Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 42 – Numéro 1-2

Année : 2012

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10270>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10270>

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE INTRODUCTIVE	1
Par Michèle RIVET	
LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES : LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION LARGE SOUS LES VERROUS?	13
Par Christian BRUNELLE	
L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE : LE DIFFICILE ACCÈS AU TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE	49
Par Anne-Marie SANTORINEOS	
LA CONTRIBUTION DU TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE À L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RELIÉE À LA PRÉCARITÉ EN EMPLOI	83
Par Sylvie GAGNON	
LES DOMMAGES PUNITIFS EN DROIT QUÉBÉCOIS : TRADITION, ÉVOLUTION ET... RÉVOLUTION?	159
Par Mélanie SAMSON	
UN TRIBUNAL SPÉCIALISÉ POUR RÉSISTER À L'APPROCHE CIVILISTE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE	203
Par Stéphane BERNATCHEZ	
L'ÉGALITÉ, VALEUR SOUVERAINE AU CŒUR DE LA « DÉMOTIQUE » MODERNE	255
Par David GILLES	
L'IRRÉDENTISME DES VALEURS DANS LE DROIT : LA QUÊTE DU FONDEMENT AXIOLOGIQUE	309
Par David GILLES Simon LABAYLE	
JUGER À L'ÈRE DES DROITS FONDAMENTAUX	363
Par Michèle RIVET Anne-Marie SANTORINEOS	
INTRODUCTION AU DROIT CANADIEN.....	405
René PEPIN	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : NOTE INTRODUCTIVE

Auteur(s) : Michèle RIVET

Revue : *RDUS*, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : 1-11

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE INTRODUCTIVE

par Michèle RIVET*

Il y a plus de vingt ans maintenant, le Tribunal des droits de la personne a été créé par amendements à la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*; toutes les dispositions le mettant en place sont entrées en vigueur le 10 décembre 1990.

Comme l'écrit Gil Rémillard, alors Ministre de la Justice en 1990, en préface dans un livre reprenant les textes des présentations faites lors d'un colloque organisé par le Tribunal des droits de la personne en collaboration avec le Barreau du Québec, en mars 2010 :

Nous avons choisi la date du 10 décembre pour souligner la relation que nous voulions établir entre la création de ce nouveau Tribunal des droits de la personne et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Nous étions au lendemain de la chute du mur de Berlin et au début de cette démocratie émergente qui triomphait sur le communisme, donnant un nouvel espoir de liberté pour des millions d'êtres humains, mais créant aussi de nouvelles sensibilités entre les peuples qui retrouvaient leur capacité d'exprimer leur spécificité (...)

[N]ous voulions donc souligner l'universalité des droits et libertés et inscrire la mission du Tribunal dans une perspective internationale.¹

*. Avocate, professeure associée, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, juge et première présidente du Tribunal des droits de la personne 1990-2010.

1. Gil REMILLARD, « Préface », dans *Race, femme, enfant, handicap : Les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, VII-XII, aux pages VIII et IX. La charte québécoise, par ailleurs, a des racines internationales. Voir en ce sens Jacques-Yvan MORIN, «Le Québec de l'après-guerre, s'ouvrant au monde extérieur et exposé aux influences européenne et américaine, ne pouvait demeurer indifférent à ce vaste élan de civilisation, ni rester à l'écart de son évolution.(...) Dans les années soixante, à l'époque où prennent forme ici une société et un État modernes, au moment même où s'affirme son existence en tant que nation et s'annonce le pluralisme croissant de sa population, des voix s'élèvent au Québec pour réclamer qu'il prenne sa part de responsabilité

Le Tribunal des droits de la personne a donc conféré, depuis sa création le 10 décembre 1990, une importance aux droits fondamentaux garantis par les grands instruments internationaux relatifs aux droits et libertés de la personne. Dans son interprétation et son application de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, il a cherché à donner effet à ces instruments, plus particulièrement à ceux qui garantissent l'égalité et une protection égale et efficace contre toute discrimination.

La Cour Suprême du Canada, sous la plume du juge en chef Dickson, avait d'ailleurs, quelque trois ans auparavant, indiqué toute la place du droit international dans la compréhension des normes des droits de la personne en droit interne.

En effet, en 1987, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*², le juge en chef Dickson dans son analyse de la liberté d'association sous l'al. 2d) de la Charte canadienne³ examine le droit international. Dissident quant aux conclusions, le juge en chef Dickson est alors le seul à regarder la place du droit international dans l'analyse sous la Charte :

dans la définition des buts sociaux de la collectivité et de la place que doit y occuper la personne humaine (...).», dans A.R. NADEAU (dir.), *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, numéro thématique de la Revue du Barreau en marge du 30^e anniversaire de l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2006, Propos liminaires à la page XIX.

2. [1987] 1 R.C.S. 313. Cette approche a été maintes fois reprises, notamment en 1998, par la Cour d'Appel du Québec : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Boisbriand (Ville)*, (1998) R.J.Q. 688, arrêt confirmé en Cour Suprême du Canada : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, par 28.
3. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c.11 (R.-U.)].

Le droit international nous donne un bon aperçu de la nature et de la portée de la liberté d'association des travailleurs. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, la protection des droits et libertés fondamentaux collectifs et individuels est devenue une question d'intérêt international. Il existe maintenant un droit international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leurs ressortissants. La *Charte* est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne - les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières - doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quant il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*⁴.

Cette opinion du juge en chef est donc en quelque sorte le coup d'envoi en droit positif d'une réflexion des tribunaux sur la portée du droit international en droit interne.

Voilà le premier ancrage du Tribunal des droits de la personne.

D'ailleurs, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies soulignait dans ses *Observations finales*⁵ de 1998 la prise en compte par le Tribunal des sources juridiques internationales :

4. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, préc., note 3, 348 (j. en chef Dickson).

5. *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Canada* : 10/12/98, E/C.12/1/Add.31.

Le Comité note avec satisfaction que le Tribunal des droits de la personne du Québec a, dans un certain nombre de décisions, pris en considération les dispositions du Pacte pour interpréter la Charte des droits du Québec, notamment en matière de droits relatifs au travail.

Le deuxième ancrage est évidemment celui la définition même de l'égalité énoncée en 1989, définition reprise, modulée mais toujours et plus que jamais peut-être, celle qu'il convient de retenir.

C'est l'arrêt *Andrews*⁶ de 1989, où le juge McIntyre établit ainsi les paramètres de la discrimination et définit l'égalité :

Le concept d'égalité est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte sociopolitique où la question est soulevée, tout en reconnaissant que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

Voilà les principes premiers, principes établis par la Cour Suprême du Canada, à l'aune desquels le Tribunal a entrepris son travail d'interprétation à partir des dossiers devant lui.

Ce travail du Tribunal, très imparfait et loin d'être achevé, est l'œuvre de toute une équipe, de juges et d'assesseurs, ainsi que le législateur a en déterminé la composition et l'organisation⁷. Les assesseurs sont nommés pour des mandats de cinq ans en fonction de leur expérience, expertise, sensibilisation et intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne (arts. 101 et 103). Le Tribunal siège par divisions, composées de trois personnes, un juge et deux assesseurs qui assistent le juge, mais

6. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 164.

7. Très bien présentées sur le plan des sources formelles dans le texte de Me Luc HUPPÉ, « Le statut juridique des assesseurs du Tribunal des droits de la personne », (2011) 70 *Revue du Barreau* 219.

n'ont pas voix décisionnelle (art. 104). La Cour d'Appel du Québec d'ailleurs a repris l'analyse de la « nature du Tribunal » des droits de la personne dans un arrêt récent⁸ aux fins d'indiquer quelle norme de contrôle doit être appliquée.

Tribunal hybride par sa composition et dans son fonctionnement, le Tribunal des droits de la personne respecte les normes les plus élevées en matière d'indépendance et d'impartialité, celles qui s'appliquent aux tribunaux judiciaires. En même temps, la saisine première du Tribunal des droits de la personne est faite en tout premier par la Commission des droits de la personne et de la jeunesse et souventes fois, le mis en cause est le gouvernement du Québec, l'un de ses Ministères, et le Procureur Général, en même temps fiduciaire du législateur, a ainsi le devoir de le représenter⁹.

Conformément à la Charte (article 106) un Code de déontologie a été édicté pour les membres du Tribunal¹⁰ qui énonce très clairement que le membre exerce ses fonctions avec intégrité, honneur, dignité et en toute indépendance (article 1) et qu'il doit notamment, de façon manifeste, être impartial et objectif (article 2)¹¹.

8. *Commission Scolaire Marguerite Bourgeoys c. Gallardo*, (2012) QCCA 908, aux paragraphes 36 à 46, les juges Chamberland, Rochette, Dalphond, motifs rédigés par le juge Dalphond.

9. Sur les difficultés ainsi posées, voir notamment : *Commission des droits de la personne c. Québec*, (2007) RJ 2517. C'est le dossier connu sous le nom des Jeunes Enseignants. Les faits en litige remontent à 1997. La Cour Suprême du Canada a reconnu la compétence du Tribunal pour statuer sur cette affaire, (2004) RCS 185. Pour une chronologie, on peut consulter sur le site internet du Tribunal des droits de la personne, le Bilan d'activités 2007-2008, aux pages 16 et 17. Notre obligation de réserve nous empêche évidemment de faire quelque commentaire que ce soit, puisque ce dossier s'est retrouvé devant nous.

10. Code de déontologie des membres du Tribunal des droits de la personne, RRQ, c C-12, r1.

11. Ce code reprend les principes énoncés dans le Code de déontologie pour la magistrature (Juges de la Cour du Québec), RRQ, c T-16, r1.

Par ailleurs, des Orientations Générales, conformément à l'article 106 de la Charte, ont été, en concertation avec les membres, énoncées une première fois en 2001 et reprises et développées en 2006. Ces Orientations Générales reprennent les principes énoncés par la Cour Suprême du Canada pour l'interprétation de la Charte, interprétation large et libérale de ses dispositions afin d'assurer le plein accomplissement des droits qui y sont énoncés¹², réitèrent le principe d'accessibilité à un tribunal compétent¹³, traitent, au niveau administratif de la nécessité de se doter d'outils modernes et d'adopter les meilleures pratiques afin d'assurer une gestion saine et rapide des dossiers portés devant le tribunal¹⁴, et enfin, indiquent la place du Tribunal dans la société québécoise, canadienne et internationale¹⁵. C'est ainsi que le Tribunal, à trois reprises, entre les années 2000 et 2010 a organisé des colloques en collaboration avec le Barreau du Québec. Nous nous étions réunis, auparavant, en 2002 avec la Société québécoise de droit international dans une journée de réflexion portant sur la norme internationale en droit interne et ce, sans parler des réunions mensuelles de formation auxquelles tous les membres sont tenus de participer.

Ces *Orientations générales* viennent en quelque sorte cristalliser les principes qui ont été au cœur des préoccupations

12. Dans la section 1; voir préc., note 3.

13. Dans la section 2; voir Comité des droits de l'homme des Nations Unies, avril 2006, Observations finales sur le 5^e Rapport canadien. Plus généralement : *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec*, Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2008. Ce livre est le colligé des communications présentées lors d'un colloque organisé les 22 et 23 novembre 2007.

14. Dans la section 3.

15. Dans la section 4; sur cette question et sur le rôle du juge dans la société, voir notamment Michèle RIVET, «Entre stabilité et fluidité : le juge arbitre de valeurs», dans *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2005, aux pages 1 à 47. Ce livre contient les textes des communications présentées lors d'un colloque, les 28 et 29 avril 2005.

des membres du Tribunal certes dès sa création mais dont la mise en oeuvre s'est actualisée, modifiée et raffinée au fil des années.

Voilà pourquoi ces *Orientations générales* – témoignage d'une pensée plus achevée et de pratiques plus éprouvées après dix ans d'activités – ont tardé à s'énoncer formellement. Les principes directeurs illustrent bien le souci de donner à cette institution les moyens de remplir le mandat qui lui a été confié¹⁶. Outil organisationnel, ces Orientations ont respecté, à l'instar des tribunaux judiciaires, le secret premier du délibéré.

C'est donc dans une grande synergie que les membres du Tribunal travaillent tous ensemble, en collégialité, chacun apportant son expertise, sa fine sensibilité; les assesseurs participent pleinement à la vie du Tribunal, au délibéré avec le juge, à la place que le Tribunal doit occuper dans la définition des droits, dans la société où il s'incarne.

Les questions soumises sont vastes et complexes, qu'il s'agisse, à titre d'exemples seulement, de l'intégration scolaire des enfants handicapés¹⁷, de la place des femmes dans les métiers non traditionnels et partant de la discrimination systémique¹⁸, de profilage racial¹⁹, de la place de la religion, de la

16. Michèle RIVET, « Présentation générale du colloque », préc., note 2, à la page XVII.

17. Cette question complexe s'est présentée à plusieurs reprises devant le Tribunal et la Cour d'Appel a été appelée à statuer plusieurs fois sur ces décisions de première instance. Ainsi, la toute première décision rendue par le Tribunal a été dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire Saint-Jean sur Richelieu* confirmée par la Cour d'Appel, sous la plume de la juge Thérèse Rousseau-Houle, (1994) RJQ 1227, qui analysait un droit prévu au chapitre des droits économiques et sociaux de la Charte à la lumière de la norme d'égalité édictée à l'article 10. Tout récemment, la Cour d'Appel dans *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (2012) QCCA, a, sous la plume du juge Rochette, infirmé. La décision du Tribunal. La permission d'appeler a été demandée en Cour Suprême du Canada.

18. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc. et société en commandite Gaz métropolitain*, (2009) RJQ

liberté de conscience en relation avec les institutions gouvernementales²⁰ pour ne nommer que celles là, sans oublier évidemment toute la question des antécédents judiciaires²¹ et combien d'autres.

Questions difficiles aussi que toutes celles reliées à la définition de la compétence du Tribunal notamment en relation avec le monde du travail²² que celles reliées à la prise en compte par les tribunaux des nouveaux modes de travail, souvent à statut précaire²³, que celles reliées à la détermination du préjudice et aux remèdes de l'article 49 de la Charte²⁴, aux interrelations de la Charte avec le Code civil et aux dérives qui peuvent en découler²⁵, que celle de la notion même d'égalité²⁶.

La réflexion que ce numéro spécial de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke nous propose est de toute première

487, confirmée en appel, (2011) RJQ 1253, sous la plume du juge Dufresne. Aussi : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de)*, décision rendue le 18 avril 2012 qui a été portée en appel.

19. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier*, (2011) RJQ 225, décision portée en appel.

20. *Simoneau et Mouvement laïque québécois c. Tremblay et Saguenay (Ville de)*, (2011) RJQ 507, décision portée en appel. Aussi : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, (2006) RJQ 2529.

21. Christian BRUNELLE : La discrimination fondée sur les antécédents judiciaires : le principe de l'interprétation large sous les verrous?, dans ce numéro.

22. Anne-Marie SANTORINEOS : L'accès à la justice en matière de droits de la personne: le difficile accès au Tribunal des droits de la personne, dans ce numéro.

23. Sylvie GAGNON : La contribution du Tribunal des droits de la personne à l'élimination de la discrimination reliée à la précarité en emploi, dans ce numéro.

24. Mélanie SAMSON : Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et ...révolution?, dans ce numéro.

25. Stéphane BERNATCHEZ : Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne, dans ce numéro.

26. David GILLES : L'égalité, valeur souveraine au cœur de la « démotique » québécoise moderne, dans ce numéro.

importance²⁷. Elle s'inscrit dans une démarche de réflexion globale sur la Charte à laquelle la doctrine nous convie depuis quelques années²⁸ ou de réflexions plus pointues comme la thèse de doctorat de la professeure Sophie Morin sur le dommage moral et le préjudice extra-patrimonial²⁹.

Il faut évidemment applaudir au travail des auteurs des différents textes présentés ici, qui n'ont pas hésité à fouiller toutes ces questions, souligner cette importante initiative de la Revue, et les en remercier tous. C'est ainsi que l'on avance...

Mais la longue marche vers l'égalité³⁰ est loin d'être linéaire. Elle est parsemée d'embûches, d'arrêts ou de pas en arrière. Le corpus jurisprudentiel développé par les tribunaux supérieurs, comme aussi par les tribunaux de première instance, tel le Tribunal des droits de la personne, est, en ce sens, de toute première importance.

Près de quarante ans déjà après l'adoption de la Charte québécoise, plus de trente ans après l'adoption de la Charte constitutionnelle, plus de vingt ans après la création du Tribunal des droits de la personne... Poussée en tête de train par la pensée de la Cour Suprême du Canada, la société canadienne est

27. David GILLES et Simon LABAYLE : « L'irrédentisme » des valeurs et des principes dans le droit, dans ce numéro.

28. Nous pensons tout particulièrement au no spécial de la Revue du Barreau du Québec : *La charte québécoise : origine, enjeux, perspectives*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2006, ainsi que : P. BOSSET et L. LAMARCHE (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels : La charte québécoise des droits et libertés en chantier*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2011.

29. Sophie MORIN, *Le dommage moral et le préjudice extra-patrimonial*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2011.

30. Michèle RIVET, « La longue marche vers l'égalité au Canada », dans Marie-Claire BELLEAU, François LACASSE (dir.), Claire L'Heureux-Dubé à la Cour Suprême du Canada (1987-2002), Montréal, Wilson Lafleur, 2004, à la page 385; plus récemment Manon MONTPETIT et Stéphane BERNATCHEZ, « La valse-hésitation du droit à l'égalité pour le bal des dix ans de la Cour McLachlin », (2010) 26 *Revue nationale de droit constitutionnel*, 231-278.

devenue plus inclusive³¹. Mais en même temps, il est aussi juste de dire que le droit des chartes et le système judiciaire appréhendent encore très difficilement les problèmes quand ce sont des groupes et non des individus qui prétendent à la violation du droit à l'égalité. Beaucoup, beaucoup de chemin reste encore là à parcourir. Ainsi, ne pourrait-on pas penser à une collectivisation du recours, sans qu'il n'y ait à prouver le dommage individuel³²?

Beaucoup reste à faire et certaines questions ne peuvent pas être réglées sans l'intervention du législateur³³, telles sans doute les prescriptions sur les antécédents judiciaires³⁴.

Mais là s'arrête notre propos. Revenons au terrain qui est nôtre.

À une époque où la grande mobilité et la grande diversité des personnes imposent à la société qu'elle s'ajuste à la pluralité des modes de vie, au respect de tous, tout en gardant son identité propre, l'institution judiciaire doit aussi constamment ajuster sa façon de concevoir la diversité afin de donner tout son sens aux protections normatives qu'elle est chargée d'appliquer. Le défi consiste à trouver le juste équilibre entre la fluidité du mouvement évolutif de la société et la stabilité juridique

31. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE indiquent même : « Bien qu'étant à plusieurs égards liée aux principes constitutionnels de démocratie et de protection des minorités, l'égalité concrète représente possiblement un principe autonome qui pourrait être ajouté à ceux déjà identifiés par la Cour Suprême », *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain, l'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 100.

32. *Supra*, note 10. Cette question a alors été abordée. Le tribunal a décidé que les textes actuels de la Charte ne permettaient pas d'accueillir alors la demande faite en quelque sorte en ce sens.

33. À plusieurs reprises déjà, des amendements à la Charte ont été demandés. Ainsi : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Études, Québec, 2003.

34. C. BRUNELLE, *préc.*, note 22.

permettant d'assurer le respect des valeurs fondamentales, entre le dieu Hercule et le Dieu Hermès³⁵.

La longue marche que nous faisons et qui doit se poursuivre encore longtemps, s'inscrit à l'aune d'une quête d'égalité, une égalité qui permet l'inclusion de tous dans la société quel que soit, notamment, notre sexe, notre race, notre origine ethnique, notre orientation sexuelle, notre religion, nos convictions politiques, nos handicaps, notre âge.

35. Michèle RIVET et Anne Marie SANTORINEOS : Juger à l'ère des droits fondamentaux, dans ce numéro. Voir aussi notamment Michèle RIVET, «Entre stabilité et fluidité : le juge arbitre de valeurs», préc., note 16.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LES ANTÉCÉDENTS
JUDICIAIRES : LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION LARGE SOUS
LES VEROUS?

Auteur(s) : Christian BRUNELLE

Revue : *RDUS*, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : **13-48**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10262>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10262>

Page vide laissée intentionnellement.

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES : LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION LARGE SOUS LES VEROUS?

par Christian BRUNELLE*

Depuis le début des années 2000, la Cour suprême du Canada a consacré trois arrêts à la protection contre la discrimination dans l'emploi fondée sur les antécédents judiciaires. L'auteur démontre que, chaque fois, la Cour a retenu une interprétation de la Charte québécoise plus restrictive que celle privilégiée par des membres du Tribunal des droits de la personne, auxquels le législateur reconnaît pourtant « une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne ». Cela étant, le moment serait-il venu, pour le législateur québécois, de revoir le libellé de la Charte de manière à lui (re)donner une portée plus généreuse à cet égard?

Over the last decade, the Supreme Court of Canada has rendered judgment in three cases dealing with protection against discrimination in matters of employment due to having a criminal record. The writer points out that on each occasion, the Court proposed an interpretation of the Quebec Charter which is generally more restrictive than that favored by members of the Human Rights Tribunal, whose members are deemed to possess «...notable experience and expertise in, sensitivity to and interest for matters of human rights and freedoms.» Perhaps the time has come for Quebec lawmakers to reexamine the actual wording of the Charter so that it may reflect a more generous approach to issues of discrimination?

* . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, et chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). L'auteur désire exprimer ses remerciements au Conseil de recherche en sciences humaines (CRSH) du Canada, pour son soutien financier, à M. Bernard Mailloux, étudiant à la maîtrise en droit de l'Université Laval, pour son assistance dans le repérage des sources jurisprudentielles, et au professeur Dominic Roux, qui a aimablement commenté une version préliminaire de ce texte.

14	<i>La discrimination fondée sur les antécédents judiciaires : le principe de l'interprétation large sous les verrous?</i>	(2012) 42 R.D.U.S.
----	---	--------------------

SOMMAIRE

I)	L'objet de l'article 18.2	17
II)	Un droit à portée limitée	22
	A) Les titulaires du droit	25
	B) La cause véritable de la mesure préjudiciable	31
III)	Des moyens de défense distincts	37
	Conclusion	46

La route de l'égalité est longue et parsemée d'embûches. Au mitan des années 1970, le législateur québécois a toutefois doté les citoyens du Québec d'un formidable véhicule pour la parcourir : la *Charte des droits et libertés de la personne*¹. Puis, à l'aube des années 1990, la création du Tribunal des droits de la personne est venue ajouter à la puissance de ce véhicule. Si la destination espérée excède encore notre horizon, un coup d'œil au rétroviseur permet tout de même de mesurer le chemin parcouru.

Tout en évitant les accès d'enthousiasme ou d'optimisme, lesquels ne sauraient gommer une réalité qui demeure implacable pour bien des individus qui vivent l'exclusion au quotidien, il faut bien reconnaître que la Charte québécoise a contribué à améliorer sensiblement la situation de certains groupes auxquels elle destine sa protection contre la discrimination. C'est notamment le cas des femmes², des minorités religieuses³, des personnes handicapées⁴ et des personnes homosexuelles⁵.

Si certains groupes particulièrement vulnérables aux préjugés et stéréotypes ont ainsi progressé sur la voie de l'égalité, il en est un qui, après avoir été tout simplement oublié au point de départ, semble aujourd'hui abandonné en route. Il s'agit de ces personnes accusées d'avoir perpétré une infraction criminelle ou

-
1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après : « Charte québécoise »).
 2. *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.); *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 172, J.E. 2010-325, D.T.E. 2010T-109; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2011] R.J.Q. 1253 (C.A.).
 3. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.
 4. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665; *Syndicat des infirmières du Nord-Est québécois (F.I.I.Q.) c. Sylvestre*, [2003] R.J.Q. 1392, [2003] R.J.D.T. 661 (C.A.).
 5. *Québec (Procureure générale) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2002] R.J.Q. 588 (C.A.).

pénale ou déclarées coupables d'une telle infraction à la suite d'un plaidoyer de culpabilité ou d'un procès.

Tout bien considéré, la Charte québécoise ne souffrait peut-être pas d'une tare congénitale à cet égard, puisque dès son adoption, elle condamnait déjà la discrimination fondée sur la « condition sociale ». Toutefois, le refus caractérisé des tribunaux d'assimiler la condition des personnes qui présentent des antécédents judiciaires à une « condition sociale » protégée allait susciter une intervention de l'assemblée législative⁶. Plutôt que de concevoir une protection ambitieuse qui puisse contrer la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires dans tous les domaines d'activités visés par la Charte québécoise⁷, le législateur la cantonnait au seul domaine de l'emploi, en couchant sa disposition dans des termes verbeux plus proches d'un texte de nature fiscale que fondamentale⁸, où droit et moyens de défense s'amalgament au mépris de la structure d'ensemble de la Charte qui favorise plutôt leur dissociation⁹ :

-
6. Nous avons déjà eu l'occasion de décrire plus amplement ce contexte historique dans une étude antérieure : Christian BRUNELLE, « La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif », (1995) 29 *R.J.T.* 313, p. 319-322. Voir également : Marc-André DOWD et Julie LEFEBVRE, « La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* : « il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée » », dans S.F.P.B.Q., vol. 153, *Développements récents en droit du travail (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 4-6.
 7. Ces domaines d'activités ressortent principalement du chapitre I.1 de la Charte québécoise, lequel vise le harcèlement (art. 10.1), la publicité ou l'information au public (art. 11), les actes juridiques (art. 12 et 13), incluant ceux touchant le logement (art. 14, *a contrario*), l'accès aux moyens de transport, aux lieux publics et aux biens et services qui y sont offerts (art. 15) de même que l'emploi et les conditions de travail (art. 16 à 19).
 8. Mélanie SAMSON, « L'interprétation constitutionnelle et l'interprétation fiscale, encore aux antipodes? », *Lex Electronica*, vol. 15, n° 2, Automne 2010, p. 8 et 9.
 9. De fait, la structure d'ensemble de la Charte québécoise invite à dissocier les droits et libertés proprement dits, des moyens de défense qui peuvent leur être opposés en application des articles 9.1, 20 ou 20.1 : Christian

18.2. Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

Fait proprement exceptionnel, la Cour suprême du Canada aura consacré trois arrêts à l'interprétation de cette disposition depuis le début des années 2000. À chacune de ces occasions, la Cour aura retenu une interprétation plus étroite que celle privilégiée par des juges du Tribunal des droits de la personne, lesquels présentent pourtant « une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne »¹⁰.

Cela étant, nous nous proposons de relever les principaux éléments qui ressortent de ces arrêts de manière à dégager la grille d'analyse désormais applicable dans les cas où une personne allègue être l'objet d'une discrimination fondée sur ses antécédents judiciaires. Notre attention sera successivement portée sur l'objet de la protection offerte par l'article 18.2 de la Charte québécoise (I.), la portée limitée du droit qu'il confère (II.) et les moyens de défense distincts qu'il permet à l'employeur d'opposer à celui ou celle qui s'en réclame (III.).

I) L'OBJET DE L'ARTICLE 18.2

Si la Charte québécoise a précédé la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, cette dernière a suscité une activité judiciaire

BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive? », dans *Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne (dir.), La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, Textes des conférences du colloque tenu à Montréal les 28 et 29 avril 2005, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005, 343, p. 351.

10. Art. 101, al. 1, et 103 de la Charte québécoise.

11. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

fertile dont le texte québécois a largement subi l'influence par la suite, notamment en matière d'interprétation. Ainsi, placée devant le défi de définir les droits et libertés constitutionnels, la Cour suprême du Canada a tôt fait d'épouser une méthode d'interprétation finaliste ou téléologique¹², selon laquelle « [l]e sens d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'*objet* d'une telle garantie »¹³. Cet objet peut être dégagé « de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte* », sans pour autant négliger le contexte dans lequel s'insère la revendication fondée sur la *Charte*¹⁴. Il est résolument admis que cette « méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet visé par la loi et l'approche contextuelle » s'imposent aussi au contact de la Charte québécoise¹⁵.

Cela étant, quel est donc l'objet de l'article 18.2? C'est dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*¹⁶ que la Cour se montre la plus explicite à ce propos.

L'affaire met en cause un mécanicien d'entretien, embauché le 6 mars 1989, alors qu'il ne connaît pas encore la sentence qui lui sera imposée à la suite de son récent plaidoyer de culpabilité pour des délits de fraude et d'abus de confiance qu'il aurait commis, en 1985, en qualité de directeur de l'entretien d'une société portuaire. Le mercredi 26 juin 1991, la sentence est

12. Mélanie SAMSON, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence? », (2008) 49 *C. de D.* 297, p. 302-303.

13. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 (J. Dickson) (nos italiques).

14. *Id.*

15. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 4, p. 697 (J. L'Heureux-Dubé, par. 71).

16. [2003] 3 R.C.S. 228.

finalement prononcée et il est condamné à une peine d'incarcération de six mois moins un jour, à purger sur-le-champ. Ce moment coïncide avec le début de ses deux semaines de vacances annuelles. Attendu au travail à partir du mercredi 10 juillet 1991, il ne se présente pas, si bien que le lundi suivant, l'employeur le congédie. Puis, le 26 juillet 1991, le mécanicien obtient le droit à une libération conditionnelle susceptible de prendre effet le 5 août 1991, mais l'employeur maintient néanmoins sa décision. Après enquête, la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* acceptera de prendre fait et cause pour le salarié.

Saisi de l'affaire, le Tribunal des droits de la personne donne raison au mécanicien. Il estime que l'incarcération ne prive pas forcément le salarié de la protection de la Charte et considère que « Maksteel ne s'est pas déchargée de son fardeau de prouver qu'elle avait tenté un accommodement raisonnable et qu'aucun accommodement n'était possible sans amener de contrainte excessive »¹⁷. Le Tribunal note au passage que :

L'article 18.2 de la Charte est [...] une réponse législative québécoise [...] en vue de permettre aux personnes condamnées de retrouver leur place dans la société. Pour réussir, l'effort de réhabilitation requiert l'intégration sociale la plus large possible, et notamment l'intégration au marché du travail, sans discrimination¹⁸.

La Cour d'appel du Québec infirmera le jugement du Tribunal¹⁹. Admettant être en présence d'un cas de discrimination directe, elle jugera que l'obligation d'accommodement ne peut pas s'appliquer en l'espèce, persistant ainsi à limiter cette obligation aux seuls cas de discrimination indirecte (ou par effet préjudiciable) malgré un arrêt majeur, à l'effet contraire, prononcé

17. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Maksteel Québec inc.*, [1997] R.J.Q. 2891 (T.D.P.Q.), p. 2898 (J. Rivet, par. 63).

18. *Id.*, p. 2895 (par. 24).

19. *Maksteel inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2001] R.J.Q. 28 (C.A.).

par la Cour suprême du Canada, quinze mois plus tôt²⁰. Cela étant, la Cour d'appel conviendra néanmoins que l'article 18.2 vise « ... le maintien de l'égalité [...] en prohibant la discrimination contre les personnes « déclarées coupables » et qu'il favorise aussi l'intégration de ces personnes au marché du travail »²¹.

La Cour suprême du Canada va elle aussi conclure en faveur de l'employeur. Dans l'opinion qu'elle signe au nom de six des sept juges qui ont entendu le pourvoi, M^{me} la juge Deschamps définit en ces termes l'objet de l'article 18.2 de la Charte québécoise :

L'article 18.2 protège donc l'employé contre les stigmates sociaux injustifiés découlant d'une condamnation antérieure.

[...]

Tel que mentionné, l'art. 18.2 se veut une protection contre les stigmates sociaux injustifiés qui ont pour effet d'exclure la personne condamnée du marché du travail. Tel est l'objet de la disposition.

[...]

Les stigmates injustifiés sont le fruit de préjugés ou de stéréotypes²².

Cette façon de décrire l'objet de la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires tranche avec celle du Tribunal des droits de la personne en ce qu'elle paraît nettement plus étroite. Tandis que le Tribunal insistait sur l'importance de la « réhabilitation » et de l'« intégration sociale la plus large possible » – intégration que l'observance stricte de

20. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

21. *Maksteel inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 19, p. 34 (j. Dussault, par. 46).

22. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 243-244 (j. Deschamps, par. 27, 29 et 32) (La Cour souligne).

l'obligation d'accommodement par l'employeur pouvait manifestement favoriser – la Cour suprême évacue presque complètement cette dimension.

En portant plutôt son attention sur les « stigmates injustifiés », la Cour donne à penser que la *stigmatisation* des personnes condamnées peut trouver une *justification*, laquelle réside dans leur indisponibilité à offrir leur prestation de travail en raison de leur incarcération. Que l'emprisonnement soit la conséquence inéluctable de la déclaration de culpabilité n'y change rien puisque, selon la Cour, il importe de dissocier la déclaration de culpabilité et la peine « légitimement imposée »²³ qui s'y rattache²⁴, la seconde étant une simple « conséquence civile »²⁵ de la première. Ainsi, l'employeur qui congédie un employé absent pour cause d'incarcération ne le stigmatiserait pas, d'emblée, puisqu'une telle mesure « ne résulte pas de l'application stéréotypée d'une caractéristique personnelle n'ayant aucun rapport avec la capacité de faire le travail »²⁶.

La Cour justifie cette interprétation de l'article 18.2 de la Charte québécoise par la crainte qu'une interprétation plus favorable au salarié ne mène à une « garantie d'emploi »²⁷, « quelle que soit la durée de l'emprisonnement », ce qui entraînerait « un résultat absurde »²⁸. L'exemple ultime de l'employé incarcéré qui postule un emploi, à partir du centre de détention, mais qui n'est manifestement pas disponible pour offrir une quelconque prestation de travail, conforte la Cour dans sa position²⁹.

Pourtant, la notion de « contrainte excessive », qui pose une limite à l'obligation d'accommodement raisonnable applicable en

23. *Id.*, p. 245 (par. 32 et 33).
24. *Id.*, p. 259 (j. Bastarache, par. 75).
25. *Id.*, p. 245 (j. Deschamps, par. 33).
26. *Id.*, p. 245 (par. 32).
27. *Id.*, p. 247 (par. 38).
28. *Id.*, p. 261 (j. Bastarache, par. 78).
29. *Id.*, p. 247 (j. Deschamps, par. 40).

matière de discrimination³⁰, présente toute la souplesse voulue pour disposer de tels cas extrêmes³¹. Mais en jugeant que « le volet accommodement raisonnable [...] n'a pas sa place » et qu'il « est difficilement intégrable dans le cadre de l'art. 18.2 »³² sous prétexte que cette disposition « contient son propre régime de justification »³³ entendu comme un « mécanisme de justification autonome »³⁴, la Cour pavait sciemment la voie vers l'objet plus étroit qu'elle attribuera finalement à cet article.

II) UN DROIT À PORTÉE LIMITÉE

Alors que le juge est celui qui, dans l'exercice de ses fonctions adjudicatives en matière criminelle, prononce les condamnations constitutives d'antécédents judiciaires pour la personne ainsi déclarée coupable, c'est ironiquement la situation d'un juge, nommé sans que le gouvernement ne soit mis au fait de ses antécédents judiciaires, qui fournira à la Cour suprême du Canada l'occasion de préciser la portée de l'article 18.2 de la Charte québécoise.

Prononcé en 2001, l'arrêt³⁵ – ou peut-être plus justement « l'affaire »³⁶ – mettra fin à un long processus disciplinaire initié

30. Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 236 et suivantes.

31. La Cour suprême n'a-t-elle pas elle-même soutenu qu'il fallait appliquer les facteurs de contrainte excessive « d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas » : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 3, p. 546 (j. Cory). Voir dans le même sens : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 20, p. 36 (j. McLachlin, par. 63); *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, p. 170 (j. Deschamps, par. 15).

32. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 242-243 (j. Deschamps, par. 26) et 259 (j. Bastarache, par. 74).

33. *Id.*, p. 242 (j. Deschamps, par. 22).

34. *Id.*, p. 242 (par. 26).

35. *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3.

par le Procureur général du Québec en vue d'obtenir la destitution du juge Richard Therrien, au motif qu'il n'avait pas divulgué aux membres du comité de sélection – qui allaient par la suite recommander sa candidature comme juge au ministre de la Justice – l'existence d'antécédents judiciaires pour lesquels il avait pourtant obtenu un pardon.

La détermination de l'avocat criminaliste à accéder à la magistrature l'amènera à poser sa candidature à pas moins de trois concours publics destinés à combler des postes de juges à la Cour du Québec. Au cours des deux premiers concours, il divulguera en toute transparence l'existence de ses antécédents judiciaires pour des infractions commises à l'automne 1970 – alors qu'il était étudiant en droit et encore d'âge mineur, selon la loi de l'époque qui fixait la majorité à 21 ans – et qui, n'eut été d'un contexte sociopolitique exceptionnel justifiant l'application provisoire au Québec de la *Loi sur les mesures de guerre*³⁷ fédérale, n'auraient peut-être pas même constitué des infractions³⁸.

Chaque fois, témoignera le candidat, son récit des événements entraînait instantanément, selon sa perception, l'anéantissement de ses chances de voir sa candidature recommandée au ministre par le comité de sélection. La preuve administrée devant le comité d'enquête du Conseil de la magistrature allait d'ailleurs confirmer cette perception en révélant que le président du comité de sélection, lors du deuxième

36. Pierre CLOUTIER, « L'affaire du juge Richard Therrien : Quel affreux gâchis! », *L'action nationale*, vol. LXXXVII, n° 1, janvier 1997, p. 79-82. Sur cette notion d'« affaire », voir : Sylvio NORMAND, « L'affaire Plamondon: un cas d'antisémitisme à Québec au début du XX^e siècle », (2007) 48 C. de D. 479, p. 481-482.

37. S.R.C. 1952, c. 288.

38. À la suite d'un plaidoyer de culpabilité, Richard Therrien sera en effet condamné à une année de prison pour avoir acheter des matériaux de construction – qui serviront plus tard à dissimuler des proches de sa sœur, quatre membres du Front de libération du Québec (FLQ) activement recherchés par la police – et pour avoir mis trois lettres à la poste à la demande de l'une de ces personnes : *Re Therrien*, préc., note 35, p. 18 (j. Gonthier, par. 2).

concours, jugeait la situation absolument « disqualificatoire » (sic) pour le candidat³⁹.

C'est donc dans l'espoir d'être traité en toute justice, sans discrimination et en fonction de ses seuls mérites, que l'avocat, pleinement réhabilité, s'abstiendra de divulguer ses antécédents judiciaires⁴⁰ lors d'un concours subséquent, dont il franchira, cette fois, toutes les étapes avec succès.

Du comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec à la Cour suprême du Canada, pas moins de dix-huit juges auront été appelés à se prononcer sur l'affaire. De ce nombre, seule M^{me} la juge Michèle Rivet, alors présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec, exprimera, en sa qualité de membre du comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec, une dissidence favorable au juge Therrien⁴¹.

La Cour suprême du Canada repoussera pour sa part l'allégation de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en jugeant, péremptoirement, que l'article 18.2 de la Charte québécoise « ne saurait être applicable aux juges »⁴² parce que les membres de la magistrature n'occupent pas un « emploi » au sens – « restrictif »⁴³ – où l'entend la Cour.

39. Cour suprême du Canada, dossier N° 27004, recueil condensé de l'appelant, vol. 1, partie II (La preuve), p. 8 (extraits du témoignage du juge Jean-Pierre Bonin le 6 février 1997) et 11 (extrait du témoignage de M^e Nicole Gibeau le 12 février 1997).

40. La doctrine évoque, en des circonstances similaires, un « acte d'autoprotection », un « geste d'autodéfense [...] parfaitement légitime » : Fernand MORIN, « Légitimité du mensonge « non violent » du salarié ou du postulant! », (1995) 26 R.G.D. 313, p. 323-324.

41. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, 1997 CanLII 4665 (QC C.M.); n° AZ-00181051.

42. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 92 (j. Gonthier, par. 140).

43. *Id.*, p. 93 (par. 142).

Procédant du même souffle à une véritable dissection juridique du libellé de l'article 18.2 de la Charte québécoise, la Cour en dégage les conditions d'application en ces termes :

L'application de cet article dépend de la mise en œuvre de quatre conditions essentielles : (1) un congédiement, un refus d'embauche ou une pénalité quelconque; (2) dans le cadre d'un emploi; (3) du seul fait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle; (4) si l'infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si elle en a obtenu le pardon.⁴⁴

Il importe de voir plus en détail comment la jurisprudence a interprété ces conditions d'application.

A) Les titulaires du droit

Selon la Cour suprême du Canada, les juges ne peuvent bénéficier de la protection de l'article 18.2 de la Charte québécoise du fait qu'ils ne sont « soumis à aucune autorité hiérarchiquement supérieure » ni liés « par aucune relation de subordination qui caractérise traditionnellement la relation employeur-employé »⁴⁵. Faut-il déduire de ces propos que la personne qui exerce une fonction de direction, possède un statut d'associé au sein d'une entreprise ou jouit d'une autonomie telle, dans l'accomplissement de son travail, que sa réalité s'apparente davantage à celle d'un travailleur autonome ou d'un entrepreneur est soustraite à la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires? Nous ne le croyons pas.

Même si ces propos de la Cour semblent confiner l'application de l'article 18.2 à la seule réalité du « salarié » lié par un « contrat de travail »⁴⁶ (par opposition à un contrat de société⁴⁷

44. *Id.*, p. 91 (par. 140).

45. *Id.*, p. 92 (par. 141).

46. *Code civil du Québec*, art. 2085 et suivants.

47. *Id.*, art. 2186 et suivants.

ou d'entreprise⁴⁸, pour ne citer que ces exemples), une telle lecture nous paraît indûment restrictive.

D'une part, le législateur québécois s'est bien gardé de référer au concept de « salarié » pour définir la portée de la protection quasi constitutionnelle, rompant ainsi avec la pratique qu'il observe généralement en droit du travail⁴⁹. Ce choix n'est pas anodin, puisqu'en retenant plutôt la notion d'« emploi », il permet de recouper la réalité – plus vaste, diversifiée et complexe – de ces personnes qui s'activent sur le marché du travail (ou cherchent à l'intégrer), sans qu'elles puissent pour autant pouvoir être qualifiées de « salarié »⁵⁰. Ainsi, nous estimons que l'article 18.2 devrait pouvoir trouver application dans toute « situation où une personne répond ou entend se placer en condition de répondre à ses besoins propres à l'aide de son activité professionnelle et sans égard à l'existence formelle d'une totale sujétion juridique au bénéficiaire de sa prestation »⁵¹.

D'autre part, il nous paraît douteux que la Cour, en rendant une décision qui témoigne surtout de son souci de préserver l'image d'intégrité de la magistrature⁵², ait voulu, ce faisant, déposséder tout un groupe de personnes de la protection offerte par le législateur québécois alors que leurs fonctions ne

48. *Id.*, art. 2098 et suivants.

49. La protection des lois québécoises du travail est généralement réservée à la personne qui se qualifie comme « salarié », selon le sens que le législateur attribue à ce terme dans une loi donnée. Voir à titre d'exemples : *Code du travail*, art. 11; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 1(10); *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001, art. 8 et 9.

50. Sur la difficulté que peut poser, en pratique, l'identification du statut de « salarié », voir notamment Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006, p. 67 et suivantes.

51. Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2010, p. 17 (par. I-12).

52. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 95 (J. Gonthier, par. 145).

commandent résolument pas la rectitude exigée des juges⁵³. Il est vrai que, dans un arrêt subséquent⁵⁴, la Cour s'est montrée insistante sur « le lien de subordination qui caractérise la relation d'emploi des policiers » pour conclure que ceux-ci, contrairement aux juges, peuvent se prévaloir de l'article 18.2 de la Charte québécoise⁵⁵. Toutefois, nous aimons croire que cette insistance s'explique davantage par la nécessité de distinguer, aux fins de l'arrêt, la fonction de juge de celle de policier que par une volonté judiciaire affirmée de restreindre la protection offerte par cette disposition aux seules personnes qui peuvent se qualifier de « salarié » au sens classique – et, dans une large mesure, désuet⁵⁶ – du terme.

Cela étant, si l'interdiction de « congédier » ou de « refuser d'embaucher » vise clairement les gestes d'un employeur, l'expression « autrement pénaliser » paraît suffisamment large pour inclure toute mesure préjudiciable fondée sur les antécédents judiciaires d'une personne, que cette mesure soit le fait de l'employeur⁵⁷ ou d'une « autre personne que l'employeur »⁵⁸.

-
53. Dans l'affaire *Lajoie c. Corporation Inno-centre du Québec*, [2004] R.J.Q. 2696 (C.S.), p. 2711, la Cour supérieure du Québec rappelle incidemment qu'un poste de « cadre » – en l'occurrence un directeur régional d'une société spécialisée dans le démarrage et le développement d'entreprises de haute technologie – « n'est aucunement comparable à celui de juge » (j. Trahan, par. 108).
54. *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2008] 2 R.C.S. 698.
55. *Id.*, p. 709 (j. Deschamps, par. 13).
56. Stéphanie BERNSTEIN et al., « Les transformations des relations d'emploi : une sécurité compromise », *Reg@rds sur le travail*, vol. 6, n° 1, Automne 2009, p. 19-29; Pierre VERGE, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », (2011) 52 *C. de D.* 136, p. 143 et suivantes.
57. Pensons à une suspension par exemple : *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, [2004] 3 R.C.S. 195.
58. *Bélanger c. Québec (Ville de)*, J.E. 2000-1585 (C.S.) (j. Lemelin, par. 19). Voir à ce propos : DOWD et LEFEBVRE, préc., note 6, p. 9.

Ainsi, on a jugé que l'article 18.2 de la Charte québécoise s'appliquait au refus d'une école de formation professionnelle d'admettre un étudiant qui présentait des antécédents judiciaires parce que l'obtention d'un diplôme émis par cette même école constituait un prérequis afin de pouvoir être admis à exercer le métier de policier :

Il ne s'agit pas ici de contourner l'article 18.2 de la *Charte* conçu pour s'appliquer dans le cadre de l'emploi, mais de reconnaître que la loi a créé pour les policiers un régime si intégré qu'il faille considérer l'admission à l'École comme une forme de préembauche⁵⁹.

De même, la décision de la ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport de refuser une autorisation d'enseigner à une bachelière en adaptation scolaire pour le motif qu'elle avait été trouvée coupable de conduite avec les facultés affaiblies ayant causé la mort a pu être revue, à la lumière de l'article 18.2, du fait que « [r]efuser à madame l'autorisation d'enseigner la priverait non seulement d'obtenir un emploi, mais surtout d'exercer la profession pour laquelle elle vient de terminer ses études »⁶⁰.

* * *

Par ailleurs, selon le libellé de l'article 18.2, c'est la personne « déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle » qui retient l'attention du législateur. Cette formulation a amené le Tribunal des droits de la personne à conclure, en 1994, que la protection offerte « exclut l'employé accusé, l'employé accusé mais pas encore condamné, l'employé qui plaide non coupable, qui est en attente de son procès, ou d'une décision finale du juge, qui risque d'être « déclaré coupable », mais qui ne

59. *École nationale de police du Québec c. Robert*, [2009] R.J.Q. 2167 (C.A.), p. 2172 (J. Gendreau, par. 24).

60. *GG c. Québec (Éducation, loisir et sport)*, 2011 QCTAQ 04466 (par. 74).

l'a pas encore été, de même que l'employé injustement ou erronément accusé »⁶¹.

Nous avons déjà exprimé notre désaccord avec une telle interprétation, purement littérale, de l'article 18.2 parce qu'elle bat en brèche le principe de l'interprétation large, libérale et téléologique des droits et libertés de la personne⁶². D'une part, elle a pour effet de conférer à l'employeur une licence lui permettant d'éluder l'application de la Charte pourvu qu'il s'empresse de sanctionner l'employé accusé avant l'issue de son procès criminel⁶³. D'autre part, poussée à sa limite, elle serait de nature à laisser sans aucune protection l'employé acquitté – plutôt que « déclaré coupable » – à la suite de son procès. Pourtant, on ne peut négliger le fait qu'une simple accusation criminelle, dès qu'elle est portée, peut fort bien entraîner la stigmatisation sociale de la personne qui en est l'objet⁶⁴. Nous persistons à croire que seule la pleine reconnaissance du bénéfice de l'article 18.2 aux personnes « déclarées coupables » certes, mais aussi à celles qui sont simplement « accusées »⁶⁵ ou, plus tard, « acquittées »⁶⁶, peut

61. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Phil Larochelle Équipement Inc.*, D.T.E. 98T-1114 (T.D.P.Q.) (J. Sheehan, par. 26). Voir au même effet : *Commission scolaire de Rouyn-Noranda et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 317* (T.A., 2005-01-28), sentence 5370, SOQUIJ AZ-50294473.

62. BRUNELLE, préc., note 6, p. 327-328.

63. BRUNELLE, *id.*, p. 327; Hugo JEAN, « Le « filtrage » des personnes qui désirent occuper un poste de confiance ou d'autorité auprès d'enfants et d'autres personnes vulnérables : l'équilibre entre les droits à l'égalité et à la vie privée des premières et le droit à la sécurité des seconds », dans CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, 221, p. 229.

64. Qu'il suffise d'évoquer, à titre d'exemple, le cas d'une personne fausement accusée d'avoir attouché sexuellement des enfants : *Delisle c. Cogeco Radio-télévision inc.*, [2003] R.J.Q. 1801 (C.S.); *E.P. c. M.P.*, 2011 QCCS 1796, J.E. 2011-979 (C.S.) (en appel).

65. JEAN, préc., note 63, p. 228-230; *Hayes c. Alliance Québec*, D.T.E. 96T-248 (C.S.) : « Bien qu'à l'article 18.2 de la Charte le législateur n'a pas énoncé de prohibition visant une sanction envers un employé accusé d'un acte criminel, il est évident que le plus emporte le moins. Si l'accusation n'a aucun lien avec l'emploi, la prohibition prend tout son

éviter le résultat injuste auquel l'interprétation contraire est susceptible de mener⁶⁷.

Tout convaincu que nous soyons du bien-fondé de cette lecture, il faut bien convenir que les ondes interprétatives émises du sommet de la hiérarchie judiciaire nous relaient un message brouillé par l'interférence.

Ainsi, dans une affaire mettant en cause un employé suspendu sans solde en raison d'une accusation criminelle portée contre lui, la Cour suprême du Canada ne souffle pas même mot de l'article 18.2 de la Charte québécoise et de son incidence potentielle sur le sort de l'affaire⁶⁸. Puis, dans une autre affaire où cette disposition quasi constitutionnelle se trouve cette fois au cœur du pourvoi, la Cour s'évertue à désigner le titulaire de la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en référant à des expressions qui postulent toutes l'antériorité de la condamnation : « personnes *ayant eu* des démêlés avec la justice »⁶⁹, « personne *condamnée* »⁷⁰, « personnes qui *ont acquitté* leur dette envers la société »⁷¹, « en raison d'une

effet que l'employé ait ultérieurement été déclaré coupable ou non de l'infraction reprochée. » (j. Grenier).

66. DOWD et LEFEBVRE, préc., note 6, p. 12; JEAN, *id.*, p. 232; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3892 et Société des casinos du Québec inc.*, [1999] R.J.D.T. 1789 (T.A.) : requête en révision judiciaire rejetée : *Société des casinos du Québec inc. c. Nadeau*, D.T.E. 2001T-555 (C.S.).

67. Soulignons au passage que dans l'affaire *Pierre c. Couche-Tard*, 2009 QCCQ 1112, Madame la juge Pausé (aujourd'hui présidente du Tribunal des droits de la personne) conclut que l'article 18.2 est opposable à un employeur qui a mis fin à l'emploi d'un salarié sur le fondement d'une simple *perception* – erronée, révélera la preuve – voulant que ce salarié possédait un casier judiciaire, ce qui n'était pas le cas.

68. *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, préc., note 57.

69. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 241 (j. Deschamps, par. 20).

70. *Id.*, p. 244 (par. 29).

71. *Id.*, p. 246 et 254 (par. 36, 37 et 63).

condamnation antérieure »⁷², « statut d'*ex-délinquant*, seul visé par l'art. 18.2 »⁷³... Nous aimons croire que ce langage, tout entier tourné vers le passé, s'explique essentiellement par le fait que la déclaration de culpabilité, dans ce dernier cas, avait bel et bien été déjà prononcée au moment où l'employeur a rompu le lien d'emploi. Toutefois, plus récemment, deux juges de la Cour ont soutenu, dans une opinion dissidente, que la protection accordée par l'article 18.2 « ne vise pas [...] les actes criminels à l'égard desquels les poursuites intentées au criminel n'ont pas mené à une déclaration de culpabilité »⁷⁴.

En somme, la Cour, tantôt par son silence, tantôt par la terminologie qu'elle emploie, tantôt par la voix d'une minorité de ses membres, est loin de dissiper les doutes quant à savoir si les salariés accusés, en attente d'être jugés ou acquittés à la suite de l'instruction de leur procès peuvent bénéficier de la protection de l'article 18.2 de la Charte québécoise⁷⁵.

B) La cause véritable de la mesure préjudiciable

L'expression « ... *du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle...* » retenue par le législateur amène inexorablement les tribunaux à s'interroger sur la *cause* qui justifie le congédiement, le refus d'embaucher ou l'autre type de mesure préjudiciable exercé contre le salarié.

Dans l'arrêt *Maksteel*⁷⁶, la Cour affirme d'abord que la protection offerte par la Charte québécoise « ne vise que les cas où les antécédents judiciaires constituent *le seul motif* à l'appui de la décision ou de la mesure imposée »⁷⁷. Puis, un peu plus loin dans

72. *Id.*, p. 259 (j. Bastarache, par. 75).

73. *Id.*, p. 260 (par. 76).

74. *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, préc., note 54, p. 731 (j. Charron, diss., par. 68).

75. MORIN, BRIÈRE, ROUX et VILLAGGI, préc., note 51, p. 537 (par. III-104).

76. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16.

77. *Id.*, p. 241 (j. Deschamps, par. 21) (nos italiques).

ses motifs, elle avance cette fois « qu'un demandeur n'a pas à prouver que sa déclaration de culpabilité constitue *la cause unique* du traitement préjudiciable subi », jugeant qu'une telle « approche serait trop restrictive »⁷⁸. Il paraît bien difficile de ne pas voir une contradiction entre ces deux énoncés. Toutefois, la lecture de l'ensemble des motifs de la Cour montre clairement que c'est le deuxième énoncé qui reflète le plus fidèlement sa pensée. C'est ainsi que le demandeur doit pouvoir convaincre le tribunal que ses antécédents judiciaires sont « le motif réel »⁷⁹ (et non « le seul motif »), la « cause véritable »⁸⁰ ou « effective »⁸¹ (et non « l'unique cause »⁸²) du préjudice qu'il allègue avoir subi.

Le vocabulaire employé semble directement inspiré de la jurisprudence développée en application de l'article 15 du *Code du travail*, lequel protège les salariés qui exercent des activités syndicales contre les mesures préjudiciables qu'un employeur pourrait, de ce fait, chercher à leur imposer. Par le jeu de la présomption établie par l'article 17 du *Code du travail*, la Commission des relations de travail, qui a compétence exclusive en cette matière⁸³, est généralement appelée à déterminer si la cause invoquée par l'employeur au soutien de la mesure contestée est « véritable » ou si elle n'est pas, au contraire, un « prétexte » destiné à dissimuler des convictions antisyndicales⁸⁴. En pareil cas, « le moindre antisyndicalisme qui entache une décision procédant de « motifs multiples » contrera la défense de l'employeur, même en présence d'autres raisons valables d'imposer la sanction »⁸⁵. En d'autres termes, la décision de

78. *Id.*, p. 250 (par. 49) (nos italiques).

79. *Id.*, p. 250 (par. 48).

80. *Id.*, p. 250-251, 252 et 254 (par. 48 à 51, 57 et 61).

81. *Id.*, p. 255, 257 et 259 à 262 (j. Bastarache, par. 66, 70, 74, 76, 79 et 80).

82. *Id.*, p. 250 (j. Deschamps, par. 49).

83. *Code du travail*, préc., note 49, art. 114, al. 2.

84. *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536, p. 544 (j. Chouinard); *Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail*, [1980] 1 R.C.S. 548, p. 550 (j. Chouinard).

85. *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465, p. 496-497 (j. Binnie, par. 48).

l'employeur « motivée, en totalité ou en partie, par l'antisyndicalisme »⁸⁶ est assimilée à un « prétexte » impuissant à renverser la présomption.

À l'évidence, ici s'arrête l'analogie. En effet, l'article 18.2 de la Charte, contrairement au *Code du travail*, n'établit pas une présomption en faveur du salarié⁸⁷ et les juges se refusent à faire une lecture de cette disposition qui puisse avoir, par interprétation, un effet comparable. Par exemple, on aurait pu croire que l'obligation de purger une peine d'emprisonnement présente un lien si étroit avec une déclaration de culpabilité qu'il faut *présumer* qu'une mesure préjudiciable imposée à un salarié absent pour cause d'incarcération a pour « cause véritable » ses antécédents judiciaires⁸⁸, mais il n'en est rien. La Cour dissocie en effet la déclaration de culpabilité, d'une part, et ses conséquences civiles, d'autre part :

[...] il n'y a pas de violation de l'art. 18.2 lorsque la différence de traitement découle réellement des conséquences civiles de la peine elle-même. C'est le cas de l'employé incarcéré qui a été véritablement congédié pour cause d'indisponibilité⁸⁹.

86. *Desfossés c. Société des transports de Sherbrooke*, [2011] R.J.D.T. 1 (C.A.) (j. Dalphond, par. 27).

87. *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, Teamsters Québec, section locale (FTQ) et Résidences Soleil-Manoir Laval*, [2011] R.J.D.T. 517 (T.A.) (arb. Larivière, par. 133).

88. C'est précisément l'interprétation qu'avait privilégiée, en première instance, le Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 17, p. 2895 (j. Rivet, par. 31).

89. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 244-245 (j. Deschamps, par. 32) (La Cour souligne). Il est vrai qu'au paragraphe 51 de ses motifs, Madame la juge Deschamps laisse tomber cette phrase, dont le sens paraît difficilement explicable : « Dans les cas où la peine d'emprisonnement affecte la disponibilité de l'employé, le tribunal devra être convaincu, selon la prépondérance de la preuve, que la cause véritable est la déclaration de culpabilité, et que l'indisponibilité invoquée n'est pas seulement un prétexte ». À notre avis, il s'agit de toute évidence d'une méprise. De fait, si « la cause véritable est la déclaration de culpa-

En éliminant d'abord toute notion d'accommodement raisonnable en matière de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, puis en dissociant ensuite, par une sorte de restriction mentale, la déclaration de culpabilité et les conséquences qu'elle entraîne pour le salarié – dont, parfois, son indisponibilité à travailler pour une période déterminée ou raisonnablement prévisible – la Cour privilégie une solution qui appelle une analyse superficielle, à gros traits dirions-nous, plutôt qu'une analyse en profondeur, en fonction de la situation réelle de l'individu. Le fardeau de preuve de l'employeur s'en trouve alors forcément allégé, puisqu'il n'a pas à établir – comme ce serait le cas s'il était assujéti à une obligation d'accommodement de la nature de celle applicable quand l'absence d'une personne au travail est liée, par exemple, à une grossesse⁹⁰ ou à une maladie⁹¹ – qu'il subirait une « contrainte excessive » s'il devait maintenir le lien d'emploi avec le salarié incarcéré.

D'ailleurs, si l'on en juge par la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Maksteel*, il semble bien que les employeurs éprouvent généralement très peu de difficulté à convaincre le tribunal que c'est l'indisponibilité du salarié incarcéré – et non ses antécédents judiciaires – qui constitue la « cause véritable » de la rupture du lien d'emploi⁹².

bilité », c'est donc dire que l'indisponibilité invoquée est seulement un prétexte... et qu'il y a donc atteinte à l'article 18.2!

90. *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, préc., note 2; DOWD et LEFEBVRE, préc., note 6, p. 22.
91. *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, préc., note 31; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561.
92. *Alcan inc. c. Côté*, 2005 QCCA 343; *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 et Provigo Distribution inc. (Maxi Joliette)*, D.T.E. 2005T-189 (T.A.); *Fraternité interprovinciale des ouvriers en électricité et Manac (Division de Le Groupe Manac inc.)*, D.T.E. 2006T-113 (T.A.); *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 215 et Briques Hanson ltée*, D.T.E. 2006T-705 (T.A.); *Syndicat des employés de Montel inc. et Montel inc.*, D.T.E. 2007T-110 (T.A.); *Compagnie Meloche inc., division Les Bétons centrifugés et Teamsters Québec, section locale*

Dans l'affaire *Therrien*, la Cour n'a pas eu de mal à se convaincre que c'est l'omission du juge de révéler au comité de sélection des informations importantes concernant ses démêlés passés avec la justice qui constituait la cause véritable de la recommandation de sa destitution et non l'existence de sa déclaration de culpabilité⁹³. Ce faisant, la Cour n'accorde pas le moindre poids à des éléments de preuve qui démontreraient pourtant que la divulgation, par le candidat, de ses antécédents judiciaires lors de concours de sélection antérieurs avait manifestement entraîné une discrimination à son endroit, et ce, même s'il bénéficiait d'un pardon⁹⁴.

Dans deux affaires distinctes où des salariés avaient omis de révéler leurs antécédents judiciaires au moment de compléter un questionnaire d'embauche comportant pourtant des questions précises en ce sens, l'employeur a, chaque fois, échoué dans sa tentative de démontrer que le renvoi subséquent de ces salariés avait pour cause véritable leur fausse déclaration et non leurs antécédents judiciaires.

973, [2007] R.J.D.T. 1902 (T.A.); *Transformation BFL et Syndicat des salariés de l'Abattoir BFL (CSD)*, D.T.E. 2007T-999 (T.A.); *Syndicat des métallos, section locale 5778/6869 et Compagnie minière Québec Cartier*, D.T.E. 2008T-228 (T.A.); *Syndicat des travailleuses et travailleurs d'abattoir de volaille de St-Jean-Baptiste (CSN) et Unidindon inc.*, D.T.E. 2008T-655 (T.A.); *Syndicat des travailleuses et travailleurs des Épiceries unis Métro-Richelieu inc. (CSN) et Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 2009T-612 (T.A.); *Association des employées et employés de Polar et Polar Plastique ltée*, AZ-50657606 (T.A.); *Aliments Cargill et Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500*, D.T.E. 2010T-30 (T.A.); *Syndicat des salariées et salariés de l'agro-alimentaire de Ste-Claire (CSD) et Kerry Québec inc.*, D.T.E. 2010T-767 (T.A.); *Sobeys Québec inc. et Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 2010T-806 (T.A.); *Brasserie Labatt et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Brasserie Labatt (usine/livraison) (CSN)*, D.T.E. 2011T-14 (T.A.).

93. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 93-94 (J. Gonthier, par. 143).

94. Pour toute explication, la Cour dira « que la présente affaire ne constitue pas un procès d'intentions des membres du comité de sélection et que, le cas échéant, [elle] n'est pas le forum approprié pour se prononcer sur cette question » : *id.*, p. 86 (J. Gonthier, par. 129).

Dans le premier cas, un employé d'entrepôt trouvé successivement coupable de méfait contre une automobile, de bris de probation et de violence conjugale avait répondu « non » à la question suivante, inscrite sur le formulaire d'embauche : « Avez-vous déjà été condamné pour un délit criminel pour lequel vous n'avez pas été gracié? ». Mis au fait de cette fausse déclaration, l'employeur avait laissé filer plusieurs mois avant de congédier l'employé. L'écoulement de ce long délai allait amener le Tribunal des droits de la personne à conclure que la déclaration mensongère ne pouvait logiquement constituer la cause véritable du congédiement de l'employé, mais bien plutôt un prétexte⁹⁵. Du reste, le défaut de l'employeur d'établir, par prépondérance de preuve, un « autre motif de congédiement » allait permettre au Tribunal d'inférer que « l'existence des déclarations de culpabilité » de l'employé constituait « l'unique cause » de son congédiement⁹⁶.

Dans le deuxième cas, un enseignant en électricité avait répondu par la négative à une question du formulaire de demande d'emploi qui cherchait notamment à vérifier si le postulant avait « déjà été condamné pour une offense criminelle reliée à la violence » (sic). Il avait ainsi dissimulé à l'employeur le fait qu'il avait tué son épouse, quelques années auparavant, en lui assénant un coup de poing à la tête alors qu'il était sous l'effet d'un bref épisode psychotique (*black out*). C'est au hasard d'une expertise médicale de l'enseignant, en lien avec une réclamation à la *Commission de la santé et de la sécurité du travail* (CSST), que la commission scolaire fut informée de l'existence de ses antécédents judiciaires pour homicide involontaire. Aussitôt informé, l'employeur donna ordre à la direction de l'école des métiers de la construction de ne plus engager l'enseignant, vu la gravité

95. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Magasins Wal-Mart Canada inc.*, [2003] R.J.Q. 1345 (T.D.P.Q.), p. 1377 (J. Rivet, par. 223).

96. *Id.*, p. 1377 (par. 226). Soulignons que la Cour d'appel du Québec, après avoir accordé à l'employeur la permission d'interjeter appel, ne remettra pas en cause cette appréciation de la preuve faite par le Tribunal, n'y voyant aucune « erreur manifeste ou dominante » : *Magasins Wal-Mart Canada inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 93 (par. 4).

objective du crime en cause. Ce n'est qu'ensuite que l'employeur entreprit les démarches requises pour en savoir davantage sur les circonstances entourant la perpétration du crime pour lequel l'enseignant avait plaidé coupable et purgé une peine d'emprisonnement. Cela étant, l'empressement de l'employeur à rompre le lien d'emploi, avant même d'avoir un portrait complet de la situation, lui fut fatal. De fait, il devenait difficile pour lui de prétendre, dans ce contexte, que c'était la déclaration mensongère et non la déclaration de culpabilité qui constituait la « cause véritable » de la sanction imposée⁹⁷.

La mise en parallèle de ces deux derniers cas indique bien, en somme, l'importance que revêt l'appréciation de la preuve par le tribunal quand vient le moment de déterminer si la décision d'un employeur résulte « du seul fait » de la déclaration de culpabilité. Ainsi, selon que l'employeur tarde à agir, ou agit au contraire dans la précipitation, le tribunal pourrait dans un cas comme dans l'autre conclure que c'est essentiellement un prétexte qui, dans les faits, fonde la décision attaquée.

III) DES MOYENS DE DÉFENSE DISTINCTS

La structure initiale du chapitre de la Charte québécoise portant sur le « *Droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés* » révélait sa logique intrinsèque. Ainsi, après avoir consacré, aux articles 11 à 19, un certain nombre de droits qui devaient pouvoir être reconnus et exercés sans discrimination, le législateur aménageait, à l'article 20, un moyen de défense permettant à l'employeur – en contexte de travail – de justifier, en la réputant « non discriminatoire », « [u]ne distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi ».

97. C'est du moins l'opinion majoritaire de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Commission scolaire de Montréal c. Alliance des professeures et professeurs de Montréal*, 2008 QCCA 995 (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : CSC n° 32763) (J. Beauregard, par. 24 et 25, et Bich, par. 33).

C'est ainsi qu'en matière d'emploi, l'analyse d'une allégation de discrimination présente deux composantes : le salarié doit d'abord démontrer qu'il a subi une atteinte discriminatoire dans sa tentative de se voir reconnaître ou d'exercer l'un des droits protégés par la Charte. Cela fait, il y a inversion de la charge de la preuve. Il revient alors à l'employeur d'établir que la distinction opposée au salarié présente « un lien rationnel avec l'emploi »⁹⁸ (c'est la première étape de l'analyse du moyen de défense de l'article 20) et qu'elle est raisonnablement nécessaire du fait qu'aucune mesure d'accommodement favorable au salarié n'est envisageable sans astreindre, du coup, l'employeur à une « contrainte excessive »⁹⁹ (c'est la deuxième étape de l'analyse du moyen de défense de l'article 20).

De par son libellé, l'article 18.2 de la Charte québécoise est en rupture avec la structure initiale du texte quasi constitutionnel. De fait, contrairement aux autres dispositions qui l'entourent, le libellé de l'article 18.2 réfère explicitement au « lien

98. *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, p. 311 (j. Beetz).

99. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 20, p. 32-33 (j. McLachlin, par. 54 et 55); *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, préc., note 31, p. 169-170 (j. Deschamps, par. 13 et 14); *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 91, p. 567 et suivantes (j. Deschamps, par. 11 et suivants). Il est vrai que dans ces arrêts, la Cour suprême fait allusion à un examen en trois étapes (et non deux), mais il apparaît manifeste que l'étape par laquelle elle cherche à sonder les intentions de l'employeur (le critère dit « subjectif ») ne trouve pas application au Québec : *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 2 (j. Robert, par. 22); *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 2 (j. Dufresne, par. 40 à 42); Chantal MASSE, « Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, vol. 142, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 65.

avec l'emploi », subsumant ainsi la première étape de l'analyse du moyen de défense de l'article 20. Cette imbrication, au sein d'une seule et même disposition, du *droit* d'une part, et du *moyen de défense* d'autre part, est parfaitement atypique dans la Charte québécoise¹⁰⁰. C'est pourquoi l'on a référé à une « disposition à circuit fermé »¹⁰¹ au moment de qualifier l'article 18.2, insistant sur le fait qu'il « contient son propre régime de justification et, partant, échappe à l'application de l'art. 20 de la *Charte québécoise* »¹⁰².

Or, si la notion de « lien avec l'emploi » de l'article 18.2 recoupe de manière évidente la première étape de l'analyse du moyen de défense de l'article 20 – ce qui pouvait effectivement créer un risque de duplication que l'interprétation finalement retenue a contribué à éliminer – rien dans le libellé de l'article 18.2 ne s'opposait à ce qu'une obligation d'accommodement raisonnable puisse s'imposer à l'employeur, sous réserve de la démonstration d'une « contrainte excessive » (la deuxième étape de l'analyse du moyen de défense). Une telle interprétation, plus favorable aux personnes qui présentent des antécédents judiciaires, n'a cependant pas trouvé grâce aux yeux de la Cour suprême dans l'arrêt *Maksteel* :

Dans le contexte du mécanisme de justification autonome prévu à l'art. 18.2 lui-même, le volet accommodement raisonnable [...] relativement à l'exigence professionnelle justifiée n'a pas sa place. S'il y a un lien entre l'antécédent et l'emploi et qu'il n'y a pas eu pardon, l'employeur n'est pas tenu de prouver qu'il subit une contrainte excessive du fait de l'accommodement consenti à l'égard de l'antécédent judiciaire de l'employé. L'employeur bénéficie de la présomption absolue qu'il a le droit de refuser d'embaucher ou d'imposer ainsi une mesure à l'employé qui a commis une infraction ayant un

100. BRUNELLE, préc., note 6, p. 336.

101. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 94 (j. Gonthier, par. 145).

102. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 242 (j. Deschamps, par. 22).

lien avec son emploi si l'employé n'a pas obtenu un pardon. En revanche, c'est le seul motif qu'il peut invoquer. Outre le fait que l'autonomie de la disposition ne prête pas à l'intégration de la notion d'accommodement, il faut noter que, d'un point de vue conceptuel, l'accommodement est difficilement intégrable dans le cadre de l'art. 18.2. En effet, s'il y a atteinte au droit à l'égalité d'un employé et que l'employeur ne peut se prévaloir de la justification prévue à la *Charte québécoise*, l'employé a droit à la réparation appropriée. Il n'est pas question alors d'accommodement à proprement parler puisqu'il s'agit d'une prohibition absolue. Ou l'employé a droit à l'emploi tel qu'il existe dans l'entreprise, et ce, sans mesure de représailles, ou il n'y a pas droit¹⁰³.

Avec égard, il nous semble que le concept d'accommodement raisonnable n'est pas conceptuellement incompatible avec les termes de l'article 18.2 de la Charte québécoise. On peut imaginer sans peine des situations où l'employeur pourrait raisonnablement composer avec l'absence d'une personne incarcérée – comme il est incidemment tenu de le faire pour des personnes enceintes ou handicapées par la maladie – sans pour autant subir une contrainte excessive. C'est d'ailleurs ce que le Tribunal des droits de la personne avait conclu à la lumière des faits de l'affaire *Maksteel*.

Dans une affaire postérieure où le directeur des ventes d'une succursale d'une compagnie d'assurance avait été suspendu sans solde parce qu'il faisait face à des accusations de tentative d'extorsion, la Cour, en application des règles du contrat individuel de travail du *Code civil du Québec*¹⁰⁴, a laissé entendre que l'employeur soucieux de contrer, « de façon pratique », les « inconvénients immédiats et importants » résultant d'une telle situation pourrait, par exemple, « devoir affecter l'employé à un autre poste »¹⁰⁵. On sait que « procéder à autoriser des

103. *Id.*, p. 218 (j. Deschamps, par. 26).

104. L.Q. 1991, c. 64, art. 2085 et 2087.

105. *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, préc., note 57, p. 218 (j. LeBel et Fish, par. 65).

déplacements de personnel » s'inscrit dans la gamme des mesures d'accommodement raisonnable possibles en vertu de la jurisprudence¹⁰⁶. Cela étant, alors que les lois sur les droits de la personne constituent le fondement même de l'obligation d'accommodement raisonnable¹⁰⁷, voilà que la Cour semble mieux disposée à inférer une telle obligation des règles civilistes du contrat de travail que de l'article 18.2 de la Charte québécoise... C'est le comble du paradoxe¹⁰⁸!

* * *

Même si la personne qui présente des antécédents judiciaires parvient à démontrer qu'un employeur a refusé de l'embaucher, l'a congédiée ou autrement pénalisée du seul fait de sa condamnation antérieure, sa mise à l'écart du travail demeure tout de même possible. De fait, si l'infraction pénale ou criminelle à l'origine de sa condamnation a un « lien avec l'emploi » – qu'elle convoite ou souhaite continuer d'exercer aux mêmes conditions, selon le cas – la légalité de la mesure prise par l'employeur peut être confirmée par le tribunal.

106. *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 91, p. 570 (J. Deschamps, par. 17).

107. Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 3. L'on ne saurait également négliger le rôle du droit international à cet égard : Pierre VERGE et Dominic ROUX, « Un milieu de travail diversifié : l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Pistes*, vol. 12, n° 1, février 2010 [En ligne : <http://www.pistes.uqam.ca/v12n1/pdf/v12n1a11.pdf>]

108. Sauf, peut-être, si l'on soutient – en banalisant son fondement quasi constitutionnel – que l'obligation d'accommodement raisonnable n'est rien d'autre qu'une obligation négative inhérente à la nature contractuelle de la relation de travail : Gillian DEMEYERE, « Human Rights as Contract Rights : Rethinking the Employer's Duty to Accommodate », (2010) 36 *Queen's L.J.* 299.

De manière générale, l'appréciation de ce « lien avec l'emploi » est « essentiellement contextuelle »¹⁰⁹ et appelle à considérer la gravité de l'infraction, le moment et les circonstances de sa perpétration et la nature des tâches et responsabilités attribuées à la personne qui cherche à obtenir le poste ou qui en est déjà titulaire¹¹⁰. Dans le cas des policiers, par exemple, ce « lien avec l'emploi » a même pu être présumé¹¹¹.

Si la jurisprudence insiste sur le caractère « objectif »¹¹² que doit présenter le lien entre l'infraction et l'emploi, il faut bien admettre que l'analyse n'est pas pour autant exempte de subjectivité¹¹³. De fait, les tribunaux se soucient assez peu de la question de savoir si un postulant ou un salarié dispose, *objectivement*, de la compétence ou du savoir-faire requis pour accomplir efficacement le travail, malgré ses démêlés avec la justice¹¹⁴. Ainsi, selon l'emploi en cause, il arrive que des

109. Émilie GAGNÉ et Anne-Marie LAFLAMME, « Recrutement et sélection du personnel », dans Guylaine VALLÉE et Katherine LIPPEL (dir.), *Rapports individuels et collectifs du travail*, JurisClasseur Québec, coll. Droit du travail, Montréal, LexisNexis, fascicule 5, p. 5/116 (par. 108).

110. *Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, [2000] R.J.Q. 2215 (C.A.), 2225 (j. Robert, par. 82); *Commission scolaire Crie c. Rondeau*, [2009] R.J.D.T. 75 (C.S.) (requête pour permission d'appeler refusée : *Commission scolaire Crie c. Association de l'enseignement du Nouveau-Québec (CSQ)*, 2009 QCCA 466); *Commission scolaire Crie c. Flynn*, [2009] R.J.D.T. 1141 (C.S.); BRUNELLE, préc., note 6.

111. *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, [2007] R.J.Q. 1773 (C.A.), p. 1782 et 1785 (j. Nuss, par. 19 et 23) et p. 1791-1792 (j. Brossard, par. 70, 76 et 78).

112. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 244 (j. Deschamps, par. 30); *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 591, p. 616 (j. Bastarache, par. 41).

113. DOWD et LEFEBVRE, préc., note 6, p. 15; JEAN, préc., note 63, p. 231.

114. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 242 : « Les aptitudes de l'employé ou son apport potentiel à l'entreprise ne sont pas pertinents » (j. Deschamps, par. 30). Dans l'opinion dissidente qu'elle signe dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, préc., note 54, p. 729, Madame la juge Charron donne l'exemple suivant pour illustrer le fait que la

considérations à haute teneur subjective puissent être prises en compte par le tribunal. Pour reprendre l'exemple « de la fonction judiciaire », la Cour accorde une grande importance aux antécédents d'un candidat à la magistrature « dont le passé serait susceptible d'ébranler la précieuse confiance que porte le public dans son système de justice »¹¹⁵. Pour ce qui est de « la charge de policier »¹¹⁶, la Cour retient des critères comme « la grande confiance » qu'il doit « inspirer au sein du public », « l'image d'intégrité et de respect de la loi » et « l'autorité morale » qu'il doit préserver¹¹⁷. Quoi que l'on en dise, des critères de cette nature ne prêtent pas à une appréciation purement objective.

Là où une plus grande garantie d'objectivité dans l'analyse semblait acquise, c'est dans les cas où la personne condamnée bénéficiait d'un pardon¹¹⁸. En dissociant, au moyen de la conjonction « ou »¹¹⁹, le volet relatif au « lien avec l'emploi » et le volet relatif au « pardon », le législateur indiquait clairement son intention de protéger, en termes absolus, les personnes réhabilitées par l'effet d'un pardon¹²⁰ :

capacité d'un employé à effectuer *objectivement* le travail n'est pas déterminante pour qu'il puisse bénéficier de la protection de l'art. 18.2 de la Charte québécoise : « ...le jardinier qui vole une binette à son employeur peut néanmoins être un excellent jardinier » (par. 65).

115. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 95 (j. Gonthier, par. 145).

116. *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, préc., note 112, p. 620 (j. Bastarache, par. 49).

117. *Id.*, p. 617 (par. 43).

118. Sur la notion de « pardon », voir notamment: *Re Therrien*, préc., note 35, p. 77 et suivantes (j. Gonthier, par. 113 et suivants); *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, préc., note 54, p. 709 et suivantes (j. Deschamps, par. 14 et suivants); Claire BERNARD, « Les renseignements personnels reliés aux démêlés avec la justice et leur incidence sur l'activité professionnelle », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de l'accès à l'information*, vol. 212, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, 207, p. 218 et suivantes.

119. *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 98, p. 307 : « ...l'emploi du mot « ou » par le législateur incite à une interprétation disjonctive... » (j. Beetz).

120. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 94 (j. Gonthier, par. 145) : « La seconde situation semble d'application absolue. L'obtention d'un pardon [...] »

Si la personne a obtenu un pardon pour l'infraction commise, qu'il y ait ou non un lien entre celle-ci et l'emploi, la protection est absolue¹²¹.

L'arrêt *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*¹²², prononcé en 2008, viendra cependant ébranler ce que l'on croyait pourtant être une certitude jurisprudentielle¹²³. En l'espèce, le service de police montréalais avait refusé la candidature d'une personne qui, cinq ans plus tôt, avait plaidé coupable à une accusation de vol à l'étalage de vêtements et d'accessoires d'une valeur approximative de 200 \$, ce pour quoi elle avait reçu une absolution conditionnelle. Par l'effet de la *Loi sur le casier judiciaire*¹²⁴, l'écoulement d'une période de trois ans sans que cette personne ne commette une autre infraction lui avait permis de bénéficier désormais d'une réhabilitation administrative. Malgré ce fait, le service de police avait estimé que la candidate devait être refusée au motif qu'elle n'était pas « de bonnes mœurs » au sens de la législation provinciale applicable en matière d'embauche au sein des corps policiers.

