Sydney, 1982.

SEMPRUN, J, *L'écriture ou la vie*, Paris, Gallimard, 1994, collection "Folio", n° 2870.

SFEZ, L., *Leçons sur l'égalité*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1984.

SHIFFRIN, S.H., *The First Amendment, Democracy,and Romance*, Cambridge, Mass. / London, Engl., 1990.

SHKLAR, J.N., *On Legalism. An Essay on Law, Morals and Politics*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1964.

SIGNORET, S., *La nostalgie n'est plus ce qu'elle était*, Paris, Grasset, 1982.

SINGER, L., *Erotic Welfare. Sexual Theory and Politics in the Age of Epidemic*, New York / London, Routledge, 1993, p. 187.

SIOUI, G.E., *Pour une autohistoire amérindienne. Essai sur les fondements d'une morale sociale*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1989.

SLAMA, A.-G., *La régression démocratique*, Paris, Fayard, 1995.

SMART, C., *Feminism and the Power of the Law*, New York / London, Routledge, 1989.

SMITH, R.M., *Liberalism and American Constitutional Law*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1985.

SMOLLA, R.A., *Free Speech in an Open Society*, New York, Vintage Books, 1993.

SMOLLA, R.A., *Suing the Press*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1986.

SNOWISS, S., *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven / London, Yale University Press, 1990.

SOSIN, J.M., *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York / Westport, Conn. / London, Greenwood Press, 1989.

SPIVAK, G.S., *Outside in the Teaching Machine*, New York / London, Routledge, 1993.

STEELE, S., *The Content of Our Character. A New Vision of Race in America*, New York, HarperPerennial, 1991.

STEINER, G., *In Bluebeard's Castle. Some Notes Towards a Re-Definition of Culture*, London / Boston, Faber & Faber, 1971.

STEINER, G., *Réelles présences. Les arts du sens*, Paris, Gallimard, 19xx, collection "Folio / essais", n° 255.

STEINER, W., *The Scandal of Pleasure. Art in an Age of Fundamentalism*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1995.

STOYANOVITCH, K., *Marxisme et droit*, Paris, L.G.D.J., 1964.

STROSSEN, N., *Defending Pornography. Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*, New York, Scribner, 1995.

STUART MILL, J., *De la liberté*, Zurich, Éditions du Grand Midi, 1987.

STYCHIN, C.F., *Law's Desire. Sexuality and the Limits of Justice*, New York / London, Routledge, 1995.

SUNSTEIN, C.R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York / Toronto, The Free Press, 1993.

SUNSTEIN, C.R., *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1993.

SUSKIND, P., *Le pigeon*, Paris, Grasset, 198x.

TAGUIEFF, P.-A., *Les fins de l'antiracisme*, Paris, Éditions Michalon, 1995.

TAYLOR, C., *Grandeurs et misères de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992.

TEUBNER, G. (dir.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter, 1987

TEUBNER, G., *Le droit, un système autopoiétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

TIEFER, L., *Sex Is Not A Natural Act & Other Essays*, Boulder / San Francisco / Oxford, Westview Press, 1995.

TIETJENS MEYERS, D., *Subjection & Subjectivity. Psychoanalytic Feminism & Moral Philosophy*, New York / London, Routledge, 1994.

TISDALE, S., *Talk Dirty to Me. An Intimate Philosophy of Sex*, New York, Doubleday, 1994.

TODOROV, T., *Nous et les autres. La reflexion française sur la diversité humaine*, Paris, Éditions du Seuil, 1989, collection "Points / essais, n° 250.

TONG, R., *Feminist Thought. A Comprehensive Introduction*, Boulder / San Francisco, Westview Press, 1989.

TORGOVNICK, M., *Gone Primitive. Savage Intellects, Modern Lives*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1990.

TOURAINE, A., *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Paris, Fayard, 1997.

TOURAINE, A., *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, Fayard, 1994.

TRIBE, L.H., *Abortion: The Clash of Absolutes*, New York / London, W.W. Norton & Co., 1990.

TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, 2nd ed., Mineola, N.Y., The Foundation Press, Inc., 1988.

TRIBE, L.H., *God Save This Honorable Court. How the Choice of the Supreme Court Justices Shapes Our History*, New York, Mentor Books, 1986.

TULLY, J., *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

TUSHNET, M., *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Mass. / London, Engl., Harvard University Press, 1988.

UNAH, I., *How the Supreme Court Decided Civil Rights Cases: 1954-1989*, texte d'une communication présentée au colloque annuel de l'American Political Science Association, tenu à Washington, D.C., du 2 au 5 septembte 1993.

UNGER, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass. / London, Harvard University Press, 1986.

VACHET, A., *L'idéologie libérale. L'individu et sa propriété*, 2ième éd. rev. et corr., Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa.

VAGO, S., *Law & Society*, 4th ed., Englewood Clifts, N.J., Prentice-Hall, 1994.

VAN DE KERCHOVE, M. et OST, F., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

VAN DE KERCHOVE, M. et OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

VANCE, C. (dir.), *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Boston / London / Melbourne / Henley, Routlege / Kegan Paul, 1984.

VIDAL-NAQUET, P., *Les assassins de la mémoire. Un Eichman de papier et autres essais sur le révisionnisme*, Paris, La Découverte, 1987.

VILLEY, M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, nouv. éd., Paris, Dalloz, 1962.

WALKER, S., *Hate Speech. The History of an American Controversy*, Lincoln / London, University of Nebraska Press, 1994.

WALKER, S., *In Defense of American Liberties. A History of the ACLU*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1990.

WALZER, M., *Spheres of Justice. A Defense of Plurality and Equality*, New York, Basic Books Inc., 1983.

WEBB, P., *The Erotic Arts*, New York, Farrar, Strauss & Giroux, 1983.

WEBBER, J., *Reimagining Canada. Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, Kingston & Montreal, Mc-Gill-Queen's University Press, 1994.

WEBER, M., "Essai sur le sens de la neutralité axiologique dans les sciences sociologiques et économiques", dans: *Essais sur la théorie de la science*, trad. par J. Freund, Paris, Plon, 1965.

WEST, C., *Keeping Faith. Philosophy and Race in America*, New York / London, 1993.

WILLIAMS, P.J., *The Alchemy of Race and Rights*, London, Virago Press, 1993.

WOLF, N., *Fire With Fire: The New Female Power and How It Will Change the 21st Century*, Toronto, Vintage Books, 1993.

XIBERRAS, M., *Les théories de l'exclusion. Pour une construction de l'imaginaire de la déviance*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1994.

YOUNG, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

V - ARTICLES

ABEL, R., "Public Freedom, Private Constraint", *Journal of Law and Society*, vol. 21, n° 3, September 1994, p. 374.

ABRAMS, F., "Hate Speech: The Present Implications of a Historical Dilemma", (1992) 37 *Villanova Law Review* 743.

ABRAMS, K., "Sex Wars Redux: Agency and Coercion in Feminist Legal Theory", (1995) 95 *Columbia Law Review* 304.

ABRAMS, K., "Songs of Innocence and Experience: Dominance Feminism in the University", (1994) 103 *Yale Law Journal* 1533.

ABU-ODEH, L., "Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences", (1992) 26 *New England Law Review* 1527.

ACKERMAN, B., "Constitutional Politics / Constitutional Law", (1989) 99 *Yale Law Journal* 453.

ADLER, A., "Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law", (1990) 99 *Yale Law Review* 1359.

ALCOFF, L. et POTTER, E., "Introduction: When Feminisms Intersect Epistemology", dans L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *Feminist Epistemologies*, New York / London, Routledge, 1993, p. 1.

ALEXANDER, L., "Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense", (1996) 13 *Constitutional Commentary* 71.

ALEXANDER, L., "Free Speech and Speaker's Intent", (1995) 12 *Constitutional Commentary* 21.

ALEXIS, A., "Borrowed Blackness", *This Magazine*, vol. 28, n° 8, May 1995, p. 14.

AMAR, A.R., "The Case of the Missing Amendments: *R.A.V. v. City of St. Paul*", (1992) 106 *Harvard Law Review* 124.

AMSELEK, P., "La teneur indécise du droit", (1992) 26 *Revue juridique Thémis* 1.

ARBOUR, R.-M., "L'odeur de l'art: art international, art local", *Possibles*, vo. 14, n° 1, hiver 1990, p. 29.

ARKES, H., "Civility and the Restriction of Speech: Rediscovering the Defamation of Groups", dans: P.B. KURLAND (dir.), *Free Speech and Association. The Supreme Court and the First Amendment*, Chicago / London, University of Chicago Press, 1975, p. 390

ARMSTRONG, P., "From Caring and Sharing to Greedy and Mean?", dans: A. LAPIERRE, P. SMART et P. SAVARD (dir.), *Language, Culture and Values in Canada at the Dawn of the 21st*

Century, Ottawa, International Council for Canadian Studies / Carleton University Press, 1996, p. 251.

ARNAUD, A.-J., "Droit et société: du constat à la construction d'un champ commun", *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, p. 17.

ARNAUD, A.-J., "La valeur heuristique de la distinction interne / externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit: éléments d'une démystification", *Droit et Société*, n° 2, Janvier 1986, p. 139.

ARNAUD, A.-J., "Vers un processus de décision complexe en droit", dans: D. BOURCIER et P. MACKAY, *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 71.

ASHE, M., "Mind's Opportunity: Birthing a Postructuralist Feminist Jurisprudence", dans: J.D. LEONARD (dir.), *Legal Studies as Cultural Studies. A Reader in (Post) Modern Critical Theory*, Albany, State University of New York Press, 1995, p. 85.

ASMAL, K., "Victims, Survivors and Citizens - Human Rights, Reparations and Reconciliation", (1992) 8 *South African Journal on Human Rights* 491.

AU, K., "Freedom From Fear", (1984) 15 *Lincoln Law Review* 45.

AUSTIN, A., "Deconstructing Voice Scholarship", (1993) 30 *Houston Law Review* 1671.

AUSTIN, A., "Deconstruction: The Road to a Derridian Cul-de-Sac Where "There Is No There There" and "There Is No About About for Anything to Be About", (1994) 12 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 181.

AUSTIN, A., "Scoff Law School Debates Whether a Male Can Teach a Course in Feminist Jurisprudence", (1993) 18 *Journal of Legal Education* 203.

BAKER, C.E., "Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's *The Value of Free Speech*", (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 646

BALKIN, J.M., "Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment", [1990] *Duke Law Journal* 375.

BALKIN, J.M., "What is Postmodern Constitutionalism?", (1992) 90 *Michigan Law Review* 1966.

BANKOWSKI, Z., "Introduction", dans: Z. BANKOWSKI (dir.), *Revolutions in Law and Legal Thought*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1991, p. xi.

BALTHAZAR, L., "Reconnaissance et identité dans le contexte canadien", *Revue internationale d'études canadiennes*, vol. 10, Automne 1994, p. XX, à la p. 5.

BARNES, R.D., "Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship", (1990) 103 *Harvard Law Review* 1864.

BARNES, R.D., "Standing Guard for the P.C. Militia, or, Fighting Hatred and Indifference: Some Thoughts on Expressive Hate-Conduct and Political Correctness", (1992) 4 *University of Illinois Law Review* 979.

BAR ON, B.-A., "Marginality and Epistemic Privilege", dans: L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *Feminist Epistemologies*, New York / London, Routledge, 1993, p. 83.

BARTHOLOMEW, A. et HUNT, A., "What's Wrong With Rights?", (1990) 9 *Law and Inequality* 1

BARTLETT, K.T., "Feminist Critical Methods", (1990) 103 *Harvard Law Review* 829.

BARTLETT, K.T., "MacKinnon's Feminism: Power on Whose Terms?", (1987) 75 *California Law Review* 1559.