Tant le Tribunal des droits de la personne que la Cour d'appel du Québec allaient conclure que l'employeur avait porté atteinte à l'article 18.2 de la Charte québécoise dans les

emporte vraisemblablement une conclusion de discrimination à l'endroit de son bénéficiaire ». D'ailleurs, dans l'arrêt *Barreau du Québec c. Tribunal des professions*, [2001] R.J.Q. 875 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : C.S.C., n° 28479), la Cour d'appel souligne, à la page 892, « que l'obtention d'un pardon constitue une preuve importante de réhabilitation sociale » (j. Dussault, par. 81).

121. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 241-242 (j. Deschamps, par. 21).

122. Préc., note 54.

123. Manon MONTPETIT et Stéphane BERNATCHEZ, « La valse-hésitation du droit à l'égalité pour le bal des dix ans de la Cour McLachlin », (2010) 26 *N.J.C.L.* 231, p. 262 et 265, ont décrit, à juste titre, l'arrêt comme une « volte-face ».

124. L.R.C. 1985, c. C-47.

circonstances, donnant ainsi plein effet à la protection – jusque-là réputée absolue – offerte aux personnes qui bénéficient d'un pardon.

Tout en rejetant à son tour l'appel de l'employeur, la Cour suprême du Canada épouse une interprétation qui ouvre une nouvelle voie d'accès à la subjectivité dans l'analyse. Pour ce faire, elle dissocie la déclaration de culpabilité des faits qui l'ont entraînée, sous prétexte que l'on ne peut « effacer le passé »¹²⁵. C'est ainsi qu'un employeur pourrait tenter de contrer l'effet positif de la réhabilitation sur la réputation d'une personne par la mise en preuve de comportements délinquants ou de faits révélant, chez elle, un manque de probité. Alors que l'article 20 de la *Charte québécoise* a toujours été conçu comme une disposition d'exception permettant d'apporter des limites aux droits des salariés *a priori* victimes de discrimination, voilà qu'il est soudainement élevé au rang de « disposition générale »¹²⁶ de la Charte garantissant, ni plus ni moins, des droits (quasi constitutionnels?) à l'employeur :

Un employeur est donc en droit de prendre en considération les faits qui ont entraîné la déclaration de culpabilité lorsqu'il évalue si un candidat possède les qualités requises par l'emploi. Ces faits font inéluctablement partie du vécu du candidat¹²⁷.

Certes, l'employeur ne peut fonder sa décision d'exclure un intéressé sur le seul fait de la déclaration de culpabilité, mais il serait autorisé à prendre en considération « l'ensemble du dossier »¹²⁸ dont « les faits ayant entraîné la déclaration de culpabilité », lesquels pourraient ainsi « révéler des lacunes pertinentes » et « faire ressortir un profil démontrant l'inaptitude d'une personne à exercer la fonction »¹²⁹. Si tel était le cas,

125. Préc., note 54, p. 714 (j. Deschamps, par. 24).

126. *Id.*, p. 714 (j. Deschamps, par. 25) et 727 (j. Charron, diss., par. 61).

127. *Id.*, p. 715 (j. Deschamps, par. 26).

128. *Id.*, p. 715 (par. 27).

129. *Id.*, p. 715 (par. 29).

l'employeur pourrait donc « prouver qu'il est sorti du cadre de l'art. 18.2 qui prohibe la discrimination du seul fait de la déclaration de culpabilité et qu'il est justifié de se reposer sur l'art. 20 »¹³⁰.

Cette interprétation inusitée, dont l'effet net est de conférer une portée autonome à l'article 20 de la *Charte québécoise*, sans égard à une quelconque preuve de discrimination fondée sur un motif illicite visé par l'article 10, contribue à affaiblir encore davantage la protection offerte aux personnes qui ont des antécédents judiciaires. Il ne reste donc plus qu'à espérer que cette lecture exaltée de la disposition justificative de l'article 20 puisse être confinée aux seuls cas qui mettent en cause un emploi de policier. Ce serait là, nous semble-t-il, la façon la moins dommageable de composer avec ce précédent dont le potentiel effet limitatif, sur la protection des droits et libertés de la personne au travail, demeure considérable.

CONCLUSION

En 1982, au moment d'intégrer dans la Charte québécoise une protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, le législateur a cherché à neutraliser une jurisprudence qui avait révélé son impuissance à protéger efficacement ces personnes dont le passé judiciaire constituait un obstacle souvent infranchissable à leur accès au marché du travail¹³¹.

Trente ans plus tard, le bilan jurisprudentiel apparaît si déficitaire que l'heure est aux mesures de redressement... et celles-ci devront manifestement être le fait de l'assemblée législative. En effet, dans les trois décisions qu'elle aura prononcées sur l'interprétation de l'article 18.2 de la Charte québécoise dans la dernière décennie, la plus haute cour du pays

130. *Id.*, p. 718 (par. 33).

131. Thomas J. SINGLETON, « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens », (1993) 74 *R. du B. Can.* 456, p. 472-473; BRUNELLE, préc., note 6, p. 319-322.

aura, chaque fois, retenu une interprétation plus restrictive que généreuse des termes du texte quasi constitutionnel, ce qui contraste, incidemment, avec l'approche plus progressiste généralement privilégiée par les membres du Tribunal des droits de la personne du Québec.

Certes, le libellé de la disposition pose à l'interprète des contraintes évidentes, mais une volonté judiciaire mieux affirmée en faveur de la dignité de la personne et du droit au travail¹³² – comme moyen de favoriser la réinsertion sociale et la réhabilitation – aurait certainement pu mener à des résultats plus prometteurs.

Devant cette apparente apathie de la plus haute cour du pays, peut-on raisonnablement espérer que l'appel au législateur puisse être entendu? Il est vrai que les élus québécois n'ont pas démontré un très grand empressement à donner une quelconque suite aux recommandations formulées par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en vue de réformer la Charte, dans la foulée de son 25^e anniversaire¹³³. Toutefois, plus récemment, ils n'ont pas hésité à la modifier, de manière ponctuelle, afin d'affermir le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes¹³⁴. Ainsi, faute d'une volonté politique plus ambitieuse, une intervention plus ciblée, de cette nature, ne serait sans doute pas à dédaigner.

132. Dominic ROUX, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, 563 pages; Dominic ROUX (avec la collaboration de Gilles DUINAT), « Le droit au travail », dans Pierre BOSSET et Lucie LAMARCHE (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels : La Charte québécoise en chantier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 153.

133. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans : La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 1 (Bilan et recommandations), Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003.

134. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 2008, c. 15.

Elle s'imposerait d'autant plus, croyons-nous, face aux modifications apportées récemment à la législation fédérale¹³⁵ et destinées, entre autres, à multiplier les peines minimales obligatoires¹³⁶ et à rendre la réhabilitation – mesure désormais abrogée à la faveur d'une « suspension du casier judiciaire »¹³⁷ – encore plus difficile à obtenir. Tout bien considéré, face à un tel durcissement des lois, le renforcement de la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires pourrait bien servir de contrepoids dans cette balance qui penche dangereusement vers la droite.

135. *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1.

136. Ce procédé, qui a pour effet de supprimer le pouvoir discrétionnaire du juge dans l'attribution d'une sentence appropriée eu égard aux circonstances, n'est d'ailleurs pas exempt de critique : Julie DESROSIERS, « L'emprisonnement systématique des délinquants sexuels », (2008) 12 *Can. Crim. L. R.* 353.

137. *Loi sur le casier judiciaire*, préc., note 124.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA
PERSONNE : LE DIFFICILE ACCÈS AU TRIBUNAL DES DROITS DE LA
PERSONNE

Auteur(s) : Anne-Marie SANTORINEOS

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : 49-81

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10261>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10261>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE : LE DIFFICILE ACCÈS AU TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE

par Anne-Marie SANTORINEOS *

Le mouvement d'accès à la justice a vu le jour dans le contexte de l'État providence, et ce, dans plusieurs pays de l'Europe de l'Ouest et du Commonwealth. Au Québec, il s'est développé avec l'avènement de la révolution tranquille et a été pensé afin de favoriser l'idéal de justice dans la société québécoise. Dans l'esprit de faire progresser le droit à l'égalité, le Tribunal des droits de la personne du Québec a été créé afin de permettre une plus grande accessibilité à la justice et plus d'efficacité dans le processus d'adjudication. Plus de vingt ans après sa création, plusieurs questions se posent quant à la raison d'être de cette cour de justice, notamment en ce qui concerne son accessibilité qui a été réduite de façon significative au cours des dernières années par les tribunaux, notamment dans l'arrêt Ménard c. Rivet, alors que la Cour d'appel a limité la possibilité de la saisine individuelle. Le texte qui suit a comme objectif de tenter de démontrer le problème actuel d'accès au Tribunal des droits de la personne. L'arrêt Ménard c. Rivet sera examiné et différentes avenues en faveur d'un renversement de l'arrêt Ménard c. Rivet seront proposées.

The access to justice movement has developed in conjunction with the emergence of the welfare state in several European and British Commonwealth countries. In Quebec, it occurred during the Quiet revolution and was viewed as an ideal to be attained in Quebec society. In the spirit of seeking to advance equality rights, the Human Rights Tribunal of Quebec was created in order to provide greater access to justice as well as to promote efficiency in the adjudicative process. Twenty years or so after its creation, questions are being raised in relation to its accessibility which has been severely curtailed by the courts, notably by the Ménard v Rivet decision, in which the Court of Appeal has limited the opportunity for individuals acting solely on their own initiative, to seize the Human Rights Tribunal. The writer emphasizes the current problem of access to justice relating to matters of fundamental rights before this Tribunal. The Ménard case is analyzed and various avenues for reversing this decision are proposed.

*. Avocate, étudiante à la maîtrise, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, stagiaire au Tribunal des droits de la personne, 2008-2009.

SOMMAIRE

Introduction	51
1. Le contexte factuel	52
2. L'arrêt <i>Ménard c. Rivet</i>	55
3. L'arrière-plan historique de l'article 84 de la Charte... 61	
3.1 Le contexte historique	61
3.2 L'historique du texte législatif.....	63
4. Le renversement de l'arrêt <i>Ménard c. Rivet</i>	70
4.1 Le rétablissement de la saisine individuelle	70
4.2 L'accès direct.....	71
4.3 L'élargissement de la compétence	74
4.4 Les limites soulevées par la jurisprudence	75
Conclusion	80

Introduction

La notion d'« accès à la justice » occupe et préoccupe les milieux juridiques depuis plus de 25 ans et a acquis une place d'importance dans le discours des juristes. De manière générale, l'accès à la justice est entendu le plus souvent comme signifiant l'accès aux tribunaux. En arrière-plan de cette conception se trouve l'idée que tous les citoyens puissent avoir un accès égal aux institutions judiciaires qui sont chargées d'appliquer la loi et d'en sanctionner les manquements. C'est dans cet esprit qu'en matière de droit à l'égalité le Tribunal des droits de la personne du Québec (ci-après « le Tribunal ») a été instauré. Avec la création d'un tribunal spécialisé, le Québec est perçu comme étant avant-gardiste au chapitre de la création d'une instance spécialisée qui est responsable de la correction des atteintes discriminatoires. Si la création d'un tribunal spécialisé peut être perçue comme une politique avant-gardiste, il faut toutefois reconnaître que la situation de l'accès à la justice en matière de droits de la personne continue de poser problème. Plus de vingt ans après cette création, plusieurs questions se posent quant à la raison d'être de cette cour de justice, notamment en ce qui concerne sa compétence.

En effet, celle-ci a considérablement réduit depuis les dix dernières années, le Tribunal étant privé du quart de sa juridiction antérieure¹. C'est ainsi que plusieurs obstacles empêchent le Tribunal d'arriver à sa pleine efficience. Que ce soit en matière de harcèlement sexuel², de discrimination en milieu de travail syndiqué³, de discrimination mettant en cause une mesure ou un

-
1. Michel COUTU, « Le Tribunal des droits de la personne comme "gardien de la Constitution" » dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec? Actes d'un colloque tenu les 22 et 23 novembre à Montréal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 89, p. 116.
 2. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345.
 3. *Québec (CDPDJ) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185.

programme gouvernemental⁴, la compétence du Tribunal a été érodée au profit d'instances administratives ou arbitrales diverses. Pour les fins du présent texte, une seule question reliée à la compétence du Tribunal sera abordée, soit celle de la limitation de son accès sous l'article 84 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵. En 1997, l'arrêt *Ménard c. Rivet*⁶ de la Cour d'appel du Québec est venu restreindre de façon importante l'accès des citoyens au Tribunal. Alors que l'accès à la justice est reconnu comme un principe fondamental dans notre droit, il est considérablement limité en matière de droits de la personne. Face à ce phénomène, plusieurs auteurs se sont prononcés sur la question de l'accès à la justice en matière de droits de la personne. Le présent texte entend faire état de ce discours doctrinal, tout en examinant par la suite le discours judiciaire sur le sujet.

Le texte qui suit a comme objectif de tenter de démontrer le problème actuel en ce qui concerne l'accès à la justice en matière de droits de la personne au Québec, et plus particulièrement à l'égard du Tribunal des droits de la personne. Tout d'abord, nous présenterons le contexte factuel sur la question afin d'exposer les origines du mouvement de l'accès à la justice et l'état de la situation en la matière. Ensuite, nous expliquerons l'arrêt *Ménard c. Rivet* qui permettra de comprendre de façon plus concrète les obstacles à l'accès à la justice en matière de droits de la personne. Finalement, nous proposerons qu'il y ait un renversement de l'arrêt *Ménard c. Rivet* afin que les justiciables bénéficient à nouveau d'un accès à la justice réel et efficace et qu'ils reprennent confiance en l'administration de la justice.

1. Le contexte factuel

Le mouvement d'accès à la justice a vu le jour dans le contexte de l'État providence, et ce, dans plusieurs pays de

4. *Québec (Procureur général) c. Québec (TDPQ)*, [2004] 2 R.C.S. 223.

5. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après parfois désignée la *Charte*).

6. *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.).

l'Europe de l'Ouest et du Commonwealth⁷. Au Québec, le développement de l'État providence s'est réalisé avec l'avènement de la révolution tranquille qui, en matière d'accès à la justice, consistait alors à confier à l'État la responsabilité de garantir la protection des droits et la mise en place de programmes sociaux⁸. L'accès à la justice a été pensé afin de favoriser l'idéal de justice dans la société québécoise et, plus spécifiquement, la protection du droit à l'égalité qui devait permettre un meilleur accès. Pour ce faire, plusieurs lois à caractère social ont été adoptées, dont la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹. Afin de veiller à la promotion et à la protection des droits garantis par la Charte, la Commission des droits de la personne a été constituée en 1975. Après plusieurs années de mise en œuvre de ce régime, force a été de constater que les mécanismes mis en place afin d'assurer un système de protection des droits de la personne efficace n'ont pas produit les résultats escomptés. C'est ainsi qu'en 1987, la Commission des institutions¹⁰ a reçu le mandat d'examiner les orientations, les activités et la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec (ci après « la Commission »). Plus précisément, il a été question de faire le point et de réévaluer le mandat et le rôle de la Commission des droits de la personne. Plusieurs problèmes¹¹ ont été identifiés lors de l'examen de cette institution, dont le plus important concerne les délais d'enquête. Le temps entre le dépôt d'une plainte et la décision de la

7. Mauro CAPPELLETTI et Bryan GARTH, *Access to justice*, Florence, Éditions Sijthoff and Noordhoff, 1978.

8. Il suffit de penser, par exemple, à l'implantation en 1972 d'un système d'aide juridique pour les personnes démunies.

9. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 5.

10. La Commission des institutions est une commission permanente de l'Assemblée nationale qui, en vertu de l'article 294 du Règlement de l'Assemblée nationale, doit examiner annuellement au moins un organisme public relevant de son champ de compétence. Les membres de la Commission, le 17 juin 1986, ont choisi à l'unanimité la Commission des droits de la personne comme organisme à étudier pour l'année 1987.

11. À titre d'exemple, le caractère non exécutoire des décisions, la procédure de recevabilité des plaintes et la procédure d'enquête représentaient des sources d'insatisfaction identifiées par les organismes.

Commission était évalué entre un an et demi et deux ans¹². Ces longs délais avaient pour effet de décourager les plaignants qui acceptaient ainsi des règlements peu avantageux ou les poussaient même à se désister. Une autre difficulté soulevée par la Commission des institutions consistait au fait que les juges de cours ordinaires sont moins bien informés de la réalité de certains milieux que les membres d'un tribunal spécialisé des droits de la personne¹³. Afin de remédier à cette situation, la Commission des institutions propose dans son rapport final de modifier la Charte et d'instaurer un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne. Cette solution offre les avantages suivants : un tribunal accessible avec une procédure souple et un processus rapide et composé de membres sensibilisés aux questions de discrimination et d'exploitation. Cette recommandation a été retenue et le Tribunal des droits de la personne du Québec a été créé le 10 décembre 1990. Ce faisant, le législateur québécois visait notamment une plus grande accessibilité à la justice et plus d'efficacité dans le processus d'adjudication.

Alors que le Tribunal des droits de la personne a été instauré afin de permettre un meilleur accès à la justice, l'accessibilité à ce dernier a été réduite de façon significative au cours des dernières années. En effet, la compétence du Tribunal a été restreinte à plusieurs reprises par les tribunaux, notamment dans l'arrêt *Ménard c. Rivet* alors que la Cour d'appel a limité la possibilité de la saisine individuelle. À la suite de cette décision, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, préoccupé par l'accès limité au Tribunal, a exprimé ses inquiétudes au sujet de l'accès à la justice en matière de droit à l'égalité au Canada. Ce même comité a réitéré ses préoccupations en 2006 et a recommandé que les mesures nécessaires soient prises par les gouvernements au sein du Canada afin d'assurer le plein accès des individus à un tribunal compétent en matière de

12. COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec. Rapport final*, Québec, 14 juin 1988, p. 37.

13. *Id.*, p. 53.

discrimination¹⁴. C'est ainsi que depuis plusieurs années le Tribunal effectue un travail ardu dans le but de retrouver sa pleine compétence et de rétablir un accès réel en matière de droit à l'égalité. Le Québec n'est d'ailleurs pas la seule province à éprouver des difficultés en matière d'accès à la justice en ce domaine. Récemment, la Colombie-Britannique et l'Ontario ont effectué des changements législatifs modifiant du coup leur système de promotion et de protection des droits de la personne. Au Québec, une réflexion importante est en cours concernant cette question d'accès à la justice en matière de droits de la personne¹⁵. Ainsi, paradoxalement, alors que l'accès à la justice avait au départ été fondé sur l'idéal d'égalité, le domaine du droit à l'égalité n'a pas échappé à ce problème de l'accès à la justice.

2. L'arrêt *Ménard c. Rivet*¹⁶

Jusqu'en juillet 1997, tout près de la moitié (soit 56 sur 124) des demandes déposées devant le Tribunal des droits de la personne provenaient de la victime même, à la suite d'un refus d'agir de la part de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Dans plusieurs cas, soit un peu plus de 20 % en ce qui concerne les plaintes de discrimination au travail,

14. Doc. Off. Comité des droits de l'homme, 85^e session, 2311^e et 2312^e séances, Doc. NU CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006.

15. Récemment, l'analyse du régime actuel de protection des droits de la personne au Québec a donné lieu à deux colloques. Un premier sur l'accès direct à un tribunal spécialisé en cette matière : *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité. L'urgence d'agir au Québec?* tenu les 22 et 23 novembre 2008 à Montréal et organisé conjointement par le Barreau du Québec et le Tribunal des droits de la personne. Un second portant sur les défis que posent la défense et la promotion des droits de la personne en période de crise économique : *Oser les droits et libertés! Organisations et enjeux* tenu en juin 2009 à Montréal dans le cadre de la Conférence annuelle de l'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne avec, comme hôte, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. La conférence a traité notamment du système de protection des droits et des différents modèles qui existent au Québec, en Ontario, en Colombie-Britannique et ailleurs au Canada.

16. *Ménard c. Rivet*, préc., note 6.

le Tribunal, malgré la décision défavorable de la Commission, a donné raison au plaignant¹⁷. La chose n'est plus possible depuis la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Ménard c. Rivet*.

Cet arrêt traite du cas d'une personne qui s'est adressée seule au Tribunal après avoir vu sa plainte rejetée par la Commission. Après l'enquête, la Commission avait fermé le dossier sans intenter d'action au Tribunal au nom de la plaignante citant « l'absence de preuve d'un lien entre la discrimination alléguée et le refus d'accorder un poste [à la plaignante] »¹⁸. À la suite de la décision de la Commission de ne pas porter le dossier devant le Tribunal au nom de la plaignante, cette dernière saisit elle-même le Tribunal. Les défendeurs-requérants présentent une requête en exception déclinatoire *ratione materiae* alléguant que le Tribunal est sans compétence pour entendre cette demande. La compétence du Tribunal en ce qui a trait à la saisine individuelle d'un plaignant se trouve à l'article 84 de la Charte qui se lit comme suit :

Lorsque, à la suite du dépôt d'une plainte, la Commission exerce sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, au bénéfice d'une personne, de l'un des recours prévus aux articles 80 à 82, elle le notifie au plaignant en lui en donnant les motifs.

Dans un délai de 90 jours de la réception de cette notification, le plaignant peut, à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne de ce recours, pour l'exercice duquel il est substitué de plein droit à la Commission avec les mêmes effets que si celle-ci l'avait exercé¹⁹.

Le Tribunal a jugé qu'il avait compétence pour entendre la demande. Par contre, la Cour d'appel a été d'avis contraire et n'a pas reconnu la compétence du Tribunal pour entendre celle-ci.

17. M. COUTU, préc., note 1, p. 114.

18. *Ménard c. Rivet*, préc., note 6, p. 2111.

19. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 5, art. 84.

Écrivant au nom de ses collègues, les juges Baudouin et Brossard, le juge LeBel explique :

Avec égards pour l'opinion contraire, le Tribunal a donné une extension indue à sa compétence d'attribution en concluant à son droit de se saisir d'une plainte écartée pour cause d'insuffisance de preuve par la Commission. Ce faisant, il a modifié fondamentalement les mécanismes de gestion et de traitement des plaintes en vertu de la *Charte*²⁰.

La Cour estime que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une personne, plutôt que la Commission, peut tenter un recours devant le Tribunal. Ainsi, ce n'est que dans les cas où, après enquête, la Commission estime que la plainte est fondée, c'est-à-dire qu'elle considère qu'il y a suffisance de preuve de discrimination, mais décide de ne point saisir le Tribunal, que la personne concernée, avisée en conséquence, peut le faire elle-même.

Les conséquences de cette décision se sont avérées énormes quant à la compétence du Tribunal. Depuis cet arrêt, la possibilité pour un plaignant de se présenter seul devant le Tribunal dépend donc de l'avis de la Commission quant au bien-fondé de la plainte. En fait, même si la plainte lui paraît fondée, elle se réserve le droit de ne pas porter la cause devant le Tribunal. Évidemment, lorsque la Commission prend fait et cause, cela procure certains avantages au plaignant, ne serait-ce que financièrement. Mais les raisons qui motivent le choix de la Commission de cesser d'agir peuvent parfois être difficiles à expliquer.

L'affaire *Simoneau*²¹ illustre bien ces propos. Dans cette affaire, la Commission a choisi de ne pas exercer un recours devant un tribunal au nom de monsieur Simoneau. Après avoir mené une enquête sur la plainte ayant trait à la récitation de la prière au conseil municipal de la Ville de Saguenay, la

20. *Ménard c. Rivet*, préc., note 6, p. 2119.

21. *Simoneau c. Tremblay*, 2011 QCTDP 1, par. 6-13.

Commission a adopté une résolution dans laquelle elle indique son intention d'exercer sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, malgré le fait qu'elle considère la preuve suffisante pour ce faire. La Commission notifie cette résolution à monsieur Simoneau dans une lettre datée du 13 mai 2008 en lui précisant que, en vertu de l'article 84 de la Charte, il sera possible pour la personne ayant porté plainte d'intenter elle-même, à ses frais, un recours devant le Tribunal des droits de la personne, et ce, dans les 90 jours de la notification de la résolution. Les motifs expliquant la décision de la Commission de ne pas introduire elle-même un recours devant un tribunal se tiennent principalement en ces termes :

[...]

Considérant que la Commission, tenant compte de ce qui précède, estime que la preuve est suffisante pour soumettre le litige à un tribunal;

Considérant que la Commission, en l'espèce, estime qu'il n'est pas dans l'intérêt public de saisir un tribunal du présent litige, étant donné qu'une cause similaire a fait l'objet d'une décision récente du Tribunal des droits de la personne et, dans ce contexte, que le plaignant est à même de faire valoir seul ses droits individuels;

[...]

(Nous soulignons)

Deux remarques s'imposent à la lecture de ces motifs. Premièrement, il nous est difficile de comprendre pourquoi la Commission cesse d'agir dans un dossier où elle estime que la preuve est suffisante pour soumettre le litige à un tribunal. En quoi une telle procédure représente ce qui est attendu en matière d'accès à la justice? Si la preuve est suffisante, cela veut dire que le dossier mérite d'être entendu par une cour de justice. En d'autres termes, cela signifie peut-être que le plaignant a des chances de gagner, et donc qu'il y a violation au droit à l'égalité de ce dernier. Deuxièmement, lorsque la Commission explique qu'il n'est pas dans l'intérêt public de saisir un tribunal du présent

litige étant donné qu'une cause similaire a fait l'objet d'une décision récente du Tribunal, la Commission semble sous-entendre que puisqu'une cause similaire a été entendue par le Tribunal, le plaignant a tout ce qu'il faut pour procéder seul. Cette partie des motifs est inquiétante et mériterait d'être davantage nuancée. Ce n'est pas parce qu'une cause semblable a fait l'objet d'une décision récente du Tribunal que le plaignant a les moyens nécessaires pour aller seul devant ce dernier. Les faits ne sont pas les mêmes d'une affaire à l'autre. Le contexte est différent, ce qui, par conséquent, a une incidence sur l'application du droit aux faits. Un plaignant ne peut pas se fier aux arguments présentés dans un dossier similaire et penser que cela suffira pour se représenter seul devant un juge. C'est pourtant ce que semble dire la résolution de la Commission dans l'affaire *Simoneau*. D'ailleurs, certains auteurs, dont Roderick A. Macdonald, ont démontré que la connaissance des droits représente un des principaux obstacles à l'accès à la justice²². Aussi, la confiance du public dans le système est considérée comme l'une des barrières les plus importantes à l'accès à la justice. En matière de droits de la personne, ceci doit être encore plus vrai depuis l'arrêt *Ménard c. Rivet*. En effet, lorsque la Commission décide de cesser d'agir dans un dossier, le justiciable se retrouve dépourvu de tout support et des connaissances nécessaires pour poursuivre seul les démarches judiciaires. Il est intimidé par le fait d'aller devant un juge et une partie adverse sur des sujets aussi complexes que les droits fondamentaux. Il a beau avoir un dossier qui comporte certaines chances de gagner, c'est psychologiquement que le justiciable éprouve les plus grands problèmes d'accès à la justice. De plus, en matière de droits de la personne, les plaignants sont souvent des personnes défavorisées, les empêchant ainsi de pouvoir s'engager un avocat pour les conseiller.

22. Raj ANAND, « Putting Theory into Practice: Obstacles to Access to Justice » (2002) 21 Windsor Y.B. Access Just. 539; Roderick A. MACDONALD, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada – étendue, envergure et ambitions » dans J. Bass, et al., dir., *L'accès à la justice pour le nouveau siècle*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2004.

Bref, le Tribunal ne peut plus, sauf en de très rares exceptions, exercer une partie de la compétence que la Charte lui octroie pour entendre des recours intentés par des individus pour lesquels la Commission a exercé sa discrétion en décidant de ne pas saisir un tribunal à leur bénéfice. Ce qui est d'autant plus inquiétant, c'est que cette décision de la Cour d'appel empêche l'effectivité d'un droit reconnu comme fondamental dans notre société²³.

Il semble clair à la lecture de l'article 84 de la Charte que le plaignant, à la suite du refus de la Commission de saisir le Tribunal en son nom, a la possibilité de le faire par lui-même, et ce, sans restrictions particulières. Cependant, l'interprétation que la Cour d'appel a faite de l'article 84 semble être en contradiction avec ce présupposé, en ce qu'elle ajoute des conditions supplémentaires, telles que la suffisance de la preuve, qui ne se trouvent pas dans le texte de la disposition. Une interprétation généreuse de la Charte aurait voulu que la personne qui prétend que son droit à l'égalité a été violé puisse se prévaloir plus aisément de la possibilité de s'adresser au Tribunal créé à cette fin. Afin d'éclairer davantage cette question, nous allons examiner l'arrière-plan historique de la disposition qui fait l'objet de l'analyse. Une déconstruction de l'article 84 de la Charte permettra de démontrer le sens qu'avait cette disposition au moment de son adoption.

23. L'article 6 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* entrée en vigueur le 4 novembre 1950, prévoit que « [t]oute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal ». L'accès à la justice a aussi été reconnu au Canada comme un droit fondamental par la jurisprudence. Il a même été reconnu comme un droit constitutionnel en vertu notamment du principe de la primauté du droit, du droit à l'égalité, du droit à un procès équitable et du droit à l'assistance d'un avocat. Voir notamment : *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221; *British Columbia Government Employees' Union c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214 [B.C.G.E.U.]; *R. v. Rowbotham*, [1998], 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

3. L'arrière-plan historique de l'article 84 de la Charte

La méthode d'interprétation dite historique contribuera à analyser les origines de l'article 84. Comme le dit Pierre-André Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois*, coécrit avec la collaboration des professeurs Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat :

Dans la mesure où les informations recueillies par la méthode historique font partie du contexte d'énonciation d'un texte législatif, elles sont toujours pertinentes à son interprétation, et non pas seulement dans les cas où le texte n'est pas clair : le jugement concernant la clarté d'une disposition ne doit pas être porté dans l'abstrait, avant d'avoir lu celle-ci dans son contexte et, donc, d'avoir pris en considération l'arrière-plan historique susceptible de donner un juste éclairage au texte²⁴.

En d'autres mots, le contexte d'énonciation de l'article 84 permet de reconstituer les circonstances qui ont pu entourer l'adoption de celui-ci. Différentes démarches se rattachent à la méthode historique. Nous en présenterons deux : le contexte historique et l'historique du texte législatif.

3.1 Le contexte historique

Pour interpréter un texte législatif, il faut prendre en considération les informations, fournies par l'histoire générale, concernant le contexte historique dans lequel le texte étudié a été adopté. Les rapports de commission d'étude ou d'enquête comptent parmi les documents susceptibles de jeter de la lumière sur les circonstances entourant l'adoption d'un texte législatif. Ceux-ci permettent, plus précisément, d'établir la situation que la loi visait à réformer (*mischief*). Ils permettent de définir le problème auquel faisait face le législateur et qu'il a voulu corriger par la nouvelle loi. Dans le cas qui nous intéresse, la Commission

24. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 491, par. 1550.

des institutions avait reçu le mandat d'examiner les orientations, les activités et la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec. Au terme de son étude, elle identifia différents problèmes, tantôt liés au mandat conflictuel de la Commission en matière de gestion, d'enquête et de règlement des plaintes de discrimination, tantôt liés à l'approche interprétative des tribunaux de droit commun dans le contexte de l'application de la Charte. Elle proposa dans son rapport final de modifier la Charte afin d'instaurer un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne. À la lecture du rapport, il est possible d'établir que la loi 140²⁵ visait à corriger le tir sur les mécanismes de mise en œuvre de la Charte afin de favoriser l'accès à la justice et de promouvoir la défense des droits et libertés des citoyens²⁶. Lors du dépôt, en 1989, du projet de loi qui a débouché sur la création du Tribunal le 10 décembre 1990, le ministre de la Justice, Gil Rémillard, soulignait :

Le projet de loi que nous déposons, que nous discutons est un projet de loi qui veut justement favoriser l'accessibilité à la justice. Donc, pour moi, fierté parce que le respect des droits et libertés est l'élément fondamental de tout système démocratique²⁷.

Le ministre Rémillard poursuit en énonçant les objectifs visés par la création du Tribunal des droits de la personne :

Ce Tribunal va nous permettre d'assurer une plus grande accessibilité pour l'ensemble des citoyens qui non seulement verront leurs droits et leurs libertés garantis, en principe, dans un texte fondamental, qui est notre Charte des droits et libertés, mais qui pourront s'adresser

25. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51.

26. COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, préc., note 8, p. 74.

27. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 30 – n° 119 (31 mai 1989) aux pp. 6127-6128 (Gil Rémillard).

par la Commission des droits ou directement à un tribunal qui pourra faire respecter leur droit à l'égalité²⁸.

3.2 L'historique du texte législatif

Le recours à l'historique du texte législatif constitue un second volet de la méthode historique d'interprétation. Le projet de loi 140 représente le texte législatif qui a créé l'article 84, qui se retrouve aujourd'hui dans la Charte. Afin de connaître la genèse d'un texte législatif, l'interprète a généralement recours aux travaux préparatoires. Ces derniers sont particulièrement utiles afin de faire apparaître clairement l'intention du législateur. Ils devraient venir confirmer le sens et l'objet que l'on peut inférer du libellé d'une disposition. C'est d'ailleurs le cas avec l'article 84 de la Charte. Les textes entourant son élaboration donnent un éclairage sur le contexte entourant l'adoption de cette disposition. Notons que dans sa première version présentée à l'Assemblée nationale le 15 mai 1989, le projet de loi 140 conférait en exclusivité à la Commission des droits de la personne le pouvoir de saisir le Tribunal pour y introduire des recours en matière de discrimination et d'exploitation²⁹. C'est donc par une modification apportée au projet de loi 140 que la saisine individuelle au Tribunal a été créée. En effet, lors de la session parlementaire du 31 mai 1989, l'opposition officielle proposait quatre objections au projet de loi tel que présenté le 15 mai, dont celle-ci concernant l'accès au Tribunal :

La quatrième et dernière grande objection de principe a trait à l'accessibilité au Tribunal des droits de la personne. En effet, il s'avère que seule la commission a le pouvoir de saisir le tribunal, ce qui confère un pouvoir décisionnel à ce niveau trop important, compte tenu du fait que celle-ci

28. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 31 – n° 91 (10 décembre 1990) à la p. 5978 (Gil Rémillard).

29. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 30 – n° 111 (15 mai 1989) à la p. 5505.

n'a plus l'obligation de tenir enquête sous un mode contradictoire³⁰.

C'est le 19 juin 1989, soit au terme des auditions de la Commission des institutions sur le projet de loi et au cours du débat sur chacun des articles de celui-ci, que le ministre de la Justice de l'époque, M. Gil Rémillard, introduisait un amendement créant l'article 84 :

M. Rémillard : Voici l'amendement. Cette disposition vise à procurer à tout plaignant, y compris un organisme qui agit à ce titre, un accès direct au nouveau Tribunal des droits de la personne lorsque la Commission décline l'exercice du recours qu'elle aurait pu exercer. C'est un article important qui apporte une modification dans le sens souhaité par plusieurs intervenants qui ont voulu qu'on assure au plaignant la possibilité, advenant le refus de la Commission de le faire, de s'adresser directement au Tribunal. Je pense qu'il vaudrait la peine de le lire. (Nous soulignons)

M. Filion : Oui.

M. Rémillard : Lorsque, à la suite du dépôt d'une plainte, la Commission exerce sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, au bénéfice d'une personne, de l'un des recours prévus aux articles 80 à 82, elle le notifie au plaignant en lui en donnant les motifs.

Dans un délai de 45 jours de la réception de cette notification, le plaignant peut, à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne de ce recours, pour l'exercice duquel il est substitué de plein droit à la Commission avec les mêmes effets que si celle-ci l'avait exercé³¹. (Le délai de 45 jours fut modifié à 90 jours quelques minutes plus tard)

30. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 30 – n° 119 (31 mai 1989) à la p. 6124 (Claude Filion).

31. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, n° 70 (19 juin 1989) à la p. CI-2945 (Gil Rémillard).

La manière dont la disposition a été intégrée au projet de loi n'est pas sans importance puisque, « si le législateur a pris la peine de modifier le texte, c'est qu'il voulait changer quelque chose au fond, et non seulement améliorer la formulation »³².

C'est ainsi que « les amendements apportés collectivement par le Parlement à un projet de loi devraient généralement fournir un indice plus clair de l'intention législative qu'une réponse individuelle plus ou moins improvisée donnée en séance de commission ou de comité parlementaire »³³.

Il est possible de constater qu'aucune restriction ne semble avoir été prévue par le législateur lors de l'adoption de cette disposition. Si le législateur avait voulu apporter une limitation à l'interprétation que doit recevoir l'article 84, il l'aurait fait de manière claire et précise. Bien au contraire, l'extrait qui suit démontre l'importance accordée à la saisine individuelle du Tribunal à la suite du refus d'agir de la Commission :

M. Filion : Ce tribunal a les critères d'accessibilité à coup sûr, parce que la Commission peut prendre fait et cause pour un plaignant et une victime dont elle a retenu en quelque sorte le bien-fondé de la cause, de la plainte, et, également, d'accessibilité à la personne à qui on a refusé de prendre fait et cause à la Commission, car cette personne peut s'adresser directement au tribunal pour recevoir justice, sans devoir encourir toutes les longues procédures que l'on rencontre généralement si l'on doit s'adresser à la Cour supérieure³⁴. (Nous soulignons)

Ce passage est clair en ce qui concerne la saisine individuelle au Tribunal. Il fait référence à l'accès à la justice en expliquant que celui-ci est respecté puisqu'un plaignant a la possibilité de s'adresser directement au Tribunal lorsque la Commission décide de cesser d'agir. Autrement dit, empêcher une

32. P.A. Côté, préc., note 24, p. 499, par. 1570.

33. *Id.*, p. 507, par. 1594.

34. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 30 – n° 133 (20 juin 1989) à la p. 6934 (Claude Filion).

personne d'avoir accès au Tribunal à la suite de la décision de la Commission de cesser d'agir reviendrait à nier l'accès à la justice aux citoyens. C'est ce qui semble s'être produit dans *Ménard c. Rivet*, ce qui justifierait que la Cour d'appel renverse aujourd'hui sa décision de 1997. D'autant plus que la Cour suprême a récemment indiqué qu'en matière de recours devant les tribunaux, le principe d'accès à la justice devait servir de guide afin de déterminer quel recours devait être approprié et devant quelle instance³⁵. Dans l'arrêt *TeleZone Inc.*, le juge Binnie précise que « [l']accès à la justice exige que le demandeur puisse exercer directement le recours qu'il a choisi et, autant que possible, sans détours procéduraux »³⁶.

Voici un autre extrait qui illustre l'intention du législateur de permettre la saisine individuelle du Tribunal :

M. Rémillard : Autre modification d'importance aussi que nous avons apportée, M. le Président, c'est cette possibilité pour une personne ou pour des groupes qui représentent des personnes, d'avoir accès directement au tribunal advenant le cas où la Commission en arriverait à la conclusion qu'elle ne prend pas fait et droit pour une personne. Il sera toujours possible pour cette personne ou pour un groupe de personne qui représente des personnes d'avoir accès directement à ce tribunal³⁷. (Nous soulignons)

Un peu plus loin, M. Filion réitère ce qu'il croit comprendre de l'article 84 de la Charte :

Et il faut ajouter que si la Commission juge que la plainte ne doit pas être portée devant le tribunal, la victime peut le faire directement, un accès direct au tribunal, à ses frais cependant³⁸. (Nous soulignons)

-
35. *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, [2010] 3 RCS 626.
36. *Id.*, *TeleZone Inc.*, par. 19.
37. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 34, p. 6933 (Gil Rémillard).
38. *Id.*, p. 6935 (Claude Filion).

Encore une fois, aucune condition précise ne semble avoir été prévue lors de l'adoption de l'article 84 quant à la possibilité pour la victime de saisir seule le Tribunal, contrairement à l'interprétation qu'en a donnée la Cour d'appel.

Il semble clair, à la lecture des débats parlementaires, que l'article 84 de la Charte a été prévu afin de permettre la saisine individuelle du Tribunal et, par le fait même, un meilleur accès à la justice. Cependant, dans son analyse de l'article 84, la Cour d'appel ne fait aucune référence à la notion d'accès à la justice. L'arrêt n'a pas été rendu en ce sens, c'est-à-dire en prenant appui sur les objectifs visés par l'instauration du Tribunal des droits de la personne, et plus précisément, par l'adoption de l'article 84 de la Charte. Force est plutôt de constater que les conclusions de la Cour d'appel dans *Ménard c. Rivet* nous amènent dans une toute autre direction :

L'interprétation donnée par le tribunal réduit presque à néant la fonction de gestion et de filtrage des plaintes par la Commission. L'obligation de s'adresser à la Commission et son rôle acquièrent alors un caractère essentiellement préjudiciel. Du seul fait de l'introduction d'une plainte, si elle n'est pas satisfaite de la décision de la Commission à son sujet, une partie aurait droit de s'adresser directement, certes à ses frais, au tribunal des droits de la personne. Cette conception néglige le mécanisme de contrôle qu'administre la Commission sur les plaintes en vertu de la Charte³⁹.

Il ressort à la lecture de cet extrait une certaine préoccupation de préserver la Commission. La Cour d'appel justifie à plusieurs reprises l'importance du rôle de la Commission sans jamais s'interroger sur la pertinence et les bienfaits de ce dernier. La Cour d'appel dans *Ménard c. Rivet* a idéalisé le rôle de la Commission au détriment de la compétence du Tribunal⁴⁰. Cela peut s'expliquer par le désir de protéger et de préserver les

39. *Ménard c. Rivet, préc.*, note 6, p. 2119.

40. Lucie LAMARCHE et Frédérique POIRIER, « L'accès au Tribunal des droits de la personne : une fréquence modulée » (1998) 57 : 4 R. du B. 785, 812.

institutions. Très peu de critiques sont portées à l'égard de celles-ci, surtout lorsque ces dernières sont destinées à la protection et à la promotion des droits de la personne, par crainte de nourrir la tentation de l'État d'en diminuer le rôle, voire d'en abolir l'existence⁴¹. En ce qui concerne la Commission des droits de la personne, la professeure Lucie Lamarche note que « nul ne peut s'empêcher de constater avec quelle parcimonie l'on s'est penché sur ses fonctions et son rôle depuis sa création »⁴².

Par ailleurs, la solution proposée dans *Ménard c. Rivet* repose en partie sur le défaut de faire la distinction entre les notions de saisine individuelle et de recours direct. Le recours direct est le recours intenté par le plaignant sans jamais passer par la Commission alors que la saisine individuelle représente le recours individuel d'un plaignant à la suite du refus de la Commission de saisir le Tribunal en son nom. Alors que l'article 84 de la Charte prévoit la saisine individuelle au Tribunal, les motifs de la Cour d'appel réfèrent au recours direct :

Même les débats parlementaires ne soutiennent pas la position des appelants. Leur lecture complète indique que la position du ministre de la Justice de l'époque est restée fort prudente à propos des demandes d'élargissement des voies de recours direct. Il a rappelé les risques constitutionnels de cette solution, qui tend à assimiler le Tribunal à une cour supérieure, et a consenti à l'insertion d'un texte comme l'examen confirme aujourd'hui qu'il avait un caractère limité, malgré de vigoureuses et multiples demandes de l'opposition parlementaire et de plusieurs organismes⁴³. (Nous soulignons)

Lorsque mises dans leur contexte, ces explications ne portent pas sur la saisine individuelle du Tribunal, ce qui constitue l'enjeu du litige, mais plutôt sur le recours direct à ce

41. Lucie LAMARCHE et Frédérique POIRIER, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1996, p. VII.

42. *Id.*

43. *Ménard c. Rivet*, préc., note 6, p. 2122.

dernier. Il est important d'apporter certaines nuances entre ces deux formes de recours puisque les débats parlementaires énoncent que le recours direct est interdit alors que la saisine individuelle semble, quant à elle, tout à fait permise, et ce, sans conditions particulières.

L'examen qui vient d'être fait sur les origines de l'article 84 de la Charte permet de constater que lors de son adoption, l'article 84 semblait s'interpréter comme établissant la possibilité pour le plaignant de saisir le Tribunal advenant que la Commission décide de cesser d'agir. À la lecture du rapport final de la Commission des institutions et à celle des débats parlementaires, il apparaît qu'il y était prévu que la saisine individuelle du Tribunal soit accessible à n'importe quel plaignant qui voit sa plainte rejetée par la Commission, et ce, peu importe les raisons de la décision de la Commission. Rien ne permet de croire que la saisine individuelle est réservée à des cas bien précis, comme le laisse entendre la Cour d'appel dans *Ménard c. Rivet*. Au contraire, comme nous l'avons vu plus haut, les débats parlementaires démontrent l'importance d'inclure un article prévoyant le recours individuel au Tribunal des droits de la personne dans les cas où la Commission décide de cesser d'agir. Il est donc possible d'observer un décalage entre les intentions du législateur à la lumière des travaux préparatoires et le statut juridique actuel attribué à l'article 84.

Par ailleurs, l'interprétation donnée à l'article 84 par la Cour d'appel nous paraît insuffisante, voire même impertinente, puisque, comme nous l'avons souligné plus tôt, il nous est difficile de comprendre pourquoi la Commission ne voudrait pas porter les cas où elle estime qu'il y a une preuve suffisante de discrimination devant le Tribunal. D'autant plus que le nombre de dossiers plaidés devant le Tribunal chaque année est peu élevé⁴⁴.

44. À titre d'exemple, le Tribunal a été saisi de 36 dossiers en 2009-2010 alors que la Commission croule sous les demandes d'enquête avec 7906 demandes sur les droits de la personne, résultant en 1066 plaintes reçues et 702 dossiers ouverts en 2008-2009. Rapport annuel 2008-2009 du Tribunal, en ligne : tribunaux.qc.ca, http://www.tribunaux.qc.ca/tdp/BilanActivites/Bilan2009-10_20ans.pdf à la page 76. Rapport

Prenant appui sur ce qui vient d'être présenté, il apparaît clairement qu'il existe des problèmes graves d'accès à la justice en matière de droits de la personne au Québec. Depuis l'arrêt *Ménard c. Rivet*, les cas où il est permis à un individu de saisir seul le Tribunal et, par le fait même, d'avoir accès à la justice représentent des cas d'exception. Afin de mettre un terme à cette situation et de rétablir un accès efficace et réel au Tribunal, le renversement de l'arrêt *Ménard c. Rivet* s'impose.

4. Le renversement de l'arrêt *Ménard c. Rivet*

L'arrêt *Ménard c. Rivet* et les conséquences qui ont suivi ont fait couler beaucoup d'encre. Plusieurs auteurs se sont penchés sur la question de l'accès à la justice en matière de droit à l'égalité. De manière générale, les auteurs proposent un renversement de l'arrêt *Ménard c. Rivet* afin de rétablir la saisine individuelle du Tribunal, certains allant même jusqu'à suggérer de permettre un accès direct à ce dernier. La jurisprudence des dernières années est significative à cet égard en ce qu'elle soulève les limites de la situation découlant de l'arrêt *Ménard c. Rivet*.

4.1 Le rétablissement de la saisine individuelle

L'arrêt *Ménard c. Rivet*, comme nous l'avons examiné plus haut, est venu restreindre la possibilité de la saisine individuelle au Tribunal. Ce faisant, les citoyens se retrouvent maintenant avec un accès très limité au Tribunal. Certains auteurs⁴⁵ proposent de rétablir le recours individuel au Tribunal. La restitution de la saisine individuelle au Tribunal contribuerait sans doute à rétablir la raison d'être de celui-ci et, par le fait même, de revenir aux intentions premières de sa création, c'est-à-dire de permettre aux citoyens d'avoir un recours utile et effectif

des activités et de gestion 2008-2009 de la CDPDJ, en ligne : [cdpdj.qc.ca, http://www2.cdpdj.qc.ca/publications/Documents/Rapport_activites_gestion_2009-2010.pdf](http://www2.cdpdj.qc.ca/publications/Documents/Rapport_activites_gestion_2009-2010.pdf) aux pages 39-40.

45. Voir notamment : Sylvie GAGNON, « La saisine individuelle du Tribunal des droits de la personne : un recours utile et effectif », (2001) 14.2 R.Q.D.I. 189.

en matière de droit à l'égalité. De plus, il semble que la saisine individuelle devrait être pleinement rétablie parce qu'elle offre aux personnes victimes d'atteintes à leurs droits fondamentaux une voie de recours qui assure, dans des délais raisonnables, l'effectivité de ces droits par des mesures de réparation complètes, efficaces et utiles ainsi qu'elle préserve l'équilibre et la complémentarité que l'on retrouve entre les missions et les fonctions respectives des commissions et des tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne⁴⁶. Ce n'est pas pour dire, encore une fois, que la représentation offerte par la Commission n'offre pas certains avantages au plaignant, mais de faire dépendre la possibilité de recours au Tribunal à la décision d'un organisme qui a différentes responsabilités et qui, de surcroît, peine à assurer l'effectivité du recours en temps utile, n'est pas une situation satisfaisante.

4.2 L'accès direct

Une des principales préoccupations des auteurs quant à la question de l'accès à la justice en matière de droits de la personne porte sur la possibilité de permettre un accès direct au Tribunal. Autrement dit, certains auteurs⁴⁷ proposent non seulement de rétablir la saisine individuelle au Tribunal lorsque la Commission cesse d'agir pour le plaignant, mais de permettre un recours direct au Tribunal, c'est-à-dire sans la nécessité pour le justiciable de passer par la Commission.

46. *Id.*, p. 206.

47. Voir notamment : Pierre GRENIER, « Pour une meilleure justice sociale : un accès direct au Tribunal des droits de la personne et une Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse privilégiant ses fonctions de promotion et d'éducation ainsi que la représentation des groupes » dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec? Actes d'un colloque tenu les 22 et 23 novembre à Montréal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 487; Pearl ELIADIS, « Human Rights Tribunals and Direct Access to Adjudication : A New Generation of Human Rights Protection? » dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec? Actes d'un colloque tenu les 22 et 23 novembre à Montréal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 205.

La Cour d'appel a voulu diminuer l'importance de cet argument dans l'arrêt *Ménard c. Rivet* en précisant qu'il existe déjà un accès direct devant les tribunaux de droit commun. En effet, le juge Lebel souligne que « celle-ci [la Charte] laisse entière liberté à une partie de s'adresser directement aux tribunaux de droit commun, sous l'autorité de l'article 49 »⁴⁸. Il est vrai que le plaignant peut s'adresser directement à un tribunal de droit commun en matière de droit à l'égalité. Cependant, faut-il pour autant conclure qu'un tel recours respecte ce qui est attendu en matière de promotion et de protection des droits de la personne? D'ailleurs, rappelons-nous que la Commission des institutions dans son rapport final explique l'importance de mettre en place une instance spécialisée en matière de droits de la personne à cause du manque d'expertise dans le domaine des tribunaux de droit commun. Aussi, M. Fillion, lors des débats parlementaires, souligne le fait que la saisine individuelle au Tribunal permet de recourir à la justice sans devoir encourir toutes les longues procédures que l'on rencontre généralement si l'on doit s'adresser à la Cour supérieure⁴⁹.

Le Tribunal des droits de la personne a été créé afin d'avoir au Québec une instance spécialisée en matière de droits de la personne et afin d'assurer une plus grande accessibilité à la justice pour l'ensemble des citoyens qui voudront faire respecter leur droit à l'égalité⁵⁰. Il permet un accès à la justice particulièrement efficace pour les citoyens québécois en ce qui regarde les droits et libertés, pierre d'assise de notre stabilité sociale et de notre démocratie, accès que les autres tribunaux ne sauraient assurer avec autant d'efficience, compte tenu de leurs multiples fonctions⁵¹. Dans le même ordre d'idées, les auteures Lamarche et Poirier précisent le fait que les tribunaux de droit

48. *Ménard c. Rivet*, préc., note 6, p. 2119.

49. COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, préc., note 8.

50. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 31 – n° 91 (10 décembre 1990) à la p. 5978 (Gil Rémillard).

51. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 30 – n° 119 (31 mai 1989) à la p. 6118 (Gil Rémillard).

commun « tardaient à produire une jurisprudence utile à la promotion et à la sauvegarde des droits de la personne »⁵².

Au plan international, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels conclut, de manière non équivoque, à l'importance d'une intervention judiciaire, voire spécialisée en matière de discrimination⁵³. Nous pouvons penser que tel est le cas parce qu'un tribunal spécialisé en cette matière sait donner une portée véritable à l'interdiction de la discrimination. Selon Michel Coutu et Pierre Bosset :

De fait, plusieurs décisions des tribunaux de droit commun favorisèrent une approche qu'on peut qualifier de formaliste, en ce que le contexte d'énonciation de la norme (l'influence du droit international, par exemple, ou la cohérence et la spécificité d'ensemble de la Charte québécoise), le contexte juridique évolutif déterminant le contenu de la norme (l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en particulier), et le contexte social dans lequel s'inscrit la norme ainsi que les conséquences pratiques susceptibles de résulter du choix d'une interprétation déterminée, ne furent guère pris en considération⁵⁴.

52. L. LAMARCHE et F. POIRIER, « L'accès au Tribunal des droits de la personne : une fréquence modulée », préc., note 40, p. 795.

53. GAGNON, préc., note 45, p. 200. Voir aussi : Frédéric MÉGRET, « : Le droit à un recours effectif en matière de discrimination : panorama du droit international et application au cas québécois » dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec? Actes d'un colloque tenu les 22 et 23 novembre à Montréal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 387; Jean-Paul COSTA, « Le droit à un tribunal selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec? Actes d'un colloque tenu les 22 et 23 novembre à Montréal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 405.

54. Michel COUTU et Pierre BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, Volume 2, Montréal, CDPDJ, 2003, 247, p. 251.

4.3 L'élargissement de la compétence

La réflexion s'étend même à la question de l'élargissement de la compétence du Tribunal. Le professeur Michel Coutu a examiné la question de l'accessibilité au Tribunal des droits de la personne en prenant appui sur une notion classique de la théorie du droit public, celle de « gardien de la constitution »⁵⁵. Il dénote le fait que les gouvernements successifs par l'entremise du procureur général ont fait beaucoup pour empêcher le Tribunal de s'ériger en « gardien de la constitution »⁵⁶. Pourtant, selon lui, le Tribunal devrait être un véritable « gardien de la constitution » dans la mesure où il veille à la mise en œuvre de la Charte, texte à caractère constitutionnel puisque la Charte partage les valeurs affirmées dans la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵⁷. Faisant référence à Kelsen⁵⁸, Coutu explique qu'un juge d'une cour constitutionnelle a forcément un rôle créateur qui a pour résultat l'attribution d'une fonction plus politique. Coutu explique alors la réticence du gouvernement à confirmer ce statut au Tribunal par crainte de voir ce dernier s'immiscer dans les questions politiques. Le véritable conflit entre le politique et le judiciaire repose donc sur qui aurait le dernier mot en matière de garantie des droits et libertés de la personne au Québec. Selon Coutu :

[C]'est à l'évidence le politique qui a eu ce dernier mot, favorisé en cela par une partie du pouvoir judiciaire, plus enclin que le Tribunal des droits de la personne à une attitude de déférence et de conservatisme en la matière et

55. Voir notamment : M. COUTU, préc., note 1.

56. Il est à noter que sur quatre dossiers où il a été question de l'accès au Tribunal, trois d'entre eux sont issus de l'initiative du procureur général du Québec. Voir *Potvin c. Transformateur Delta du Canada*, J.E. 94-1261, *Lambert c. Québec (Ministère du Tourisme du Québec et ministère de la Main d'œuvre, de la Sécurité du revenu et de la Formation professionnelle)*, [1997] R.J.Q. 726, *Francoeur c. Procureur général du Québec*, [1995] R.J.Q. 627 : en appel *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108.

57. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

58. Hans KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, trad. par Soudrine Baume, Paris, Michel Houliard Éditeur, 2006.

sans doute aussi empreinte de méfiance envers ce tribunal⁵⁹.

4.4 Les limites soulevées par la jurisprudence

Il est possible d'observer depuis quelques années les tribunaux se prononcer sur les conséquences et les effets de l'arrêt *Ménard c. Rivet*. Il en est ainsi dans l'affaire *Pogan* où la juge Rivet explique qu'il n'est pas étonnant, compte tenu du libellé de l'article 84 de la Charte, que le plaignant ait pensé avoir un recours devant le Tribunal :

Le Tribunal comprend le sentiment d'incompréhension et d'injustice qui anime le plaignant et déplore, comme lui, l'imbroglio que pose, pour les justiciables, le libellé de l'article 84 et la jurisprudence de la Cour d'appel.
[...]

Lors de l'audience, le plaignant a indiqué qu'il était important, pour les personnes qui se croient victimes de discrimination, d'avoir accès aux tribunaux afin que justice soit rendue.

Nous regrettons d'avoir à décliner compétence, mais c'est là l'état du droit⁶⁰.

Dans certains cas, les tribunaux n'hésitent pas à s'adresser au législateur ou aux institutions concernées en les invitant à réfléchir sur la question de l'accès au Tribunal. C'est le cas dans l'affaire *Turenne* :

Le Tribunal se doit donc d'accueillir la requête en irrecevabilité du défendeur. Il appartient à la société civile de se saisir de la problématique et de convaincre le législateur de modifier la donne en la matière, s'il le juge opportun de le faire⁶¹.

59. M. COUTU, « Le Tribunal des droits de la personne comme "gardien de la Constitution" », préc., note 1, p. 127.

60. *Pogan c. Laboratoires Charles River-Préclinique CTBR*, 2005 QCTDP 48272, par. 24, 26 et 27.

61. *Turenne c. Québec (Procureur général) (Sûreté du Québec)*, 2007 QCTDP 30, par. 14.

Dans l'affaire *Centre de la petite enfance « Le Château des adorables »*, le juge Dortélus expose les conséquences liées aux délais mis par la Commission à traiter les plaintes qui lui sont soumises. Une des plus importantes consiste à limiter l'accès au Tribunal :

La Commission des droits de la personne détient *de facto*, le contrôle quasi exclusif d'accès au Tribunal, ce qui entraîne, comme conséquence, qu'un nombre insignifiant de causes parviennent chaque année devant le Tribunal.

Dans ce contexte, avec égards, la Commission ne peut pas s'attendre à ce que le Tribunal ferme les yeux et qu'il demeure complaisant, face à une telle situation qui est de nature à miner la confiance des justiciables au régime de protection des droits de la personne au Québec. Entre autres, elle a comme conséquence d'empêcher le Tribunal de remplir correctement son mandat.

Cette situation est inacceptable et intolérable, car elle permet la violation systémique des droits des victimes, des mises en cause et des défendeurs d'avoir, dans un délai raisonnable, accès à un Tribunal spécialisé en matière de droit de la personne. Elle rend, entre autres, illusoire et dérisoire le recours au Tribunal, ce qui peut avoir pour effet de dissuader les victimes de discrimination de s'engager dans un long processus qui peut durer plusieurs années avant d'obtenir en première instance réparation devant un tribunal judiciaire spécialisé.

La maxime "Justice delayed is justice denied" voulant que : "*if legal redress is available for a party that has suffered some injury, but is not forthcoming in a timely fashion, it is effectively the same as having no redress at all*", s'applique au droit fondamental du justiciable à l'accès au Tribunal dans un délai raisonnable afin d'obtenir réparation en cas d'atteinte illicite de ses droits garantis par la *Charte*⁶².

62. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre de la petite enfance « Le Château des adorables »*, 2009 QCTDP 22, par. 79 à 82.

Par ailleurs, le Tribunal a reconnu sa compétence dans des cas où, à première vue, il aurait été impossible de croire qu'il pouvait le faire selon les prescriptions de l'arrêt *Ménard c. Rivet*.

Dans une décision récente où il est question de la récitation de la prière lors des séances publiques du conseil municipal de la Ville de Saguenay⁶³, le Tribunal a reconnu sa compétence pour juger sur un aspect allégué discriminatoire par le plaignant, mais rejeté par la Commission à l'étape préliminaire à celle de l'enquête. Alors que la Commission a enquêté sur la récitation de la prière dans les salles où se tiennent les séances publiques du conseil municipal, elle a plutôt décidé de ne pas soumettre au processus d'enquête les allégations relatives à la présence de symboles religieux dans les mêmes salles, et ce, en vertu de l'article 77 de la Charte.

La question qui retient notre attention ici est celle de savoir si le Tribunal est compétent pour juger sur des allégations qui n'ont pas été soumises au processus d'enquête par la Commission. À la lumière de ce qui a été dit dans une décision antérieure du Tribunal, il apparaît que la saisine individuelle prévue à l'article 84 de la Charte n'est possible que lorsque la Commission a procédé à une enquête :

Le rejet d'une plainte par la Commission aux termes de l'article 77 ne s'inscrit pas uniquement à l'étape préliminaire. Il arrive que la Commission cesse d'agir sans avoir amorcé une enquête, comme il arrive qu'elle l'ait débutée. Ce n'est que dans la première hypothèse que le plaignant ne pourrait s'adresser au Tribunal en vertu de l'article 84⁶⁴. (Nous soulignons)

63. *Simoneau c. Tremblay*, 2011 QCTDP 1; permission d'appeler accordée : *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, 2011 QCCA 583.

64. *Boulé c. Québec (Sécurité publique)*, 2002 QCTDP 34851, par. 37. Dans le même sens, le juge Lebel dans *Ménard c. Rivet*, préc., note 6 à la p. 2120 explique : Ainsi, d'après l'article 77, à la suite d'un examen à caractère préliminaire susceptible de précéder l'enquête, une plainte peut être rejetée avec notification aux parties. Plus tard, elle peut être écartée en vertu de l'article 78, après enquête, si celle-ci dégage des éléments de

Dans le cas qui nous intéresse ici, la Commission n'a pas fait enquête sur la présence de symboles religieux. Malgré ces explications, le Tribunal a décidé d'office qu'il avait compétence pour juger sur ces éléments du litige, notamment parce que cette question est intimement liée à celle de la récitation des prières⁶⁵ et pour les motifs suivants :

[...] Considérant les principes d'accessibilité à un tribunal compétent, le Tribunal se doit de favoriser une interprétation qui vise à faire apparaître le droit plutôt qu'à priver un citoyen d'un recours fondé sur un droit reconnu par la Charte.

[...]

Agir autrement et rejeter cette partie de la demande et de la preuve faite devant le Tribunal irait à l'encontre des principes d'accessibilité à la justice et de proportionnalité entre la nature et la finalité de la demande et la complexité du litige, et ce, tel que prévu le législateur à l'article 4.2 du *Code de procédure civile*⁶⁶.

L'affaire *Gallardo* est un autre exemple intéressant d'un dossier où le Tribunal juge qu'il a compétence alors qu'il semble a priori que l'état du droit ne le lui permet pas. En effet, le Tribunal a jugé qu'il était compétent pour entendre l'ensemble du litige, malgré le fait que la Commission ait considéré qu'il y avait preuve suffisante pour certains faits seulement, soit ceux se rapportant aux événements du 19 avril 2006. Le Tribunal conclut à sa compétence de la manière suivante :

Après analyse des prétentions des deux parties, le Tribunal conclut que l'importance de la finalité que

preuve insuffisants. Dans ces cas, le processus de traitement de la plainte dans le système spécialisé prévu par la Charte s'arrête là. Ce n'est que dans l'hypothèse où la Commission a estimé la plainte fondée, c'est-à-dire dans les cas où elle croit qu'il existe des possibilités d'intervention et d'exercice des recours prévus dans les articles 80 à 82, lorsqu'elle a décidé d'arrêter son action, qu'existe le droit de substitution en faveur du plaignant, selon l'article 84. (Nous soulignons)

65. *Simoneau c. Tremblay*, préc., note 63, par. 22.

66. *Id.*, par. 23 et 25.

représente la protection contre la discrimination en vertu de la Charte se manifeste à plus forte raison lorsqu'il s'agit de juger de l'affaire au fond. Au stade de la décision finale, il convient par conséquent tout autant d'interpréter de manière large et libérale l'article 84 de la Charte.

Le Tribunal étant valablement saisi de la plainte en vertu de l'article 84 de la Charte, il n'est pas lié par la qualification des faits de la Commission. Dès que la Commission estime qu'une plainte peut faire l'objet d'un débat judiciaire, le Tribunal a compétence pour juger des faits se rapportant à l'ensemble du litige et non pas uniquement sur la partie pour laquelle la Commission a déterminé que la preuve était suffisante⁶⁷.

Les passages qui viennent d'être cités nous permettent d'observer que les institutions elles-mêmes semblent conscientes de la problématique actuelle associée au manque d'accès à la justice en matière de droits de la personne. Ces extraits permettent de constater que le Tribunal, en cherchant à contourner les écueils posés à sa compétence, semble vouloir ouvrir un dialogue⁶⁸ à la fois avec le législateur et les tribunaux supérieurs en ce qui concerne la portée à donner à l'article 84 de la Charte afin qu'ultimement soit rétablie la compétence du Tribunal. Les décisions récentes du Tribunal concernant sa compétence démontrent la détermination, voire l'impatience, de celui-ci à ce que s'opère un changement quant aux conditions venant limiter son accès.

67. *Gallardo c. Bergeron*, 2010 QCTDP 5, par. 61 et 64; *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo*, 2012 QCCA 908. L'appel a porté sur les questions de compétence du Tribunal.

68. Voir sur cette conception dialogique de l'élaboration des droits de la personne : Michèle RIVET, « Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 1.

Conclusion

Le Tribunal des droits de la personne a été instauré afin de favoriser la protection du droit à l'égalité. L'idéal de justice dans la société québécoise correspond notamment à la possibilité pour l'ensemble des citoyens d'avoir un accès utile et véritable à la justice. Même si les droits existent, s'il est difficile de les faire valoir, leur existence devient illusoire. C'est un peu ce qui arrive en raison de l'interprétation donnée à l'article 84 de la Charte par la Cour d'appel du Québec. En effet, au lieu de donner un rôle particulier au Tribunal, l'arrêt *Ménard c. Rivet* aura plutôt limité son action et empêché en partie le développement de sa compétence spécialisée. Alors que les instances inférieures ont réfléchi sur l'accès des citoyens au Tribunal⁶⁹, les motifs de la Cour d'appel ont principalement porté sur le rôle de la Commission.

Les différentes institutions se prêtant à la promotion et la protection des droits de la personne semblent parfois être en compétition, chacune essayant de défendre sa raison d'être et de se protéger, au détriment, dans ce cas-ci, du droit aux citoyens d'avoir un recours utile et effectif en matière de droits de la personne. Comme le fait remarquer la professeure Diane Demers, alors que d'un côté « [...] on note un consensus autour de la nécessité d'accroître l'accessibilité des citoyens à un forum spécialisé en vue d'assurer, à des conditions abordables, le respect de leur droit à l'égalité »⁷⁰, les différences instances compétentes se livrent bataille sur l'identité du forum où ces débats devraient avoir lieu⁷¹.

69. Voir : *Francoeur c. Procureur général du Québec*, [1995] R.J.Q. 627. Dans le jugement rejetant une requête en révision judiciaire de la décision du Tribunal, le juge Legris s'étonna même qu'on défende une interprétation qui interdirait à un citoyen de se pourvoir devant ce tribunal spécialisé, sur une question de droits fondamentaux.

70. Diane L. DEMERS, « Les tribunaux des droits de la personne : quel rôle et quelle place 'leur' réserve-t-on? » dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 175, p. 179.

71. *Id.*, pp. 179-180.

L'article 84 de la Charte, tel qu'interprété par la Cour d'appel, devra retrouver le sens et l'objet qu'il lui a été accordé lors de son adoption afin de permettre un accès à la justice en matière de droits de la personne efficace et réel. Le Tribunal semble essayer de faire sa part dans cette situation en tentant d'établir un dialogue avec le législateur et les tribunaux supérieurs sur la question de la saisine individuelle. Il faudra voir comment réagira la Cour d'appel sur les questions qui sont pendantes devant elle actuellement. Va-t-elle confirmer les prescriptions de l'arrêt *Ménard c. Rivet*, revoir son interprétation de l'article 84 de la Charte, ou encore inviter le législateur à étudier la question de manière plus approfondie en vue de modifier la Charte et préciser en conséquence les rôles de la Commission et du Tribunal?

Nous vivons dans une société où la population, devenue davantage pluraliste et revendicatrice, évolue rapidement. Les institutions doivent être en mesure de suivre cette évolution afin d'offrir un système juridique adapté aux nouvelles réalités du monde vécu.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CONTRIBUTION DU TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE À
L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RELIÉE À LA PRÉCARITÉ
EN EMPLOI

Auteur(s) : Sylvie GAGNON

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : 83-157

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10263>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10263>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CONTRIBUTION DU TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE À L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RELIÉE À LA PRÉCARITÉ EN EMPLOI

par Sylvie GAGNON*

Plusieurs des emplois occupés aujourd'hui s'exercent dans des conditions de précarité engendrant, au surplus, diverses inégalités de traitement. L'auteure examine la jurisprudence du Tribunal des droits de la personne relative à la discrimination fondée sur différents motifs interdits par la Charte des droits et libertés de la personne et qui sévit plus particulièrement dans le contexte des statuts précaires reliés aux nouvelles formes d'emploi. Elle suggère divers moyens susceptibles d'alimenter les recours intentés afin de contrer plus efficacement ces formes plus contemporaines de la discrimination au travail et souligne l'apport d'un tribunal spécialisé en cette matière.

Precarious employment, all too commonly found in today's workplace, has given rise to various forms of unfair treatment of workers. This article examines various decisions of Quebec's Human Rights Tribunal relating to discrimination in employment, expressly forbidden by provisions of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms, especially with regard to certain groups of the workforce such as casual workers. The writer proposes specific legal measures to better oppose various contemporary manifestations of discriminatory practices, while emphasizing the significant contribution of a specialized tribunal in this field.

*. L'auteure a agi à titre d'avocate au Tribunal des droits de la personne pendant plus de 10 ans après y avoir d'abord travaillé comme agente de recherche en droit. Les opinions exprimées dans ce texte ne lient d'aucune façon les membres du Tribunal.

SOMMAIRE

Introduction	85
1. Une mise en contexte : quelques aspects de la précarité en emploi	91
1.1 Un aperçu des inégalités rattachées aux nouvelles formes d'emploi	91
1.2 Quelques segments de la main-d'œuvre plus affectés que d'autres.....	99
2. La jurisprudence du Tribunal : une interprétation axée sur l'égalité réelle	103
2.1 L'égalité sexuelle dans une perspective systémique	103
2.1.1 La sexualisation de postes.....	103
2.1.2 Les absences reliées à la grossesse et à la maternité.....	112
2.2 La discrimination raciale en contexte de précarité au travail	120
2.3 L'égalité intergénérationnelle	124
2.4 La condition sociale comme motif multifactoriel	127
3. Quelques pistes à explorer davantage.....	134
3.1 La condition sociale et le statut d'emploi	135
3.2 L'intersection des motifs interdits de discrimination	145
3.3 La preuve issue des sciences sociales	149
Conclusion	153

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même¹.

INTRODUCTION

L'inconfort, voire la frilosité des tribunaux de droit commun à l'endroit des questions de droit nouveau soulevées à compter de l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne*² sont au nombre des motifs ayant conduit à la création, quelque 15 ans plus tard, d'un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne³.

Au Québec, l'activité du Tribunal des droits de la personne⁴ débute ainsi dans un contexte et une culture juridiques fortement

-
1. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 368 (J. Dickson, motif min.).
 2. L.R.Q., c. C-12 (ci-après « la Charte »), adoptée le 27 juin 1975 et entrée en vigueur le 28 juin 1976.
 3. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal*, L.Q. 1989, c. 51. Les dispositions relatives au Tribunal sont entrées en vigueur le 10 décembre 1990, date anniversaire de l'adoption, par l'Assemblée générale des Nations Unies, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3^e sess., suppl. n°13, p.17, Doc. N.U. A/810 (1948).
 4. Tribunal unique parce qu'il demeure le seul au Canada où siègent des juges de l'ordre judiciaire; (ci-après « le Tribunal »).

marqués par l'existence d'un droit privé largement codifié. Plus globalement, l'interprétation judiciaire de la Charte qui se développe alors activement s'insère aussi dans un mouvement marqué par l'essor d'une jurisprudence spécialisée en droits de la personne, et ce, tant sur la scène canadienne qu'à l'échelle internationale. Quant aux recours contre la discrimination et le harcèlement en milieu de travail, ils s'inscrivent dans un environnement caractérisé par une importante législation spécifique au droit du travail et de l'emploi qui s'ajoute au droit commun pour le compléter, voire le moduler.

Dans ce contexte, le Tribunal a rapidement dû préciser quelle autonomie il convient de donner aux textes de droit nouveau de la Charte et, ce faisant, déterminer quelles relations, voire quels rapports hiérarchiques ces derniers doivent entretenir avec des règles déjà bien établies de même qu'avec celles en cours d'élaboration. Parmi les défis importants que le Tribunal a été appelé à relever, mentionnons la portée à donner aux droits fondamentaux relevant de sa compétence afin d'assurer leur effectivité non seulement dans les relations entre l'État et les justiciables, mais aussi dans toutes les sphères de l'activité sociale, incluant les relations privées entre justiciables.

Aussi, dès sa toute première décision⁵, le Tribunal situe la Charte du Québec au sein d'un mouvement international de reconnaissance, de protection et de promotion des droits de la personne et souligne sa parenté avec les principaux instruments à vocation universelle et régionale dans ce domaine. Qu'il s'agisse notamment de sexualisation de postes en milieu hospitalier⁶ ou de harcèlement sexuel⁷ ou racial⁸ au travail, le Tribunal réfère à

-
5. Commission des droits de la personne (*Lanoue*) c. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003 (T.D.P.Q.), 1991 CanLII 1358 (QC T.D.P.), conf. par. [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), 1994 CanLII 5706 (QC C.A.). Il s'agissait d'une affaire relative à l'intégration, en classe régulière, d'un élève atteint d'une déficience intellectuelle.
 6. *Dufour* c. *Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825 (T.D.P.Q.), 1992 CanLII 11 (QC T.D.P.).
 7. Voir entre autres : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Québec (Procureur général)*, 1998 CanLII 30 (QC

maintes occasions aux principes et aux règles qui, en droit international, sont susceptibles d'apporter un éclairage pertinent à l'interprétation des textes de la Charte.

Ce premier trait distinctif de l'interprétation donnée par le Tribunal aux textes de la Charte s'accompagne d'un examen attentif des développements importants que connaît au Canada, plus particulièrement depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹, la jurisprudence rendue par les tribunaux spécialisés en droits de la personne. La similarité de différents dossiers et des questions examinées, en matière d'exigence professionnelle justifiée notamment, a d'ailleurs conduit le Tribunal à préférer l'approche adoptée par ces instances plutôt que par les tribunaux de droit commun.

En effet, malgré l'importance du droit commun en matière de contrat de travail, sa capacité réelle d'assurer un meilleur équilibre entre le droit de direction de l'employeur et la protection des salariés demeure limitée. La Charte ajoute à la protection conférée par le *Code civil du Québec*¹⁰, et ce, d'une manière à certains égards semblable à celle d'autres lois spécifiques telles que la *Loi sur les normes du travail*¹¹, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹² et la *Loi sur l'équité salariale*¹³. À ce titre, elle reflète une incursion de l'État dans un champ d'activités que le Code confine encore, dans une large mesure, au libéralisme contractuel¹⁴.

T.D.P.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (O'Connor) c. Sfridis*, 2002 CanLII 41910 (QC T.D.P.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caisse populaire Desjardins d'Amqui*, 2003 CanLII 48209 (QC T.D.P.) (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 23-01-2004, 200-09-004700-040).

8. *Commission des droits de la personne (Kafé) c. Commission scolaire Deux-Montagnes*, [1993] R.J.Q. 1297 (T.D.P.Q.), 1993 CanLII 1202 (QC T.D.P.).

9. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

10. L.Q. 1991, c. 64.

11. L.R.Q., c. N-1.1.

12. L.R.Q., c. S-2.1.

13. L.R.Q., c. E-12.001.

14. Cette opinion est aussi celle de la professeure Mélanie Samson : *La Charte québécoise et le Code civil du Québec : l'union fait-elle toujours la*

Rappelons à ce propos qu'à la différence de la protection prévue dans le Code civil, celle garantie par la Charte se situe en amont du contrat de travail, soit avant même sa formation, lors du recrutement, de la sélection et de l'embauche. Selon nous, l'étendue de cette protection justifie amplement la reconnaissance de la spécificité de la Charte à travers une interprétation adaptée à sa finalité spécifique, ce que le Tribunal a reconnu, notamment, en ce qui concerne la responsabilité de l'employeur pour la discrimination et le harcèlement discriminatoire exercés par ses employés¹⁵.

Tribunal judiciaire spécialisé en matière de discrimination, de harcèlement et d'exploitation interdits par la Charte, le Tribunal a développé, depuis sa création, une abondante jurisprudence relative à la discrimination en emploi. Dans ce contexte, il a non seulement sanctionné diverses pratiques empreintes de discrimination individuelle, mais aussi à incidence collective, voire systémique. À ce propos, signalons une décision du Tribunal ayant conclu au caractère discriminatoire du mode de rémunération appliqué à des salariés regroupés dans des catégories d'emplois à prédominance féminine, et ce, en contravention de l'égalité sala-

force?, texte d'une communication présentée dans le cadre du Cycle de conférences « Nouveaux chercheurs » de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, Université de Montréal, Montréal, 5 février 2009.

15. Dans une affaire soulevant la responsabilité d'une caisse populaire à l'égard du harcèlement sexuel exercé par le gérant, le Tribunal mentionne d'abord qu'une application stricte des règles découlant du Code civil conduirait facilement à écarter la responsabilité de l'employeur, compromettant du même coup le droit de la victime à une réparation efficace. Rappelant que le recours à l'art. 1463 C.c.Q. doit se faire à la lumière de la disposition préliminaire de ce dernier selon laquelle le Code doit être interprété « en harmonie » avec la Charte, le Tribunal conclut qu'il est « nécessaire de tenir compte de la spécificité des lois et des principes établis en matière de droits de la personne lorsqu'on a recours au droit commun, à titre de droit supplétif, pour déterminer qui doit assumer la responsabilité des actes de harcèlement exercés en milieu de travail, et ce, afin de permettre des redressements à la fois efficaces et compatibles avec la nature quasi-constitutionnelle des droits protégés » : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caisse populaire d'Amqui*, préc., note 7, par. 104 et 155.

riale protégée en vertu des articles 10 et 19 de la Charte¹⁶. Plus récemment, le Tribunal a jugé que l'ensemble du processus mis en place chez Gaz Métropolitain aux fins d'embaucher des femmes dans un poste de préposé à l'entretien du réseau gazier, traditionnellement occupé par des hommes, était empreint de discrimination d'ordre systémique à l'égard de ces dernières¹⁷.

Le recours, par le Tribunal, aux règles propres au droit du travail et de l'emploi s'est aussi accompagné d'une re-lecture, voire d'une interprétation modulée de ces dernières à la lumière des normes quasi constitutionnelles inscrites dans la Charte. À ce titre, certains auteurs affirment que le Tribunal a joué un rôle de premier plan dans l'émergence et le développement du phénomène de la constitutionnalisation du droit du travail¹⁸. Rappelons qu'en vertu de ce dernier, la validité de règles à incidence tant individuelle que collective ne dépend désormais plus seulement de la bonne foi des parties au contrat, ni des ententes valablement intervenues entre l'employeur et le syndicat, mais aussi du respect des normes supra législatives et d'ordre public inscrites dans la législation sur les droits de la personne¹⁹.

En conséquence, la discrétion dont l'employeur jouit dans l'exercice de son droit de gérance et la latitude laissée aux acteurs de la négociation collective sont désormais limitées par l'interdiction d'y faire intervenir des considérations discriminatoires en lien, notamment, avec le handicap, le sexe, la couleur et l'orientation sexuelle des candidats, à moins que les atteintes por-

16. *Commission des droits de la personne des droits de la jeunesse (Rhéaume) c. Université Laval*, 2000 CanLII 3 (QC T.D.P.), inf. en partie, mais non sur ce point [2005] R.J.Q. 347 (C.A.), 2005 CanLII 27 (QC C.A.).

17. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Beaudoin) c. Gaz métropolitain inc. et Société en commandite Gaz métropolitain*, [2009] R.J.Q. 487 (T.D.P.Q.), 2008 CanLII 24 (QC T.D.P.), conf. à l'exception de deux ordonnances 2011 CanLII 1201 (QC C.A.).

18. Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C. de D.* 5, 5-42.

19. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157.

tées aux droits protégés par la Charte ne satisfassent aux conditions d'exception prévues dans cette dernière.

Aussi, les principes développés jusqu'à présent par le Tribunal par rapport à certaines de ces situations méritent selon nous d'être mieux connus, voire salués, dans la mesure où ils contribuent à l'avancement d'un objectif cher aux lois sur les droits de la personne :

Ces lois cherchent, dans la mesure où il est raisonnable de le faire, à garantir l'équité ou la justice en milieu de travail [...]. Pour la vaste majorité des Canadiens, leur travail et leur lieu de travail sont des questions d'importance fondamentale. L'équité en milieu de travail est souhaitée par tous. C'est un objectif magnifique qu'il vaut la peine de s'efforcer d'atteindre²⁰.

Cette réflexion nous conduit à nous attarder plus particulièrement aux décisions du Tribunal relatives à la discrimination liée à des formes ou statuts d'emplois atypiques ou précaires qui se développent dans le cadre de la nouvelle économie du travail ayant supplanté le modèle industriel postérieur à la seconde guerre mondiale.

Afin de mieux apprécier la portée de ces décisions, il nous apparaît utile de présenter d'abord, en première partie de cette réflexion, certaines caractéristiques de ces nouvelles formes d'emploi et des divers types d'inégalités qui les accompagnent. Cette mise en contexte nous conduit à examiner ensuite la jurisprudence du Tribunal dans laquelle ces inégalités ont été sanctionnées en lien avec différents motifs de discrimination interdits par la Charte. Nous terminons en formulant quelques propositions susceptibles de contribuer au potentiel, à notre avis largement sous-utilisé, de la norme québécoise d'égalité par rapport à certaines formes plus contemporaines de la discrimination en milieu de travail.

20. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 544 (J. Cory).

1. Une mise en contexte : quelques aspects de la précarité en emploi

Bien que nous soyons tous, même à des degrés divers, conscients des profondes transformations de l'emploi au sein des sociétés développées, il est opportun d'exposer maintenant les manifestations plus concrètes des nouvelles formes d'emploi et les disparités de traitement qu'elles entraînent pour certains segments de la main-d'oeuvre plus particulièrement.

1.1 Un aperçu des inégalités rattachées aux nouvelles formes d'emploi

Le rapport déposé, en 2006, par l'éminent professeur Harry W. Arthurs constitue un vaste compte rendu de l'évolution des milieux de travail et de la population active au Canada. D'entrée de jeu, ce dernier souligne que :

Pour la plupart des travailleurs, l'emploi occupé est le fait marquant et incontestable qui domine leur vie. Il leur fournit moyen de subsistance et statut et, espérons-le, sécurité et satisfaction, mais il projette également son ombre sur leurs aspirations en matière de perfectionnement personnel et d'avancement professionnel, sur leur identité et leurs relations, ainsi que sur leurs possibilités de participer à la vie communautaire et à la vie en société d'une façon que l'on pouvait à peine imaginer il y a 40 ans²¹.

Or selon le rapport Arthurs, la transformation d'emplois réguliers en emplois atypiques est certainement l'une des modifications les plus importantes survenues, au Canada, avec la supplantation du modèle industriel postérieur à la seconde guerre mondiale par celui de la nouvelle économie du travail.

21. Harry W. ARTHURS, *Équité au travail : Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Gatineau, Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006, p. 24 (ci-après « le rapport Arthurs »). Le rôle plus précisément confié à ce dernier était de revoir la partie III du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2., relative aux normes minimales du travail fédérales.

Le Rapport rappelle ainsi que le premier se caractérisait par un système où les salariés, régis par des contrats à long terme, exécutaient des fonctions standardisées dans des unités de production à large échelle, où un haut niveau de subordination et de contrôle disciplinaire était maintenu, au bénéfice de l'employeur, en contrepartie d'une grande sécurité d'emploi et d'importantes protections sociales.

La nouvelle économie, pour sa part, se fonde plutôt sur : la compétitivité accrue des marchés, en raison de l'élargissement de l'intégration économique internationale; une hausse de la demande de travailleurs du savoir (hautement qualifiés) et une baisse de celle de travailleurs non spécialisés; le recours à des stratégies d'impartition visant une réduction des coûts et une plus grande latitude dans l'ajustement aux conditions changeantes des marchés, l'entreprise devenant plus décentralisée et fondée sur un réseau de contrats interdépendants; l'usage massif des nouvelles technologies; une flexibilité accrue exigée des entreprises quant à la durée du contrat et des horaires de travail.

Ainsi, quelque 32% de la main d'œuvre canadienne présente actuellement, en raison de la précarisation du travail, diverses caractéristiques professionnelles et démographiques faisant de ces personnes des travailleurs vulnérables. Ce nombre marque une hausse non négligeable par rapport à la fin des années '80, alors qu'il totalisait 28 % de la main-d'œuvre. D'abord perçu comme un phénomène temporaire, le travail atypique ou précaire revêt donc plutôt une certaine permanence qui lui confère un rôle structurant dans l'économie du travail tout en étant susceptible de marquer une grande partie, sinon la totalité, des cheminements professionnels²².

22. Dans une perspective plus large, le Bureau international du Travail abonde d'ailleurs dans le même sens. Dans son rapport pour l'année 2011, il s'alarme lui aussi en constatant la baisse de la qualité des emplois disponibles sur le marché du travail, où s'accroissent le travail à temps partiel, les emplois précaires et le nombre de travailleurs pauvres :

Le Rapport situe les premières sources de la précarité affectant les travailleurs canadiens dans les accords contractuels atypiques qui ont succédé aux emplois à long terme caractéristiques de l'après-guerre. Pour répondre à la compétitivité et à la volatilité accrues des marchés en contexte de mondialisation, un grand nombre d'entreprises ont en effet revu leurs stratégies concurrentielles et opérationnelles. Recourant à des mesures d'impartition, elles ont réorganisé leur production en éléments principaux et périphériques, ce qui leur a permis de réduire leurs coûts et d'acquiescer plus de souplesse pour s'adapter aux fluctuations des marchés.

Cette flexibilité élevée recherchée dans l'organisation de la production et du travail entraîne du même coup des répercussions considérables sur les conditions de travail et, il va sans dire, pour les travailleurs des marchés du travail internes :

Les formes d'emploi sont de plus en plus diversifiées en fonction du temps de travail, du degré de permanence et souvent en ce qui a trait à la notion même d'employeur. [...] La plupart de ces changements contractuels, du moins sur le plan individuel, réduisent la sécurité d'emploi. Il existe également une tendance à diversifier les formes de rémunération, notamment lorsque les augmentations de salaire sont liées au rendement ou à l'acquisition de compétences. Évidemment, la flexibilité peut également signifier des tentatives pour affaiblir d'autres mécanismes, afin de favoriser la mobilité de la main-d'œuvre : dans le contexte nord-américain, la cible est l'ancienneté [...] ²³.

Plus concrètement, alors que l'emploi typique avait pour principales caractéristiques de s'exercer à temps complet, selon des horaires réguliers, dans l'établissement de l'employeur et en vertu d'un contrat à durée indéterminée, l'une de ces caractéris-

« Les prévisions du Bureau international du travail pour 2011 : Le chômage restera très élevé », 25 janvier 2011, *Le Devoir*.

23. Jacques BÉLANGER, Anthony GILES et Gregor MURRAY, « Vers un nouveau modèle de production : possibilités, tensions et contradictions », dans Gregor MURRAY, Jacques BÉLANGER, Anthony GILES et Paul-André LAPOINTE (dir.), *L'organisation de la production et du travail : vers un nouveau modèle?*, Québec, P.U.L., 2004, 13, 40.

tiques est généralement absente en cas de travail atypique. Les formes d'emploi plus particulièrement concernées sont le travail à temps partiel, le travail à durée déterminée ou temporaire, le travail à domicile et le télétravail.

Souvent relégués dans cette main d'œuvre périphérique plutôt que d'être insérés au sein des effectifs « réguliers » des entreprises, les employés temporaires, à temps partiel et les travailleurs autonomes sont parmi les plus vulnérables, selon le rapport Arthurs, soit parce qu'ils sont exclus du champ d'application de la législation, soit parce qu'ils n'ont ni les conditions ni les moyens pour faire respecter leurs droits. Quel que soit leur statut d'emploi, tous doivent en effet faire face à des désavantages profonds et multiples dont, en tout premier lieu, leur faible pouvoir individuel ou collectif de négociation, et ce, malgré la protection constitutionnelle et quasi constitutionnelle attribuée à la liberté d'association²⁴.

Le recours non réglementé aux contrats à durée déterminée permet le recrutement de travailleurs temporaires. Or, selon le Rapport, il s'agit trop souvent d'une stratégie pour offrir des conditions de travail moindres, l'emploi permanent étant en quelque sorte déguisé en emploi temporaire pour éviter la conclusion de contrats de travail dans les règles, voire pour contourner les exigences légales. Au nombre des multiples disparités de traitement que connaissent ces travailleurs, mentionnons un salaire moindre pour un travail équivalent à celui accompli par des travailleurs à temps plein et l'impossibilité, en particulier pour les travailleurs recrutés par des agences, de postuler sur des emplois réguliers. Ces travailleurs connaissent également des difficultés d'accès aux avantages sociaux contractuels²⁵ ou prévus par la loi²⁶ : alors que ces derniers sont généralement fondés sur une période de service

24. Respectivement protégée à l'al. 2d) et à l'article 3 des chartes canadienne et québécoise.

25. Tels que l'assurance-médicaments, l'assurance-dentaire, l'assurance-invalidité et les régimes de retraite.

26. Mentionnons les vacances annuelles, les congés, et la protection contre un congédiement injuste.

continu, leur contrat d'emploi se termine souvent avant qu'ils ne puissent satisfaire à cette condition d'admissibilité et certaines interruptions de travail compromettent le cumul de la période requise.

Pour leur part, les travailleurs à temps partiel sont généralement moins bien rémunérés que ceux à temps plein occupant des postes équivalents, et ce, sans que les écarts de salaires soient objectivement justifiés aux plans des compétences, de l'expérience et de la nature du travail effectué.

Dans un contexte marqué par la baisse des taux de syndicalisation, par le transfert accru des travailleurs des grandes aux petites entreprises et par la transformation d'emplois réguliers en emplois atypiques et indépendants, le Rapport souligne que, plus généralement, « ce ne sont pas seulement les travailleurs vulnérables qui ont besoin de protection, mais une proportion croissante de la population active »²⁷ qui inclut notamment les travailleurs autonomes. En raison d'arrangements contractuels particuliers, ces derniers sont en effet privés du statut d'employé et de la protection de la loi et ce, même si plusieurs sont dans les faits soumis à une dépendance économique et à des éléments de contrôle les rapprochant des salariés.

Au Québec, dès 2003, un rapport²⁸ dresse un portrait de la situation et des attentes des travailleurs atypiques en matière de protection sociale afin de recommander au ministre du Travail diverses mesures susceptibles de répondre aux problèmes identifiés. Le rapport Bernier reconnaît que le travail atypique convient aux besoins de certains d'entre eux, telles les personnes spécialisées ou en demande et celles à la recherche d'une plus grande conciliation entre leurs responsabilités professionnelles et leurs obligations familiales ou sociales. Toutefois, le poids des inconvé-

27. H. W. ARTHURS, préc., note 21, p. 259.

28. Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Rapport final rédigé pour le compte du Ministère du Travail, 2003 (ci-après le « rapport Bernier »).

nients subis par la majeure partie des travailleurs atypiques l'emporte largement sur les avantages vécus par une minorité d'entre eux. Ainsi, le problème des disparités de traitement ne cible pas une catégorie particulière de ces travailleurs, étant plutôt généralisé et polymorphe :

Il touche les salariés d'agence de placement temporaire qui [...] touchent des salaires de 20% à 40% inférieurs à ceux de travailleurs exécutant le même travail dans l'entreprise utilisatrice. Il touche les travailleurs occasionnels ou à durée déterminée qui n'ont pas toujours accès aux régimes de congés et d'avantages sociaux offerts aux autres salariés d'une entreprise. Il atteint même les salariés à temps partiel travaillant suivant un horaire prédéterminé et sur une base régulière; ces salariés, que l'on pourrait considérer comme les moins «précaires» des atypiques à cause de la régularité de leur prestation de travail et de la continuité de leur lien d'emploi, peuvent aussi toucher un salaire moindre et n'ont pas toujours droit aux jours fériés et payés, pour ne retenir que cet exemple. [...]

Elles [les disparités] peuvent porter sur d'autres avantages à valeur pécuniaire (par exemple des primes) et sur toutes les composantes de la rémunération globale (par exemple le bénéfice de régimes complémentaires d'assurances). Elles peuvent aussi se manifester par un accès inégal à des protections qu'il est difficile d'évaluer pécuniairement : pensons, par exemple, à l'accès à la procédure de griefs dont les salariés temporaires sont parfois exclus du seul fait de leur statut, peu importe leur durée de service. Plus subtilement encore, ces disparités peuvent prendre la forme de régimes de conditions de travail distincts pour différents statuts de travail dans une même entreprise, régimes qui ne sont pas équivalents. Ces disparités subtiles peuvent aussi se manifester par des manières différentes de calculer la durée de service suivant les statuts de travail – durée du lien d'emploi ou nombre d'heures de travail – pour accéder à des avantages identiques²⁹.

29. *Id.*, pp. 449-450.

Selon deux des auteurs du rapport Bernier, l'absence d'un principe général d'égalité de traitement en fonction du statut d'emploi³⁰ dans la législation relative au travail se conjugue en fait à l'inadéquation des normes du travail et des règles en matière de représentation collective. Ces dernières ont été conçues en fonction d'une « relation de travail caractérisée par des emplois stables, permanents et continus, occupés par des salariés à temps plein et qui exécutent leur travail pour un seul employeur et sur les lieux mêmes de l'entreprise »³¹. Elles sont donc inadaptées à la situation de salariés regroupés non plus dans des collectivités homogènes, mais plutôt dans des relations irrégulières à durée déterminée. Plus concrètement :

Des salariés qui effectuent le même travail pour un même employeur pourront, suivant qu'ils sont considérés comme « réguliers », « permanents », « à contrat », « temporaires » ou « à temps partiel », pour reprendre le vocable usuel des conventions collectives, avoir un accès différencié aux règles relatives à la protection de l'emploi, au rappel au travail, aux assurances collectives, aux congés de maladie ou autres congés, etc. Des employés temporaires peuvent être exclus du cumul de l'ancienneté ou de la procédure d'arbitrage des griefs. Des salariés à temps plein peuvent aussi avoir priorité sur les salariés à temps partiel ou occasionnels, peu importe la durée véritable de leur lien d'emploi, pour déterminer l'ordre des mises à pied pour manque de travail ou l'attribution du temps supplémentaire³².

30. Sauf dans la *Loi sur les normes du travail*, préc., note 11, dont certaines dispositions sont à cet effet : voir les articles 87.1 à 87.3 (interdiction de la disparité de traitement fondée sur la date d'embauche de salariés) et les articles 47.1 et 74.1 (taux de salaire, congé annuel ou indemnité de congé pour les salariés à temps partiel).

31. Jean BERNIER et Guylaine VALLÉE, « Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois », dans Alain BOUILLOUX, Jean-Marc BÉRAUD, Emmanuel DOCKÈS et Antoine JEAMMAUD (dir.), *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges offerts à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 70-72. Cette situation est précisément celle qui correspond au mode de production industriel (fordiste).

32. *Id.*, pp. 84-85.

Ainsi, au terme d'une étude portant sur quelque 156 conventions collectives contenant des dispositions particulières applicables aux salariés réguliers à temps partiel, aux remplaçants, aux temporaires (ou surnuméraires) et aux étudiants, le professeur Bernier ajoute aux écarts déjà mentionnés des disparités «négociées» relativement aux salaires (dans 49% des conventions étudiées), à la rémunération minimale garantie, à la durée des préavis de mise à pied, aux primes versées pour le travail du dimanche, au bonus de Noël, à la majoration pour les heures supplémentaires et à leur conversion en congés payés. De même, 93% de ces conventions établissent des disparités relatives au cumul, à l'application et à la conversion de l'ancienneté, et ce, malgré l'importance de ce facteur en ce qui a trait à la sécurité d'emploi des salariés syndiqués. Considérés par l'auteur comme les parents pauvres du régime québécois de la négociation collective, ces travailleurs se voient aussi pénalisés par certaines dispositions ayant pour effet de « les priver de l'accès à des emplois permanents de qualité ou à tout le moins de rendre cet accès plus qu'incertain »³³.

Plus récemment, des auteures³⁴ ont recensé différentes disparités associées aux statuts d'emploi ayant succédé à une relation homogène et standardisée. C'est ainsi que l'écart salarial horaire entre les emplois permanents et temporaires est de 16%. Il s'élève par ailleurs à 24% lorsque la comparaison s'effectue par rapport au travail occasionnel, à 28% par rapport au travail saisonnier et il atteint 40% lorsque le travail est obtenu par l'intermédiaire d'agences. Ces auteures s'attardent plus particulièrement à divers types de travailleurs autonomes qui, bien que considérés par le droit commercial comme des entrepreneurs indépendants, sont en réalité assujettis à des conditions de subordination et de dépendance qui les rapprochent plutôt des

33. Jean BERNIER, « Les conventions collectives et les emplois atypiques », (2007) 4-1 et 2 *Regards sur le travail* 2, 15.

34. Stéphanie BERNSTEIN, Urwana COIGUAUD, Marie-Josée DUPUIS, Laurence Léa FONTAINE, Lucie MORISSETTE, Esther PAQUET et Guylaine VALLÉE, « Les transformations des relations d'emploi : une sécurité compromise? », (2010) 6-1, 19 *Regards sur le travail*.

travailleurs salariés et nécessitent, à ce titre, une sécurité physique, de revenu et d'emploi.

Cette forme de travail atypique est en fait celle ayant connu la plus forte croissance de 1976 à 2004³⁵, et 90% des nouveaux travailleurs dits indépendants oeuvrent maintenant seuls, sans employé, alors que les deux tiers d'entre eux étaient des employeurs au cours des années '80³⁶. L'insécurité du lien d'emploi et son influence à la baisse sur le revenu de ces travailleurs faiblement rémunérés dans 42% des cas (comparativement à 11% chez les salariés) sont au cœur de leur statut d'emploi :

[F]igure extrême du travailleur flexible, le travailleur indépendant est «embauché» pour la durée d'une prestation, sur le mode du contrat commercial et non sur le mode du contrat de travail, sans garantie aucune de voir ce contrat renouvelé. Cette instabilité d'emploi se manifeste notamment dans le fort taux de roulement des détenteurs de ce statut (42% par année) [...] ³⁷.

1.2 Quelques segments de la main-d'œuvre plus affectés que d'autres

Une seconde dimension importante de la nouvelle économie du travail se traduit par la surreprésentation de groupes qui contribuent à la diversification de la main d'œuvre au sein des travailleurs plus touchés par les situations de précarité en emploi. Le rapport Arthurs souligne ainsi que

les travailleurs défavorisés sont plus souvent des jeunes, des femmes, de nouveaux immigrants, des membres de

-
35. Leah F. VOSKO (dir.), *Precarious Employment : Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 2007.
36. Martine D'AMOURS, « Travail précaire et gestion des risques : vers un nouveau modèle social? », (2009) 61 *Lien social et Politiques* 109, en ligne <<http://id.erudit.org/erudit/038477ar>>.
37. *Id.*, 109, références omises.

minorités visibles ou des personnes présentant une combinaison de ces caractéristiques³⁸.

Ainsi, les femmes sont fortement représentées chez les travailleurs temporaires, à temps partiel et d'agences³⁹, de même que chez les nouveaux travailleurs autonomes⁴⁰. Or entre 1997 et 2009, la hausse au Québec du salaire horaire des travailleuses à temps plein a été de quatre fois supérieure à celle des travailleuses à temps partiel⁴¹. Cette précarité du travail féminin renvoie à son tour à la discrimination systémique en emploi envers les femmes⁴², dont les effets se traduisent notamment par leur concentration dans des emplois à temps partiel et au sein de secteurs d'activité moins bien rémunérés, tel celui de la production de services. Les travailleuses à temps plein se retrouvent quant à elles plus souvent dans le secteur de la production de biens, où la hausse du salaire horaire a été plus marquée. Selon une étude relative aux premières :

[...] a) there is a «gender» to precarious employment in that women are more likely to work in low quality jobs settings, characterized by less financial rewards, fewer benefits, union protection, and part-time work status; b) women may be subjected to more precarious employment in part because of less human capital, their overriding family obligations, and other work-related criteria [...]; c) in accordance with gender stratification theory, women's overrepresentation in low paying, part-time work situations is partially a consequence of discriminatory practices in the workplace⁴³.

38. H. W. ARTHURS, préc., note 21, p. 29, nos soulignés.

39. *Id.*

40. M. D'AMOURS, préc., note 36.

41. Lia LÉVESQUE, « La situation économique des femmes progresse », 9 mars 2011, *Le Devoir*.

42. Nous reviendrons ultérieurement sur cette notion.

43. Marisa C. YOUNG, « Gender Differences in Precarious Work Settings », (2010) 65-1 *R.I.* 74 (n°38). Au nombre des facteurs expliquant la discrimination exercée, l'auteure mentionne : des normes organisationnelles perpétuant la supériorité du travail effectué par des hommes; divers sté-

Les travailleurs migrants munis d'un permis de travail temporaire et qui ne peuvent résider au Canada de manière permanente se retrouvent, à l'instar des femmes, en grand nombre au sein des travailleurs domestiques et agricoles; ils connaissent des difficultés accrues dans les provinces n'ayant pas adopté de normes du travail⁴⁴ et dans celles où ces dernières sont peu élevées. Ils sont d'autant plus susceptibles d'être intimidés en raison de leur isolement et de leurs connaissances limitées aux plans linguistique et juridique.

Selon une étude menée à Montréal mais dont on peut penser que les résultats sont transposables à une plus large échelle, une autre caractéristique notable de la situation des travailleurs immigrés est leur déclassement professionnel, aussi appelé «déqualification»⁴⁵. Ce phénomène s'intensifie par ailleurs lorsqu'il y a :

[...] intersections entre plusieurs motifs de discrimination, notamment le genre, l'appartenance à une minorité visible et l'origine étrangère. Les travailleuses immigrées qui se retrouvent à l'intersection de ces trois motifs sont plus fréquemment l'objet de discriminations et celles-ci sont plus intenses, notamment lorsqu'il s'agit de l'accès ou de l'insertion dans des emplois qualifiés⁴⁶.

réotypes, telle la croyance que les femmes sont trop émotives pour exercer certains emplois.

44. Et ce, malgré leur compétence constitutionnelle à l'égard des conditions de travail de la main-d'œuvre sur leur territoire.

45. L'OCDE définit la déqualification professionnelle comme « le fait d'exercer un emploi moins qualifié ou moins bien rémunéré que le niveau d'instruction permettrait théoriquement d'envisager » : voir ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *Perspectives des migrations internationales*, Paris, SOPEMI, 2007, p. 145 cité dans Marie-Thérèse CHICHA et Éric CHAREST, « L'intégration des immigrés sur le marché du travail à Montréal, Politiques et enjeux », (2008) 14-2 *Choix IRPP*, p. 7.

46. Marie-Thérèse CHICHA, *Le mirage de l'égalité : les immigrées hautement qualifiées à Montréal*, Montréal, Rapport de recherche présenté à la Fondation canadienne des relations raciales, École des relations industrielles Université de Montréal, 2009, p. 121 (nos soulignements). Nous reviendrons ultérieurement sur la notion d'intersection.

En ce qui concerne les jeunes travailleurs québécois, 46,5% de ceux âgés entre 15 et 29 ans occupaient en 2001 un emploi atypique, contre 33,1% chez les plus de 30 ans. Plus récemment, le pourcentage des travailleuses atypiques âgées entre 15 et 29 ans atteignait 53%⁴⁷. Le professeur Jean Bernier commente en ces termes le défi que cette situation entraîne au plan de l'équité intergénérationnelle :

Cela pose la question de savoir dans quelle mesure une telle situation est socialement acceptable, particulièrement lorsqu'on sait que, parmi les travailleurs à statut précaire, les femmes sont plus nombreuses que les hommes sans égard à la catégorie d'âge et que les premiers touchés, bien que non exclusivement, sont les jeunes qui accèdent au marché du travail et qui constatent rapidement que les principaux avantages des conventions collectives sont réservés aux aînés⁴⁸.

L'égalité de traitement des travailleurs plus vulnérables constitue donc l'un des grands défis actuels de notre époque. Le professeur Arthurs l'exprime avec éloquence :

[L]a diversité accrue de la main-d'œuvre a fait de l'inclusion et de la tolérance en milieu de travail des enjeux importants pour les employeurs comme pour les travailleurs, non seulement parce qu'elles sont exigées par les lois sur les droits de la personne, mais aussi parce que le fait de négliger ces questions risque de perturber l'harmonie des relations de travail et d'entraîner la perte d'énergie et de précieux talents⁴⁹.

47. CONSEIL PERMANENT DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Emploi atypique et précarité chez les jeunes : une main-d'œuvre à bas prix, compétente et jetable!*, Québec, Gouvernement du Québec, 2001, p. 23

48. J. BERNIER, préc., note 33, 15.

49. H. W. ARTHURS, préc., note 21, 21.

2. La jurisprudence du Tribunal : une interprétation axée sur l'égalité réelle

Droit-pivot de la Charte du Québec en raison de la protection dont il jouit dans la reconnaissance et l'exercice de tous les droits et libertés énoncés dans cette dernière, le droit à l'égalité tel qu'interprété par le Tribunal a donné lieu à une jurisprudence lui ayant attribué une portée plurielle, réelle et concrète.

Ne pouvant ici en présenter une synthèse exhaustive, nous nous attardons essentiellement aux décisions qui nous semblent davantage porteuses de sens pour contrer la discrimination qui découle des pratiques, de plus en plus répandues, associées à différents statuts ou formes précaires d'emploi.

Ces décisions concernent plus précisément les segments de la main-d'œuvre considérés par le rapport Arthurs comme étant les plus vulnérables, soit : les femmes, les travailleurs de race, de couleur et d'origine ethnique ou nationale autres, les jeunes, et les personnes dont le statut d'emploi engendre une condition sociale particulière⁵⁰.

2.1 L'égalité sexuelle dans une perspective systémique

Devant le Tribunal, la question de l'égalité sexuelle a largement été invoquée en contexte de travail, notamment dans des dossiers à incidence collective et systémique. Dans cette partie, nous nous limitons toutefois aux décisions dans lesquelles la précarité en emploi constituait aussi l'une des facettes de la discrimination sanctionnée.

2.1.1 La sexualisation de postes

La sexualisation de postes à l'intérieur de centres hospitaliers et d'hébergement a donné lieu à quelques décisions qui, à la

50. Nous ne reviendrons donc pas ici sur la jurisprudence du Tribunal relative à la discrimination en emploi fondée sur des motifs tels que le handicap et le moyen d'y pallier, l'orientation sexuelle et la religion.

lumière de la preuve versée dans chaque dossier, ont conclu au caractère discriminatoire de politiques visant notamment à répondre aux préférences personnelles et aux croyances religieuses de la clientèle desservie.

L'une des toutes premières décisions du Tribunal concerne un centre hospitalier de soins de courte durée qui avait adopté une politique réservant exclusivement à des hommes certains postes d'infirmier auxiliaire et leur remplacement. L'employeur invoquait à cette fin les préférences de sa clientèle âgée de sexe masculin qu'il avait consultée, par voie de sondage, peu avant le procès. Cette dernière préférait, disait-il, recevoir des soins intimes d'une personne de son sexe. De plus, les travailleurs masculins possédaient à son avis une force physique supérieure à celle des femmes, ce qui conférait une sécurité accrue à leur travail. Selon le Tribunal, le litige concerne l'exercice concomitant, par des parties distinctes, de différents droits protégés par la Charte, soit les droits de patients âgés à leur intégrité, à la sauvegarde de leur dignité et au respect de leur vie privée, d'une part et, d'autre part, les droits des infirmières auxiliaires à l'égalité en emploi, sans discrimination fondée sur le sexe. En ce qui a trait à l'argument de la sécurité, il écrit :

[C]e n'est pas parce qu'on est confortable dans une habitude, comme celle d'avoir un homme au troisième étage, que cette habitude peut devenir en quelque sorte une justification acceptable et suffisante pour l'employeur⁵¹.

De plus, au terme de l'analyse de la preuve, le Tribunal conclut que la politique de sexualisation ne s'appuie pas objectivement sur le respect de l'intimité du patient, à partir de cas concrets, vécus et réels, mais davantage sur la croyance présumée qu'il serait préférable qu'il en soit ainsi.

Ayant d'entrée de jeu mentionné que l'application de la politique contestée et ses effets se prolongent dans le temps, le Tribu-

51. *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, préc., note 6 (j. Rivet), inf. pour d'autres motifs par 1998 CanLII 13115 (QC CA).

nal procède à une évaluation exhaustive du préjudice subi par les quatre plaignantes qui, aux dires de l'employeur, n'avaient connu aucune perte de salaire et d'ancienneté. Ses motifs méritent à notre avis d'être cités au long :

Le préjudice doit-il se limiter à ces seules considérations? Nous pensons qu'il nous faut comparer la nature même des statuts d'emploi concernés pour y répondre.

Disons ici qu'il a été mis en preuve que les quatre infirmières auxiliaires auraient autrement eu des postes permanents. [...] les quatre hommes, qui ont tous obtenu un poste permanent, avaient respectivement moins d'ancienneté que les quatre infirmières auxiliaires.

L'une des conséquences importantes de cette situation consiste dans le maintien des quatre infirmières auxiliaires dans un travail à temps partiel occasionnel qui les a privées des conditions liées à un poste régulier dans un département particulier. Parmi ces conditions, mentionnons un nombre d'heures de travail précis et un horaire stable assurant un revenu garanti, ainsi que l'accès à d'autres conditions telles les possibilités de perfectionnement, la protection de divers régimes d'assurance-vie-maladie-salaire, les congés sociaux et l'ensemble des primes et des clauses de temps supplémentaire.

Loin de pouvoir profiter de ces conditions, les quatre infirmières auxiliaires ont plutôt vu leur revenu tributaire de l'offre d'emploi du C.H. Elles ont également connu un temps de travail irrégulier et instable, une affectation ponctuelle au lieu et poste de travail, et un accès restreint aux conditions ci-haut énumérées.

En ce qui concerne les remplacements effectués lors de congés (fériés, annuels, sociaux) des employés permanents, les chiffres soumis par le C.H. ont démontré une conjoncture favorable à une offre d'emploi importante et régulière. Ceci ne modifie pas cependant pas pour autant la nature de ce type d'emploi dans la mesure où l'offre demeure la prérogative de l'employeur. Les décisions d'avril '88 sont d'ailleurs éloquentes à ce sujet, alors que le C.H. a mis fin, à quelques deux (2) jours d'avis, aux remplacements de longue durée accordés à deux des quatre infirmières auxiliaires.

Une autre caractéristique importante de l'emploi auquel les quatre infirmières auxiliaires ont été confinées concerne la disponibilité considérable exigée de leur part et dont les incidences sont déterminantes aux plans de la vie personnelle, familiale et sociale.

A ce sujet, la preuve démontre que les quatre infirmières auxiliaires ont exprimé une disponibilité de 24 heures par jour et 7 jours par semaine ce qui signifie, dans les faits, une sujétion complète de la vie familiale et sociale aux besoins ponctuels du C.H. Le remplacement du personnel permanent suppose, d'une part, un certain nombre d'absences prévisibles, tel que les congés hebdomadaires, les congés fériés et les congés annuels, pour lesquelles on pourra requérir à l'avance les services d'employés occasionnels. Il existe également, d'autre part, toutes les absences imprévues (maladie, accidents) qui peuvent survenir à tout moment de la journée ou de la semaine puisque ce milieu fonctionne sur trois (3) quarts de travail (jour, soir, nuit) et ce, sept (7) jours par semaine. Toutes ces absences doivent être remplacées puisqu'il faut un minimum de personnes pour assurer les services aux patients. Le personnel occasionnel en disponibilité est donc appelé à intervenir à quelques minutes d'avis pour combler ces absences, que ce soit de jour, de soir, de nuit ou de fin de semaine.

La disponibilité exprimée constitue en fait une arme à deux tranchants : pour obtenir l'offre d'emploi garantissant un salaire régulier suffisant, il faut offrir une disponibilité sinon entière, du moins la plus large possible; en contrepartie, une telle disponibilité assujettit du même coup la vie familiale et sociale aux besoins ponctuels de l'employeur.

En raison de la précarité afférente à ces conditions de travail, il nous faut également considérer la marginalisation professionnelle et sociale des personnes occupant ce type d'emploi. En effet, tel que mentionné plus tôt, celles-ci n'ont accès ni à certains régimes d'assurance, ni aux perfectionnements professionnels, pas plus qu'à l'ensemble des congés sociaux conventionnés. Au contraire, il semble plutôt qu'elles soient appelées à travailler plus particulièrement lors de ceux-ci et que, dans leur cas, le choix de la période de vacances est inexistant. Signalons cependant

que les employés occasionnels assignés à de longs remplacements bénéficient souvent d'un bon nombre des conditions dont jouissent les employés permanents à temps complet, d'où l'intérêt que peut représenter l'octroi d'un tel remplacement.

[...] les distinctions entre un statut d'employé permanent et d'employé occasionnel dépassent largement les seuls critères de salaire et d'ancienneté, et [...] elles sont au contraire à ce point marquées qu'il serait difficile de ne pas reconnaître l'existence d'un préjudice important découlant du refus d'accorder un poste permanent ou un long remplacement à un salarié occasionnel en raison, notamment, d'une politique de sexualisation de l'employeur⁵².

Pour établir ensuite le montant accordé en compensation du préjudice moral subi par les quatre plaignantes, le Tribunal précise vouloir apprécier la valeur du travail effectué par une employée sur la liste de rappel et, à cette fin, il tient compte des jours de disponibilité, du nombre de semaines par année et du nombre d'années pendant lesquelles cette disponibilité a été offerte. Il réfère aussi à une clause de la convention collective selon laquelle l'employeur verse aux employés permanents des rémunérations minimales au taux du temps supplémentaire lorsqu'il requiert de leur part une disponibilité pour répondre soit à un travail sur service de garde, soit à des urgences nécessitant un rappel au travail. Le Tribunal ajoute à ce facteur la prime de disponibilité supplémentaire versée à ceux qui offrent une disponibilité constante et régulière⁵³.

Quelques années plus tard, le Tribunal est appelé à nouveau à déterminer la conformité à la Charte d'une politique de sexualisation de postes de préposés aux bénéficiaires mise en place dans un centre d'hébergement et de soins de longue durée⁵⁴.

52. *Id.*, nos soulignés.

53. Ces considérations le conduisent à ordonner le versement de 10 000 \$ à deux des plaignantes, somme majorée de 5 000 \$ pour chacune des deux autres en raison du préjudice supplémentaire subi du fait que l'employeur avait mis fin, à deux jours d'avis, au remplacement de longue durée qu'elles effectuaient alors.

54. *Commission des droits de la personne (Chiasson) c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, 1995 CanLII 2814 (QC T.D.P.).

Ici encore, l'employeur invoque sa volonté de répondre aux besoins d'assistance lors des soins intimes donnés à l'ensemble de la clientèle. Il échoue toutefois dans sa tentative d'établir la rationalité et la proportionnalité de sa politique, la preuve démontrant plutôt que les deux tiers des postes de préposés sont réservés aux hommes malgré qu'il y ait trois fois plus de femmes que d'hommes parmi les résidents.

Procédant à l'évaluation du préjudice moral causé aux victimes par la violation de leur droit à l'égalité en emploi, sans discrimination fondée sur le sexe, le Tribunal écrit :

Madame Jeanne Langford nous a entre autres expliqué combien il était beaucoup plus difficile de travailler à partir d'une liste de rappel qu'à partir d'un poste comme tel puisque sur la liste de rappel, nous dit-elle, on peut être demandé à une heure d'avis. Madame Jacqueline Thorne, pour sa part, nous a aussi expliqué comment cette attribution de postes à des préposés masculins avait par le fait même touché aussi les remplacements. Madame Marie Decoste-Arseneau nous a indiqué comment dans la période en question, elle n'avait pas été aussi capable de planifier aussi bien sa vie, que ce soit en termes de revenus aussi bien qu'en termes de vie sociale. Madame Fabiola Leblanc indique, pour sa part, qu'elle a été profondément déçue et qu'après avoir fait des remplacements pendant plus de dix ans et ce, tant pour les hommes que pour les femmes, que ce soit le jour, le soir ou la nuit, elle ne peut comprendre les raisons d'une telle politique après un aussi long laps de temps. Madame Simone Poirier, pour sa part, réitéra qu'avant 1992, elle n'a jamais eu connaissance de plaintes, bien au contraire, que les bénéficiaires étaient satisfaits de leur travail et que cette décision l'a beaucoup affectée. C'est le même sentiment d'incompréhension qui sera celui de chacune des plaignantes.

Nous sommes ici en présence de femmes qui ont démontré devant nous qu'elles avaient manifesté dans leur vie professionnelle au Centre d'accueil Villa Plaisance beaucoup de considération pour les résidents dont elles s'occupent, beaucoup d'empathie et c'est ainsi qu'elles n'ont pu d'au-

cune manière comprendre ce qui s'est passé en octobre 1992; elles en ont été surprises, bouleversées et cette mesure les a affectées tant dans leur vie professionnelle que personnelle.

Les dommages moraux doivent tendre à compenser le préjudice subi. Ici, le préjudice subi doit s'évaluer dans la disponibilité considérable exigée de leur part, dont les incidences sont déterminantes aux plans de la vie personnelle, familiale et sociale. Il s'évalue dans la gravité de l'atteinte⁵⁵.

Signalons aussi une décision plus récente relative à une entente de sexualisation intervenue entre l'Hôpital général juif et le syndicat accrédité pour représenter les préposés aux bénéficiaires et prévoyant deux classifications d'emploi, étanches et fondées sur le sexe, officiellement convenues pour le bien-être des patients et pour des raisons culturelles, traditionnelles et thérapeutiques⁵⁶. Dans les faits, seule la classification réservée aux préposés de sexe masculin permettait d'acquérir une permanence. Les préposées de sexe féminin subissaient une réduction du nombre et de la durée de leurs quarts de travail, ce qui retardait d'autant l'obtention d'une permanence et l'augmentation de leur revenu, sans compter qu'elles demeuraient aussi confinées au régime du travail sur appel qui requiert de nombreuses et longues périodes de disponibilité affectant leur qualité de vie à l'extérieur du travail.

Ayant conclu au caractère discriminatoire de la politique et à l'absence d'une défense conforme aux exigences de la Charte, le Tribunal décrit en ces termes le préjudice subi par ces dernières :

[211] [L]'Entente a eu des répercussions négatives sur les plaignantes, notamment en ce qui concerne l'accès à des

55. *Id.*, (j. Rivet), pp. 33-34. Le Tribunal ordonne en conséquence à l'employeur de verser à chacune des victimes 5 000 \$ à titre de dommages moraux et, dans le respect des dispositions de la convention collective, il lui ordonne également d'attribuer à certaines d'entre elles un poste permanent.

56. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Smith) c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, 2007 QCTDP 29 (CanLII) inf. en partie relativement aux dommages par 2010 QCCA 172 (CanLII).

postes réguliers, le nombre d'heures travaillées, les horaires de travail, les quarts de travail ainsi que les remplacements accordés.

[212] [L]e fait d'avoir été limitées au poste de *nurse's aide* a entraîné une diminution de leurs revenus et de leur niveau de vie et, par ricochet, de leur capacité de subvenir aux besoins de leur famille. [...]

[229] L'Hôpital n'était pas sans connaître les effets négatifs de l'Entente sur les préposés de sexe féminin. Le Syndicat le lui a rappelé à quelques reprises.

[273] [...] Les effets négatifs de l'Entente sur les plaignantes sont indéniables et ne peuvent pas être minimisés. La longue période pendant laquelle elles ont été exclues de ces fonctions, la tension (stress) subie et l'atteinte à leur dignité méritent une compensation monétaire.

[286] Certes lors de la signature de l'Entente, ni l'Hôpital ni le Syndicat n'avaient la volonté de causer les conséquences négatives de l'Entente pour les plaignantes. C'est la conviction du Tribunal.

[287] Toutefois, l'Hôpital et le Syndicat ont rapidement été informés par les plaignantes des conséquences négatives de l'Entente sur leurs conditions de travail. Ils ont néanmoins accepté la reconduction de l'Entente, laquelle est discriminatoire.

[288] D'une part, l'Hôpital a néanmoins accepté de reconduire l'Entente sans faire les efforts requis pour tenir compte des droits des plaignantes.

[289] Certes, d'autre part, le Syndicat a fait des représentations auprès de l'Hôpital afin que des mesures soient prises pour remédier au déséquilibre entre les postes de préposés aux bénéficiaires réservés aux hommes et ceux réservés aux femmes. En l'espèce, c'est le libellé même de l'Entente qui fait problème, à sa face même, son libellé est discriminatoire. Elle établit une distinction fondée sur le sexe entre les personnes qui occupent le même poste⁵⁷.

Le Tribunal condamne solidairement l'employeur et le syndicat à un montant de 10 000 \$ pour dommages moraux et de 5 000 \$ pour dommages punitifs, et ce, pour chacune des deux

57. *Id.* (j. Audet).

victimes à l'origine du recours. L'appel de la décision du Tribunal est par ailleurs accueilli, avec dépens, à la seule fin d'annuler l'octroi de ces sommes. Au nom de la Cour d'appel, le juge en chef Robert écrit :

[54] Sans diminuer les inconvénients que peut occasionner la situation pour les intimées, rien dans la preuve [...] ne confirme les conclusions du juge selon lesquelles les intimées auraient vécu une situation permettant l'attribution de dommages moraux.

[56] Quant aux dommages punitifs, ils ne peuvent être accordés qu'en sus des dommages et intérêts compensatoires. [...] compte tenu que je suis d'opinion de ne pas accorder de dommages moraux, il n'y a pas lieu d'accorder de dommages punitifs.

[57] En tout état de cause, advenant le cas où nous aurions accordé des dommages moraux, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, il n'y aurait tout de même pas matière à accorder des dommages punitifs. [...]

[59] [...] nous sommes loin d'être dans une situation où la conduite de l'Hôpital pourrait être qualifiée de « malveillante », « d'opprimante » ou encore « d'abusive ». Comme le souligne le juge de première instance au paragraphe 286 de son jugement : « Certes lors de la signature de l'Entente, ni l'hôpital ni le Syndicat n'avaient la volonté de causer les conséquences négatives de l'entente pour les plaignantes. C'est la conviction du Tribunal. »

[60] L'Hôpital et le Syndicat n'avaient pas l'intention de nuire à qui que ce soit en négociant cette entente, mais tentaient davantage de trouver une solution à une problématique compliquée et dont la solution n'était pas évidente⁵⁸.

Pour le moins laconiques en ce qui concerne plus particulièrement la compensation du préjudice moral, ces motifs étonnent. Avec égards, nous pourrions, en guise d'explication, suggérer une compréhension superficielle des effets, aux plans moral et psychologique, de telles pratiques sur les salariées qui en

58. *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis (Smith) c. Commission des droits de la personnes et de la jeunesse*, préc., note 56 (J. Robert).

font les frais. Ce qui apparaît toutefois nettement plus clair, c'est l'importance que la partie en demande dans ce type de dossiers produise une preuve étoffée quant au préjudice subi, d'une part et, d'autre part, la nécessité de motifs explicites, à ce propos, dans la décision du tribunal de première instance⁵⁹.

2.1.2 Les absences reliées à la grossesse et à la maternité

Dans un autre ordre d'idées, s'il ne fait plus de doute, aujourd'hui, que l'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse est visée par celle exercée sur la base du sexe, elle n'en fait pas moins l'objet d'un motif distinct ajouté à la Charte, en 1982, en raison des difficultés rencontrées dans la jurisprudence antérieure relative à cette condition.

À cet égard, le Tribunal s'est notamment prononcé sur la discrimination exercée au moment de l'embauche. Dès 1995, en l'absence d'une défense de l'employeur conforme aux exigences de l'article 20 de la Charte, il sanctionne un refus d'embauche discriminatoire au motif de la grossesse exercé par la Commission scolaire Jean-Rivard⁶⁰. Le Tribunal y décrit alors explicitement l'organisation générale de la preuve incombant successivement à chaque partie compte tenu de l'absence, dans la Charte, d'une présomption légale en faveur de la salariée enceinte similaire à celle prévue dans la *Loi sur les normes du travail*⁶¹.

Dans une décision ultérieure, le Tribunal précise que l'égalité en emploi d'une femme enceinte peut aussi requérir une mesure d'accommodement raisonnable consistant dans le report

59. En ce qui concerne par ailleurs l'octroi de dommages punitifs, la Cour suprême a depuis conclu à leur autonomie par rapport aux dommages compensatoires, à telle enseigne que les premiers peuvent être accordés même en l'absence des seconds, sauf s'il s'agit d'un régime public d'indemnisation, voir *de Montigny c. Succession Brossard*, [2010] 3 R.C.S. 64.

60. *Commission des droits de la personne (Sasseville) c. Commission scolaire de Jean-Rivard*, 1995 CanLII 3139 (QC T.D.P.), conf. par 1999 CanLII 13399 (QC C.A.).

61. Préc., note 11, voir art.123.4 al. 2.

d'examens médicaux nuisibles au fœtus et dans la possibilité de débiter un stage probatoire avant l'accouchement⁶². De même, l'obligation d'accommodement raisonnable à laquelle un employeur est tenu envers une salariée enceinte l'oblige, en l'absence de contrainte excessive, à aménager son horaire de travail de manière à lui permettre de recevoir le suivi médical relié à sa condition⁶³.

Un aspect important de la jurisprudence du Tribunal par rapport à ce motif réside dans l'affirmation claire du principe selon lequel le droit d'une travailleuse à l'égalité en emploi, sans discrimination fondée sur sa grossesse, interdit les distinctions et exclusions exercées sur la base de l'indisponibilité reliée à ce motif. À ce titre, le Tribunal a conclu qu'il est discriminatoire de soustraire de l'ancienneté reconnue à une salariée une portion équivalente à la durée de son congé de maternité, *a fortiori* lorsque l'exercice de différents droits reconnus dans une convention collective est assujetti à ce critère.

La décision rendue dans l'affaire *Bourdon*⁶⁴ nous intéresse plus particulièrement dans la mesure où le Tribunal y établit un lien étroit entre la discrimination subie, au motif de leur grossesse, par les deux victimes et leur statut d'emploi, l'une ayant débuté comme auxiliaire sur appel et l'autre à temps partiel.

La convention collective applicable dans cette affaire prévoyait que pour obtenir sa titularisation, tout nouvel employé devait compléter une période d'essai de 520 heures, en temps régulier, à l'intérieur d'une période de 12 mois consécutifs. La date d'ancienneté générale était ensuite fixée rétroactivement à celle de la première journée travaillée au cours de cette période. Plusieurs

62. *Commission des droits de la personne et de la jeunesse (Chamberland) c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] R.J.Q. 1737 (T.D.P.Q.), 2003 CanLII 33421 (QC T.D.P.), inf. en partie mais non sur ce point par 2004 CanLII 46419 (QC C.A.).

63. *Commission des droits de la personne (Dabel) c. Lingerie Roxana Ltée*, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.Q.) 1995 CanLII 3209 (QC T.D.P.).

64. *Commission des droits de la personne et de la jeunesse (Bourdon) c. Montréal (Ville)*, [1998] R.J.Q. 305 (T.D.P.Q.), 1997 CanLII 53 (QC T.D.P.).

droits prévus à la convention collective, dont les choix de postes et de vacances, le droit de rappel et l'ordre de mise à pied s'exerçaient par ailleurs selon un ordre déterminé par ce type d'ancienneté.

Mesdames Bilodeau et Bourdon avaient respectivement débuté leur emploi le 7 août 1989 et le 13 août 1994. En raison des périodes d'absence encourues lors de leurs congés de maternité et parentaux, la date d'ancienneté générale de la première avait été fixée au 8 novembre 1993 et au 4 octobre 1994 pour la seconde. Conformément aux stipulations de la convention collective, aucun crédit ne leur avait été reconnu pendant ces congés, car elles n'étaient pas encore des employées titularisées. En conséquence, une date d'ancienneté générale antérieure à la leur était attribuée à plusieurs employés embauchés après elles. Or, selon la preuve au dossier, si elles avaient été titularisées et si les périodes d'arrêt reliées à leur maternité avaient été comptabilisées, mesdames Bilodeau et Bourdon auraient plutôt complété leur période d'essai et obtenu leur date d'ancienneté générale au terme des 12 premiers mois de leur embauche.

Suite au recul de son rang sur la liste de rappel, madame Bilodeau avait été l'une des premières à être mise à pied en septembre 1990. Quant à madame Bourdon, son nom sur la liste de rappel était passé du 47^e au 71^e rang, le dernier sur la liste.

Pour mesurer l'étendue de la discrimination subie par ces dernières, le Tribunal souscrit largement à l'analyse de la discontinuité professionnelle des femmes présentée par le témoin expert de la Commission des droits de la personne. A nouveau, nous jugeons utile de reproduire ici un large extrait de ses motifs :

[23] Selon les enquêtes sur la fécondité, 60% des femmes interrogées, contre 16% des hommes, déclaraient avoir connu des interruptions d'au moins une année depuis leur entrée en vie active. Avec deux enfants, plus de 60% des femmes ont un profil discontinu, alors que la présence d'enfants a peu d'effet chez les hommes. [...] Les femmes s'absentent de leur travail quatre fois plus souvent que les

hommes pour des raisons d'obligations familiales et personnelles.

[28] [L]es femmes sont les premières touchées par les transformations sans précédent des structures familiales, en dépit du maintien du poids spécifique à leur sexe, telle la grossesse, et du poids traditionnel des charges domestiques, tout comme elles se retrouvent de façon prépondérante à occuper des formes précaires d'emplois avec les interruptions d'activités inhérentes. La croissance de ces formes d'emplois n'a pas entraîné une amélioration des conditions concrètes de travail ni une réduction des inégalités entre hommes et femmes.

[29] Les conditions du marché du travail précaires contribuent à renforcer les facteurs de discontinuité professionnelle. Les formes précaires d'activité sont un élément supplémentaire de la discontinuité professionnelle des femmes. Les contraintes des nouvelles formes d'emploi, une fois alliées à celles au niveau de la famille, s'accompagnent d'effets retour qui s'enchevêtrent et se renforcent mutuellement. Elles contribuent de la sorte à maintenir et à renouveler les formes que revêtent encore aujourd'hui, les discriminations multiples à l'endroit des femmes et qui se manifestent dans les valeurs, les attitudes et les mentalités, mais surtout dans les politiques et pratiques de gestion⁶⁵.

Le Tribunal mentionne ensuite que l'interdiction de la discrimination s'applique en faveur de tous les membres d'un groupe d'employés, qu'ils soient titularisés ou non. Il rappelle que les avantages sociaux fournis dans le cadre de l'emploi doivent l'être sans discrimination et qu'une indemnisation sélective envers les femmes enceintes constitue de la discrimination fondée sur le sexe⁶⁶. Il résume en ces termes certaines pénalités subies par les salariées enceintes ou devenues mères :

65. *Id.* (J. Sheehan), nos soulignés.

66. *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 RCS 1219.

[40] Dans notre société, nous reconnaissons pour tout être humain des valeurs fondamentales, tel le droit à la liberté de sa personne, à la sauvegarde de sa dignité et au respect de sa vie privée. Nous interdisons toutes formes de discrimination fondée sur le sexe et sur la grossesse, notamment dans le domaine de l'emploi. Le message verbal énonçant ces droits ne sert pas à grand chose pour une femme enceinte si dans nos faits et gestes, nous lui disons : «Si jamais vous prenez un congé de maternité, vous perdrez le rang que vous aviez parmi vos collègues de travail, vous serez pénalisée lors de l'établissement rétroactif de votre date d'ancienneté générale et bon nombre des collègues de travail ayant un rang inférieur au vôtre se verront placés en avant de vous et vous précéderont dans l'exercice de la plupart des droits prévus à votre convention collective».⁶⁷

Comme la convention collective prévoyait qu'une employée enceinte et titularisée continuait d'accumuler de l'ancienneté et des congés pour les vacances, les maladies et les jours fériés, le Tribunal considère que l'accommodement raisonnable requis en l'espèce consistait à étendre ce bénéfice à l'ensemble des travailleuses enceintes, indépendamment de leur statut d'emploi. Il ordonne en conséquence l'établissement, pour mesdames Bilodeau et Bourdon, de nouvelles dates d'ancienneté générale correspondant à celles auxquelles leur emploi avait respectivement débuté.

L'affaire *Roberge*⁶⁸ se situe dans un contexte similaire. Une infirmière auxiliaire qualifiée apprend que l'indemnité à recevoir au moment de sa mise à pied exclut les 26 semaines pendant lesquelles elle a été absente en raison d'un congé de maternité auquel elle avait ajouté son congé pour vacances annuelles et un congé parental sans solde, tous autorisés par l'employeur.

67. *Commission des droits de la personne et de la jeunesse (Bourdon) c. Montréal (Ville)*, préc., note 64.

68. *Commission des droits de la personne et de la jeunesse (Roberge) c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, 2001 CanLII 13942 (QC T.D.P.) (désistement d'appel à la suite d'un règlement hors cour).

Pour déterminer le salaire hebdomadaire moyen utilisé comme base de calcul de son indemnité de fin d'emploi, ce dernier applique alors une disposition de la convention collective, spécifique aux salariés à temps partiel, selon laquelle seules les heures effectivement travaillées sont prises en compte au cours de l'année de référence précédant la mise à pied. Excluant les gains que madame Roberge aurait normalement touchés si elle avait travaillé, l'employeur divise par 52 ses gains de 13 316 \$ touchés pendant les 26 autres semaines de l'année de référence. Ce faisant, son salaire hebdomadaire moyen s'établit à quelque 256 \$, montant équivalant à environ 40% de son salaire hebdomadaire de base évalué à un peu plus de 630 \$. En vertu de cette même disposition, son ancienneté est également réduite, avec les conséquences qui en découlent sur l'ordre de rappel des personnes inscrites sur la liste de l'équipe de remplacement.

Le Tribunal reprend ici encore l'analyse du témoin expert de la partie en demande. Selon ce dernier, les travailleuses canadiennes qui enfantent adoptent une planification rationnelle de leur temps d'emploi qui les conduit à cumuler toutes les formes de congés disponibles afin de concilier les exigences liées à leur autonomie économique avec leurs obligations professionnelles et familiales. Pour allonger un congé de maternité jugé insuffisant, près de la moitié d'entre elles additionnent alors des journées de congé à leurs frais, leurs journées de vacances accumulées et les autres congés auxquels elles ont droit.

L'expert ajoute que les répercussions découlant de l'absence de reconnaissance, comme temps de travail, de cette interruption professionnelle se font sentir jusqu'à la retraite, et ce, encore davantage pour les travailleuses à temps partiel. Par ailleurs, selon les *Statistiques sur le personnel de la santé et des services sociaux* déposées en preuve, les postes reliés à ce statut d'emploi sont occupés, dans quelque 95% des cas, par de jeunes femmes âgées en moyenne de moins de 33 ans.

Dans ce dossier, madame Roberge avait effectivement utilisé tous les congés auxquels elle avait droit pour satisfaire aux obliga-

tions reliées à sa maternité. Sur la base du lien étroit qui relie celle-ci à son indisponibilité au travail, le Tribunal conclut au caractère discriminatoire de la clause contestée, qui impose comme condition de versement de l'indemnité de mise à pied une exigence incompatible avec la maternité, soit la nécessité d'effectuer des heures de travail. Le Tribunal souligne que la discrimination envers madame Roberge repose aussi son état civil de mère car

[29] [d]ans le domaine de l'emploi, la maternité recoupe plus d'un motif protégé par la *Charte*. Ce sont les motifs de grossesse, de sexe et d'état civil qui, à un moment ou un autre, seront invoqués à titre de fondement de l'atteinte discriminatoire. À telle enseigne qu'on peut dire qu'il s'agit d'un état de faits complexe qui distingue une salariée, en raison de sa grossesse ou de son état civil de mère, des autres employés tant au plan de l'assiduité au travail qu'au plan de certaines conditions d'emploi ou d'exécution de la tâche⁶⁹.

L'exercice en pleine égalité du droit à des conditions de travail exemptes de discrimination fondée sur ces motifs exige en conséquence

[48] [...] que soit garanti l'ensemble des droits et conditions de travail de la personne protégée puisque n'eût été de sa maternité, elle en aurait bénéficié en tant que salariée visée. En somme, elle a droit à des conditions de travail et d'emploi qui lui assurent une véritable égalité par rapport à ses collègues de travail. Conclure autrement conduirait à faire supporter aux seules femmes visées les coûts sociaux de la maternité; une telle interprétation affecterait l'ensemble des droits de ces femmes en tant que salariées dans l'immédiat mais également pour la durée de leur emploi, et même irrémédiablement si l'on pense aux effets sur leurs régimes de retraite. C'est donc l'ensemble des conditions de travail qui doivent être négociées et ap-

69. *Id.* (j. Rivet).

pliquées en tenant compte du droit à l'égalité de la personne en situation de maternité⁷⁰.

Le Tribunal décrit en ces termes le préjudice moral de la victime :

[9] Madame Roberge affirme s'être sentie effroyablement lésée par les effets et conséquences reliés au seul fait de s'être absentée en raison de sa maternité. Ainsi, malgré le fait qu'elle ait effectué, à toutes fins utiles, 36,25 heures de travail par semaine depuis plus de quinze ans, gagnant de cette manière un plein salaire, son indemnité de mise à pied était sévèrement réduite à cause des vingt-six semaines d'absence de la dernière année essentiellement dues à la maternité. Elle exprime un même sentiment face aux pertes subies, toujours pour les mêmes raisons, en termes d'ancienneté; elle explique au Tribunal que c'est l'ancienneté qui détermine l'ordre des personnes rappelées pour travailler ou effectuer des remplacements. Elle ajoute que les autres conséquences résultant de ces pertes ne se calculent pas. À titre d'exemple, elle mentionne que pour pouvoir travailler pendant la période qui a suivi la supplantation, elle a dû effectuer un remplacement de trois mois à titre de préposée aux bénéficiaires alors qu'elle est infirmière auxiliaire qualifiée⁷¹.

Dans une décision plus récente, le Tribunal examine la légalité du refus d'embauche opposé à une enseignante contractuelle en situation de retrait préventif au moment où un poste permanent et trois postes à temps partiel doivent être comblés pour la prochaine année scolaire. La Commission scolaire ne l'avait pas retenue pour le poste permanent, lui ayant préféré un remplaçant moins qualifié, et ce, même si elle avait obtenu une

70. *Id.*

71. *Id.* Des dommages moraux de 2 000 \$ sont accordés à la victime. Cette dernière réclame aussi des dommages matériels et le rétablissement de son ancienneté. Le Tribunal conclut qu'elle a droit à une somme de 6 274,13 \$, qui correspond à une indemnité de mise à pied calculée sur la base d'une moyenne de près de 30 heures de travail par semaine, ainsi qu'à un réajustement de son ancienneté de l'ordre de 629 heures.

excellente évaluation de ses enseignements passés. L'employeur avait également accordé les contrats temporaires à des personnes non légalement qualifiées, pour lesquelles une permission spéciale d'enseigner était requise annuellement. Finalement, malgré l'intérêt clairement exprimé par la victime à ce sujet, son nom ne figurait pas sur la liste de suppléance pour l'année concernée⁷².

La preuve au dossier convainc le Tribunal que le refus d'embaucher cette dernière reposait, au moins en partie, sur son état de grossesse. De plus, en l'absence de critères d'embauche clairs et appliqués uniformément, l'employeur n'a pas démontré à la satisfaction du Tribunal que le choix des autres candidats reposait sur des fondements objectifs⁷³.

2.2 La discrimination raciale en contexte de précarité au travail

Malgré la réprobation sociale dont elle est l'objet, la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale continue de compromettre l'exercice effectif de différents droits et libertés fondamentaux, dont celui à l'égalité en emploi. Or si le Tribunal a rendu plusieurs décisions sanctionnant la discrimination exercée, en contexte d'emploi, sur la base de ces motifs, une seule d'entre elles réfère expressément à la précarité en emploi qui caractérise la très grande majorité des emplois atypiques.

72. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dupont) c. Commission scolaire des Hauts-Bois de l'Outaouais*, 2010 QCTDP 4 (CanLII).

73. Il est intéressant de noter l'étendue des mesures de réparation ordonnées par le Tribunal afin de compenser pleinement le préjudice matériel et moral subi par la victime. Prenant acte de l'entente intervenue entre les parties, il accorde près de 25 000 \$ pour la perte du contrat de l'année 2001-2002 et près de 12 000 \$ pour la perte salariale reliée aux avancements d'échelons de septembre 2002 à juin 2010. Il ajoute à cette somme le montant nécessaire au rachat d'une année de service au RE-GOP. Finalement, en considérant le caractère annoncé et répété du refus d'embauche discriminatoire et en tenant compte de l'ensemble des souffrances morales mentionnées par la victime, le Tribunal lui accorde 8 000 \$ à titre de dommages moraux.

Dans cette affaire, le Tribunal était saisi d'une situation de discrimination collective à l'égard de travailleurs immigrants récemment arrivés au Canada en provenance de la Chine où ils étaient, pour la plupart, des professionnels⁷⁴. Ces derniers étaient recrutés comme travailleurs temporaires et payés en espèces, en deçà du salaire minimum, par une agence de placement avec laquelle le propriétaire de l'entreprise avait sous-contracté.

Les 15 plaignants ont témoigné de manière unanime sur l'état de désordre et de malpropreté, voire d'insalubrité des installations à leur disposition : poubelles remplies d'ordures et insectes dans une cuisine mal équipée et si petite que certains employés dînent dans le stationnement; urine sur le sol de la salle de bain où une affiche, en langue chinoise seulement, demande de garder les lieux propres; absence d'entretien des lieux par le personnel; etc.

Selon la preuve prépondérante au dossier, le 11 juillet 2006, Stephen Rapps, président de Calego International, convoque uniquement tous les travailleurs d'origine chinoise sans exception et leur tient les propos suivants :

[64] This is Canada, not China. In Canada each and every one of us, we have to brush our teeth. We have to wash our face, we have to wash our hands with soap and we have to take a shower with soap... Whenever you are in the washroom, when you urinate, you have to urinate inside the bowl. After you finish relieving yourself in the washroom, you have to flush the water... This is my kitchen, not yours. While you are in my kitchen you have to make sure that you keep it clean. You Chinese eat like pigs.

En état de choc, les travailleurs quittent les lieux dans le chaos après que l'un d'eux ait insulté le président. Le lendemain,

74. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Ai Hong Su) c. Calego international inc.*, 2011 QCTDP 4 (CanLII) (demande d'autorisation d'appeler accueillie, C.A., 30-05-2011, 500-09-021664-115).

après avoir, en vain, demandé des excuses, ils décident de quitter leur emploi. Le Tribunal écrit à ce sujet :

[372] Bien qu'ils étaient, en tant que nouveaux arrivants au Canada, dans une situation de vulnérabilité exacerbée par la précarité de l'emploi temporaire, ils ont exigé des excuses et ils ont refusé de retourner travailler chez Calego après qu'on leur ait refusé ces excuses quant aux propos discriminatoires tenus par M. Rapps à leur endroit⁷⁵.

En raison de sa pertinence, le Tribunal souligne en l'espèce l'importance de l'approche contextuelle axée sur la prise en compte de la réalité sociale sous-jacente à ce dossier qui fait resurgir, en quelque sorte, l'historique de discrimination vécue par les travailleurs d'origine chinoise au Canada. Aussi :

[385] [...] le Tribunal conclut que peu importe que les propos de M. Rapps soient analysés sous la perspective de la victime raisonnable ou de la personne raisonnable ordinaire, les termes utilisés, la référence au standard canadien qui sous-entend la comparaison à un autre standard, les propos infantilisants sur l'hygiène corporelle adressés aux travailleurs chinois sur un ton arrogant, condescendant et irrespectueux, sont en effet des propos blessants, humiliants, dégradants reliés à l'origine nationale de ces travailleurs chinois, en conséquence, discriminatoires au sens de l'article 10 de la Charte⁷⁶.

Après avoir rapporté les divers préjudices psychologiques et moraux ressentis par les victimes, le Tribunal accorde en ces termes la totalité de la somme (7 000 \$) demandée à leur bénéfice :

[466] Il y a preuve suffisante pour établir que chacun de ces travailleurs, qui étaient pour la plupart des professionnels en Chine avant d'immigrer au Canada, a été dépouillé de sa dignité et bafoué dans son estime de soi,

75. *Id.*, (j. Dortélus), nos soulignés.

76. *Id.*

alors qu'il se retrouve en situation de vulnérabilité en tant que nouvel arrivant en période d'intégration sur le marché du travail au Québec.

[469] Le Tribunal estime que l'expérience discriminatoire humiliante imposée à chacun de ces travailleurs et à ce groupe d'immigrants est de nature à marquer chacune de ces victimes, qui s'attendait d'immigrer dans un pays, le Canada, où leurs droits n'allaient pas être bafoués en raison de leur origine chinoise. Leur rêve et leurs attentes d'immigrer dans un pays exempt de discrimination fondée sur la race, l'origine nationale et ethnique, se sont évaporés.

[470] En regard du contexte propre à cette cause, l'humiliation infligée à ces travailleurs dont la fierté et l'estime de soi ont été et demeurent grandement affectées au moment où ils se retrouvent contre leur gré en situation de vulnérabilité et d'emploi précaire, milite en faveur de l'octroi de dommages substantiels, plus importants que ceux réclamés⁷⁷.

Concluant au caractère intentionnel de l'atteinte discriminatoire portée au droit de chaque victime à la sauvegarde de sa dignité, le Tribunal condamne Calego International et son président à des dommages punitifs s'élevant à 3 000 \$ pour chaque travailleur.

Jugeant que la Commission en a démontré le bien-fondé, le Tribunal ordonne de plus la mise sur pied, au sein de l'entreprise, d'un programme favorisant l'intégration des travailleurs immigrants, incluant ceux d'origine chinoise :

[493] La preuve présentée est suffisante pour établir que l'approche appliquée par la société Calego laisse transparaître un manque flagrant de respect et de sensibilité envers des travailleurs chinois, au point de créer un environnement de travail malsain empreint de préjugés et de stéréotypes, terrains fertiles pour créer des tensions en-

77. *Id.*, références omises, nos soulignés.

tre les travailleurs de différentes races, différentes ethnies et nationalités qui travaillent chez Calego⁷⁸.

2.3 L'égalité intergénérationnelle

Malgré l'interdiction expresse des clauses dites «orphelin» imposant une rémunération à double échelle, à compter d'une certaine date, à des salariés accomplissant des tâches équivalentes⁷⁹, le Tribunal a été saisi de dossiers où, dans le contexte de rationalisation d'effectifs et de compressions budgétaires, de plus jeunes salariés sont indirectement affectés par des restrictions salariales récurrentes imposées à l'embauche, voire en cours d'emploi, alors que des employés ayant plus d'ancienneté ou ayant atteint une plus grande stabilité d'emploi continuent de bénéficier de conditions de travail nettement plus avantageuses. Le Tribunal a jugé discriminatoires de telles pratiques imposées aux jeunes pompiers de la Ville de Laval⁸⁰ et aux constables spéciaux occasionnels à l'emploi du ministère de la Sécurité publique⁸¹. Dans chaque cas, les dispositions contestées de la convention collective avaient par ailleurs fait l'objet d'une entente négociée entre l'employeur et le syndicat. Ce n'est toutefois que dans la seconde de ces deux affaires que les nouvelles mesures visaient aussi ceux qui, déjà en poste, avaient un statut d'employé occasionnel. L'entente de travail intervenue, à l'automne 1996, entre le Ministère et le syndicat des constables s'appliquait en effet aux 45 d'entre eux qui avaient alors ce statut ainsi qu'à ceux embauchés, dans ce même statut, à partir de cette date.

78. *Id.*

79. Voir plus particulièrement les articles 87.1 et ss. de la *Loi sur les normes du travail*, préc., note 11.

80. *Commission des droits de la personne et de la jeunesse (Bouchard) c. Ville de Laval (Service de sécurité d'incendies) et Association des pompiers de Laval*, [2009] R.J.Q. 853 (T.D.P.Q.), 2009 QCTDP 4 (CanLII) (inf. par 2011 QCCA 2041 (CanLII)).

81. *Commission des droits de la personne et de la jeunesse (Tardif) c. Syndicat des constables spéciaux et ministère de la Sécurité publique et Procureur général*, 2010 QCTDP 3 (CanLII), demandes d'autorisation d'appeler syndicat et de l'employeur accueillies, C.A., 30-03-2010, 500-09-020488-102 et 500-09-020493-102).

Plus concrètement, ces derniers se voyaient imposer, à compter du 1^{er} novembre de la même année, une diminution de salaire se traduisant par l'entrée en vigueur d'une échelle modifiée comportant cinq échelons de plus que la précédente, tous rémunérés en-deçà du 1^{er} échelon (32 964 \$) de cette dernière. De plus, sans égard à leur niveau d'avancement au 1^{er} novembre 1996, tous les constables spéciaux ayant déjà un statut d'emploi occasionnel voyaient à cette date leur traitement ramené au 1^{er} échelon (27 739 \$) de la nouvelle échelle. À compter du 1^{er} novembre, il fallait en fait atteindre le sixième échelon de cette dernière pour toucher le salaire prévu au 1^{er} échelon de l'ancienne échelle.

Cinq des 17 constables occasionnels représentés par la Commission avaient alors atteint le sommet de l'ancienne échelle salariale, mais ont vu leur traitement ramené au 1^{er} échelon de celle en vigueur le 1^{er} novembre 1996. En termes de salaire uniquement, les dommages matériels de chacun s'élevaient à près de 10 000 \$ dès la première année. Pour la même période, un autre constable a vu ses dommages atteindre près de 8 300 \$; pour deux autres, la perte s'élevait à plus de 7 200 \$ alors que pour 3 autres, elle était de plus de 6 200 \$. Les cinq derniers ont subi chacun une perte de plus de 5 200 \$, toujours pour la première année.

Selon la preuve au dossier, les nouvelles mesures affectaient plus de 85% des constables occasionnels âgés de moins de 40 ans alors que seulement 5% de ceux âgés de 40 ans et plus étaient pénalisés. Sur les 45 constables occasionnels alors à l'emploi du Ministère, 35 (soit plus de 77%) appartenaient au groupe d'âge des plus jeunes (20 à 39 ans) alors que seulement 10 (soit 22%) étaient âgés de 40 ans et plus. Ces derniers représentaient d'ailleurs une partie marginale des 200 constables de ce groupe d'âge, dont 190 étaient des employés permanents aucunement pénalisés par l'entente. Celle-ci prévoyait en effet des mesures de départ assisté à la retraite pour les constables permanents qui y étaient admissibles; les autres constables permanents étaient « reclassés » dans la nouvelle échelle à un niveau identique à celui atteint sous l'ancienne.

Le Tribunal relève donc une surreprésentation des plus jeunes au sein des constables occasionnels et, en conséquence, l'effet disproportionné de l'entente sur ces derniers. Il souligne par ailleurs que la détérioration des conditions de travail subie par les plus jeunes constables est ici aggravée par la précarité inhérente au statut d'occasionnel :

[252] [M]algré que tous les constables spéciaux, occasionnels ou permanents, fassent le même type d'interventions, assument les mêmes risques et exercent les mêmes fonctions, la preuve versée au dossier démontre que :

- Les constables occasionnels ne peuvent se prévaloir des dispositions de la [*Loi sur la fonction publique*] régissant l'obtention du statut de permanent; en conséquence, ils n'ont pas accès aux mutations, aux affectations et aux promotions dans d'autres secteurs de la fonction publique, ni à certains avantages sociaux réservés aux employés permanents;
- Les constables occasionnels peuvent être requis d'effectuer une journée régulière de travail en totalité ou en partie seulement (pour un minimum de quatre heures consécutives);
- Le ministère de la Sécurité publique n'a aucune obligation de garantir à ces derniers un nombre minimal ou certain d'heures et de semaines de travail, ni de maintenir leur lien d'emploi. En quelque sorte, il peut décider de ne plus faire appel à eux selon son bon vouloir;
- Advenant une telle situation, les constables occasionnels n'ont pas de droit au rappel. (références omises)⁸².

En guise de réparations, le Tribunal ordonne entre autres de reconnaître aux victimes, aux fins de détermination du salaire et des autres avantages liés à l'emploi, le temps de service accumulé au moment de l'entrée en vigueur de l'entente. Il prend acte, par ailleurs, de la volonté, exprimée par les parties, d'en arriver à un règlement au sujet des dommages matériels subis.

82. *Id.* (j. Pausé).

En ce qui a trait au préjudice moral des victimes, le Tribunal reproduit les propos mentionnés à ce sujet dans le rapport du témoin expert de la Commission :

[263] [L]'état actuel de la recherche tend à démontrer que le sentiment de ne pas être assujéti à des règles procédurales équitables dans le cadre de son travail, notamment sur le plan salarial, ainsi que plus largement l'absence de reconnaissance au travail, sont des facteurs qui peuvent avoir de graves effets démotivants sur les employés(es) et peuvent éventuellement affecter leur santé. Il en est probablement ainsi puisque un déficit d'équité et de reconnaissance « perpétuent (sic) ou favorisent (sic) l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne »⁸³.

Toutefois, malgré les moqueries et insultes proférées par certains constables permanents à l'endroit des plus jeunes et l'humiliation supplémentaire subie par ces derniers, le Tribunal prend acte du fait que les ordonnances demandées par la Commission ne comportent aucune conclusion au chapitre des dommages moraux et que cette dernière n'a soumis à ce sujet aucun montant, global ou individualisé.

2.4 La condition sociale comme motif multifactoriel

Dans sa toute première décision relative à la discrimination fondée sur la condition sociale, le Tribunal rompt avec l'interprétation restrictive donnée jusqu'alors à ce motif et y incorpore une composante subjective qui le conduit à définir ce dernier comme

la situation qu'une personne occupe au sein d'une communauté, notamment de par ses origines, ses niveaux d'instruction, d'occupation et de revenu, et de par les per-

83. Paul Eid, *Expertise sociologique : Les impacts de l'iniquité salariale et de l'absence de reconnaissance perçues par les employés en milieu de travail*, décembre 2007, p. 4, références omises.

ceptions et représentations qui, au sein de cette communauté, se rattachent à ces diverses données objectives⁸⁴.

Rarement invoquée comme motif de discrimination dans le domaine de l'emploi, la condition sociale a donné lieu à seulement deux décisions du Tribunal relatives, par ailleurs, à des statuts d'emploi précaires.

Dans l'affaire *Lambert*⁸⁵, le plaignant participait à une mesure temporaire d'employabilité lui permettant de recevoir, en complément de sa prestation régulière d'aide sociale, une allocation mensuelle de 100,00 \$ qui lui était versée non par son employeur réel (en l'occurrence le ministère du Tourisme), mais par celui de la Sécurité du revenu, responsable du programme réservé à ces personnes aux termes de la *Loi sur la sécurité du revenu*.

Le Tribunal rappelle d'abord que de par ses caractéristiques objectives et subjectives, la situation d'un prestataire de la sécurité du revenu relève de la condition sociale dans la mesure où les personnes dans cette situation ont en commun plusieurs caractéristiques qui leur confèrent une condition particulière.

Notant qu'aucune manifestation externe ne vient ici témoigner de la participation d'un prestataire à une mesure d'intégration en milieu de travail, le Tribunal mentionne que l'effet pratique de cette situation est de le priver à la fois du bénéfice d'une autre source de revenu et d'un sentiment accru d'intégration à la société.

Le Tribunal décide que la situation dont le demandeur allègue les effets discriminatoires n'est pas un stage de formation professionnelle échappant aux normes minimales d'emploi, comme le soutenait en défense le ministère de la Sécurité du reve-

84. *Commission des droits de la personne (Larente) c. Lucien Gauthier et Gestion L.E. Gauthier Limitée*, [1994] R.J.Q. 253 (T.D.P.Q.), 1993 CanLII 2000 (QC T.D.P.) (J. Rouleau).

85. *Lambert c. Québec (Ministère du tourisme)*, 1996 CanLII 21 (QC T.D.P.) (inf. pour d'autres motifs par 2002 CanLII 41099 (QC C.A.)).

nu, mais bel et bien une situation d'emploi, assujettie aux prescriptions de la Charte, dont les conditions sont prévues dans un contrat-type réservé uniquement aux prestataires de la sécurité du revenu.

Examinant ensuite les conditions applicables au plaignant dans ce contexte, le Tribunal rappelle que diverses dispositions d'ordre public encadrent la prestation d'un salarié, dont celles relatives au salaire minimum. Or en l'espèce,

l'entente écrite et conclue par le ministère de la Sécurité du revenu et le ministère du Tourisme impose à monsieur Lambert des conditions de travail, principalement au plan de la rémunération, qui ne respectent pas ces normes minimales, d'ordre public. L'allocation mensuelle supplémentaire de 100,00\$, en sus de la prestation de base de 613,00\$, ainsi que le taux de 4% qui s'y rattache aux fins des vacances sont nettement inférieurs au salaire minimum applicable. Monsieur Lambert est, de ce fait, victime d'une distinction discriminatoire⁸⁶.

À cette discrimination d'origine législative s'ajoute, selon le Tribunal, celle résultant du fait que le ministère du Tourisme a contrevenu à l'égalité salariale, protégée par l'article 19 de la Charte, à laquelle ont droit les employés d'un même établissement qui exercent des fonctions équivalentes :

Celui-ci est l'employeur déclaré dans le contrat qui reçoit le bénéfice de la prestation de travail et, puisqu'il s'agit d'un poste de travail bien identifié, il lui était possible d'en déterminer le salaire en vertu des conventions collectives découlant de la *Loi sur la fonction publique*. [...]

Le Tribunal conclut que monsieur Lambert n'ayant exécuté, pour toute la durée de son assignation à la photothèque, qu'une tâche simple sans encadrement ni planification d'apprentissages autres, a, dans les faits, fourni une prestation de travail pour laquelle il n'a pas

86. *Id.* (j. Brossard).

bénéficié, en pleine égalité, de conditions de travail justes et raisonnables⁸⁷.

Le Tribunal estime par ailleurs peu élevé le préjudice moral subi par le demandeur car bien que conscient d'exécuter un travail socialement peu valorisé, ce dernier avait adopté un comportement répréhensible traduisant son indifférence par rapport à la reconnaissance qu'il aurait pu en tirer. Tenant aussi compte de la brièveté (cinq semaines) de sa période d'emploi, le Tribunal n'accorde en conséquence aucune somme autre que celle correspondant au manque à gagner.

Dans l'affaire *Sinatra*⁸⁸ relative à un refus de conclure un bail d'habitation, le Tribunal devait d'abord déterminer si les personnes qui exercent un travail de pigiste bénéficient, en vertu de la Charte, d'une protection à l'encontre de la discrimination fondée sur la condition sociale.

Le Tribunal rappelle d'abord que la définition donnée à ce motif ne limite pas l'analyse à un contexte précis et prend plutôt largement en compte la place occupée par une personne ou un groupe de personnes aux plans social, politique et économique. Ce faisant, il souligne la nécessité d'interpréter ce dernier avec suffisamment de souplesse pour assurer la protection de personnes défavorisées qui constituent des minorités discrètes et isolées dont l'éventail changeant est sans cesse appelé à se transformer avec l'évolution du contexte économique et social.

Dans son analyse de la preuve au dossier, le Tribunal fait siennes certaines opinions du témoin expert présenté par la Commission :

[49] Selon madame Dagenais, une personne qui possède un emploi régulier n'occupe pas un travail de pigiste. Par contre, une personne qui occupe un emploi de salarié

87. *Id.*

88. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Bia-Domingo) c. Francesco Sinatra*, 1999 CanLII 52 (QC T.D.P.).

pour une courte période entrera dans la catégorie du travail à la pige. On peut aussi parler de "travail précaire".

[50] Dans son rapport d'expertise, madame Dagenais nous explique aussi que :

l'occupation de travailleur à la pige [peut] varier non seulement en fonction de la scolarité, de l'âge, du sexe et de la profession de la personne, mais aussi du secteur d'activité où elle évolue. Une occupation à la pige peut varier tellement selon les secteurs d'activité que cette forme d'occupation peut conférer un statut socio-économique très inégal. On retrouvera donc des pigistes mieux nantis ou au contraire plus précaires selon les secteurs d'activité.

[51] Elle ajoute que :

d'après les données recueillies, les emplois à la pige du secteur culturel, secteur où oeuvre le plaignant, sont parmi les plus précaires et les moins rémunérés de l'ensemble des secteurs d'activité du marché du travail.

[52] Le travail à la pige ou précaire se caractérise par une combinaison d'éléments, dont le type d'occupation, la durée de l'emploi et le faible revenu généré. Selon madame Dagenais :

la situation socio-économique d'une personne se définit d'abord selon une dimension objective identifiable voire mesurable, par exemple, l'occupation et le revenu du plaignant. Elle se définit en plus selon une dimension subjective, pouvant induire des perceptions reliées à l'existence de la dimension objective (...). La condition de pigiste peut constituer un statut d'emploi précaire si cette précarité se superpose à une occupation faiblement rémunérée et/ou stéréotypée comme peu prestigieuse.