BARTLETT, K.T. et O'BARR, J., "The Chilly Climate on College Campuses: An Expansion of the "Hate Speech" Debate", [1990] *Duke Law Journal* 574.

BAYEFSKY, A.F., "Cultural Sovereignty, Relativism, and International Human Rights: New Excuses for Old Strategies", *Ratio Juris*, Vol. 9, No. 1, March 1996, p. 42

BEATTY WARNER, W., "Treating Me Like an Object: Reading Catharine MacKinnon's Feminism", dans: L. KAUFMAN (dir.), *Feminism and Institutions. Dialogues on Feminist Theory*, Cambridge / Oxford, Basil Blackwell, 1989, p. 90.

BELL, D., "An Allegorical Critique of the United States Civil Rights Model", dans: B. HEPPLE et E.M. SZYSZCZAK (dir.), *Discrimination: The Limits of Law*, London, Mansell, 1992, p. 3.

BELL, D., "*Brown* v. *Board of Education* and the Interest-Convergence Dilemma", (1980) 93 *Harvard Law Review* 518.

BELL, D., "Racial Realism", (1992) 24 *Connecticut Law Review* 363.

BELL, D., "Who's Afraid of Critical Race Theory?", [1995] *University of Illinois Law Review* 893.

BELLEAU, M.-C., "Le classicisme et le progressisme dans la pensée juridique aux États-Unis selon l'analyse historique de Morton J. Horwitz", (1993) 34 *Cahiers de droit* 1235.

BELLEY, J.-G., "L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique", *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, 1986, p. 11.

BELLEY, J.-G., "Paradigmes et innovation: les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques", (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 163.

BELVISI, F., "Rights, World-Society and the Crisis of Legal Universalism", *Ratio Juris*, Vol. 9, No. 1, March 1996, p. 60.

BENDER, P., "The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A Comparison", (1983) 28 *McGill Law Journal* 811.

BENNETT, R.W., "Objectivity in Constitutional Law", (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 445.

BENOIST, J.-M., "Facettes de l'identité", dans: *L'identité. Séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Lévi-Strauss, professeur au Collège de France 1974-1975*, Paris, Quadrige / Presses Universitaires de France, 1983, p. 13.

BERNSTEIN, R.D., "First Amendment Limits on Tort Liability for Words Intended to Inflict Severe Emotional Distress", (1985) 85 *Columbia Law Review* 1749.

BERTHOUD, G., "Droits de l'homme et savoirs anthropologiques", dans: L.K. SOSOE (dir.), *Identité: évolution ou différence? Mélanges en l'honneur du professeur Hugo Huber*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1989, p. 137.

BERTRAND, M.-A., "Féminisme, sexualité et droit: analyse d'un mythe", (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 5.

BINET, L., "Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit", (1991) 32 *Cahiers de droit* 439.

BISSON, A.-F. "La Charte québécoise et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels", (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 19.

BISSON, A.-F., "Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges", (1989) 20 *Revue générale de droit* 391.

BLACHE, P., "La Charte canadienne: obstacle postmoderne à l'émergence d'un Québec moderne et rassembleur?", (1994) 28 *Revue juridique Thémis* 333.

BLACKLEY, S., "Taking Dictation", *Fuse Magazine*, Vol. 16, n° 5+6, Summer 1993, p. 51.

BLAIS, F., LAFOREST, G. et LAMOUREUX, D., "Présentation", dans: F. BLAIS, G. LAFOREST et D. LAMOUREUX (dir.), *Libéralismes et nationalismes. Philosophie et politique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1995, p. 3.

BLASI, V., "The Checking Value in First Amendment Theory", [1977] *American Bar Foundation Research Journal* 521.

BLASI, V., "The Pathological Perspective and the First Amendment", (1985) 85 *Columbia Law Review* 449.

BOBBIO, N., "Philosophie du droit", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ième éd. revue et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 442.

BOIVIN, M., "Le féminisme en capsule: un aperçu critique du droit", (1992) 5 *Revue canadienne Femme et Droit* 357.

BOIVIN, M., "Les acquis du féminisme en droit: reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne", (1995) 36 *Cahiers de droit* 27.

BORK, R., "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", (1971) 47 *Indiana Law Journal* 1.

BOROVOY, A.A.,"When Rights Collide", (1995) 44 *University of New Brunswick Law Journal* 49.

BOSSET, P., "Les mouvements racistes et la *Charte des droits et libertés de la personne*", (1994) 35 *Cahiers de droit* 583.

BOUCHARD, J., "Aperçu comparatif du concept d'égalité en droit constitutionnel américain et canadien", (1992) 5 *Revue canadienne Femme et Droit* 87.

BOUCHARD, J., "La personne raisonnable en matière de harcèlement sexuel: une appréciation féministe", (1995) 8 *Revue canadienne Femmes et Droit* 89.

BOUCHARD, S., "La nomenclature du mépris", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 14, n° 4, 1986-87, p. 17.

BOURDIEU, P., "Cultural Reproduction and Social Reproduction", dans: J. KARABEL et A.H. HALSEY (dir.), *Power and Ideology in Education*, New York, Oxford University Press, 1977, p. 487.

BOURDIEU, P., "Les juristes, gardiens de l'hypochrisie collective", dans: F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 95.

BOURDIEU, P., "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field", (1987) 38 *Hastings Law Journal* 805.

BOYLE, J., "Is Subjectivity Possible? The Postmodern Subject in Legal Theory", (1991) 62 *University of Colorado Law Review* 489.

BRACAMONTE, J., "Foreword: Minority Critiques of the Critical Legal Studies Movement", (1987) 22 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 297.

BREST, P. et VANDENBERG, A., "Politics, Feminism, and the Constitution: The Anti-Pornography Movement in Minneapolis", (1985) 39 *Stanford Law Review* 607.

BREWER, S., "Pragmatism, Oppression, and the Flight to Substance", (1990) 63 *Harvard Law Review* 1753.

BRIGMAN, W.E., "Pornography as Group Libel: The Indianapolis Sex Discrimination Ordinance", (1985) 18 *Indiana Law Review* 479.

BROOKS, D.L., "A Commentary on the Essence of Anti-Essentialism in Feminist Legal Theory", *Feminist Legal Studies*, Vol. II, n° 2, (1994), p. 115.

BROWNSTEIN, A.E., "Regulating Hate Speech at Public Universities: Are First Amendment Values Functionally Incompatible with Equal Protection Principles?", (1991) 39 *Buffalo Law Review* 1.

BRUNELLE, C., "L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes", (1990) 50 *Revue du Barreau* 353, p. 367.

BURR, R.A., "Constitutional Law and the Teaching of the Parables", (1984) 93 *Yale Law Journal* 455.

BYRNE, J.P., "Racial Insults and Free Speech Within the University", (1991) 79 *Georgetown Law Journal* 399.

CAIN, M., "Le rapprochement entre la méthodologie marxiste et la méthodologie féministe est-il possible? (Et est-ce important pour la sociologie du droit?)", *Droit et société*, n° 2, janvier 1986, p. 77.

CAIRNS, A.C., "The Past and Future of the Canadian Administrative State", (1990) 40 *University of Toronto Law Journal* 319.

CALABRESI, G., "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts", dans: F.E. McARDLE (dir.), *The Cambridge Lectures 1991*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1993, p. 1.

CALMORE, J.O., "Critical Race Theory, Archie Shepp, and Fire Music: Securing an Authentic Intellectual Life in a Multicultural World", (1992) 65 *Southern California Law Review* 2129.

CARANI, M., "La femme comme modèle et comme cette Autre de la représentation visuelle", *Recherches féministes*, vol. 7, n° 2, 1994, p. 57.

CAREY, J.W., "Political Correctness and Cultural Studies", *Journal of Communications*, vol. 42, Spring 1992, p. 56.

CARON, M.L., "Variations sur le thème de l'invisibilisation", (1994) 7 *Revue canadienne Femme et Droit* 271.

CARTER, S.L., "Academic Tenure and "White Male" Standards: Some Lessons from the Patent Law", (1991) 100 *Yale Law Journal* 2065.

CATLIN, S.J., "A Proposal for Regulating Hate Speech in the United States: Balancing Rights Under the International Covenant n Civil and Political Rights", (1994) 69 *Notre Dame Law Review* 771.

CAWS, P., "Identity: Cultural, Transcultural, and Multicultural", dans: D.T. GOLDBERG (dir.), *Multiculturalism: A Critical Reader*, Oxford, U.K. / Cambridge, U.S.A., Blackwell, 1994, p. 371.

CHANG, R.S., "Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Post-Structuralism, and Narrative Space", (1993) 81 *California Law Review* 1241.

CHILDRESS, S.A., "Real "Rape Speech": Violent Pornography and the Politics of Harm", (1991) 25 *Law & Society Review* 177.

CHRISTIAN, S., "Woman (Modified)", (1991) 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 171.

CODE, L., "Taking Subjectivity into Account", dans L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *Feminist Epistemologies*, New York / London, Routledge, 1993, p. 15.

COGLIANESE, R.N., "Sex, Bytes, and Community Entrapment: The Need for a New Obscenity Standard for the Twenty-First Century", (1995) 24 *Capital University Law Review* 385.

COHEN, D.-A., "Compensating Pornography's Victims: A First Analysis", (1994) 29 *Valparaiso Law Review* 285.

COHEN, S., "The Critical Discourse on "Social Control": Notes on the Concept as a Hammer", (1989) 17 *International Journal of the Sociology of Law* 347.

COLEMAN, J.C., "Determinacy, Objectivity, and Authority", (1993) 142 *University of Pennsylvania Law Review* 549.

COLKER, R., "A Bisexual Jurisprudence", (1993) 3 *Law & Sexuality* 127.

COLKER, R., "The Example of Lesbians: A Posthumous Reply to Professor Mary Joe Frug", (1992) 105 *Harvard Law Review* 1084.

COLLIER, J.F., MAURER, B. et SUAREZ-NAVAZ, L., "Sanctioned Identities: Legal Constructions of Modern Personhood", *Identities*, Vol. 2 (1-2), pp. 1-27.

COLLOQUIUM, "Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation", (1988-89) 37 *Buffalo Law Review* 337.

COLLOQUY, "Choosing Sides in the Racial Critiques Debate", (1990) 103 *Harvard Law Review* 1844-1886.

COLLOQUY, "Race Consciousness and Legal Scholarship", (1992) 4 *University of Illinois Law Review* 945ss.

COLOMBO, S., "The Legal Battle For the City: Anti-Pornography Municipal Ordinances and Radical Feminism", *Feminist Legal Studies*, vol. II, n° 1, [1994], p. 29.

CONKLE, D.O., "Harm, Morality, and Feminist Religion: Canada's New - But Not So New - Approach to Obscenity", (1993) 10 *Constitutional Commentary* 105.

CONKLIN, W.E., "The Practice and Theory of Constitutional Rights", dans: G. LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa / Paris / Londres, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, p. 38.

CONNOLLY, W.J., "How Low Can You Go? State Campaign Contribution Limits and the First Amendment", (1996) 76 *Boston University Law Review* 483.

COOMBE, R.J., "The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy", (1993) 6 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 249.

COOMBS, M.I., "Outsider Scolarship: The Law Review Stories", (1992) 63 *University of Colorado Law Review* 683.

COOMBS, M.I., "Telling the Victim's Story", (1993) 2 *Texas Journal of Women and the Law* 277.

COPANS, J., "Contemporary Myths of the Savage", dans: C. WARD GAILEY (dir.), *Civilization in Crisis. Anthropological Perspectives*, vol. 1, Gainesville, Fla, University Press of Florida, p. 57.