[53] Le rapport d'expertise de madame Dagenais ainsi que les précisions qu'elle a fournies au cours de son interrogatoire établissent les désavantages que vit ce groupe de travailleurs. Les individus ayant un travail à la pige précaire et peu rémunéré partagent des caractéristiques communes en termes de patrimoine, de revenu et d'insécurité d'emploi. Ils partagent également le fardeau des perceptions qui découlent de leur type de travail.

[54] Compte tenu du nombre suffisant de caractéristiques communes partagées par ces personnes qui font qu'elles sont identifiables et identifiées comme groupe, elles sont donc l'objet d'un "classement social" par les membres de la communauté. Ce classement a également pour effet d'attribuer à chacun des membres de ce groupe l'image stéréotypée que la communauté se fait de cette catégorie de travailleurs.

[55] Le travail à la pige ou le travail précaire comporte donc certains des éléments de la condition sociale. Il s'agit essentiellement du type d'occupation et du faible revenu généré par ce travail. De plus, la situation des pigistes qui ont une occupation précaire comporte également une composante subjective puisque des perceptions se rattachent à ces diverses données objectives.

[56] Par conséquent, le Tribunal conclut que les personnes qui occupent un travail de pigiste dont l'occupation est précaire et caractérisée par un faible revenu peuvent bénéficier, en vertu de la Charte, d'une protection à l'encontre de la discrimination fondée sur la condition sociale⁸⁹.

À la lumière de la preuve au dossier, le Tribunal considère que le locateur a pris en considération le statut de pigiste du plaignant, et ce, sans vérification adéquate de sa solvabilité. Il conclut donc au caractère discriminatoire et intentionnel de son refus de conclure un bail⁹⁰.

Plus récemment, en l'absence de représentation des parties à ce sujet, le Tribunal a jugé opportun de soulever la possibilité que les conditions de travail discriminatoires imposées aux jeunes constables spéciaux ayant un statut d'occasionnel puissent aussi être reliées à leur condition sociale. Sans pour autant rendre de conclusion à cet effet, il mentionne que :

[206-B] en raison des difficultés particulières, reconnues par les tribunaux, qui affectent l'intégration au marché du

89. *Id.*, nos soulignés.

90. En conséquence, le Tribunal ordonne le versement à la victime de 4 000 \$ à titre de dommages moraux et de 1 000 \$ à titre de dommages punitifs.

travail et les conditions d'emploi des jeunes travailleurs, le Tribunal trouve opportun d'examiner brièvement la relation que le statut d'occasionnel pourrait avoir avec la condition sociale de ces derniers et, plus largement, avec l'interdiction de conditions de travail discriminatoires⁹¹.

Après avoir référé aux conclusions contenues à ce sujet dans les rapports Arthurs⁹² et Bernier⁹³, le Tribunal s'interroge

[214] quant à la possibilité qu'il s'agisse d'effets d'exclusion discriminatoires au motif, interdit par la Charte, de la condition sociale de ces personnes qui constituent un groupe socialement identifiable en raison des désavantages, aux plans économique et social, qu'elles ont en commun. Aussi, bien que cette dimension n'ait pas été soulevée dans le présent dossier, le Tribunal ne peut donc que souligner l'intérêt de cette question qui apporte un éclairage particulier à la discrimination susceptible de découler des nouvelles formes d'organisation du travail⁹⁴.

De même, sans davantage conclure à ce sujet, le Tribunal signale aussi la possibilité que la situation en l'espèce renvoie à de la discrimination intersectionnelle dans la mesure où :

[216] la combinaison d'un statut d'emploi occasionnel à certains facteurs tels que le sexe, l'origine ethnique et l'âge de salariées peut entraîner des conditions de travail moins avantageuses, voire un effet d'exclusion par rapport à certaines protections professionnelles et sociales. La prise en compte d'une telle conjugaison de motifs interdits de discrimination s'inscrit en fait dans une approche contextualisée et sensible au phénomène de la discrimination dite «intersectionnelle», qui tient compte de l'effet particulier

91. *Commission des droits de la personnes et des droits de la jeunesse (Tardif) c. Syndicat des constables spéciaux et ministère de la Sécurité publique et Procureur général*, préc., note 81, références omises, nos soulignés.

92. H. W. ARTHURS, préc., note 21.

93. J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 28.

94. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Tardif) c. Syndicat des constables spéciaux et ministère de la Sécurité publique et Procureur général*, préc., note 81.

découlant de l'interaction ou du chevauchement de plusieurs motifs :

L'approche intersectionnelle met l'accent sur la façon dont la société traite la personne en conséquence de la confluence des motifs et n'exige pas d'elle qu'elle se moule dans un compartiment ou une catégorie rigide. Elle répond au fait que la discrimination a évolué et qu'elle a tendance à être moins ouverte et plus subtile, et à s'exprimer à de multiples niveaux, systémiques, environnementaux et institutionnels.

[217] En d'autres termes, les tribunaux doivent être attentifs au fait que des caractéristiques personnelles peuvent s'entrecroiser «pour refléter soit l'évolution des phénomènes sociaux, soit l'apparition de nouveaux stéréotypes ou préjugés ou la manifestation, sous des formes différentes, de ceux qui existent déjà». Aussi, le Tribunal est-il porté à penser que les difficultés auxquelles se butent les jeunes travailleurs surreprésentés dans certains statuts d'emploi dits précaires pourraient représenter un champ d'étude fertile pour cette approche plus contemporaine de la discrimination⁹⁵.

3. Quelques pistes à explorer davantage

Compte tenu des limites assignées à cet exercice, nous terminons ici notre examen des décisions dans lesquelles le Tribunal a été appelé à statuer sur certaines formes de discrimination reliées à la précarité en emploi et à des pratiques bien implantées qui, si inoffensives soient-elles en apparence, n'en véhiculent pas moins leur lot de préjugés et de stéréotypes porteurs d'inégalités.

Malgré son volume relativement restreint, la jurisprudence du Tribunal examinée ici n'en reflète pas moins, à notre avis, un aperçu éloquent de diverses inégalités professionnelles qui continuent d'affecter plus sévèrement certains segments de la main-d'œuvre, et ce, plus particulièrement dans le cadre de certains statuts précaires reliés aux nouvelles formes d'emploi.

95. *Id.*, références omises, nos soulignés.

L'inclusion dans la législation de l'égalité de traitement entre les salariés, quelle que soit leur situation de travail⁹⁶ constituait l'un des principes directeurs du rapport Bernier qui, bien que n'ayant pas connu de suite, n'en conserve encore pas moins toute sa pertinence.

Par ailleurs, même s'il n'est pas exhaustif, l'examen entrepris ici illustre selon nous le potentiel largement sous-exploité, en matière de discrimination, de différentes notions au cœur de la Charte québécoise, loi d'application universelle et de nature quasi constitutionnelle. Aussi, nous trouvons utile de dégager maintenant, à partir de cette jurisprudence et de celles d'autres tribunaux saisis de questions apparentées, certaines pistes qu'il conviendrait d'explorer davantage afin de contrer plus efficacement certaines manifestations plus subtiles et plus contemporaines de la discrimination au travail.

3.1 La condition sociale et le statut d'emploi

Si les motifs interdits par la Charte québécoise forment une énumération exhaustive, force est de reconnaître que celui de la condition sociale est encore loin d'avoir donné sa pleine mesure. L'ouverture inhérente à cette notion invite selon nous à un examen attentif des manifestations changeantes de l'exclusion sociale qu'un texte de la nature de la Charte doit être en mesure de prendre en compte afin d'atteindre sa finalité. Aussi, lorsque des travailleurs n'ont pas accès, en raison de leur statut d'emploi, à certaines protections d'ordre professionnel ou social accordées à d'autres qui exercent des fonctions identiques au sein, parfois, d'une même entreprise, nous pensons qu'il y a suffisamment

96. Plus concrètement, qu'il s'agisse d'un travail comportant moins d'heures, « sur appel, sur une base temporaire ou occasionnelle, ou pour une durée déterminée » : J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 28, p. 453.

d'éléments pour tenter d'établir une preuve *prima facie* de discrimination reliée à leur condition sociale⁹⁷.

Cette approche est largement soutenue, à notre avis, par l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Dunmore* relatif à la validité d'une loi de l'Ontario ayant pour effet pratique de priver les travailleurs agricoles de la liberté de se syndiquer. Bien qu'elle fasse partie des juges majoritaires de la Cour suprême dans cette affaire, la juge L'Heureux-Dubé rédige des motifs concourants dans lesquels elle est la seule à examiner si le statut d'emploi peut constituer un motif analogue à ceux énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte canadienne. Voici l'essentiel de ses motifs à ce sujet :

[166] [...] rien ne justifie que le statut professionnel ne puisse, lorsque les circonstances s'y prêtent, définir un groupe protégé.

[167] Premièrement, notre Cour a reconnu à maintes reprises que l'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son sens de l'identité, de sa dignité, de sa valorisation et de son bien-être émotionnel. Deuxièmement, bien qu'elle ait eu l'occasion de le faire, notre Cour n'a jamais affirmé catégoriquement qu'une différence de traitement découlant du statut professionnel ne pouvait constituer un motif sujet à examen en vertu du par. 15(1). Dans *Delisle*, la majorité conclut que les agents de la GRC ne satisfaisaient pas à ce volet du critère dégagé dans l'arrêt *Law*, mais elle n'a pas fermé la porte à la possibilité que d'autres formes de discrimination axée sur le statut professionnel puissent être visées au par. 15(1), puisqu'elle a limité sa conclusion aux agents de la GRC (par. 44). Dans mes motifs concourants, au par. 8, j'exprime l'avis que le statut professionnel peut constituer un indicateur de discrimination suspecte :

[L]e métier et la vie active constituent souvent des sources importantes d'identité personnelle, et divers groupes d'employés sont composés de gens qui

97. Nous partageons l'analyse à ce sujet d'Esther PAQUET, « Le statut d'emploi : un élément constitutif de la condition sociale? », (2005) 60-1 R.I. 64.

sont généralement défavorisés et vulnérables. Certains types d'emploi peuvent donc mener à la discrimination dans d'autres cas, et devraient être reconnus comme étant des motifs analogues lorsqu'il est démontré que cette reconnaissance favoriserait l'objectif du par. 15(1), qui est d'empêcher la discrimination et les stéréotypes, et d'améliorer la situation des gens qui souffrent de désavantages et de préjugés sociaux et politiques.

[168] Il ne fait aucun doute en l'espèce que, contrairement aux agents de la GRC dans *Delisle*, les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage et que la distinction a pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser au sein de la société canadienne. Les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont parmi les membres de notre société qui sont les plus exploités sur le plan économique et les plus neutralisés du point de vue politique » et ils doivent surmonter « des obstacles importants pour participer au processus politique ».

[169] [...] j'estime que les travailleurs agricoles, compte tenu de leur position, de leur niveau de formation et d'instruction, et de leur mobilité professionnelle limitée, ne peuvent modifier leur statut professionnel « qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent ». Le fort roulement au sein de la main-d'œuvre agricole ne fait que refléter la nature instable du secteur d'activité et ne change rien à ce que, fondamentalement, les travailleurs n'ont pas d'autres possibilités d'emploi; en fait, bon nombre des travailleurs saisonniers sont des étudiants et des chômeurs. À mon avis, il est tout à fait clair que les travailleurs agricoles ne bénéficient pas de la même « fluidité du marché du travail » que les agents de la GRC ou que d'autres professionnels plus favorisés, et je ne vois aucune raison de modifier les conclusions mûrement réfléchies du juge de première instance concernant la situation précaire des travailleurs agricoles.

[170] [...] le statut professionnel des travailleurs agricoles constitue un motif analogue. Je ne me prononce cependant pas en ce qui concerne le « statut professionnel » en

général comme indicateur de discrimination suspecte aux fins du par. 15(1)⁹⁸.

Comme l'illustrent ces motifs, c'est sur la base d'un ensemble d'indicateurs de vulnérabilité que la juge L'Heureux-Dubé assimile le statut de travailleur agricole à un motif de discrimination analogue à ceux expressément énumérés à l'article 15 de la Charte constitutionnelle⁹⁹. En effet, ceux-ci renvoient aussi à des caractéristiques sur la base desquelles des individus peuvent être exclus et marginalisés aux plans économique, social et politique.

La Cour supérieure du Québec adopte également cette approche dans un jugement relatif à des éducatrices en milieu familial¹⁰⁰ et à des travailleuses responsables de ressources intermédiaires et de type familial¹⁰¹. Après avoir été reconnues par les instances compétentes comme des salariées admissibles à un processus d'accréditation, ces dernières s'étaient vues retirer ce statut à la suite de l'adoption à cette fin, par l'Assemblée nationale, de deux lois visant aussi le démantèlement des associations syndicales constituées aux fins de la négociation collective de leurs conditions de travail. Les parties en demande alléguaient que ces lois engendraient une violation de la liberté d'association respectivement protégée à l'alinéa 2d) et à l'article 3 des chartes canadienne et québécoise¹⁰², ainsi qu'une atteinte, aux motifs du

98. *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, (j. l'Heureux-Dubé, motifs concurrents), nos soulignés, références omises.

99. Le Tribunal des droits de la personne a pour sa part conclu que des travailleurs agricoles d'origine haïtienne avaient subi, de la part des employés et de la direction d'un centre maraîcher, de la discrimination et du harcèlement fondés sur leur couleur et leur origine ethnique : *Lumène c. Centre maraîcher Eugène Guinois Jr inc.*, 2005 CanLII 11754 (QC T.D.P.).

100. Ces dernières étaient appelées « responsables d'un service de garde » (ci-après « RSG »).

101. (Ci-après « RI/RTF »), celles-ci offraient l'hébergement à domicile à des adultes ayant des déficiences physiques ou intellectuelles, et ce, selon un encadrement effectué par des établissements publics.

102. Le Comité de la liberté syndicale du Bureau international du travail a aussi été saisi de deux plaintes portées par les organisations syndicales concernées. Ce dernier a sévèrement critiqué l'annulation rétroactive des accréditations obtenues auprès de juridictions spécialisées et a considéré

sexe et du statut professionnel de *care*¹⁰³ à domicile, au droit à l'égalité prévu aux articles 15 et 10 de ces dernières.

Les femmes constituent en fait la quasi-totalité (99%) des effectifs des RSG et des RI/RTF, ce qu'explique la preuve versée au dossier :

[148] Comme le soulignent ces experts, historiquement, prendre soin des enfants et des personnes malades, dépendantes ou âgées était un travail exécuté par les femmes dans les familles. Ce travail n'était pas rémunéré et il découlait du rôle attribué à chacun des sexes à l'intérieur de la cellule familiale.

[149] Progressivement, ce type de travail s'est déplacé dans la sphère publique, tout en demeurant un travail principalement exécuté par des femmes. L'entrée des femmes sur le marché du travail a forcé le gouvernement à adopter des mesures concrètes afin de fournir des services autrefois dispensés par les femmes au sein de la famille. Non seulement fallait-il assurer la prise en charge publique des enfants ainsi que celle des personnes malades, dépendantes ou âgées, mais il fallait aussi garantir le contrôle de la qualité des services ainsi que rémunérer

que les mesures alternatives contenues dans cette législation étaient loin d'offrir une protection équivalente à celle reconnue dans le Code québécois du travail aux plans, notamment, de la négociation collective. En conséquence, le Comité a entre autres recommandé au gouvernement d'amender sa législation afin que ces travailleuses puissent bénéficier du régime général de droit du travail collectif et constituer des organisations jouissant des mêmes droits, prérogatives et voies de recours que les autres organisations de travailleurs, le tout conformément aux principes de la liberté syndicale : *Rapport du Comité de la liberté syndicale sur les plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province du Québec présentées par la Confédération des syndicats nationaux (CSN) appuyée par l'Internationale des services publics (ISP) (Cas no 2314) et par la Centrale des syndicats démocratiques (CSD), la Centrale des syndicats du Québec (CSQ) et la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ) (Cas no 2333)*, Rapport no 340, Vol. LXXXVIX, 2006, Série B, No 1.

103. En anglais dans le texte du jugement.

pour des services autrefois pris en charge par la famille ou la communauté¹⁰⁴.

Dans ce contexte, le statut professionnel de travailleuse de *care* à domicile comporte les caractéristiques suivantes :

[150] Selon les experts entendus sur cette question, le travail de *care* se caractérise par une concentration des femmes dans un type d'emploi. En raison des stéréotypes associés à ce genre de travail, il est sous-évalué et sous-rémunéré (de faibles revenus, faible qualité des emplois, sous-évaluation des compétences, responsabilités mal définies), qu'il soit exécuté à titre autonome ou dans le cadre d'une relation d'emploi.

[151] Les experts affirment également que le désavantage lié à l'exécution du travail de *care* et la non-reconnaissance de ce travail sont accentués quant il est exécuté dans la sphère domestique. De plus, des femmes qui exécutent ce type de travail chez elle ont témoigné et ont affirmé que leur travail est caractérisé par l'isolement ainsi que par le manque de répit et de soutien.

[152] Autrement dit, le travail de *care* exécuté par les RSG et les RI/RTF est le prolongement de ce que les femmes ont toujours fait et font encore aujourd'hui dans le contexte domestique. Selon madame Déom, la sous-évaluation de ces emplois découlerait d'un préjugé, celui voulant qu'ils fassent appel à des caractéristiques que l'on pense innées chez les femmes, à des habiletés naturelles à titre de compétences professionnelles, ce qui entraîne la sous-évaluation et la sous-rémunération des emplois de *care* où des femmes prennent soin d'autres personnes¹⁰⁵.

La Cour supérieure accueille le recours, jugeant que les lois contestées entraînent effectivement une différence de traitement

104. *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 CanLII 5076 (QC C.S.), références omises.

105. *Id.*, références omises. La juge Grenier ajoute que les hommes qui, dans une proportion marginale, exécutent ce type de travail se retrouvent aussi dans une situation de grande vulnérabilité, retirant de faibles salaires (davantage considérés comme une contribution sociale) de conditions de travail médiocres.

fondée à la fois sur le statut d'emploi et sur le sexe, soit le travail de *care* à domicile exécuté majoritairement par des femmes. L'analyse développée au soutien de cette conclusion expose les caractéristiques largement féminines du travail exercé par les RSG et les RI/RTF et, plus particulièrement, les préjugés et les stéréotypes généralement rattachés à ces dernières :

[369] Les femmes qui occupent des emplois typiquement féminins sont victimes de préjugés dans notre société. On reconnaît difficilement que le travail qu'exécutent ces femmes constitue du travail véritable. Ces préjugés sont profondément ancrés dans le subconscient collectif et les *Lois 7 et 8* ne font que refléter ces opinions préconçues et tenaces imposées par le milieu et l'époque et dont la société ne semble pas pouvoir ou vouloir se débarrasser. Comment rationnellement concevoir que des femmes qui accomplissent un type de travail féminin à la maison soient traitées différemment de celles qui l'exécutent à l'extérieur de leur foyer?

[370] Le Tribunal partage le point de vue des experts entendus sur cette question. Les femmes dont il est question dans ce jugement sont dans une situation de vulnérabilité qui découle en grande partie de la nature de leur emploi typiquement féminin mais également de l'ensemble des conditions qui entourent l'exécution de ce travail dans la sphère domestique, ce qui entraîne l'isolement et la solitude. Ces femmes constituent donc une minorité historiquement défavorisée et les *Lois 7 et 8* viennent renforcer la vision stéréotypée associée à un travail féminin.

[372] Les lois modificatives créent une distinction fondée sur un motif énuméré (le sexe) et analogue (travail de *care* à domicile). Elles ont été adoptées pour éviter que le travail à domicile perçu comme une extension des tâches domestiques et des responsabilités familiales, traditionnelles et non rémunérées des femmes puisse faire l'objet de syndicalisation. Le message est clair. On n'accorde pas aux RSG et RI/RTF le même traitement qu'aux autres travail-

leurs parce que le travail accompli en est un de care, exécuté par des femmes, à domicile¹⁰⁶.

Si la Cour limite son analyse à la discrimination prohibée par la Charte canadienne, elle n'en motive pas moins sa décision par des éléments permettant de soutenir que les disparités de traitement inhérentes à différents statuts d'emploi précaires et qui affectent l'ensemble des travailleurs regroupés dans ces derniers sont aussi visées par la protection contre la discrimination en emploi reliée à la condition sociale. En droit québécois en effet, ce motif est précisément le plus susceptible d'inclure une diversité de facteurs communs à des groupes de travailleurs et révélateurs de la vulnérabilité et de la précarité qui se déploient dans des conditions de travail et des protections sociales pour le moins atrophiées.

C'est aussi dans cette perspective qu'un adjudicateur désigné en vertu du *Human Rights Act*¹⁰⁷ des Territoires du Nord Ouest et du Nunavut a conclu qu'un camionneur travaillant sur une base saisonnière seulement et percevant autrement des prestations d'assurance-emploi bénéficiait de la protection contre la discrimination fondée sur la condition sociale. En conséquence, le refus de considérer ces prestations dans le revenu à partir duquel était déterminée l'indemnité consécutive à un accident de travail a été jugé discriminatoire sur la base de ce motif.

L'adjudicateur procède en l'espèce à un examen étoffé de la preuve susceptible de démontrer le lien entre son statut d'emploi et d'autres facteurs permettant de reconnaître au plaignant une condition sociale particulière. À cette fin, il relève l'économie particulièrement mal en point de Terre-Neuve, qui détient les taux de chômage, de pauvreté et de travailleurs saisonniers les plus élevés au pays. Ces derniers constituent un groupe identifiable par leur faible niveau de scolarité, souvent inférieur à un diplôme d'études secondaires, et par leurs bas salaires et avantages sociaux. Ils ont aussi recours de manière récurrente à l'assurance-emploi. Ainsi :

106. *Id.*, nos soulignés.

107. L.T.N.-O., 2002, c. 18.

The group is clearly marginalized and stereotyped. The group is given little status of social value, and is often seen as «lazy». This point was highlighted in a document entitled «OECD Economics Survey of Canada 2004 : Employment Insurance», which was provided to me. [...]

The economic disadvantage may be more tangible. As members of the group have lower education, they have less job opportunities available to them. As seasonal employees, they tend to work from job to job without the comfort and assurance of ongoing employment. While it may be true that no person's job is totally secure, permanent employees tend not have the constant worry of ongoing employment. Further, the jobs that group members do obtain tend not to have the benefits associated with ongoing employment, and this again puts them at an economic disadvantage. [...]

The group, and Mercer in particular, must often leave their home to find seasonal work and must supplement this with [employment insurance] in off season. This refers to the social disadvantage to which I have already referred.

In many respects, it is difficult in this case to separate out the social disadvantage from the economic disadvantage. They are closely tied. Further, there is a circular effect between the factors, such as level of education, and the resultant disadvantage created by these factors¹⁰⁸.

Ajoutons que l'état civil est aussi, selon nous, un motif interdit de discrimination qui n'a pas encore révélé tout son potentiel en droit québécois en ce qui concerne, notamment, les mesures d'accommodement raisonnables requises, en milieu de travail, en raison d'obligations parentales.

Il est maintenant bien connu que les femmes sont à la fois surreprésentées dans les emplois atypiques et jouissent d'une moins bonne situation financière, et ce, tout assumant la plus

108. *Mercer v. Northwest Territories and Nunavut (Workers' Compensation Board)*, (13 août 2007), CHRR Doc.07-479 S. Gullberg.

grande partie des soins aux enfants, incluant les congés pour affaires familiales. En nous basant sur la jurisprudence relative aux pratiques affectant de manière discriminatoire l'ancienneté de travailleuses sur la base de leur grossesse et de leur maternité, nous pensons que les politiques d'assiduité qui, traditionnellement, ont fondé le congédiement d'employés incapables de fournir une prestation de travail suffisamment soutenue sont désormais assujetties aux exigences applicables à l'absentéisme plus particulièrement relié à des caractéristiques visées par l'interdiction de la discrimination. Une plus grande égalité au travail doit donc se traduire par la reconnaissance que ces travailleuses ont droit à des mesures d'accommodement raisonnable, sous réserve d'une preuve de contrainte excessive à la charge de l'employeur.

Le Tribunal des droits de la personne a d'ailleurs récemment rendu une décision en ce sens à l'égard du critère d'assiduité contenu dans la politique d'évaluation du rendement des chefs de table à l'emploi de la Société des casinos du Québec¹⁰⁹. Ce critère avait été appliqué à tous de manière identique, sans aucune prise en compte des motifs d'absence des chefs de table ni mesure d'accommodement, tout en affectant directement, à la baisse, leur rémunération et leur progression salariale. Le Tribunal a conclu qu'en excluant d'emblée toute mesure d'accommodement raisonnable, la politique d'évaluation comportait un caractère intrinsèquement discriminatoire à l'égard de ceux dont l'absence était reliée à un handicap ou à un état de santé assimilable à ce motif :

114. Aussi, l'application individualisée d'une norme ou d'une politique d'assiduité inclusive comporte une part de souplesse permettant d'offrir des mesures d'accommodement qui tiennent compte des caractéristiques rattachées à des motifs interdits de discrimination tels le handicap, le sexe et la grossesse. Sous réserve d'une preuve de contrainte excessive de la part de l'employeur, ces absences

109. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (François Bellfo) c. Société des casinos du Québec inc.*, 2011 QCTDP 17 (Can-LII).

doivent en effet être traitées différemment des autres, de manière à respecter le droit des travailleurs concernés à des conditions de travail exemptes de discrimination reliée à un motif prohibé par la Charte¹¹⁰.

À la lumière de ces principes, il est permis de penser qu'une politique d'assiduité au travail qui ne prévoirait aucune mesure d'accommodement envers les salariés absents en raison des obligations reliées à leur statut parental serait tout aussi susceptible d'être sanctionnée en l'absence d'une preuve de contrainte excessive de la part de l'employeur. Dans ce contexte, il sera intéressant de connaître l'issue de litiges relatifs, à titre d'exemple, à l'absentéisme de travailleuses agissant aussi comme «aidantes naturelles» auprès d'un parent âgé ou handicapé.

3.2 L'intersection des motifs interdits de discrimination

La Cour suprême du Canada a précisé à différentes occasions la méthode appropriée pour appréhender adéquatement le phénomène complexe de la discrimination en vue de favoriser l'égalité réelle. Plus récemment, elle rappelait que celle-ci

[39] n'admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu'on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l'ensemble

110. *Id.* (j. Pausé). Dans une autre décision, le Tribunal a jugé discriminatoire une politique d'indemnisation applicable au moment de la fermeture d'un site ou d'un secteur d'opération appartenant à une compagnie minière. Pour être admissibles à l'indemnité de licenciement versée à cette occasion, les employés du personnel permanent ou régulier devaient obligatoirement être actifs et présents au travail à la date de cessation des opérations. Dans ce dossier, le plaignant était alors en congé de maladie en raison d'une incapacité totale et temporaire due à un handicap : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (François Bellfooy) c. Cambior inc.*, 2007 QCTDP 20 (CanLII).

des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe¹¹¹.

Cette méthode comporte essentiellement deux étapes, soit de déterminer d'abord si une mesure entraîne un effet préjudiciable (ou désavantage) en raison, en second lieu, de motifs interdits ou analogues à ces derniers compte tenu « de l'ensemble des contextes social, politique et juridique » auxquels un individu ou un groupe d'individus est confronté.

Selon cette approche, le demandeur qui établit à la première étape un lien avec un motif interdit, énuméré ou analogue, n'a pas à identifier un groupe, correspondant au sien, qui reçoit un avantage auquel il n'a pas accès ou qui est exempté d'un fardeau auquel il est assujéti :

[63] Il n'est pas nécessaire de désigner un groupe particulier qui corresponde précisément au groupe de demandeurs, hormis la ou les caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination. [...] Cette démarche offre la souplesse requise pour l'examen des allégations fondées sur des motifs de discrimination interreliés¹¹².

La Cour suprême adopte ici une approche privilégiant la prise en compte du phénomène de la discrimination dite « intersectionnelle » en reconnaissant expressément

[58] la possibilité que le demandeur soit touché par plusieurs motifs de discrimination interreliés. [...] Il peut arriver qu'il soit impossible de reconnaître un traitement discriminatoire à l'égard d'une personne ou d'un groupe en l'examinant au regard d'un seul motif de discrimination interdit et qu'il soit nécessaire d'appliquer plusieurs facteurs convergents qui, isolément, ne permettraient peut-

111. *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 C.S.C. 12, (jj. McLachlin et Abella), nos soulignés.

112. *Id.*, nos soulignés.

être pas de mesurer l'ampleur des conséquences du déni de l'avantage ou de l'imposition du fardeau en cause¹¹³.

Ce faisant, la Cour suprême fait sienne l'approche favorisée par la Commission ontarienne des droits de la personne :

Dans la plupart des cas, il est préférable d'utiliser une approche intersectionnelle pour traiter les plaintes fondées sur des motifs multiples. Le terme «intersectionnel» a été défini comme désignant une «oppression intersectionnelle issue de la combinaison de diverses oppressions qui, ensemble, produisent quelque chose d'unique et différent de toute forme de discrimination individuelle ...». L'approche intersectionnelle tient compte du contexte historique, social, politique et reconnaît le caractère unique de l'expérience vécue en conséquence de l'intersection de tous les motifs pertinents. Elle permet de reconnaître l'expérience particulière de discrimination due à la confluence des motifs en cause et d'y remédier¹¹⁴.

Ainsi, certaines décisions examinées jusqu'à maintenant permettent de constater que des motifs tels que le sexe, l'origine ethnique, l'âge et la condition sociale se conjuguent parfois de manière à produire un effet discriminatoire particulier, voire unique. A titre d'exemple, certains statuts précaires d'emploi sont souvent le lot de secteurs d'activité à forte concentration féminine (santé et services sociaux, industrie textile et agro-alimentaire, entretien ménager, enseignement). Ces emplois sont alors défavorisés du fait qu'ils s'inscrivent habituellement dans le prolongement des tâches domestiques auxquelles, selon des stéréotypes sexistes, les femmes seraient «naturellement prédisposées» en raison de qualités qui leur seraient tout aussi «innées». Ces stéréotypes les suivent d'ailleurs aussi dans des emplois non traditionnels où elles essaient de briser ces modèles. Elles se re-

113. *Id.*, nos soulignés.

114. COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter des plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, 2001, p. 3, nos soulignés, références omises.

trouvent alors dans des milieux où leurs capacités réelles sont mal évaluées faute d'outils adaptés à leurs caractéristiques physiques, notamment, car toute modification aux pratiques habituelles est perçue comme une diminution des exigences entraînant une baisse de la qualité du travail effectué¹¹⁵.

Par ailleurs, lorsque l'origine ethnique ou nationale se conjugue au sexe, comme dans le cas des travailleuses domestiques temporaires, les perspectives et conditions d'emploi diminuent d'autant au plan qualitatif. À ce propos, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a adopté un avis¹¹⁶ selon lequel l'exclusion des travailleuses domestiques de la protection prévue dans la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*¹¹⁷ constitue de la discrimination fondée sur une convergence de motifs, soit le sexe, la condition sociale et l'origine ethnique. En ce qui a trait à ce dernier motif, nous y lisons que :

Les perceptions dévalorisantes liées spécifiquement à la «race» ou à l'origine étrangère des femmes effectuant le travail domestique prennent notamment source dans l'histoire des programmes d'immigration et d'employabilité des domestiques et gardiennes et étrangères¹¹⁸.

115. Voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Beaudoin) c. Gaz métropolitain inc. et Société en commandite Gaz métropolitain*, préc., note 17.

116. Voir à ce sujet : Christine CAMPBELL, *La conformité de l'exclusion du domestique et du gardien de la protection automatique de la Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles à la Charte des droits et libertés de la personne*, Document adopté à la 540^e séance de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse tenue le 9 décembre 2008, résolution COM-540-5.1.

117. L.R.Q., c. A-3.001.

118. C. CAMPBELL, préc., note 116, p. 44. Nous saluons donc l'adoption, lors de la 100^e Conférence annuelle de l'Organisation internationale du travail tenue le 16 juin 2011, de la *Convention concernant le travail décent pour les travailleuses et les travailleurs domestiques (2011)* et de la *Recommandation* qui l'accompagne. Les délégués à la Conférence soulignent ainsi que quelque 83% de ces travailleurs sont des femmes ou des jeunes filles, dont beaucoup sont des travailleuses migrantes « ou appartiennent à des communautés défavorisées et sont donc particulièrement exposées à la discrimination liée aux conditions d'emploi et de travail et aux autres

En ce qui concerne plutôt les travailleuses immigrantes plus scolarisées, elles expérimentent de façon particulière, compte tenu de leurs responsabilités familiales notamment, le phénomène de la déqualification professionnelle comme une conséquence de leur exclusion d'emplois ou de professions pour lesquels elles possèdent pourtant les qualifications requises¹¹⁹.

3.3 La preuve issue des sciences sociales

Ces exemples démontrent qu'une analyse adéquate du phénomène complexe de la discrimination et de l'impact de diverses mesures ou de fardeaux sélectifs sur des personnes appartenant à des groupes vulnérables requiert parfois une prise en compte plus large des contextes économique, social et politique dans lesquels s'inscrit leur réalité. Ce faisant, force est de reconnaître l'importance de la preuve relative à ces aspects contextuels et, en conséquence, l'ouverture nécessaire des tribunaux à ces dimensions relevant du contexte social du droit¹²⁰.

Le jugement rendu par la Cour supérieure au sujet des travailleuses de *care* à domicile constitue à cet égard un exemple éloquent qui se doit d'être souligné, voire imité dans l'avenir. Il est d'ailleurs intéressant de mentionner les termes dans lesquels la Cour rejette, d'entrée de jeu, les objections soulevées en défense, par le Procureur général du Québec, quant à la recevabilité de certaines expertises. Après avoir rappelé les principes applicables à ce sujet, la Cour conclut notamment à la pertinence d'une étude, en sciences sociales, comportant des recommandations relatives à l'amélioration des conditions de travail des RSG :

violations des droits humains ». Ces nouveaux instruments prévoient d'ailleurs des mesures spéciales pour les travailleurs domestiques susceptibles d'être exposés à des risques accrus, par rapport à leurs pairs, en raison de leur jeune âge, de leur nationalité et de leur statut de résidence.

119. M.-T. CHICHA, préc., note 46.

120. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

[97] Le rapport d'expertise de madame Belleau fournit des renseignements sur un domaine particulier qui dépasse l'expérience et la connaissance d'office d'un tribunal. Son témoignage démontre qu'il existe une évidente connexité entre les conditions de vie des femmes en milieu communautaire et celles des responsables des services de garde en milieu familial. De plus, son expérience professionnelle lui a permis d'acquérir des connaissances spécialisées sur les femmes dont le travail et les compétences ne sont ni valorisés, ni reconnus. Elle peut donc porter un jugement sur la dévalorisation du travail des femmes dans notre société, et par extension sur le travail accompli par les RSG et les RI/RTF.

[98] [...] La question de savoir si le groupe dont il est question dans le présent jugement est un groupe vulnérable est une question de fait social. L'étude de madame Belleau est donc utile, même s'il ne s'agit pas d'une étude commandée par l'une des parties. Dans l'optique où l'une des questions en litige concerne la vulnérabilité des personnes dont le travail en est un de *care*, cette étude est pertinente à la fois dans le dossier des RSG et à la fois dans celui des RI/RTF¹²¹.

Il en va de même du rapport d'un autre témoin expert en relations industrielles spécialisé dans la discrimination au travail fondée sur le sexe. Dans la mesure où ce document comporte une preuve de faits législatifs et sociaux dans le contexte d'un litige relatif aux chartes, il constitue selon la Cour supérieure une preuve d'expertise « pertinente, nécessaire et donc recevable »¹²².

Cette preuve tirée de diverses sciences humaines et sociales mérite donc d'être plus largement invoquée, reconnue et facilitée en raison de son utilité et de sa pertinence pour expliquer les divers facteurs qui engendrent de la discrimination systémique de même que ceux par lesquels elle s'explique, se déploie et se reproduit. A ce jour, le Tribunal des droits de la personne n'a statué

121. *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, préc., note 104 (j. Grenier), nos soulignés.

122. *Id.*, par. 109 (j. Grenier).

qu'une seule fois en la matière¹²³. La somme de travail considérable générée par ce pourvoi, tant pour les parties au dossier que pour l'instance décisionnelle qui en est saisie, ne devrait cependant pas faire échec à l'introduction de ce type de recours qui, par sa nature même, permet de scruter exhaustivement des pratiques professionnelles afin d'en éradiquer les biais discriminatoires les moins apparents.

À ce titre, il faut saluer la confirmation, par la Cour d'appel du Québec¹²⁴, de l'analyse juridique retenue à ce sujet par le Tribunal et de son application à l'imposante preuve versée au dossier. Ce faisant, la Cour d'appel reconnaît pour la première fois la protection que la Charte québécoise offre aussi à l'encontre de la discrimination systémique¹²⁵ à titre de phénomène compromettant l'égalité réelle¹²⁶ visée par ce texte à valeur supra législative dans la hiérarchie des normes juridiques.

La Cour d'appel y rejette ainsi la contestation, par l'appelante, des statistiques sur lesquelles le Tribunal s'est appuyé pour conclure à la sous-représentation des femmes au sein des préposés réseau chez Gaz Métro. Elle reconnaît en ces termes la validité de la preuve profane et d'expert sur laquelle ce dernier s'est fondé :

[57] La juge considère, aux fins de son analyse, tant la preuve profane que la preuve d'expert et s'y réfère abondamment dans le jugement dont appel lorsqu'elle évalue les diverses composantes du processus afin de vérifier la présence ou l'absence de discrimination systémique dans le processus d'embauche externe mis en place par les appelantes en vue de favoriser l'embauche de femmes pour combler des postes de préposé réseau.

[59] La conclusion du Tribunal à propos de la sous-représentation des femmes dans le poste de préposé

123. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Beaudoin) c. Gaz métropolitain inc.*, préc., note 17.

124. *Id.*

125. *Id.*, voir les par. 47 et suivants.

126. *Id.*, voir plus particulièrement les par. 36, 38 et 56.

réseau chez Gaz Métro à l'époque pertinente repose essentiellement sur l'appréciation de la preuve d'experts. Cette conclusion est difficilement attaquable. Le taux de représentation des femmes chez Gaz Métro dans les emplois manuels et le taux de disponibilité des femmes pour ce type d'occupation permettent très certainement à la juge de conclure à cette sous-représentation marquée. Pour ce faire, la juge retient davantage le témoignage de l'experte Boukamp-Bosch que celui de l'experte Perron et s'en explique. La décision de préférer le témoignage d'une experte plutôt qu'une autre revient au juge des faits, à moins que la juge ne commette, en ce faisant, une erreur manifeste et dominante, ce que les appelantes ne démontrent pas¹²⁷.

Or, si les conclusions du Tribunal et de la Cour d'appel dans ce dossier, de même que celles de la Cour supérieure dans celui des éducatrices et des gardiennes à domicile, confirment l'importance d'une preuve issue des sciences sociales au soutien d'une telle démonstration, force est de reconnaître que les moyens requis à cette fin sont généralement considérables, voire inaccessibles aux personnes les plus susceptibles d'en bénéficier. À cet égard, des modes de preuve plus flexibles doivent donc être envisagés. À titre d'exemple, peut-on penser que la partie en demande dans un recours de cette nature puisse être exemptée de produire une preuve de cette ampleur lorsque «l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe»¹²⁸ ont déjà été établis avec succès dans le cadre d'un recours antérieur, voire s'ils établissent des faits notoires ou de connaissance judiciaire? Il serait aussi intéressant que des responsabilités de cette nature soient expressément confiées à des organismes publics disposant de ressources spécifiquement allouées aux fins de documenter des pratiques de discrimination systémique à l'égard de groupes ciblés¹²⁹.

127. *Id.* (J. Dufresne).

128. *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 111, par.39.

129. La législature ontarienne a fait un tel choix en déléguant, à compter du 1^{er} juin 2008, la Commission des droits de la personne de ses fonctions d'enquête afin qu'elle s'emploie davantage à documenter et à contester, par la voie judiciaire notamment, des pratiques de discrimination systé-

Ainsi, bien que la jurisprudence québécoise en matière de discrimination systémique soit somme toute inexistante par rapport à différents groupes tels que les membres de minorités visibles, les personnes physiquement handicapées et celles atteintes de problèmes de santé mentale, il est permis de penser que ces individus subissent aussi diverses formes de discrimination professionnelle, de nature systémique, qui n'ont pas encore été sanctionnées à ce titre. Plus largement, alors même que des études démontrent les bénéfices sociétaux résultant d'une participation accrue des personnes handicapées au marché du travail, quelles mesures d'accommodement est-il raisonnable de demander aux acteurs de ce dernier et, en amont, aux milieux éducatifs responsables de préparer celles qui le peuvent à intégrer le marché du travail?

Conclusion

Nous souhaitons que la présente réflexion en incite d'autres à poursuivre l'analyse forcément incomplète menée ici mais qui n'en démontre pas moins la contribution toute particulière d'un tribunal spécialisé doté, au surplus, des garanties d'indépendance et d'impartialité attribuées aux instances judiciaires. En effet, ce n'est pas un hasard si certaines manifestations de discrimination plus particulièrement reliées aux statuts d'emploi précaires ont été sanctionnées par un tribunal spécialisé en cette matière et, de ce fait, plus apte à saisir les formes involontaires, mais néanmoins insidieuses de ces pratiques qui empêchent certains membres plus vulnérables de notre société d'être traités en pleine égalité pour leur contribution au plan professionnel.

Lors de la conférence inaugurale d'un colloque organisé conjointement par le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, l'honorable Louis LeBel affirmait ce qui suit :

mique : voir à ce sujet les dispositions actuelles du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19.

L'accès à la justice contribue [...] non seulement à définir le droit, mais aussi à le transposer de l'idéal au réel, du symbolique au concret. [...]

Il ne suffit pas que des lois soient adoptées, que des droits fondamentaux soient garantis, que les tribunaux, particulièrement les cours suprêmes, en explicitent le contenu et le cadre d'application. Tout cela importe. Je ne sous-estimerai pas l'importance de la jurisprudence qui, graduellement, a approfondi notre compréhension du droit à l'égalité et des phénomènes de discrimination [...]. Cependant, dans ce domaine, comme dans d'autres, il faut savoir passer de l'ordre du principe à celui de l'effectivité des droits. C'est ici que la question de l'égalité réelle rejoint le problème global et complexe de l'accès à la justice¹³⁰.

L'expérience québécoise démontre à notre avis de façon concluante qu'en raison de sa spécialisation unique, le Tribunal des droits de la personne a particulièrement su dégager la richesse de la norme québécoise d'égalité au fil d'une interprétation à la fois large et étoffée de cette dernière dans divers contextes factuels. Rappelons, à titre d'exemple, que bien avant que la Cour suprême ne l'établisse expressément, le Tribunal a incorporé une composante subjective à des motifs interdits de discrimination tels que la condition sociale¹³¹ et le handicap¹³², reconnaissant ainsi la dimension sociale de la discrimination exercée envers les personnes visées par ces motifs et, plus largement, par d'autres tels que l'âge, la religion, l'origine ethnique ou nationale et les antécédents judiciaires.

-
130. Louis LEBEL, « L'accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 27, p. 34 et 51.
131. *Commission des droits de la personne (Larente) c. Gauthier*, préc., note 84.
132. *Commission des droits de la personne (Fréchette) c. Lessard, Beaucage Lemieux Inc.*, (1992) R.D.L.P. D/27-1 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne (Poirier) c. Montréal (Ville)*, D.T.E. 94T-600 (T.D.P.Q.).

En pratique cependant, plusieurs intervenants déplorent l'enchevêtrement des structures et des recours qui, en droits de la personne, entraînent des disparités aux plans de l'accessibilité, de la preuve, de la procédure et des mesures de réparation demandées et obtenues. Soulignons aussi que l'interprétation donnée aux droits protégés par la Charte s'effectue nécessairement à travers le prisme de la finalité, de l'expertise et des caractéristiques institutionnelles de chaque instance juridictionnelle¹³³. Alors qu'il était juge en chef de la Cour d'appel du Québec, l'honorable Michel Robert commentait ainsi cette situation :

[L]a création d'un tribunal spécialisé en matière de discrimination a permis de marquer des pas significatifs dans la compréhension des mécanismes qui empêchent la pleine mise en œuvre du droit à l'égalité car il est indéniable qu'en cette matière c'est à ce Tribunal que revient le rôle de déterminer la portée effective de ce droit. [...]

Force est de constater que la mission des arbitres de griefs ou celle des adjudicateurs administratifs est traditionnellement celle de trancher des litiges qui s'inscrivent au sein de règles spécifiques, parfois techniques ou qui ont été le fruit d'un consensus entre des parties, alors que les objectifs visés par la protection du droit à l'égalité transcendent en quelque sorte les objectifs que tentent d'atteindre d'autres régimes juridiques ou même l'adoption d'une convention collective. En fait, ces instances se retrouvent souvent aux antipodes de l'approche large et contextuelle que commande l'application du droit à l'égalité¹³⁴.

133. Voir TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005. Il s'agit des textes des conférences du colloque organisé conjointement par le Tribunal et le Barreau et tenu à Montréal les 28 et 29 avril 2005. Le 8 mai 2009, l'Institut canadien d'administration de la justice tenait aussi, à Boucherville, une Table ronde régionale en droit administratif ayant pour thème *Les conflits juridictionnels en droit administratif québécois*.

134. Michel ROBERT, « Conférence inaugurale – Instances juridictionnelles et réparations », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), préc., note 133, pp. 58, 60 et 61.

Un ancien bâtonnier soulignait pour sa part en ces termes les bénéfices résultant de la spécialisation du Tribunal :

[À] ce chapitre, le Tribunal des droits de la personne se distingue des autres tribunaux, il exerce une fonction unique et indispensable, en ce qu'il a pour seule compétence l'adjudication sur des violations de la Charte, sans aucune autre préoccupation normative. Cette spécialisation lui permet de développer une jurisprudence fine qui interagit constamment avec les jurisprudences des autres tribunaux – et donc les influence significativement pour assurer une meilleure compréhension institutionnelle et collective des exigences concrètes des droits fondamentaux dans notre société¹³⁵.

Dans cet esprit, il est permis de penser que l'activité du Tribunal contribue effectivement à l'instauration d'un plus grand accès à la justice par l'élaboration de balises et de réparations concrètes en matière, notamment, de lutte contre les formes plus subtiles et contemporaines de la discrimination au travail. Ce faisant, le Tribunal participe à l'édification d'une société plus inclusive, où s'épanouit une véritable culture des droits de la personne favorisant la pleine participation de chacune de ses composantes, dont les travailleurs issus de minorités aux plans ethnique et racial et ceux plus vulnérables en raison, notamment, de leur sexe, leur âge, et leur condition sociale.

Aussi, à l'heure où plusieurs invitent le législateur à entreprendre un examen approfondi du régime de protection des droits et libertés prévu dans la Charte¹³⁶, il nous apparaît fondamental que le Tribunal soit doté d'une compétence et d'une saisine à la mesure de son rôle unique décrit en ces termes par l'honorable Gil Rémillard, ministre de la Justice au moment de sa création :

135. Denis MONDOR, « Discours de clôture – allocution du Bâtonnier du Québec » dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *id.*, pp. 532 à 533.

136. Voir Mélanie BEAUDOIN, « La Charte : une loi quasi constitutionnelle » (2011) 43-6 *J. du. Bar.* 33 et « Revoir le rôle du Tribunal », (2011) 43-6 *J. du. Bar.* 18.

Ce Tribunal va nous permettre d'assurer une plus grande accessibilité pour l'ensemble des citoyens qui non seulement verront leurs droits et leurs libertés garantis, en principe, dans un texte fondamental, qui est notre Charte des droits et libertés, mais qui pourront s'adresser par la Commission des droits directement à un tribunal qui pourra faire respecter leur droit à l'égalité. [...] Le Tribunal des droits de la personne permet un accès à la justice particulièrement efficace pour les citoyens-nes en ce qui concerne les droits et libertés, pierre d'assise de notre stabilité sociale et de notre démocratie, accès que les autres tribunaux ne sauraient assurer avec autant d'efficience, compte tenu de leurs multiples fonctions¹³⁷.

137. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 10 décembre 1990, p. 5978.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES DOMMAGES PUNITIFS EN DROIT QUÉBÉCOIS :
TRADITION, ÉVOLUTION ET... RÉVOLUTION?

Auteur(s) : Mélanie SAMSON

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : 159-201

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10264>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10264>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LES DOMMAGES PUNITIFS EN DROIT QUÉBÉCOIS : TRADITION, ÉVOLUTION ET... RÉVOLUTION?

par Mélanie SAMSON*

Dans les systèmes de common law, il est largement admis que des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés pour sanctionner une conduite malveillante, opprimante ou abusive. L'attribution de ces dommages vise à punir l'auteur de cette conduite, à dissuader les tiers d'agir de la même façon et à marquer la désapprobation du tribunal. La situation est quelque peu différente en droit québécois où le régime des dommages exemplaires conserve un caractère d'exception.

Certes, depuis quelques années, l'évolution législative et jurisprudentielle laisse entrevoir la possibilité d'une percée plus importante des dommages punitifs en droit québécois. La reconnaissance du caractère autonome du recours en dommages punitifs de l'article 49 de la Charte québécoise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt de Montigny confirme d'ailleurs cette tendance. Dans son texte, l'auteure démontre toutefois que l'arrêt de Montigny est loin d'avoir mis un terme aux difficultés relatives à la mise en œuvre de ce recours en droit québécois.

Under the common law, it is widely accepted that punitive damages may be awarded in situations where a defendant's conduct has been malicious, oppressive or abusive. An award of exemplary damages seeks to punish the defendant, acts as a deterrent to the defendant and to others from acting in this manner and expresses the outrage of the court regarding the defendant's behavior. On the contrary, under Quebec law, the awarding of punitive damages remains exceptional in nature.

It is nonetheless true that legislative and jurisprudential developments in Quebec point toward a greater receptivity to punitive damages. Thus, in the de Montigny case, the Supreme Court of Canada recognized that section 49, paragraph 2 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms establishes a remedy that is autonomous and distinct from remedies of a compensatory nature. In this article, the writer points out that the de Montigny case has not resolved all the issues surrounding the implementation of recourses for punitive damages in Quebec law.

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, avocate et assessseure au Tribunal des droits de la personne du Québec. Les opinions exprimées ici le sont à titre personnel et n'engagent que l'auteure.

SOMMAIRE

I.	Les dommages punitifs et le droit civil : entre tradition et évolution	163
A.	La valse-hésitation du législateur	164
B.	Des interprétations jurisprudentielles contradictaires.....	171
1.	L'arrêt <i>Béliveau St-Jacques</i>	172
2.	L'arrêt <i>Brault & Martineau</i>	177
II.	L'arrêt <i>de Montigny</i> : une révolution?	180
A.	Les enseignements de l'arrêt <i>de Montigny</i>	181
B.	Les perspectives d'avenir	187
	Conclusion	199

Dans les systèmes de *common law*, il est largement admis que des dommages-intérêts punitifs, aussi qualifiés d'exemplaires¹, peuvent être accordés lorsqu'une conduite « malveillante, opprimante et abusive [. . .] choque le sens de la dignité de la cour »². L'attribution de ces dommages vise à punir l'auteur de cette conduite, à dissuader les tiers d'agir de la même façon et à marquer la désapprobation de la cour³. La situation est quelque peu différente en droit québécois où « [l]e régime des dommages exemplaires conserve [...] un caractère d'exception »⁴. Pour que les tribunaux québécois puissent accorder de tels dommages, ils doivent y être autorisés « expressément »⁵ par une loi⁶.

À ce jour, plus d'une vingtaine de lois québécoises reconnaissent la possibilité d'une condamnation au paiement de

-
1. Notons que les tribunaux ont le plus souvent considéré les expressions « dommages-intérêts punitifs » et « dommages exemplaires » comme des synonymes. Sur cette question, voir : Claude DALLAIRE et Lisa CHAMANDY, « Dommages-intérêts punitifs », dans *Obligations et responsabilité civile*, JurisClasseur Québec, fascicule 28, LexisNexis, p. 28/10; Daniel GARDNER, *Le préjudice corporel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 163.
 2. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 (par. 196); *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595 (par. 36).
 3. *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, *id.* (par. 68); *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64 (par. 51); *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, [2009] R.J.Q. 2743 (C.A.) (par. 88) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2011-03-10), 33535).
 4. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, *id.* (par. 48); *France Animation, s.a. c. Robinson*, 2011 QCCA 1361 (par. 236, 242) (Requêtes pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême accueillies (C.S. Can., 2012-05-24), 34469, 34468, 34467 et 34466); *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8 (par. 150).
 5. *Berlinski c. Sawhney*, [2008] R.R.A. 915 (C.A.) (par. 5).
 6. Art. 1621 C.c.Q.; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 (par. 20); *Melocheville (Village) c. Fournier*, J.E. 99-2023 (C.A.) (par. 13); *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, précité, note 3 (par. 88); *France Animation, s.a. c. Robinson*, précité, note 4 (par. 232).

dommages punitifs⁷. La plus importante d'entre elles est sans aucun doute la *Charte des droits et libertés de la personne* qui, depuis son entrée en vigueur en 1976, prévoit que l'auteur d'une atteinte illicite et intentionnelle à un droit ou à une liberté garantis par la Charte peut être condamné au paiement de dommages-intérêts punitifs⁸.

En étant ainsi consacré dans une loi de nature quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation généreuse, et dont le champ d'application s'étend à presque toutes les activités humaines, le recours en dommages punitifs aurait presque pu devenir chose courante en droit québécois. Tel n'a toutefois pas été le cas jusqu'à maintenant.

À l'exemple du législateur, qui a délibérément choisi de ne pas inclure le droit aux dommages punitifs dans le régime général de responsabilité du nouveau Code civil, les tribunaux ont d'abord manifesté une réticence certaine à l'endroit de ce recours, considéré comme « étranger au système civiliste de droit »⁹. Depuis quelques années toutefois, l'évolution législative et jurisprudentielle laisse entrevoir la possibilité d'une percée plus importante des dommages punitifs en droit québécois (Partie I). La reconnaissance récente du caractère *autonome* du recours en dommages punitifs de l'article 49 de la Charte québécoise par la Cour suprême du Canada

-
7. Pour une liste de ces lois, voir : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, *id.* (par. 19); C. DALLAIRE et L. CHAMANDY, *loc. cit.*, note 1, 28/7. Voir aussi : Marie-Ève ARBOUR et Caroline PLANTE, « Le consommateur et les services publics au Québec », (2008) 49 *C. de D.* 27, 38, n. 46; Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1, 70, n. 167; Claude DALLAIRE, « La gestion d'une réclamation en dommages exemplaires : éléments essentiels à connaître quant à la nature et l'objectif de cette réparation, les éléments de procédure et de preuve incontournables ainsi que l'évaluation du quantum », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2007) : Tous ensemble...*, Montréal, S.F.C.B.Q., 2007, p. 71, à la page 76.
 8. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49, al. 2 (ci-après citée « Charte québécoise »).
 9. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6 (par. 17).

dans l'arrêt *de Montigny* confirme cette tendance¹⁰. On peut toutefois s'interroger sur la façon dont les enseignements tirés de cet arrêt seront reçus et appliqués par les tribunaux inférieurs (Partie II). Comme en toute matière, il est utile d'expliquer le passé pour mieux comprendre le présent et anticiper l'avenir.

I. Les dommages punitifs et le droit civil : entre tradition et évolution

En droit civil classique, le régime de la responsabilité civile est entièrement orienté vers l'indemnisation de la victime. L'objectif est de « remettre la victime dans la situation qui était la sienne avant »¹¹ qu'un comportement fautif ne lui eût causé un préjudice et non pas de punir l'auteur de ce comportement. Traditionnellement, la punition des comportements fautifs était donc considérée comme l'apanage des tribunaux de juridictions criminelle et pénale¹².

Dans la mesure où ils « ne possèdent pas de fonction compensatoire »¹³, mais visent plutôt à atteindre un triple objectif de punition, de dissuasion et de dénonciation, les dommages

10. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3; *Labelle c. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux - région de Montréal*, 2011 QCCA 334 (par. 84).

11. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214 (par. 47).

12. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 841; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6 (par. 17); Louis PERRET, « Le droit de la victime à des dommages punitifs en droit civil québécois : sens et contresens », (2003) 33 R.G.D. 233, 235.

13. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, *id.* (par. 126, 21). Au soutien de cette affirmation, la Cour cite les décisions suivantes : *Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020, 1022 (C.A.); *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44 (C.A.); *Alvetta-Comeau c. Assn des professeurs de Lignery (A.P.L.)*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.). Plus récemment, voir : *Larose c. Fleury*, [2006] R.J.Q. 1799 (C.A.) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2007-02-22), 31673); *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, précité, note 3 (par. 89).

punitifs ne s'inscrivent pas dans la logique habituelle du droit civil. C'est vraisemblablement pourquoi le législateur s'est d'abord montré hésitant à les introduire dans le droit commun québécois (A.) et pourquoi les tribunaux tendent à interpréter restrictivement les dispositions qui permettent leur attribution (B.).

A. La valse-hésitation du législateur

Même s'ils sont encore perçus et décrits comme « un emprunt à la *common law* »¹⁴, il y a en vérité bien longtemps que les dommages punitifs ont fait leur entrée dans le droit civil québécois. Déjà en 1898, la *Loi sur la compagnie royale d'électricité*¹⁵ reconnaissait la possibilité pour le tribunal d'accorder des dommages de nature non compensatoire¹⁶. La *Loi sur la protection des arbres* fait de même depuis 1929¹⁷. C'est donc de manière un peu exagérée que la Cour suprême du Canada a affirmé en 1955, dans l'arrêt *Chaput c. Romain*, que « la loi de Québec ne conna[issait] pas [le] droit à des dommages punitifs ou exemplaires »¹⁸.

Force est de reconnaître toutefois que l'enchâssement d'un recours en dommages punitifs à l'article 49 de la Charte québécoise a élargi considérablement la brèche préalablement ouverte par ces lois particulières¹⁹. Le domaine couvert par la Charte étant très vaste, certains n'ont pas tardé à dire qu'en y étant consacrés, les dommages punitifs avaient fait leur entrée dans « le droit commun de la responsabilité civile »²⁰. Cette

14. *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, *id.* (par. 87).

15. S.Q. 1898, c. 66, art. 26.

16. Daniel GARDNER, « Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 R. du B. can. 198, 201; L. PERRET, *loc. cit.*, note 12, 236.

17. L.R.Q., c. P-37, art. 1.

18. *Chaput c. Romain*, précité, note 12, 841 (italiques dans le texte).

19. L. PERRET, *loc. cit.*, note 12, 236.

20. Pauline ROY, *Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1995, p. 11; Pauline ROY, « Différentes manifestations de la notion de peine privée en

affirmation a cependant été quelque peu démentie par les choix effectués par le législateur à l'occasion de la réforme du Code civil.

Il convient de rappeler que lors de cette réforme, les dommages punitifs sont passés bien près d'être expressément reconnus comme une composante du régime de responsabilité civile de droit commun du Québec. L'Office de révision du Code civil avait en effet proposé que le tribunal soit autorisé à « accorder des dommages-intérêts punitifs dans le cadre d'un recours général en responsabilité civile, "en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde" »²¹. Cette suggestion a d'abord semblé susciter l'assentiment, à tout le moins partiel, du législateur. Une disposition de l'avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* prévoyait en effet la possibilité pour le tribunal d'accorder des dommages punitifs à la victime d'une « atteinte à ses droits et libertés fondamentaux, résultant de la faute intentionnelle ou de la faute lourde du débiteur, ou lorsque la loi prévoit expressément la possibilité d'octroyer des dommages punitifs »²². Le législateur a toutefois finalement décidé

droit québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 263, 271. Voir aussi : Louis PERRET, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121, 158.

21. P. ROY, « Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois », *id.*, 269, n. 11. L'auteure fait référence à l'article V-290 du projet de réforme de l'Office de révision du Code civil. Notons qu'une proposition similaire a été étudiée en France. À ce sujet, voir l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. » (Pierre CATALA, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 182).

22. P. ROY, *id.* Voir aussi : Maurice TANCELIN, *Des obligations : Actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 538.

de ne pas introduire dans le nouveau Code civil « le principe général du droit à des dommages punitifs en cas de faute intentionnelle » ou de faute lourde²³. De façon générale, le Code reconnaît donc seulement la possibilité pour les tribunaux d'accorder des dommages punitifs « [l]orsque la loi [en] prévoit l'attribution »²⁴.

Bien que l'idée d'intégrer les dommages punitifs au régime général de responsabilité ait été écartée, ces dommages ne sont pas totalement absents du *Code civil du Québec*²⁵. Outre ses articles 1610²⁶ et 1621²⁷, qui prennent note du fait que des dommages punitifs puissent parfois être accordés sans toutefois donner eux-mêmes ouverture à leur attribution, trois dispositions du Code civil créent véritablement un droit à des dommages punitifs. En vertu des articles 1899, 1902 et 1968 C.c.Q., l'octroi de tels dommages est en effet désormais possible lorsque le locataire est victime d'un comportement discriminatoire, de harcèlement ou d'un comportement de mauvaise foi de la part du locateur ou, parfois, d'un tiers.

Quoique l'on puisse *a priori* considérer que le législateur a franchi un grand pas en introduisant dans le Code civil des dispositions qui donnent ouverture à l'attribution de dommages

23. L. PERRET, *loc. cit.*, note 12, 237.

24. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1621 (ci-après cité « C.c.Q. »).

25. L. PERRET, *loc. cit.*, note 12, 237.

26. Art. 1610 C.c.Q. : « Le droit du créancier à des dommages-intérêts, même punitifs, est cessible et transmissible.

Il est fait exception à cette règle lorsque le droit du créancier résulte de la violation d'un droit de la personnalité; en ce cas, son droit à des dommages-intérêts est incessible, et il n'est transmissible qu'à ses héritiers. »

27. Art. 1621 C.c.Q. : « Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers. »

punitifs, force est de constater qu'en vérité, il n'a fait qu'enfoncer des portes déjà ouvertes. Sur la question des dommages punitifs, chacun des articles 1899, 1902 et 1968 C.c.Q. fait en effet double emploi avec la Charte québécoise.

Comme le faisait auparavant l'article 1665 C.c.B.C., l'article 1899 C.c.Q. prohibe certaines formes de discrimination à l'endroit des locataires enceintes ou qui ont un ou plusieurs enfants²⁸. L'article 1899 C.c.Q. se distingue cependant de son prédécesseur en reconnaissant au locataire victime d'une telle discrimination le droit de demander que le locateur fautif soit condamné à payer des dommages-intérêts punitifs. Selon les Commentaires du ministre de la Justice, l'article 1899 C.c.Q. s'inscrit en droite ligne avec les articles 10 et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁹. Il serait encore plus précis de dire qu'il énonce un cas d'application de la règle enchâssée à l'article 12 de la Charte, une disposition qui prohibe la discrimination dans l'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public, y compris le logement³⁰.

L'article 1902 C.c.Q. prévoit une autre circonstance où un locateur peut être condamné à verser des dommages-intérêts punitifs à son locataire. Il s'agit de la situation où le locateur s'est

28. Art. 1899 C.c.Q. : « Le locateur ne peut refuser de consentir un bail à une personne, refuser de la maintenir dans ses droits ou lui imposer des conditions plus onéreuses pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a un ou plusieurs enfants, à moins que son refus ne soit justifié par les dimensions du logement; il ne peut, non plus, agir ainsi pour le seul motif que cette personne a exercé un droit qui lui est accordé en vertu du présent chapitre ou en vertu de la Loi sur la Régie du logement. Il peut être attribué des *dommages-intérêts punitifs* en cas de violation de cette disposition. » (nos italiques)

29. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1193. Voir aussi : *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, [2006] R.D.I. 243 (C.A.) (par. 20).

30. Sur cette question, voir : Mélanie SAMSON, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : l'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise », (2008) 38 R.D.U.S. 41.

livré à du harcèlement à l'endroit de ce dernier³¹. À la lecture des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption du Code civil³², l'on comprend que le recours en dommages punitifs de l'article 1902 a été conçu pour être « le *pendant civil* »³³ du recours pénal prévu par l'article 112.1 de la *Loi sur la Régie du logement*, une disposition qui permettait déjà au tribunal d'imposer une amende au locateur qui use de harcèlement en vue d'évincer un locataire de son logement³⁴.

L'article 1902 du Code civil est complété par son article 1968, qui précise que le locateur peut être condamné à payer des dommages-intérêts punitifs lorsqu'il procède, de mauvaise foi, à une reprise de logement ou à une éviction³⁵. Tant l'article 1902 que l'article 1968 du *Code civil du Québec* protègent le droit du locataire à la libre jouissance des lieux loués. Or, dans l'arrêt *Investissements Historia inc.*, la Cour d'appel du Québec a confirmé que l'article 6 de la Charte québécoise protège à la fois le

-
31. Art. 1902 C.c.Q. : « Le locateur ou toute autre personne ne peut user de harcèlement envers un locataire de manière à restreindre son droit à la jouissance paisible des lieux ou à obtenir qu'il quitte le logement. Le locataire, s'il est harcelé, peut demander que le locateur ou toute autre personne qui a usé de harcèlement soit condamné à des *dommages-intérêts punitifs*. » (nos italiques)
32. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Sous-Commission des institutions, « Étude détaillée du projet de loi 125 - Code civil du Québec (15) » dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, 6 novembre 1991, p. SCI-688.
33. *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, précité, note 29 (par. 19).
34. *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, art. 112.1 : « Quiconque, en vue de convertir un immeuble locatif en copropriété divise ou d'évincer un locataire de son logement, use de harcèlement envers celui-ci de manière à restreindre son droit à la jouissance paisible du logement commet une infraction et est passible d'une amende d'au moins 5 800 \$ et d'au plus 28 975 \$. »
35. Art. 1968 C.c.Q. : « Le locataire peut recouvrer les dommages-intérêts résultant d'une reprise ou d'une éviction obtenue de mauvaise foi, qu'il ait consenti ou non à cette reprise ou éviction. Il peut aussi demander que celui qui a ainsi obtenu la reprise ou l'éviction soit condamné à des *dommages-intérêts punitifs*. » (nos italiques)

droit du propriétaire à la libre jouissance de ses biens et le droit du locataire à la jouissance paisible du bien ou du lieu loués³⁶. C'est dire que les dommages punitifs versés en vertu des articles 1902 ou 1968 du Code civil pourraient tout aussi bien être obtenus sur la base des articles 6 et 49 de la Charte québécoise.

En somme, le législateur québécois a fait preuve d'une attitude pour le moins mitigée à l'endroit des dommages punitifs au moment de la réforme du Code civil. Certes, la recodification a été l'occasion pour les dommages punitifs de faire leur entrée dans le Code civil, en ses articles 1610, 1621, 1899, 1902 et 1968. Le législateur a toutefois fait le choix de ne pas donner ouverture au recours en dommages punitifs chaque fois qu'une faute intentionnelle a été commise. Qui plus est, les rares circonstances dans lesquelles le Code civil permet l'attribution de dommages punitifs étaient déjà visées par la Charte québécoise.

La législation québécoise récente porte toutefois la marque d'une plus grande ouverture du législateur à l'endroit des dommages punitifs. De fait, l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics* en 2009 a enrichi le droit commun du Québec³⁷ d'une nouvelle disposition donnant ouverture à l'attribution de dommages punitifs en cas d'abus de procédure. Selon les termes mêmes de l'article 54.4 du *Code de procédure civile*, un tribunal

peut [désormais], en se prononçant sur le caractère abusif d'une demande en justice ou d'un acte de procédure, ordonner, le cas échéant, le remboursement de la provision

36. *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, précité, note 29 (par. 24).

37. Compte tenu du caractère général de ses règles et de sa contribution à l'ordonnement du droit, les tribunaux tendent à reconnaître que le *Code de procédure civile* est une expression du droit commun québécois. Sur cette question, voir notamment : Matthieu JUNEAU, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de maîtrise, Sainte-Foy, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2009, p. 93-94.

versée pour les frais de l'instance, condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés ou, si les circonstances le justifient, attribuer des dommages-intérêts punitifs³⁸.

Bien que les tribunaux ne se soient pas prononcés expressément sur la question, l'on notera que l'emploi de la conjonction « ou » semble indiquer que la condamnation au paiement de dommages punitifs n'a pas à être précédée d'une condamnation au paiement de dommages compensatoires³⁹, contrairement à la règle qui a longtemps prévalu dans le contexte de l'application de l'article 49 de la Charte québécoise⁴⁰.

À nos yeux, en introduisant dans le *Code de procédure civile* du Québec la possibilité pour le tribunal d'accorder, même d'office⁴¹, des dommages punitifs en cas d'abus de procédure, le législateur a clairement laissé voir qu'il envisage avec moins de méfiance qu'auparavant la percée des dommages punitifs dans le droit commun du Québec. Incidemment, l'on notera que jusqu'à maintenant, les tribunaux se sont montrés relativement généreux au moment d'établir le montant d'une condamnation au paiement de dommages punitifs en vertu de l'article 54.4 C.p.c. Ainsi, dans une affaire concernant des mesures accessoires à un divorce, la Cour d'appel du Québec a confirmé une condamnation au paiement d'une somme de 50 000 \$ à titre de dommages punitifs prononcée contre un homme qui avait manœuvré de façon à priver son ex-conjointe de ses droits d'accès réguliers avec leur fille

38. Art. 54.4 C.p.c. (nos soulignements)

39. À tout le moins, il ressort de la jurisprudence que des dommages punitifs peuvent être accordés alors que le tribunal n'a constaté aucun autre préjudice indemnisable que les frais extrajudiciaires encourus pour répondre à la procédure abusive (*Curalab inc. c. Clinique Ovo inc.*, 2009 QCCS 5731; *CPA Pool Products Inc. c. Patron*, 2010 QCCS 1339; *Droit de la famille — 101232*, 2010 QCCS 2272, conf. par : 2011 QCCA 551).

40. Sur cette question, voir les développements consacrés à l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, (*infra*, p. 14 et suiv.).

41. Art. 54.1 C.p.c.

pendant les procédures et qui, pour tenter de mettre en échec les prétentions financières de son ex-conjointe, avait produit en preuve une série de pièces atteignant deux mètres de hauteur, lesquels documents s'étaient révélés inutiles pour trancher le litige⁴². À titre de comparaison, dans l'arrêt *de Montigny*⁴³, où la condamnation au paiement de dommages punitifs prenait appui sur l'article 49 de la Charte québécoise, la Cour suprême du Canada n'a accordé qu'un montant de 10 000 \$ à titre de dommages punitifs pour une atteinte illicite et intentionnelle au droit à la vie de trois personnes⁴⁴.

B. Des interprétations jurisprudentielles contradictoires

La portée et l'effectivité d'un recours dépendent dans une large mesure de la façon dont les tribunaux interprètent la loi qui y donne ouverture. C'est ainsi que par une interprétation très littérale de l'article 49 de la Charte québécoise, inspirée de la philosophie et des raisonnements du droit civil classique, les tribunaux ont pendant longtemps restreint considérablement la possibilité d'obtenir des dommages punitifs, en subordonnant leur attribution à celle de dommages compensatoires. Cette approche était difficilement conciliable avec les principes qui régissent habituellement l'interprétation des lois constitutionnelles et quasi constitutionnelles de protection des droits de la personne (1.) et s'est avérée de plus en plus difficile à défendre au vu de

42. *Droit de la famille* — 102820, 2010 QCCA 1937, confirmant *Droit de la famille* — 10758, 2010 QCCS 1411. D'autres montants importants ont été accordés à titre de dommages punitifs en vertu de l'article 54.4 C.p.c. dans les affaires suivantes : *Tannenbaum c. Lazare et al.*, 2009 QCCS 5072 (50 000 \$); *Droit de la famille* — 103136, 2010 QCCS 5761 (25 000 \$); *Droit de la famille* — 111955, 2011 QCCS 3386 (Inscription en appel, 2011-06-28 (C.A.), 500-09-021822-119) (35 000 \$).

43. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3.

44. De façon générale, les tribunaux considèrent que la modération s'impose au moment d'établir le montant des dommages punitifs. La Cour d'appel du Québec a réitéré récemment ce principe dans l'arrêt *France Animation, s.a. c. Robinson*, précité, note 4, où elle a fait passer de 1 000 000 \$ à 250 000 \$ le montant des dommages punitifs alloués à la victime d'une atteinte illicite et intentionnelle à ses droits d'auteur.

l'interprétation jurisprudentielle plus généreuse d'autres dispositions permettant l'attribution de dommages punitifs (2.).

1. L'arrêt *Béliveau St-Jacques*

L'on se souviendra que dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*⁴⁵, la Cour suprême du Canada a pour la première fois analysé de manière approfondie l'interaction des recours de l'article 49 de la Charte québécoise avec ceux offerts par le droit commun de la responsabilité civile. Bien qu'il s'agisse d'un arrêt très connu, il nous paraît utile de rappeler brièvement les faits de l'affaire.

Madame Béliveau St-Jacques occupait initialement un emploi de secrétaire pour la Confédération des syndicats nationaux (CSN). Puis, en 1986, en vertu d'une entente signée par son employeur et la Fédération des employées et employés de services publics inc. (F.E.E.S.P.), elle est affectée au service conjoint des deux organismes syndicaux. En 1988, alléguant avoir été victime de harcèlement au travail et de harcèlement sexuel de la part de l'un de ses supérieurs, employé de la F.E.E.S.P., Madame Béliveau St-Jacques intente devant la Cour supérieure du Québec une action contre plusieurs défendeurs, dont l'employé en question, la F.E.E.S.P., et son propre employeur, c'est-à-dire la CSN.

Tant la CSN que la F.E.E.S.P. ont plaidé que la Cour supérieure n'avait pas compétence pour trancher le litige parce que Madame Béliveau St-Jacques avait déjà touché une indemnité pour les mêmes événements, en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.A.T.M.P.). Puisque l'article 438 de cette Loi prive le travailleur victime d'une lésion professionnelle de la possibilité d'intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion, les employeurs estimaient pouvoir bénéficier d'une immunité contre le recours entrepris par Madame Béliveau St-Jacques, et ce, même si ce recours était fondé sur la Charte québécoise.

45. Précité, note 6.

Saisie de l'affaire, la Cour suprême du Canada a été appelée à déterminer si le recours en réparation prévu à l'article 49 de la Charte québécoise est un recours en responsabilité civile au sens de l'article 438 de la L.A.T.M.P.

Dans une décision rendue à cinq juges contre deux, la Cour a répondu à cette question par l'affirmative. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Gonthier s'est dit d'avis que « la *Charte* ne crée pas un régime parallèle d'indemnisation »⁴⁶, le premier alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise et l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada* – devenu maintenant l'article 1457 C.c.Q. – relevant « d'un même principe juridique de responsabilité attachée au comportement fautif »⁴⁷. En assimilant ainsi le recours en réparation de l'article 49 de la Charte à un recours ordinaire en responsabilité civile, la Cour suprême du Canada en dégageait du même coup les conditions d'ouverture. Pour obtenir réparation en vertu du premier alinéa de cette disposition, le demandeur doit en effet établir, tout comme dans le contexte de l'application de l'article 1457 du *Code civil du Québec*, une faute, un préjudice et un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice⁴⁸.

En ce qui concerne plus précisément le recours en dommages punitifs, l'arrêt *Béliveau St-Jacques* a presque eu l'effet d'un éteignoir. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Gonthier a conclu que bien que ne faisant pas partie des recours traditionnellement associés au droit civil, « le recours en dommages exemplaires fondé sur l'art. 49, al. 2 de la *Charte* ne [pouvait] se dissocier des principes de la responsabilité civile », « [u]n tel recours ne [pouvant] en effet qu'être l'accessoire d'un recours principal visant à obtenir compensation du préjudice moral ou matériel »⁴⁹. Cette conclusion au sujet du caractère accessoire des dommages

46. *Id.* (par. 121); *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268 (par. 58).

47. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, *id.* (par. 119).

48. *Id.* (par. 122); *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, 613 (par. 49).

49. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, *id.* (par. 127).

punitifs reposait essentiellement sur un argument de texte. En édictant qu'« [e]n cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs »⁵⁰, le législateur avait, estimait-il, assujetti l'octroi de dommages punitifs à l'attribution préalable de dommages compensatoires.

Dans leurs motifs dissidents, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont adopté une position plus nuancée en reconnaissant au recours en dommages punitifs « une autonomie restreinte »⁵¹. Tout en assujettissant une éventuelle condamnation à la démonstration d'une faute, au sens civiliste du terme, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont noté que le recours en dommages punitifs « ne tire pas son origine des principes civilistes fondamentaux de la responsabilité »⁵² et qu'il ne relève pas du droit commun⁵³. Selon eux, les dommages punitifs devaient, certes, être considérés comme une mesure de redressement « d'exception »⁵⁴, mais ils n'en avaient pas moins un caractère « autonome et distinct de la réparation de nature compensatoire »⁵⁵.

Du point de vue de l'interprétation des lois, le raisonnement des juges majoritaires au sujet du caractère accessoire du recours en dommages punitifs de l'article 49 de la Charte québécoise était très critiquable.

Il est bien établi qu'une approche « étroite et formaliste »⁵⁶ n'est pas de mise dans l'interprétation des lois de protection des droits de la personne. Ces lois commandent plutôt une

50. Charte québécoise, art. 49. (nos soulignements)

51. Louis LeBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 R.D. McGill 231, 247.

52. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6 (par. 20) (J. L'Heureux-Dubé, diss. en partie).

53. *Id.* (par. 25-26).

54. *Id.* (par. 26).

55. *Id.*

56. *Law society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 366.

interprétation « large »⁵⁷, « libérale »⁵⁸ et « généreuse »⁵⁹ « de manière à réaliser les objets généraux qu'elle[s] sous-tend[ent] de même que les buts spécifiques de [leurs] dispositions particulières »⁶⁰. En d'autres termes, ces lois doivent, plus que toutes autres, recevoir une interprétation téléologique⁶¹.

Selon la méthode d'interprétation téléologique, une « [p]rimauté [doit] être accordée au fond sur la forme »⁶². Bien qu'il soit légitime de prendre en considération le texte de la loi⁶³, l'interprète doit « absolument dépasser [ce] texte »⁶⁴ pour mieux concrétiser l'esprit de la loi. Il en découle que lorsqu'un terme ou une expression a deux significations possibles, l'interprète de la loi doit opter pour la signification qui favorise davantage l'atteinte des objectifs poursuivis par le législateur.

57. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 156; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, 370.

58. *Hunter c. Southam Inc.*, *id.*; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, *id.*; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471 (par. 33).

59. *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, 1100 (par. 22).

60. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6, 371. Plus récemment, voir : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, précité, note 58 (par. 33) : « Dans le cas d'une loi relative aux droits de la personne, il faut se rappeler qu'elle exprime des valeurs essentielles et vise la réalisation d'objectifs fondamentaux. Il convient donc de l'interpréter libéralement et téléologiquement de manière à reconnaître sans réserve les droits qui y sont énoncés et à leur donner pleinement effet (voir, p. ex., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 497-500). »

61. *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, *id.*

62. *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, 20.

63. *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, précité, note 58 (par. 33).

64. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 260-261, cité avec approbation au par. 162 de l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 (J. L'Heureux-Dubé).

Dans le contexte du second alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise, l'expression « en outre » a deux significations possibles. La première possibilité consiste à interpréter l'expression « en outre » comme signifiant « en sus »⁶⁵. Du coup, la condamnation au paiement de dommages punitifs apparaît tributaire d'une condamnation au paiement de dommages compensatoires. L'on comprend que dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, c'est cette signification qui a été retenue par les juges de la majorité.

L'autre possibilité consiste à considérer la locution « en outre » comme un synonyme des expressions « également, en plus de cela, de surcroît, d'autre part, aussi »⁶⁶. À la lumière de cette définition, le second alinéa de l'article 49 de la Charte semble permettre non seulement au tribunal d'accorder des dommages compensatoires, mais *aussi* de faire droit à une demande de dommages exemplaires, et ce, indépendamment de l'attribution ou non de dommages compensatoires. C'est cette signification qu'ont retenue les juges dissidents La Forest et L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*.

À notre avis, seule la seconde définition de l'expression « en outre » est compatible avec une interprétation téléologique de l'article 49 de la Charte québécoise. À la lecture de ses dispositions et mieux encore si l'on consulte les débats parlementaires qui ont précédé son adoption, on comprend en effet que la Charte vise non seulement à protéger, mais aussi à « affirmer »⁶⁷ et à promouvoir⁶⁸ les droits de la personne. Ses garanties doivent donc être envisagées dans une perspective de réparation, mais aussi de « prévention » et de « régulation » des conduites⁶⁹. Or, force est de

65. *Brault & Martineau inc. c. Riendeau*, [2010] R.J.Q. 507 (C.A.) (par. 43).

66. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6 (par. 62) (soulignements dans le texte).