CORSALE, M., "Crise", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ième éd. revue et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 129.

COUGHLIN, A.M., "Regulating the Self: Autobiographical Performances in Outsider Scholarship", (1995) 81 *Virginia Law Review* 1229.

COUZENS HOY, D.,"Significant Others: Objectivity and Ethnocentrism", dans: NATTER, W., JOHNSON, T.R. et JONES III, J.P. (dir.), *Objectivity and Its Other*, New York / London, The Guilford Press, 1995, p. 113.

COVER, R.M., "Violence and the Word", (1986) 95 *Yale Law Review* 1601.

COX, P., "Speech" and Some of its Wounds", *Diacritics*, 24:1, Spring 1994, p. 63.

CRENSHAW, K.W., "The Identity Factor in Multiculturalism", *Liberal Education*, vol. 81, n° 4, Fall 1995, p. 6.

CRENSHAW, K.W., "Beyond Racism and Misogyny: Black Feminism and 2 Live Crew", dans: M.J. MATSUDA, C.R. LAWRENCE III, R. DELGADO et K.W. CRENSHAW, *Words That Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Boulder / San Francisco / Oxford, Westview Press, 1993, p. 111.

CRENSHAW, K.W., "Demarginalizing the Intersections of Race and Gender in Antidiscrimination Law, Feminist Theory, and Antiracist Politics", [1989] *University of Chicago Journal of Legal Feminism* 139.

CRENSHAW, K.W., "Mapping the Margins: Identity Politics, Intersectionality and Violence Against Women", (1991) 43 *Stanford Law Review* 1241.

CRENSHAW, K.W., "Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law", (1988) 101 *Harvard Law Review* 1331.

CULP Jr., J.M., "Black People in White Face: Assimilation, Culture, and the Brown Case", (1995) 36 *William and Mary Law Review* 665.

CULP Jr., J.M., "You Can Take Them to Water but You Can't Make Them Drink: Black Legal Scholarship and White Legal Scholars", [1992] *University of Illinois Law Review* 1021.

CULP, Jr., J.M., "Toward a Black Legal Scholarship: Race and Original Understandings", [1991] *Duke Law Journal* 39.

CUNNINGHAM, E.C., "Unmaddening: A Response to Angela Harris", (1991) 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 155.

CURRIE, D.H., "Feminist Encounters With Postmodernism: Exploring the Impasse of Debates on Patriarchy and Law", (1992) 5 *Canadian Journal of Women and the Law* 63.

D'AMATO, A., "Harmful Speech and the Culture of Indeterminacy", (1991) 32 *William and Mary Law Review* 329.

DAIS, E.E., "Charter Rights and Regulation by Financial Incentives", (1993) 31 *Alberta Law Review* 591.

DANIELS, R. et KITANO, H.H.L., *American Racism. Exploration of the Nature of Prejudice*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1970.

DARIAN-SMITH, E. et FITZPATRICK, P. (dir.), "Law and Postcolonialism", (1996) 5 *Social & Legal Studies* 291-428.

DE BROUWER, J.-L. et DUMONT, H., "Réflexions sur le dialogue noué entre la science du droit public interne, la sociologie politique et les sciences administratives", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 145.

DE LEMOS CAPELLER, W., "Un regard différent: l'Amérique latine, les juristes et la sociologie", *Droit et Société*, n° 22, 1992, p. 363.

DE MONTIGNY, Y., "Droits fondamentaux et projets de société: une réconciliation pour le moins tumultueuse", (1995) 26 *Revue générale de droit* 99.

De SCHUTTER, O., "Les Critical Legal Studies au pays du droit international public", *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 585.

DE SÈVE, M., "Québec: le chassé-croisé du genre et de l'ethnie", *La Parole Métèque*, n° 29, mars 1997, p. 6.

DE SOUSA SANTOS, B., "La transition post-moderne: droit et politique", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990.24, p. 77.

DEBUYST, C., "L'interdisciplinarité considérée comme rupture d'un schéma d'interprétation", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 123.

DeFEIS, E.F., "Freedom of Speech and International Norms: A Response to Hate Speech", (1992) 29 *Stanford Journal of International Law* 57

DELGADO, R., et STEFANCIC, J., "Apologize and Move On?: Finding a Remedy for Pornography, Insult, and Hate Speech", (1996) 67 *University of Colorado Law Review* 93.

DELGADO, R. et STEFANCIC, J., "The Social Construction of *Brown* v. *Board of Education*: Law Reform and the Reconstruction Paradox", (1995) 36 *William and Mary Law Review* 547.

DELGADO, R. et STEFANCIC, J., "Critical Race Theory: An Annotated Bibliography. 1993, A Year of Transition", (1994) 66 *University of Colorado Law Review* 159.

DELGADO, R. et STEFANCIC, J., "Critical Race Theory: An Annotated Bibliography", (1993) 79 *Virginia Law Review* 461.

DELGADO, R. et STEFANCIC, J., "Pornography and Harm to Women: No Empirical Evidence?", (1992) 53 *Ohio State Law Journal* 1037.

DELGADO, R., "Introduction", dans: R. DELGADO (dir.), *Critical Race Theory. The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press, 1995, p. xiii.

DELGADO, R., "On Telling Stories in School: A Reply to Farber and Sherry", (1993) 46 *Vanderbilt Law Review* 665.

DELGADO, R., "Storytelling for Oppositionists and Others", (1989) 84 *Michigan Law Review* 2411.

DELGADO, R., "The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?", (1987) 22 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 301.

DELGADO, R., "The Imperial Scholar Revisited: How to Marginalize Outsider Writing , Ten Years Later", (1992) 140 *University of Pennsylvania Law Review* 1349.

DELGADO, R., "The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature", (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 487.

DELGADO, R., "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling", (1982) 17 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 133.

DELGADO, R., "On Telling Stories in School: A Reply to Farber and Sherry", (1993) 46 *Vanderbilt Law Review* 665.

DEMERS, D.L., "La discrimination systémique: variation sur un concept unique", (1993) 8(2) *Revue canadienne droit et société* 83.

DEN TANDT, C., "Mapping Identity in Québec: France Théoret", *Diacritics*, vol. 23, n° 3, Fall 1993, p. 91.

DESANTI, J.T., "Matérialisme et Épistémologie", *Annali*, Revue de l'Instituto Giangiacomo Feltrinelli, Milan, 1971.

DINIELLI, D.C., "Book Review: *Only Words* (...)", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1943.

DOUGLAS, L., "The Force of Words: Fish, Matsuda, MacKinnon, and the Theory of Discursive Violence", (1995) 29 *Law & Society Review* 169.

DOWNS, D., "Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment", (1985) 60 *Notre Dame Law Review* 629.

DRY, M., "Hate Speech and the Constitution", (1994-95) 11 *Constitutional Commentary* 501.

DuBOFF, L.D., "What is Art? Toward a Legal Definition", (1990) 12 *Hastings Communication and Entertainment Law Journal* 303.

DUPLÉ, N., "Les libertés d'opinion et d'expression: nature et limites", (1987) 21 *Revue juridique Thémis* 541.

DUPONT, L., "L'américanité in Quebec in the 1980s: Political and Cultural Considerations of an Emerging Discourse", *American Review of Canadian Studies*, (Spring 1995): 27-52.

DUPUY, R.-J., "Le dédoublement du monde", *Revue Générale de Droit International Public*, 1996-2, p. 313.

DWORKIN, R., "Liberté et pornographie", *Esprit*, n° 175, octobre 1991, p. 97.

DWORKIN, R., "The Coming Battles Over Free Speech", *New York Review of Books*, June 11, 1992, p. 55.

DWORKIN, R., "Women and Pornography", *New York Review of Books*, October 21, 1993, p. 36.

DYZENHAUS, D., "Pornography and Public Reason", (1994) 7 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 261.

EARLY, G., "Understanding Afrocentrism. Why Blacks Dream of a World Without Whites", *Civilization*, Vol. 2, N° 4, July-August 1995, p. 31.

EBERLE, E.J., "Hate Speech, Offensive Speech, and Public Discourse in America", (1994) 29 *Wake Forest Law Review* 1135.

EDWARDS, H.T., "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession", (1992) 91 *Michigan Law Review* 34.

EISENBERG, A., "The Politics of Individual and Group Difference in Canadian Jurisprudence", *Canadian Journal of Political Science*, vol. 27, n° 1, 1994, p. 1.

ELBAZ, M. et MURBACH, R., "Des préférences, des différences et des sacrifices: l'action positive et le pluralisme juridique au Canada", dans: J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 69.

EMERSON, T., "Colonial Intentions and Current Realities of the First Amendement", (1977) 125 *University of Pennsylvania Law Review* 737.

EMERSON, T., "First Amendment and the Burger Court", (1980) 68 *California Law Review* 422.

EMERSON, T., "Toward A General Theory of the First Amendment", (1963) 72 *Yale Law Journal* 877.

EMERSON, T., "Pornography and the First Amendment: A Reply to Professor MacKinnon", (1984) 3 *Yale Law & Policy Review* 130.

ENDICOTT, T.A.O., "Vagueness and Legal Theory", (1997) 3 *Legal Theory* 37.

EULE, J.N., "Promoting Speaker Diversity: Austin and Metro Broadcasting", [1990] *Supreme Court Review* 105.

FANON, F., *Peau noire, masques blancs*, Paris, Seuil, 1952.

FARBER, D.A. et SHERRY, S., "Telling Stories Out of School: An Essay on Legal Narratives", (1993) 45 *Stanford Law Review* 807

FARBER, D.A., "Foreword: Hate Speech After *R.A.V.*", (1993) 18 *William & Mary Law Review* 889.

FARBER, D.A., "Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment", (1991) 105 *Harvard Law Review* 554.

FAVOREU, L., "La décision "Statut de la Corse" du 9 mai 1991", *Revue française de Droit constitutionnel*, 6, 1991, p. 291.

FEHER, M., "1967-1992. Sur quelques recompositions de la gauche américaine", *Esprit*, n° 187, décembre 1992, p. 60.

FELDMAN, H.L., "Objectivity in Legal Judgment", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1187.

FIELDS, R.N., "In Search of Democracy: Reconciling Majority Rule, Minority Rights, and Group Rights in South Africa and the Unites States", (1996) 16 *Boston College Third World Law Journal* 65;

FINEMAN, M.L., "Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship", (1990) 42 *Florida Law Review* 25.

FISCHL, R.M., "Privileged Positions", *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, n° 17, Fall 1992, p. 831.

FISCHL, R.M., "The Question That Killed Critical Legal Studies", *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, n° 17, Fall 1992, p. 779.

FISS, O.M., "The Supreme Court and the Problem of Hate Speech", (1995) 24 *Capital University Law Review* 281.

FISS, O.M., "Freedom and Feminism", (1992) 80 *Georgetown Law Journal* 2041.

FISS, O.M., "Free Speech and Social Structure", dans: J. LOBEL, (dir.), *A Less Than Perfect Union. Alternative Perspectives on the U.S. Constitution*, New York, Monthly Review Press, 1988, p. 347.

FISS, O.M., "Objectivity and Interpretation", (1982) 34 *Stanford Law Review* 739.

FLODIN, M., "The Possibility of Revolution in Legal Science", dans: Z. BANKOWSKI (dir.), *Revolutions in Law and Legal Thought*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1991, p. 175.

FOUCAULT, M., "À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours", dans H.L. DREYFUS et P. RABINOW, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, collection Folio / essais, n° 204, p. 322.

FOX, G.H., et NOLTE, G., "Intolerant Democracies", (1995) 36 *Harvard International Law Journal* 1

FRASER, G., "Torched black churches are reminder of U.S. past", Toronto, *The Globe and Mail*, Tuesday, June 11, 1996, pp. A1 et A10.

FRASER, K.M., "The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex From Gender", (1995) 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1.

FRASER, N., "Politics, culture, and the public sphere: toward a postmodern conception", dans: L. NICHOLSON et S. SEIDMAN (dir.), *Social Postmodernism. Beyond Identity Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 287.

FRAU-MEIGS, D., "Le vice et la virtuelle: les relations entre technologie et pornographie sur Internet", *Revue française d'études américaines*, Mars 1996, n° 68, p. 9.

FREUD, S., "Civilization and its Discontents", dans: *Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and its Discontents and Other Works*, London / New York, Penguin Books, 1985, p, 251.

FREUND, J., "Conflictualité sociale et intolérance", dans: H.-B. VERGOTTE (dir.), *L'intolérance et le droit de l'autre*, Genève, Labor et Fides, 1992, p. 75.

FRUG, M.J., "Sexual Equality and Sexual Difference in American Law", (1992) 26 *New England Law Review* 665.

FUNG, R., "Working Through Cultural Appropriation", *Fuse Magazine*, Vol. 16, n° 5+6, Summer 1993, p. 16.

GAGNÉ, G., "Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité", (1992) 33 *Cahiers de droit* 701.

GAGNIER, R., "Feminist Postmodernism: The End of Feminism or the Ends of Theory?", dans: D.L. RHODE (dir.), *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*, 1990, New Haven / London, Yale University Press, 1990, p. 21.

GAGNON, N., "Plaisir, liberté, égalité: trilogie phallocentrique", (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 147.

GALE, M.E., "Reimagining the First Amendment: Racist Speech and Equal Liberty", (1991) 65 *St. John's Law Review* 119.

GARB, S.H., "Sex for Money Is Sex for Money: The Illegality of Pornographic Film as Prostitution", (1995) 13 *Law and Inequality* 281.

GARVEY, J.H., "Black and White Images", (1993) 56(4) *Law and Contemporary Problems* 189.

GATES, H.L., ""Authenticity", or the Lesson of Little Tree", *New York Times Book Review*, Nov. 24, 1991, p. 1.

GATES, Jr., H.L., "War of Words: Critical Race Theory and the First Amendment", dans: I. GLASSER (dir.), *Speaking of Race, Speaking of Sex. Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*, New York / London, New York University Press, 1994, p. 17.

GEERTZ, C., "The Uses of Diversity", *Michigan Quarterly Review*, Winter 1986, p. 105.

GELLMAN, S., "Hate Speech and a New View of the First Amendment", (1995) 24 *Capital University Law Review* 309.

GENTILLI, V., "A Double Challenge for Critical Race Scholars: The Moral Context", (1992) 65 *South California Law Review* 2361.

GERSHEL, M., "Evaluating a Proposed Civil Rights Approach to Pornography: legal Analysis as if Women Mattered", (1985) 11 *William Mitchell Law Review* 41.

GEY, S.G., "The Apologetics of Suppression: The Regulation of Pornography as Act and Idea", (1988) 86 *Michigan Law Review* 1564.

GIBSON, J.L. et CALDEIRA, G.A., "The Legal Cultures of Europe", *Law & Society Review*, vol. 30, n° 1, (1996), p. 55.

GILES, S.M., "Images of the First Amendment and the Reality of Powerful Speakers", (1995) 24 *Capital University Law Review* 293.

GIROUX, H.A., "Paulo Freire and the Rise of the Border Intellectual", dans: *Disturbing Pleasures. Learning Popular Culture*, London / New York, Routledge, 1994, p. 141;

GOLD, M., "La rhétorique des droits constitutionnels", (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 1.

GOLDBERGER, D., "Sources of Judicial Reluctance to Use Psychic Harm as a Basis for Suppressing Racist, Sexist and Ethnically Offensive Speech", (1991) 56 *Brooklin Law Review* 1165.

GOLDFARB, P., "From the World of "Others" and Feminist Responses to Critical Legal Studies", (1992) 26 *New England Law Journal* 683.

GOLDMAN, A.I. et COX, J.C., "Speech, Truth, and the Free Market for Ideas", (1996) 2 *Legal Theory* 1.

GOTANDA, N., "A Critique of "Our Constitution Is Color-Blind"", (1991) 44 *Stanford Law Review* 1.

GOTELL, L., "Litigating Feminist "Truth": An Anti-Foundational Critique", *Social & Legal Studies*, Vol. 4 (1995), 99-131.

GRANGER, G. G., "À quoi sert l'Épistémologie?", *Droit et Société*, N° 20-21, 1992, p. 39.

GREENAWALT, K., "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?", (1990) 42 *Rutgers Law Review* 287.

GREENBERG, J.G., "Introduction to Postmodern Legal Feminism", dans: M.J. FRUG, *Postmodern Legal Feminism*, New York / London, Routledge, 1992, p.ix,

GREY, J.H., "Freedom of Expression in a Canadian University Context", (1995) 44 *University of New Brunswick Law Journal* 119.

GRILLO, T. et WILDMAN, S.M., "Obscuring the Importance of Race: The Implication of Making Comparisons Between Racism and Sexism (or Other -Isms)", [1991] *Duke Law Journal* 397.

GRILLO, T., "Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master's House", (1995) 10 *Berkeley Women's Law Journal* 16.

GROSZ, E., "Bodies and Knowledges: Feminism and the Crisis of Reason", dans: L. ALOOFF et E. POTTER (dir.), *Feminist Epistemologies*, New York / London, Routledge, 1993, p. 187.

HABA, E.P., "Sciences du droit - quelle "science"? Le droit en tant que science une question de méthodes", dans: *Archives de philosophie du droit*, t. 36, *Droit et science*, Paris, Sirey, 1991, p. 165.

HABERMAS, J., "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State", dans: A. GUTMAN (dir.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 107.

HAIMAN, F.S., *"Speech Acts" and the First Amendment*, Carbondale / Edwardsvile, Southern Illinois University Press, 1993.

HALEWOOD, P., "White Men Can't Jump: Critical Epistemologies, Embodiment, and the Praxis of Legal Scholarship", (1995) 7 *Yale Journal of Law and Feminism* 1.

HALEWOOD, P., "Trends in American Critical Legal Thought", (1991) 25 *University of British Columbia Law Review* 105.

HANDLER, J.F., "Postmodernism, Protest, and the New Social Movement", (1992) 26 *Law & Society Review* 697.

HARDING, S., "After the Neutrality Ideal: Science, Politics, and "Strong Objectivity"", *Social Research*, Vol. 59, No. 3 (Fall 1992), p. 567.

HARDING, S., "Rethinking Standpoint Epistemology: What Is Strong Objectivity?", dans: L. ALCOFF et E. POTTER (dir.), *Feminist Epistemologies*, New York / London, Routledge, 1993, p. 49.

HARDING, S., "Subjectivity, Experience and Knowledge: An Epistemology from/for Rainbow Coalition Politics", *Development and Change*, Vol. 23 (1992) No. 3, 175-193.

HARRIS, A.P., "Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction", (1994) 82 *California Law Review* 741.

HARRIS, A.P., "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", (1990) 42 *Standford Law Review* 581.

HARRIS, A., "Categorical Discourse and Dominance Theory", (1989-90) 5 *Berkeley Women's Law Journal* 181.

HARTOG, H., "The Constitution of Aspiration and "The Rights That Belong to Us All", (1987) 74 *Journal of American History* 1013.

HEARTNEY, E., "Pornography", *Art Journal*, vol. 50, n° 4, Winter 1991, p. 16.

HENKIN, L., "Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity", (1963) 63 *Columbia Law Review* 391.

HERMAN, D., "Beyond the Rights Debate", *Social & Legal Studies*, Vol. 2 (1993), 25-43.

HIGGINS, T.E., "Anti-Essentialism, Relativism, and Human Rights", (1996) 19 *Harvard Women's Law Journal* 89.

HILL, R., "One Part per Million. White Appropriation and Native Voices", *Fuse Magazine*, Vol. 15, n° 3, Winter 1992, p. 12.

HIRSHMANN, N.J., "Toward a Feminist Theory of Freedom", *Political Theory*, vol. 24, n° 1, February 1996, p. 46.

HOFFMAN, B., "Law for Art's Sake in the Public Realm", (1991) 16 *Columbia-VLA Journal of Arts & the Law* 39.

HOWES, D., "La constitution de Glen Gould: le contrepoint et l'État canadien", dans: J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 95.

HUTCHINSON, A.C., "In Other Words: Putting Sex and Pornography in Context", (1995) 8 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 107.

HUTCHINSON, A.C., "Identity Crisis: The Politics of Interpretation", (1992) 26 *New England Law Review* 1173.

INGBER, S., "The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth", [1984] *Duke Law Journal* 1.

ITZIN, C., "Pornography and Civil Liberties: Freedom, Harm and Human Rights", dans: C. ITZIN (dir.), *op. cit.*, note 1129, p. 553.

JABBARI, D., "Critical Legal Studies: A Revolution in Legal Thought", dans: id., p. 153.

JACKSON, E., "The Problem With Pornography: A Critical Survey of the Current Debate", *Feminist Legal Studies*, vol. III, n° 1 [1995], p. 49.

JACKSON, E., "Catharine MacKinnon and Feminist Jurisprudence: A Critical Appraisal", *Journal of Law and Society*, vol. 19, n° 2, Summer 1992, p. 195.

JANMOHAMED, A.R., "Some Implications of Paulo Freire's Border Pedagogy", dans: H.A. GIROUX et P. McLAREN (dir.), *Pedagogy and the Politics of Cultural Studies*, London / New York, Routledge, 1994, p. 242.

JODELET, D., "Les processus psycho-sociaux de l'exclusion", dans: S. PAUGAM (dir.), : *L'exclusion. L'état des savoirs*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, p. 66.

JOHNSON Jr., A.M., "The New Voice of Color", (1991) 100 *Yale Law Journal* 2007.

KAGAN, E., "The Changing Faces of First Amendment Neutrality: *R.A.V.* v. *St. Paul, Rust* v. *Sullivan*, and the Problem of Content-Based Underinclusion", [1992] *Supreme Court Review* 29.

KALVEN, Jr., H., "A Commemorative Case Note: *Scopes* v. *State*", (1960) 27 *University of Chicago Law Review* 505.

KARST, K.L., "Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups", (1990) 1 *University of Illinois Law Review* 95.

KARST, K.L., "Citizenship, Race, and Marginality", (1988) 30 *William and Mary Law Review* 1.

KARST, K.L., "Equality as a Central Principle in the First Amendment", (1975) 43 *University of Chicago Law Review* 20.

KELLER, M., "Powers and Rights: Two Centuries of American Constitutionalism", (1987) 74 *Journal of American History* 675.

KELLER, S., "Powerless to Please: Candida Royalle's Pornography for Women", (1992) 26 *New England Law Review* 1297.

KELLER, S.E., "Viewing and Doing: Complicating Pornography's Meaning", (1993) 81 *Georgetown Law Journal* 2195.

KENDALL, C.N., ""Real Dominant, Real Fun!": Gay Male Pornography and the Pursuit of Masculinity", (1993) 57 *Saskatchewan Law Review* 21.

KENNEDY, D., "Critique 2 - *Critical Legal Studies*", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ième éd. revue et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 137.

KENNEDY, D., "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy", (1982) 32 *Journal of Legal Education* 591.

KENNEDY, R.L., "Racial Critiques of Legal Academia", (1989) 102 *Harvard Law Review* 1745.

KLARMAN, M.J., "*Brown*, Racial Change, and the Civil Rights Movement", (1994) 80 *Virginia Law Review* 72.

KLINE, M., "Race, Racism, and Feminist Legal Theory", (1989) 12 *Harvard Women's Law Journal* 115.