67. Charte québécoise, préambule.

68. Charte québécoise, art. 71.

69. Sylvie GAGNON, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* », dans BARREAU DU QUÉBEC ET TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui*

reconnaître qu'en assujettissant l'ouverture du recours en dommages punitifs à la présence d'une condamnation préalable en dommages compensatoires, on n'exploite pas pleinement son potentiel en termes de punition et de dissuasion.

À la suite de l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, il aura fallu attendre pendant tout près de quinze ans pour que la Cour suprême du Canada réexamine le statut du recours en dommages punitifs et qu'elle parvienne finalement à la conclusion que l'octroi de dommages exemplaires ne dépend pas de l'attribution préalable de dommages compensatoires. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence important que l'évolution jurisprudentielle des dernières années laissait toutefois présager...

2. L'arrêt *Brault & Martineau*

Dans le contexte de l'application du second alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise, la Cour d'appel du Québec a eu tendance à suivre à la lettre les enseignements de l'arrêt *Béliveau St-Jacques*. Jusqu'à tout récemment, la Cour a en effet réitéré, chaque fois que l'occasion lui en a été donnée, que « des dommages punitifs ne [pouvaient] être octroyés en l'absence de toute condamnation à des dommages compensatoires »⁷⁰.

Dans l'arrêt *Brault & Martineau*⁷¹, une décision rendue dans le contexte d'un litige en droit de la consommation, la Cour

et jusqu'où?, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 261, aux pages 318 et ss.

70. *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, section locale 301) c. Coll*, [2009] R.J.Q. 961 (par. 108) (C.A.). Voir aussi : *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 419 (C.A.); *Ville de Blainville c. Beauchemin*, [2003] R.J.Q. 2398 (C.A.); *Bouchard c. Agropur coopérative*, [2006] R.J.Q. 2349 (C.A.); *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, J.E. 2010-325 (C.A.) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2010-07-05), 33631; *Sarrazin c. PG du Québec*, [2010] R.R.A. 382 (C.A.) (par. 37) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême accueillie (C.S. Can., 2010-11-18), 33793; Désistement de pourvoi à la Cour suprême (C.S. Can., 2011-11-02), 33793).

71. Précité, note 65.

d'appel a toutefois démontré qu'elle n'était pas fondamentalement opposée à l'attribution de dommages punitifs en l'absence d'une condamnation au paiement de dommages compensatoires. Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il repose sur l'interprétation d'une disposition dont la formulation ressemble grandement à celle du second alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise.

Dans cette affaire, la Cour supérieure du Québec avait accueilli le recours collectif intenté par les clients insatisfaits d'une entreprise de vente au détail de meubles, de matelas, d'électroménagers et d'appareils électroniques. Ce commerçant avait contrevenu aux dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.p.c.) en faisant de la publicité qui mettait en relief la possibilité pour le client d'obtenir du crédit pour financer ses achats. Le juge du procès avait condamné l'entreprise au paiement d'une somme de deux millions de dollars à titre de dommages punitifs, et ce, sans l'avoir préalablement condamnée au paiement de dommages-intérêts compensatoires.

Saisie à son tour de l'affaire, la Cour d'appel du Québec devait déterminer si l'article 272 L.p.c. permet au tribunal d'accorder des dommages punitifs sans avoir conclu au préalable à l'attribution de dommages-intérêts compensatoires. L'article 272 L.p.c. prévoit une série de recours que le consommateur peut exercer lorsqu'un commerçant commet un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la Loi. La possibilité de réclamer une condamnation au paiement de dommages punitifs est prévue à la toute fin de la disposition, dont il est utile de reproduire ici le texte pour bien en comprendre la structure :

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas:

a) l'exécution de l'obligation;

b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant;
c) la réduction de son obligation;
d) la résiliation du contrat;
e) la résolution du contrat; ou
f) la nullité du contrat,
sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. *Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.*⁷²

[nos italiques]

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance d'accorder des dommages punitifs même s'il y avait absence de préjudice pouvant donner lieu à une condamnation en dommages compensatoires. Ses motifs reposent sur une distinction entre l'article 272 L.p.c. et le second alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise. La Cour s'est exprimée en ces termes :

Contrairement au régime applicable sous la *Charte québécoise*, dont l'article 49, au deuxième paragraphe, stipule expressément que les dommages punitifs sont « en outre », donc en sus des dommages compensatoires, l'attribution de dommages punitifs, dans les cas de violation de la *LPC*, ne dépend pas de l'attribution préalable d'une réparation d'un préjudice moral ou matériel. [...], l'article 272 *LPC* permet l'attribution de dommages punitifs même en l'absence de dommages compensatoires⁷³.

À la lecture de cet extrait de l'arrêt, l'on constate que la Cour d'appel a pris appui sur le texte du second alinéa de l'article 49 de la Charte pour, d'une part, réitérer le caractère accessoire du recours en dommages punitifs prévu par cette disposition et, d'autre part, motiver sa décision de reconnaître, à l'inverse, le caractère autonome du recours en dommages punitifs de l'article 272 L.p.c. Pourtant, le libellé de l'article 272 L.p.c. *in fine* est somme toute assez similaire à celui du second alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise.

72. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 272.

73. *Brault & Martineau inc. c. Riendeau*, précité, note 65 (par. 43).

Premièrement, dans les deux dispositions, le recours en dommages punitifs est mentionné à la suite d'une énumération d'autres recours. Deuxièmement, l'article 272 L.p.c. précise bien que le consommateur peut « également » demander des dommages punitifs. Or, l'adverbe « également » a une signification très proche de l'expression « en outre », utilisée au second alinéa de l'article 49 de la Charte. Selon le dictionnaire *Petit Robert*, l'expression « en outre » est même un synonyme de l'adverbe « également »⁷⁴. Légitimement, l'on aurait donc pu s'attendre à ce que ces deux expressions produisent le même effet. En vertu des arrêts *Béliveau St-Jacques* et *Brault & Martineau*, tel n'était toutefois pas le cas jusqu'à tout récemment.

II. L'arrêt de Montigny : une révolution?

Les droits et libertés de la personne sont un domaine du droit où les revirements jurisprudentiels ne sont pas rares. Parfois, ces revirements sont justifiés par l'évolution des valeurs et des besoins du milieu social régi par le droit⁷⁵. Souvent, ils constituent plutôt la réaction d'un tribunal supérieur à l'application extensive ou restrictive de sa jurisprudence par les tribunaux inférieurs⁷⁶. L'arrêt *de Montigny* semble s'inscrire dans ce deuxième courant. Sans la répudier, la Cour suprême nous annonce qu'une « portée trop large » a été donnée à l'opinion majoritaire émise dans l'affaire *Béliveau St-Jacques* au sujet du rapport entre le recours en dommages punitifs de l'article 49 de la

74. « Également ». In *Petit Robert*, [En ligne]. Adresse URL : <http://pr.bvdep.com/version-1/pr1.asp> (page consultée le 11 mars 2011) : « De même, aussi. [...] → 2. outre (en outre). »

75. Benjamin LAVERGNE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », (2008) 121 *Revue de la recherche juridique* 283, 299. Par exemple, dans l'arrêt *Health Services*, [2007] 2 R.C.S. 391, l'évolution du monde du travail et la reconnaissance de la liberté de négociation collective sur la scène internationale ont convaincu la Cour suprême du Canada de revoir sa jurisprudence pour finalement reconnaître que la négociation collective est l'une des dimensions de la liberté d'association protégée par l'alinéa 2d) de la Charte canadienne.

76. À titre d'exemple, le lecteur est invité à faire une lecture comparée des arrêts *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 et *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

Charte québécoise et le recours en responsabilité civile de droit commun. Après avoir dégagé les grands principes qui sous-tendent l'opinion unanime de la Cour dans l'arrêt *de Montigny* (A.), nous nous questionnerons sur leurs implications possibles (B.).

A. Les enseignements de l'arrêt de Montigny

L'arrêt *de Montigny* a été rendu par la Cour suprême du Canada au terme d'une histoire des plus tristes. Incapable d'accepter qu'ait pris fin son union avec la mère de ses enfants, un homme a enlevé la vie à son ex-conjointe et à leurs deux filles avant de mettre fin à ses jours. Dans une note laissée derrière lui, l'homme exprime sa colère et son désespoir face à la rupture de sa cellule familiale et annonce ses intentions funestes. Aucun doute ne subsiste donc quant au caractère intentionnel de l'atteinte à la vie dont ont été victimes son ex-conjointe et leurs enfants.

Le père et les sœurs de l'ex-conjointe étant assassinée, ce sont les grand-père et tantes des enfants ayant trouvé la mort qui ont intenté un recours contre la succession du meurtrier en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions ainsi qu'en leurs noms personnels.

Puisque les victimes sont décédées presque instantanément, le juge de première instance a conclu qu'il ne pouvait accorder les indemnités réclamées pour les douleurs, les souffrances et la perte d'espérance de vie des victimes. Les réclamations en dommages punitifs ont été rejetées également, pour deux motifs. Le juge du procès a considéré, d'une part, que des dommages punitifs ne pouvaient être accordés en l'absence d'une condamnation au paiement de dommages compensatoires et que, d'autre part, une condamnation au paiement de dommages punitifs était inutile vu le décès de l'auteur de l'atteinte au droit à la vie. Le recours en dommages-intérêts pour *solatium doloris* a toutefois été accueilli en partie. Toutes ces conclusions du juge de première instance ont été confirmées par la Cour d'appel du Québec.

Devant la Cour suprême du Canada, l'une des questions en litige consistait à déterminer si le décès de l'auteur d'une atteinte illicite et intentionnelle à un droit protégé par la Charte québécoise est une fin de non-recevoir à la condamnation de sa succession au paiement de dommages punitifs. Dans l'éventualité d'une réponse négative à cette question, la Cour devait aussi déterminer si la recevabilité d'une demande de dommages punitifs est nécessairement conditionnelle à une condamnation préalable au paiement de dommages compensatoires. Le plus haut tribunal du pays a conclu, d'une part, qu'une condamnation au paiement de dommages punitifs pouvait être prononcée en l'absence d'une condamnation au paiement de dommages compensatoires et que, d'autre part, même en cas de décès de l'auteur de l'atteinte illicite et intentionnelle, des dommages punitifs peuvent être accordés pour marquer la désapprobation du tribunal. Il convient d'étudier le raisonnement par lequel la Cour suprême est parvenue à chacune de ces conclusions.

L'on se souviendra que dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, la conclusion des juges de la majorité sur la question du caractère accessoire des dommages punitifs reposait, en apparence du moins, sur un argument de texte discutable. De la lecture des motifs du juge Gonthier, les tribunaux et la doctrine ont en effet retenu que c'est en raison de l'utilisation de la locution « en outre », au début du second alinéa de l'article 49 de la Charte, que les juges majoritaires avaient assujéti l'attribution de dommages punitifs à une condamnation préalable au paiement de dommages compensatoires.

Dans l'arrêt *de Montigny*, le juge LeBel propose une nouvelle lecture de l'arrêt *Béliveau St-Jacques*. Il semblerait en effet que ce soit le contexte particulier de cette affaire et non pas le texte de l'article 49 de la Charte québécoise qui ait conduit les juges de la majorité à considérer le recours en dommages punitifs comme un accessoire du recours en dommages compensatoires. Cette conclusion aurait été dictée par la préoccupation de la Cour suprême d'assurer « la viabilité à long terme » du régime étatique d'indemnisation mis en place par la *Loi sur les accidents du travail*

*et les maladies professionnelles*⁷⁷. Dans la mesure où il assure aux victimes d'accident une compensation partielle en échange de leur renonciation à la possibilité d'obtenir une compensation pleine et entière par voie d'action civile, ce régime est incompatible avec l'existence d'un recours parallèle, compensatoire et/ou punitif, fondé sur l'article 49 de la Charte. Ce serait donc « vraisemblablement » parce qu'il cherchait « à maintenir l'équilibre financier et structurel » de ce régime et à protéger « l'effectivité de l'interdiction de poursuites civiles couvrant les employeurs contribuant au régime » que le juge Gonthier aurait subordonné l'attribution de dommages punitifs à la réussite d'un recours en dommages compensatoires⁷⁸.

Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, les motifs majoritaires de l'arrêt *Béliveau St-Jacques* ne reposeraient donc pas véritablement sur une interprétation littérale de la Charte, incompatible avec les procédés d'interprétation habituellement préconisés dans l'interprétation des lois de protection des droits de la personne. Quoique de façon implicite, les juges de la majorité auraient, au contraire, procédé à une interprétation contextuelle et pragmatique du second alinéa de l'article 49 de la Charte. C'est en fonction du « contexte juridique » de l'affaire, dont « l'impératif de préservation des régimes étatiques d'indemnisation » et les conséquences qu'aurait eu la reconnaissance du caractère autonome du recours en dommages punitifs, que les juges majoritaires auraient considéré opportun d'interpréter le second alinéa de l'article 49 de la Charte comme ils l'ont fait⁷⁹. Par conséquent, les enseignements tirés de l'arrêt *Béliveau St-Jacques* devraient « être resitués dans ce cadre »⁸⁰.

Selon le juge LeBel, l'opinion des juges majoritaires dans l'affaire *Béliveau St-Jacques* s'est vu donner « une portée trop large »⁸¹. Les enseignements dégagés de cet arrêt seraient en effet

77. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3 (par. 42).

78. *Id.*

79. *Id.*

80. *Id.*

81. *Id.* (par. 45).

valables uniquement lorsque sont en cause des régimes publics d'indemnisation. « En dehors de ce contexte, rien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages exemplaires »⁸². Pleinement compatible avec le texte de l'article 49, cette autonomie pourrait même, en certaines circonstances, s'imposer pour permettre la réalisation des objectifs qui sous-tendent la Charte.

L'on se souviendra que dans l'arrêt *Larocque*⁸³, rendu en 2004, dans une affaire où la victime recherchait la cessation d'une atteinte à son droit à l'égalité, le juge LeBel avait souligné « la diversité et la flexibilité des réparations possibles dans la mise en œuvre des droits fondamentaux » garantis par la Charte québécoise⁸⁴, ajoutant que les tribunaux auraient tort de confiner la mise en œuvre du recours de l'article 49 de la Charte québécoise dans le carcan du droit de la responsabilité civile⁸⁵. Déjà à cette époque, il lui semblait que la Charte québécoise offrait, en matière de réparation, des possibilités inconnues du droit civil.

Les motifs rédigés par le juge LeBel dans l'arrêt *de Montigny* s'inscrivent dans la même ligne de pensée. S'exprimant à nouveau au sujet de la mise en œuvre de la Charte québécoise, le juge LeBel insiste sur la « souplesse nécessaire à la conception des mesures de réparation adaptées aux situations concrètes »⁸⁶, prônant ainsi une approche à la fois généreuse, contextuelle et pragmatique. Ainsi, de par sa consécration dans la Charte, le recours en dommages punitifs devrait se voir donner « ampleur » et « flexibilité »⁸⁷. Du reste, puisque la Charte québécoise a un statut quasi constitutionnel, qui lui confère préséance sur les règles de droit commun⁸⁸, rien ne justifie de subordonner

82. *Id.*

83. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789.

84. *Id.* (par. 25).

85. *Id.* (par. 26).

86. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3 (par. 44).

87. *Id.* (par. 45).

88. *Id.*

l'attribution de dommages punitifs à la démonstration d'une faute susceptible de compensation⁸⁹. Une telle approche « revient à assujettir la mise en œuvre des droits et libertés que protège la *Charte* aux règles des recours de droit civil »⁹⁰, ce qui est incompatible avec l'ordonnancement du système normatif québécois, en plus de mettre en péril la réalisation de l'objet de la Charte. Comme l'avait déjà souligné le juge LeBel dans l'arrêt *Larocque* :

des régimes législatifs comme la *Charte québécoise* exigent à l'occasion des interventions qui ne relèvent nullement du droit de la responsabilité civile. Il faut parfois mettre fin à des comportements ou modifier des usages ou des méthodes incompatibles avec la *Charte québécoise*, même en l'absence de faute au sens du droit de la responsabilité civile⁹¹.

À la lumière de ces considérations et des faits de l'affaire *de Montigny*, la Cour suprême est parvenue à la conclusion que l'absence de condamnation au paiement de dommages-intérêts compensatoires ne rendait pas, par elle-même, irrecevable la demande de dommages punitifs présentée par les appelants en leur qualité d'héritiers⁹². Dès lors, il lui a fallu déterminer si, même en cas de décès de l'auteur de l'atteinte illicite et

89. *Id.* (par. 44).

90. *Id.* (par. 45).

91. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, précité, note 83 (par. 26).

92. Tout en se réjouissant de l'autonomie nouvelle du recours en dommages punitifs prévu à l'article 49, alinéa 2, de la Charte québécoise, le professeur Popovici soutient que le droit des héritiers à des dommages punitifs a, en l'espèce, une « assise douteuse ». Dans la mesure où le droit de demander des dommages punitifs ne faisait pas partie du patrimoine des défunt(e)s, il est en effet difficilement concevable qu'il puisse avoir été transmis à leurs héritiers. Pour cette raison, le professeur Popovici estime que c'est plutôt en tant que proches des victimes que les appelants auraient dû toucher des dommages punitifs. Sur cette question, voir : Adrian POPOVICI, « L'horreur à Brossard : *De Montigny c. Brossard*, 2010 CSC 51 », (2011) 89 *R. du B. can.* 431, 437 et ss.

intentionnelle, des dommages punitifs peuvent être attribués pour marquer la désapprobation du tribunal.

Il est depuis longtemps établi que le recours en dommages punitifs de l'article 49 de la Charte québécoise a une fonction de punition et de dissuasion⁹³. Or, dans le contexte de l'affaire *de Montigny*, le décès de l'auteur de l'atteinte illicite et intentionnelle au droit à la vie rendait évidemment inutile une condamnation visant à le punir ou à le dissuader de récidiver. D'autre part, tant le juge du procès que la Cour d'appel et la Cour suprême ont considéré qu'il serait vain de tenter de décourager quiconque d'agir comme ce dernier l'avait fait. Pour reprendre les mots de la Cour d'appel, de tels comportements sont motivés par un degré de désespoir tel qu'il « rend illusoire la perspective qu'on puisse obtenir un quelconque effet dissuasif par une condamnation à des dommages punitifs »⁹⁴.

S'inspirant de la *common law* et de l'arrêt *Ward*⁹⁵, rendu dans le contexte de l'application de l'article 24 de la Charte canadienne en 2010, la Cour suprême a toutefois précisé que les dommages punitifs qui peuvent être accordés sur la base de l'article 49 de la Charte québécoise poursuivent non seulement des objectifs de punition et de dissuasion, mais aussi un objectif de *dénonciation*. Dans une perspective déclaratoire, les dommages punitifs ont pour fonction de « *communiquer* l'opinion de la justice à propos du caractère particulièrement répréhensible d'une conduite »⁹⁶. Cette fonction des dommages punitifs revêt une grande importance « lorsque l'enjeu est le respect des droits et libertés de la personne »⁹⁷. Des dommages punitifs peuvent ainsi être accordés lorsque « le caractère particulièrement grave » d'une

93. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6 (par. 21, 126).

94. *de Montigny (Succession de) c. Brossard (Succession de)*, [2008] R.J.Q. 2015 (C.A.) (par. 37).

95. *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28.

96. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3 (par. 52) (nos italiques).

97. *Id.* (par. 53).

atteinte illicite et intentionnelle à un droit protégé par la Charte québécoise ne saurait être passé sous silence⁹⁸. En de telles circonstances, l'« indignation » du tribunal pourrait justifier une condamnation au paiement d'une somme d'argent, « importante ou symbolique »⁹⁹. Dans l'arrêt *de Montigny*, la Cour a établi cette somme à 10 000 \$, un montant symbolique qui tenait compte de l'insolvabilité de la succession du meurtrier.

B. Les perspectives d'avenir

Il est encore tôt pour mesurer les retombées de l'arrêt *de Montigny*. De façon générale, cette décision contribuera certainement à ce que les dommages punitifs se voient accorder une plus grande place en droit québécois. Ainsi, dans l'arrêt *Richard c. Time Inc.*, la Cour suprême s'est inspirée de ses enseignements pour confirmer que l'article 272 de la *Loi sur la protection du consommateur* permet l'octroi de dommages punitifs indépendamment de l'attribution ou non de dommages compensatoires, et ce, non seulement dans une optique de punition et de dissuasion, mais aussi dans le but de dénoncer un comportement¹⁰⁰. Les conséquences de l'arrêt *de Montigny* sur la portée du recours en dommages punitifs prévu par le deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise paraissent toutefois plus incertaines. À tout le moins, on peut déjà affirmer, à la lumière de la jurisprudence récente, que cet arrêt n'aura pas entraîné la pleine émancipation du recours par rapport aux règles du droit civil. En effet, puisque l'attribution de dommages punitifs nécessite la démonstration d'une « atteinte illicite et intentionnelle » à un droit protégé par la Charte québécoise et que l'existence ou non de cette « atteinte illicite » est encore appréciée en fonction des règles du droit commun de la responsabilité civile, l'autonomie du recours en dommages punitifs demeure incomplète.

98. *Id.* (par. 55).

99. *Id.* (par. 52).

100. *Richard c. Time Inc.*, précité, note 4.

Dans l'affaire *Bou Malhab*¹⁰¹, un recours collectif avait été intenté contre l'animateur de radio André Arthur par les titulaires d'un permis de chauffeur de taxi qui travaillent dans la région de l'île de Montréal et dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole. Le recours faisait suite à des propos pour le moins désobligeants tenus en ondes par M. Arthur. L'animateur avait accusé ces chauffeurs de taxi d'incompétence et de malpropreté en plus de laisser entendre qu'ils obtiennent leur permis de taxi de manière illégale. Concluant au caractère diffamatoire et discriminatoire des propos tenus par André Arthur, la Cour supérieure du Québec avait condamné solidairement ce dernier et son employeur à verser à un organisme sans but lucratif la somme de 220 000 \$ à titre de dommages compensatoires. La réclamation de dommages punitifs des demandeurs avait toutefois été rejetée au motif que la preuve ne permettait pas de conclure que l'atteinte à la réputation des membres du groupe avait été commise intentionnellement.

La Cour d'appel du Québec a infirmé la décision de la Cour supérieure de condamner M. Arthur et son employeur au paiement de dommages compensatoires au motif que la diffamation suppose un préjudice individualisé et personnel. Selon la Cour d'appel, lorsqu'un groupe de personnes font l'objet de propos désobligeants, la diffamation « se perd dans la foule » de sorte que ces personnes n'ont droit à aucune compensation¹⁰². Puisque la Cour d'appel s'est prononcée dans ce dossier avant que la Cour suprême du Canada ne rende l'arrêt *de Montigny*, à une époque où le recours en dommages punitifs était encore généralement considéré comme un accessoire du recours en dommages compensatoires, sa décision d'infirmar la condamnation au paiement de dommages compensatoires lui a épargné d'avoir à se pencher sur le caractère intentionnel ou non de l'atteinte illicite au droit à la réputation des chauffeurs de taxi.

101. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, précitée, note 11.

102. *Diffusion Métromédia CMR inc. c. Bou Malhab*, [2008] R.J.Q. 2356 (C.A.) (par. 49).

Saisie à son tour de l'affaire, la Cour suprême du Canada a confirmé la décision de la Cour d'appel. Dans la mesure où la faute de M. Arthur n'était plus contestée¹⁰³, la Cour s'est surtout appliquée à déterminer si les chauffeurs de taxi visés par ses propos avaient subi un préjudice susceptible d'être indemnisé. Puisque ces personnes ne lui semblaient pas avoir subi un préjudice personnel, la Cour a refusé de leur accorder des dommages compensatoires. À la lumière des enseignements de l'arrêt *de Montigny*, la Cour aurait dû, selon nous, poursuivre son analyse et déterminer s'il y avait néanmoins matière à accorder des dommages punitifs. L'absence de préjudice moral ou matériel ne devrait plus, en effet, être considérée comme une fin de non-recevoir à l'attribution de dommages punitifs. Or, la Cour a estimé que sa conclusion sur la question des dommages compensatoires rendait inutile qu'elle étudie la possibilité d'accorder des dommages punitifs. À notre avis, c'est une confusion entre la notion d'« atteinte illicite » et celle de « préjudice » qui a conduit à ce résultat. De sa conclusion relative à l'absence de préjudice susceptible d'indemnisation, la Cour semble en effet avoir déduit une absence d'atteinte illicite à un droit protégé par la Charte.

D'entrée de jeu, la Cour suprême rappelle que la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice est nécessaire pour donner ouverture à un recours en réparation sur la base du premier alinéa de l'article 49 de la Charte¹⁰⁴. La Cour précise ensuite que tout comportement attentatoire à une liberté ou à un droit garantis par la Charte ne constitue pas nécessairement une faute, au sens civiliste du terme. Encore faut-il, nous dit la Cour, « que [cette] atteinte constitue une violation de la norme objective prévue par l'art. 1457 C.c.Q., qui est celle du comportement de la personne raisonnable et qu'aucun motif ne limite la conclusion concernant la faute, par

103. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, précité, note 11 (par. 23).

104. *Id.* Dans le même sens, voir : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6 (par. 122); *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, précité, note 48 (par. 49).

exemple, l'existence d'une immunité [...] ou la prise en considération de droits concurrents »¹⁰⁵.

Cette distinction entre la faute et l'atteinte à un droit protégé par la Charte n'est pas nouvelle. Dans l'affaire *Curateur public c. S.N.E. de l'Hôpital St-Ferdinand*, la juge L'Heureux-Dubé avait en effet précisé que « [p]our conclure à l'existence d'une atteinte illicite, il doit être démontré qu'un droit protégé par la *Charte* a été violé *et* que cette violation résulte d'un comportement fautif »¹⁰⁶. De même, dans les motifs dissidents qu'il a rédigés dans l'arrêt *Aubry*, le juge en chef Lamer s'est dit d'avis que « la simple atteinte à un droit ou à une liberté ne saurait constituer nécessairement une faute »¹⁰⁷; « [c]e ne sont que les atteintes injustifiables » aux droits protégés par la Charte « qui constituent une faute »¹⁰⁸.

La distinction entre la faute et l'atteinte à un droit garanti par la Charte québécoise est compatible avec le libellé et la structure de la Charte. De fait, la Charte ne vise pas à offrir une voie de recours chaque fois qu'il y a eu atteinte à l'un ou l'autre des droits qui y sont énoncés. Selon son article 49, le tribunal peut uniquement ordonner la réparation d'une atteinte *illicite* à un droit protégé par la Charte. C'est dire que l'atteinte ne doit pas être justifiée par l'existence d'une disposition dérogatoire, d'une

105. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, *id.* (par. 24).

106. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 (par. 116) (nos italiques).

107. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 48 (par. 11).

108. *Id.* (soulignements dans le texte). Ces propos ont été approuvés par le juge Louis LeBel dans un article publié en 2004 : « Ainsi, dans l'arrêt *Éditions Vice Versa*, la dissidence du juge en chef Lamer nota la persistance de problèmes conceptuels que pouvait entraîner l'assimilation pure et simple de l'atteinte illicite aux droits garantis par la Charte québécoise à la faute civile. Il faut, en effet, retenir les nuances, parfois délicates, entre des concepts différents tirés, l'un du droit public, l'atteinte au droit protégé, l'autre, celui de faute, du droit commun de la responsabilité délictuelle. Toute atteinte à un droit garanti ne constitue pas nécessairement une faute. La violation, à elle seule, ne met pas en jeu l'application de l'article 49 de la Charte québécoise. L'illicéité ne naît pas du seul fait de l'atteinte. » (L. LeBEL, *loc. cit.*, note 51, 248-249 (renvoi omis)).

limite intrinsèque ou d'une renonciation ou par l'une des dispositions justificatives des articles 9.1, 20 et 20.1.

S'il n'existe pas une adéquation parfaite entre la faute et l'atteinte à une liberté ou à un droit protégés par la Charte, le concept d'« atteinte illicite », lui, « se confond souvent avec celui de faute civile »¹⁰⁹. De façon générale, l'on tend à admettre que la notion d'« atteinte illicite » a toutefois un potentiel d'application plus large que celui de la « faute »¹¹⁰. À titre d'exemple, la théorie de la discrimination indirecte repose sur une conception de l'atteinte illicite à laquelle la notion de faute est complètement étrangère¹¹¹. En application de cette théorie, des comportements honnêtes et dépourvus de mauvaise foi peuvent en effet donner néanmoins ouverture à réparation pour atteinte illicite au droit à l'égalité¹¹².

En matière de diffamation, toutefois, la démonstration d'une atteinte illicite au droit au respect de la réputation, protégé par l'article 4 de la Charte, paraît plus difficile que la démonstration d'une faute. De fait, contrairement à la détermination de la faute civile, « qui suppose [uniquement] l'examen de la conduite de l'auteur de celle-ci »¹¹³, il semble que la démonstration d'une atteinte illicite au droit au respect de la réputation implique nécessairement

109. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3 (par. 44).

110. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, précité, note 83 (par. 26); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Pigeon*, D.T.E. 2002T-1156 (T.D.P.Q.) (par. 60); Maurice DRAPEAU, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) 28 *R.J.T.* 31, 55-65; Ghislain OTIS, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise », (1991) 51 *R. du B.* 561, 567; Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté? », dans Conférence Meredith 1998-1999, *La pertinence renouvelée du droit des obligations : retour aux sources*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 49, 60-67.

111. M. DRAPEAU, *id.*, 62. Voir aussi : L. LEBEL, *loc. cit.*, note 51, 244.

112. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

113. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, précité, note 11 (par. 23).

la démonstration d'un préjudice pour la victime. C'est ainsi que dans l'arrêt *Bou Malhab*, la Cour a pu parvenir à la conclusion que les propos racistes et diffamatoires de M. Arthur étaient fautifs, mais ne constituaient pas une atteinte à la réputation des chauffeurs de taxi puisque l'opinion du citoyen ordinaire à l'endroit de ces derniers ne s'en était pas trouvée modifiée¹¹⁴.

Cette confusion des notions d'« atteinte illicite » et de « préjudice » en matière de diffamation est d'autant plus préoccupante que la Cour suprême se montre particulièrement exigeante dans l'appréciation du préjudice. Ainsi, dans l'arrêt *Bou Malhab*, la Cour a exigé la démonstration d'un préjudice *personnel* subi par chacune des personnes visées par les propos de M. Arthur. Pour que le recours collectif soit accueilli, il aurait donc fallu qu'il soit démontré que la réputation de *chacun* des chauffeurs de taxi arabes ou haïtiens de Montréal avait été ternie par les propos de M. Arthur. La Cour a rejeté le recours en dommages compensatoires après avoir conclu que les propos de l'animateur Arthur n'avaient pas eu pour effet de susciter chez le citoyen ordinaire une opinion moins favorable à l'égard de *chacun* des chauffeurs de taxi arabes et haïtiens considérés *individuellement*.

Les arguments invoqués par la Cour suprême pour justifier l'exigence d'un préjudice personnel appellent quelques commentaires. D'une part, la Cour a affirmé qu'en matière de diffamation, l'exigence d'un préjudice personnel « contribue au maintien de l'équilibre entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la réputation »¹¹⁵. Avec respect, cet argument nous paraît discutable. La disposition justificative de l'article 9.1 de la Charte a précisément pour vocation de concilier les différents droits protégés par la Charte québécoise, y compris, en matière de diffamation, la liberté d'expression et le droit au respect de la réputation¹¹⁶. C'est donc au moment de déterminer si l'atteinte au

114. *Id.* (par. 92).

115. *Id.* (par. 46).

116. Charte québécoise, art. 9.1 :

droit au respect de la réputation est justifiée ou non qu'il convient de prendre en considération la liberté d'expression de l'auteur des propos litigieux. Quant à l'appréciation du préjudice, elle relève d'une étape subséquente de l'analyse. En somme, ce premier argument de la Cour ne nous convainc pas de l'exigence d'un préjudice personnel en matière de diffamation, mais il nous conforte dans l'idée que la Cour a opéré une fusion des notions d'« atteinte illicite » et de « préjudice ».

Au soutien de sa décision d'exiger la démonstration d'un préjudice personnel, la Cour suprême a également cité les articles 1607¹¹⁷ et 1611¹¹⁸ du *Code civil du Québec*, deux dispositions qui prévoient les modalités d'attribution des dommages-intérêts compensatoires dans le contexte du régime de responsabilité de droit commun. La Cour a accordé une importance toute particulière au fait que l'article 1611 C.c.Q. s'exprime à la troisième personne du singulier : « Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé. »¹¹⁹ Selon la Cour, « les termes mêmes [de cette disposition] confirment que le préjudice réparé doit être personnel au créancier du droit à la réparation »¹²⁰. Sans nous prononcer sur la valeur de cet argument de texte, l'on notera qu'il est pour le moins discutable que l'existence ou non d'une *atteinte* à la réputation se trouve être ainsi déterminée à la lumière des dispositions du Code civil relatives à l'indemnisation du *préjudice*. Encore une fois, il nous semble déceler une certaine confusion sur le plan conceptuel. D'autre part, si « les tribunaux

« 9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. »

117. Art. 1607 C.c.Q. : « Le créancier a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe. »

118. Art. 1611 C.c.Q. : « Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé.
On tient compte, pour les déterminer, du préjudice futur lorsqu'il est certain et qu'il est susceptible d'être évalué. »

119. *Id.* Les soulignements sont ceux de la Cour suprême du Canada (*Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, précité, note 11 (par. 47)).

120. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, *id.*

doivent [certes] s'inspirer du droit ordinaire » au moment d'assurer la mise en œuvre des droits protégés par la Charte québécoise, ils ne sauraient « pour autant s'y sentir liés de façon absolue »¹²¹. « En raison de son statut quasi constitutionnel, [la Charte] a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun »¹²². Par conséquent, rien ne justifie de restreindre la portée des garanties offertes par la Charte pour se conformer aux règles du droit civil.

L'assimilation de l'atteinte illicite au droit à la réputation et du préjudice en ayant découlé a des conséquences directes sur la possibilité d'obtenir des dommages punitifs. De fait, s'il n'est plus nécessaire de faire la démonstration d'un préjudice indemnisable pour que des dommages punitifs puissent être accordés, la démonstration d'une « atteinte illicite » à un droit protégé demeure, quant à elle, essentielle. Ainsi, la confusion des notions d'« atteinte illicite » et de « préjudice » a pour conséquence d'accroître le fardeau de preuve du demandeur et de lui faire perdre le bénéfice des enseignements de l'arrêt *de Montigny*.

Dans l'arrêt *Bou Malhab*, c'est parce que les chauffeurs de taxi visés par les propos de l'animateur André Arthur ne lui semblaient pas avoir subi un préjudice susceptible de réparation que la Cour suprême a refusé de rétablir la condamnation au paiement de dommages compensatoires prononcée par le juge de première instance. Le caractère diffamatoire, raciste et méprisant des propos tenus par l'animateur Arthur, lui, ne faisait toutefois aucun doute. Dans ce contexte, comment expliquer que la Cour ait jugé que sa conclusion relative aux dommages compensatoires lui épargnait d'avoir à se prononcer sur le caractère opportun ou non d'une condamnation au paiement de dommages punitifs? Dans les faits, n'est-ce pas là un retour à la conception qui prévalait avant l'arrêt *de Montigny*?

121. S. GAGNON, *loc. cit.*, note 69, 339. Voir aussi : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 1034.

122. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3 (par. 45).

Puisque les propos de M. Arthur n'avaient « rien de rationnel »¹²³, « tenaient d'une généralisation outrancière »¹²⁴ et avaient été prononcés dans le contexte d'une émission où l'animateur cherchait le sensationnalisme¹²⁵, la Cour a estimé qu'un citoyen ordinaire n'y aurait pas ajouté foi. En somme, l'absence de crédibilité du défendeur lui a en quelque sorte conférée une certaine immunité. Si ce raisonnement peut sembler compatible avec la fonction d'indemnisation des dommages compensatoires, il nous semble plus difficilement conciliable avec les fonctions punitive, dissuasive et dénonciatrice du recours en dommages punitifs.

À notre avis, dès lors qu'une atteinte injustifiée à une liberté ou à un droit garantis par la Charte québécoise est démontrée, il convient que le tribunal, s'il est saisi de la question, se prononce sur le caractère intentionnel ou non de cette atteinte illicite et qu'il détermine si une condamnation au paiement de dommages punitifs est appropriée dans les circonstances. Même en matière de diffamation, l'existence ou non d'un préjudice susceptible d'indemnisation ne devrait pas être considérée comme un élément pertinent lors de cette analyse. Dans l'affaire *Bou Malhab*, la Cour supérieure du Québec était parvenue à la conclusion que l'atteinte illicite au droit à la réputation des chauffeurs de taxi n'avait pas été commise intentionnellement. Peut-être la Cour suprême du Canada serait-elle parvenue à la même conclusion. À tout le moins, il aurait été de mise qu'elle se prononce sur la question.

Si les enseignements de l'arrêt *de Montigny* peuvent sembler avoir été bien vite oubliés, ceux de l'arrêt *Bou Malhab* ont été appliqués à la lettre par la Cour d'appel du Québec dans

123. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, précité, note 11 (par. 87).

124. *Id.* (par. 88).

125. *Id.* (par. 89).

l'affaire *Gordon c. Mailloux*¹²⁶, un litige né du passage du controversé psychiatre Pierre Mailloux à l'émission « Tout le monde en parle », le 25 septembre 2005. Disant s'appuyer sur des études américaines, Mailloux avait affirmé qu'en raison d'une sélection artificielle due à l'esclavage, les personnes de race noire qui vivent en Amérique présentent un désavantage intellectuel.

Le 13 février 2007, Erwin Gordon s'adressait à la Cour supérieure du Québec en vue d'obtenir l'autorisation d'intenter un recours collectif en dommages et intérêts contre Pierre Mailloux, la Société Radio-Canada et Guy A. Lepage, animateur de l'émission « Tout le monde en parle », au nom des personnes faisant partie d'un groupe décrit de la manière suivante : « Toute personne domiciliée et résidente dans la Province de Québec, faisant partie de la communauté de race noire, Canada, regroupant environ 175,000 personnes. » Cette autorisation lui a été refusée au motif que la demande ne remplissait pas les conditions des paragraphes *a)* et *b)* de l'article 1003 C.p.c.¹²⁷, et ce, en raison de la prescription du recours, mais aussi parce que même en prenant pour acquis le caractère raciste et diffamant des propos de Mailloux, ceux-ci ne pouvaient donner droit à compensation vu l'absence de préjudice personnel et individualisé pour chacun des membres du groupe. En réaction à ce second motif de la décision, Gordon a plaidé en appel que même si le recours collectif ne pouvait être autorisé dans son volet « dommages compensatoires »,

126. *Gordon c. Mailloux*, 2011 QCCA 992 (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême, rejetée (C.S. Can., 2011-12-08), (C.S. Can.), 34354).

127. Art. 1003 C.p.c. : « Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que
- d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres. »

l'absence de préjudice personnel et individualisé ne faisait pas obstacle à l'autorisation d'un recours collectif recherchant uniquement une condamnation au paiement de dommages punitifs. La Cour d'appel du Québec a rejeté cet argument au motif que la Charte québécoise n'a pas créé un régime indépendant et autonome de responsabilité civile et qu'un recours né de propos diffamatoires ne saurait donc prendre appui « sur le seul article 49 » de la Charte¹²⁸. Ainsi, le fait que les principes généraux du droit de la responsabilité civile consacrés à l'article 1457 C.c.Q. servent de point de départ à l'attribution de dommages compensatoires en vertu de l'article 49 de la Charte s'est à nouveau révélé être un obstacle à une réclamation autonome en dommages punitifs. Force est de constater une fois encore que même depuis l'arrêt *de Montigny*, le recours en dommages punitifs prévu par la Charte québécoise est bien loin de jouir d'une véritable autonomie.

L'on conclura néanmoins sur une note positive en mentionnant que dans une affaire opposant l'Université Laval à l'Association du personnel administratif de l'Université Laval (APAPUL), l'arbitre Serge Brault a adopté une approche qui nous paraît plus conforme aux enseignements de l'arrêt *de Montigny*. Le grief avait été déposé après que le directeur et le directeur adjoint du Service de sécurité et de prévention de l'Université aient demandé à un employé du Service de la sécurité des technologies et des systèmes d'information d'accéder à la messagerie de l'APAPUL afin d'établir l'identité de l'employé qui, par courriel, avait porté à l'attention du syndicat une mesure contraire à la convention collective. Le syndicat plaidait que cette intrusion dans le compte de courrier électronique du syndicat constituait une violation du droit au respect de la vie privée, protégé par la *Politique de sécurité sur les technologies de l'information et des télécommunications* de l'Université, la *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec*. Concédant l'absence de perte matérielle ou monétaire, le syndicat réclamait néanmoins une condamnation au

128. *Gordon c. Mailloux*, précité, note 126 (par. 11).

paiement de dommages punitifs visant à dissuader l'employeur de recommencer.

Après avoir conclu que l'auteure du courriel et son destinataire, le syndicat, pouvaient légitimement s'attendre à ce que leur échange demeure confidentiel et après être parvenu à la conclusion que l'employeur avait, par ses agissements, contrevenu à la convention collective et à la Charte québécoise, l'arbitre Brault a été appelé à déterminer s'il convenait de condamner l'employeur au paiement de dommages punitifs. Il lui a semblé que oui.

D'une part, l'arbitre de grief a considéré que l'atteinte illicite au droit au respect de la vie privée du syndicat et de l'auteure du courriel avait été commise intentionnellement. Selon lui, en agissant comme il l'avait fait, l'employeur avait précisément cherché à « lever sans leur aval, hors de leur connaissance et sans raison, le voile assurant la confidentialité de l'identité des participants à une communication reconnue privée »¹²⁹.

D'autre part, l'arbitre Brault a jugé être devant une situation où, conformément aux enseignements de l'arrêt *de Montigny*, une condamnation au paiement de dommages punitifs était de mise, même en l'absence de condamnation au paiement de dommages compensatoires. Dans une optique de punition, de dissuasion et de dénonciation, l'arbitre a condamné l'employeur à verser au syndicat, à titre de dommages punitifs, une somme équivalant aux frais directement encourus par le syndicat pour l'arbitrage. S'agissant de la nécessité pour le tribunal de dénoncer le comportement de l'employeur, l'arbitre a noté que la préservation des droits de la personne est « particulièrement impérieuse » au sein du milieu universitaire, « historiquement porteur et gardien » de ces droits¹³⁰.

129. *Université Laval c. Association du personnel administratif professionnel de l'Université Laval*, D.T.E. 2011T-189, AZ-50721993 (T.A.) (par. 91).

130. *Id.* (par. 105).

Conclusion

Bien que leur appartenance au droit civil québécois ne fait désormais plus de doute¹³¹, les dommages punitifs conservent « un caractère d'exception »¹³². Loin d'être systématique, l'attribution de dommages punitifs doit être prévue par une disposition législative expresse¹³³ et servir un objectif rationnel¹³⁴. La réticence persistante du législateur et des tribunaux à l'endroit des dommages punitifs provient vraisemblablement du fait qu'il s'agisse d'une institution empruntée à la *common law*¹³⁵. De ce fait, les dommages punitifs ont en effet parfois été perçus comme le signe d'une « contamination du droit civil »¹³⁶.

En ce qui concerne plus précisément les dommages punitifs qui peuvent être obtenus en vertu de l'article 49 de la Charte québécoise, la méfiance des tribunaux s'est pendant longtemps manifestée par une interprétation rigoureuse des critères permettant leur attribution et par une conception étroite de leur fonction préventive. Les tribunaux sont même allés jusqu'à ajouter une exigence à celles prévues par le législateur en déclarant l'attribution de ces dommages conditionnelle à une condamnation au paiement de dommages compensatoires. Puis, dans l'arrêt de *Montigny*, la Cour suprême du Canada a partiellement rectifié le tir en reconnaissant, d'une part, que le recours en dommages punitifs est autonome du recours en dommages compensatoires et que, d'autre part, l'attribution de dommages punitifs n'a pas pour seuls objectifs de punir l'auteur d'une atteinte illicite et

131. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6 (par. 20).

132. *Id.*; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3 (par. 48); *Richard c. Time Inc.*, précité, note 4.

133. Voir les autorités citées aux notes 5 et 6.

134. *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, précité, note 3 (par. 87).

135. *Id.*

136. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, précité, note 6 (par. 19), faisant référence à l'article suivant : Daniel GARDNER, « Les dommages-intérêts : une réforme inachevée », (1988) 29 *C. de D.* 883, 905.

intentionnelle à un droit protégé par la Charte et de décourager la commission d'autres actes de même nature. Parfois, une condamnation au paiement de dommages punitifs peut aussi être nécessaire pour dénoncer un comportement particulièrement inacceptable, et ce, même en l'absence de préjudice moral ou matériel.

Bien qu'il s'agisse d'un revirement jurisprudentiel important, il semble que l'arrêt *de Montigny* ne mette pas complètement un terme aux difficultés relatives à la mise en œuvre du recours en dommages punitifs de l'article 49 de la Charte. En effet, même si la Cour suprême a reconnu son autonomie par rapport au recours en dommages compensatoires, le recours en dommages punitifs n'en demeure pas moins partiellement subordonné aux règles du droit civil. Le second alinéa de l'article 49, faut-il le rappeler, offre au tribunal la possibilité d'accorder des dommages punitifs en cas d'« atteinte illicite et intentionnelle » à un droit ou à une liberté protégés par la Charte. Or, cette « atteinte illicite » est souvent assimilée à la notion de « faute » et parfois même confondue avec celle de « préjudice ». En somme, encore aujourd'hui, l'une des conditions *sine qua non* à l'attribution de dommages punitifs est généralement définie à la lumière des conditions d'ouverture du recours en responsabilité de droit commun.

Dans l'arrêt *de Montigny*, la Cour suprême du Canada nous semble avoir reconnu que l'article 49 de la Charte québécoise est une disposition de nature quasi constitutionnelle, et ce, même s'il ne s'agit pas de l'une des dispositions auxquelles l'article 52 de la Charte reconnaît expressément une primauté sur les autres lois¹³⁷. À notre avis, ce statut quasi constitutionnel devrait influencer la mise en œuvre de chacun des trois recours prévus par cette disposition.

Bien que l'assimilation du recours en dommages compensatoires au recours en responsabilité civile du droit

137. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3 (par. 45).

commun repose sur des motifs valables, dont celui d'éviter une double indemnisation, elle n'en emporte pas moins des conséquences importantes et souvent négatives sur son effectivité et, par ricochet, sur celle du recours en dommages punitifs. À notre avis, il serait de mise que les tribunaux reconnaissent, comme ils l'ont fait pour le recours en cessation de l'atteinte¹³⁸ et le recours en dommages punitifs¹³⁹, que le recours en dommages compensatoires ne coïncide pas parfaitement avec les recours du droit commun et qu'il commande, de ce fait, une approche différente, fondée sur la notion d'« atteinte illicite » plutôt que sur le concept de « faute ». Cette nouvelle approche aurait pour effet d'accroître l'efficacité du recours en dommages compensatoires et, du même coup, celle du recours en dommages punitifs.

138. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, précité, note 83.

139. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, précité, note 3.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : UN TRIBUNAL SPÉCIALISÉ POUR RÉSISTER À L'APPROCHE CIVILISTE
EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE

Auteur(s) : Stéphane BERNATCHEZ

Revue : *RDUS*, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : **203-253**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10265>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10265>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

UN TRIBUNAL SPÉCIALISÉ POUR RÉSISTER À L'APPROCHE CIVILISTE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE

par Stéphane BERNATCHEZ*

Un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne permet de résister à la colonisation de ce domaine du droit par le droit civil. Les traces de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne sont observables aux différentes étapes du raisonnement judiciaire. Une approche juridique propre aux droits de la personne se distingue à la fois par une interprétation contextuelle favorable aux droits et libertés ainsi que par les conceptions de la justice qui sont mobilisées.

The presence of a tribunal specialized in human rights is a factor in avoiding the monopolization of this area of law by the civil law. Traces of a civilian approach in the jurisprudence relating to human rights are readily perceivable at different stages of judicial reasoning. A juridical approach specific to the rights of persons is not only conducive to a contextual interpretation favorable to rights and freedoms but also by the various notions of justice which may be set in motion.

*. Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur a été, de 2006 à 2011, assesseur au *Tribunal des droits de la personne* du Québec.

SOMMAIRE

Introduction	205
I. Les traces de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne	212
A. Les traces ... dans le raisonnement et l'interprétation.....	214
B. Les traces ... dans la qualification du litige et les réparations.....	217
C. Les traces ... dans les sources citées	222
D. Les traces ... dans la logique contractuelle	225
II. Une approche chartiste des droits de la personne	230
A. L'approche contextuelle et les conceptions de la justice sous-jacentes	231
B. Deux exemples de raisonnement fondé sur les droits de la personne	240
Conclusion.....	250

*La plupart des juristes ont de la justice
une idée si vague que ce vague
même de leur idée est pour eux
la définition de la justice***

Introduction

Il existe certes plusieurs raisons pouvant justifier la création et le maintien de tribunaux spécialisés¹. Pour les fins du présent texte, la seule question examinée est susceptible, selon la réponse qui y sera apportée, de justifier l'existence du *Tribunal des droits de la personne* du Québec: dans quelle mesure un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne constitue-t-il un rempart pouvant résister à la montée de l'approche civiliste dans ce domaine du droit ?

Cette interrogation correspond à l'hypothèse qui sous-tend le présent texte, et qui ne sera qu'ébauchée ici. Car, au plan méthodologique, la meilleure façon de répondre à cette question et de valider cette hypothèse consisterait à examiner de manière très attentive la jurisprudence de ce tribunal et de la comparer à celle élaborée par les tribunaux de droit commun en matière de droits de la personne. Une telle étude exige un traitement exhaustif d'une telle ampleur qu'elle ne peut être effectuée ici. Il sera plutôt procédé de manière indirecte, soit en montrant qu'il existe une approche civiliste des droits de la personne et en présupposant qu'un tribunal spécialisé en la matière adopte, pour sa part, une approche chartiste². Le texte s'emploiera donc à distinguer les

** . Directement inspiré de Paul VALÉRY, *Tel quel*, Paris, Gallimard, 1996, p. 129 : « La plupart des hommes ont de la poésie une idée si vague que ce vague même de leur idée est pour eux la définition de la poésie ».

1. Lawrence BAUM, *Specializing the Courts*, Chicago and London, Chicago University Press, 2011.

2. Pour les fins du présent texte, les termes « chartisme » et « chartiste » sont employés pour qualifier une approche juridique propre aux droits de la personne, en les dépouillant de la connotation péjorative qui leur a été souvent assignée dans le cadre du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

deux approches et à montrer les limites d'une approche civiliste dans l'interprétation et l'application des droits.

Considérant les caractéristiques propres à la tradition et à la culture juridiques québécoises, il existe des risques réels que la *Charte des droits et libertés de la personne*³, malgré sa primauté hiérarchique dans l'ordre juridique, soit assujettie au droit civil en raison de la dominance de ce dernier – qui est souvent présenté comme la principale caractéristique du système juridique québécois, notamment dans le discours sur le bijuridisme canadien – et, par conséquent, de la formation des juristes québécois, très axée sur le mode de raisonnement civiliste. Ce constat n'est pas nouveau en droit public, ayant déjà été posé tant à l'égard du droit constitutionnel⁴ que du droit administratif⁵.

La thèse ici défendue, à savoir qu'il existe, en matière de droits de la personne, une colonisation par le droit civil, n'est pas incontestable, puisqu'il subsiste une autre thèse, celle de la réconciliation du droit civil et des droits de la personne⁶. Selon cette thèse, après que le droit civil et les droits de la personne eurent longtemps « entretenu un rapport oscillant entre l'indifférence réciproque et le conflit ouvert », « les outils de protection des droits de la personne ont toutefois commencé à trouver application, directement ou indirectement, dans des matières relevant traditionnellement du droit civil »⁷. Ce phénomène est différent de celui qui retient l'attention ici. Il ne s'agit pas en l'espèce de prétendre que le droit civil ne s'ouvre pas aux droits de la personne, ce mouvement de constitutionnalisation du droit civil, comparable à celui

3. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12.

4. Jean-François GAUDREAU-DESEBIENS, « Underlying Principles and the Migration of Reasoning Templates: A Trans-Systemic Reading of the Quebec Secession Reference », dans Sujit CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, à la page 178.

5. Robert LECKEY, « Prescribed by Law / Une règle de droit », (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal* 571.

6. Mélanie SAMSON, « Droit civil et droits de la personne au Québec et en France : conflit et réconciliation », (2009) 2 *Jurisdoctoria* 99.

7. *Id.*, à la page 101.

observé en droit du travail⁸, ayant déjà été recensé. Le phénomène qui nous intéresse ici concerne plutôt l'influence civiliste dans le raisonnement juridique des droits et libertés. En introduction de son article, Mélanie Samson donne un exemple qui illustre très bien la prépondérance accordée à la logique civiliste dans des affaires relevant des droits de la personne. Voici le résumé qu'elle en fait :

Dans une affaire venant du Québec, la Cour suprême du Canada a dû décider en 1940 si le tenancier d'une taverne avait engagé sa responsabilité en refusant de servir une personne de race noire. Abordant le litige sous l'angle du droit civil, la Cour suprême a conclu que ce refus relevait de la liberté de commerce et n'était contraire ni à la loi ni à l'ordre public. La lecture de l'arrêt permet de constater que le droit à l'égalité n'a fait l'objet d'aucune discussion.⁹

C'est très exactement de cette soumission, encore observable aujourd'hui, des droits de la personne au droit civil dont nous traiterons dans le présent article. Cette question soulève bien évidemment celle des rapports entre la Charte et le *Code civil du Québec*¹⁰, dans une perspective de hiérarchie des normes juridiques. En raison de son statut quasi-constitutionnel, la Charte devrait marquer « une dérogation, voire une rupture importante par rapport à diverses règles du droit commun. Toutefois, certaines conclusions, même fort récentes, tirées de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux donnent plutôt à penser que tant les garanties substantives de la Charte que les dispositions visant à sanctionner les atteintes portées à celles-ci demeurent, aujourd'hui encore, largement inféodées aux règles du droit com-

8. Voir le numéro thématique des *Cahiers de droit* : (2007) 48 *C. de D.* nos 1 et 2.

9. M. SAMSON, préc., note 6, à la page 101. Évidemment, à l'époque, le droit à l'égalité n'était pas expressément protégé par la législation, ce qui n'empêchait toutefois pas les tribunaux d'avoir recours à des techniques juridiques diverses pour protéger les droits, que ce soit le partage des compétences législatives, des principes constitutionnels tel celui de la primauté du droit, ou encore des principes d'interprétation favorables aux droits.

10. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

mun »¹¹. Cette propension tentaculaire de l'approche civiliste, observable tant dans la jurisprudence que dans la doctrine¹², est à ce point importante qu'elle constitue une menace potentielle à l'originalité de la Charte québécoise¹³. En cherchant à faire le bilan de la jurisprudence sur le rapport entre la Charte et le Code civil dans les domaines de droit civil, il convient plutôt de parler de « l'instrumentalisation des droits et libertés fondamentaux et de leur subordination au Code civil »¹⁴. Ce phénomène s'observe particulièrement dans « l'incorporation » des éléments de la responsabilité civile dans l'analyse juridique de la Charte, causant en cela un risque de « dérives conceptuelles » : « Les difficultés que pose l'arrimage de concepts qui ne sont pas issus des mêmes principes organisateurs créent inévitablement des conflits entre deux systèmes juridiques issus de logiques différentes »¹⁵.

-
11. Sylvie GAGNON, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 261, à la p. 269. Voir aussi : Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, à la page 357.
 12. Pour un exemple d'une telle approche civiliste, voir Paul-Arthur GENDREAU, « Le juge Jean-Louis Baudouin, les Chartes et le Code civil – Une illustration : la protection de la vie privée », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, à la page 1129.
 13. André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1993)*, vol. 45, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, à la page 65.
 14. France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë », dans (2006) *Revue du Barreau* Numéro thématique sur la Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives, p. 33, à la page 73.
 15. Michèle RIVET et Manon MONTPETIT, « L'incorporation doctrinaire des éléments constitutifs de responsabilité civile dans l'analyse de la Charte québécoise : dérives conceptuelles », dans B. MOORE (dir.), préc., note 12, p. 921, aux pages 947-948.

Sans qu'il ne s'agisse de la seule justification de la création d'un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne, la crainte de laisser la Charte québécoise entre les mains des tribunaux de droit commun a été l'un des facteurs considérés après les dix premières années de l'entrée en vigueur de la Charte. En effet, dans le rapport final de la Commission des institutions ayant proposé, en 1988, la création d'un tribunal spécialisé sur la base d'un constat des insuffisances du système de protection des droits de la personne, il est mentionné que la solution de créer un tel tribunal découle notamment du fait que

les membres d'un tribunal spécialisé des droits de la personne, étant normalement plus sensibilisés aux questions de discrimination et d'exploitation, devraient donc être mieux préparés pour statuer sur une plainte que les juges de cour ordinaire moins bien informés de la réalité de certains milieux. C'est pourquoi un tel tribunal devrait être composé d'individus possédant une expertise en droits et libertés et dont la pratique aura démontré qu'ils partagent les objectifs de la Charte¹⁶.

La Commission avait au préalable fait observer que « [l]e recours au tribunal civil, qu'il soit direct ou par le biais de la Commission [des droits de la personne], n'est guère vu dans une perspective plus encourageante par les groupes de défense des droits et libertés, qui constatent la réticence des cours ordinaires à reconnaître la discrimination et à appliquer la Charte, le système judiciaire demeurant, selon certains intervenants, "très insensible à la réalité multiculturelle du Québec" »¹⁷.

La qualité de la jurisprudence développée par le Tribunal des droits de la personne depuis sa création contraste avec la réception timide que les tribunaux ordinaires avaient réservée à la Charte québécoise. En effet, commentant les premières quinze

16. COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec*, Rapport final présenté au Président de l'Assemblée nationale, Québec, 14 juin 1988.

17. *Id.*, à la page 36.

années d'existence de la Charte, le professeur Morel s'étonnait de son « peu de retentissement »¹⁸. Tous s'entendent pour reconnaître qu'il existe une évolution importante de l'interprétation et de la portée des droits de la personne sous l'impulsion du Tribunal des droits de la personne et de sa jurisprudence créatrice, fondée sur les objectifs de la Charte.

Le juge LeBel, qui a pourtant contribué, alors qu'il était à la Cour d'appel du Québec, à l'érosion de la compétence du Tribunal des droits de la personne par sa décision dans l'arrêt *Ménard c. Rivet*¹⁹, a reconnu, lors d'un colloque consacré à la question de l'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité, organisé par le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, que « la spécialisation comporte des avantages et permet de développer une culture institutionnelle capable de traiter certaines catégories de problèmes »²⁰.

Dans un texte sur le rôle des tribunaux des droits de la personne, la professeure Diane Demers reconnaît

l'influence de leurs décisions sur l'ensemble de la jurisprudence dans la définition du droit à l'égalité. Un examen des décisions québécoises des cinq dernières années montre que la jurisprudence tant des tribunaux administratifs que de droits communs s'est inspirée, soit directement, soit indirectement par le traitement qu'en font les tribunaux supérieurs, des décisions du Tribunal des

18. A. MOREL, préc., note 13, à la page 69.

19. *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.).

20. Louis LeBEL, « L'accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle », dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 27, à la page 53. Il a par ailleurs fait, du même souffle, la mise en garde suivante : « La multiplication des spécialisations et la fragmentation des juridictions favorise (sic) les débats de compétence et stimule l'imagination des plaideurs, parfois à mauvais escient. »

droits de la personne pour trancher les questions de discrimination ou de harcèlement²¹.

Le même constat a été effectué par le professeur Michel Coutu :

À l'évidence, le Tribunal des droits de la personne a pleinement répondu aux attentes du législateur en élaborant un corpus jurisprudentiel impressionnant, en situant adéquatement le texte dans son contexte d'énonciation, notamment par référence aux principes du droit international, et en livrant une interprétation non seulement largement cohérente mais aussi éminemment créatrice de la Charte – un élément essentiel à l'épanouissement des droits et libertés de la personne²².

L'influence des décisions du Tribunal des droits de la personne ne s'est pas fait sentir uniquement à l'égard des autres tribunaux, mais « également sur les citoyens qui réclament le respect de leur droit, sur les pratiques en milieu de travail ou dans les services publics, sur les avocats qui plaident, sur les médias qui les commentent et enfin sur les universitaires qui les discutent »²³.

L'hypothèse qui sous-tend notre propos et qui ne sera tout au plus qu'esquissée dans le présent article est que l'existence d'un tribunal spécialisé constitue, précisément en raison de cette spécialisation, une garantie supplémentaire contre l'hégémonie du droit civil sur le droit relatif aux droits et libertés de la personne, plus exactement, une protection contre l'approche civiliste et le mode de raisonnement propre à ce domaine du droit. Le caractère

21. Diane DEMERS, « Les tribunaux des droits de la personne : quel rôle et quelle place « leur » réserve-t-on ? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, préc., note 11, p. 175, aux pages 204-205.

22. Michel COUTU, « Le Tribunal des droits de la personne du Québec comme « gardien de la Constitution » », dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, préc., note 20, p. 87, aux pages 112-113.

23. *Id.*, à la page 205.

expansionniste du droit de la responsabilité civile s'étant récemment manifesté à l'égard du droit administratif²⁴ – une manifestation qui, du reste, était prévisible²⁵ –, il y a lieu de penser que le droit des droits de la personne pourrait subir pareil traitement.

Après avoir retracé les signes de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne (Partie I.), il s'agira de tenter de montrer ce qui distingue une approche juridique propre aux droits de la personne (Partie II.).

I. Les traces de l'approche civiliste dans la jurisprudence relative aux droits de la personne

La *Charte des droits et libertés de la personne* jouit d'une primauté à l'égard des autres lois provinciales, dont le *Code civil du Québec*, tel que l'édicte d'ailleurs l'article 52 de la Charte qui énonce comme suit cette prépondérance :

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Indépendamment de l'existence ou non d'une disposition de prépondérance, la reconnaissance de loi ayant « un caractère fondamental et quasi constitutionnel, ce qui lui assure une suprématie de principe par rapport aux lois ordinaires »²⁶, applicable aux lois organiques garantissant les droits et libertés, dont le droit à

24. *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63; *Manuge c. Canada*, 2010 CSC 67; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2010 CSC 64.

25. Stéphane BERNATCHEZ, «Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?», (2010) 55 R.D. McGill 641, à la page 660.

26. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 27.

l'égalité et la protection contre la discrimination, a été affirmée dans une abondante jurisprudence, et ce, dès le début des années 1980²⁷. Au-delà de cette reconnaissance quasi constitutionnelle, la Charte québécoise jouit d'un statut constitutionnel au regard de l'ordre juridique québécois²⁸.

Le *Code civil du Québec* lui-même prévoit, à sa disposition préliminaire, son rapport à la Charte :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

D'où l'étonnement de lire dans l'arrêt *Amselem*²⁹, sous la plume du juge Bastarache, que c'est plutôt la Charte qui doit s'harmoniser au Code civil :

Il est aussi important de souligner que la *Charte* québécoise s'interprète en harmonie avec le *Code civil du Québec*, qui est l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec (C.c.Q., disposition préliminaire)³⁰.

27. Voir notamment : *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Law society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

28. M. COUTU, préc., note 22 aux pages 102-113.

29. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47.

30. *Id.*, par. 146 (j. Bastarache – motifs auxquels souscrivent les juges LeBel et Deschamps). De même, dans *Prudhomme c. Prudhomme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 29, la Cour exprime l'avis que cette disposition préliminaire « ne laisse planer aucun doute sur l'intention bien arrêtée

C'est précisément à la recherche de telles manifestations civilistes dans le discours judiciaire qu'il convient maintenant de s'intéresser, et ce, dans les différentes étapes du raisonnement et de l'argumentation juridiques. Ainsi, c'est à travers ces moments particuliers du raisonnement juridique, plutôt que dans le cadre d'une approche générale et abstraite, que l'approche civiliste sera décrite. Il est pertinent de souligner que les civilistes s'interrogent eux-mêmes sur la spécificité ou la particularité du droit civil³¹. Le choix méthodologique qui est fait ici, et qui consiste à définir le sens de l'approche juridique par l'étude de son usage judiciaire, constitue déjà un élément de distinction par rapport à l'approche civiliste.

A. Les traces ... dans le raisonnement et l'interprétation

Dans cet arrêt *Amselem* sur la souccah, la Cour suprême du Canada n'a pas retenu la possibilité d'examiner la nullité de la clause interdisant toute construction sur les balcons de l'immeuble, comme le prescrivent pourtant les articles 10 et 13 de la Charte :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

du législateur de donner la plus grande portée possible au champ opérationnel du Code civil ».

31. Nicolas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Éd. Thémis, 2003.

13. Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination.

Une telle clause est sans effet.

Ce faisant, la Cour suprême a permis à la disposition du contrat de copropriété de subsister, ce qui posera ultérieurement le difficile problème de la renonciation contractuelle au droit. Pour trancher le litige qui leur était soumis, les juges de la Cour suprême s'en sont plutôt remis aux articles 3 et 9.1 de la Charte qui prévoient la protection de la liberté de religion et sa limitation :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Le raisonnement effectué par les juges majoritaires dans leur application de ces dispositions soulève des difficultés importantes, précisément parce qu'ils n'ont pas emprunté la voie juridique dictée par les articles 10 et 13 de la Charte. Outre la conception subjective de la liberté de religion retenue (difficulté sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir ici puisqu'elle ne porte pas, *a priori*, sur les rapports entre la Charte et la méthode civiliste), les juges majoritaires n'ont pas appliqué la grille d'analyse développée en droit public depuis l'arrêt *Oakes*³² – et pertinente en matière de Charte québécoise³³. Comme l'a bien souligné le professeur Christian Brunelle, le fait que la Charte québécoise, contrairement à la Charte canadienne, reçoive également application dans la sphère privée « emporte une conséquence importante si l'on en

32. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 134 (J. Dickson).

33. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 769-770.

juge par la jurisprudence : il favorise, surtout en contexte de droit privé, la pénétration des principes du droit civil et l'application des grilles d'analyse « civilistes » dans l'examen des cas d'atteintes aux droits quasi-constitutionnels »³⁴. Dans l'arrêt *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*³⁵, le juge en chef Lamer a précisé la distinction entre les approches civiliste et chartiste sur ce sujet :

[...] je ne crois pas qu'une analyse de responsabilité civile tolère le déplacement du fardeau de la preuve entre les parties de la même façon que ne l'accepte le droit des chartes³⁶.

Ainsi, l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Amselem* n'applique pas le raisonnement en deux étapes propre au droit public³⁷, où chaque partie assume, à tour de rôle, le fardeau de la preuve, et procède plutôt au remplacement de la méthode « bipartite » par une méthode d'analyse « unitaire »³⁸ qui consiste à « comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre »³⁹. Adoptant un tel schème d'analyse, le juge Iacobucci conclut :

En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant

34. Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, préc., note 11, p. 343, à la page 350.

35. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

36. *Id.*, par. 12.

37. Pour un résumé de ce raisonnement, voir l'explication du juge Bastarache, dissident : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 155-156.

38. C. BRUNELLE, préc., note 34, aux pages 352-359.

39. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 154. Il s'agit du résumé que le juge Bastarache, dissident, donne de la grille d'analyse empruntée par ses collègues majoritaires.

pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion.⁴⁰

La question devient alors celle d'évaluer la gravité de l'atteinte aux droits quasi-constitutionnels que la partie défenderesse fait valoir à l'encontre du droit revendiqué par la partie demanderesse⁴¹. Comme l'ont fait observer les juges dissidents Bastarache, LeBel et Deschamps, suivant cette logique, le raisonnement se limite dès lors à « comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre; ce serait là dénaturer l'art. 9.1 qui se réfère spécifiquement à l'intérêt commun de tous les citoyens du Québec »⁴². Ainsi, même dans une situation n'impliquant que des parties privées, l'application des droits de la personne ne pourrait faire l'économie d'une réflexion faisant référence à l'intérêt commun, ce qui condamnerait toute approche conséquentialiste de type utilitariste qui se contenterait de soupeser les inconvénients pour chaque partie privée. L'analyse développée en droit public des libertés fondamentales, qui prend notamment la forme d'une pondération de droits concurrents ou contradictoires, « demande au juge et aux parties d'adopter une vision plus large de la nature des intérêts en jeu dans l'examen d'une situation juridique [...] »⁴³.

B. Les traces ... dans la qualification du litige et les réparations

Bien qu'il existe des critères juridiques permettant de distinguer le raisonnement civiliste du raisonnement chartiste, ce n'est pourtant pas la voie toujours privilégiée par la Cour suprême du Canada, notamment dans sa qualification du litige et dans le

40. *Id.*, par. 84.

41. Voir également *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 93 : « Une atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz est sans conséquence en comparaison des inconvénients disproportionnés sur la possibilité pour M^{me} Bruker de vivre pleinement sa vie comme femme juive au Canada ».

42. *Id.*, par. 154.

43. Louis LeBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 *R.D. McGill* 231, 249.

choix des réparations. C'est ainsi, par exemple, qu'elle a qualifié le litige dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.* de litige soulevant « un problème de droit civil »⁴⁴, régi en conséquence par le Code civil⁴⁵, alors que le droit à la vie privée d'une personne était opposé au droit à la liberté d'expression d'une société privée. Comme l'a fait remarquer le professeur Brunelle, « [c]'est là une affirmation qui peut surprendre compte tenu du fait que sous la rubrique de son jugement intitulée « Dispositions législatives pertinentes », la majorité ne cite que des dispositions de ... la Charte québécoise! »⁴⁶. Le professeur Brunelle note du même souffle qu'«[il] est vrai qu'en niant à la Charte québécoise une autonomie de principe qui permette de la distinguer du Code civil et de son régime de responsabilité civile, la Cour pavait déjà la voie à ce type de raisonnement dans son arrêt *Béliveau-St-Jacques* [...] »⁴⁷. Depuis cet arrêt⁴⁸, « une orientation issue de la primauté du droit civil sur les droits fondamentaux demeure perceptible », dans la mesure où « la Cour suprême avait assujéti *l'ensemble de la procédure rémédiatrice découlant de la Charte aux principes généraux de la responsabilité civile* »⁴⁹.

C'est précisément dans un article portant sur le droit à une réparation selon la *Charte des droits et libertés de la personne* que Sylvie Gagnon parle d'une « inféodation » au droit commun de la responsabilité civile⁵⁰. Prolongeant théoriquement cette critique selon laquelle « la Charte offre ainsi une forme de *protection quasi-*

44. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, préc., note 35, par. 49 : « Ce litige soulève un problème de droit civil et c'est à la lumière de ce droit qu'il doit être résolu. »

45. *Id.*, par. 39 : « Notons au départ que les faits ayant donné lieu à cette affaire s'étant produits en 1988, le litige est régi par le *Code civil du Bas Canada*. »

46. C. BRUNELLE, préc., note 34, p. 354, à la note 34.

47. *Id.*

48. Et aussi l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211.

49. Louise LALONDE, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu », (2006) *Revue du Barreau* 321, à la page 329.

50. S. GAGNON, préc., note 11, aux pages 269 et suiv.

civiliste des droits fondamentaux »⁵¹, ma collègue Louise Lalonde propose que la perspective rémédiatrice adopte une « approche de la réparation ancrée dans le monde vécu », dans ce que Jacques Lenoble appelle « un moment du droit » :

Le moment du droit n'épuise pas lui-même les conditions de sa propre application. Il présuppose toujours, au titre des conditions de son application, un « en deçà » de la norme. Il est ainsi renvoyé, non pas, comme le croit l'individualisme méthodologique des économistes, à des « préférences individuelles », mais au contraire à ce moment collectif d'une perception de notre « destinée commune », à la perception d'une « forme de vie »⁵².

Et Lenoble d'explicitier les exigences épistémologiques de la mise en œuvre de cette perception d'une forme de vie :

Cette perception d'une communauté de destin renvoie elle-même à un moment d'apprentissage et d'ajustement mutuel en fonction des « usages » en lesquels s'incarne cette perception d'une finalité éthique de la vie. Bien sûr, cette perception n'est jamais donnée et unique. Elle est elle-même, dans sa structure réflexive, l'effet d'une auto-transformation où se joue toujours notre devenir collectif et dont il importe précisément de mettre en scène, sur le plan institutionnel, les conditions de sa réflexivité. Sans une construction négociée de ce moment de réflexivité propre aux conditions d'application de la norme, irréductible donc aux conditions d'applicabilité de la norme, aucune maîtrise ne sera faite du processus d'effectuation de la norme qui sera, dès lors, laissé au seul jeu des rapports de force et de la simple reproduction des cultures dominantes⁵³.

51. L. LALONDE, préc., note 49, à la page 324.

52. Jacques LENOBLE, « L'efficiencia de la gobernanza por el derecho. Para una contextualización del derecho », (2002-03) 33 R.D.U.S. 67, à la page 64.

53. *Id.*, aux pages. 63-64.

C'est en prenant appui sur de tels fondements philosophiques que la professeure Lalonde en arrive à suggérer que l'approche procédurale, contextuelle et médiative qui doit guider la réparation en matière de droits fondamentaux tende davantage vers un objectif de promotion plutôt que de protection des droits. Cela exige une « construction commune de l'application de la norme dans le monde vécu »⁵⁴, « dans une approche collective, ou dans une visée de transformations des comportements, s'apparentant plus à la promotion des droits fondamentaux qu'à leur simple sanction »⁵⁵.

La question des dommages a récemment été traitée dans l'arrêt *de Montigny c. Brossard*⁵⁶, où le juge LeBel, s'exprimant au nom de la Cour, s'est prononcé sur le caractère autonome du recours en dommages punitifs (par rapport aux dommages compensatoires) sous le régime de la Charte. Sans abandonner complètement la logique civiliste et la notion de faute (comportement fautif)⁵⁷ que l'on retrouvait dans l'arrêt *St-Ferdinand*⁵⁸, le juge LeBel a affirmé en ces termes la spécificité du droit quasi constitutionnel eu égard au régime de droit commun de la responsabilité civile:

Comme la juge L'Heureux-Dubé l'a souligné dans *Béliveau St-Jacques* (voir notamment les par. 25 et suiv.), des chevauchements se produisent nécessairement entre les objectifs d'un recours basé sur l'art. 49 et ceux d'une action en dommages fondée sur la responsabilité civile régie par le *Code civil du Québec*. Le concept d'acte illicite, sur lequel repose l'art. 49, se confond souvent avec celui de faute civile. En conséquence, dans ces situations, les indemnités possibles en vertu de ces deux régimes s'amalgament et ne pourraient être accordées distinctement. Autrement, on doublerait l'indemnisation

54. L. LALONDE, préc., note 49, à la page 346.

55. *Id.*, à la page 347.

56. *De Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51.

57. *Id.*, par. 58-59.

58. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, préc., note 48, par. 116.

pour les mêmes actes. Cependant, cette coïncidence des recours n'est pas toujours parfaite. En raison de la finalité particulière du recours qu'il prévoit, l'art. 49, al. 2 peut, en effet, viser des actes et des conduites qui ne cadrent pas avec la notion de faute civile, ne tombant pas ainsi dans le domaine d'application du régime général de responsabilité civile du Québec. L'autonomie de ce recours ressort aussi bien du texte de l'art. 49 que des finalités distinctes de la mise en œuvre de la *Charte*, ainsi que de la nécessité de laisser à celle-ci toute la souplesse nécessaire à la conception des mesures de réparation adaptées aux situations concrètes.

Ainsi, j'estime qu'une portée trop large a été donnée à l'opinion majoritaire dans l'affaire *Béliveau St-Jacques*. Celle-ci écartait le recours de l'art. 49, al. 2 dans les seuls cas visés par des régimes publics d'indemnisation, comme celui qui s'applique au Québec en matière de lésions professionnelles. En dehors de ce contexte, rien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages exemplaires et, partant, de donner à cette mesure de redressement toute l'ampleur et la flexibilité que son incorporation à la *Charte* commande. En raison de son statut quasi constitutionnel, ce document, je le rappelle, a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun. Nier l'autonomie du droit à des dommages exemplaires conféré par la *Charte* en imposant à ceux qui l'invoquent le fardeau supplémentaire de démontrer d'abord qu'ils ont le droit d'exercer un recours dont ils ne veulent, ou ne peuvent pas, nécessairement se prévaloir revient à assujettir la mise en œuvre des droits et libertés que protège la *Charte* aux règles des recours de droit civil. Rien ne justifie que soit maintenu cet obstacle.⁵⁹

En cela, le juge LeBel fait écho à l'opinion dissidente de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, qui avait défendu avec vigueur la thèse du caractère autonome des dommages exemplaires : « la *Charte* se démarque du droit commun [en

59. *Id.*, par. 44-45.

ce qui concerne les dommages exemplaires] en créant un redressement autonome et distinct de la réparation de nature compensatoire»⁶⁰.

Déjà dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*⁶¹, le juge LeBel avait fait remarquer que « l'analyse de cette question des réparations en vertu de la *Charte québécoise* a été trop centrée sur le seul problème, si important soit-il, des rapports entre le droit commun de la responsabilité civile et les garanties des libertés fondamentales »⁶².

C. Les traces ... dans les sources citées

Comme nous l'avons vu, des modes de raisonnement ou d'interprétation peuvent, en eux-mêmes, constituer des approches restrictives des droits⁶³. Des traces de l'approche civiliste en matière de droits de la personne peuvent également être observées

-
60. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 26. Cité par le juge LeBel, dans *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 56, par. 40, qui ajoute : « Selon son opinion, l'argument de texte tiré de l'interprétation de l'expression « en outre », contenue à l'art. 49, al. 2 et sur laquelle s'est en partie basé le juge Gonthier pour conclure à l'indissociabilité des dommages exemplaires et compensatoires, signifierait que le « tribunal peut non seulement accorder des dommages compensatoires, mais "en outre", soit également, en plus de cela, de surcroît, d'autre part, aussi [. . .], faire droit à une demande de dommages exemplaires » (par. 62 (soulignement dans l'original)). D'après la juge L'Heureux-Dubé, les seconds ne dépendent donc pas des premiers. Cette autonomie du recours est toutefois partiellement restreinte par l'exigence de présenter une preuve conforme aux principes de droit commun de tous les éléments constitutifs (faute, préjudice, lien de causalité) de la responsabilité au sens du *Code civil du Québec* ».
61. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789.
62. *Id.*, par. 25.
63. Pour un exemple d'une telle approche interprétative restrictive, voir la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Syndicat des intervenantes et intervenants de la santé Nord-Est québécois (SIISNEQ) (CSQ) c. Centre de santé et de services sociaux de la Basse-Côte-Nord*, 2010 QCCA 497.

dans les sources citées à l'appui des raisonnements et des interprétations. À cet égard, nous limiterons notre démonstration à l'analyse comparative de deux jugements du juge Kasirer de la Cour d'appel du Québec.

Dans l'une des premières décisions concernant les droits qu'il a écrite à titre de juge de la Cour d'appel, cet ancien professeur de droit et privatiste⁶⁴ devait notamment déterminer si le jugement interlocutoire de la Cour supérieure, frappé d'appel, respectait les droits fondamentaux⁶⁵. Plus précisément, il était allégué que l'article 399 du *Code de procédure civile*⁶⁶ du Québec contrevenait aux articles 7 et 8 de la Charte canadienne et portait atteinte à l'inviolabilité de la personne garantie par les articles 10 et 3 de la Charte québécoise, ainsi qu'au droit à la dignité de l'article 4 et au droit à la vie privée de l'article 5.

Le juge Kasirer écrit :

Si la *Charte québécoise* avait une véritable préséance sur l'article 399 *C.p.c.*, les droits à l'intégrité et à la vie privée seraient entendus comme exprimant des valeurs absolues et empêcheraient la tenue de tout examen médical contre le gré du sujet. Nous savons que, aussi fondamentaux qu'ils soient, ces droits ont des limites, notamment dans des circonstances où l'intérêt collectif commande qu'il en soit ainsi. Ceci reflète ce que le juge Albert Mayrand a appelé « la relativité du principe de l'inviolabilité de la personne humaine »⁶⁷.

Il est intéressant de noter cette référence à un texte du grand juriste civiliste Mayrand qui, en 1975, « inaugurait les Conférences Wainwright par un remarquable exposé, *L'inviolabilité de*

64. Le professeur Kasirer a été, notamment, directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

65. *Turmel c. Turmel*, 2010 QCCA 653 (7 avril 2010).

66. *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25.

67. *Id.*, à la page 13. Il cite ici Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur (McGill Wainwright Lectures), 1975, n° 3.

la personne humaine, dont le livre sera publié la même année »⁶⁸. Le juge Kasirer s'en remettra plutôt au principe d'interprétation favorable aux droits et libertés, et conclura qu'il n'y a pas violation des droits fondamentaux invoqués, ni contravention aux valeurs exprimées par la Charte québécoise ou les droits de la personnalité consacrés par le Code civil.