KOBIL, D.T., "Introduction to the Symposium on Hate Speech", (1995) 24 *Capital University Law Review* 277.

KOSTASH, M., "Dissing Feminist Sexuality", *The Canadian Forum*, vol. LXXV, n° 852, September 1996, p. 12.

KRETZMER, D., "Freedom of Speech and Racism", (1987) 8 *Cardozo Law Review* 445.

KUPFER, S.J., "Autonomy and Community in Feminist Legal Thought", (1992) 22 *Golden Gate University Law Review* 583.

KUTCHINSKY, B., "The Politics of Pornography Research", (1992) 26 *Law & Society Review* 447.

La FOREST, G.V., "The Use of American Precedents in Canadian Courts", (1994) 46 *Maine Law Review* 211.

LACEY, L.J., "Introducing Feminist Jurisprudence: An Analysis of Oklahoma's Seduction Statute", (1990) 25 *Tulsa Law Journal* 775.

LACEY, L.J., "We Have Nothing to Fear But Gender Stereotypes: Of Katie and Amy and "Babe Feminism", (1995) 80 *Cornell Law Review* 612.

LACEY, N., "Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory", *Social & Legal Studies*, vol. 5(2), 1996, (131-157).

LACEY, N., "Theory Into Practice? Pornography and the Public / Private Dichotomy", (1993) 20 *Journal of Law and Society* 93.

LAGNEAU-DEVILLE, A., "À propos du dialogue entre le droit et les sciences humaines... Quelques réflexions de sociologie...", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 81.

LAJOIE, A., ROBIN, R., GRAMMOND, S. et al., "Les représentations de "société libre et démocratique" à la cour Dickson: la rhétorique dans le discours judiciaire canadien", (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295.

LAMONDE, Y., "Le regard sur les États-Unis: le révélateur d'un clivage social dans la culture nationale québécoise", *Journal of Canadian Studies*, Vol. 30, No. 1, printemps 1995, p. 69.

LANGEVIN, L., "Réflexion sur le lien de causalité en matière de discrimination: une difficile intégration", (1996) 22 *Queen's Law Journal* 51.

LANGEVIN, L., "L'influence du féminisme sur le droit au Québec", (1995) 36 *Cahiers de droit* 5.

LANGEVIN, L., "Responsabilité extracontractuelle et harcèlement sexuel: le modèle d'évaluation peut-il être neutre?", (1995) 36 *Cahiers de droit* 99.

LANGTON, R., "Whose Right? Ronald Dworkin, Women and Pornographers", (1990) 19 *Philosophy & Public Affairs* 311.

LAPERRIÈRE, R., "À la recherche de la science juridique", dans: R.D. BUREAU et P. MACKAY (dir.), *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1987, p. 515.

LASSON, K., "Group Libel Versus Free Speech: When Big Brother *Should* Butt In", (1984) 23 *Duquesne Law Review* 77.

LASTER, K. et O'MALLEY, P., "Sensitive New-age Laws: The Reassertion of Emotionality in Law", *International Journal of the Sociology of Law*, 1996, 24, 21-40.

LAWRENCE III, C.R., "Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment", (1992) 37 *Villanova Law Review* 787.

LAWRENCE III, C.R., "If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus", [1990] *Duke Law Journal* 431.

LAWRENCE, F.M., "Resolving the Hate Crimes / Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes ans Protecting Racist Speech", (1993) 68 *Notre Dame Law Review* 673.

LEE, W.E., "Speaking Without Words: The First Amendment Doctrine of Symbolic Speech and the Supreme Court", (1991) 15 *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 495.

LEFORT, C., "La liberté à l'ère du relativisme", dans: dans: *Les usages de la liberté. Textes des conférences et entretiens organisés par les trente-deuxièmes Rencontres Internationales de Genève 1989*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1990, p. 237.

LEGENDRE, P., "Adresse aux imposteurs mes amis", dans: F. ROSENTIEL et S.G. SHOHAM (dir.), *Big Brother. Un inconnu familier*, Paris, Conseil de l'Europe / L'Âge d'Homme, 1986, p. 275.

LEGRAND, P., "*Attitudes* v. *Aptitudes*: *In re* Faculty Hiring in Canadian Law Schools", (1993) 41 *American Journal of Comparative Law* 385.

LEGRAND, P., "De la profonde incivilité du Code civil du Québec", (1996) 36 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1.

LÉTOURNEAU, J., "Le lieu (dit) de la nation: essai d'argumentation à partir d'exemples puisés au cas québécois", *Revue canadienne de science politique*, vol. XXX, n° 1, (mars 1997), p. 55.

LEYDET, D., "Intégration et pluralisme: le concept de culture publique", dans: F. BLAIS, G. LAFOREST et D. LAMOUREUX (dir.), *Libéralismes et nationalismes. Philosophie et politique*, Sainte-Foy, Presses de l'université Laval, 1995, p. 117.

LILY, G.C., "Law Schools Without Lawyers? Winds of Change in Legal Education", (1995) 81 *Virginia Law Review* 1421, p. 1432-1435.

LINDER, D.O., "Retreat from the Melting Pot? Cultural Pluralism and Public Policy", (1991) 59 *UMKC Law Review* 47.

LINTON, R., "The Artistic Voice: Is It in Danger of Being Silenced?", (1995) 32 *California Western Law Review* 195.

LINZER, P., "White Liberal Looks at Racist Speech", (1991) 65 *St. John's Law Review* 187.

LOEWENSTEIN, K., "Militant Democracy and Fundamental Rights I", *American Political Science Review* 31, June 1937, p. 417;

LOEWENSTEIN, K., "Militant Democracy and Fundamental Rights II", *American Political Science Review* 31, August 1937, p. 638.

LOVE, J.C., "Discriminatory Speech and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress", (1990) 47 *Washington and Lee Law Review* 123.

LUHMANN, N., "The Self-Reproduction of Law and Its Limits", dans: *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990, pp. 227.

MACDONALD, R.A., "The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity: The Canadian Experiment", dans: K. KULCSAR et D. SZABO (dir.), *Dual Images. Multiculturalism on the Two Sides of the Atlantic*, Budapest, Société royale du Canada / Institute for Political Science of the Hungarian Academy of Science, 1996, p. 52.

MACDONALD, R.A., "Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inréférentielle"", *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, avril 1986, p. 47.

MacFARLANE, J., "A Feminist Perspective on Experience-Based Learning and Curriculum Change", (1994) 26 *Ottawa Law Review* 357.

MACKAY, P. "Les problématiques de la liberté d'expression et de la censure dans la circulation de l'information dématérialisée sur les inforoutes", dans: J. FRÉMONT et J.P. DUCASSE (dir.), *Les autoroutes de l'information: enjeux et défis*, Lyon, Les Éditions les chemins de la Recherche, p. 223.

MacKINNON, C.A., "Law's Stories as Reality and Politics", dans: P. BROOKS et P. GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories. Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven / London, Yale University Press, 1996, p. 232.

MacKINNON, C.A., "Pornography Left and Right", (1995) 30 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 143.

MacKINNON, C.A., "Rape, Genocide, and Women's Human Rights", (1994) 17 *Harvard Women's Law Journal* 5.

MacKINNON, C.A., "Does Sexuality Have a History?", *Michigan Quarterly Review*, vol. XXX, n° 1, Winter 1991, p. 1.

MacKINNON, C.A., "From Practice to Theory, or What is a White Woman Anyway?", (1991) 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 13.

MacKINNON, C.A., "Reflections on Sex Equality Under Law", (1991) 100 *Yale Law Journal* 1281.

MacKINNON, C.A., "Pornography as Defamation and Discrimination", (1991) 71 *Boston University Law Review* 793.

MacKINNON, C.A., "Pornography as Sex Discrimination", (1986) 4 *Law & Inequality Journal* 38.

MacLEOD, C.M., "The Market, Preferences, and Equality", (1994) 7 *Canadian Journal of Law & Society* 97.

MAFFESOLI, M., "La raison interne", *Société*, n° 44, 1994, p. 127.

MAHONEY, M.R., "Women and Whiteness in Practice and Theory: A Reply to Catharine MacKinnon" (1993) 5 *Yale Journal of Law & Feminism* 217.

MAJOR, M.-F., "Sexual Orientation Hate Propaganda: Time to Regroup", (1996) 11 *Canadian Journal of Law & Society* 221.

MAJOR, M.-F., "American Campus Speech Codes: Models for Canadian Universities?", (1995) 7 *Education & Law Journal* 13.

MANFREDI, C.P., "Inalienable Rights and Reasonable Limits: The U.S. Bill of Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", dans: D. THOMAS (dir.), *Canada and the United States: Differences That Count*, Peterborough, Broadview Press, 1993, p. 234.

MANWARING, J.A., "Waiting for Democracy - Allan Hutchinson's Programme for Progressive Politics: A Review Essay", (1995) 27 *Ottawa Law Review* 375.

MARABLE, M., "Black Intellectuals in Conflict", *New Politics*, vol. V, n° 3, New Series, Summer 1995, p. 35.

MARCIL-LACOSTE, L., "Égalité et justice: paramètres d'une dissociation", dans: J. LAMOUREUX (dir.), *Droits, libertés et démocratie*, Montréal, ACFAS, 1991, collection "Les cahiers scientifiques", n° 75, p. 67.

MASSARO, T.M., "Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma", (1991) 32 *William and Mary Law Review* 211.

MASSEY, C.R., "Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Speech", (1992) 40 *UCLA Law Review* 103.

MASSEY, C.R., "The Faith Healers", *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, n° 17, Fall 1992, p. 821.

MATSUDA, M., "Voices of America: Accent, Antidiscrimination Law, and A Jurisprudence for the Last Reconstruction", (1991) 100 *Yale Law Journal* 1329.

MATSUDA, M.J., "Afterword", (1990) 63 *Southern California Law Review* 191.

MATSUDA, M.J., "Pragmatism Modified and the False Consciousness Problem", (1990) 63 *Southern California Law Review* 1763.

MATSUDA, M.J., "Affirmative Action and Legal Knowledge: Planting Seeds in Plowed-Up Ground", (1988) 11 *Harvard Women's Law Journal* 1.à

MATSUDA, M.J., "Public Responses to Racist Speech: Considering the Victim's Story", (1989) 87 *Michigan Law Review* 2320.

MATSUDA, M.J., "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations", (1987) 22 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 323.

McCORMACK, T., "Must We Censor Pornography? Civil Liberties and Feminist Jurisprudence", dans: D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Freedom of Expression and the Charter*, Toronto, Thomson, 1991, p. 180.

McINTYRE, S., "Backlash Against Equality: The "Tyranny" of the "Politically Correct"", (1993) 38 *McGill Law Journal* 1.

McLAREN, J.P.S., ""Now You See It, Now You Don't": The Historical Record and the Elusive Task of Defining the Obscene", dans: D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Freedom of Expression and the Charter*, Toronto, Thomson, 1991, p. 105.

MEIKLEJOHN, A., "The First Amendment is an Absolute", [1961] *Supreme Court Review* 245.

MELKEVIK, B., "Qu'est-ce que la philosophie du droit? Le concept de droit et la réflexion philosophique", *Cahiers DIKÈ UQAM, Série 1*, 1993-1994, p. 1.

MEMMI, A., "Les fluctuations de l'identité culturelle", *Esprit*, n° 228, janvier 1997, p. 94.

MENKEL-MEADOW, C., "Excluded Voices: New Voices in the Legal Profession Making New Voices in the Law", (1987) 42 *University of Miami Law Review* 29.

MENKEL-MEADOW, C., "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or "The Fem-Crits Go to Law School", (1988) 38 *Journal of Legal Education* 61.

MEYERSON, M.E., "This Gun for Hire: Dancing in the Dark of the First Amendment", (1990) 47 *Washington and Lee Law Review* 267.

MIAILLE, M., "Critique 1 - Critique du droit", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ième éd. revue et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 131.

MIAILLE, M., "La critique du droit", *Droit et Société*, N° 20-21, 1992, p. 73.

MICHELMAN, F., "Universities, Racist Speech and Democracy in America: An Essay for the ACLU", (1992) 27 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 339.

MICHELMAN, F.I., "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation", (1989) 56 *Tennessee Law Review* 291.

MICHELMAN, F.I., "Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property", (1987) 72 *Iowa Law Review* 1319.

MILLER, S., "The Future of Disinterest and Foucault's Regime of Truth", *Partisan Review*, vol. LXIV, n° 1, 1997, p. 28.

MINOW, M. et SPELMAN, E.V., "In Context", dans: M. BRINT et W. WEAVER, *Pragmatism in Law and Society*, Boulder / San Francisco / Oxford, Westview Press, 1991, p. 247.

MINOW, M., "Identities", (1991) 3 *Yale Journal of Law & the Humanities* 97.

MINOW, M., "Law Turning Outward", (1986) 73 *Telos* 79.

MINOW, M., "Speaking and Writing Against Hate", (1990) 11 *Cardozo Law Review* 1393.

MINOW, M., "Adjudicating Differences: Conflicts Among Feminist Lawyers", dans M. HIRSH et E. FOX KELLER (dir.), *Conflicts in Feminism*, New York / London, Routledge, 1990, p. 149.

MOHR, R.D., "The Perils of Postmodernity for Gay Rights", (1995) 8 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 5.

MOON, R., "Richard Abel's *Speech and Respect*", *Journal of Law and Society*, vol. 21, n° 3, September 1994, p. 383.

MOON, R., "Lifestyle Advertising and Classical Freedom of Expression Doctrine", (1991) 36 *McGill Law Journal* 76.

MORAN, M., "Talking About Hate Speech: A Rhetorical Analysis of American and Canadian Approaches to the Regulation of Hate Speech", [1994] *Wisconsin Law Review* 1425.

MORGAN, R., "Theory and Practice: Pornography and Rape", dans: *Going Too Far*, New York, Random House, 1977, à la p. 169.

MORIN, J.-Y., "Le pouvoir des juges et la démocratie: *Sed quis custodiet ipsos custodes?*", (1994) 28 *Revue juridique Thémis* 799.

MORRISON, J.E., "Viva La Differencia: A Non-Solution to the Difference Dilemma", (1994) 36 *Arizona Law Review* 973.

MORTON, F.L., "The Charter Revolution and the Court Party" (1992) 30 *Osgoode Hall Law Journal* 627.

MORTON, F.L., "The Politics of Rights: What Canadians Should Know About the Bill of Rights", (1989) 1 *Windsor Review of Legal and Social Issues* 69.

MOUFFE, C., "Feminism, Citizenship and Radical Democratic Politics", dans: J. BUTLER et J.W. SCOTT (dir.), *Feminists Theorize the Political*, New York / London, Routledge, 1992, p. 369.

MURPHY, P.L., *The Meaning of Freedom of Speech. First Amendment Freedoms from Wilson to FDR*, Westport, Conn., Greenwood Publishing Company, 1972.

NAHMOD, S., "Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment", [1987] *Wisconsin Law Review* 221.

NEISSER, E., "Hate Speech in the New South Africa: Constitutional Considerations for a Land Recovering from Decades of Racial Repression and Violence", (1994) 5 *Seton Hall Constitutional Law Journal* 103;

NELSON, C., "Hate Speech and Political Correctness", (1992) 4 *University of Illinois Law Review* 1085.

NERHOT, P., "The Law and its Reality", dans P. NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 50.

NESIAH, V., "Toward a Feminist Internationality: A Critique of U.S. Feminist Legal Scholarship", (1993) 16 *Harvard Women's Law Journal* 189.

NOCKLEBY, J.T., "Hate Speech in Context: The Case of Verbal Threats", (1994) 42 *Buffalo Law Review* 653.

NOTE, "A Communautarian Defense of Group Libel Laws", (1988) 101 *Harvard Law Review* 682.

NOTE, "Group Vilification Reconsidered", (1979) 89 *Yale Law Journal* 308.

NOTE, "Hate Crimes", *Congressional Quarterly Researcher*, vol. 3, n° 1, January 8, 1993, p. 1.

NOTE, "Patriarchy is such a Drag: The Strategic Possibilities of a Postmodern Account of Gender", (1995) 108 *Harvard Law Review* 1973.

NOTE, "Statutory Prohibition of Group Defamation", (1947) 47 *Columbia Law Review* 595.

O'BRIEN, D., "Sexual Re(X)pression in the USA: Somewhere between Pornutopia and the Land of Puritans", *Revue française d'études américaines*, n° 68, mars 1996, p. 20.

O'FALLON, J.M. et RYAN, C.C., "Finding a Voice, Giving an Ear: Reflections of Masters / Slaves, Men / Women", (1990) 24 *Georgia Law Review* 883.

O'NEIL, R.M., "Artistic Freedom and Academic Freedom", (1990) 53 *Law and Contemporary Problems* 177.

OLSEN, F., "Feminist Theory un Grand Style", (1989) 89 *Columbia Law Review* 1147

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit?", dans: F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 67.

OTIS, G. et ÉMOND, A., "L'identité autochtone dans les traités contemporains: de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral", (1996) 41 *Revue de droit de* McGill 543.

OTIS, G., "La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000: uniformisation ou construction plurielle du droit". (1995) 27 *Revue de droit d'Ottawa* 261.

PAQUET, G., "Sciences transversales et savoirs d'expérience: the art of trespassing", (1993) 24 *Revue générale de droit* 255.

PARASHAR, A., "Essentialism or Pluralism: The Future of Legal Feminism", (1993) 6 *Canadian Journal of Women and the Law* 328.

PARASHAR, A., "Essentialism or Pluralism: The Future of Legal Feminism", (1993) 6 *Canadian Journal of Women & the Law* 328.

PAUGAM, S., "La constitution d'un paradigme", dans: S. PAUGAM (dir.), *L'exclusion. L'état des savoirs*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, p. 7.

PAUST, J.J., "Rereading the First Amendment in light of Treaties Proscibing Incitement to Racial Discrimination or Hostility", (1991) 43 *Rutgers Law Review* 565.

PÉLADEAU, P., "Face au contrôle d'identité scientifique obligatoire. Essai de définition méthodologique d'une recherche juridique sur la problématique informatique, pouvoir et libertés", dans: R.D. BUREAU et P. MACKAY (dir.), *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1987, p. 527.

PELLER, G., "Notes Toward a Postmodern Nationalism", (1992) 4 *University of Illinois Law Review* 1093.

PELLER, G., "Race Consciousness", [1990] *Duke Law Journal* 758.

PELLER, G., "The Discourse of Constitutional Degradation", (1992) 81 *Georgetown Law Journal* 313.

PEREA, J.F., "Ethnicity and the Constitution: The Black and White Binary Constitution", (1995) 36 *William and Mary Law Review* 571.

PERELMAN, R.M., "Racial Conflicts and Cultural Politics in the United States", *Journal of Politics*, Vol. 56, No. 1, February 1994, p. 1.

PERRIN, J.-F., "Dogmatique juridique", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ième éd. revue et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 188.

PERRIN, J.-F., "Épistémologie juridique", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ième éd. revue et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 228.

PERRIN, J.-F., "Quelles "vérités" pour une théorie de la pratique judiciaire? (Quelques réflexions, à partir des thèses du S.I.E.J., sur le statut d'une démarche interdisciplinaire qui prend le droit pour objet)", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 33.

POIRIER, D., "Quelques éléments d'une méthodologie juridique scientifique", (1984) 15 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 183.

POSNER, R.A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", (1987) 100 *Harvard Law Review* 761.

POSNER, R.A.,"The Present Situation in Legal Scholarship", (1981) 90 *Yale Law Journal* 1113.

POST, R.C., "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", (1991) 32 *William and Mary Law Review* 267.

POST, R.C., "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine* v. *Falwell*", (1990) 103 *Harvard Law Review* 601.

PRICE, D.A., "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies", (1989) 48 *Cambridge Law Journal* 271.

PROBYN, E., "True Voices and Real People. The "Problem of the Autobiographical in Cultural Studies", dans: V. BLUNDELL, J, SHEPHERD et I. TAYLOR (dir.), *Relocating Cultural Studies. Developments in Theory and Research*, New York / London, Routledge, 1993, p. 105.

PROULX, D., "La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise", (1996) 56 *Revue du Barreau* 317.

PROULX, D., "Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité", dans: G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strabourgeoises 1988*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1989, p. 61

QUISTGAARD, B., "Pornography, Harm and Censorship: A Feminist (Re)Vision of the Right to Freedom of Expression", (1993) 52 *University of Toronto Faculty Law Review* 132.

RABBAN, D.M., "The IWW Free Speech Fights and Popular Conceptions of Free Expression Before World War I", (1994) 80 *Virginia Law Review* 1055.

RABBAN, D.M., "The Free Speech League, the ACLU, and Changing Conceptions of Free Speech in American History", (1992) 45 *Stanford Law Review* 47.

RABBAN, D.M., "The Emergence of First Amendment Doctrine", (1983) 50 *University of Chicago Law Review* 1205.

RABBAN, D.M., "The First Amendment in Its Forgotten Years", (1981) 90 *Yale Law Journal* 514.

RADIN, M.J., "The Pragmatist and the Feminist", (1990) 63 *Southern California Law Review* 1699.

RAPAPORT, E., "Generalizing Gender: Reason and Essence in the Legal Thought of Catharine MacKinnon", dans: L.M. ANTHONY et C. WITT (dir.), *op. cit.*, note 385 (p1), p. 127.

RAYNAUD, P., "L'anticipation américaine", *Esprit*, n° 212, Juin 1995, p. 88.

RÉAUME, D., "Justice Between Cultures: Autonomy and the Protection of Cultural Affiliation", (1995) 29 *University of British Columbia Law Review* 117.

RÉAUME, D., "The Social Construction of Women and the Possibility of Change: Unmodified Feminism Revisited", (1992) 5 *Canadian Journal of Women and the Law* 463.

REDISH, M., "Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker", (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 678.

REDISH, M., "The Value of Free Speech", (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 591.

RENAUT, A., "Le problème de la loi injuste. Remarques sur l'anti-juridisme contemporain", (1987) 12 *Cahiers de philosophie politique et juridique* 167.

RHÉAUME, J., "Nouvelle édition du Droit constitutionnel", (1991) 22 *Revue générale de droit* 243.

RHODE, D.L., "Feminist Critical Theories", (1990) 42 *Stanford Law Review* 617.

RICHARD, R., "Du droit à l'appropriation culturelle (2)", *L'Impossible*, vol. 2, février 1993, p. 103.

RICHARDSON, D.M., "Racism: A Tort of Outrage", (1982) 61 *Oregon Law Review* 267.

RICOEUR, P.,"Le pardon peut-il guérir?", *Esprit*, n° 210, mars-avril 1995, p. 77.

RICOEUR, P., "Éthique et politique", *Esprit*, mai 1985, p. 1, à la p. 10.

RIESMAN, D., "Democracy and Defamation", (1942) 42 *Columbia Law Review* 719; 1085; 1282.

RIGAUX, M.-F., "Interdisciplinarité et formation juridique", (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 173.

ROCHER, G., Les "phénomènes d'internormativité": faits et obstacles", dans: J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 25.

ROCHER, G., "Droit, pouvoir et domination", *Sociologie et Sociétés*, vol. XVIII, n° 1, avril 1986, p. 33.