Encore une fois, l'unique objectif est ici de faire observer l'utilisation des sources, qui révèle un *réflexe* civiliste, plus que chartiste⁶⁹, et de comparer les motifs du juge Kasirer à ceux qu'il rédigera dans un arrêt rendu le 30 septembre 2010⁷⁰, en appel précisément d'une décision du Tribunal des droits de la personne. Le raisonnement du Tribunal sera d'ailleurs ici suivi par la Cour d'appel. Dans cette affaire relative à un refus discriminatoire de conclure un acte juridique, l'analyse du juge Kasirer emprunte une logique et un raisonnement chartistes, ce qui se traduit notamment par les références qu'il cite⁷¹.

68. Information tirée du site du Fonds Wainwright de la Faculté de droit de l'Université

69. Dans *Turmel c. Turmel*, préc., note 65, il faut noter qu'au sujet de l'article 48 de la Charte québécoise, qui garantit à toute personne âgée ou toute personne handicapée le droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation, le juge Kasirer cite Jennifer STODDART, « L'exploitation au sens de l'article 48 de la Charte des droits et libertés de la personne », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, vol. 67, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, à la page 151.

70. *Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 1791 (CanLII).

71. Le juge Kasirer y cite des auteurs connus pour leurs écrits relatifs à la Charte québécoise : Mélanie SAMSON, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et services : l'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise », (2008) 38 R.D.U.S. 413; Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans un contexte civil », dans *Droit public et administratif*, Collection de droit, vol. 7, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009; Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in Myriam JÉZÉQUEL, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007; Colleen SHEPPARD, « Grounds of Discrimination : Towards an Inclusive and Contextual Approach », (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 893.

Évidemment, il est possible d'arguer que les vertus de cette comparaison sont limitées, en fonction des décisions, de l'origine de chacun des dossiers, etc. Néanmoins, ces deux arrêts soulèvent des questions de droits et libertés et montrent deux approches différentes dans leur traitement judiciaire. Si la démonstration d'une distinction entre des approches civiliste et chartiste peut prétendre à la validité, c'est à tout le moins au départ d'une telle comparaison entre deux raisonnements juridiques.

D. Les traces ... dans la logique contractuelle

Cela est bien connu, la question des rapports entre les droits de la personne et la liberté contractuelle possède une histoire complexe et mouvementée, surtout aux États-Unis d'Amérique. Dans l'arrêt *Chaoulli*⁷², alors que la Cour suprême du Canada a invalidé l'interdiction législative faite « aux Québécois de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services dispensés par le régime de santé public québécois »⁷³, les juges dissidents Binnie et LeBel ont rappelé cet historique américain :

Toutefois, nous ne sommes pas d'accord avec les appelants pour dire que le régime de santé québécois compromet la « liberté » des Québécois. L'argument voulant que la notion de « liberté » inclue la liberté contractuelle (en l'espèce, la liberté de conclure un contrat d'assurance médicale privée) est nouveau au Canada, où les droits économiques ne sont pas inclus dans la *Charte canadienne*, et est discrédité aux États-Unis. Dans ce pays, la Cour suprême a, pendant les premières décennies du XX^e siècle, reconnu la liberté individuelle (principalement d'employeurs) de renoncer à l'application de programmes socioéconomiques, en vertu du postulat que les règles de droit interdisant aux employeurs la conclusion de contrats oppressifs avec leurs employés portaient atteinte à leur « liberté » contractuelle : voir, p.

72. *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791.

73. *Id.*, par. 1.

ex., l'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 62 :

[TRADUCTION] . . . l'interdiction de conclure, dans une boulangerie, un contrat de travail qui permettrait de dépasser un certain nombre d'heures de travail par semaine, n'a, d'après nous, tellement rien de commun avec une disposition légitime, raisonnable et équitable qu'elle va à l'encontre de la liberté de la personne et de la liberté contractuelle prévues dans la Constitution fédérale.

Dans un commentaire sur ce courant de jurisprudence qui n'est disparu qu'avec l'arrêt *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), le professeur L. H. Tribe a écrit que la Cour suprême des États-Unis :

[TRADUCTION] . . . s'[était] fondée sur la clause d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement pour invalider des mesures législatives économiques qui, selon la Cour, portaient indûment atteinte à la liberté contractuelle, mais où la Cour était largement (voire toujours à juste titre) perçue comme substituant, en l'absence de véritable mandat constitutionnel, son propre jugement à celui du législateur. [Nous soulignons.]

(*American Constitutional Law* (3^e éd. 2000), vol. 1, p. 1318)⁷⁴

Cette question est réapparue dans la jurisprudence contemporaine de la Cour suprême du Canada. Ainsi, dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil*⁷⁵, qui soulevait le cas d'une employée de la Ville de Longueuil qui devait s'engager à y maintenir sa résidence permanente pendant la durée de son emploi (ou quitter son emploi et s'en trouver un autre), le juge La Forest a précisé que, « dans les cas où le titulaire du droit en cause n'avait pas d'autre choix que de renoncer à celui-ci, il est impossible d'affirmer qu'il y a

74. *Id.*, par. 201 et 202.

75. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

vraiment renoncé »⁷⁶. Pour expliquer cette situation, le juge La Forest a recours au langage civiliste :

Tout simplement, l'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne peut à toutes fins utiles considérer qu'elle a renoncé librement à son droit de choisir le lieu où elle veut vivre. Pour parler en civiliste, l'acquiescement exprimé par la signature de la déclaration de résidence équivalait pratiquement à l'acceptation d'un contrat d'adhésion (comme le juge Baudouin l'a conclu dans son analyse de la question de l'ordre public), et ne peut ainsi être valablement interprété comme une renonciation⁷⁷.

La question de la renonciation, qui continue de poser problème, fut néanmoins discutée dans l'arrêt *Amselem*⁷⁸, où la possibilité de renonciation contractuelle à un droit fondamental était invoquée. En Cour d'appel du Québec, le juge Dalphond avait conclu, de manière civiliste, que les Juifs orthodoxes qui voulaient installer une souccah sur leur balcon avaient soit renoncé à leur droit à la liberté de religion, soit implicitement accepté les conditions du règlement en signant la déclaration de copropriété et qu'ils devaient, en conséquence, respecter les dispositions contestées du règlement qui interdisent les décorations et les constructions sur les balcons. La Cour suprême n'a pas retenu « le fondement juridique de cette proposition »⁷⁹. La Cour suprême y a précisé les conditions de la renonciation — « à supposer qu'il soit même possible de le faire » : la décision « doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites »⁸⁰.

76. Tel que résumé par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 97.

77. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 75, par. 72.

78. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29. Le juge Iacobucci écrit, au par. 92 : « La question de savoir si quelqu'un peut renoncer à un droit constitutionnel comme la liberté de religion soulève encore des interrogations [...] ».

79. *Id.*, par. 91. Le juge Iacobucci écrit : « J'avoue avoir de la difficulté à saisir le fondement juridique de cette proposition. »

80. *Id.*, par. 100.

Dans sa dissidence, le juge Binnie, qui avait fait avec son collègue LeBel cette mise en garde contre la liberté contractuelle dans *Chaoulli*, refuse de « qualifier le problème de renonciation à la « liberté de religion », geste qui dramatiserait exagérément la situation »⁸¹. Il retient néanmoins la logique contractuelle :

[I]l me semble que l'on peut dire, plus modestement et plus justement, que la question consiste à se demander si *en l'espèce* les appelants peuvent raisonnablement insister pour aménager une souccah *personnelle*, eu égard à l'ensemble des circonstances, notamment l'engagement qu'ils ont pris, par contrat, de ne pas construire d'abri personnel, même temporaire, sur les balcons communs de l'immeuble.⁸²

Les autres juges minoritaires (Bastarache, LeBel et Deschamps) « accordent au Code civil et aux droits qu'il garantit aux copropriétaires une portée telle que la Charte québécoise s'y trouve, en quelque sorte, subordonnée »⁸³, notamment lorsqu'ils énoncent, sous la plume du juge Bastarache :

Il est aussi important de souligner que la *Charte* québécoise s'interprète en harmonie avec le *Code civil du Québec*, qui est l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec (C.c.Q., disposition préliminaire)⁸⁴.

Encore une fois, toute cette discussion relative à la renonciation contractuelle au droit aurait pu être évitée si le raisonnement juridique avait appliqué les articles 10 et 13 de la Charte plutôt que les articles 3 et 9.1.

Si, dans cet arrêt *Amselem*, la liberté contractuelle a finalement cédé devant la liberté de religion dans le jugement majoritaire, il en a été autrement décidé dans l'arrêt *Bruker c.*

81. *Id.*, par. 206.

82. *Id.*, par. 206. (soulignement ajouté)

83. C. BRUNELLE, préc., note 34, à la page 356.

84. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 146.

*Marcovitz*⁸⁵ où, là, le contrat signé entre les parties a prévalu sur la liberté religieuse de l'époux qui refusait d'accorder le *get* à son épouse. Il faut toutefois préciser que le droit à l'égalité était également en cause et militait, cette fois, dans le même sens que la liberté contractuelle.

Dans cet arrêt, l'argument contractualiste, bien que n'étant pas le seul argument militant en ce sens, sert, selon la juge Abella qui rédige les motifs de la majorité, à écarter le droit à la liberté de religion invoqué par l'époux.

M. Marcovitz, il me semble, a bien peu à mettre dans la balance. D'abord, il a conclu de son plein gré une obligation contractuelle valide et exécutoire qu'il cherche maintenant à faire annuler pour des scrupules religieux qui lui sont venus après coup. À mon avis, c'est cette tentative de se désister de sa promesse exécutoire, et non l'exécution de l'obligation, qui est contraire à l'ordre public⁸⁶.

Bien que cet argument fondé sur le contrat soulève à nouveau la question, difficile de l'aveu même de la Cour dans *Amselem*, de la renonciation contractuelle, la majorité dans *Bruker c. Marcovitz* n'a pas abordé le problème sous cet angle. Ce qui ne signifie pas que les conditions que la Cour avait formulées dans *Amselem* n'auraient pas ici été satisfaites mais, il lui aurait alors fallu trancher la question de savoir s'il est possible, en principe, de renoncer à des droits fondamentaux et quel est, à cet égard, l'effet dans le temps d'une entente signée – en distinguant bien sûr la valeur de la signature de l'entente en l'espèce par rapport à celle de la signature de la déclaration de copropriété dans *Amselem*. Encore une fois, il convient de rappeler que l'engagement contractuel n'est pas le seul élément invoqué au soutien de la conclusion à laquelle la majorité en arrive dans *Bruker c. Marcovitz* :

85. *Bruker c. Marcovitz*, préc., note 41.

86. *Id.*, par. 79.

Mais l'avantage que procure, dans l'intérêt public, le fait d'empêcher des personnes de se soustraire aux conséquences juridiques qu'entraînent leurs violations de contrat n'est qu'un des facteurs défavorables à la revendication de M. Marcovitz. Ce qui joue le plus contre lui, ce sont les atteintes importantes que la violation de ses obligations juridiques porte à nos engagements — précisés dans la Constitution et les lois — envers l'égalité, la liberté de religion et la liberté de choix en matière de mariage et de divorce⁸⁷.

Nous avons vu jusqu'ici, dans cette première partie du texte, que l'approche civiliste se manifeste à différentes étapes de l'analyse judiciaire. Il convient maintenant de montrer ce qui distingue une telle approche de l'approche chartiste, qu'il s'agit en conséquence d'étayer.

II. Une approche chartiste des droits de la personne

Bien qu'il soit difficile de montrer comment se reconnaît une approche juridique propre à la logique des droits de la personne, en comparaison d'une approche civiliste, cela est toutefois nécessaire pour les fins du présent texte puisqu'il s'agit en effet de prétendre qu'un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne résiste, par sa nature même – et l'évolution, depuis 1990, de l'interprétation et de l'application de la Charte québécoise en constitue la preuve –, à la logique civiliste. Quoi qu'il soit possible d'affirmer que les approches chartiste et civiliste se reconnaissent à la lecture d'un jugement, ce n'est certes pas suffisant pour les fins de l'argumentation que nous tentons de développer ici.

Alors que la meilleure preuve de ce qui distingue l'approche des droits de la personne serait sans doute le renvoi à des décisions particulièrement créatrices et « imaginantes » du droit tirées de la jurisprudence du Tribunal des droits de la personne, ce n'est pas le choix que nous faisons ici – car il nécessiterait une

87. *Id.*, par. 80.

étude exhaustive de la jurisprudence de ce tribunal. Nous allons plutôt retenir un arrêt de la Cour d'appel du Québec et une décision du Conseil de la magistrature qui permettent la comparaison entre différentes opinions caractérisant chaque approche. Avant d'analyser ces opinions, nous allons d'abord tenter de montrer en quoi une approche fondée sur les droits de la personne se distingue d'une approche civiliste.

A. L'approche contextuelle et les conceptions de la justice sous-jacentes

Depuis l'entrée en vigueur des chartes des droits et libertés, il est fait grand état du « nouveau » pouvoir des juges, en raison, notamment, du caractère hautement interprétatif des droits et libertés, ces notions floues au contenu indéterminé. Bien qu'il soit possible de prétendre que les droits et libertés sont des notions juridiques à contenu variable⁸⁸, il paraît beaucoup moins certain que ce soit là un « nouveau » pouvoir interprétatif car, depuis toujours, le droit possède une teneur indécise⁸⁹ ou interprétative. Ce qui est bien certain, au contraire, c'est cet effort du formalisme juridique de camoufler cette nature interprétative des lois derrière la règle du sens clair et des notions comme celle de l'intention du législateur⁹⁰.

Il ne fait pas de doute que les droits et libertés interpellent un jugement interprétatif et qu'en ce domaine, la force créative ou imaginante est déterminante. La pensée évolutive des droits et libertés en dépend largement. Les principes d'interprétation applicables sont bien établis, à commencer par celui selon lequel les droits et libertés doivent être interprétés de manière large et généreuse : l'approche interprétative doit être favorable aux droits et libertés. Dans le milieu juridique, beaucoup d'attention a été

88. Chaïm PERELMAN et V. ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

89. Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1.

90. Stéphane BERNATCHEZ, « De la représentation du pouvoir législatif à la recherche de l'intention du législateur : les fondements et les limites de la démocratie représentative », (2007) 48 *C. de D.* 449.

portée à ce travail d'interprétation en matière de droits et libertés, et nous ne comptons pas approfondir davantage cette question dans le présent texte⁹¹. Par exemple, la méthode contextuelle doit prévaloir en matière d'interprétation des droits de la personne, par opposition à une approche formaliste. Voici, à cet égard, ce qu'écrivent Michel Coutu et Pierre Bosset :

De fait, plusieurs décisions des tribunaux de droit commun favorisèrent une approche qu'on peut qualifier de formaliste, en ce que le contexte d'énonciation de la norme (l'influence du droit international, par exemple, ou la cohérence et la spécificité d'ensemble de la Charte québécoise), le contexte juridique évolutif déterminant le contenu de la norme (l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en particulier), et le contexte social dans lequel s'inscrit la norme ainsi que les conséquences pratiques susceptibles de résulter du choix d'une interprétation déterminée, ne furent guère pris en considération. On s'en remit surtout à une analyse conceptuelle peu adaptée à l'interprétation d'un texte novateur de valeur fondamentale⁹².

Pour illustrer une telle approche, en la distinguant d'une approche civiliste, l'arrêt *Vallée*⁹³ de la Cour d'appel du Québec a certes une valeur heuristique. Dans cette affaire, il s'agissait de décider si l'article 48 de la Charte québécoise, qui protège toute personne âgée ou toute personne handicapée contre l'exploitation, confère un droit distinct de ceux prévus par le *Code civil du Québec*. Pour justifier sa décision de retenir une interprétation large du droit énoncé à l'article 48 de la Charte, la juge Thibault

91. Voir notamment : Stéphane BERNATCHEZ, « Le rôle des valeurs et du contexte dans la transformation de la fonction de juger », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, à la page 333.

92. Michel COUTU et Pierre BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, volume 2, Études, Montréal, CDPDJ, 2003, p. 247, aux pages 251-252.

93. *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2005 R.J.Q. 961 (C.A.).

réfère à la fois aux règles usuelles d'interprétation d'une loi quasi constitutionnelle, aux termes absolus dans lesquels le législateur a décrit le droit conféré par l'article 48, au contexte législatif international qui montre que « la communauté internationale reconnaît le besoin d'adopter des mesures sociales susceptibles de protéger les personnes âgées parce que celles-ci sont considérées comme des personnes vulnérables » et aux insuffisances des dispositions du Code civil du Québec⁹⁴.

Si cette question du jugement juridique propre aux droits de la personne a déjà été bien examinée ailleurs, il en va autrement de l'autre caractéristique du mode de raisonnement juridique propre aux droits et libertés, qui sera maintenant étudiée et qui participe aussi d'une approche contextuelle.

Au-delà, donc, de la dimension fortement interprétative des droits et libertés, ce qui semble distinguer le jugement relatif aux droits de la personne, c'est le recours aux valeurs⁹⁵ et aux conceptions de la justice d'arrière-plan, qui justifient et fondent les décisions. Il serait sans doute possible de montrer que le droit civil a aussi recours à de telles conceptions, mais les notions juridiques semblent peser, dans un style plus formaliste, très lourdement sur le juriste⁹⁶. Ce n'est pas dire que de telles notions sont absentes du droit quasi constitutionnel, mais les conceptions de la justice y prennent une place beaucoup plus grande et y

94. *Id.*, par. 25 et suiv.

95. Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997.

96. À titre d'exemple de telles contraintes civilistes sur le raisonnement en matière de Charte, voir *de Montigny c. Brossard*, préc., note 56, au par. 59, où le juge LeBel a recours à la notion de faute pour établir l'atteinte illicite au droit à la vie : « Dans le cas sous étude, on ne saurait mettre en doute le caractère illicite de l'atteinte, qui était aussi une faute civile au sens du droit de la responsabilité civile. L'affirmation, dès l'art. 1 de la *Charte*, du droit à la vie témoigne de l'importance fondamentale que revêt ce dernier pour la société québécoise. Les meurtres de Liliane, Claudia et Béatrice par Martin Brossard, dont la responsabilité civile n'est pas remise en question, constituent pour ses victimes l'ultime atteinte à ce droit. Le premier critère de l'art. 49 est donc rempli. »

occupent un rôle dont l'importance rivalise avec celle des concepts juridiques.

Dès les premières analyses de la jurisprudence en matière de droits et libertés, les auteurs ont mis de l'avant la fonction éthique des juges lorsqu'ils appliquent les chartes⁹⁷. Bien que cette éthicisation du droit⁹⁸ ait posé de réelles difficultés⁹⁹ aux juges et à la logique juridique, cet appel à l'éthique et aux conceptions de la justice dans le jugement judiciaire constitue une transformation de la fonction de juger observée principalement dans le domaine des droits et libertés.

Alors que l'éthique relève de la philosophie morale et que les conceptions de la justice se situent davantage dans le champ de la philosophie politique, elles partagent certains fondements qui permettent d'établir des idéaux-types. Ainsi, la philosophie politique qu'est l'utilitarisme constitue une éthique conséquentialiste, et le libéralisme des droits, une éthique déontologique. C'est d'ailleurs l'une des distinctions classiques, maintes fois répétées dans les traités, notamment dans l'ouvrage

97. Georges A. LEGAULT, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada » (1989) 1 *Ethica* 95; Luc BÉGIN, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », dans Georges A. LEGAULT, Alejandro RADA-DONATH et Guy BOURGEAULT (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions G.C.C., 1999, à la page 221.

98. Georges A. LEGAULT, *L'hypothèse de l'éthicisation du droit. Les modes de règlement des différends : vers une autre « justice »?*, Collection Essais et conférences, Document 11, Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, Éditions G.G.C., 2001; Georges A. LEGAULT, « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée », (2001) 3 *Éthique publique* 69.

99. Luc BÉGIN, « La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez », dans Josiane BOULAD-AYOUB, dir., *Carrefour : Philosophie et Droit. Actes du Colloque Diké*. Montréal, Association canadienne-française pour l'avancement de sciences, 1995, 299; Georges LEGAULT, « La crise des représentations en droit » dans Josiane BOULAD-AYOUB, dir., *id.*, à la page 247; Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2006) 85 *Revue du Barreau canadien* 221.

Justice. What's the Right Thing to Do?, de Michael Sandel¹⁰⁰. Ce dernier ajoute un troisième idéal-type – qu'il privilégie –, l'éthique du bien commun d'origine aristotélicienne¹⁰¹, orientée vers la finalité, le *telos*, ou la vertu, l'*arête*. C'est ainsi, par exemple, que pour Aristote, la vertu (ou l'excellence) d'un œil est de bien voir et celle d'un cheval, de bien remplir ses fonctions de cheval¹⁰².

Over the course of this journey, we've explored three approaches to justice. One says justice means maximizing utility or welfare – the greatest happiness for the greatest number. The second says justice means respecting the freedom of choice – either the actual choices people make in a free market (the libertarian view) or the hypothetical choices people *would* make in an original position of equality (the liberal egalitarian view). The third says justice involves cultivating virtue and reasoning about the common good. As you've probably guess by now, I favor a version of the third approach¹⁰³.

Évidemment, comme le démontre l'exemple du cheval, l'essentialisme naturaliste propre à l'Antiquité grecque doit être aujourd'hui pensé à la lumière de la liberté issue du moment kantien, ce qui signifie que la vertu ne peut être établie sur la base d'un déterminisme cosmologique, mais plutôt en fonction de la construction humaine ou sociale. Par ailleurs, Sandel rejette l'idée selon laquelle « les droits devraient se fonder sur les valeurs ou les préférences dominantes dans une société donnée à un moment

100. Michael SANDEL, *Justice. What's the right thing to do?*, New York, FSG, 2009.

101. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Garnier Flammarion, 1965.

102. *Id.*, à la page 52, livre II, chap. VI: « Il faut dire que toute vertu, selon la qualité dont elle est la perfection, est ce qui produit cette perfection et fournit le mieux le résultat attendu. Par exemple, la vertu de l'œil exerce l'œil et lui fait remplir sa fonction d'une façon satisfaisante; c'est par la vertu de l'œil que nous voyons distinctement. De même la vertu du cheval fait de lui un bon cheval apte à la course, à recevoir le cavalier et capable de supporter le choc de l'ennemi ».

103. M. SANDEL, préc., note 100, à la page 260.

donné »¹⁰⁴. Selon Sandel, les intérêts et le bien-être général de l'utilitarisme ainsi que la liberté de choix du libéralisme ou, plus encore, du libertarisme s'avèrent également insuffisants pour fonder une éthique collective, puisque la logique des intérêts et celle de la liberté de choix ne permettent pas de fonder une culture partagée de la vie bonne. Si l'approche libérale a l'avantage, par rapport à la philosophie utilitariste, de penser les droits individuels, elle demeure néanmoins insuffisamment réflexive :

The freedom-based theories solve the first problem but not the second. They take rights seriously and insist that justice is more than mere calculation. Although they disagree among themselves about which rights should outweigh utilitarian considerations, they agree that certain rights are fundamental and must be respected.

But beyond singling out certain rights as worthy of respect, they accept people's preferences as they are. They don't require us to question or challenge the preferences and desires we bring to public life. According to these theories, the moral worth of the ends we pursue, the meaning and signification of the lives we lead, and the quality and character of the common life we share all lie beyond the domain of justice.

This seems to me mistaken. A just society can't be achieved simply by maximizing utility or by securing freedom of choice. To achieve a just society we have to reason together about the meaning of the good life, and to create public culture hospitable to the disagreements that will inevitably arise¹⁰⁵.

Comme l'écrit Mélanie Samson, « le droit privé et le droit public ne relèvent pas de la même philosophie »¹⁰⁶. S'il est vrai que le droit privé renvoie davantage à des intérêts privés et à la liberté

104. Michael SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999, à la page 270.

105. M. SANDEL, préc., note 100, aux pages 260-261.

106. M. SAMSON, préc., note 6, à la page 99. Sur cette distinction, voir aussi : Adrian POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 *R.J.T.* 607.

individuelle, le droit public n'ignore cependant pas de telles considérations, même si les libertés individuelles s'y apprécient en fonction de l'intérêt général. L'article 9.1 de la charte québécoise prévoit à cet effet que « Les libertés et droit fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Si la référence à l'utilitarisme est ici explicite, ce n'est pas dire que cette philosophie politique s'impose pour expliquer la philosophie de la charte québécoise¹⁰⁷.

Il est néanmoins possible de lire dans la jurisprudence de la Cour suprême des décisions fondées sur le calcul comparatif des bienfaits causés par rapport aux conséquences néfastes. Dans l'arrêt *Amselem*, par exemple, l'opinion majoritaire en arrive à la conclusion suivante :

En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion¹⁰⁸.

Suivant ce que prétend Sandel, il serait difficile dans une société qui poursuit un objectif de justice de ne retenir qu'une telle conception utilitariste pour fonder la justice, et ce, pour différentes raisons. Premièrement, il est difficile de déterminer un étalon pour mesurer et comparer les bienfaits et les conséquences néfastes. Serait-ce le plaisir (Bentham), le bonheur (Mill), la

107. David ROBITAILLE, « La Charte québécoise ou la consécration du libéralisme égalitaire de John Rawls », (2004) 34 R.G.D. 47.

108. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 29, par. 84. Dans sa dissidence (par. 207), le juge Binnie fait observer qu'« Il ne s'agit pas simplement en l'espèce de soupeser les avantages et les désavantages, c'est-à-dire de se demander si, de l'avis de la Cour, le fait d'interdire aux appelants de construire une souccah personnelle leur causerait un désavantage plus grand que celui que subiraient les copropriétaires si un certain nombre de souccahs étaient construites sur les balcons de l'immeuble ».

richesse (l'analyse économique du droit)? Deuxièmement, à supposer qu'il soit possible de le faire, est-ce que tout sera calculable sur cette base? Troisièmement, dans une éthique conséquentialiste, il est supposé qu'il est possible de connaître, avec certitude, les conséquences. Or, il n'est pas nécessaire d'argumenter longtemps pour illustrer l'inévitable incertitude à l'œuvre dans tout jugement. Quatrièmement, préoccupé par l'intérêt général, que l'on cherche à maximiser, l'utilitarisme s'avère insuffisant pour penser les droits individuels, comme l'a bien démontré la critique libérale.

Si le libéralisme a l'avantage de remédier à cette dernière limite, il maintient néanmoins telles quelles les préférences individuelles et les conceptions fondamentales. Ainsi, les conceptions métaphysiques du bien ou de la vie bonne sont exclues de la sphère publique et demeurent dans la sphère privée, ce qui limite d'autant les possibilités de la démocratie libérale délibérative. C'est d'ailleurs en ce sens que Jürgen Habermas a reproché au libéralisme politique de John Rawls d'exclure du débat démocratique, selon un principe d'évitement, les conceptions déraisonnables du bien, ou les doctrines morales métaphysiques¹⁰⁹. Comment savoir si elles le sont vraiment puisqu'elles sont exclues *a priori* de la discussion publique?

Bien que ces questions soient difficiles, qu'il existe nécessairement des controverses quant aux différentes conceptions du bien qui s'affrontent sur tout sujet, il paraît difficile d'exclure de telles considérations de l'opération du jugement. Cette question de la priorité du juste sur le bien, ou du bien sur le juste, est l'une des grandes questions ayant divisé les philosophes contemporains. Au sens épistémologique, la priorité du juste signifie que « la justification des principes de justice spécifiant nos droits ne dépend d'aucune conception particulière de la vie bonne »¹¹⁰. Selon le libéralisme, la justice pourrait être déduite indépendamment de toute conception du bien : « the government

109. Jürgen HABERMAS et John RAWLS, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997.

110. M. SANDEL, préc., note 104, à la page 269.

must be neutral on what might be called the question of the good life [...] political decisions must be, so far as is possible, independent of any particular conception of the good life, or of what gives value to life »¹¹¹. Si la conception libérale permet une justification des principes de justice fondée sur une conception du bien conçu comme les valeurs des droits et libertés de la personne¹¹², Sandel estime, quant à lui, que les principes de justice ne peuvent être pensés sans une conception du bien :

pour que la justice soit la première des vertus, il faut que certaines choses soient vraies à propos de nous. Il faut que nous soyons des créatures d'un certain genre, et que nous soyons liés au contexte humain d'une certaine manière. Nous devons être situés à une certaine distance du contexte dans lequel nous sommes placés [...] ¹¹³.

Sur cette base, les questions de droits de la personne soulèvent, inévitablement, la question ontologique de savoir « qu'est-ce qu'un droit? ». Qu'est-ce que le droit à l'égalité? Que signifient le droit à la liberté de conscience et de religion, le droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation? Qu'est-ce que la protection contre le harcèlement, la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires? Cette question de théorie du droit, ou de théorie des droits, s'accompagne souvent de questions portant aussi sur le *telos* des différents éléments considérés : qu'est-ce que l'égalité, la conscience ou la religion? Quelle vertu veut-on honorer s'agissant, par exemple, de la dignité, du harcèlement ou du pardon? Bref, ces réflexions, qui relèvent d'une éthique du bien commun et de la vertu, caractérisent le jugement relatif aux droits de la personne, comme il convient de l'examiner maintenant à partir de deux exemples.

111. Ronald DWORKIN, « Liberalism » reproduit dans Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle* Cambridge, Harvard University Press, 1985, aux pages 181-204, à la page 191.

112. Luc B. TREMBLAY, « Le Canada de la Charte: Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487.

113. M. SANDEL, préc., note 104, à la page 255.

B. Deux exemples de raisonnement fondé sur les droits de la personne

Le premier exemple est une affaire bien connue portant sur les conjoints de fait et posant la question : « Les conjoints de fait sont-ils victimes de discrimination au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne* (*Charte*) parce que le *Code civil du Québec* (C.c.Q.) ne leur accorde pas de droit à des aliments, au partage du patrimoine familial, à la protection de la résidence familiale, à la société d'acquêts et à la prestation compensatoire? »¹¹⁴

Dans la résolution de ce problème juridique s'opposent clairement des conceptions civiliste et chartiste, ainsi que des conceptions de la justice à travers les notions de « liberté de choix » et de « finalité » du droit à des aliments et du partage du patrimoine familial. L'opinion majoritaire de la Cour d'appel du Québec, rédigée par la juge Dutil, réfère à l'arrêt *Walsh* de la Cour suprême du Canada, dans lequel le juge Gonthier établit une distinction entre le partage de biens patrimoniaux et la pension alimentaire.

Le partage des biens matrimoniaux et la pension alimentaire visent des objectifs différents. L'un vise à partager des biens selon un régime matrimonial choisi par les parties, soit directement par contrat, soit indirectement par le fait du mariage, alors que l'autre vise à atteindre un objectif social : répondre aux besoins des époux et de leurs enfants. La Cour reconnaît aussi dans *M. c. H.*, précité, par. 93, qu'un des objectifs de la pension alimentaire est d'alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de soutien aux personnes indigentes sur les époux qui sont capables de subvenir à leurs besoins. L'obligation alimentaire répond aux préoccupations sociales relatives aux situations de dépendance qui peuvent exister dans les unions de fait. Toutefois, cette obligation, à la différence du partage des biens matrimoniaux, n'est

114. *Droit de la famille* — 102866, 2010 QCCA 1978 (CanLII) (en appel à la Cour suprême du Canada)

pas de nature contractuelle. Des principes entièrement différents sous-tendent les deux régimes¹¹⁵.

S'appuyant sur cette opinion, la juge Dutil souligne leurs objectifs différents : « Alors que l'un vise à partager des biens selon un régime contractuel ou légal, la pension alimentaire a pour sa part un objectif social »¹¹⁶. Comme l'écrit la juge Dutil, « cette distinction est importante. En effet, la pension alimentaire répond à des besoins de base et participe de la solidarité sociale, alors que le partage des biens a une origine contractuelle »¹¹⁷. Dans l'analyse de la discrimination, le *telos* est une fois de plus précisé :

L'obligation alimentaire ne découle donc pas uniquement d'un engagement contractuel, il s'agit d'une obligation sociale envers les membres de la cellule familiale rapprochée¹¹⁸.

S'opposent ici la logique contractuelle du droit civil et l'objectif de solidarité sociale du droit à l'égalité¹¹⁹. De la même manière, lorsqu'il s'agit d'examiner si l'exclusion des conjoints de fait de l'application de l'article 585 du C.c.Q. est justifiée en vertu de l'article premier de la Charte, la question oppose clairement le libre choix accordé aux couples et l'objectif social. Quoiqu'il soit toujours possible de s'interroger sur l'exercice de cette liberté de choix¹²⁰, la juge Dutil s'en remet à cet objectif de préserver la liberté de choix pour l'analyse de la proportionnalité. Cependant, « puisque ce n'est pas une obligation contractuelle, mais qu'elle est plutôt fondée sur la solidarité familiale, la liberté de choix ne saurait être un argument déterminant »¹²¹.

115. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 204.

116. *Droit de la famille — 102866*, préc., note 114, par. 67.

117. *Id.*, par. 68.

118. *Id.*, par. 101.

119. Sur une telle conception relationnelle des droits, voir Jennifer NEDELSKY, « Reconceiving Rights as Relationship », (1993) 1 *Review of Constitutional Studies* 1.

120. *Droit de la famille — 102866*, préc., note 114, par. 136.

121. *Id.*, par. 140.

À la suite de cette décision majoritaire de la Cour d'appel – qui est portée en appel à la Cour suprême du Canada –, une des réactions civilistes¹²² a consisté à dénoncer la prédominance accordée à l'argument fondé sur le droit à l'égalité par rapport à la liberté contractuelle : « En bref, il semble que la Cour d'appel ait été obnubilée ici par l'argument de la discrimination sans analyser plus en profondeur la portée juridique réelle de la disposition du Code civil qui serait discriminatoire »¹²³. Selon cette perspective civiliste, « la sacro-sainte liberté de choix que revendiquent de nombreux conjoints de fait »¹²⁴ doit être privilégiée par rapport au droit à l'égalité. La question soulevée par cet arrêt démontre clairement l'opposition entre la logique civiliste et la logique des droits de la personne.

Le second exemple est tiré du rapport d'enquête du Conseil de la magistrature concernant le juge Richard Therrien¹²⁵. Il est intéressant pour nos fins d'examiner l'opinion du membre minoritaire, la juge Rivet, puisqu'elle est caractéristique de ce que nous identifions ici comme un jugement typique des droits de la personne. Rappelons brièvement qu'il s'agissait, pour le Comité¹²⁶, de déterminer si le candidat à la magistrature était justifié de répondre négativement à la question « Avez-vous eu des démêlés avec la justice? », considérant qu'il avait été condamné le 15 avril 1971 à un an de prison relativement à sa participation aux événements d'octobre 1970¹²⁷ et qu'il en avait obtenu le pardon en

122. Évidemment, il n'y a pas unanimité chez les civilistes sur cette question. Comparer, par exemple, les opinions de mes collègues Anne-Marie SAVARD, « Comment l'argument discriminatoire peut masquer la réalité », *Le Devoir*, 12 novembre 2010 et Marie-France BUREAU, « Jugement Lola: la faillite du tout ou rien », *La Presse*, 6 novembre 2010.

123. A.-M. SAVARD, *id.*

124. *Id.*

125. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 11 juillet 1997, rapporté à : *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, 1997 CanLII 4665 (QC CM).

126. Les membres majoritaires sont Jacques Lachapelle, juge en chef adjoint, Chambre civile, qui agissait à titre de président du Comité d'enquête, Michel Caron, avocat, Pierre Lalande, juge en chef, Cour municipale, Ville de Laval, André Quesnel, juge, Cour du Québec.

127. Il était alors étudiant en droit. Il couchait alors parfois (parce que « trop énervé, trop apeuré ») dans l'appartement de sa sœur, où des membres

1987. L'une des questions que soulève cette affaire est celle de savoir ce que signifie en l'espèce la protection offerte par l'article 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

18.2 Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

C'est précisément parce qu'il avait obtenu un pardon que Richard Therrien avait estimé qu'il pouvait répondre négativement à la question. Il avait répondu positivement lors d'entrevues survenues dans le cadre de concours antérieurs (il s'agissait de sa quatrième mise en candidature), sans obtenir le poste de juge qu'il convoitait.

L'opinion dissidente de la juge Rivet, qui était alors présidente du Tribunal des droits de la personne, débute par une étude de la signification et de la portée du pardon.

Le décret de pardon modifie le caractère définitif d'un jugement de condamnation à compter de sa date d'émission en énonçant que, dorénavant, la personne réhabilitée ne devrait plus voir sa réputation dévaluée ou entachée par la condamnation pardonnée. De plus, le pardon doit être compris de manière à exclure toute atteinte à la vie privée ou tout traitement discriminatoire pour la personne en ayant ainsi bénéficié. Ce sont là les prescriptions incontournables qui se dégagent, à mon avis, de la protection constitutionnelle et quasi constitutionnelle qu'accordent respectivement la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Qué-

du FLQ ont été hébergés. Il a plaidé coupable à des accusations d'avoir fourni une aide quelconque à ces personnes dans l'intention d'empêcher ainsi leur arrestation et d'avoir communiqué des déclarations pour le compte de l'Association Illégale.

bec, prescriptions qui doivent nécessairement guider notre interprétation¹²⁸.

Après avoir examiné la question : « qu'est-ce qu'un pardon ? », la juge Rivet pose ensuite la question : qu'est-ce qu'un droit ? Déterminant que Richard Therrien « a droit au respect de ses droits fondamentaux; il a droit de ne pas faire l'objet de discrimination dans le cadre d'une procédure pour fins de sélection à un poste de juge pour un motif protégé par les Chartes »¹²⁹, elle estime qu'en vertu du droit au respect de la vie privée, « le pardon fait entrer alors les infractions pardonnées dans le domaine de la « sphère intime » protégée par la Charte du Québec »¹³⁰. Elle détermine ensuite l'objectif de l'article 18.2, ce qui se conçoit dans l'esprit aristotélien comme la vertu que cette garantie veut honorer.

L'article 18.2 a été ajouté à la Charte en 1982 en réponse essentiellement au refus des tribunaux de considérer que la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires était couverte par le motif de la condition sociale déjà inscrit à l'article 10 de la Charte. L'objet de l'article 18.2 est très large. Il veut éradiquer la stigmatisation, les stéréotypes et les préjugés qui découlent d'une condamnation pénale et ce, sans exception aucune, lorsque la personne qui a été condamnée a aussi obtenu le pardon.

« Libérée du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes, subtiles ou répugnantes », la personne pardonnée peut ainsi, dans le domaine de l'emploi, voir sa candidature évaluée, en toute égalité, selon ses mérites propres. À l'instar des autres dispositions de la Charte, l'article 18.2 commande une lecture large, susceptible d'atteindre les buts poursuivis par le législateur en conformité avec les objectifs précisés dans le préambule de la Charte [...]»¹³¹

128. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, préc., note 125, aux pages 45-46.

129. *Id.*, à la page 46.

130. *Id.*, à la page 48.

131. *Id.*, à la page 51.

La question devient celle de savoir si un juge exerce un « emploi » au sens de l'article 18.2. Qu'est-ce qu'un emploi ? Alors que la juge Rivet est d'avis, aux termes de son analyse juridique, que le juge Therrien exerce un tel emploi, l'un des membres majoritaires était d'opinion que la fonction de juge ne constitue pas un emploi « bien qu'il y ait certaines caractéristiques relatives à un emploi »¹³².

En formulant la question en fonction de la logique et des objectifs de la Charte, la juge Rivet en arrive à la conclusion que l'article 18.2 est applicable : « ne peut-on pas dire ici que ce sont les antécédents judiciaires qui sont la cause véritable de la présente plainte contre l'intimé, sa réponse négative n'étant que la conséquence de la prise en compte de ces antécédents, à son détriment, lors d'entrevues antérieures »¹³³. Comme l'a fait observer la Commission des droits de la personne du Québec, « une question portant sur des accusations ou des condamnations pénales ou criminelles antérieures, sans autre précision, peut laisser présumer que l'employeur n'a pas l'intention de respecter 18.2, et constituer une présomption de fait en cas de plainte à la Commission »¹³⁴. C'est précisément pour éviter cela que la Commission avait déjà suggéré de demander plutôt « s'il y a eu condamnation pour une infraction pénale ou criminelle » « ayant un lien avec l'emploi et pour laquelle vous n'avez pas obtenu une réhabilitation (autrefois appelée un pardon), ou encore énumérer les types d'infraction jugés incompatibles avec un emploi donné »¹³⁵.

La juge Rivet cite ensuite un extrait du témoignage du juge Therrien devant le Comité, qui a fait part de sa réflexion l'ayant amené à conclure qu'il pouvait répondre négativement à la question :

132. *Id.*, à la page 34 (j. Lalonde).

133. *Id.*, à la page 55.

134. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Les formulaires de demandes d'emploi et les entrevues relatives à un emploi*, décembre 1992, sous la rubrique « Remarques préliminaires » (information tirée de l'opinion dissidente, à la page 57).

135. *Id.*

Ce que j'ai fait, c'est que j'ai analysé ce qui s'était passé et j'ai dit: bon, bien c'est clair que pour moi, le fait d'avoir des antécédents judiciaires semble tout à fait déterminant, capital dans ces comités-là, ça paraît dans la figure des gens.

[...] Je me suis assis et je me suis dit: quel est l'esprit de cette loi-là, quel est l'objet de cette loi-là ... alors moi, je pense que je suis légitime de répondre non à cette question-là, si ça annule ma condamnation et si l'esprit de la loi est à cet effet-là. Je me suis peut-être trompé, c'est vous qui en jugerez, mais c'est de même que j'ai analysé cela.¹³⁶

S'appuyant sur le texte de la *Loi sur le casier judiciaire*, qui prévoyait, en 1987, soit lorsque le pardon a été accordé à Richard Therrien, que le pardon « annule la condamnation pour laquelle il est accordé », et qui, depuis 1992, énonce que le « pardon efface les conséquences de la condamnation », la juge Rivet conclut qu'il pouvait, sans mentir, nier la condamnation.

À l'appui de son opinion, la juge Rivet cite la doctrine relative à la Charte¹³⁷. À la fin de son opinion, elle réaffirme le *telos*, ou la vertu que la Charte veut honorer en protégeant le droit à l'égalité:

Richard Therrien espérait être jugé à son mérite, « selon l'égalité des chances » et selon sa « valeur intrinsèque ». C'est là l'objectif fondamental de la protection législative contre la discrimination, notamment de celle fondée sur

136. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, préc., note 125, aux pages 61-62. Ces extraits correspondent aux pages 55 et 59 des notes sténographiques du 25 mars 1997.

137. Elle cite notamment Thomas J. SINGLETON, « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens », (1993) 72 *Revue du Barreau canadien* 456 et Christian BRUNELLE, « La charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif », (1995) 29 *R.J.T.* 313.

les antécédents judiciaires, a fortiori lorsqu'il y a eu pardon¹³⁸.

Enfin, tout en rappelant qu'au moment des faits et de son arrestation, Richard Therrien était mineur (l'âge de la majorité était alors de 21 ans), qu'il a été admis au Barreau du Québec avant même d'avoir obtenu le pardon et qu'il est un exemple de « réhabilitation parfaitement réussie »¹³⁹, la juge Rivet cite des extraits de la sentence prononcée le 15 avril 1971 par le juge Antonio Lamer, dont le dernier paragraphe se lit comme suit:

À vous, Richard et Colette Therrien je vous le dis avec toute la sincérité que je puis avoir dans un présent cas, j'ai sentenced des hommes à vie et j'ai sentenced des hommes à vingt-cinq ans de pénitencier, mais aujourd'hui ça été la sentence la plus pénible¹⁴⁰.

Plus fondamentalement encore, cette affaire Therrien soulevait la question : qu'est-ce qu'un juge? Cela apparaît plus clairement encore dans le jugement que rendra la Cour suprême du Canada¹⁴¹, sous la plume du juge Gonthier : « La décision est, avant toute chose, intimement liée au rôle que le juge est appelé à y jouer et à l'image d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité qu'il doit dégager et s'efforcer de préserver »¹⁴².

La fonction judiciaire est tout à fait unique. Notre société confie d'importants pouvoirs et responsabilités aux membres de sa magistrature. Mis à part l'exercice de ce rôle traditionnel d'arbitre chargé de trancher les litiges et de départager les droits de chacune des parties, le juge est aussi responsable de protéger l'équilibre des compétences constitutionnelles entre les deux paliers de gouvernement, propres à notre État fédéral. En outre, depuis l'adoption

138. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, préc., note 125, à la page 64.

139. *Id.*, à la page 67.

140. *R. c. Richard et Colette Therrien*, Cour du Banc de la Reine, présidence de l'Honorable juge Antonio Lamer, j.c.s., causes no : 70-7251 et 70-7252, 15 avril 1971, à la page 19 (cité par la juge Rivet, *id.*, à la page 66).

141. *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3.

142. *Id.*, par. 107.

de la *Charte canadienne*, il est devenu un défenseur de premier plan des libertés individuelles et des droits de la personne et le gardien des valeurs qui y sont enchâssées : *Beauregard*, précité, p. 70, et *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 123. En ce sens, aux yeux du justiciable qui se présente devant lui, le juge est d'abord celui qui dit la loi, qui lui reconnaît des droits ou lui impose des obligations.

Puis, au-delà du juriste chargé de résoudre les conflits entre les parties, le juge joue également un rôle fondamental pour l'observateur externe du système judiciaire. Le juge constitue le pilier de l'ensemble du système de justice et des droits et libertés que celui-ci tend à promouvoir et à protéger. Ainsi, pour les citoyens, non seulement le juge promet-il, par son serment, de servir les idéaux de Justice et de Vérité sur lesquels reposent la primauté du droit au Canada et le fondement de notre démocratie, mais il est appelé à les incarner (le juge Jean Beetz, Présentation du premier conférencier de la Conférence du 10^e anniversaire de l'Institut canadien d'administration de la justice, propos recueillis dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), p. 70-71).

En ce sens, les qualités personnelles, la conduite et l'image que le juge projette sont tributaires de celles de l'ensemble du système judiciaire et, par le fait même, de la confiance que le public place en celui-ci. Le maintien de cette confiance du public en son système de justice est garant de son efficacité et de son bon fonctionnement. Bien plus, la confiance du public assure le bien-être général et la paix sociale en maintenant un État de droit. [...]

La population exigera donc de celui qui exerce une fonction judiciaire une conduite quasi irréprochable. À tout le moins exigera-t-on qu'il paraisse avoir un tel comportement. Il devra être et donner l'apparence d'être un exemple d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité. Les exigences à son endroit se situent à un niveau bien supérieur à celui de ses concitoyens.¹⁴³

143. *Id.*, par. 108-111.

Le juge Gonthier cite par la suite deux professeurs :

[L]a vulnérabilité du juge est nettement plus grande que celle du commun des mortels, ou des «élites» en général : c'est un peu comme si sa fonction, qui consiste à juger autrui, lui imposait de se placer hors de portée du jugement d'autrui¹⁴⁴.

[TRADUCTION] Les membres de notre magistrature sont, par tradition, astreints aux normes de retenue, de rectitude et de dignité les plus strictes. La population attend des juges qu'ils fassent preuve d'une sagesse, d'une rectitude, d'une dignité et d'une sensibilité quasi-surhumaines. Sans doute aucun autre groupe de la société n'est-il soumis à des attentes aussi élevées, tout en étant tenu d'accepter nombre de contraintes. De toute façon, il est indubitable que la nomination à un poste de juge entraîne une certaine perte de liberté pour la personne qui l'accepte¹⁴⁵.

Ce juge ainsi décrit ne souffrirait aucunement de la comparaison aux juges Jupiter, Hercule ou Hermès consacrés par la théorie contemporaine de l'interprétation juridique¹⁴⁶. Élevé au rang de surhomme ou de demi-dieu, le juge doit satisfaire à des exigences reposant sur un idéal qui viserait à assurer les garanties suffisantes d'intégrité et d'honnêteté. De manière plus pragmatique, la juge Rivet est d'avis que « la personne bien renseignée qui étudie la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ne peut pas être ébranlée et ne perd pas confiance

144. Yves Marie MORISSETTE, « Figure actuelle du juge dans la cité », (1999) 30 *R.D.U.S.* 1, aux pages 11-12.

145. Gerald L. GALL, *The Canadian Legal System*, Toronto, Carswell, 1977, à la page 167.

146. François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge », dans Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, à la page 241. La métaphore du juge Hercule avait été auparavant créée par Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986. Voir aussi Christelle LANDHEER-CIESLAK, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », (2006) 47 *C. de D.* 623.

dans l'impartialité et l'intégrité, soit d'une part, du système judiciaire ou, d'autre part, du juge Therrien »¹⁴⁷.

Conclusion

Dans sa théorie sur le rôle du juge, le réaliste américain Karl Llewellyn a distingué deux types de jugement judiciaire : le style formel et le grand style. Si le formalisme juridique est assez bien connu, le grand style doit, quant à lui, être défini. Il s'appuie sur un double principe : « A piece of legislation, like any other rule of law, is, of course, meaningless without reason and purpose » et « Even when legislators do have demonstrable intentions – as with an open grab-bill – there can be times when a court has a duty of restrictive construction »¹⁴⁸. Le grand style « permet à la règle d'écarter dans une large mesure l'arbitraire, tout en laissant au juge une marge d'appréciation qui lui offre la possibilité d'apporter une solution « juste et avisée », qui prenne en compte les particularités de l'espèce et les changements de circonstances »¹⁴⁹. Bref, avec le grand style, « le praticien du droit se préoccupe de l'adéquation de la règle avec la vie »¹⁵⁰.

Bien que cela soit souvent omis lorsqu'il est question du réalisme juridique, Llewellyn avait aussi fait le constat des conceptions de la justice en arrière-plan des décisions :

[...] aucun homme ne peut se confronter longtemps aux choses du droit sans se convaincre que, derrière les

147. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, préc., note 125, à la page 65.

148. Karl N. LLEWELLYN, « On the Current Recapture of the Grand Tradition », dans *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 215, à la page 228 (d'abord paru dans (1960) 9 *U. Chi. L. S. Record* 6).

149. Françoise MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000, à la page 188. MICHAUT cite : K. LLEWELLYN, « On the Current Recapture of the Grand Tradition », *ibid.*, et « On Reading and Using the Newer Jurisprudence », dans *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, *id.*, p. 128, aux pages 134-135 (d'abord paru dans (1940) *Colum. L. Rev.* 581).

150. F. MICHAUT, *id.*, à la page 192.

choses qui quelquefois l'affolent, l'accablent ou le scandalisent, bat une exigence de droiture, de décence ou de justice : une tension vers un attribut idéal que les hommes peuvent considérer comme un objectif propre et même l'objectif ultime propre de tout droit et de toutes les institutions juridiques¹⁵¹.

Dans ce texte, par une étude de la logique des droits par opposition à la logique civiliste, nous avons tenté de montrer la nécessité de maintenir un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne. La Charte québécoise et les droits de la personne sont des matières juridiques qui exigent une compétence et une spécialisation particulières. Depuis sa création en 1990, le *Tribunal des droits de la personne* a développé une importante jurisprudence en interprétant les droits et libertés consacrés par la Charte. Plus spécifiquement, le droit à l'égalité constitue certes le droit le plus difficile à définir conceptuellement et à appliquer concrètement¹⁵². C'est pourquoi le ministre de la Justice Gil Rémillard avait jugé nécessaire de créer un tribunal judiciaire spécialisé. Il importe, par conséquent, de préserver un tribunal indépendant, impartial et spécialisé, qui jouit également d'une autonomie par rapport aux autres tribunaux, dont la Cour du Québec.

Enfin, pour assurer ces objectifs, le Tribunal a été, depuis ses débuts, composé non seulement de juges, mais aussi d'assesseurs. Les assesseurs sont chargés d'entendre les litiges, de conseiller le juge et de participer à la rédaction des décisions. La division qu'ils forment avec le juge doit jouir des mêmes garanties d'indépendance, d'impartialité et d'autonomie. La présence d'assesseurs est nécessaire afin de préserver l'expertise de ce Tribunal spécialisé en matière de droits de la personne.

151. Karl N. LLEWELLYN, « One « Realist's » View on Natural Law for Judges » (1939), dans *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, préc., note 148, à la page 111 (traduction tirée de MICHAUT, *id.*, à la page 167).

152. Beverley McLACHLIN, « Equality : The Most Difficult Right », (2001) 14 S.C.L.R. (2d) 17.

Dans une décision récente¹⁵³, la Cour d'appel du Québec fait toutefois bien peu de cas de cette expertise du Tribunal des droits de la personne, la remettant même en question. En effet, écrivant pour ses collègues Duval Hesler et Dalphond, la juge Bich exprime ce qui suit :

Il n'est pas impossible que cet énoncé doive être nuancé quelque peu à la lumière du récent arrêt de la Cour suprême dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, mais il demeure en substance. Le Tribunal, en effet, quoiqu'il ait un mandat spécialisé, n'a pas reçu du législateur une mission exclusive, comme ce pouvait être le cas dans les affaires *Q, Ryan, Mattel* ou *Proprio-Direct* : celui ou celle qui s'estime victime de discrimination peut tout aussi bien s'adresser aux cours de justice, plutôt que de passer par le système de plainte mis en place par les articles 74 et s. de la *Charte* et qui seul peut aboutir à la saisine du Tribunal. La Commission elle-même est libre de saisir ou pas le Tribunal d'une affaire. Le degré d'expertise des cours de justice en matière de droits de la personne n'est pas moins grand que celui du Tribunal et il paraît clair que, tout en ménageant une voie particulière aux victimes de discrimination, le législateur n'a pas voulu empêcher le recours aux tribunaux judiciaires. Les décisions du Tribunal peuvent par ailleurs faire l'objet d'un appel, sur permission, en vertu de l'article 132 de la *Charte*, appel que l'article 133 assujettit aux règles du *Code de procédure civile*. Comme la Cour entend également les appels des jugements rendus dans ce domaine par les cours d'instance, cela lui permet d'assurer le développement harmonieux et cohérent du droit en la matière, s'agissant, comme en l'espèce, de questions de droit d'intérêt général et d'importance pour l'ensemble du système juridique.

Tout cela, malgré la présence d'une disposition d'inattaquabilité protégeant les décisions du Tribunal (art. 109 de la *Charte*), penche nettement en faveur de

153. *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041 (demande de permission d'appel déposée à la Cour suprême du Canada par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse).

l'application d'une norme d'intervention analogue à celle qui s'impose dans le cas des appels de l'ordre judiciaire, du moins en ce qui concerne les questions de droit d'importance générale. En pareil cas, les quelques arrêts de la Cour suprême relatifs aux décisions de ce tribunal semblent d'ailleurs avoir opté, en pratique, pour cette norme, approche que confirme l'affaire *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*. Sans doute, ainsi que le montre cet arrêt, toutes les décisions d'un tribunal des droits de la personne statuant sur une question de droit ne seront pas assujetties à la norme de la décision correcte, qui s'appliquerait toutefois lorsque la question est d'importance pour le système juridique et étrangère à son domaine d'expertise. C'est d'une question similaire dont il s'agit ici, à l'égard de laquelle le Tribunal, qui n'est pas investi d'une mission exclusive en la matière, ne possède en outre pas d'expertise particulière par rapport aux cours de justice¹⁵⁴.

Cet arrêt, qui propose une interprétation restrictive – plutôt que large et généreuse – de la Charte québécoise¹⁵⁵, soulève, au surplus, la question des rapports entre le droit des droits et libertés et, non pas le droit civil cette fois, mais le droit du travail : c'est là une autre question qu'il faudrait examiner¹⁵⁷.

154. *Id.*, par. 32-33.

155. Alors que la Charte protège contre la discrimination fondée sur l'âge, sauf dans la mesure prévue par la loi, l'interprétation restrictive consiste en l'espèce à s'en remettre à une exception implicite « prévue par la loi » pour permettre la discrimination sur l'âge. Voir le raisonnement au par. 54.

157. Tant l'interprétation restrictive de la Charte que cette question des rapports entre les droits de la personne et le droit du travail ne seront toutefois pas réexaminées par le pouvoir judiciaire dans cette affaire, puisque la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel (17 mai 2012, dossier 34586, juges LeBel, Abella, Cromwell).

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

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

Auteur(s) : David GILLES

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : 255-308

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10266>

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

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

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

par David GILLES*

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

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

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

SOMMAIRE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2011-2012, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Titre I, Les droits et libertés fondamentaux, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 48.

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

7. « Certains peuvent croire que l'égalité entre les individus ne peut être

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

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

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

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

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

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

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

-
11. Sur les rapports entre fondements du droit et droits fondamentaux, au regard de la philosophie du droit notamment, voir Charlotte GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2010, p. 57-203.
 12. Voir par exemple *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6.
 13. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, NRF, Gallimard, 1992, p. 277.
 14. C. GREZGORCZYK, préc., note 3, p. 95.

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

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

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

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

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

-
19. Lord DEVLIN, *The enforcement of Morality*, Oxford University press reprint, 1987, p. 15. Sur cette question, voir également l'article de Ronald DWORKIN, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », (1966) 75 *The Yale Law Journal*, 986-1005.
 20. En grec : δημοτικό; Katia BLAIRON, « La question démotique et la problématique d'une constitution européenne », Congrès international de droit constitutionnel Association Internationale de Droit Constitutionnel, *Ré-imaginer les frontières du droit constitutionnel*, Athènes, 11-15 juin 2007, en ligne : <http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Katia%20Blairon.pdf> (consulté le 11 septembre 2011).
 21. Comme le soulignait Daniel Proulx en 1996, « [...] l'obligation d'accommodement fait partie intégrante du droit à l'égalité. Et c'est pour cela que la Cour affirmait avec raison dans l'arrêt de principe *Andrews c. Law Society of British Columbia* qui, soit dit en passant, portait sur un cas de discrimination directe, l'obligation de traiter différemment certains individus pour ne pas trahir l'objet du droit à la non-discrimination. Voici, en effet, comment s'exprimait le juge McIntyre dans cet arrêt : « Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. [...] [L]e respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites » »; Daniel PROULX, « L'accommo-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

24. Kelsen évacue toute évaluation externe des normes, refusant ce qui apparaît à ses yeux comme une impureté. Constatant l'existence des valeurs, il en fait des valeurs extra-juridiques. Il ne voit dans tout jugement de valeurs qu'une simple expression d'une émotion personnelle, d'un subjectivisme non juridique; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 1962, p. 23-24.

25. La pyramide kelsénienne ainsi constituée écarte alors les valeurs en privant celles-ci de toute validité exogène, de tout fondement moral. Le critère de la conformité à la norme supérieure ne permet l'affirmation de valeurs que par leur appendice principiel, transformant celles-ci en principes juridiques qui trouvent leur fondement dans la conformité dans la norme supérieure. Il en est ainsi de l'égalité dont la force, la « valeur » ne dépend, a priori, dans nos systèmes juridiques que de sa place dans la hiérarchie de l'ordonnancement normatif. Confrontée à l'ordonnancement juridique québécois, cette réalité transparait dans la place singulière qui a été accordée à cette valeur dans notre système juridique. Voir Christophe GREZGORCZYK, préc., note 3, p. 28.

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

A/ L'affirmation historique de l'égalité

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. La genèse du lien axiologique entre juste et égalité

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

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

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

37. *Id.*, p. 213.

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

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

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

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

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

40. *Id.*

41. *Id.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

48. *Id.*

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

50. *Id.*, p. 13.

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

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

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

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

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

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

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

53. *Id.*

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

55. *Id.*, L.I, T.I, préambule, p. 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

58. *Id.*, p. 291.

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

60. *Id.*

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

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

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

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

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

64. *Id.*, p. 289.

65. *Id.*

66. *Id.*, p. 290.

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

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

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

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

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

67. *Id.*

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

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

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

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

68. *Id.*, p. 291.

69. *Id.*, p. 292.

70. *Id.*, p. 293.

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

Sous la plume des plus illustres auteurs, l'égalité figure, à l'instar de la liberté, comme une valeur supérieure aux autres, non pas forcément par sa place dans la hiérarchie des valeurs mais par son antériorité au système sociétal lui-même. L'homme de l'état de nature comme celui de la position originelle de Rawls ne peut être envisagée que comme l'égal des autres hommes. Toute théorie édifiée sur une base contractualiste ne peut qu'aspirer à la réalisation à la fois d'une liberté et d'une égalité aussi parfaites que possibles des contractants, condition *sine qua non* d'un consentement non vicié. Selon nous, l'égalité constitue une valeur que l'on pourrait qualifier de « valeur-système », c'est-à-dire qu'elle oblige à la concrétisation d'un certain nombre de normes qui la rendent effective et qui permettent la pérennité de l'adhésion des individus à cette valeur. Dworkin fait du droit un système de règles et de principe, donnant au juge Hercule la charge de découvrir la solution juridique à l'aide de ces deux outils. Il estime qu'il y a une « right answer » à chaque controverse juridique, et qu'il revient au juge de la dégager. Dans son action politique et son œuvre doctrinale, il met en avant - notamment dans *Taking Rights Seriously* - l'importance de la prise en compte des droits fondamentaux, la notion de *dignité* constituant un concept cardinal de la pratique juridique. Celui-ci devrait notamment guider l'appréciation qu'ont les praticiens d'autres concepts majeurs de la science juridique tels la *liberté* ou l'*égalité*.

A/ Le primat de l'égalité?

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

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

72. *Id.*

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

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

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

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

revendiquer des droits de nature collective dans un univers où la primauté de droits individuels est la norme, un hiatus apparaît au regard de la doctrine des théoriciens d'une politique libérale individualiste. Il est difficile alors pour le groupe, sur ce fondement, de se faire attribuer une protection différenciée de leurs droits et privilèges au sein de la société. Cette argumentation s'édifie autour d'une révision du concept d'égalité tel que perçu par la théorie libérale individualiste - par exemple rawlsienne - pour prendre en compte les circonstances liées à l'historique particulier de chaque revendication égalitaire. Les groupes minoritaires rechercheraient donc une autre forme d'égalité : réelle plutôt que formelle ⁷⁵.

1) L'égalité, une vertu souveraine selon Dworkin

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

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

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

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

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

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

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

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

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

77. *Id.*, p. 53.

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

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

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

78. *Id.*, p. 201.

79. *Id.*, p. 82.

80. *Id.*, p. 83.

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

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

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

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

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

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

83. *Id.*

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

85. *Id.*

86. *Id.*, p. 135.

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

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

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

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

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

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

88. *Id.*, p. 143.

89. *Id.*, p. 142.

90. *Id.*, p. 154.

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

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

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

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

91. *Id.*, p. 205.

92. *Id.*, p. 218.

93. *Id.*, p. 220.

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

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

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

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

94. *Id.*, p. 239.

95. *Id.*, p. 313

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

105. *Id.*, p. 94.

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

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

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

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

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

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

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

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

une reformulation de la relation entre égalité et liberté¹¹². Selon Taylor, la politique de la dignité égale a désormais préséance dans nos sociétés libérales contemporaines¹¹³. S'interrogeant sur l'effet homogénéisant d'une politique d'égale dignité¹¹⁴ Taylor avance qu'il est possible de s'éloigner de cette perspective purement égalitaire en se rapprochant d'une *politique de la différence*. La critique formulée par les théoriciens de la politique de la différence gravite autour de l'argument que la politique de la dignité égale ne permet qu'une reconnaissance limitée des identités culturelles distinctes¹¹⁵. En effet, la politique de la dignité égale empêche la construction d'un projet particulier au sein de la société puisque celui-ci irait contre le respect des droits individuels et l'égalité de tous les citoyens. Dans une perspective, généralement incarnée par une politique libérale individualiste, il y a préséance des droits individuels sur les desseins collectifs. Ceci mènerait à une inégalité réelle dans l'application de politiques jugées égales mais qui ne tiennent pas compte de caractéristiques distinctes ou de circonstances particulières. Une telle confrontation apparaît alors dans la jurisprudence canadienne par

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

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

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

114. *Id.*, p. 72.

115. *Id.*, p. 72.

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

B/ Quel juge pour l'égalité?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

121. *Id.*, p. 14.

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

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

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

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

124. *Id.*, p. 279.

125. *Id.*, p. 166.

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

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

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

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

stricte entre les articles 15 et premier sous le couvert du concept « d'égalité-dignité » analysé par Daniel PROULX, préc., note 9, p. 98-99.

129. « L'analyse systémale réussit- en proposant, à travers le concept de surdétermination, un espace social métaphorique ouvert à l'affrontement constant de toutes les valeurs - à conserver au juge la marge de manœuvre qui permet au droit d'échapper au déterminisme. Du même mouvement, elle offre au théoricien la possibilité de conceptualiser l'intégration, au droit, des valeurs plurielles qui sous-tendent les conflits toujours présents dans une société dont les attentes, jamais univoques, modèlent les pouvoirs étatiques - judiciaire inclus - en structurant les rôles »; A. LAJOIE, préc., note 117, p. 166.

130. Ce concept désigne, selon Andrée Lajoie, le champ axiologique dans lequel se déploie la production du droit. Concrètement, la surdétermination « se situe dans un contexte de dialogisme, où plusieurs systèmes de valeurs et, par conséquent, plusieurs principes intégrateurs de l'interprétation/application du droit entrent en compétition, ce qui amène parfois les juges à faire le pari contraire, construisant alors leurs interprétations sur les valeurs, les idées et les intérêts de certaines minorités » (A. Lajoie, préc., note 117, p. 110). Ainsi, « [l']analyse systémale conceptualise la surdétermination comme le résultat des contraintes qui découlent, pour l'application du droit, de la présence d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif : il reste à caractériser les valeurs qui entrent dans ce champ accessible au juge et celles qui en sont exclues » (*Id.*, p. 186). Le champ de valeur sert donc de « support interprétatif » (*Id.*, p. 164). Il induit également la non-institutionnalisation de ces valeurs, c'est-à-dire un déploiement en symbiose avec le système juridique, de manière informelle. Ce concept de surdétermination est celui qui, selon Andrée Lajoie, rend le mieux compte de la « production de sens normatif dans le champ interne du juge » (*Id.*, p. 175) dans la mesure où contrairement à ceux de co-détermination et de pré-détermination, il ne « fait pas référence à l'action d'un intervenant institutionnel, ou même autrement déterminé dans la production du droit et peut ainsi accueillir les effets structurels non institutionnalisés » (*Id.*, p. 165).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'IRRÉDENTISME DES VALEURS DANS LE DROIT : LA QUÊTE DU
FONDEMENT AXIOLOGIQUE

Auteur(s) : David GILLES
Simon LABAYLE

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : 309-361

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10267>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10267>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'IRRÉDENTISME DES VALEURS DANS LE DROIT : LA QUÊTE DU FONDEMENT AXIOLOGIQUE

par David GILLES*
Simon LABAYLE**

Le droit possède une texture ouverte et téléologique. Il se présente comme un outil indispensable pour « consolider les choix de valeurs » en permettant de les formaliser et de les mettre en œuvre. Derrière le miroir du droit, se trouve, sous-jacents, les valeurs et les principes. Parfois confondues, ces deux notions sont intrinsèques à la notion même de droit, et servent de soubassement à la formulation de décisions judiciaires. On peut dire de ces notions qu'elles sont irrédentes, c'est-à-dire que, comme dans l'imaginaire politique italien du début du 20^e siècle, les principes et les valeurs ne peuvent être séparés du corpus juridique, tout comme les terres irrédentes ne pouvaient être séparées de l'identité italienne.

Law possesses an open and teleological angle as it presents itself as an indispensable tool to consolidate the choice of values by formalizing them as well as putting them to use. Underlying behind the mirror of law, one finds values and principles. These two notions are intrinsic to the concept of law and therefore serve as the foundation of legal decision-making. One can say that these notions are irredentes, in other words, similar to the early 20th Century Italian political imagery, the principles and values cannot be separated from the judicial body, much like the irredente lands could not be separated from the Italian identity.

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

** . Doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et à l'Université de Paul Cézanne.

SOMMAIRE

I.	Rôle et irrédentisme des valeurs dans le droit.....	320
A/	Le rapport ambigu des juristes aux valeurs.....	323
B/	Les rapports entre valeur, morale, éthique	329
II.	Valeurs et principes : des frontières perméables	335
A/	Une proximité naturelle	336
B/	Une distinction pourtant intrinsèque	349
	Conclusion.....	358

Le droit, selon A.-J. Arnaud, est caractérisé d'une part par l'établissement d'un ordre organique (le droit semble fixer certaines valeurs) et d'autre part par un ordre téléonomique (le droit réalisant certaines fins)¹. Ces fins doivent, afin d'asseoir la légitimité du pouvoir politique, correspondre autant que possible à celles affirmées par la société, de la même manière que ces valeurs doivent recouper celles émanant de cette société. C'est au nom de cette dernière adéquation que le pouvoir politique entend rapprocher le système normatif, notamment les normes fondamentales, des valeurs ancrées dans la société. Comme cela est le cas pour Kelsen ou Hart, la plupart des positivistes n'excluent pas la pertinence de la morale ou des valeurs. Ils se refusent simplement à donner une place à celle-ci dans la définition et les caractéristiques du droit. Prolongeant cette perspective, le positiviste considère quant à lui que « les valeurs ne peuvent faire l'objet d'une connaissance scientifique »² dans la mesure où tout ce qui ne peut faire l'objet d'une démonstration empirique et scientifique ne peut prétendre au caractère scientifique. Or, il est vrai qu'imaginer une valeur, quelle qu'elle soit, faire l'objet d'une telle démonstration est illusoire, pour les raisons qui tiennent à leur définition même. La prise en compte des valeurs semble alors antinomique avec la science du droit. Pourtant, face à une certaine rigidité « positiviste », il semble nécessaire – à la suite de Fuller notamment – de relativiser les prétentions qui se trouvent à son fondement :

[...] toute prétention à la certitude scientifique dans un système juridique aussi complexe serait donc une gageure ou une chimère. Et si c'est le cas avec les énoncés scientifiques décrivant les normes, on peut imaginer la complexité de la question quand il s'agit de la connaissance des valeurs fondatrices des normes³.

-
1. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, où va la sociologie du droit?*, LGDJ, coll. Philosophie du droit, 1981, pp. 10-11.
 2. Michel TROPER cité par Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », M. DOAT, J. LE GOFF et Ph. PÉDROT (ss. dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2007, p. 372.
 3. *Id.*, p. 372.

À la suite de Jean-Louis Bergel, il est possible d'affirmer que « [...] si le droit s'appuie incontestablement sur des valeurs qui dépassent le domaine de la technique juridique, il se définit comme l'ensemble des règles régissant la vie en société et dont le respect est garanti par la puissance publique. Il n'est pas une fin en soi mais un ensemble de mécanismes d'organisation des sociétés et de régulation des relations sociales »⁴. Dans cette perspective, les valeurs se posent comme fondement du droit. Le droit se présente alors comme un outil indispensable pour « consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser (fonction législative) et de les mettre en œuvre (fonction judiciaire et exécutive) »⁵. Plus encore, il « révèle parfois des valeurs qui n'avaient pas encore été exprimées comme telles, participant alors à leur formation, parfois même anticipant sur elles »⁶. Les valeurs, par le biais du droit, acquièrent donc clairement une présence tangible dans l'ordinaire des sociétés contemporaines. Ces considérations portent les germes de toute la philosophie contemporaine des valeurs, puisque

[...] si les valeurs ne peuvent pas être « connues », mais simplement « crues », si elles ne relèvent pas de l'intelligible mais de l'affect, si elles s'enfoncent dans le particularisme subjectif, elles renoncent à tout universalisme objectif, elles doivent donc accepter d'être soumises, pour le pire, au processus du pur compromis, et pour le meilleur aux procédures de délibération⁷.

Or, ce sont là des questions très largement débattues dans les ouvrages d'Habermas, Dworkin ou Ferry, pour n'en citer que quelques-uns parmi les plus représentatifs et les plus contemporains. Ces questions se situent au cœur de la science juridique ainsi que de la philosophie du droit aujourd'hui, car estimer que les valeurs ne peuvent prétendre à « la » vérité scientifique ne re-

4. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 17.

5. Mireille DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté de valeurs?*, Paris, Seuil, 2011, p. 20.

6. *Id.*

7. Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », préc., note 2, p. 390.

vient en aucun cas à les écarter du jeu politique et juridique, ni à en faire de simples caprices cloisonnés aux seules sphères individuelles. Le débat n'est pas neuf, et nombre d'auteurs se sont penchés sur la question. Dans le contexte canadien et dans le contexte européen, la doctrine a parcouru largement le spectre des valeurs dans le discours judiciaire⁸ et l'ancrage de celles-ci dans les ordonnancements juridiques contemporains. Ainsi, dans une stimulante analyse, Stéphane Bernatchez a abordé les rôles de la morale et de l'éthique dans le discours constitutionnel canadien, démontrant la « prudence » des juges – ou la posture minimaliste selon l'auteur – lorsqu'il s'agit d'étayer leur argumentaire en termes d'éthique ou de philosophie fondamentale⁹. Prolongeant le trait, il a mis de l'avant le rôle des valeurs dans l'évolution de la fonction de juger dans le contexte canadien¹⁰. C'est dans ces pas qu'il convient d'engager notre réflexion. Il est alors intéressant de chercher à définir « [...] comment le jugement juridique peut-il et doit-il prendre en compte les orientations axiologiques et idéologiques? »¹¹. Plus précisément, la question de l'ancrage des valeurs et la forme que doivent prendre celles-ci dans leur traduction juridique – à travers des principes – reste une question ouverte, la force axiologique ou fondatrice de celles-ci restant difficile à définir.

Le droit connaît un phénomène de mutation généralisé qui en entraîne une complexification sans cesse accrue. Les valeurs et les principes, par la dimension structurante et rassembleuse qu'ils partagent, ont vocation à jouer un rôle majeur au cœur de cette globalisation. Les temps sont propices à une approche renouvelée

8. Voir Luc BÉGIN, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », Georges A. LEGAULT, Alejandro RADA-DONATH et Guy BOURGEAULT (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions G.C.C., 1999, p. 221 et suivantes.

9. Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2006) 85 R. de B. Can. 218.

10. Stéphane BERNATCHEZ, « Le rôle des valeurs et du contexte dans la transformation de la fonction de juger », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, pp. 333-357.

11. *Id.*, p. 222.

et globalisante de la science juridique. Comme le remarque Mireille Delmas-Marty,

[l]a communauté internationale commence à se penser comme une communauté humaine mondiale. D'abord, dans sa dimension politique, à mesure qu'émerge ce nouveau « monstre juridique », né de l'hybridation entre gouvernance (la coordination entre des États souverains) et États de droit (la subordination à un ordre de type supranational), que l'on pourrait nommer « État de droit mondial ». Un tel droit, qui n'est plus identifié à une nation, implique une dimension éthique, c'est-à-dire la référence aux valeurs communes qui humanisent cette communauté à l'échelle mondiale¹².

Les valeurs font, dans cette optique, figure d'étendard autour duquel rallier les communautés et les populations. Par exemple, les systèmes d'union d'États souverains en constitution comme l'Union européenne posent avec acuité la question de savoir

[...] comment faire cohabiter dans une ensemble commun efficace ces différents peuples en répondant aux aspirations de chacun pour constituer un ensemble économiquement homogène, politiquement consensuel, capable d'affirmer une vision commune des affaires du monde? »¹³.

Confronté à une masse de problèmes et de difficultés, la construction de ce modèle juridique novateur démontre qu'il n'est pas possible de faire l'impasse sur l'affirmation des valeurs. Bien évidemment, cette actualité conserve toute sa résonnance dans le cadre d'un état fédéral comme le Canada, où les valeurs communes et les valeurs distinctes sont en perpétuel processus de détermination ou de négociation. Des appels récents se sont fait

12. Mireille DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté de valeurs?*, préc., note 5, p. 20.

13. Antonio TIZZANO, *L'intégration européenne au XXI^e siècle*, Paris, La documentation française, 2004, p. 19.

l'écho de la volonté d'affirmer une hiérarchie des valeurs et une affirmation de celle-ci dans l'ordonnement juridique. Ainsi, selon Christophe Grzegorzczuk,

[...] si on pressent que le fondement et l'explication du droit se trouvent au niveau d'une théorie des valeurs, on ne peut plus ignorer les débats qui secouent la philosophie morale, puisque c'est là que l'on met en question jusqu'aux racines mêmes la pensée axiologique¹⁴.

C'est alors que le rapport entre valeur et principe devient l'une des clés des difficultés. La valeur, par rapport au principe, se démarque par son inspiration davantage intellectualisée, et à la part d'adhésion plus forte. Il en découle une portée à la fois plus large et une autorité morale mieux affirmée, mais dans le même temps une détermination moindre. Au contraire, les principes, plus techniques et à la vocation opératoire et structurelle, se montrent sans doute plus rapidement et aisément intégrables à un système juridique. Ils constituent, à ce titre, de véritables passerelles pour les valeurs afin d'accéder au droit et bénéficient donc d'une légitimité et d'une autorité pratiques. Ainsi,

[l]es principes prennent la forme de postulats à caractère général qui plongent leurs racines dans les valeurs et dont la fonction est moins d'orienter directement la conduite des individus que de traduire une option éthique à la lumière de laquelle les règles peuvent être, quant à elles, interprétées puis appliquées ou écartées¹⁵.

Ils constituent des éléments clés autour desquels se fondent les systèmes juridiques. Étudiés sommairement et indifféremment des contextes, seule une distinction floue sépare les deux concepts. C'est notamment le cas dans le contexte de la protection des droits fondamentaux, dans le cadre duquel « [v]aleurs et

14. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1982, p. 31.

15. Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 1^{re} édition 2008, p. 972.

principes sont des termes qui au premier abord n'appellent respectivement aucune spécification tant ils subissent, dans le langage juridique, une commune utilisation pour qualifier les droits de l'Homme »¹⁶. Le plus souvent, il faut convenir que dans l'usage, les deux termes semblent synonymes¹⁷. Dans le cadre de l'établissement récent de la Charte européenne des Droits de l'Homme, l'assimilation des deux concepts semble *de facto* intégrée, même si la distinction entre valeur et principe est posée¹⁸. Malgré la proximité certaine entre les concepts de valeur et de principe, ceux-ci représentent une réalité différente¹⁹.

16. *Id.*, p. 971.

17. *Id.* Denys Simon le souligne par exemple à propos du système juridique de l'Union européenne au sein duquel « sont alternativement ou cumulativement employées les expressions de « principe généraux de/du droit », « principes généraux du droit communautaire », « principes fondamentaux du droit communautaire », « principe élémentaire du droit », « dispositions juridiques fondamentales de la Communauté », « exigence fondamentale », voire les formules plus laconiques de « principe général » ou seulement de « principe », sans que ce foisonnement sémantique n'ait de véritable signification juridique »; Denys SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire? » (1991) 14 *Droits* 74.

18. Dans le cadre d'une étude sur ces deux notions, Joël Molinier constate qu'« il ne semble pas, en définitive, à l'analyse des textes et à l'examen des travaux préparatoires de la Charte, que cette distinction soit opératoire en ce sens qu'elle permettrait de traduire deux réalités séparées. Soit en effet on considère, comme le fait d'ailleurs implicitement l'article 3 du Préambule de la Charte, que les principes fondateurs de l'Union sont des valeurs communes aux peuples et de l'Europe et aux Etats membres. L'on est alors conduit à affirmer que « principes » et « valeurs » sont des termes qui peuvent être indifféremment utilisés pour désigner une même réalité. Soit on estime que valeur et principe sont les deux faces d'une même réalité, exprimée sous l'angle moral, spirituel, éthique, social [...] (et l'on parle alors plutôt de valeur) ou sous l'angle juridique (et l'on utilise alors plutôt le terme de « principe ») ». Il en tire donc la conclusion que « [d]ans les deux cas toute dissociation de contenu ou de portée paraît artificielle »; Joël MOLINIER, (ss. dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 18.

19. Selon le *Dictionnaire des droits de l'homme*, « [c]ommunément mobilisables pour faire référence aux droits de l'homme, les deux notions n'en constituent pas moins deux dimensions bien distinctes. Elles saisissent en effet les droits de l'homme, chacune de son côté, sous leur

D'ailleurs, dans le cadre européen, l'ordre juridique de l'Union européenne a, après avoir entretenu un flou persistant²⁰, nettement tranché la question de leur distinction par la ratification, puis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en faveur de la notion de valeur²¹. Une référence explicite aux valeurs de l'Union figurait d'ailleurs déjà dans son Préambule²².

double dimension matérielle et formelle : comme valeur (dimension matérielle), les droits de l'homme donnent à l'ordre juridique son ethos tandis qu'en tant que principes (dimension formelle), ils en sont la clé de voûte »; Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, préc., note 13, p. 971.