RODGERS, D.T., "Rights Consciousness in American History", dans: D.J. BODENHAMER et J.W. ELY (dir.), *The Bill of Rights in Modern America: After 200 Years*, Bloomington / Indianapolis, Indiana University Press, 1993, p. 3.

ROMANO, C., "Between the Motion and the Act", *The Nation*, November 15, 1993, p. 563.

ROMANY, C., "Ain't I a Feminist", (1991) 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 23.

RORTY, R., "Feminism and Pragmatism", *Michigan Quarterly Review*, vol. XXX, n° 2, Spring 1991, p. 231.

ROSEN, J., "Moving On. In his latest incarnation, Justice Clarence Thomas takes his text from Booker T. Washington", *The New Yorker*, Vol. LXXII, n° 10, April 29 & May 6, 1996, p. 66.

ROSENFELD, M., "The Identity of the Constitutional Subject", (1995) 16 *Cardozo Law Review* 1049.

ROSS, V., "Turow wades into race issue in U.S. justice system", *The Globe and Mail*, Saturday, November 16, 1996, p. C3.

ROULAND, N., "Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme", (1994) 25 *Revue générale de droit* 5.

ROULAND, N., "Notes d'anthropologie juridique: l'inscription juridique des identités", (1994) *Revue trimestrielle de droit civil* 287

RUBIN, E.L., "On Beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship", (1992) 80 *California Law Review* 889.

RUTZICK, M.C., "Offensive Language and the Evolution of First Amendment Protection", (1974) 9 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 1.

SAAD, H.W., "The Case for Prohibitions of Racial Epithets in the University Classroom", (1991) 37 *Wayne Law Review* 1351.

SALÉE, D., "Identities in conflict: the Aboriginal question and the politics of recognition in Quebec", *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 18, n° 2, April 1995: 277-314.

SALÉE, D., "La mondialisation et la construction de l'identité au Québec", dans: M. ELBAZ, A. FORTIN et G. LAFOREST (dir.), *Les frontières de l'identité. Modernité et postmodernisme au Québec*, Sainte-Foy / Paris, Presses de l'université Laval / L'Harmattan, 1995, p. 105.

SANDLER, W.A., "The Minneapolis Anti-Pornography Ordinance: A Valid Assertion of Civil Rights?", (1985) 13 *Fordham Urban Law Review* 909.

SARAT, A. et KEARNS, T.R., "A Journey Through Forgetting: Toward a Jurisprudence of Violence", dans: A. SARAT et T.R. KEARNS (dir.), *The Fate of Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1991, p. 209.

SCHABAS, W.A., "Free Speech on Campus: Lessons from International and Comparative law", (1995) 44 *University of New Brunswick Law Journal* 111.

SCHAUER, F., "Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts", (1983) 34 *Vanderbilt Law Review* 265.

SCHAUER, F., "The Sociology of the Hate Speech Debate", (1992) 37 *Villanova Law Review* 805.

SCHAUER, F., "Uncoupling Free Speech", (1992) 92 *Columbia Law Review* 1321.

SCHAUER, F., "Context and Constitutionalism", (1988) 12 *Hamline Law Review* 59.

SCHAUER, F., "Causation Theory and the Causes of Sexual Violence", [1987] *American Bar Foundation Research Journal* 737.

SCHLAG, P., "Anti-Intellectualism", (1995) 16 *Cardozo Law Review* 1111.

SCHLAG, P., "Foreword: Postmodernism and Law", (1991) 62 *University of Colorado Law Review* 439.

SCHLAG, P., "An Attack on Categorical Approches to Free Speech", (1983) 30 *U.C.L.A. Law Review* 671.

SCHNAPPER, D., "Intégration et exclusion dans les sociétés modernes", dans S. PAUGAM (dir.), *L'exclusion. L'état des savoirs*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, p. 23.

SCHROEDER, J.L., "Catharine's Wheel: MacKinnon's Pornography Analysis As a Return to Traditional Christian Theory", (1993) 38 *New York Law School Law Review* 225.

SCHROEDER, J.L., "The Taming of the Schrew: The Liberal Attempt to Mainstream Radical Feminist Theory", (1992) 5 *Yale Journal of Law and Feminism* 123.

SCHWARTZ, B., "Holmes Versus Hand: Clear and Present Danger or Advocacy of Unlawful Action?", (1994) 5 *Supreme Court Review* 209.

SEARLE, J., "What Is a Speech Act", dans: M. BLACK (dir.), *Philosophy in America*, Ithaca, Cornell University Press / Allen & Unwin, 1965, p. 221.

SEGAL, L., "Sweet Sorrows, Painful Pleasures: Pornography and the Perils of Heterosexual Desire", dans: L. SEGAL et M. McINTOSH (dir.), *Sex Exposed. Sexuality and the Pornography Debate*, New Brunswick, N.J., Rutgers University Press, 1993, p. 65.

SELLER, A., "Realism versus Relativism: Towards a Politically Adequate Epistemology", dans M.F. GOODMAN et R.A. SNYDER (dir.), *Contemporary Readings in Epistemology*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1993, p. 365.

SETHI, R., "Speaking Up! Speaking Up! The Power of Student Speech in Law School Classrooms", (1994) 16(2) *Women's Rights Law Reporter* 61.

SÈVE, R., "Douter c'est décider: nature et caractère constructifs du doute", dans: F. TERRÉ (dir.), *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 119.

SHAPIRO, M., "The Globalization of Law", (1993) 1 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 37.

SHEPPARD, C., "Equality in Context: Judicial Approaches in Canada and the United States", (1990) 39 *University of New Brunswick Law Journal* 110.

SHERMAN, J.G., "Love Speech: The Social Utility of Pornography", (1995) 47 *Stanford Law Review* 661.

SHERRY, S., "The Sleep of Reason", (1996) 84 *Georgetown Law Journal* 453.

SHERRY, S., "Speaking of Virtue: A Republican Approach to University Regulations of Hate Speech", (1991) 75 *Minnesota Law Review* 933.

SHERRY, S., "Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication", (1986) 72 *Virginia Law Review* 543.

SHIFFRIN, S.H., "Racist Speech, Outsider Jurisprudence and the Meaning of America", (1994) 80 *Cornell Law Review* 43.

SHIVAKUMAR, D., "The Pure Theory as Ideal Type: Defending Kelsen on the Basis of Weberian Methodology", (1996) 105 *Yale Law Journal* 1383.

SHKLAR, J.N., "Liberté positive, liberté négative en Amérique", dans: *Les usages de la liberté. Textes des conférences et entretiens organisés par les trente-deuxièmes Rencontres Internationales de Genève 1989*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1990, p. 107.

SIEGEL, S., "Ethnocentric Public School Curriculum in a Multicultural Nation: Proposed Standards for Judicial Review", (1996) 40 *New York Law School Law Review* 311.

SIMON, S., "National Membership and Forms of Contemporary Belonging in Quebec", dans: A. LAPIERRE, P. SMART et P. SAVARD (dir.), *Language, Culture and Values in Canada at the Dawn of the 21st Century*, Ottawa, International Council for Canadian Studies / Carleton University Press, 1996, p. 121.

SMANDYCH, R. et LEE, G., "Women, Colonization and Resistance: Elements of an Amerindian Autohistorical Approach to the Study of Law", *Native Studies Review* 10, n° 1 (1995), p. 21.

SMART, C., "Law, Feminism and Sexuality: From Essence to Ethics", (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 15.

SMITH BLUM, C., "The Place of Art in Catharine MacKinnon's Feminist Legal Theory", (1993) 19 *Journal of Contemporary Law* 445.

SMITH Jr., J.C. et WILSON, L.C., "*Brown* on White College Campuses: Forty Years of *Brown* v. *Board of Education*", (1995) 36 *William and Mary Law Review* 733.

SMITH, V., "Reading the Intersection of Race and Gender in Narratives of Passing", *Diacritics*, vol. 24, n° 2-3, Summer-Fall 1994, p. 43.

SMOLLA, R.A., "Rethinking First Amendment Assumptions About Racist and Sexist Speech", (1990) 47 *Washington and Lee Law Review* 171.

SOMERS, M.R. et GIBSON, G.D., "Reclaiming the Epistemological "Other": Narrative and the Social Constitution of Identity", dans: C. CALHOUN (dir.), *Social Theory and the Politics of Identity*, Oxford, U.K. / Cambridge, U.S.A., Blackwell, 1994, p. 37.

SPITZ, D., "Eschewing Silence Coerced By Law: The Political Core and Protected periphery of Freedom of Expression", (1994) 10 *South African Journal on Human Rights* 301.

ST-HILAIRE, C., "Le féminisme et la nostalgie des grands Récits", *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 79.

STEFANCIC, J. et DELGADO, R., "Outsider Scholars: The Early Stories", (1996) 71 *Chicago-Kent Law Review* 1001.

STITH, R., "Will There Be a Science of Law in the Twenty-First Century?", (1991) 22 *Revue générale de droit* 373.

STROSSEN, N., "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", [1990] *Duke Law Journal* 484.

STYCHIN, C.F., "A Postmodern Constitutionalism: Equality Rights, Identity Politics, and the Canadian National Imagination", (1994) 17 *Dalhousie Law Journal* 61.

SULLIVAN, K.M., "Discrimination, Distribution and Free Speech", (1995) 37 *Arizona Law Review* 439.

SUNSTEIN, C.R., "Feminism and Legal Theory", (1988) 101 *Harvard Law Review* 826.

SUNSTEIN, C.R., "Why Markets Don't Stop Discrimination", dans E. FRANKEL PAUL, F.D. MILLER Jr., et J. PAUL, Jeffrey (dir.), *Reassessing Civil Rights*, Cambridge, Mass., Blackwell Publishers, 1991, p. 22.

SUNSTEIN, C.R., "Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)", (1992) 92 *Columbia Law Review* 1.

SWINTON, K., "Multiculturalism and the Canadian Diversity", dans: H.P. GLENN et M. OUELLETTE (dir.), *La culture, la justice et le droit. 1992*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice / Les Éditions Thémis, 1994, p. 78.

SYMPOSIUM, "Legal Education", (1993) 91 *Michigan Law Review* 1921.

SYMPOSIUM, "Legal Storytelling", (1989) 87 *Michigan Law Review* 2073.

SYMPOSIUM, "Political Lawyering. Conversations on Progresive Social Change", (1996) 31 *Harvard Civil-Rights - Civil Liberties Law Review* 285.

SYMPOSIUM, "Regulating the Internet: Should Pornography Get a Free Ride on the Information Superhighway? A Panel Discussion", (1996) 14 *Cardozo Arts & Entertainment Law Review* 343.

SYMPOSIUM, "The Constitution and American Life", (1987) 74 *Journal of American History* 661.

TAMANAHA, B.Z., "The Internal / External Distinction and the Notion of a "Practice" in Legal Theory and Sociolegal Studies", *Law & Society Review*, vol. 30, n° 1, 1996, p. 163.

TANENHAUS, J., "Group Libel", (1950) 35 *Cornell Law Quarterly* 261.

TAYLOR, C., "Convergences et divergences à propos des valeurs entre le Québec et le Canada", dans: *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1992, p. 179.

TAYLOR, C., "The Politics of Recognition", dans: A. GUTMAN (dir.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 25.

TIETJENS MEYER, D., "Rights in Collision: A Non-Punitive, Compensatory Remedy for Abusive Speech", (1995) 14 *Law and Philosophy* 203.

TISHLER, G., "Freedom of Speech and Holocaust Denial", (1987) 8 *Cardozo Law Review* 559.

TRAINOR, D.J., "Native American Mascots, Schools, and the Title VI Hostile Environment Analysis", (1995) 4 *University of Illinois Law Review* 971.