20. Voir Joël MOLINIER, (ss. dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, préc., note 16.

21. Depuis le Traité d'Amsterdam, l'Union était cependant explicitement « fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres »; *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, Journal Officiel n° C 340 du 10 Novembre 1997, Article F, p. 9. Or, le Traité de Lisbonne, plutôt qu'à des principes, réfère à des valeurs pour évoquer les fondations européennes. L'Union européenne est donc désormais « fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». On ajoute : « [l']Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes »; *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Journal Officiel n° C 306 du 17 Décembre 2006, Article 2, p. 42.

22. « S'inspirant des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit... » *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Journal Officiel n° C 306 du 17 Décembre 2006, Préambule, p. 10.

Les valeurs, exprimées au sein de systèmes juridiques comme des valeurs sous-jacentes ou expressément fondatrices, demeurent cependant tributaires d'un instrument à même de les porter vers la surface de ces derniers. Cet office échoit aux normes et aux principes juridiques, par le biais desquelles une tangibilité, voire une certaine objectivité (si tant est que cela fût possible dans un domaine par nature ancré dans la subjectivité) se voient conférées aux valeurs.

Dans le contexte canadien, on connaît la distinction faite par la CSC, notamment dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 au regard de l'économie des articles 1 et 7 de la Charte²³. La Cour souligna alors que « [l]a pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l'analyse fondée sur l'art. 7 n'est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier »²⁴. Les juges fondent alors une distinction entre les principes de justice fondamentale, qui doivent être suffisamment précis pour être applicables par le juge, et les valeurs, plus floues et moins fonctionnelles²⁵, mais néanmoins pertinentes dans le cadre de la détermination de la justification de la violation de l'article 7, en application de l'article 1^{er} de la *Charte* :

Dans la détermination des principes de justice fondamentale, il faut nécessairement prendre en considération la nature sociale de notre existence collective. Ce n'est que dans cette mesure que les valeurs sociétales jouent un rôle dans la définition de la portée des droits et des principes en question²⁶.

-
23. Dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, les juges majoritaires ont souligné que, malgré certaines similitudes, les pondérations des droits et intérêts faites dans l'application de l'art. 7 et celles faites dans l'application de l'article premier présentent néanmoins des différences notables; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 au para. 67.
24. *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 au para. 98.
25. Toutefois, dans *Rodriguez*, le juge Sopinka rappelait que « pour établir ces principes [de justice fondamentale], il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu », semblant alors rapprocher la notion de principe à celle de valeur.
26. *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 au para. 99.

L'idée d'user du vocable évoquant un irrédentisme des valeurs au droit – simple création intellectuelle personnelle²⁷ – expose une double problématique et se doit d'être explicitée. En premier lieu, le choix de ce terme évoque l'idée que, comme les terres irrédentes pour les nationalistes italiens des XIX^e et XX^e siècles, les valeurs ne peuvent être séparées arbitrairement du droit, elles lui sont, à un titre ou à un autre, liées intrinsèquement. En deuxième lieu, cet irrédentisme réside dans le constat de la participation des valeurs, dans cette relation au droit, à la nécessaire identification « nationale » que les justiciables, que les citoyens se font de leur système juridique, que les Canadiens se font des fondamentaux de leur société exprimés dans le droit canadien.

À cet irrédentisme des valeurs s'ajoute la question du choix de l'infrastructure fondamentale du système juridique et de la formulation juridique qui lui est nécessaire. C'est alors que le rapport entre valeurs et principes s'explicité dans une forme où les premières se trouvent être des fondements, plus lâches, moins déterminés et où les seconds forment les structures axiologiques, plus déterminés, plus juridiques en somme.

Nous allons chercher à caractériser les rapports entre les normes et l'irrédentisme des valeurs dans un premier temps (I), puis à envisager plus spécifiquement la question de la distinction valeurs et principes (II).

27. La notion d'irrédentisme est apparue à la fin du XIX^e siècle en Italie. Il s'agissait alors d'un courant de pensée et d'opinion qui prônait le rattachement à l'Italie des terres du Frioul peuplées essentiellement d'habitants d'origine italienne, partageant les mêmes valeurs, la même histoire, la même langue. De manière figurée, l'irrédentisme identifie alors, souvent dans une perspective nationale, le caractère indissoluble entre une ou plusieurs composantes d'une entité et les valeurs qu'elles partagent.

I. Rôle et irrédentisme des valeurs dans le droit

Sous diverses formes, s'est dessiné au cours du XIX^e un mouvement positiviste, structuré autour de l'unité minimale conceptuelle posant « la volonté d'exclure le juste de la notion de droit »²⁸. A contrario, en quelque sorte, la philosophie des valeurs est construite autour de la mise au premier plan de la personne humaine, et son évolution suit naturellement celle de la pensée juridique qui s'étend du droit naturel à l'autopoïèse²⁹ et à la réflexivité du droit.

Puisque la vérité absolue n'existe plus selon la doxa positiviste, qu'elle soit d'origine divine ou scientifique, c'est vers les valeurs que l'homme doit se tourner pour donner un sens à ses actes. Il devient désormais possible à ce dernier de poser, d'affirmer son adhésion à des valeurs nécessaires, cette fois-ci des valeurs « relatives », comme le soulignait Kelsen³⁰. Toutefois, pour ne pas confiner cet acte de création à une simple déclaration d'intention, il reste à offrir une existence concrète et matérielle aux valeurs issues de cette réflexion. À cette fin, le retour de « l'humain » et de ses doutes dans le jeu des grandes croyances collectives et dans les systèmes juridiques est accompagné par l'émergence de ses créations et de ses « outils » ainsi que de leurs inévitables imperfections; en l'occurrence, c'est la science

28. Jean-Claude BILLIER et Aglaé MARYOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, Paris, 2005, p. 135.

29. Ainsi, « la disparition de la référence à un cosmos ou à une cité ordonnés ne laisse guère d'autre issue qu'au renvoi à un sujet, désormais tenu pour seul apte à chercher et à trouver les règles de sa conduite »; Paul VALADIER, *L'anarchie des valeurs*, Albin Michel, Paris, 1997, p. 56.

30. « Une théorie relativiste des valeurs ne signifie pas – comme on le croit souvent – qu'il n'y a pas de valeurs et en particulier pas de justice, mais qu'il n'y a pas de valeurs absolues, mais seulement des valeurs relatives, pas de justice absolue, mais seulement une justice relative, que les valeurs que nous créons par nos actes normateurs et sur lesquelles nous fondons nos jugements de valeurs, ne peuvent prétendre exclure la possibilité de valeurs opposées »; Hans KELSEN, « Law and Morality », *Essays in Legal and Moral Philosophy*; trad. et publié dans Christophe GREZGORCZYK, Françoise MICHAUT et Michel TROPER, *Le positivisme juridique*, Story-Scientia, LGDJ, Paris, 1992, p. 144.

juridique qui fera office de support – certainement imparfait – pour les valeurs qu’une communauté se donne.

Michel Villey, dans sa préface à l’ouvrage de Christophe Grzegorzczak³¹, établissait un bref historique de l’affirmation des valeurs dans les communautés modernes. Il relie l’apparition au développement des sciences dites physiques. Celles-ci effectivement devaient leur réussite à ce qu’elles faisaient abstraction des causes finales et du bien. Face à ces sciences, il constate que s’est ensuite développée une morale « non plus constituée à partir de la considération de l’être, mais de commandements : une morale faite d’obligation et d’interdits de la loi divine », mais cette morale fut « jugée pauvre, trop « formelle », vide de contenu; et ses fondations illusoires », ce qui entraîna le développement des sciences humaines qui « s’efforcèrent d’imiter la rigueur et l’objectivisme des sciences naturelles »³². Ce cycle émergea à l’orée des XVII^e et XVIII^e siècles. Christophe Grzegorzczak abonde d’ailleurs dans ce sens, puisqu’il constate à son tour que « la théorie générale des valeurs (appelée aussi « axiologie ») a fait son entrée, en se situant à la limite de la philosophie et des sciences humaines »³³ et a largement marquée de son empreinte le monde du droit³⁴. À travers ce parcours sinueux, la théorie des valeurs va enfin toucher les rives de la théorie du droit au milieu du XX^e siècle. Bien évidemment, le rapport entre valeurs et droit est bien antérieur à cette date, et leur relation est prégnante depuis la genèse du droit.

31. M. VILLEY, préface à l’ouvrage, Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, préc., note 14, p. 6.

32. *Id.* p. 6.

33. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 38.

34. Pour Michel Villey, c’est alors dans la nasse des sciences humaines que prirent naissance les valeurs, notamment par le biais de l’économie politique anglaise, et de l’école phénoménologique grâce à laquelle les valeurs vont « s’émanciper de leur support matériel ou psychologique »; M. Villey, préface à l’ouvrage, C. GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 7.

C'est au sein de l'univers immatériel, dans lequel prospèrent les valeurs, que gisent les racines du droit, celles sans lesquelles celui-ci ne constituerait plus qu'un ensemble de règles assemblées sans cohérence, coupées de la réalité du monde qu'elles sont censées réguler, et sans aucun doute inaptes à assurer la tâche qui leur incombe. Toutefois, la multiplicité des références aux valeurs qui animent les sociétés contemporaines conduit à une banalisation d'un concept par ailleurs intrinsèquement polysémique. Comme le fait remarquer Vlad Constantinesco, « le terme, couramment employé, n'est pas pour autant des plus définis, ni des plus simples à définir. Plus précisément – et outre qu'il est rarement défini – le terme de valeur est susceptible d'une pluralité d'approches et de significations »³⁵.

Trois éléments semblent devoir caractériser le concept de valeur. D'une part, une démarche évaluative est inhérente à la notion et prend la forme d'une préférence idéologique³⁶. L'individu ou la communauté tient la place centrale de cette définition, puisqu'elle implique l'expression d'une préférence ou d'un choix personnel ou exprimé collectivement. Le concept de valeur se caractérise donc également par son absence de neutralité, puisque la valeur consiste principalement en un but qu'un individu ou une communauté juge souhaitable d'atteindre.

D'autre part, la notion de valeur induit nécessairement l'idée d'adhésion, d'un certain affect envers la valeur identifiée. Enfin, une valeur implique naturellement une part d'indétermination. Les normes et le droit jouent alors un rôle de catalyseur et transmetteur. Par la juridicisation des valeurs, ils les

35. Vlad CONSTANTINESCO, « Les valeurs dans le Traité établissant une constitution pour l'Europe », *Des valeurs pour l'Europe?*, Academia-Bruylant, 2008, p. 72.

36. Dans une perspective juridique, G. Cornu définit le concept de valeur comme étant, pour un individu, « ce qui, de son point de vue, est estimable, appréciable, désirable » ou de manière plus générale, « ce qui, [...], est considéré comme bon, utile, digne d'estime »; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e édition mise à jour, Paris, 2007, p. 952.

collectivisent et bouclent ainsi le paradoxe de la relation qui unit le concept de droit à celui de valeur. Le droit se fonde sur des valeurs qui, sans lui, ne connaîtraient pourtant pas d'existence concrète et tangible et ne nourrirait donc aucune vocation à quelque collectivisation que ce soit. Le droit est donc devenu l'outil de référence majeur des sociétés contemporaines pour savoir ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas et il va, pour déterminer cela, puiser dans les valeurs de la société qu'il lui est donnée de réguler. Le droit comme les valeurs sont donc tous deux des produits d'une activité humaine, qu'il s'agisse de la constitution des systèmes juridiques comme de la création et l'adoption des valeurs. Pourtant ce rapport ne s'est pas fait sans mal, et, si les valeurs posent toujours certaines difficultés aux juristes (A), c'est notamment au regard de la proximité de ces dernières avec les ensembles normatifs tels que la morale et l'éthique (B), face auxquels la représentation moderne du droit s'est construite.

A/ *Le rapport ambiguë des juristes aux valeurs*

Une valeur constitue la capacité que possèdent des choses, des réalisations, des institutions de représenter un bien pour une personne ou pour une collectivité. Le terme inclut les moyens, les structures, les institutions, les aménagements qui favorisent le mieux-être de l'homme vivant en société tels que la vie, la vérité, l'intégrité physique et morale, le minimum vital qui favorise la dignité humaine, la santé, la liberté, le savoir, le travail, la famille, la justice, la solidarité, la paix sociale ou l'égalité. Certaines sont considérées comme des *valeurs* par les uns et comme des *non-valeurs* par les autres. Elles font dans tous les cas l'objet de préférences personnelles, qui peuvent certes être partagées par d'autres individus, mais sans toutefois recouper des communautés définies *a priori*, et elles font l'objet d'un jugement spécifique, le jugement évaluatif. Il existe des jugements évaluatifs et personnels, qui prétendent tout au plus à la sincérité ou à l'authenticité du sujet de l'énonciation. Il en va tout autrement des énoncés qui prennent la forme d'une proposition normative prétendant, quant à eux, à un test d'universalisation en vue d'un accord ou d'un consensus ayant force d'obligation au sein d'une

communauté. Chacun d'entre nous peut assigner un contenu différent aux valeurs/non-valeurs. Celles-ci peuvent prendre en outre tant une coloration éthique, morale, religieuse, qu'une coloration politique, économique et juridique. Les valeurs constituent alors de nos jours des réalités objectives et possèdent une authenticité propre qui échappe au subjectivisme. Cela n'exclut pas des perceptions divergentes dont la validité peut varier. Ce ne sont donc pas des règles, qui fonctionnent sur un mode binaire, mais bien des ensembles qui connaissent une diversité de réalités en fonction de certaines contingences. Par exemple, le christianisme a véhiculé la valeur égalité, mais les chrétiens y ont été inégalement sensibles selon les époques et les milieux. Comme le souligne Wagdi Sabete :

Notre connaissance sur les valeurs repose sur des évidences intelligibles pour la conscience, celles qui constituent les fondations de la raison. Ces évidences reposent, à leur tour, sur un acte de confiance raisonnable. Au commencement, il n'y a qu'un acte de foi. Car il n'y a pas, n'a jamais eu une démonstration première de la validité : la fondation se dérobe toujours³⁷.

Cette difficile introspection explique pour partie les réticences qu'ont conservées les juristes dans leur rapport aux valeurs, ceux-ci ne se résolvant que tardivement à analyser l'arrimage du droit aux valeurs, préférant soit nier leur existence, soit distinguer clairement les deux ensembles. Comme le souligne Christophe Grzegorzczak³⁸, les juristes adoptent, face à la question et à la théorie des valeurs, deux attitudes différentes : d'une part, ils cherchent à enfermer ces valeurs à l'intérieur du système normatif, à les transformer en des valeurs infra-juridiques, à la fois dérivées des normes et subordonnées à celles-ci. Cette politique, largement reprise, notamment par les grands textes fondamentaux, consiste à contourner le problème des valeurs en

37. Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », préc., note 2, p. 389.

38. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 27 et svt.

niant d'une certaine manière leur « immatérialité normative ». La valeur alors transformée en principe juridique est ainsi intégrable à un système normatif classique. D'autre part, la seconde attitude, classique, anté-positivisme, consiste à faire appel à la morale, ce qui permet de donner aux normes, par les valeurs, une assise, un fondement externe, exogène, stable.

Ces deux attitudes reprennent, à bien des égards, les lignes forces de deux confrontations séculaires entre positivisme kelsénien, niant l'existence de « jugement de valeurs authentiques en droit »³⁹, et des tenants des valeurs supra-juridiques pesant sur les systèmes de droit, dont l'une des expressions fut historiquement la pensée jusnaturaliste.

De nos jours, la notion de valeur ne se justifie que dans une perspective ontologique et subjective centrée sur l'individu dans la mesure où même si la valeur vise un collectif, elle ne peut que passer par le biais d'un cheminement de pensée et d'une argumentation avant tout subjectifs et personnels⁴⁰. Les valeurs, pour éclore, sont donc tributaires d'une forme d'individualisme que les sociétés contemporaines ont exacerbée. Ainsi, alors que dans les systèmes archaïques prévalaient des valeurs fondées sur la force et l'autorité, l'avancée des civilisations fait émerger des aspirations à une participation davantage consentie qu'imposée. Il n'est pas abusif de voir dans ce type d'évolution à la fois sociologique et historique l'un des facteurs principaux de l'avènement de la théorie des valeurs et de la place considérable que celle-ci occupe désormais dans la science juridique. Le même type de conclusion peut d'ailleurs être tiré de la modification du rapport qu'entretiennent les êtres humains avec la science. Kelsen a choisi de résoudre la difficulté posée par les valeurs qu'il

39. *Id.*, p. 28.

40. Les valeurs n'existent alors qu'en tant que « [...] valeurs pour quelqu'un, et notamment pour l'homme [...]. Dans cette optique, notre « objectivisme » axiologique est bien éloigné des théories objectivistes traditionnelles, l'homme étant ici constitutif de l'ontologie des valeurs, qui existent objectivement, mais non extérieurement à lui »; Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 118.

observait dans le droit en octroyant à celles-ci un statut dérivé des normes elles-mêmes⁴¹. Son système repose sur l'idée d'une objectivation du droit et de sa légitimité fondée sur le respect du processus d'adoption, sur la conformité de la norme au contenu de la norme supérieure. La pyramide kelsénienne ainsi constituée écarte alors les valeurs en privant celles-ci de toute validité exogène, de tout fondement moral. Le critère de la conformité à la norme supérieure ne permet l'affirmation de valeurs que par leur appendice principiel, transformant celles-ci en principes juridiques qui trouvent leur fondement dans la conformité à la norme supérieure. Il en est ainsi de l'égalité dont la force, la « valeur » ne dépend dans nos systèmes juridiques que de sa place dans la hiérarchie de l'ordonnement normatif.

Kelsen évacue toute évaluation externe des normes, refusant ce qui apparaît à ses yeux comme une impureté. Constatant l'existence des valeurs, il en fait des valeurs extra-juridiques. Il ne voit dans tout jugement de valeurs qu'une simple expression d'une émotion personnelle, d'un subjectivisme non juridique⁴². La pratique a obligé la théorie du droit à contester largement cette vision irréductible. Refuser tout jugement de valeurs authentiques dans le droit et refuser tout fondement philosophique au droit revient à s'écarter de l'observation du droit posé, pourtant fondement de la théorie positiviste. De la norme législative à la solution jurisprudentielle, toutes portent en elles cette part de subjectivité, cette expression d'une ou de plusieurs valeurs transcendantes. C'est une évidence, pour les juristes et notamment pour les juges, que les principaux problèmes juridiques trouvent fréquemment des réponses non pas à l'intérieur de la science juridique mais à l'extérieur, dans le domaine de la philosophie, de la morale, des valeurs. En un mot de la Justice.

Toutefois, donner aux règles juridiques une justification morale, dans la théorie ou la pratique, s'avère une tâche fort

41. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1962, pp. 23-24.

42. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 28.

délicate⁴³, qui pose à la fois le problème de sa détermination et de sa légitimité. L'évolution des méthodes et des théories de l'interprétation, à bien des égards, traduit cette problématique.

Tous les jours, les juristes sont confrontés à une multitude de situations où sont impliquées des considérations morales et où interviennent inlassablement des appréciations de choix à la portée morale évidente et incontestable. Le droit et la hiérarchie normative apportent une standardisation, les décisions sont préévaluées par le système juridique sous forme d'interdiction, permission ou injonction. Mais cette évaluation prédictive ne suffit pas dans de nombreuses situations – dans ces cas difficiles « hard cases » chers à Hart et à Dworkin – où la situation échappe au cadre confortablement dressé par la législation et la jurisprudence. La question se pose alors : où chercher le modèle de jugement ? Plus ardu encore, lorsque le juge se détache de la retenue judiciaire, lorsque les faits, la société, les parties le poussent à revêtir subrepticement le costume du législateur ou à former, au travers de la jurisprudence, les standards d'appréciation de situations nouvelles, exceptionnelles, complexes et extra-systématiques, seule la morale semble apporter un référent adéquat légitimant le contenu du nouveau standard par l'affirmation de valeurs. De nos jours, la réticence au regard des valeurs a largement décliné. Comme le souligne avec emphase Wagdi Sabete :

Au nom de quoi, sinon de valeurs, proscrire les jugements de valeurs de la science de droit. Écrire, n'est-ce pas s'engager ? Décrire, c'est déjà prendre partie. Cependant, entre le positivisme soi disant neutre et la description partisane il existe, semble-t-il, une marge : toute activité scientifique doit viser cette règle d'or : « faire taire ses préférences mais dire ce qui est ». Or, « *ce qui est* » n'est pas toujours si simple à décrire car il s'agit de décrire un sens, et *expliquer* une signification qui ne se détermine, en défi-

43. Pour une analyse de la question des jugements de valeur dans le domaine des sciences sociales, voir Philippe BÉNÉTON, *Introduction à la politique*, Paris, PUF, 1997, p. 116- 120.

nitive, que par rapport à une autre signification donnée et ainsi de suite. La description donnée est au fond un « *judgement* » qui dit un *état de fait*. Il comporte par-là même une évaluation en termes de valeur⁴⁴.

Les juristes et les juges se prononcent alors, intuitivement ou non, pour certaines valeurs et en récusent d'autres. Toutefois, ils légitiment cette action non pas grâce à un fondement moral, mais en référence à des principes juridiques – qui foisonnent en droit civil – et à ce que Dworkin appelle des principes et des politiques, inhérents au système juridique et qui servent de guide à la solution de droit.

Souvent, celle-ci est davantage viscérale que construite sur un fondement philosophique, l'argumentation juridique apportant alors la légitimation à la solution. Le philosophe Jürgen Habermas propose le dialogue, la discussion, comme moyen d'en arriver à un consensus sur les valeurs. Ce dialogue est rendu nécessaire à cause de la confusion des esprits et de la nécessité d'une vision commune indispensable à la construction d'un véritable humanisme. Si le choix kelsénien véhicule en soi une idéologie⁴⁵, le risque de réintroduire la morale dans le droit pose donc le problème de la caractérisation des valeurs et de leur place dans le système juridique. La pensée juridique, la perspective philosophique, l'évolution des mentalités depuis un siècle ont toutefois montré le relativisme des valeurs, l'individualisation de celles-ci, l'identification de groupes sociaux à certaines d'entre-elles et la difficulté à affirmer la primauté des unes par rapport aux autres.

44. Wagdi SABETE, « La théorie de la connaissance scientifique en droit et le procès de la métaphysique », (2002) 46 Arch. Phil. Droit 407, à la page 433.

45. Comme le remarque Christophe GREZGORCZYK, « cette pensée véhicule un fond idéologique de légitimation évidente, car en interdisant aux juristes d'introduire les jugements de valeurs dans leur travail, elle ne permet pas de réfléchir sur la qualité des normes qui ne sont ni bonnes ni mauvaises, mais tout simplement obligatoires – et donc se légitiment par leur existence même »; Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 28.

B/ Les rapports entre valeur, morale, éthique

Le positivisme et les auteurs contemporains tels Hart, Dworkin ou Pérelman ont largement contribué à distinguer droit et morale sans forcément user du vocable valeur de manière déterminée. Dans la plupart des dictionnaires juridiques ou de philosophie du droit, on ne trouve d'ailleurs pas d'entrée « valeur » alors que celles relatives à la distinction droit/norme/morale sont nombreuses. Grzegorzcyk distingue deux grandes « familles » de théories relatives aux valeurs dans la philosophie contemporaine, les théories cognitivistes⁴⁶ et non-cognitivistes – ou émotivistes – des valeurs. Concernant les premières, on trouve des théories dans lesquelles le rôle du sujet est relativement passif

[...] il ne fait qu'enregistrer, correctement ou non, les valeurs contenues dans la réalité environnante. Ses jugements de valeurs ont donc un statut semblable à celui des propositions descriptives : ils peuvent correspondre ou non à la réalité et donc être vrai ou faux⁴⁷.

Parmi celles-ci, on trouve l'affirmation d'un « sens moral », qui attribue un rôle secondaire à l'expérience sensorielle comme source épistémologique au profit de l'intuition morale et de son caractère actif et créatif.

Ses jugements de valeurs n'ont pas, par conséquent, de caractère cognitif, ils ne rendent pas compte de quoi que ce soit d'extérieur, ne sont ni vrais, ni faux; ils expriment seulement des prises de position axiologiques du sujet envers le monde réel⁴⁸.

Au contraire, la perception non cognitiviste des valeurs laisse une part importante aux émotions humaines qui constituent le « nid » des valeurs⁴⁹. L'individu moderne par

46. *Id.*, p. 47-63.

47. *Id.*, p. 47.

48. *Id.*, p. 47.

49. Grzegorzcyk la résume en écrivant que si « la doctrine qui situe les valeurs non pas dans le monde extérieur, mais dans la perception

l'affirmation des sciences et de leur réalité concrète – empirique et objective – avait, peu à peu, renoncé à son impact et à sa propre influence sur la « vérité » et la « connaissance » au profit de ce que lui dictaient ces sciences⁵⁰.

Il s'empare à nouveau de celles-ci à partir de l'avènement des Chartes, les « mystiques » religieuses et scientifiques laissant la place à un ensemble de valeurs ontologiques. Les terminologies subsistent, mais l'ancrage au système juridique et la légitimité sont toutes deux réformées, plus démocratiques et respectueuses des droits individuels. Wagdi Sabete remarque ainsi que

Ces évidences reposent, à leur tour, sur un acte de confiance raisonnable. Au commencement il n'y a qu'un acte de foi. Car il n'y a pas et il n'y a jamais eu de démonstration première de la validité : la fondation se dérobe toujours. 2+2=4? Sans doute mais au nom d'axiome ou de présupposition, c'est-à-dire de proposition non démontrée⁵¹.

Bien évidemment, les deux conceptions sont très proches, et s'interpénètrent largement. À l'instar de la distinction éthique/morale, il est difficile d'établir la distinction morale/valeur, d'autant que cette distinction est plus ou moins explicite sous les plumes des différents auteurs⁵². On pourrait

humaine de ce monde est fort ancienne [...] l'émotivisme a donné pourtant une expression radicalisée à cette vision du phénomène axiologique, et en même temps a procédé à son examen selon une méthode très stricte, analytique, axée en priorité sur les questions linguistiques concernant le monde des valeurs »; *Id.*, p. 89.

50. Dagmar COMTESSE, « *La culture politique comme métavaleur européenne* », *Des valeurs pour l'Europe?*, Academia- Bruylant, 2008, p. 42.

51. Wagdi SABETE, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », *préc.*, note 2, p. 234.

52. Pour Bentham ou pour John Stuart Mill, la morale n'avait pas sa place dans le droit, car celle-ci était fonction de la société, leur philosophie du droit se voulant utilitariste, les critères qu'ils proposaient étant les valeurs universelles du bonheur et de la liberté et non la moralité *de facto* de sociétés particulières, qu'ils appelaient morale positive; H.L.A HART, « La moralité du droit », (1994) 19 *Droits* 105 à la page 109.

alors estimer que les valeurs sont universelles et les morales particulières, les unes et les autres se trouvant définies dans l'absolu, indéterminées. Toutefois, dans l'utilisation moderne du terme de valeur, dans l'approche des juridictions et de la Cour suprême du Canada notamment, la recherche de principes favorise les valeurs, les juges cherchant à comprendre les valeurs en jeu et déterminer comment celles-ci doivent se concilier. Les valeurs seraient alors davantage les caractéristiques raisonnables d'une société libre et démocratique. En perdant leur universalité absolue, les valeurs gagneraient en détermination.

Le terme de valeur invite naturellement à une réflexion dans le domaine de la morale, « la proximité de la Morale et du Droit laisse penser que le Droit est pétri de Morale, ou que le droit n'est qu'une traduction dans un système normatif, obligatoire et sanctionné, d'impératifs moraux »⁵³.

Pour en résumer brièvement les traits fondamentaux, le débat entre droit et morale oppose les grandes théories positivistes, notamment soutenues par des auteurs tels qu'Austin, Bentham, Kelsen ou dans une version renouvelée Hart, et les perspectives davantage ouvertes à la morale ou à une transcendance juridique comme Ronald Dworkin par exemple. Qu'ils y voient là une nécessité ou une simple absence de contrainte, les auteurs positivistes⁵⁴ se rejoignent donc dans leur refus d'unir le droit et les considérations morales. Ainsi, « la tradition positiviste identifiant le droit avec l'ordre juridique établi que celui-ci soit sous la forme des commandements du souverain (Bentham, Austin) ou bien sous celle d'un système de normes juridiques qui tirent leur validité d'une norme fondamentale

53. Vlad CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identité constitutionnelle nationales - convergences ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie? », Jean-Claude MASCLET, Hélène RUIZ FABRI, Chahira BOUTAYEB et Stéphane RODRIGUES (ss. dir), *Mélanges en l'honneur de Philippe Marín*, p. 72.

54. Pour une analyse récente des différents positivismes, voir François CHEVRETTE et Hugo CYR, « De quel positivisme parlez vous? », *Mélanges Andrée Lajoie*, (ss. dir. Pierre NOREAU et Louise ROLLAND), Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 34-60.

(Kelsen), n'a jamais attribué un caractère moral à l'obligation d'obéir au droit »⁵⁵. Au contraire, pour les auteurs défendant une conception *jusnaturaliste* du droit, le droit comme justice préexiste au droit⁵⁶. Au travers de cet idéal de justice, ce sont donc bien des considérations morales qui sont consacrées par ces auteurs, qui refusent l'idée d'un droit hermétiquement séparé de la morale. Si valeurs et morale ne peuvent donc être confondues, et qu'il convient de chercher les autres truchements par lesquels les valeurs pénètrent la science juridique, l'éthique fait alors figure de piste de réflexion privilégiée à cet égard. Pour autant, Christophe Grzegorzczuk, non sans raison, constate que

[...] la morale, ayant des sources transcendantes, ne supporte pas la contradiction des jugements moraux, une même action ne pouvant à la fois être bonne ou mauvaise », tandis que « l'éthique, elle, peut – et même doit – admettre les cheminements divers vers la même finalité qu'est la vie heureuse. Le jugement personnel est sa base même, il est irréductible, et par conséquent il peut en contredire un autre, provenant d'un individu différent », ce qui a pour conséquence que « chose caractéristique – le droit est toujours influencé par la morale plutôt que par l'éthique, ce qui découle de sa structure et de sa vocation même : le droit, comme la morale, ne peut s'arrêter au stade de la controverse – bien que ce stade lui soit vital - il doit parvenir à la solution du problème, à la création d'un critère qui donnera raison à un seul plaidant (et parfois à aucun d'entre eux)⁵⁷.

Stéphane Bernatchez, à son tour, a souligné l'acuité du rapport entre le droit et les autres ensembles normatifs dans le débat judiciaire et doctrinal canadien actuel, prolongeant la formulation d'Habermas :

55. Jean-Claude BILLIER et Aglaé MARYOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, Paris, 2005, préc., p. 258.

56. *Id.*, p. 286.

57. Christophe GREZGORCZYK, préc., note 14, p. 30-31.

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité risque, dans ces circonstances, de basculer dans le moralisme juridique. Car, en concevant les droits comme des valeurs ou des orientations idéologiques, les tribunaux opèrent ainsi un « travestissement téléologique des droits »⁵⁸.

Si les deux conceptions sont à rapprocher, il n'en demeure toutefois pas moins que la morale est le produit d'une genèse, d'une édification – individuelle ou collective – la morale s'impose aux individus dans une transcendance, dont les individus ne sont absolument pas maîtres, alors qu'au contraire, les valeurs sont le fruit d'une adhésion, d'une identification où la volonté joue un rôle déterminant. On comprend immédiatement le problème qui est posé lorsque l'on cherche à « imposer » ces valeurs à une population qui ne les partage pas forcément de manière absolue.

De plus, là où la morale est marquée par la religion, la société, les valeurs aspirent à un universalisme qui les rend difficiles à caractériser. Dans cette perspective, les valeurs de la société canadienne, dont on a largement extirpé la morale, constituent effectivement ce qui rassemble, par un processus d'adhésion conscient ou inconscient, les Canadiens. Le droit et les Chartes en sont alors une expression. Toutefois, il ne faut pas oublier que les valeurs se sont largement substituées à la morale dans le rapport au juridique. Du point de vue sémantique, la valeur figure largement une morale laïcisée, se voulant neutre par rapports aux schèmes religieux et sociaux sur lesquels se sont bâties nos sociétés. De plus, il faut souligner que cette définition des valeurs à vocation collective n'est pas partagée par tous les auteurs, ou sans toute la polyphonie sémantique dont certains peuvent faire preuve.

Ainsi, pour Habermas, la valeur « est l'expression d'une préférence personnelle en vue d'une fin digne d'efforts

58. Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », préc., note 8, p. 223.

personnels »⁵⁹ évacuant l'aspect collectif dans cette définition. Toutes les valeurs – ou leur symétrique – peuvent alors entrer en concurrence et faire l'objet d'un conflit de valeurs qui impose à l'individu de les hiérarchiser. En ce sens, et même si les valeurs peuvent être partagées par des communautés d'individus ou même par des civilisations, aucune valeur ne pourrait selon Habermas « prétendre par sa nature à une priorité absolue par rapport à d'autres valeurs »⁶⁰. Comme le relève Hart dans son ouvrage *Le concept de droit*, la justice, intrinsèquement, constitue une partie singulière de la morale « qui a trait essentiellement, non pas à la conduite individuelle, mais à la manière dont on traite des catégories d'individus »⁶¹.

C'est dans ce sens qu'il convient d'aborder les valeurs comme des principes, auxquels les individus d'une société adhèrent, qui ont une vocation à une certaine universalité – du moins dans le schéma d'une société démocratique – qui se veulent détachés d'un substrat religieux. Ils correspondent à ce que Hart définit comme des règles primaires d'obligation qui se distinguent des autres règles par la pression sociale qui les appuie et par le « sacrifice important sur le plan des intérêts et désirs personnels que suppose leur accomplissement »⁶². De telles valeurs jouent donc un large rôle dans la perception que le justiciable a du droit. Si le droit recoupe ces valeurs, l'adhésion du justiciable à son système juridique sera plus grande et le droit renforcera son rôle de « liant sociétal ». Si ce n'est pas le cas, le système d'injustice ne sera pas long à se faire jour. Toutefois, les valeurs, par essence, sont indéterminées, comme la morale, et nécessitent des normes qui les complètent, les prolongent, les déterminent, les valeurs s'incarnant alors naturellement dans un certain nombre de principes.

59. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1992, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Nrf, Gallimard, p. 177.

60. *Id.*, p. 277.

61. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. par M. Van de Kerchove, 2^e éd., Bruxelles, 2005, p. 203.

62. *Id.*, p. 205.

II. Valeurs et principes : des frontières perméables

Valeurs et normes, si elles doivent être distinguées notamment au regard de leur caractère indéterminé/déterminé, se complètent. La principale distinction reposerait sur le critère déterminé des secondes par rapport aux premières. Si les valeurs naissent d'un débat collectif, elles expriment une adhésion personnelle. Les normes, au contraire, ont pour fonction de réunir sur elles précisément un consensus permettant de réguler le vivre-ensemble dans le pluralisme des valeurs et de leur hiérarchisation. Ce consensus, issu dans nos systèmes d'un volontarisme juridique, découle de la constitution de l'État Léviathan hobbesien, sur la base même de la volonté de chaque individu. Normes et valeurs sont alors intrinsèquement liées. La norme est toujours provisoire et susceptible d'être invalidée⁶³. La valeur vise à la permanence, tout comme le principe. Ce dernier figure comme la passerelle des valeurs au sein des systèmes juridiques. Cela explique qu'il existe une confusion forte quant à l'utilisation du terme « principe » au sein des systèmes juridiques⁶⁴. Ils ont tous deux une force de transcendance. La norme est binaire, mathématique, alors que les principes sont ouverts, empathiques en quelque sorte à plusieurs solutions juridiques. Les valeurs, quant à elles, expriment le caractère préférable des biens auxquels on adhère, laissant une plénitude d'options ouvertes :

Les normes en vigueur obligent leurs destinataires, sans exception et de la même manière, à adopter une attitude satisfaisant à des attentes de comportement généralisées, tandis que les valeurs doivent s'entendre comme des préférences intersubjectivement partagées⁶⁵.

63. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1992, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Nrf, Gallimard, p. 278.

64. Voir André JEAMMAUD, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, p. 49-74.

65. *Id.*, p. 278.

Pour Habermas, « les valeurs expriment le caractère préférable des biens qui, dans le cadre de certaines collectivités, sont considérées comme dignes d'effort et qui peuvent être acquis ou réalisés au moyen d'une activité développée en fonction d'une fin déterminée » alors que les normes se présentent sous « la forme de la prétention à la validité à caractère binaire »⁶⁶, soit valide soit invalide. Il distingue norme et valeur selon quatre critères : tout d'abord, par leur rapport à l'action obligatoire ou à l'action téléologique, ensuite, par le codage binaire pour les unes ou le codage graduel de leur prétention à la validité pour les autres, par leur force d'engagement absolue ou relative et enfin, par les critères auxquels doivent satisfaire la cohérence des systèmes normatifs et des systèmes de valeurs. Toutefois, même en reprenant ces quelques critères, il est difficile de tracer une frontière entre valeurs, principes et droit, tant les interactions qu'ils partagent les confondent parfois. Ce sont d'ailleurs de ces interactions que se nourrissent les systèmes juridiques contemporains.

A/ Une proximité naturelle

Une indéniable proximité rassemble les concepts de valeur et de principe dans l'imaginaire de la doctrine et la pratique juridique. Celle-ci découle avant tout de la nature *a priori* méta ou extra juridique qu'ils partagent. Ce caractère métajuridique transparaît dans l'usage qu'en font les juges. Il en est ainsi par exemple pour les juges du TDP⁶⁷.

La notion de dignité s'impose donc comme étant un principe charnière dans les différents textes internationaux de protection des droits et libertés de la personne. Il s'agit là d'un véritable principe, d'une valeur qui sous-tend la Charte des droits et libertés de la

66. *Id.*, p. 278.

67. Le TDP traite de facto d'une matière sensible et proche des valeurs et des principes par nature à travers l'affirmation des droits fondamentaux. Ils s'identifient à la fois à l'un et à l'autre de ces concepts, en même temps que la distinction qu'il convient d'opérer entre eux se cristallise justement sur cette matière juridique si particulière.

personne et permet d'interpréter tous les droits et libertés fondamentaux qui y sont protégés⁶⁸.

L'expression « sous-tend » souligne ici le décalage entre le droit « pur » et les valeurs et les principes. Au nom de leur même vocation d'inspiration et de justification du droit (ou de la Charte en l'occurrence), la solution judiciaire appréhende donc les deux concepts comme reflétant identiquement la notion de dignité. Par la mise en avant de leur caractère presque étranger au droit, c'est également le supplément d'âme qu'ils confèrent au document « sous-tendu » que le Tribunal souligne ici. Ce même procédé transparaît dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfiridis*, puisque là-encore, la dignité humaine s'identifie aussi bien comme un principe que comme une valeur :

Beaucoup plus récemment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'est aussi élaborée à partir et autour de la reconnaissance et de l'importance de la notion de la dignité humaine. [...] Tout comme pour la Charte, le principe de la dignité humaine est contenu en son préambule en tant que valeur sous-jacente aux droits énumérés⁶⁹.

Les principes et les valeurs jouissent donc, par leur nature particulière individualisée et intellectualisée, d'une haute teneur symbolique au sein des systèmes juridiques dans lesquels ils s'appliquent, comme le souligne la Charte canadienne des droits. Les deux concepts fondent la légitimité, voire la validité des normes juridiques au sein des systèmes qui les consacrent. Rares sont les normes qui ne sont pas envisagées comme le prolongement des valeurs ou principes qui fondent un système juridique⁷⁰ :

68. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] QCTDP 17 au para. 85.

69. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfiridis*, [2002] QCTDP 41910 au para. 145.

70. Les valeurs et principes justifient même jusqu'aux systèmes juridiques appréhendés dans leur globalité. Ainsi, concernant le système juridique

[...] la norme n'est pas seulement une manière de faire, d'être ou de penser, socialement définie, opératoire et sanctionnable. Elle tire l'essentiel de sa force de n'être pas perçue justement comme un simple arbitraire, mais de la reconnaissance de sa légitimité qui se mesure par référence aux valeurs. Si la norme est l'institué, la valeur est l'instituant⁷¹.

S'ils sont tous deux métajuridiques et s'ils contribuent largement à la légitimation des normes qui leur sont subséquentes, ils partagent également le nécessaire besoin d'une juridicisation afin de jouer pleinement leur rôle dans le théâtre juridique. Comme le montre l'usage sémantique qu'il est fait dans la jurisprudence, les deux concepts restent « sous-jacents ». Composantes du « réel du monde du droit »⁷² sans lui être liés organiquement, les valeurs et les principes ne représentent pas ce monde à proprement parler. Tantôt à la source du droit, tantôt facteurs de légitimation de celui-ci, la nature des valeurs et principes n'est pas intrinsèquement juridique⁷³.

de l'Union européenne, Jean-Louis Quermonne remarque que « plutôt que de chercher dans son histoire ou sa géographie des racines qui marqueraient son identité ou d'emprunter par mimétisme à d'autres ensembles un statut préexistant qui la définirait, l'Union européenne tend elle à regarder vers l'avenir en fondant sa singularité sur des valeurs. C'est là sa pièce d'identité [...] ce sera sa vocation et sa spécificité »; Jean-Louis QUERMONNE, *L'Union européenne dans le temps long*, Les presses Sciences-Po, Paris 2008, p. 113.

71. Philippe ROBERT, Francine SOUBIRAN-PAILLET, et Michel VAN DE KERCHOVE, « Normativité et internormativités », in Ph. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET, et M. VAN DE KERCHOVE (dir), *Normes, normes juridiques, normes pénales*, L'Harmattan, coll « logiques sociales », 1997, p. 17.

72. Wagdi SABETE, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humaine », préc., note 2, p. 229.

73. Frank Moderne mène une charge relativement incisive face à la juridicité des principes : « « Juridiques »? En quoi les principes en cause le sont-ils? La dénomination ne peut guère se concevoir que pour les principes qui se constituent et se développent à l'intérieur même du système de droit dont ils sont une des composantes. Elle doit être récusée pour ceux des principes qui se situent en dehors de l'ordonnancement juridique et qui relèvent à ce titre, depuis le droit romain, soit de la morale (principe de bona fides, fides, alterum non laedere, etc.) soit de la logique banale (non bis in idem, ubi major minor cessat, etc.). Que des principes

[...] [L]es valeurs, qui conditionnent les principes, proviennent du domaine prépositif de la conviction générale et des principes éthiques, que la pratique judiciaire, constante, transforme en « normes et institutions juridiques positives⁷⁴.

Il est donc nécessaire d'opérer un processus de médiation-juridicisation⁷⁵, dont Christian Brunelle a largement analysé les conséquences en matière de dignité dans le contexte canadien par exemple⁷⁶.

Un dernier aspect commun peut être souligné et contribue largement à rendre poreuse la distinction entre valeur et principe. Il s'agit du caractère transsystémique des deux concepts. En effet, le pluralisme juridique⁷⁷ oblige à dépasser la vision pyramidale classique de la hiérarchie des normes comme représentation des ordres juridiques, et fonde un nouveau paradigme. L'adoption d'une approche pluraliste invite ainsi à substituer à la figure de la

extrajuridiques puissent influencer sur un système de droit et s'y intégrer en tant que « principes généraux du droit » ne saurait faire oublier que leur origine doit être recherchée en dehors du droit lui-même et qu'ils se prêtent de ce fait à polémique quant à la nécessité ou à l'effectivité de leur « juridicisation », c'est-à-dire de leur insertion dans le droit positif ; Frank MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », *Les règles et principes non écrits en droit public*, Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX, dir., Paris, éd. Panthéon Assas, 2000, p. 2. Voir également, René CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Dalloz*, 1966, chron. p. 99.

74. Leontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t.III, *La science des droits comparés*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, p. 195.

75. À ce sujet, on pourra utilement se reporter à l'analyse menée par Jean-Marc FERRY, *Valeurs et normes*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 57 à 70.

76. Christian BRUNELLE, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) hors série R. du B. 143.

77. Ainsi, pour M. Delmas-Marty, « Maintenir une séparation, sans imposer la fusion, et pourtant construire quelque chose comme un ordre, ou un espace ordonné : telle pourrait-être la réponse à la complexité juridique du monde », Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris 2006, p. 26.

pyramide celle du réseau mondialisé pour les appréhender de manière plus conforme à la réalité, comme nous y invitent François Ost et Michel Van de Kerchove⁷⁸. Ce changement de paradigme est toutefois facteur d'insécurité juridique. Mesurant les risques d'un tel changement, Mireille-Delmas Marty souligne la nécessité d'avoir recours aux valeurs et aux principes pour articuler un tel bouleversement⁷⁹.

[Pour] éviter que les mouvements d'internationalisation du droit, livrés à tous les vents, restent totalement désordonnés, imprévisibles et incontrôlables, il faudra réintroduire les acteurs et travailler à la refondation des pouvoirs. Puis il restera le plus difficile : rechercher s'il est possible de fonder, au croisement des systèmes de droit et des autres systèmes symboliques, un accord sur des valeurs communes⁸⁰.

78. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles 2002.

79. On trouve d'ailleurs une représentation de ce phénomène à travers plusieurs documents fondateurs du TDP. D'abord, divers considérants issus de ses orientations générales, selon lesquels le droit issu de divers instruments propres à d'autres éléments de la communauté internationale mérite d'être pris en compte dans le cadre de l'interprétation de la Charte (« Considérant le souci des rédacteurs de la Charte de se doter d'un instrument à la mesure des modèles issus du droit international ou régional dont la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que la Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »). Selon lesquels, également, les valeurs exprimées dans le cadre du droit international méritent elles aussi d'être prises en compte dans le cadre de cette même interprétation (« Considérant que la Charte jouit d'un statut particulier, de nature quasi constitutionnelle, qui doit recevoir une interprétation large et libérale, visant la réalisation de son objet, tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des valeurs exprimées dans le droit international »); orientations générales du Tribunal des droits de la personne, *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, a. 106, 2^{ème} al.

80. M. DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté de valeurs?*, préc., note 5, p. 281.

À titre d'exemple, on trouve dans la jurisprudence du TDP plusieurs illustrations de la perméabilité entre les deux notions. C'est notamment le cas dans l'affaire *C.D.P.D.J. (Landriau) c. Beaublanc inc. et autres* où la notion de dignité semble naviguer aux frontières de la valeur et du principe. Le Tribunal y affirme ainsi que

[...] la notion de dignité est beaucoup plus qu'un droit fondamental particulier. Il s'agit là d'un véritable principe, d'une valeur qui, comme nous avons eu l'occasion de le mentionner dans l'affaire *CPD c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, « sous-tend la Charte et permet d'interpréter les différents droits et libertés fondamentaux⁸¹.

S'appuyant sur sa jurisprudence antérieure, le TDP ne cherche pas ici à distinguer la portée de cette notion de dignité selon qu'elle est appréhendée en tant que principe ou valeur, se détachant de la manière dont il avait procédé dans l'affaire *CPD c. Centre d'accueil Villa Plaisance*. En ne réaffirmant pas la distinction, il laisse planer un doute sur la portée véritable de la notion ou l'intérêt de la distinction. Une même perspective sera adoptée dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*⁸². La représentation que le Tribunal esquisse du concept de principe semble plurielle dans l'affaire *C.D.P. c. Briand*⁸³. La juridiction affirme ici que « le droit de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public, sans être l'objet de discrimination, représente une valeur fondamentale dans notre société ». S'agit-il véritablement ici d'une valeur? Il semble bien que le respect de la sémantique aurait davantage dû engager le tribunal à évoquer à cet égard la valeur égalité, dont découle le

81. *C.D.P.D.J. (Landriau) c. Beaublanc inc. et autres*, T.D.P.Q. MONTRÉAL, [1999] QCTDP 39 au para. 37.

82. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] QCTDP 17 au para. 85.

83. *C.D.P. c. Briand*, [1997] QCTDP 70.

principe selon lequel on peut effectivement conclure un acte juridique sans être l'objet de discrimination⁸⁴.

La réflexion de Ronald Dworkin sur la place des principes dans le droit marque évidemment les rapports entre valeur et principe, et donne un certain nombre de clefs permettant d'expliquer la forme de symbiose qui existe entre les deux notions. Considérant que la définition hartienne du droit est incomplète⁸⁵, car elle ne se réfère qu'à des règles⁸⁶, Dworkin structure sa vision du système juridique autour de trois axes : les règles *stricto sensu*, les politiques et les principes. C'est en se référant à ces trois types de normes que le juge est capable d'apporter une réponse cohérente à tout différend, qu'il fasse l'objet d'une règle explicite ou non. Dworkin s'attache à bâtir autour de ces notions un droit « postmoderne »⁸⁷, c'est-à-dire dépassant les difficultés du positivisme classique⁸⁸.

Une politique est alors pour Dworkin un « standard » qui « détermine un but à atteindre »⁸⁹. Un principe est, quant à lui, un

-
- 84. Cela d'autant plus que cette formulation sera reprise dans d'autres arrêts postérieurs à celui-ci, comme par exemple dans l'affaire *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bernier*, [2005] QCTDP 176.
 - 85. Antoine BAILLEUX, « Hart vs. Dworkin » and its Progeny. Actualité du « combat des chefs » dans la littérature anglo-saxonne », (2007) 59 *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques Hommage à H.L.A. Hart* 173.
 - 86. Selon Dworkin, la position que Hart soutient se résout en l'affirmation suivante : « Les fondements véritables du droit résident dans l'acceptation par la communauté dans son ensemble, d'une règle fondamentale (qu'il appelle « règle de reconnaissance ») qui assigne à des personnes ou à des groupes donnés, le pouvoir de créer du droit »; Ronald DWORKIN, « La théorie du droit comme interprétation », 1 (1985) 99 *Droit et société* 102.
 - 87. Françoise MICHAUD, « Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 205-225.
 - 88. Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 340.
 - 89. Ronald DWORKIN, « Le positivisme », (1985) 1 *Droit et société* 41.

« standard qui doit être observé, non parce qu'il permettrait de réaliser ou d'atteindre une situation économique, politique ou sociale, jugée désirable, mais parce qu'il constitue une exigence de la justice ou de l'équité ou bien d'une autre dimension de la morale »⁹⁰. Ce concept est familier au juriste civiliste, et un bon exemple peut être donné dans notre système par la notion de bonne foi. Il y a une différence de forme et de caractère entre les règles et les principes. Si ces « deux ensembles de standards permettent tous deux d'aboutir à des décisions particulières, concernant des obligations relatives à des circonstances particulières »⁹¹, les principes possèdent « une dimension que les règles n'ont pas : le poids ou l'importance »⁹². La recherche et l'objectif auquel s'astreint Dworkin à travers l'affirmation de ses principes est une quête de cohérence⁹³ et de prédictibilité, que ne peuvent apporter selon lui les autres théories positivistes à travers le pouvoir discrétionnaire du juge. Il considère que les décisions de jurisprudence doivent répondre à ce qu'il appelle le test de convenance :

[...] le test de convenance, bien compris, exige que la convenance soit appréciée non seulement par rapport aux décisions judiciaires antérieures, mais aussi par rapport aux motifs et aux ambitions qui les ont produites : en bref par rapport aux intentions des juges qui les ont rendues⁹⁴.

Dans cette perspective, si les juges occupent une place centrale, ils « ne sont pas libres, quand ils élaborent de nouvelles règles » de la même manière que « des législateurs »⁹⁵. Ils doivent s'appuyer sur les axes préexistants dans le droit, ce qui renforce

90. *Id.*, p. 42.

91. *Id.*, p. 43.

92. *Id.*, p. 46.

93. « Une interprétation générale doit être aussi cohérente que possible, et elle doit, pour cela, faire un choix net, même si la pratique n'y a pas procédé, quand ils viennent en conflit »; Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et société* 95.

94. *Id.*, p. 62.

95. *Id.*, p. 70.

l'intérêt des valeurs et des principes dans leur nature axiologique.
Ainsi :

Les juges doivent rendre leur jugement de « Common Law » sur une base de principes et non de politiques : ils doivent attirer l'attention sur les droits et les devoirs que les parties avaient quand elles ont agi, ou à un autre moment pertinent du passé⁹⁶.

Face à un cas difficile, deux perspectives peuvent expliquer l'attitude des juges. La posture traditionnelle consiste dans un exercice de traduction de ce qui se trouve écrit dans les textes au regard des contingences factuelles présentées, comme l'explique selon Dworkin le positivisme. Si le juge est amené à trancher en fonction de considérations politiques personnelles, il ne dit plus ce qui est dans le texte mais ce qui devrait être dans le texte⁹⁷ :

Aucun juge mortel ne peut, ni ne devrait tenter de développer une théorie opératoire articulée, si concrète et détaillée qu'aucune réflexion supplémentaire ne lui serait nécessaire au cas par cas. Il doit traiter tous les principes généraux et toutes les pratiques empiriques dont il s'est servi dans le passé comme provisoire, et se tenir prêt à les abandonner pour une pour une analyse plus complète et plus sophistiquée quand l'occasion le requiert⁹⁸.

Pour le philosophe américain, le juge doit au contraire faire appel aux principes afin de déterminer, par un exercice d'interprétation constructive, la solution cohérente avec le système juridique⁹⁹. Bien évidemment, une telle conception du rôle du juge prend place dans un cadre démocratique plus vaste, où Dworkin fait de l'arène judiciaire une tribune où les juges se doivent de

96. *Id.*

97. Ronald DWORKIN, *Taking Rights seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1995, p. 17.

98. Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et société* 85.

99. Riccardo GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », (1986) 2 *Droit et société* 17, à la page 17.

prendre les droits au sérieux, c'est-à-dire où ils ont un devoir primordial de défense des droits :

La conception de l'autorité de la loi que je défends enrichit la notion de démocratie, car elle lui adjoint une tribune indépendante : et si cette tribune est importante, ce n'est pas seulement parce qu'elle est un cadre où il est possible de rendre la justice, mais aussi parce que l'existence de cette tribune confirme qu'en dernière analyse la justice est une question de droit individuel et non pas seulement de bien public¹⁰⁰.

Ainsi, « les juges forgent, au cours de leur carrière et conformément à leurs propres convictions et à leur caractère, des théories opératoires sur la meilleure interprétation des différents niveaux et des différentes parties des pratiques juridiques de leur ressort »¹⁰¹. Le juge Hercule se trouve alors à la fois conservateur, mais également raisonnable, et capable de faire évoluer le système juridique :

Un jour dans un cas que rien ne signalera par ailleurs, Hercule verra qu'à un moment du passé récent, le droit général des nuisances a changé sans que personne ne s'en aperçoive, ce qui ne signifie rien de plus mystérieux que l'intervention d'une modification dans l'équilibre interprétatif qui fera qu'il devra accepter désormais un argument qu'il aurait rejeté auparavant¹⁰².

Du point de vue de la morale politique, la réponse du juge Hercule peut donc dépendre pour partie de ses convictions en ce qui concerne les valeurs constitutives dans le domaine. Il s'agit de la justice, de l'équité et de la procédure qui pèsent sur sa conception du droit¹⁰³. Il faut donc caractériser le rapport du juge

100. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1995, p. 41.

101. Ronald DWORKIN, « La théorie du droit comme interprétation », (1985) 1 *Droit et société* 99, p. 109.

102. Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et société* 77.

103. *Id.*, p. 78.

aux principes et aux politiques (*principles and policies*)¹⁰⁴. Il s'agit des deux standards, en plus des règles de droit, qui lui permettent de fonder et de découvrir la bonne réponse à la cause qui lui est soumise, établissant le mythe de la réponse juste¹⁰⁵. Ils prolongent tous deux des valeurs sociétales, même si, dans la logique dworkinienne, ce sont les seconds qui sont les plus proches des finalités des valeurs. Les règles ont le défaut de reposer sur la logique binaire du tout ou rien, elles s'appliquent ou ne s'appliquent pas. Ainsi, la règle qui oblige à avoir la signature de trois témoins pour avoir un testament valide est réalisée ou non, il n'y a pas d'alternative¹⁰⁶. Au contraire, les principes, qu'ils soient principes ou politiques, fonctionnent différemment, et se complètent afin de permettre au juge Hercule de découvrir la bonne solution, même en l'absence ou contre la lettre de la règle de droit.

Une illustration en est donnée selon l'auteur américain dans l'affaire *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc*¹⁰⁷. Ainsi,

104. Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 319-344.

105. Ils se distinguent des règles, car ils ne sont pas de la même nature et ne fonctionnent pas comme celles-ci. Ils possèdent un cœur commun. Dworkin parle dans ses œuvres génériquement de principes pour désigner à la fois les « principes-principes » et les « principes-politiques », ce qui est parfois source de confusion. Ces standards, ces principes ont la vertu de donner une « force d'adaptation à la diversité des conduites humaines » qui fait toute la richesse de sa théorie; Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 324.

106. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, PUF, 1995, p. 82.

107. *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (N.J. 1960). Dans cette affaire, un constructeur automobile, lié à Chrysler, avait limité sa responsabilité contractuellement au remplacement des pièces défectueuses. Un plaignant, à la suite d'un accident, demandait des dommages au constructeur et dénonçait le contrat, pourtant valablement consenti, même si M. Henningsen n'avait pas lu toutes les clauses. Pour Dworkin, il y a ici la conjonction d'une règle, le contrat, et

contrairement aux règles, les principes se présentent comme des standards indéterminés, plus larges que la règle, et peuvent viser des situations non prévues. Toutefois, ils ne seront pas obligatoirement opérationnels, ils ne joueront pas forcément et dans tous les cas pour les domaines où ils peuvent entrer en ligne de compte. Il y a une pondération à faire, aux cas par cas afin de hiérarchiser et résoudre les conflits de principes :

Les principes ont une dimension dont sont dépourvues les règles, celle du poids ou de l'importance. Quand deux principes entrent en conflit (la politique de protection des acheteurs d'automobile, par exemple, s'opposant au principe de liberté contractuelle), celui qui est chargé de résoudre le litige doit prendre en considération le poids relatif de chacun d'eux. [...] Cela fait partie du concept de principe que la question de l'importance ou du poids d'un principe ait un sens¹⁰⁸.

Comme le souligne Isabelle Pariente-Butterlin :

Entendu ainsi, les principes offrent au droit une possibilité d'adaptation, et de nouvelles solutions, que la règle seule ne lui offrait pas. [...] Le droit parvient, dans cette conception, avec ses seules armes qui ne sont pas

de principes juridiques, qui vont dans un sens différent. La Cour a considéré, en appel, qu'en dépit du contrat, certains principes justifiaient d'écarter la logique de celui-ci, alors même que d'autres principes allaient dans le même sens que la logique contractuelle. Il y a donc hiérarchisation des principes en l'espèce et la règle est écartée au nom de principes supérieurs. Dworkin identifie certains standards dans ce jugement tels que : « [...] en l'absence de fraude, celui qui n'a pas choisi de lire un contrat avant de le signer ne peut après coup se libérer des charges qu'il lui impose » ou, au contraire souligne que « Y a-t-il un principe qui soit mieux connu ou plus profondément ancré dans l'histoire du droit anglo-américain que la doctrine fondamentale selon laquelle les tribunaux ne se laisseront pas utiliser comme instruments d'iniquité et d'injustice »; Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, PUF, 1995, p. 81.

108. *Id.*, p. 84 et 85.

réduites aux lois écrites, à régler tous les cas, aussi divers soient-ils, qui lui sont soumis¹⁰⁹.

La difficulté réside – et Dworkin en est conscient – dans la distinction entre principes et politiques, distinction dont il tempère fortement la radicalité¹¹⁰.

On retrouve la logique esquissée par l'auteur américain dans la jurisprudence canadienne où les juges, traditionnellement, se refusent à intervenir en matière de détermination de politique générale, et se cantonnent – du moins dans le discours judiciaire – à expliciter des règles ou des principes d'ores et déjà existants. Ce faisant, ils s'appuient sur la proximité des principes aux valeurs, afin de renforcer la perception de la légitimité de leur action.

109. Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 328 et 329.

110. Dans le cas de *Henningsen v. Bloomsfield*, il fait la caractérisation suivante : Ainsi, le standard selon lequel le nombre d'accidents de voitures doit être diminué est une politique, et celui selon lequel personne ne doit profiter d'un mal qu'il a fait est un principe. La distinction peut s'effondrer si l'on interprète un principe comme définissant un but social (c'est-à-dire le but d'une société dans laquelle personne ne profite du mal qu'il a fait), ou si l'on assigne à une politique la signification d'un principe (à savoir le principe selon lequel le but que se fixe cette politique est digne d'être poursuivi) ou encore si l'on adopte la thèse utilitariste pour laquelle les principes de justice sont des affirmations déguisées de buts (assurer le plus grand bonheur du plus grand nombre). Dans certains contextes, la distinction joue un rôle qui disparaît lorsqu'elle est ainsi réduite; Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, PUF, 1995, p. 80. Il souligne de plus que les principes et les politiques ne prennent leur pertinence que dans les cas difficiles, où aucune loi explicitement formulée ne permet de trancher dans un sens ou l'autre, la pratique juridique devenant alors créatrice de l'évolution du droit, et non pas de droits; Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 333.

B/ Une distinction pourtant intrinsèque

Une proximité conceptuelle certaine réunit ainsi les valeurs et les principes quelle que soit la définition doctrinale qui est donnée à ces derniers. Ils peuvent toutefois être distincts, notamment lorsqu'on les caractérise par leur force axiologique. Ils se posent certes eux aussi comme des éléments contigus à la morale, à un idéal intellectualisé. Le principe constitue lui aussi le fruit d'une réflexion abstraite et d'essence intellectuelle. Comme le souligne Franck Moderne, d'un point de vue étymologique, « le terme se réfère à une origine, une cause première, une matrice dont découlent des règles et des comportements »¹¹¹. Ainsi, « le terme « principes » est souvent utilisé par les juristes pour désigner des choses, des entités, des objets idéels, demeurant extérieurs et traités comme supérieurs, en valeur, au droit positif »¹¹². Il semble néanmoins exister une différence de nature entre les deux concepts, en conférant une nature plus générale et une portée plus large aux valeurs par rapport aux principes¹¹³.

De nos jours, « l'intervention constructive des cours et tribunaux se manifeste non seulement dans l'interprétation du droit écrit (et au premier chef du droit légiféré), mais aussi et surtout dans l'élaboration et la mise en œuvre des principes généraux du droit »¹¹⁴. Cette perspective justifie donc pleinement de revenir à l'ordonnateur de cette introduction des valeurs et des principes au sein des systèmes juridiques, le juge, pour juger de

111. Frank MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », préc., note 73, p. 1.

112. Sylvie CAUDAL, « Rapport introductif », S. CAUDAL (ss. dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, p. 49-74.

113. Cela s'illustre aux yeux de Léontin-Jean Constantinesco, par le fait que « [l]e système de valeurs sociales est constitué par l'ensemble des principes et des représentations que la grande majorité du groupe social considère ou accepte comme fondamentaux pour assurer l'ordre désiré, la cohésion et la paix sociale dans le présent et l'avenir »; Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de Droit comparé*, « La science des droits comparés », Economica, Tome III, 1983, p. 292.

114. Frank MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », préc., note 73, p. 8.

son appréhension commune ou différenciée des deux concepts. Frank Moderne souligne que le pouvoir judiciaire

[...] est investi d'un office majeur dans les sociétés étatiques : celui de « dire », de « régler » avec autorité les litiges sans pouvoir opposer aux justiciables le silence de la loi ou son inadéquation aux données du problème à traiter. Si ces principes sont le reflet ou le support de valeurs (jugées dignes ici d'être transcrites en normes jurisprudentielles), telle est également la situation du droit écrit ordinaire, la rationalité du droit pouvant être, comme l'avait observé Weber, une rationalité « en valeur » et non seulement une rationalité « en finalité »¹¹⁵.

L'accent se trouve ainsi sur le caractère plus particulier des principes, dont la combinaison permet de retrouver les valeurs qui les inspirent. On trouve une illustration de ce caractère plus déterminé des principes dans le droit de l'Union européenne. La Commission européenne a par exemple publié en 2001 un livre blanc sur la gouvernance européenne afin de mieux définir ce qu'il convenait d'entendre à travers ce nébuleux concept de gouvernance¹¹⁶. Ce livre blanc référait à des valeurs et des principes, qu'il convenait de distinguer, selon la doctrine – notamment François Forest – dans la mesure où

[d]e grands principes sont définis, mais il s'agit moins de finalités morales à accomplir que de règles instrumentales. [...] Ces principes semblent difficilement pouvoir être qualifiés de « valeurs » au sens défini précédemment de croyances fondant un jugement de légitimation ou de stigmatisation et suscitant un investissement émotionnel¹¹⁷.

115. *Id.*, p. 9.

116. *Gouvernance européenne, un livre blanc*, COM (2001) 428 final.

117. François FORET, « Un discours sans maître? Livre blanc sur la gouvernance et rhétorique politique européenne », D. GEORGAKAKIS, M. De LASSALLE (ss dir.), *La « nouvelle gouvernance européenne » – Genèses et usages politiques d'un livre blanc*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, p. 160-161.

Le caractère de « croyance » – de foi serait-on tenté de dire – et d'adhésion permet donc ici la césure entre les deux notions. Le juriste civiliste n'est d'ailleurs pas surpris d'une telle réflexion. Nous savons tous que le code civil est fondé sur un certain nombre de valeurs – telles que l'individualisme, le libéralisme, l'équité dans les conventions – et que des principes prolongeant celles-ci gouvernent et transcendent le code, comme la bonne foi, la responsabilité..., le Code civil du Québec renvoyant explicitement aux principes, sans s'engager sur le terrain des valeurs, qui ont toujours mauvaise presse en matière de droit privé. Les principes consacrent donc les valeurs au sein des systèmes juridiques et jouent un rôle d'intermédiaire entre valeurs et normes.

Si les valeurs se définissent comme des émotions et des préférences qui ne sont ni vraies ni fausses et ne font l'objet d'aucune connaissance objective, les principes gravent ces choix éthiques dans le marbre du droit positif au point de se présenter à la science du droit, par l'intermédiaire des énoncés qui en sont porteurs, comme un objet connaissable. Tandis que les valeurs [restent] méta-juridiques, les principes qui en sont le reflet s'insèrent dans le droit positif¹¹⁸.

Le domaine privilégié du recours aux droits et principes est toutefois le domaine des droits et libertés de la personne. L'évidente proximité entre droits fondamentaux, valeurs et principes transparaît évidemment au sein des instruments juridiques qui les expriment de la manière la plus éclatante, comme les chartes ou les textes fondamentaux. Leur multiplication symbolise une moralisation du droit, particulièrement remarquable depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale¹¹⁹. Ce type de document, s'il ne constitue certes pas le

118. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, préc., p. 972.

119. Cette tendance du droit amène à constater qu'aujourd'hui, « l'appel aux valeurs n'a jamais été aussi prégnant, que ce soit pour conforter notre modèle social ou pour justifier certains choix politiques. Les valeurs de la République, celles de l'Europe, ou plus largement le monde occidental apparaissent alors comme [...] l'issue de secours providentielle quand

seul instrument juridique à même de formaliser des principes ou des valeurs, prête cependant sa voix à un droit qui leur est viscéralement lié dans la mesure où ils « ont effectivement fini par irriguer [la] conscience collective et par s'imposer aux États »¹²⁰.

Dans l'ordre juridique canadien, c'est une litote d'affirmer que le Canada a enchâssé dans la Charte des droits¹²¹ « les valeurs fondamentales de la société canadienne »¹²². La jurisprudence de la Cour suprême abonde également en ce sens, puisqu'elle affirme que « les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique [...] », tout en prenant le soin d'ajouter que « [l]es valeurs et les principes sous-jacents à une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte [...] »¹²³. On a évoqué la distinction entre les principes de justice fondamentale et les valeurs sous-jacentes, notamment dans *R. c. Malmo-Lévine*. Il en est de même dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, où la majorité de la Cour suprême estimait que la dignité n'est pas *stricto sensu* un principe de justice fondamentale, mais une valeur dont les tribunaux peuvent tenir compte en vertu de l'article 1^{er} de la Charte¹²⁴. Ils apportent à cette occasion en filigrane des

tout le reste a sombré en matière de morale, ou encore comme l'alibi confortable d'une société moralement suspecte »; Vincente FORTIER, *Le juge gardien des valeurs*, CNRS, Paris, 2007, p. 13.

120. Frédéric ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'Homme*, Flammarion, Paris, 2009, p. 21.

121. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act, 1982* (R.U.), 1982, c. 11

122. Nicole DUPLÉ, *L'Enchâssement des valeurs de la démocratie libérale dans les chartes*, Bjarne MELKEVIK (ss. dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Les presses de l'Université Laval, Québec, 1998, p. 121; L'auteur affirme également que « La Charte (...) vise à circonscrire l'exercice du pouvoir des gouvernants, en les assujettissant au respect d'une morale du pouvoir, en désignant les valeurs que notre société situe hors de leur atteinte, les valeurs qui ne peuvent faire l'objet de l'exercice du pouvoir ni même en subir les effets indus »; *Id.*

123. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 au para. 64.

124. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

éléments permettant d'identifier les principes et les valeurs. Ils soulignent qu'

[u]ne simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques¹²⁵.

La CSC a souvent affirmé¹²⁶ que, pour identifier les principes de justice fondamentale qui régissent un cas particulier, il est utile de se reporter à la *common law* et à l'historique législatif de l'infraction en cause, mais à ne pas se limiter à ce simple constat. En effet, reprenant Luc Tremblay, la Cour soulignait dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.* que

[l]a question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause¹²⁷.

Il semblerait donc que la part de l'historique législatif soit plus importante pour le principe, alors que pour la valeur, l'idée d'adhésion prend le pas sur l'historique de sa traduction dans le système juridique. Toutefois, la marge est faible dans l'usage que la jurisprudence canadienne fait des deux concepts, le critère

125. *Id.* p. 94 du jugement.

126. Voir *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

127. *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 512 et 513.

d'adhésion de la valeur pouvant facilement rentrer en résonnance avec le critère du consensus formulé dans l'établissement des principes de justice fondamentaux :

Les principes de justice fondamentale ne peuvent être créés pour chaque cas afin de refléter la désapprobation de la Cour à l'égard d'une loi donnée. Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont « fondamentaux » en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. L'analyse qui précède ne me permet de discerner rien qui ressemble à une unanimité sur la question dont nous sommes saisis. Indépendamment des opinions personnelles de chacun sur la question de savoir si les distinctions établies entre, d'une part, la cessation de traitement et les soins palliatifs et, d'autre part, l'aide au suicide sont en pratique convaincantes, le fait demeure qu'elles sont maintenues et peuvent être défendues de façon persuasive. S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protègent¹²⁸.

Les juges jouent ainsi un rôle de premier plan, comme les y invitait Dworkin, afin de réaliser à la fois pleinement les droits fondamentaux, mais aussi déterminer la bonne réponse qui seule prolonge les principes sous-jacents du système juridique, notamment à travers l'exercice d'interprétation¹²⁹.

Le TDP, par sa nature, joue un rôle prépondérant au regard de la protection de la Charte des droits et libertés de la personne ainsi que d'interprète des valeurs et des principes qu'elle consacre, reflétant ainsi les choix de la société et du législateur¹³⁰. On

128. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 au para.

129. Stéphane BEAULAC, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », (2005) 27 S.C. Law Rev. (2d) 21.

130. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (St-Jacques) c. Phil Larochelle Équipement et Bernard Larochelle*, 1998 QCTDP 37 (CanIII).

retrouve dans la jurisprudence de celui-ci la nature axiologique des principes, qui transparaît naturellement au sein de la Charte.

Selon des principes bien établis, la législation sur les droits de la personne, en raison des valeurs fondamentales qu'elle vise à promouvoir et à protéger, jouit d'un statut quasi constitutionnel qui lui confère préséance sur les autres lois en cas de conflit [...]. Ce principe, qui vaut pour les lois dont la portée est restreinte à l'interdiction de la discrimination, s'applique d'autant plus à la Charte québécoise en raison du nombre et de l'étendue des droits et libertés qui y sont protégés et ce, tant de manière autonome qu'en conjonction avec l'interdiction de la discrimination¹³¹.

Toutefois, le caractère axiologique peut également jouer pour les valeurs dans la jurisprudence du TDP. Prolongeant l'arrêt de la CSC *Montigny c. Brossard (Succession)*¹³², celui-ci souligne la fonction dissuasive que doit jouer la législation, qui « s'impose encore davantage lorsque l'enjeu est le respect des droits et libertés que garantit la Charte, un document représentant l'expression des valeurs les plus fondamentales de la société québécoise »¹³³. Il en est de même lorsqu'il souligne que « non seulement les dispositions du Code de procédure civile doivent être interprétées à la lumière de la Charte québécoise, mais que les tribunaux doivent tenir compte des valeurs véhiculées par les Chartes dans toute décision qu'ils sont appelés à rendre »¹³⁴. Il en est de même lorsqu'il affirme que « l'exercice des droits protégés par la Charte doit être aménagé en conformité avec les valeurs qui

131. « Dans un pays démocratique, la tâche du Tribunal est de respecter les choix retenus par le législateur, surtout lorsque ces choix sont clairement exprimés »; *C.D.P. c. Compagnie minière Québec Cartier*, 1994 TDPQ MINGAN, 2132 (CanLII).

132. *De Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64.

133. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2010 QCTDP 16 (CanLII).

134. *C.D.P. (S.N.) c. Communauté urbaine de Montréal (Service de police)*, 1998 T.D.P.Q. MONTRÉAL, 54 (CanLII)

imprègnent celle-ci [...] »¹³⁵ ou que « le régime de droit commun s'applique, en harmonie avec l'objet de la Charte et les valeurs qu'elle véhicule »¹³⁶. Cette proximité est à nouveau affirmée lorsqu'il souligne que « les droits protégés par la Charte [...] reflètent [...] les valeurs bien connues au Québec et au Canada réputé à l'étranger comme étant un pays où les droits et libertés de la personne sont protégés et respectés »¹³⁷. Si la distinction entre caractère axiologique des principes et celui fondateur des valeurs trouve difficilement à s'exprimer dans ces décisions, l'analyse de la jurisprudence du TDP laisse toutefois transparaître une appréciation différente des concepts de valeur et de principe.

C'est le cas notamment dans l'arrêt *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.* où la juridiction reconnaît le rang de valeur à l'égalité en affirmant que « [l]'égalité fait partie des valeurs bien connues au Québec et au Canada [...] », tandis qu'elle rappelle que le fait de ne pas avoir à « démontrer la faute et la mauvaise foi pour conclure à un acte discriminatoire » n'est « qu'un » principe¹³⁸. Le concept de valeur se caractérisant par sa portée générale, par la puissante autorité morale, par son caractère de fondement alors que celui de principe possède une vocation davantage opératoire, structurelle et axiologique, le raisonnement du Tribunal relatif à « l'égalité » et à « la démonstration d'une faute et de la mauvaise foi recoupe cette logique ».

On peut même esquisser une distinction selon la place et la formulation choisies par le législateur, comme c'est le cas autour de la notion dignité. Dans *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, T.D.P.Q. GASPÉ¹³⁹, le Tribunal procède ainsi à une distinction entre la notion de dignité telle qu'elle est employée dans le

135. *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] QCTDP 11

136. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Pigeon*, [2002] QCTDP 21498 au para.59

137. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, [2011] QCTDP 4 au para. 485.

138. *Id.* au para. 393.

139. *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1995], QCTDP 2814.

préambule de la Charte québécoise, en l'opposant à son emploi à l'article 4 de la même Charte. Il affirme à ce propos que « la notion de dignité qui est inscrite dans le Préambule de la Charte nous apparaît plus large que celle énoncée à l'article 4. La première n'est pas un droit fondamental en particulier, mais une valeur justifiant la reconnaissance de l'ensemble des droits fondamentaux ». En ce sens, « [l]e Préambule institue la dignité humaine en tant que valeur qui sous-tend la Charte et qui permet d'interpréter les différents droits et libertés fondamentaux »¹⁴⁰. En revanche, reprenant l'affaire *Commission des droits de la personne c. Coutu*¹⁴¹, le Tribunal affirme que « c'est le droit à la dignité au sens de l'article 4, et non du Préambule, qui peut être limité en vertu de l'article 9.1 et qui est protégé par l'application de l'article 10 ou de l'article 49 »¹⁴². L'interprétation de la dignité dans le sens d'une valeur, dans le cadre du Préambule de la Charte québécoise autorise donc à considérer que cette même valeur sous-tend l'ensemble de la Charte, ce qui lui confère une portée remarquablement large et ouverte, ainsi qu'une autorité morale puissante et incontestable. L'opération de juridicisation de cette valeur en tant que principe juridique se fait au sein de l'article 4, à la portée plus technique. Cette logique se retrouve dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Transport en commun La Québécoise Inc.* avec toutefois une porosité plus forte entre les deux notions. Le TDP y constate en effet que

140. De plus, « quoique la Charte canadienne des droits et libertés ne réfère pas à la notion de dignité, la Cour suprême a plusieurs fois énoncé le principe que la notion de dignité se situe au cœur des droits et libertés enchâssés dans la Charte »; *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1995], QCTDP 2814.

141. *Commission des droits de la personne c. Coutu*, [1995] QCTDP 2537.

142. *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1995], QCTDP 2814. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfiridis*, la Cour affirme que « [t]out comme pour la Charte, le principe de la dignité humaine est contenu en son préambule en tant que valeur sous-jacente aux droits énumérés. Le droit à la dignité est aussi incorporé en tant que droit fondamental à l'article premier du premier chapitre de cette Charte »; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfiridis*, [2002] QCTDP 41910 au para. 145.

[...] le droit à la dignité se pose en tant que valeur transcendante à tous les droits et libertés et inscrite dans le préambule de la Charte, ce qui en fait un principe premier d'interprétation de celle-ci. La Charte consacre ainsi cette valeur non seulement en tant que droit mais en tant que principe constituant le fondement de tous les droits et libertés, incluant le droit à l'égalité¹⁴³.

La large portée du concept de valeur est à nouveau soulignée, puisque du fait de son rang de valeur, celle-ci irrigue et transcende l'ensemble des droits et libertés inscrits dans le préambule de la Charte. Toutefois, elle n'acquiert sa véritable portée juridique qu'à travers une sorte de mutation en tant que principe premier d'interprétation¹⁴⁴. Cette dynamique entre valeur et principe semble, à bien des égards, recouper la réflexion plus fondamentale sur la place des valeurs et des principes dans la pensée juridique moderne. Intrinsèquement consubstantielles à nos systèmes juridiques, les valeurs et leur prolongement axiologique, les principes, apportent donc suffisamment de souplesse et de richesse pour permettre une structure juridique vivante.

Conclusion

La complexité qui s'attache à l'étude et à la compréhension du concept de valeur est elle-même porteuse d'interrogations et d'incertitudes dans l'étude de la relation qui l'unit au droit. Il est encore légitime de s'interroger sur la manière dont les valeurs, issues d'un processus individuel et éminemment personnel,

143. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Transport en commun La Québécoise Inc.*, [2002] QCTDP 9226 au para. 31.

144. De nombreuses autres causes procèdent à une distinction similaire, parmi lesquelles *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Systématix Technologies de l'information inc.*, [2010] QCTDP 18, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laverdière*, [2008] QCTDP 15 ou encore *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9113-0831 Québec inc. (Bronzage Évasion au soleil du monde)*, [2007] QCTDP 18.

s'intègrent à un droit avant tout conçu dans une perspective collective. Le passage de valeurs éthiques, « philosophiques », à des valeurs ayant une véritable existence juridique et donc une force normative trouve ses racines tant dans la science juridique que dans la science politique ou la sociologie de masse. Comme nous l'avons esquissé, la forme d'attraction qui rapproche les concepts de valeur et de droit, et le rôle du principe comme outil médian peut globalement être formalisée à travers deux cadres de discussion. Un premier débat consiste à s'interroger sur la place occupée par le concept de *valeur* dans le droit dans une perspective plus générale, c'est-à-dire sur la force de leur impact sur le droit, puisque « [a]utant l'explication que le fondement du droit s'opèrent à travers une doctrine des valeurs, dont le rôle dans la signification et la finalité des faits juridiques est, à notre avis, essentiel, en tant qu'elle en forme la structure et en régit le fonctionnement »¹⁴⁵. Il est donc capital de chercher à mesurer l'influence réelle de ces valeurs et jusqu'à quel point chaque composante des systèmes juridiques porte le poids des valeurs, celles-ci étant clairement indissociables du droit, même s'il n'en va pas forcément de même pour la science juridique. Cela revient donc à s'interroger sur l'influence des valeurs dans la formation du droit, puisqu'il y a une action fondatrice dans la proclamation des valeurs. Les systèmes juridiques sont en effet orientés pour agir en fonction de ces valeurs, ce qui démontre que celles-ci « commence[nt] lorsque le monde n'est plus pour nous un simple spectacle » et lorsque nous nous faisons créateur du monde qui nous entoure¹⁴⁶. Le deuxième grand axe porte, quant à lui, sur la manière dont le droit appréhende certaines valeurs spécifiques, et à déterminer comment celles-ci s'insèrent dans un système juridique, leur ancrage au sein de ce dernier. C'est alors qu'interviennent essentiellement les principes. Valeurs et principes apparaissent alors comme les parangons de la légitimité et de la cohérence de systèmes façonnés pour et par le pluralisme actuel. Comme le souligne Franck Moderne, ces deux notions sont plus que jamais à l'acmé de nos systèmes juridiques :

145. *Id.* p. 218.

146. Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », préc., note 2, p. 388.

[...] si les éléments des systèmes juridiques se multiplient et s'entrecroisent, si de nouvelles « internormativités » s'élaborent, les principes dits « généraux » devraient conserver une place non négligeable, ne serait-ce que pour maintenir les liens entre les réseaux faiblement structurés et assurer leur cohésion et leur articulation minimales, gage de l'efficacité pratique du droit dans son ensemble¹⁴⁷.

Ces deux réflexions, la question du fondement et celle de l'ancrage juridique s'entremêlent, comme les juristes mêlent aisément valeurs et principes. En effet, selon que l'on évoque des valeurs « sous-jacentes » à un système juridique ou bien que l'on réfère à des valeurs déjà consacrées dans ces systèmes, l'attitude adoptée pour les étudier ne peut être identique. Dans le premier cas, le regard est porté vers les débats anciens sur le Droit et la Morale¹⁴⁸. Dans le second cas, lorsqu'on se réfère à des valeurs concrètes, déjà clairement désignées, c'est davantage la manière dont elles vont être consacrées dans un système juridique et l'acquisition d'une force normative qui retiennent l'attention. Ce changement de perspective ne marque toutefois pas l'érection d'une frontière absolument hermétique entre ces deux problématiques.

Les valeurs sont donc irrédundantes au droit, l'irriguent, le fondent, le structure, ne peuvent lui être dissociées et présentent ce qu'est la justice au sein du système légal. Puisque Dieu n'en est plus le symbole pour les sociétés occidentales, que les grandes idéologies idéalistes ont montré leurs limites, doit-on penser qu'il n'est plus possible de se targuer de dire ce qui est juste? Il ne

147. Frank MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », préc., note 73, p. 14.

148. On cherche alors à savoir si les valeurs, ou du moins des considérations morales, pèsent sur les textes et les décisions juridiques même sans que l'on puisse avoir une « connaissance scientifique » de celles-ci, et si un système juridique se veut porteur d'un certain nombre de valeurs concrètes, au nom de quoi et de qui peut donc se porter le choix dont elles découlent? Il est alors nécessaire de s'interroger plutôt sur l'origine de ces valeurs, la manière dont on les a d'abord désignées puis ensuite consacrées, et pourquoi a-t-on choisi ces valeurs plutôt que d'autres.

resterait alors plus que la valeur procédurale de type habermassienne, c'est-à-dire l'échange argumenté comme source d'une légitime intégration des valeurs aux systèmes juridiques, une valeur alors historiquement datée et circonscrite à une civilisation donnée. Selon le paradigme positiviste, le droit est un instrument qui n'a pas de sens propre, servant d'outil à une idéologie qui le détermine à sa guise. Toutefois, il semble que cette perspective recèle une illusion à laquelle nous sommes confrontés dans l'évolution de nos systèmes juridiques. Le droit peut fixer ou intégrer des valeurs, déterminer des procédures. Il possède une structure, il constitue en lui-même un projet : il figure en quelque sorte l'expression de nos interrogations, de nos problèmes mais également de nos aspirations, de nos valeurs communes, même tacites ou difficilement assumées. Les valeurs ne doivent donc pas être occultées par les praticiens du droit, celles-ci permettant parfois de trancher le nœud gordien des normes, car comme l'écrit Wagdi Sabete, « le réel du monde du droit n'est pas seulement l'autorité, la contrainte, la sanction, et le juge. Ce réel est aussi les valeurs sous-jacentes et les idées fondatrices des principes juridiques »¹⁴⁹.

149. Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », préc., note 2, p. 229.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : JUGER À L'ÈRE DES DROITS FONDAMENTAUX

Auteur(s) : Michèle RIVET
Anne-Marie SANTORINEOS

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : 363-404

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10268>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10268>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

JUGER À L'ÈRE DES DROITS FONDAMENTAUX

par Michèle RIVET*
Anne-Marie SANTORINEOS**

L'entrée en vigueur des Chartes des droits et libertés est venue complexifier la fonction de juger. C'est dans un environnement complètement nouveau que le juge intervient, pour décider, en soupesant les valeurs, en pondérant les droits, en interprétant au plus près possible de la société, des droits si largement énoncés. Le droit, tel qu'interprété par le juge, semble être indissociable des valeurs de la société, notamment celle de l'égalité. Différentes approches interprétatives du droit reconnaissent l'importance de considérer de multiples facteurs dans l'interprétation du droit dont les valeurs et la réalité sociale. Ce faisant, il demeure que l'acte de juger n'est pas incompatible avec le principe de l'impartialité, mais déconstruit celui de la neutralité.

Since the coming into force of the Canadian and Quebec Charters of human rights and freedoms, the adjudicative function has become more complex. It is in this new environment that courts must render decisions which take into consideration the broadly expressed competing values and rights inherent in a collectivity. The law, as interpreted by the court, is inseparable from the basic values of society, including the fundamental principle of equality, which is a characteristic of a free and democratic social structure. Different legal interpretive approaches recognize the importance of considering multiple factors in interpreting the law, including social values and reality. As a result, the act of judging, while not incompatible with the principle of impartiality, may attenuate the rule of neutrality.

*. Avocate, professeure associée, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, juge et première présidente du Tribunal des droits de la personne, 1990-2010.

** . Avocate, étudiante à la maîtrise, faculté de droit, Université de Sherbrooke, stagiaire au Tribunal des droits de la personne, 2008-2009.

SOMMAIRE

1.	Le droit à l'égalité au Canada.....	368
1.1	L'égalité : valeur et principe constitutionnel.....	368
1.2	L'évolution du droit à l'égalité : vers une égalité réelle	371
2.	Le rôle du juge	380
2.1	L'approche herméneutique de Ronald Dworkin....	380
2.2	L'analyse systémale	382
3.3	La procéduralisation contextuelle	384
2.3	L'approche téléologique et contextuelle	385
3.	L'impossible neutralité et la nécessaire impartialité.	389
3.1	Les concepts.....	392
3.2	La pratique.....	396
	Conclusion	403

« If you read the judgments coming out of this court, I think it is apparent that we are struggling. And the courts below are struggling. There is so much social impact. How far do we go in terms in seeing everyone is equal? How far can we afford to go? »¹.

Cette grande interrogation du juge en chef du Canada, dans un temps où le droit à l'égalité est, en quelque sorte, en pleine turbulence, nous indique d'entrée de jeu combien le rôle traditionnel du juge longtemps idéalisé en tant que figure objective, « cette bouche qui prononce les paroles de la loi » tel que le concevait Montesquieu² au siècle des Lumières connaît d'importantes mutations.

Il semble que ce phénomène est particulièrement plus palpable depuis l'avènement des Chartes, avènement qui coïncide avec la mondialisation, l'éclatement des frontières, la montée en puissance aussi des voix minoritaires et, parfois même, la mise de côté des grands principes internationaux, sous couvert de sécurité nationale.

Comment alors juger si le juge, comme le disait le premier président de la Cour de Cassation :

a pour rôle essentiel, dans les litiges qui lui sont soumis, de placer le droit au plus près de la société, de rechercher la meilleure adéquation entre l'appareil normatif et les données économiques, sociales et culturelles caractéristiques du contexte dans lequel ses jugements sont reçus?³

-
1. Kirk MAKIN, « Lamer worries about public backlash: angry reactions could affect judges » *The Globe and Mail* (6 février 1999) A3.
 2. Charles-Louis de Secondat MONTESQUIEU, *l'Esprit des lois*, 1748.
 3. Guy CANIVET, « Le rôle du juge dans un monde en mutation », dans Marie-Claire BELLEAU et François LACASSE, (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada (1987-2002)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, à la p. 25.

Comment jauger des valeurs de la société, quand celles-ci sont multifformes, pluri-ethniques?

Homme ou femme d'une époque, formé par ses valeurs et ses préoccupations, comme le note le juge Le Bel en 2001, « le juge réussit-il toujours à écouter et à comprendre? »⁴.

« Does women judges make a difference »? s'interrogeait quelques années auparavant le juge de la Cour Suprême du Canada, Mme Bertha Wilson, dans une conférence donnée à Osgoode Hall, conférence qui, par la suite, a fait couler beaucoup d'encre ⁵. Le juge Bertha Wilson avait alors élaboré deux propositions fondamentales touchant le processus décisionnel judiciaire : la première est que les femmes voient le monde et ce qui s'y passe d'une façon différente de celle des hommes; la seconde, est que les femmes juges, en appliquant cette perspective différente aux affaires qui leur sont soumises, peuvent jouer un rôle majeur dans l'introduction de la neutralité et de l'impartialité dans le système judiciaire.

À peu près à la même époque d'ailleurs, en 1993 le Barreau canadien publiait le rapport d'un comité présidé par Mme le juge Wilson, « Les assises de la réforme : égalité, diversité et responsabilité »⁶, qui faisait état des inégalités marquantes entre hommes et femmes à tous les paliers de la profession de juriste, de l'université à la magistrature⁷.

-
4. Louis LEBEL, « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux », dans *Éthique de la magistrature*, Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale publique, vol. 3, no. 2, Montréal, Éditions Liber, 2001, 51, à la p. 57.
 5. Bertha WILSON, « Will Women Judges Really Make a Difference? » (1990) 28-3 Osgoode Hall L.J. 507.
 6. Bertha WILSON et al., *Les assises de la réforme : égalité, diversité et responsabilité*, Ottawa, L'Association, 1993, 317 p.
 7. Plusieurs auteurs se sont penchés sur la question de la composition de la magistrature et de l'impact des différences de perspectives des juges. Voir notamment : Andrée LAJOIE, Marie-Claude GERVAIS, Éric GÉLINEAU et Richard JANDA, « La majorité marginalisée : le trajet des valeurs des femmes vers le forum judiciaire et leur intégration dans le discours de la

Et ce n'est que depuis le début des années 1980, plus précisément en 1984 que le concept de discrimination systémique a eu droit de cité au Canada, avec le rapport Abella intitulé « Égalité en matière d'emploi : rapport d'une Commission royale »⁸ qui révèle que les personnes handicapées, les femmes, les minorités visibles et les Autochtones n'ont pas un accès juste, équitable et transparent au marché du travail. Pour corriger cette inégalité, la commission royale a recommandé l'adoption d'un modèle d'équité en matière d'emploi axé sur l'élimination des obstacles à l'emploi fondés sur la discrimination.

Quant à l'article 15 de la *Charte canadienne*⁹, prescription constitutionnelle établissant le droit à l'égalité, il n'entrera en vigueur qu'en 1985 alors que le texte quasi-constitutionnel qu'est la *Charte des droits et libertés du Québec*¹⁰ l'aura été en 1976.

C'est donc dans cet environnement complètement nouveau que le juge intervient, pour décider, en soupesant les valeurs, en pondérant les droits, en interprétant au plus près possible de la société, des droits si largement énoncés. Comment tout à la fois faire partie d'un groupe social, familial et religieux aux valeurs bien définies et s'en distancier? Tout en pouvant l'évaluer? Dans un domaine où le juge interprète, mais aussi crée le droit?

Pour mieux réfléchir sur ces questions, nous ferons, dans un premier temps, quelques remarques sur l'évolution de la notion et du droit à l'égalité au Canada, pour s'attarder par la suite sur la

Cour suprême » (2000) 34 R.J.T. 563 et Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « Les femmes juges feront-elles véritablement une différence? Réflexions sur leur présence depuis vingt ans à la Cour suprême du Canada » (2005) 17-1 C.J.W.L. 27.

8. Rosalie SILBERMAN ABELLA, *Égalité en matière d'emploi : rapport d'une Commission royale*, Approvisionnements et services Canada, Ottawa, 1984, 426 p.
9. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act, 1982* (R.U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].
10. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [*Charte québécoise*].

fonction judiciaire¹¹, et ce tant en théorie du droit qu'à partir d'exemples que nous fournissent les tribunaux.

1. Le droit à l'égalité au Canada

L'égalité est une valeur fondamentale, caractéristique d'une société libre et démocratique.

1.1 L'égalité : valeur et principe constitutionnel

Comme l'indique le préambule de la *Charte québécoise*, l'égalité représente une valeur fondamentale dans notre société :

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi; Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix; [...] ¹².

Vivre dans une société démocratique implique l'égalité des citoyens dans les droits et les avantages qui s'offrent à eux. « Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales [...] » ¹³. La valeur d'égalité sous-tend la Constitution et les Chartes; elle est à l'origine des droits et libertés garantis par les Chartes.

Les tribunaux ont a maintes reprises reconnu l'égalité comme une valeur et ce, notamment dans l'arrêt *Oakes* :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique,

11. Voir généralement sur cette question, Michèle RIVET, « Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

12. Préambule de la *Charte québécoise*.

13. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 94 (J. Dickson).

lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société¹⁴.

Aussi, dans l'arrêt *Turpin*, le juge Wilson écrit :

La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi¹⁵.

L'égalité a été consacrée comme un principe constitutionnel à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Le droit à l'égalité est aussi expressément prévu à l'article 10 de la *Charte québécoise* ainsi que dans plusieurs textes internationaux¹⁶. La Cour suprême du Canada s'exprimant sur la consécration du droit à l'égalité dans la *Charte canadienne* :

À notre avis, pris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d'un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi. C'est un droit général qui régit toute l'action législative¹⁷.

Selon le professeur Daniel Proulx :

L'égalité n'est rien d'autre en réalité que le droit de jouir concrètement des mêmes libertés que les autres, quelle

14. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 64 (J. Dickson).

15. *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1329.

16. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3; *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. No 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

17. *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513.

que soit la condition particulière d'une personne ou du groupe à travers lequel la société la voit et l'évalue¹⁸.

Le principe de non discrimination est reconnu depuis plusieurs années au Canada. En 1944, la *Racial Discrimination Act*, 1944, S.O. 1944, chap. 51, était adoptée, suivie en 1947 du *Saskatchewan Bill of Rights Act*, 1947, S.S. 1947, chap. 35, et en 1960, de la *Déclaration canadienne des droits*. Depuis lors, toutes les législatures canadiennes ont adopté des lois sur les droits de la personne de vaste portée afin de combattre la plupart des formes plus courantes de discrimination rencontrées dans la société.

L'importance du droit à l'égalité ressort dans plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada, notamment dans l'arrêt *Rodriguez*¹⁹. Dans cette affaire portant sur l'aide au suicide, le juge en chef Lamer rendra ses motifs, avec l'appui du juge Cory, sous l'angle du droit à l'égalité. Alors que la majorité conclut que cette affaire ne concerne pas un cas de discrimination, le juge Lamer conclut que l'alinéa 241*b*) du *Code criminel* porte atteinte au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la Charte.

Bien qu'apparemment neutre, à première vue, l'al. 241*b*) a pour effet de créer une inégalité puisqu'il empêche des personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide sans contrevenir à la loi, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population. [...] Cette inégalité est imposée à des personnes incapables de mettre fin à leur vie sans assistance, en raison d'une déficience physique, une caractéristique personnelle qui figure parmi les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1)²⁰.

18. Daniel PROULX, « Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité » dans Gérald-A. Beaudouin, (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, aux pp. 61-70.

19. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (J. Lamer).

20. *Id.*, par. 48.

Bref, l'égalité en tant que valeur et principe constitutionnel revêt une importance considérable dans l'ordre juridique.

1.2 L'évolution du droit à l'égalité : vers une égalité réelle

Le concept d'égalité inscrit dans la *Déclaration canadienne des droits* a été interprété d'une façon restrictive et figée et c'est d'abord en interprétant les prescriptions anti-discrimination, que les tribunaux ont élargi la portée du droit à l'égalité²¹. Mais c'est vraiment dans les années 1980, lors de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* puis de son article 15 trois années plus tard, que la pensée judiciaire a été façonnée par la Cour Suprême avec, comme juge en chef, le Très Honorable Brian Dickson. La Cour suprême du Canada a reconnu, en matière de Chartes, la nécessité de se livrer à une interprétation qui soit à la fois « large et libérale » et « contextuelle »²².

Si la façon d'aborder la question des droits fondamentaux s'est radicalement transformée au cours des vingt dernières années, la route a été longue depuis que la Cour suprême du Canada²³, en 1914 déclarait valide une loi de la Saskatchewan interdisant aux entreprises détenues par des Chinois d'engager des femmes de race blanche. À plusieurs occasions, l'histoire démontre que les

21. Michèle RIVET, « L'avenir des tribunaux des droits de la personne », dans Danielle PINARD et Hélène DUMONT, (dir.), *Les droits de la personne au 21^e siècle : perspectives et modes de protection*. Institut canadien d'administration de la Justice, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996.

22. *Supra*, note 13.

23. *Le Roi c. Quong-Wing*, [1913-1914], 49 S.C.R. 440. Le juge Davies : « Les motifs faisant en sorte que la loi en question a été adoptée, je ne les connais pas. À partir du moment où je juge que la matière sur laquelle porte une loi ne relève pas du Parlement, mais qu'elle est de la compétence de l'assemblée législative provinciale, je n'ai pas le droit d'examiner son bien-fondé, ni les motifs pour lesquels elle a été adoptée. Cependant, en l'espèce, je n'ai aucune raison de conclure que la loi ne pourrait pas se défendre devant les plus hautes instances. Seul le cinquième magistrat, le juge Idington, se dit troublé par ce que cette loi signifie dans la réalité. Il dira ceci : « En effet, il paraît curieux de constater qu'une loi apparemment adoptée pour promouvoir le sens moral se fonde sur la transgression. »

tribunaux choisissent parfois d'interpréter de manière littérale les dispositions des instruments protégeant les droits et libertés. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité de l'al. 12(1) b) de la *Loi sur les Indiens* qui dépouillait les femmes autochtones de leur statut d'Indienne lorsque celles-ci épousaient un non Indien alors qu'un Autochtone conservait le sien lorsqu'il se mariait avec une non-Autochtone²⁴.

Dans l'arrêt *Bliss*²⁵, cette même Cour a conclu que le refus d'accorder des prestations d'assurance chômage à des femmes parce que leur travail était interrompu en raison de la grossesse ne constituait pas de discrimination fondée sur le sexe bien qu'il soit évident qu'il s'agit d'une caractéristique fondamentale du sexe féminin. La Cour avait alors précisé que l'inégalité n'était « pas le fait de la législation, mais bien de la nature »²⁶. Il aura fallu attendre dix ans pour que la Cour suprême du Canada renverse sa propre jurisprudence dans l'arrêt *Brooks*²⁷ pour conclure finalement que la discrimination fondée sur la grossesse est nécessairement fondée sur le motif du sexe :

La discrimination fondée sur la grossesse constitue de la discrimination fondée sur le sexe. L'arrêt *Bliss* de cette Cour, qui a jugé le contraire, est incompatible avec l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne suivie par cette Cour dans plusieurs arrêts subséquents et il n'y a plus lieu de le suivre. La discrimination fondée sur la grossesse constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes peuvent devenir enceintes²⁸. [...] L'arrêt *Bliss* a été rendu il y a plus de 10 ans. Pendant cette période, la participation des femmes dans la main-d'œuvre a changé en profondeur. Avec dix ans de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la

24. *Canada (Procureur général) c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

25. *Bliss c. Canada (Procureur général)*, [1979] 1 RCS 183.

26. *Id.*, p. 190.

27. *Brooks c. Canada safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (J. Dickson).

28. *Id.*, p. 1221.

jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt *Bliss* est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt²⁹.

Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Cet arrêt illustre comment l'évolution des mentalités peut avoir une influence considérable sur l'acte de juger. Il démontre que la compréhension de concepts juridiques peut changer de façon à mieux correspondre à la réalité de la société. Cela implique du juge une approche plus sensible à certains facteurs contextuels sortant du champ juridique.

Même s'il existe des arrêts où la Cour suprême du Canada a tenté d'arrimer le plus possible la réalité sociale du temps aux droits constitutionnels fondamentaux³⁰, force est de constater qu'avant l'avènement des Chartes les juges interprétaient de manière littérale et stricte.

L'article 15 de la *Charte canadienne* a été délibérément formulé de manière à remédier à certains défauts perçus dans la *Déclaration canadienne des droits* dont le fait qu'elle ne prévoyait que l'égalité devant la loi. L'article 15 est venu ajouter trois protections supplémentaires en matière d'égalité : l'égalité dans la loi, l'égal bénéfice de la loi et l'égle protection de la loi. C'est par une approche plus contextuelle du droit à l'égalité que les tribunaux sont passés d'une conception du droit à l'égalité formelle à une conception réelle. Alors qu'ils ont commencé avec une interprétation stricte du droit se basant sur la seule règle de droit, les tribunaux

29. *Id.*, p. 1243.

30. *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A. C. 124. Dans cet arrêt, les lords du Comité du Conseil privé britannique, avaient décidé que le mot « personne » contenu à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne pouvait comprendre autant une personne de sexe féminin que masculin. Ils avaient décrit la Constitution comme « un arbre vivant » capable d'évolution dans le cadre de ses propres limites. De ce fait, les lords anglais rejetèrent l'approche restrictive et figée dans le temps appliquée par la Cour suprême du Canada.

ont au fil du temps privilégié une interprétation large et libérale³¹ des droits et libertés.

Au cours des dernières décennies, les juges ont élargi la portée du droit à l'égalité en passant d'une conception formelle à une conception réelle. L'égalité formelle consiste à traiter tout le monde de la même façon avec les mêmes droits et les mêmes avantages. Elle s'oppose aux discriminations les plus évidentes. L'égalité réelle représente le principe selon lequel un traitement identique peut engendrer l'inégalité. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'il existe une norme générale qui prévoit un traitement uniforme pour tous qu'il n'y aura pas certaines catégories de personnes qui subiront de la discrimination. L'égalité réelle consiste notamment à vérifier les effets indirects mais bien réels des normes sur un groupe d'individus. Lorsqu'une mesure uniforme produit des effets d'exclusion ou des effets négatifs sur un groupe de personnes en fonction de sa race, de son sexe ou de sa déficience par exemple, le concept d'égalité réelle reconnaît que la véritable égalité ne passe pas toujours par l'application du même traitement pour tous, mais par un traitement différencié et adapté aux circonstances³².

L'arrêt *Bergevin*³³ porte sur le cas classique des effets discriminatoires d'un calendrier de travail sur des employés qui adhèrent à une religion minoritaire. En l'espèce, trois enseignants de religion juive alléguaient être victimes de discrimination indirecte étant donné que le calendrier scolaire de la Commission scolaire régionale de Chambly, leur employeur, ne leur permettait pas de s'absenter pour la fête du Yom Kippour. À première vue, l'horaire de travail prévu dans la convention collective paraît

31. *Id.*, p. 136.

32. Daniel PROULX, « L'arrêt Kapp : l'interprétation du par. 15(1) de la Charte (enfin) recentrée sur son objet égalitaire de non-discrimination » dans D.A. Wright et A.M. Dodek (dir.), *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*, Toronto, Irwin Law, 2011, 277-302.

33. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

neutre car il encadre les employés de la même manière. Cependant, nous voyons que ses effets diffèrent d'une personne à l'autre. Même s'il y a égalité devant une norme, il peut y avoir discrimination dans son application. C'est ainsi que les congés fériés prévus au calendrier scolaire, souvent basés sur les fêtes chrétiennes, peuvent avoir des effets discriminatoires envers les employés dont la croyance religieuse n'est pas basée sur les préceptes de la religion chrétienne. Pour atténuer les effets préjudiciables qu'une convention collective peut avoir sur une personne, l'employeur se voit dans l'obligation d'accommoder l'employé exclu afin qu'il puisse jouir des mêmes avantages que ses collègues, c'est-à-dire de prendre une journée de congé payée afin de célébrer une fête religieuse. Dans une telle situation, afin d'atteindre une véritable égalité de traitement pour tous :

il faut traiter différemment les individus ou catégories protégées contre la discrimination par les chartes lorsque l'application générale des normes communes a pour effet de les exclure, de les marginaliser ou de les pénaliser en les privant de leurs droits, de services ou d'avantages normaux prévus par la loi, une convention collective ou quelque autre règle ou pratique en vigueur³⁴.

Il est indéniable que dans cette recherche d'une égalité véritable, l'arrêt *Andrews*³⁵ rendu en 1989 par la Cour Suprême du Canada marque un temps nouveau. Il est le premier arrêt de principe de la Cour suprême en matière d'égalité. Tant la définition de l'égalité que l'ensemble des motifs du juge McIntyre demeurent encore aujourd'hui des réflexions essentielles auxquelles il nous faut sans cesse retourner. La Cour suprême dans cet arrêt rejette la conception formelle et procédurale de

34. Daniel PROULX, « L'accommodement raisonnable, où en sommes-nous? », Conférence d'ouverture du Colloque : L'accommodement raisonnable et la gestion des ressources humaines dans le secteur public, Le Centre Sheraton de Montréal, 31 janvier 2008, [non publiée]. Transcription disponible en ligne : <<http://www.fcsq.qc.ca/Perfectionnement/Colloques/accommodements/index.html>>.

35. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

l'égalité prévalant jusqu'alors, pour adopter la perspective dite de l'égalité réelle et effective. La discrimination est définie comme étant :

une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur les motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe d'individus, des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société³⁶.

La preuve de la discrimination se compose de trois éléments : 1) une distinction de traitement, intentionnelle ou non; 2) un lien avec un motif de discrimination énuméré au par. 15(1) ou analogue; 3) un effet préjudiciable (imposition de désavantages ou privation d'avantages). Ultimement, à l'étape des justifications raisonnables de la loi, le gouvernement a le fardeau de faire la preuve que l'exclusion des non-citoyens constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Law*³⁷, la Cour suprême modifie les éléments de l'analyse de la discrimination fixés dans *Andrews* en en ajoutant un nouveau : l'atteinte à la dignité. D'abord proposé par le juge McLachlin en 1995 dans l'arrêt *Miron c. Trudel*³⁸ dans un jugement minoritaire, il fut adopté par une cour unanime dans l'arrêt *Law* quatre ans plus tard. Suivant le nouveau cadre d'analyse de l'article 15 établi dans cette décision, il semble

36. *Id.*, p. 174.

37. *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

38. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Les juges Cory et L'Heureux-Dubé l'avaient également proposé dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 rendu le même jour et partie de la «trilogie de 1995». La trilogie représente trois arrêts de la Cour suprême rendus en 1995 révélant trois courants distincts de pensée chez les juges de la Cour quant à la façon appropriée d'interpréter l'article 15. Ces arrêts sont : *Thibault c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

qu'une « différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité ou la liberté d'une personne ou d'un groupe »³⁹. La Cour a établi des facteurs contextuels qui déterminent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité du demandeur. Il s'agit: 1) le désavantage préexistant dont peut être victime le groupe demandeur; 2) le degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur; 3) la question de savoir si la loi ou le programme a un objet ou un effet améliorateur; 4) la nature du droit touché⁴⁰. Dans les années qui ont suivi cet arrêt, plusieurs auteurs de doctrine ont critiqué le critère de la dignité dans l'analyse et l'interprétation de l'article 15⁴¹. Selon le professeur Daniel Proulx, ce critère impose un fardeau de preuve insurmontable au plaignant et fait perdre de vue le véritable objet de l'article 15.

39. *Supra*, note 37, par. 51 et 88 point (4).

40. *Id.*, par. 62-75 et 88 point (9).

41. Donna GRESCHNER, « Does *Law* Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen's L.J.* 299; Debra M. McALLISTER, « Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test » (2003/2004), 15 *R.N.D.C.* 3; Christopher D. BREDT et Adam M. DODEK, « Breaking the *Law's* Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33; Daphne GILBERT, « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the *Charter* » (2003), 48 *R.D. McGill* 627; Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485; Daphne GILBERT et Diana MAJURY, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Doooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Christian BRUNELLE, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143; R. James FYFE, « Dignity as Theory : Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl. 2007), vol. 2, p. 55-28 et 55-29; Alexandre MORIN, *Le droit à l'égalité au Canada* (2008), p. 8082; Daniel PROULX, «La dignité : élément essentiel de l'égalité ou cheval de Troie?» dans Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte canadienne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

Enfin, le critère de l'atteinte à la dignité et, surtout, le fait d'avoir statué que la dignité constitue dorénavant l'objet essentiel de l'article 15 comporte, à mon sens, une erreur fatale dans l'analyse puisque cette détermination fait perdre de vue le véritable objet de l'article 15. Celui-ci ne réside pas tant dans le respect de la dignité humaine que dans la lutte contre les inégalités et exclusions injustes et arbitraires, l'intégration ou l'inclusion de tous dans la société, la jouissance des mêmes droits pour tous, le droit d'être traité sur le même pied, avec le même respect et la même considération⁴².

Près de 10 ans après l'arrêt *Law*, la Cour suprême dans *Kaap*⁴³ est venue préciser certains éléments de cet arrêt et proposer une reformulation de l'objet du par. 15(1).

Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews*— la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes⁴⁴.

Les juges McLachlin et Abella, en redéfinissant l'objet du par. 15(1), marquent d'une certaine manière un retour à l'arrêt *Andrews*, le critère de la dignité comme élément et objet essentiels de l'égalité constitutionnelle étant laissé de côté.

[L]'objectif primordial que représente la lutte contre la discrimination sous-tend à la fois le par. 15(1) et le par. 15(2). Le paragraphe 15(1) a pour objet d'*empêcher* les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe

42. *Supra*, note 32, p. 30.

43. *R. c. Kaap*, [2008] 2 R.C.S. 483.

44. *Id.*, par. 24.

est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes⁴⁵.

Malgré cette reformulation de l'objet du par. 15(1), l'arrêt *Kapp* ne semble pas s'être détaché complètement de l'approche interprétative de l'art. 15 établie dans *Law*. En effet, la Cour a choisi de conserver certains éléments de l'arrêt *Law*, dont l'exigence d'une preuve de préjugés ou de stéréotypes, ainsi que ses facteurs contextuels de détermination de l'effet discriminatoire. Or, comme le souligne le professeur Daniel Proulx, « ces éléments d'analyse demeurent problématiques puisqu'ils étaient étroitement associés au concept décrié de l'atteinte à la dignité »⁴⁶.

En 2011, la Cour suprême dans l'arrêt *Whitler*⁴⁷ a fait référence à *Kapp* dans son explication du test à suivre pour l'appréciation d'une demande fondée sur le par. 15(1)⁴⁸. Il faudra cependant attendre de voir comment les tribunaux interpréteront l'arrêt *Kapp* dans les années à venir afin de mesurer le réel impact que ce dernier aura sur l'approche interprétative de l'art. 15.

Cet aller retour⁴⁹ est une démonstration parfaite des très grandes difficultés qui se posent au juge dans l'analyse théorique ou conceptuelle du droit à l'égalité auxquelles s'ajoutent, dans la réalité de chaque jour, la prise en compte de valeurs d'une société en constante mutation⁵⁰.

45. *Id.*, par. 25.

46. *Supra*, note 32, p. 278.

47. *Whitler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12. L'arrêt *Kapp* est mentionné aux par. 17, 18 et 28.

48. *Id.*, par. 30. « La jurisprudence a établi un test à deux volets pour l'appréciation d'une demande fondée sur le par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? (Voir *Kapp*, par. 17.) ».

49. Manon MONTPETIT et Stéphane BERNATCHEZ, « La valse-hésitation du droit à l'égalité pour le bal des dix ans de la Cour McLachlin », (2010) 26 R.N.D.C. 231.

50. Sur la portée de l'égalité comme dépassant même l'expression explicitement donnée dans les normes constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles voir : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane

2. Le rôle du juge

Afin de mieux situer l'acte de juger, il convient d'en placer un cadre théorique.

2.1 L'approche herméneutique de Ronald Dworkin

Affirmer que le droit est composé de valeurs, c'est aussi de reconnaître la place de la morale dans le droit. Alors que la tendance a longtemps été de séparer la morale du droit, il semble inévitable aujourd'hui et ce, surtout lorsqu'il vient temps d'interpréter des dispositions porteuses de valeurs, de tenir compte de la morale dans le droit.

L'approche herméneutique du philosophe du droit américain Ronald Dworkin, l'un des penseurs contemporains les plus reconnus sur la scène internationale, va dans ce sens proposant une « lecture morale du droit »⁵¹. Ainsi, pour Dworkin il n'y a pas de séparation entre la morale et le droit. La morale fait partie du droit. En effet, il affirme que les droits et libertés font pénétrer des « principes de morale politique » au sein du droit⁵². Ces derniers correspondent à la conception du juge de la justice sociale et des droits démocratiques en général.

Le propos principal de Dworkin est que le droit n'est pas seulement constitué de règles, mais il est aussi composé de divers types de standards, explicites comme implicites, qui agissent comme principes et dont le contenu est, par définition, indéterminé ou variable⁵³.

LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, à la p. 99.

51. Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, Paris, 1994, 468 p.

52. Luc BÉGIN, « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », (1997) 38-2 C.de D. 417, 420.

53. *Supra*, note 50, p. 72.

Le rôle du juge, selon Dworkin, est de procéder à une interprétation constructive par laquelle ce dernier tente de fournir l'interprétation qui présente le droit sous son meilleur jour du point de vue de la morale politique⁵⁴. En ce sens, la meilleure lecture du droit sera celle qui rendra compte de manière cohérente le droit établi tout en considérant les principes moraux pertinents à son interprétation. Pour ce faire, le juge devra déterminer quel principe moral supporte le mieux le droit en question.

Les droits et libertés sont énoncés dans un langage général et abstrait. Afin qu'ils soient interprétés de façon libérale, Dworkin soutient que les juges doivent déterminer quelle est l'extension du droit ou de la liberté et conséquemment du principe moral, au regard de la pratique mise en cause. « Ils ont à déterminer l'interprétation et la compréhension qui feront autorité, celles qui exposent la meilleure conception des principes de morale politique constitutionnels »⁵⁵.

Dans notre système de justice, l'égalité, tout comme la dignité humaine et la liberté, représente un principe de morale politique au sens où l'entendrait Dworkin parce qu'elle véhicule une valeur admise par la collectivité. L'arrêt *Reference re an Act to Amend the Education Act*⁵⁶ permet d'illustrer en quoi l'égalité est un principe moral permettant de contribuer à l'interprétation des droits et libertés :

Au même titre que les idéaux de "justice égalitaire" et "d'égalité d'accès à la loi", le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, maintenant enchâssé dans la Charte, repose sur le principe moral et éthique, fondamental dans une société vraiment libre et démocratique, que tous devraient être traités sur un pied d'égalité par la loi et avec le même respect⁵⁷.

54. C'est-à-dire au regard de la justice et de l'équité. *Supra*, note 51, p. 447.

55. *Supra*, note 52, p. 421.

56. *Supra*, note 17.

57. *Id.*, p. 554, le juge en chef Howland ainsi que le juge Robins (dissident quant au résultat mais non quant à cette observation).

Ainsi, dans un contexte d'interprétation de droits fondamentaux, sachant que la valeur d'égalité est un principe constitutionnel, le juge doit rendre une décision qui reflète le plus possible cette valeur d'égalité. C'est ainsi que le juge doit interpréter les Chartes en prenant en compte la valeur d'égalité puisqu'elle représente une des « valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique [...] »⁵⁸. Suivant la thèse de Ronald Dworkin, interpréter le droit sous son meilleur jour consiste à interpréter les droits fondamentaux dans un esprit qui considère et respecte la valeur d'égalité.

Afin d'illustrer son approche interprétative, Ronald Dworkin fait référence à deux modèles de dieu. Celui du dieu Hermès, le guide mort, mais fiduciaire du passé, et le dieu Hercule :

La méthode d'Hercule rejette l'hypothèse d'un moment canonique où la loi a pris naissance et a revêtu la signification entière et unique qu'elle aura à tout jamais. Hercule interprète non seulement le texte de loi, mais son évolution, son processus avant sa promulgation comme loi et son extension au-delà de ce moment. Il cherche à tirer le meilleur parti possible de cette histoire continue et c'est pourquoi son interprétation évolue au fur et à mesure du développement de l'histoire⁵⁹.

2.2 L'analyse systématique

L'analyse systématique est une approche qui s'inscrit dans le cadre de la théorie herméneutique, c'est-à-dire d'une approche interprétative du droit. Cette approche s'intéresse au rôle primordial des valeurs et du contexte dans la production judiciaire

58. *Supra*, note 35, p. 148. Sur la question de la valeur d'égalité, voir aussi : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Dagenais c. S.R.C.*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 391.

59. *Supra*, note 51, p. 379.

du droit. L'analyse systémale fait valoir « les facteurs politiques, sociaux et même idéologiques à l'œuvre dans la production du droit, et les processus qu'emprunte leur incidence »⁶⁰. Elle est utile pour éclairer et expliquer les rapports entre une société et le droit qu'elle secrète.

L'analyse systémale s'intéresse particulièrement au contexte normatif et axiologique dans lequel la norme s'inscrit. Elle met en lumière l'importance qu'il faut accorder au contexte pour analyser l'insertion des valeurs dans le droit⁶¹. Le concept de surdétermination, concept au centre de cette théorie, explique bien en quoi les valeurs sont prises en compte dans la production judiciaire du droit. Ce concept de surdétermination « repose sur l'hypothèse que la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de valeurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui sert de support interprétatif et dont découlent un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité »⁶². C'est d'ailleurs en ce sens que le juge McLachlin rapporte dans *R. c. Andrews* que « les valeurs fondamentales telles que la dignité humaine, l'égalité et le respect de l'identité culturelle [...] doivent servir de guide dans l'interprétation de la Charte »⁶³.

60. Andrée LAJOIE, « Dans l'angle mort de l'analyse systémale » dans Gérard TMSIT et Nicole BELLOUBET-FRIER (dir.) *Études en l'honneur de Gérard Tmsit*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2004.

61. Stéphane BERNATCHEZ, « Le rôle des valeurs et du contexte dans la transformation de la fonction de juger », dans Pierre Noreau et Louise Rolland (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, 333, à la p. 341.

62. Andrée LAJOIE, « Surdétermination », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER, (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, à la p. 85; Andrée LAJOIE, « La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales », (1999) 42 Rev. Interdiscipl. Et. Jur. 85.

63. *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870, 888. Cet extrait rapporte des propos tenus par le juge Cory en appel. Voir (1988), 65 O.R. (2d) 161. Le juge McLachlin, dissidente sur la question de la non-justification de la restriction. Cet arrêt porte sur l'interdiction criminelle frappant la propagande haineuse. Il soulève principalement la question de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'il est sauvegardé par

Selon la professeure André Lajoie, le concept de surdétermination est celui qui offre « la meilleure prise vers la réalité complexe du rapport du juge aux valeurs dans l'interprétation judiciaire »⁶⁴.

2.3 La procéduralisation contextuelle

Une autre approche qui permet d'interpréter le droit dans son contexte normatif et axiologique est la procéduralisation contextuelle.

Cette approche porte sur le processus de décision. Suivant cette approche, le juge doit permettre une recherche contextualisée de la solution. Pour ce faire, il faut que les acteurs concernés participent au processus décisionnel. En ce sens, le juge n'est plus le seul acteur à construire le contexte social et normatif. La construction du contexte est un fait commun. En matière de droits et libertés, cette contextualisation intervient également à l'étape de la réparation où le juge « réinvestit lui-même les différentes parties concernées de la tâche et du pouvoir de trouver des arrangements négociés qui satisfassent à ces principes fondamentaux »⁶⁵. À titre d'exemple, en matière de droit à l'égalité, le principe d'accommodement raisonnable permet de comprendre plus concrètement les préceptes de cette approche.

L'élaboration de mesures d'accommodement interpelle plusieurs acteurs soit l'employeur, le syndicat et l'employé. Cette participation des parties dans le processus de décision permet de réellement prendre en compte le contexte et la réalité sociale dans lequel s'inscrit la norme. Comme le souligne la professeure Louise

l'article premier de la *Charte*. Se pose subsidiairement la question de savoir si le moyen de défense de "véracité" prévu à l'al. 319(3)a) du *Code criminel* viole la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*, dans la mesure où l'accusé a le fardeau de prouver que ses déclarations sont vraies.

64. Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997, à la p. 164.

65. Jacques LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994, à la p. 114; Voir aussi : *Supra*, note 49, p. 353.

Lalonde, une approche judiciaire procédurale permet « de redonner sens à la norme au niveau du monde vécu »⁶⁶.

2.4 L'approche téléologique et contextuelle

Il faut maintenant venir à l'évidence que les valeurs font partie du droit et qu'elles en influencent l'interprétation.

Ainsi, le juge ne doit pas seulement se fier aux conceptions juridiques lorsqu'il interprète la loi, mais considérer d'autres éléments dont les valeurs qui sous-tendent les droits. Ce faisant, les concepts juridiques sont adaptés au contexte.

La méthode d'interprétation téléologique et contextuelle prend tout son sens lorsqu'il est temps d'interpréter des lois axiologiques, porteuses de valeurs, telles que celles concernant les droits et libertés. Pour ce faire, le juge doit départager les valeurs en jeu et soupeser les intérêts en présence. Afin d'arriver à la meilleure interprétation des droits et libertés en tenant compte des valeurs qui les sous-tendent, le juge doit tenir compte du contexte. Il doit suivre une approche contextuelle du droit.

D'ailleurs, la doctrine, comme la jurisprudence, reconnaissent depuis longtemps que l'interprétation d'une loi doit tenir compte du contexte. En effet, la jurisprudence est constante à reconnaître que l'interprétation des droits et libertés ne doit pas être faite « dans un vide factuel » mais plutôt en tenant dûment compte du « contexte »⁶⁷. Dans l'arrêt *Mackay*, la Cour suprême

66. Louise LALONDE, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 321, 344-345.

67. Voir la jurisprudence citée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, 445-447 (j. L'Heureux-Dubé); *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, (1996) 1 R.C.S. 825, par. 78 (j. La Forest).

souligne que « les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel »⁶⁸.

Le professeur Pierre-André Côté note à ce sujet que « sans aller jusqu'à prétendre que les mots n'ont pas de sens en eux-mêmes, on doit admettre cependant que leur sens véritable dépend partiellement du contexte dans lequel ils sont employés »⁶⁹.

Le contexte représente ce qui se rapporte à l'environnement légal d'une disposition ainsi que toutes les idées liées au texte qui peuvent être relatives aux circonstances d'énonciation du texte, à l'objet qu'il cherche à accomplir, aux valeurs auxquelles le législateur est attaché ainsi qu'à ses habitudes d'expression⁷⁰. Selon la professeure Danielle Pinard :

La plupart du temps, ce que l'on dit être une méthode contextuelle consiste en la considération d'un mélange d'éléments de droit, de faits et de valeurs.⁷¹

Le contexte peut donc être lié au droit, soit par l'historique législatif de la loi en cause ou par l'attribution d'une valeur à un droit, tout comme il peut représenter un contexte social plus large s'intéressant à la réalité sociale. Ce faisant, le juge rend une décision qui prend en considération la réalité de la société dans laquelle la décision s'inscrit.

Suivant ce sens, le juge l'Heureux-Dubé rappelle dans *Willick c. Willick* que « pour déterminer si une interprétation donnée d'un texte législatif est conforme aux valeurs de la *Charte*, il faut adopter une démarche contextuelle qui tienne compte du cadre

68. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, par. 199, j. Major, dissident en partie : « [...] les causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel ».

69. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999 à la p. 355.

70. *Id.*, p. 356.

71. Danielle PINARD, « La "méthode contextuelle" », (2002) 81 R. du B. can. 323, 337.

social dans lequel s'inscrit la Loi »⁷². Elle précise ensuite que l'interprétation législative ne peut : « se faire sans prendre en considération à la fois le texte de la Loi et la réalité dans laquelle elle s'inscrit »⁷³.

Dans le même ordre d'idées, le juge Wilson affirme dans *Edmonton Journal c. Alberta*⁷⁴ que « la Charte devrait être appliquée aux cas individuels selon une méthode contextuelle plutôt qu'abstraite »⁷⁵. Elle poursuit en écrivant : « L'importance d'une liberté ou d'un droit reconnu par la *Charte* doit donc être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et son objet doit être déterminé en fonction du contexte »⁷⁶.

De plus, le juge McIntyre définit le concept d'égalité suivant une approche contextuelle : « C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée »⁷⁷.

Par conséquent, en matière de droit à l'égalité, « le tribunal qui est saisi d'une allégation de discrimination doit examiner le contexte législatif, historique et social de la distinction en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette distinction, ainsi que les objets du par. 15(1) »⁷⁸. À titre d'exemple, la réalité sociale ambiante doit être évaluée lors d'un cas traitant de discrimination systémique faite aux femmes en emploi⁷⁹. Aussi, la Cour suprême du Canada a suivi une approche multidimensionnelle

72. *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, par. 23.

73. *Id.*, par. 14.

74. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)* [1989] 2 R.C.S. 1326.

75. *Id.*, p. 1356 (j. Wilson).

76. *Id.*

77. *Supra*, note 35, p. 164.

78. *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 51.

79. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [Meiorin]; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201 (CanLII).

intégrant divers facteurs sociaux, tels que les attitudes des membres de la société et les perceptions stéréotypées que celle-ci véhicule afin de définir la portée et l'étendue du motif du « handicap »⁸⁰.

L'interprétation contextuelle c'est aussi prendre en considération l'objet de la loi⁸¹. « Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger »⁸².

Le professeur Luc B. Tremblay explique que le juge « interprète les mots de la ou des dispositions en cause de la façon qui permet de réaliser du mieux possible leur but, leur objet ou leur finalité »⁸³. Les textes constitutionnels ont plusieurs finalités. « Par conséquent, pour identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit »⁸⁴.

Comme nous avons tenté de l'expliquer plus haut, en considérant l'égalité dans l'interprétation du droit, le juge rend une décision qui respecte le droit et les valeurs qui sont à la base de son raisonnement.

L'objet fait partie intégrante de l'approche interprétative proposée par Dworkin :

80. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 77.

81. Le principe selon lequel les lois doivent être interprétées en fonction du but, de l'objet ou de la finalité de la disposition de la loi correspond à la méthode d'interprétation téléologique. Cependant, l'interprète a recours au contexte dans le processus de détermination de l'objet.

82. *Supra*, note 13, par. 116.

83. Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29-2 R.J.T. 459.

84. *Supra*, note 14, par. 28 (j. Dickson).

l'interprétation créative tient sa structure formelle de l'intention, non pas (du moins pas nécessairement) parce qu'elle se propose de découvrir les buts que s'étaient assignés une personne ou un groupe donnés dans l'histoire, mais parce qu'elle vise à superposer un but au texte [...] qui [fait] l'objet de l'interprétation.⁸⁵

De la même manière, l'objet se retrouve au centre de l'analyse systémale puisque cette dernière cherche à « découvrir avant tous les éléments qui le constituent »⁸⁶.

L'approche téléologique et contextuelle en matière d'interprétation constitutionnelle offre « une certaine forme de contextualisation au raisonnement judiciaire, transformant ainsi l'interprétation du sens de la norme à travers le prisme d'un certain contexte défini par le judiciaire et une certaine appréhension des valeurs sociales »⁸⁷.

L'éventail des minorités a changé et va continuer de se modifier avec l'évolution des circonstances politiques et sociales que l'on connaît aujourd'hui. C'est ainsi que la société pluraliste dans laquelle nous vivons commande que le droit à l'égalité « soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la "protection constante" des droits à l'égalité dans les années à venir »⁸⁸.

3. L'impossible neutralité et la nécessaire impartialité

L'approche herméneutique et la méthode contextuelle accordent au juge une fonction créatrice. Suivant ces approches,

85. *Supra*, note 51, aux pp. 250-251.

86. Gérard TMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, Paris, 1986, à la p. 6.

87. *Supra*, note 66, p. 334. Voir aussi sur la question de la transformation dans la fonction de juger : Louise LALONDE, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 321, 334.

88. *Supra*, note 35, p. 153 (J. Wilson).

l'acte de juger ne consiste pas seulement à appliquer le droit, mais à l'interpréter, à le façonner. Le juge interprète le texte de loi à la lumière du droit et de plusieurs facteurs contextuels.

La légitimité⁸⁹ de ce nouveau rôle du juge a été maintes fois questionnée, certains affirmant que de juger en interprétant les dispositions législatives et non en les appliquant de manière mécanique au cas d'espèce a un caractère antidémocratique parce que l'équilibre traditionnel entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est modifié⁹⁰. Se soulève alors la crainte de voir apparaître « un gouvernement des juges » remettant en question du coup le principe de la séparation des pouvoirs.

En guise de réponse, tant la doctrine que la jurisprudence font appel à la métaphore du dialogue. Suivant celle-ci, le contrôle judiciaire au regard de la Charte représente un « dialogue » entre les tribunaux et le législateur. La métaphore du dialogue vise à démontrer que les tribunaux n'ont pas le dernier mot sur les décisions constitutionnelles. Par conséquent, l'activité interprétative des tribunaux est légitime puisque, comme le constate Hogg et Bushell:

the decisions of the Court almost always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response. In the end, if the democratic will is there, the legislative objective will still be able to be accomplished,

89. Voir sur cette question: Yves Marie MORISETTE, « Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité », dans Mary-Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS, (dir.), *La montée en puissance des juges, ses manifestations, sa contestation*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Éditions Thémis, 2000, 468 à la p. 29; Luc BÉGIN, « Le juge en tant que tiers impartial », dans M.-J. MOSSMAN et G. OTIS, (dir.), *id.*, à la p. 67; Gérard TIMSIT, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995, p.73.

90. Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, p. 383. Selon Mandel, la justice constitutionnelle est de la politique qui emprunte une autre voie que la représentation et les luttes politiques. Pour Mandel, le contrôle judiciaire n'accroît guère la représentativité des choix politiques, les citoyens n'ayant pas plus de pouvoir sur leurs institutions.

albeit with some new safeguards to protect individual right and liberty. Judicial review is not “a veto over the politics of the nation” but rather the beginning of a dialogue as to how best reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole⁹¹.

Il est possible d'affirmer que le respect mutuel des pouvoirs est assuré d'une certaine façon par l'exercice de pondération des droits en fonction de l'activité législative et de l'intérêt collectif qu'elle représente ⁹². Une des meilleures illustrations de ce dialogue se trouve sûrement dans l'arrêt *Vriend*⁹³.

91. Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 Osgoode Hall L.J. 75.

92. Voici les propos du juge Iacobucci à ce sujet dans *Vriend c. Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493, par. 137: » Par exemple, l'art. 7 de la *Charte* énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi et l'action législative. L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociétaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la *Charte*, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation -- l'art. 33 -- a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux (voir P. HOGG et A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 Osgoode Hall L.J. 75). »

93. L'arrêt *Vriend*, *id.*, par. 136 à 139 (j. Iacobucci). Dans cette affaire, la Cour par une interprétation large (*reading in*) a conclu qu'il fallait inclure le motif d'orientation sexuelle à la loi en défaut au lieu de la déclarer invalide. Voir aussi : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Cinq ans après l'arrêt *Ford*, un dialogue modéré s'instaura et le gouvernement amenda la loi qui était en question dans cette affaire soit la *Charte de la langue française*, de manière à ce que le français soit affiché de façon prédominante sur tout autre langue, suivant en cela les indications initialement suggérées par la Cour suprême en 1988 : « On pourrait exiger que le français accompagne toute autre langue ou l'on pourrait exiger qu'il soit plus en évidence que d'autres langues » (*Ford*, *id.*, par. 73). Voir de plus : *Corbière c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 116-117 (j. L'Heureux-Dubé) : « Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la

Par ailleurs, un jugement rendu de manière impartiale, garantira aussi la légitimité d'une décision. Alors que le droit, tel qu'interprété par le juge, semble être indissociable des valeurs de la société et des valeurs mêmes du juge, la question se pose à savoir si une décision rendue d'une telle manière est marquée des préjugés et des préconceptions personnelles du juge. En d'autres mots, le juge procédant à cette activité interprétative, toute proche d'une activité créatrice, parvient-il à être neutre et impartial?

3.1 Les concepts

Les concepts de neutralité et d'impartialité se posent avec encore plus d'acuité depuis les années 80.

Antérieurement, ces concepts étaient moins sujets à discussion et à questionnement. Il s'agissait davantage de se prononcer sur des concepts de droit positif purs et durs où les valeurs n'étaient pas en jeu. Comme le dit clairement le juge Abella:

Our hallmarks were independence, neutrality and impartiality, concepts we hardly ever thought about when we were interpreting contracts, awarding damages or instructing juries⁹⁴.

Dans un univers où gravitent les droits fondamentaux, « il faut avoir une capacité à appréhender l'ensemble de la réalité sociale, à être touché par toutes les composantes de cette réalité

Charte, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. »

94. Rosalie SILBERMAN ABELLA, « Judicial Neutrality : Introductory Remarks » dans *Les droits de la personne au 21^e siècle: perspectives et modes de protection 1996*, Institut canadien d'administration de la Justice, Montréal, Éditions Thémis, 1997, 338, à la p. 249.

sociale, afin d'être en capacité de percevoir la pertinence factuelle et juridique des développements de chacun »⁹⁵.

Le juge fait partie de cette réalité; il ne peut pas être neutre, froid et fait de glace, mais il a l'obligation stricte et rigoureuse d'être impartial.

Ronald Dworkin affirme que le juge ne peut atteindre la neutralité. Pour Dworkin, lorsque le juge est à la recherche de ce qu'est le droit, il ne le fait pas sans qu'interfèrent ses propres convictions morales et politiques⁹⁶. Dworkin prétend ainsi qu'un juriste ou un philosophe, et partant le juge, aura, dans sa conception générale du droit, une « attitude » face à de nombreuses questions notamment relatives à la personnalité, à la vie et à la collectivité.

Toute conception générale doit aussi avoir des relations extérieures avec d'autres parties ou avec d'autres secteurs de morale politique, et, à travers elles, avec des convictions idéologiques, voire métaphysiques, plus larges. Je ne veux pas dire par là un juriste (on peut donc aussi comprendre un juge) ou un philosophe qui adopte une conception générale du droit aura déjà développé un point de vue explicite et élaboré sur l'intérêt du droit, ou sur les vastes questions de la personnalité, de la vie et de la collectivité sur lesquelles doit reposer ce point de vue. J'entends seulement que sa conception du droit, parvenue à un certain degré d'élaboration, révélera une attitude à

95. Simone GABORIAU, « L'impartialité du juge n'est pas la neutralité. Pour une conception engagée de la fonction judiciaire », *Magistrats européens pour la démocratie et les libertés* (MEDEL), en ligne : <<http://medel.bugiweb.com/usr/4Gaboriau.pdf>>.

96. Sheldon LEADER, « Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin. » (1986) 2 *Droit et société* 23, 34. Voir aussi du même auteur : « Le droit au respect de la vie privée, la mise en œuvre de la morale et la fonction judiciaire : un débat » (1991) 26 *Revue internationale d'études juridiques* 1.

l'égard de ces vastes sujets, qu'il s'en rende compte ou non⁹⁷.

Un juge est impartial lorsqu'il :

est disposé à reconnaître [qu'il a] des préconceptions, plutôt que d'en nier l'existence, et, au besoin, de lutter contre elles pour [s]'en défaire. [...] En ce sens, loin de supposer l'effacement de l'interprète, l'interprétation est ainsi envisagée comme exigeant sa confrontation non seulement avec le texte et le contexte, mais aussi, d'une certaine façon, avec lui-même⁹⁸.

Le juge, en bref, doit se connaître, se distancier de ses opinions personnelles préconçues pour écouter et juger l'esprit libre, ouvert. Car le juge procède à des choix. Comme le précise Pierre-André Côté : « on ne peut pas expliquer l'interprétation de la loi sans admettre que cette activité puisse exiger de l'interprète qu'il procède à des choix qui engageront sa personnalité, ses croyances, ses valeurs »⁹⁹.

L'interprétation est donc empreinte d'un élément personnel et subjectif. Le juge ne peut être neutre, mais il se doit d'être impartial : « Impartiality does not demand that judges close their eyes to the reality of the society in which legal dispute occur, but rather that they remain open-minded to the possibilities for deeper understanding that differing viewpoints and experiences can provide »¹⁰⁰. Ainsi, « judges should recognize differences between individuals, they should be alert to right social injustice, and

97. *Supra*, note 51, p. 114.

98. *Supra*, note 50, p. 76.

99. *Supra*, note 69, p. 19. Voir aussi : Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, 825.

100. Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Reflections on Judicial Independence, Impartiality and the Foundations of Equality », (1999) 7 CILJ Yearbook 95 106.

should, in judging, take into account discrimination suffered by minority groups »¹⁰¹.

La justice a été souvent vécue comme partielle car elle était globalement le reflet de la classe dominante, de la classe dirigeante¹⁰². Cependant, c'est en prenant en compte l'ensemble des intérêts d'une collectivité et en les soupesant que le juge fera preuve d'impartialité.

[L]a démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé (voir Black, *loc. cit*; Jackman, *loc. cit.*, à la p. 680)¹⁰³.

Autrement dit, afin que le juge soit impartial, les différences entre les individus doivent être intégrées dans l'analyse des droits. Ceci est d'autant plus vrai dans le contexte qui nous intéresse ici, soit celui de l'égalité. Une décision rendue en prenant en considération la valeur d'égalité nécessite de soupeser les intérêts de l'ensemble de la collectivité.

Comme le fait remarquer le juge Abella, » [e]very decision maker who walks into a courtroom to hear a case is armed not only with relevant texts, but with a set of values, experiences and assumptions that are thoroughly embedded »¹⁰⁴. Selon elle, le potentiel progressif de la garantie d'égalité a été inextricablement

101. D.A. IPP, « Judicial impartiality and judicial neutrality: Is there a difference? », (2000) 19-3 Aust. Bar Rev. 212.

102. *Supra*, note 95.

103. *Supra*, note 62, par. 176 (j. Iacobucci).

104. Rosalie SILBERMAN ABELLA, « The Dynamic Nature of Equality » dans Sheilah MARTIN et Kathleen MAHONEY (dir.), *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, aux pp. 8-9.

lié à la reconnaissance de l'existence de ces perspectives et au développement d'une nouvelle approche analytique de l'acte de juger¹⁰⁵.

Nouvelle approche analytique qui a été exposée ici par différentes approches interprétatives du droit qui reconnaissent l'importance de considérer de multiples facteurs dans l'interprétation du droit.

3.2 La pratique

Il est intéressant de regarder comment ces principes s'articulent dans la réalité judiciaire, dans le quotidien des juges et ce, à partir de quelques exemples. Il sera question dans cette partie d'examiner le processus décisionnel judiciaire, c'est-à-dire le chemin parcouru par les juges pour arriver aux solutions qu'ils proposent. Nous tenterons ainsi d'illustrer à l'aide d'exemples comment la valeur d'égalité et la réalité sociale sont pris en compte par le juge dans ses décisions. Cet exercice illustrera par le fait même la complexité de la fonction de juger depuis l'entrée en vigueur des *Chartes des droits et libertés*.

En matière de discrimination, où la valeur d'égalité est bien entendu l'enjeu principal, il semble ne faire aucun doute qu'il soit nécessaire de jeter un regard sur le contexte social existant au moment où surviennent les incidents au cœur du litige lors de l'interprétation et l'application des droits.

Dans *C.D.P.D.J. c. Calego international inc.*¹⁰⁶, le Tribunal des droits de la personne rappelle que « l'égalité fait partie des valeurs bien connues au Québec et au Canada »¹⁰⁷. Cette affaire porte sur

105. Rosemary CAIRNS WAY et T. BRETTEL DAWSON, « Taking a Stand on Equality: Bertha Wilson and the Evolution of Judicial Education in Canada » dans Kim BROOKS (dir.), *Justice Bertha Wilson: One woman's difference*, Vancouver, UBC Press, 2009, à la p. 280.

106. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, 2011 QCTDP 4 (CanLII).

107. *Id.*, par. 383.

des propos tenus par un patron envers quinze employés d'origine chinoise. Le Tribunal qui procède à l'analyse contextuelle des déclarations expose qu'historiquement, les travailleurs chinois ont été l'objet de discrimination au Canada et au Québec¹⁰⁸. Il conclut que le citoyen

en tant que personne raisonnable, aurait considéré discriminatoires les propos tenus par M. Rapps envers les travailleurs chinois. Selon le Tribunal, en regard de la trame factuelle propre à cette affaire, il est tout simplement difficile de croire le contraire, sans ignorer le contexte social contemporain en application des normes juridiques applicables qui reflètent les valeurs du Québec et du Canada en 2006¹⁰⁹.

Ainsi, en considérant la valeur d'égalité et le contexte social de l'affaire, le Tribunal en vient à la conclusion que les déclarations portées en l'espèce sont discriminatoires.

Dans la décision *C.D.P. c. Ville de Montréal (Martel)*¹¹⁰, le Tribunal des droits de la personne fait référence à l'arrêt *Turpin* de la Cour suprême du Canada qui a particulièrement insisté sur l'importance de considérer le contexte dans lequel s'inscrit une question afin d'identifier l'existence ou non de désavantages discriminatoires. Le Tribunal cite le passage suivant de l'arrêt:

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une disposition contraire à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [...] [C]e n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement

108. *Id.*, par. 378.

109. *Id.*, par. 382.

110. *C.D.P. c. Ville de Montréal (Martel)*, [1994] RJQ 2097.

engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage¹¹¹.

Cette affaire met en cause le refus de considérer la candidature du plaignant pour un poste de pompier au motif que ce dernier n'a pas réussi l'examen médical. Après avoir considéré l'ensemble du contexte de l'affaire, le Tribunal conclut que le plaignant a été victime de discrimination à l'embauche fondée sur le handicap. Le Tribunal affirme qu'une personne handicapée « pourra davantage jouir de son droit à l'égalité en emploi si une mesure d'accommodement raisonnable lui est fournie »¹¹². Il poursuit en notant « l'importance d'examiner l'effet concret d'une mesure et le contexte plus large dans lequel se pose effectivement l'exercice, en pleine égalité, d'un droit protégé avant de pouvoir statuer sur une mesure contestée pour son caractère discriminatoire »¹¹³.

Dans une autre affaire de discrimination fondée sur le handicap, le Tribunal des droits de la personne rappelle l'importance de considérer le contexte dans l'interprétation du droit à l'égalité. Les faits de cette affaire portent sur l'intégration scolaire en classe ordinaire d'un jeune garçon vivant avec une trisomie 21. Le Tribunal dans sa décision examine notamment le contexte social et psychologique de l'affaire ainsi que le contexte d'intégration scolaire. Faisant référence à l'arrêt de la Cour suprême *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*¹¹⁴, le Tribunal affirme :

que la déficience, en tant que motif interdit de discrimination, diffère des autres motifs compte tenu du large spectre de différences pouvant exister selon les individus et selon la forme de handicap. En raison de ce « dilemme de la différence », il se pourrait que la ségrégation puisse tantôt porter atteinte à l'égalité tantôt protéger

111. *Supra*, note 15, p. 1331-1332 (J. Wilson).

112. *Supra*, note 110, p. 2106.

113. *Id.*

114. *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

l'égalité selon le degré de déficience et selon le contexte et toute autre circonstance¹¹⁵.

De plus, il est intéressant d'examiner l'arrêt *R. c. S. (R. D.)*¹¹⁶ rendu en 1997 par la Cour Suprême du Canada qui, sur toute la question du contexte, représente un arrêt clef. La Cour explique en quoi l'expérience personnelle d'un juge fait partie du contexte et comment celle-ci permet d'avoir une meilleure perspective sur une situation particulière, tout en respectant le principe d'impartialité.

Dans cette affaire, une juge afro-canadienne, la juge Sparks, avait fait quelques remarques générales voulant que, historiquement, une tension raciale ait pu être observée dans les rapports entre la minorité noire de Halifax et les forces policières de cette ville. En raison de son identité particulière, la juge Sparks avait connaissance de ces faits sociaux. L'objet du pourvoi à la Cour suprême du Canada consistait à savoir si les remarques de la juge ont fait naître une crainte raisonnable de partialité. La Cour est arrivée à la conclusion que la juge est restée impartiale lors de l'audition puisque ces observations étaient entièrement justifiées par la preuve produite et que le juge peut mettre son expérience personnelle à profit lorsque celle-ci est pertinente avec les faits du dossier.

La Cour affirme dans cet arrêt l'importance de prendre en considération le contexte dans l'acte de juger, notamment pour l'interprétation et l'application des lois. « L'examen du contexte par le juge permet de définir la toile de fond nécessaire à l'interprétation et à l'application de la loi »¹¹⁷. Ainsi, sur le fait que la juge se soit prononcée sur la dynamique raciale de l'affaire à

115. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, 2009 QCTDP 19 (CanLII), par. 313. Requête pour permission d'appeler accueillie le 25 janvier 2010 : *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 107 (CanLII).

116. *R. c. S. (R. D.)* [1997] 3 RCS 484.

117. *Id.*, par. 43.

l'audition, la Cour précise qu' « elle s'est tout simplement efforcée de rendre justice à la lumière du contexte, ce qui était, à notre avis, tout à fait légitime et de nature à favoriser la résolution juste et équitable de l'affaire »¹¹⁸. Ce faisant, il est possible de dire que la juge a rendu une décision qui considère la réalité sociale dans laquelle le droit s'inscrit.

En ce qui concerne la crainte de partialité soulevée dans cette affaire, la Cour explique que « l'examen délibéré du contexte est maintenant reconnu comme une mesure favorisant l'impartialité du juge »¹¹⁹. La Cour soutient que si le juge ne peut jamais être tout à fait neutre, c'est-à-dire parfaitement objectif, il peut et il doit, néanmoins, s'efforcer d'atteindre l'impartialité. En ce sens, le juge Cory s'exprime ainsi :

Rester neutre pour le juge ce n'est pas faire abstraction de toute l'expérience de la vie à laquelle il doit peut-être son aptitude à arbitrer les litiges. On a fait observer que l'obligation d'impartialité ne veut pas dire qu'un juge n'amène pas ou ne peut pas amener avec lui sur le banc de nombreuses sympathies, antipathies ou attitudes. Tout être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous. Un juge qui n'aurait pas connu ces expériences passées -- à supposer que cela soit possible -- manquerait probablement des qualités humaines dont a besoin un juge. La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé. La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert.

(Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991), à la p. 15.)

118. *Id.*, par. 59.

119. *Id.*, par. 42.

De toute évidence, le bon juge a une vaste expérience personnelle et professionnelle, qu'il met à profit pour trancher les litiges avec sensibilité et compassion. Si l'on a décidé d'encourager la nomination de juges appartenant à des groupes plus variés, c'est qu'on a estimé à juste titre que les femmes et les minorités visibles apporteraient une perspective importante à la tâche difficile de rendre justice¹²⁰.

Par ailleurs, cet arrêt démontre l'importance d'avoir une magistrature diversifiée pour mieux évaluer tous les éléments pertinents à une affaire, comme par exemple, les interrelations entre les normes juridiques et les faits sociaux¹²¹. La décision est légitime tant et aussi longtemps que les éléments subjectifs et

120. *Id.*, par. 119.

121. Un fait relié à l'arrêt *Daigle c. Tremblay* représente une autre illustration pratique de l'importance d'avoir une magistrature diversifiée ainsi que de prendre en compte le contexte social d'une affaire dans le processus décisionnel. Alors que le juge en chef de l'époque, Brian Dickson, considérait comme d'outrage au tribunal le fait que la plaignante se soit faite avorter pendant l'instance, il décida de poursuivre le procès normalement. Cette décision fut prise à la suite d'une suggestion du juge Beverley McLachlin qui proposait de considérer la situation particulière de la plaignante (jeune femme désespérée qui ne voulait pas porter l'enfant de l'homme qui avait abusé d'elle) dans la prise de décision. Selon le juge McLachlin, ce n'est pas tant l'éloquence de son argument, mais plutôt l'espace que ce commentaire ouvrait pour voir les choses autrement qui a permis ce changement de perspective de la part du juge en chef de l'époque : « You need a different variety of perspectives on the Court . . . you never know when the critical thing could be someone . . . saying. Well, maybe you need to look at it from that point of view, maybe in this case, a woman's point of view. Not that a man couldn't have seen it that way – ultimately they did, but it wasn't the way it immediately hit them. [...] [Dickson] was angry because this was not the respectful way to treat a Court ... but he was also capable of coming right around and seeing the situation from another perspective. » Voir: Robert J. SHARPE et Kent ROACH, *Brian Dickson : A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, aux pp. 392 à 395. Comme l'écrit le juge Bertha Wilson : « Obviously, this is not an easy role for the judge – to enter into the skin of the litigant and make his or her experience part of your experience and only when you have done that, to judge. But we have to do it; or at least make an earnest attempt to do it. » Voir: *Supra*, note 5, p. 521.

personnels auxquels le juge a recours soient pertinents, qu'ils ne soient pas fondés sur des stéréotypes inappropriés, et qu'ils n'entravent pas la résolution juste et équitable de l'affaire à la lumière des faits mis en preuve¹²².

Ce qui vient d'être présenté nous permet de répondre affirmativement pour partie à la question posée il y a 20 ans par le juge Bertha Wilson « Does women judges make a difference »? Le juge Bertha Wilson écrivait alors que la présence des femmes dans la magistrature pourrait faire une différence dans la conception de la justice et dans l'interprétation du droit¹²³.

Il demeure que, face aux mêmes questions, des juges, issus des mêmes milieux, avec un bagage culturel et social similaire, répondront, en analysant les principes de droit applicables, pour les appliquer au cas sous espèce, de manière diamétralement opposée. C'est ainsi que le droit se construit. Les exemples sont ici aussi fort nombreux¹²⁴. En ce sens, une étude menée par Frederick Lee Morton, Peter H. Russell et Troy Riddell sur la jurisprudence issue de la première décennie d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* montre que les femmes juges ont un point commun, soit le fait d'être dissidente par rapport à la majorité, peu importe la position de cette dernière. Cependant, cette même étude relate que malgré un fort taux de dissidence, chacune exprime son opinion d'une façon différente¹²⁵.

122. *Supra*, note 118, par. 29.

123. *Supra*, note 5.

124. Voir notamment les décisions rendues dans l'affaire concernant l'octroi de pension alimentaire pour les conjoints de faits, communément appelée l'affaire Lola. En appel : Droit de la famille — 102866, J.E. 2010-1970; en première instance : Droit de la famille — 091768, [2009] RJQ 2070. Dans la décision de la Cour supérieure, la juge Carole Hallée rejette les demandes constitutionnelles recherchées par la requérante alors que la juge Julie Dutil de la Cour d'appel déclare inopérant pour cause d'invalidité l'article 585 C.c.Q. puisqu'il viole le paragraphe 15(1) de la *Charte*. La Cour suprême du Canada entendra l'affaire Lola (requête pour autorisation de pourvoi accueillie, C.S.C., 24-03-2011, 33990).

125. Frederick LEE MORTON, Peter H. RUSSELL et Troy RIDDELL, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : A Descriptive Analysis of the First Decade, 1982-1992 » (1995) 5 National Journal of constitutional law 1.

Une lecture attentive de plusieurs décisions du Tribunal des droits de la personne du Québec nous en convaincrait également¹²⁶. Et c'est d'ailleurs ainsi que plusieurs décisions des tribunaux supérieurs, traitant des droits fondamentaux, comportent d'importantes dissidences.

Conclusion

La prise en compte du contexte social dans l'analyse du droit à l'égalité permettra au juge non seulement de rendre une décision qui soit juste et équitable, mais plus encore en assurera la légitimité. Non seulement justice doit-elle être rendue mais encore plus doit-elle être perçue telle. Les citoyens doivent, lorsqu'ils se présentent devant les tribunaux avoir le sentiment et la certitude qu'ils seront écoutés, qu'ils seront bien compris.

C'est ainsi que Bertha Wilson, citant Socrate, décrivait les qualités essentielles d'un juge : « Four things belong to a judge : to hear courteously, to answer wisely, to consider soberly, and to decide impartially »¹²⁷.

En adaptant les concepts à la réalité de la société, le juge permet de construire des conceptions juridiques en fonction des valeurs qui sous-tendent ces droits. Plus profondément, les normes sont le reflet du système de principes et de valeurs sur lequel elles sont fondées¹²⁸. Ainsi, lors de son activité interprétative, le juge doit se demander quels sont ces principes et ces valeurs, notamment le droit à l'égalité, afin de rendre la meilleure décision possible. « [L]e droit peut difficilement se concevoir sans

Voir aussi M.-C. BELLEAU et R. JOHNSON, préc., note 7, p. 32 et ss. (elles analysent cette étude).

126. Voir notamment la jurisprudence relative à la notion de handicap telle qu'analysée par le Tribunal des droits de la personne et l'arrêt de la Cour Suprême sur cette question. *Supra*, note 80.

127. *Supra*, note 5, p. 508.

128. Richard TREMBLAY, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 73.

se référer aux mœurs et aux idéologies en vigueur à l'époque particulière où on l'élabore et l'interprète »¹²⁹.

L'histoire, toute récente du droit à l'égalité au Canada est, nous semble-t-il, fort significative. Elle montre l'importance du droit comme facteur de changement social et le rôle des tribunaux comme agents de changement. Si tant est que la marche vers l'égalité soit longue et loin d'être achevée, il est juste de dire que les Chartes adoptées par les législateurs, interprétées par les tribunaux et critiquées par les citoyens, ont amené une mutation profonde de la société canadienne, pour la rendre plus inclusive, plus égalitaire.

129. *Supra*, note 50, p. 82.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : INTRODUCTION AU DROIT CANADIEN

Auteur(s) : René PEPIN

Revue : *RDUS*, 2012, volume 42, numéro 1-2

Pages : **405-408**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10269>

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

INTRODUCTION AU DROIT CANADIEN*

par René PEPIN**

Voici un nouveau livre de M. Émond¹, fort utile pour tous, et particulièrement pour les étudiants. Il écrit d'ailleurs en exergue qu'il l'a rédigé en pensant aux étudiants francophones de l'Ontario, du Nouveau-Brunswick et du Québec. Son objectif, indiqué dans l'avant-propos, était de créer un livre de référence utile pour les étudiants, mais aussi pour les professionnels, comme aide-mémoire pour se rappeler les notions de base dans ce domaine.

Le volume porte, comme son titre le laisse voir, sur ce qui est enseigné dans des cours appelés tantôt « méthodologie juridique » ou « fondements du droit ». Il est divisé en trois grandes parties, de semblable importance. Une première recouvre des considérations très générales, qu'on regroupe souvent sous le vocable « théorie du droit ». On se demande alors si le droit peut être considéré comme une science ou un art, et quelles différences on peut ou on doit établir entre le droit et la philosophie, la religion, la morale, l'éthique, le « droit naturel » ou la science politique. Une seconde partie étudie les sources du droit, au sens des sources formelles. Une dernière porte sur les principales techniques relatives à ces sources du droit.

On pourrait objecter qu'il y a déjà beaucoup de volumes disponibles sur le marché traitant des sujets abordés dans le volume de M. Émond. C'est exact. Mais à mon avis, la force de ce livre est double. D'une part, l'auteur a un talent indéniable pour l'écriture. Il traite de façon simple, claire et compréhensible de concepts qui pourraient facilement être rébarbatifs. Il ne se contente pas de répéter en termes généraux ce qui est contenu ailleurs. Il a une façon personnelle et originale de présenter les choses. D'autre part, l'auteur a su trouver un équilibre entre ce

* . André ÉMOND, *Introduction au droit canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2012.

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

1. En 2009, il a publié chez le même éditeur : *Constitution du Royaume-Uni : des origines à nos jours*.

qui rend le volume accessible pour des étudiants inscrits en première année en droit et l'ajout de contenu de sorte que le volume reste utile pour une personne diplômée depuis plusieurs années.

Dans la première partie, on trouve des choses classiques, comme les principales branches du droit. Mais, encore là, avec une touche d'originalité, car l'auteur décrit le contenu de chacune des grandes branches du droit. Ce qui lui permet, ainsi, de traiter du fardeau de la preuve en droit civil et criminel. Les distinctions entre le droit et d'autres notions et concepts sont aussi présentées de façon originale. Par exemple, l'auteur utilise la typologie du professeur Hart, qui distingue les règles dites primaires, celles qui s'imposent à tous, et les règles secondaires, traitant des pouvoirs, droits ou libertés. Ce qui lui permet d'expliquer la différence entre les deux sens du mot « droit » en anglais, soit « law », c.-à-d. le droit objectif, et « right », qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose. L'auteur traite aussi dans la première partie du livre de sujets rarement inclus dans les autres volumes disponibles sur le marché qui traitent de l'introduction au droit canadien. Par exemple, les personnes habilitées à faire respecter le droit. Et, dans une section fort intéressante appelée « droit et vérité », les dogmes utilisés pour maintenir l'édifice juridique : le dogme du pouvoir du constituant originaire, et l'« Act of State », qu'on doit accepter comme une donnée incontestable, qu'il soit conforme ou non avec l'état du droit au moment où un tel geste a été posé, comme une déclaration de guerre ou une cession de souveraineté.

La seconde partie du volume est intitulée : « Sources formelles du droit ». On y traite évidemment de la constitution formelle du Canada, soit des lois constitutionnelles de 1867 et 1982. L'auteur y a l'occasion d'expliquer que tout ce qui y est inscrit n'a pas nécessairement de valeur supra législative, étant donné que des dispositions permettent tantôt au parlement fédéral et tantôt à des parlements provinciaux d'amender unilatéralement des articles du texte constitutionnel. Et, à l'inverse, il y a des choses qui ne sont pas inscrites dans la constitution formelle,

mais qui ont tout de même, selon la Cour suprême du Canada, une valeur supra législative, tels le respect des minorités et l'incorporation dans notre droit de l'essence du parlementarisme britannique.

La section consacrée aux lois permet d'expliquer la composition du parlement canadien, des parlements provinciaux, de traiter du processus d'adoption des lois, du partage des pouvoirs législatifs. L'auteur traite ensuite, de façon détaillée, de la structure d'une loi, et aborde aussi le mode de citation des lois. On étudie ensuite les règlements. On explique la différence avec les lois, et comme ils sont pour beaucoup adoptés par le cabinet, fédéral ou provincial, on explique le fonctionnement de cet organisme. Puis vient l'étude de la jurisprudence. Comme l'auteur a présent à l'esprit les étudiants ontariens et du Nouveau-Brunswick, il traite longuement de la *common law*. Ce qui est intéressant aussi pour nous, car on nous apprend ou rappelle, selon le cas, comment et quand ce système juridique s'est développé, quand est apparu le système d'*equity*, les conflits inévitables entre les deux systèmes, et la fusion imposée par une loi en 1873.

Suivent des considérations sur les tribunaux canadiens, la Cour suprême, la Cour fédérale, les tribunaux créés par les provinces, sans oublier la distinction entre les tribunaux dits inférieurs et supérieurs. L'auteur traite rapidement, dans cette partie, du mode non judiciaire du règlement des litiges. Il explique ensuite, de façon plus détaillée, la structure d'une décision de justice, ce qui est fort utile pour les étudiants. On traite enfin du mode de citation des jugements.

La troisième et dernière partie traite des principales techniques relatives aux sources du droit. L'auteur traite longuement de ce qu'il en est du concept de chose jugée, et de l'autorité du précédent, qui doit être distinguée de la « courtoisie judiciaire », lorsqu'un tribunal examine ses propres décisions rendues plus tôt. On explique ensuite comment peut être créée une règle de *common law*. Ce qui permet de présenter les divers

arguments pouvant être utilisés par les juges dans ces circonstances : le raisonnement par analogie, par l'absurde, le raisonnement inductif, le syllogisme juridique, etc. Une dernière partie porte sur les méthodes d'interprétation des lois : la méthode dite littérale, la méthode systématique et logique, la méthode dite moderne et les diverses présomptions que les tribunaux appliquent, en l'absence d'un texte législatif clair.

Le mot de la fin : en parcourant le volume, on constate que l'auteur est un véritable puits de science. On y retrouve toutes sortes d'informations que peu de juristes chevronnés peuvent se vanter de se rappeler rapidement. Qui se souvient du nombre de brefs ou de *writs* utilisés en *common law* vers 1300? (p. 173 : plus de 470!) Qui se souvient de l'année de l'union entre l'Angleterre et le pays de Galles? Et avec l'Écosse? Avec l'Irlande? (p. 105 : 1536, 1707 et 1801) Ou en quelle année un souverain britannique a refusé pour la dernière fois de donner la sanction royale à un projet de loi accepté par les deux chambres? (p. 131 : 1708, durant le règne de la Reine Anne) Quelles sont les années d'adoption des cinq constitutions de la République française? (p. 41 : 1792, 1848, 1940, 1946 et 1958) La consultation des notes de bas de page nous montre aussi que l'auteur connaît autant les auteurs de traités philosophiques que de manuels de droit. Il connaît même l'œuvre de saint Augustin et de saint Thomas d'Aquin! (p. 37) Que demander de plus! C'est vraiment un livre que tout juriste devrait conserver précieusement dans sa bibliothèque, et qu'il pourra consulter régulièrement.