TREMBLAY, L., "L'interprétation téléologique des droits constitutionnels", (1995) 29 *Revue juridique Thémis* 459.

TRIBE, L.H., "The Mystery of Motive, Private and Public: Some Notes Inspired by the Problems of Hate Crime and Animal Sacrifice", [1993] *Supreme Court Review* 1.

TROLLINGER, T., "Reconceptualizing the Free Speech Clause: From a Refuse of Dualism to the Reason of Holism", (1994) 3 *George Mason Independent Law Review* 137.

TROPER, M., "Positivisme juridique", dans: A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ième éd. revue et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 461.

TROPER, M., "The Fact and the Law", dans P. NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 20.

TULKENS, F., "La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer", (1990) 24 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 25.

TULKENS, F., "La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 24, 1990, p. 25.

TUNC, A., "L'importance de la doctrine dans le droit des États-Unis", *Droits*, 20, 1994, p. 75.

TURNER, R., "Regulating Hate Speech and the First Amendment: The Attractions of, and Objections to, an Explicit Harms-Based Analysis", (1995) 29 *Indiana Law Review* 257.

TURNIER, W.J., JOHNSTON CONOVER, P. et LOWERY, D., "Redistributive Justice and Cultural Feminism", (1996) 45 *American University Law Review* 1275.

TURPEL, M.E., "Aboriginal Peoples and the Canadian *Charter*: Interpretive Monopolies, Cultural Differences", (1989-1990) 6 *Annuaire canadien des droits de la personne* 3.

TUSHNET, M., "The Degradation of Constitutional Discourse", (1992) 81 *Georgetown Law Journal* 251.

VAN HOECKE, M. et OST, F., "Epistemological Perspectives in Legal Theory", *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 1, March 1993 (30-47), aux pp. 35-36.

VAN SWAANINGEN, R., "Feminism and Abolitionism as Critiques of Criminology", *International Journal of the Sociology of Law*, 1989, vol. 17, p. 287.

VERDIER, R., "Statique et dynamique des droits des civilisations de l'oralité", *Archives de philosophie du droit*, vol. 29, 1984, p. 251.

VERGOTTE, H.-B., "L'humanité comme idée régulatrice", dans: H.-B. VERGOTTE (dir.), *L'intolérance et le droit de l'autre*, Genève, Labor et Fides, 1992, p. 181.

VILLA, V., "Normative Coherence and Epistemological Presuppositions of Justification", dans: P. NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 431.

VUILLEMIN, J., "Régime civil, droit et raison", *Droit et Société*, n° 20-21, 1992. p. 99.

WEBBER, J., "Rapports de force, rapports de justice: la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés", dans: J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 113.

WEBBER, J., "Multiculturalism and the Limits of Toleration", dans: A. LAPIERRE, P. SMART et P. SAVARD (dir.), *Language, Culture and Values in Canada at the Dawn of the 21st Century*, Ottawa, International Council for Canadian Studies / Carleton University Press, 1996, p. 269.

WECHSLER, H., "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", (1959) 73 *Harvard Law Review* 1.

WEEDEN, L.D., "Just Say No to Race Exclusive College Scholarships: From an Afrocantric Perspective", (1995) 20 *Thurgood Marshall Law Review* 205.

WEINSTEIN, J., "Hate Crime and Punishment: A Comment on *Wisconsin* v. *Mitchell*", (1994) 73 *Oregon Law Review* 345.

WEISBERG, D.K., "Introduction", dans D. K. WEISBERG (dir.), *Feminist Legal Theory. Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, p. xv.

WELLINGTON, H., "On Freedom of Expression", (1979) 88 *Yale Law Journal* 1105.

WELLS, N.D., "Whose Community? Whose Rights? Response to Professor Fiss", (1995) 24 *Capital University Law Review* 331.

WEST, C., de ALVA, J.K., et SHORRIS, E., "Our Next Race Question. The Uneasiness between Blacks and Latinos", *Harper's Magazine*, vol. 292, n° 1751, April 1996, p. 55.

WEST, R., "Relativism, Objectivity, and Law", (1990) 99 *Yale Law Journal* 1473.

WEST, R., "Jurisprudence and Gender", (1988) 55 *University of Chicago Law Review* 1.

WEST, R., "The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory", (1987) 3 *Wisconsin Women's Law Journal* 81.

WEST, R., "The Feminine-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General's Commission on Pornography Report", [1987] *American Bar Foundation Research Journal* 681.

WICKE, J., "Postmodern Identity and the Legal Subject", (1991) 62 *University of Colorado Law Review* 455.

WICKE, J., "Through a Gaze Darkly. Pornography's Academic Market", dans: P. CHURCH GIBSON et R. GIBSON (dir.), *Dirty Looks. Women, Pornography, Power*, London BFI Publishing, 1993, p. 62.

WILKINSON III, J.H., "The Dimensions of American Constitutional Equality", (1992) 55 *Law and Contemporary Problems* 235.

WILLIAMS, J.C., "Dissolving the Sameness / Difference Debate: A Post-Modern Path Beyond Essentialism in Feminist and Critical Race Theory", [1991] *Duke Law Journal* 296.

WILLIAMS, Jr., R.J. "Burning Crosses and Blazing Words: Hate Speech and the Supreme Court's Free Speech Clause Jurisprudence", (1995) 5 *Seton Hall Constitutional Law Journal* 609.

WILLIAMS, L., "Seconds Thoughts on Hard Core: American Obscenity Law and the Scapegoating of Deviance", dans: P. CHURCH GIBSON et R. GIBSON (dir.), *Dirty Looks. Women, Pornography, Power*, London, BFI Publishing, 1993, p. 46.

WILLIAMS, P.J., "Notes from a Small World", *The New Yorker*, Vol. LXXII, n° 10, April 29 & May 6, 1996, p. 87.

WILLIAMS, P.J., "Spirit-Murdering the Messenger: The Discourse of Fingerpointing as the Law's Response to Racism", (1987) 42 *University of Miami Law Review* 127.

WILLIAMS, S.H., "Feminist Jurisprudence and Free Speech Theory", (1994) 68 *Tulane Law Review* 1563.

WIRENIUS, J.F., "The Road Not Taken: The Curse of *Chaplinsky*", (1995) 24 *Capital University Law Review* 331.

WOLFSON, N., "Eroticism, Obscenity, Pornography and Free Speech", (1994) 60 *Brooklin Law Review* 1037.

WOLFSON, N., "Equality in First Amendment Theory", (1993) 38 *Saint Louis University Law Review* 379.

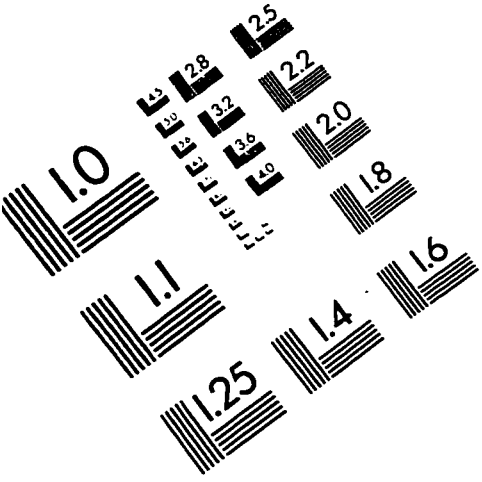
WOLFSON, N., "Free Speech Theory and Hateful Words", (1991) 60 *University of Cincinnati Law Review* 1.

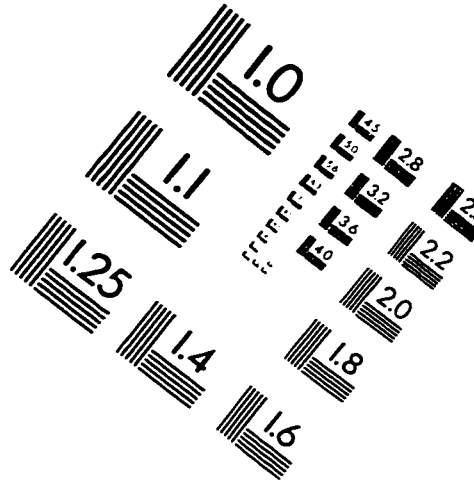
WOLLASTON, P., "Will They Ever Get It Right? A Gay Analysis of *R.* v. *Butler*", (1993) 2 *Dalhousie Journal of Legal Studies* 251.

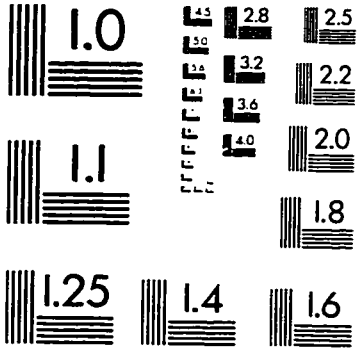
YASSKY, D., "Eras of the First Amendment", (1991) 91 *Columbia Law Review* 1699

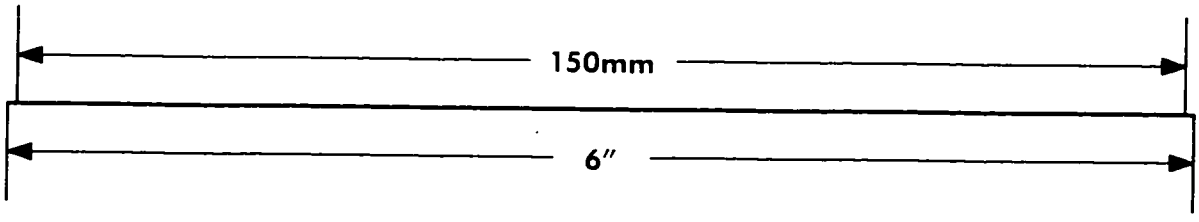
YEN, S.H., "Redressing the Victim of Racist Speech After *R.A.V.* v. *St. Paul*: A Proposal to Permit Recovery in Tort", (1993) 26 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 589.

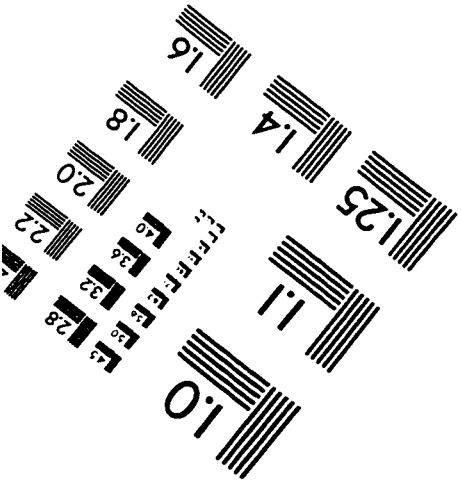
IMAGE EVALUATION TEST TARGET (QA-3)

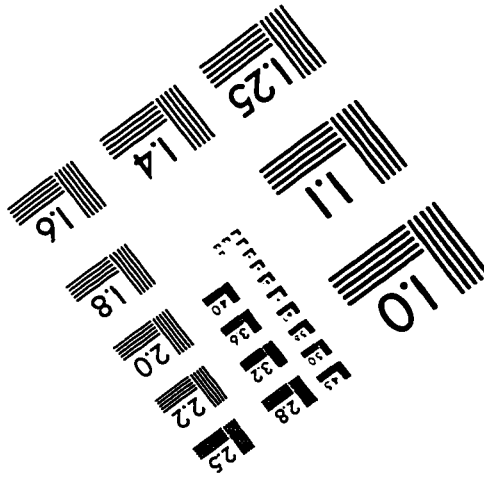












APPLIED IMAGE, Inc
1653 East Main Street
Rochester, NY 14609 USA
Phone: 716/482-0300
Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc., All Rights Reserved