Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 49 – Numéro 1

Année : 2019

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/18675>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/18675>

Page vide laissée intentionnellement.

La protection contre la discrimination fondée sur le poids offerte par la *Charte des droits et libertés de la personne* en matière d'emploi : possibilité de réforme pour mieux lutter contre la grossophobie?

Josiane RIOUX COLLIN

Les droits de la personne, les différences ethnoculturelles et le rôle des institutions publiques dans la promotion quotidienne de l'égalité : l'exemple d'un Collège québécois

Bertrand LAVOIE

La télésanté au Québec : quel est l'encadrement prévu pour la consultation vidéo?

Emmanuel LÉVESQUE et Bartha Maria KNOPPERS

Chronique sectorielle

Du *petit jury* au jury *de medietate linguae* en Amérique du Nord : la quête d'une institution représentative d'une liberté anglaise

David GILLES

ISSN 0317-9656

RDUS

REVUE DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 49 — Numéro 1

RDUS

**REVUE DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

Volume 49 – Numéro 1

**UNIVERSITÉ DE
SHERBROOKE**

POLITIQUE DE RÉDACTION

La RDUS est publiée par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Les articles sont aussi disponibles sur le site internet de la RDUS et dans les banques de données suivantes : CAIJ, LexisNexis, Westlaw, Ebsco, Soquij, Hein OnLine, CanLII et Érudit. Les articles publiés dans la RDUS sont répertoriés dans : Annuaire de jurisprudence et de doctrine du Québec, Index of Canadian Legal Periodical Literature, Index of Legal Periodicals, Repère, Index of Foreign Legal Periodicals, Current Law Index et Index à la documentation juridique au Canada / Index of Canadian Legal Literature. Les textes soumis à la RDUS font l'objet d'une double évaluation : l'équipe de rédaction de la Revue effectue d'abord une évaluation interne, puis procède à la formation d'un comité de lecture, composé de deux experts, pour les fins d'une évaluation externe. Au moment de la publication, l'auteur reçoit deux (2) exemplaires de la revue, dix (10) tirés à part et un fichier électronique correspondant à la mise en page de la version publiée. Les opinions exprimées dans cette revue n'engagent que la responsabilité des auteurs.

Directives aux auteurs

La RDUS reçoit des textes à tout moment de l'année pour la publication dans l'un des numéros annuels. Les auteurs qui soumettent des textes doivent se conformer aux directives suivantes :

1. Les textes soumis à la RDUS doivent l'être en exclusivité. Dans le cas contraire, l'auteur doit informer le directeur de la Revue dès la soumission. L'auteur recevra un contrat de cession des droits d'auteur si le texte est accepté pour publication.
2. Les textes doivent être soumis par courrier électronique, à l'attention du directeur de la RDUS, à l'adresse suivante : revue.droit@USherbrooke.ca.
3. La RDUS publie des articles en français et en anglais. Chaque article est accompagné d'un résumé bilingue rédigé par l'auteur ou l'équipe de rédaction. Le résumé compte environ 150 mots.
4. La RDUS publie généralement des articles de moins de 20 000 mots (incluant les notes infrapaginales). Les commentaires d'arrêts doivent au plus compter 10 000 mots et les recensions bibliographiques, 5 000 mots.
5. Les références et citations doivent être conformes à la plus récente édition du Guide des références pour la rédaction juridique de Didier Lluellas (Éditions Thémis).

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

2500, boul. de l'Université, Sherbrooke (Québec) J1K 2R1

Tél. : (819) 821-7508; téléc. : (819) 821-7578; courriel : revue.droit@USherbrooke.ca

Le coût de l'abonnement annuel est de soixante dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et de soixante-neuf dollars pour l'étranger. Le prix unitaire de chacun des numéros est de vingt-quatre dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et de vingt-sept dollars pour l'étranger. **Les frais de poste sont en sus.** Tout abonné doit donner avis s'il désire interrompre son abonnement. Tous les chèques doivent être faits à l'ordre de l'« Université de Sherbrooke ».

Mise en page : Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

Impression : Imprimerie HLN

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec.

Bibliothèque et Archives Canada.

© RDUS, 2021.

Tous droits réservés

ISSN 0317-9656

ISSN numérique 2561-7087

DIRECTION

Mathieu DEVINAT, directeur

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Jean-Louis BAUDOUIN
Associé, Fasken Martineau

L'honorable Nicholas KASIRER
Cour suprême du Canada

Robert P. KOURI
Professeur titulaire
Université de Sherbrooke

Lucie LAMARCHE
Professeure titulaire
Université du Québec à Montréal

Louis MARQUIS
Doyen et professeur titulaire
Université de Sherbrooke

ÉQUIPE DE RÉDACTION

Trimestre d'hiver 2021

Laurie-Anne FRÉCHETTE,
rédactrice en chef
Arianne DARVEAU
Patrice DUGUAY-PERREAU
Xavier DUPUIS
Yrenne MAYER
Frédéric MORENCY
Michael RZESZUTEK
Martin VACHON

Trimestre d'automne 2020

Laurie-Anne FRÉCHETTE,
corédactrice en chef
Michael RZESZUTEK,
corédacteur en chef
Émile FORCIONE
Maude LAPRISE
Gabrielle LAROCHE
David PRIMEAU
Martin VACHON

COMITÉ DE RÉDACTION

Stéphane BERNATCHEZ
Louise BERNIER
Suzanne COMTOIS
Mathieu DEVINAT
Édith GUILHERMONT
Sébastien LANCTÔT
Carmen LAVALLÉE
Sébastien LEBEL-GRENIER

VÉRIFICATION LINGUISTIQUE

Hélène DUMAIS
Mairtin MAC AODHA

SECRÉTAIRE

Renée PRUNEAU

Trimestre d'été 2020

Geneviève NOËL, rédactrice en chef
Gabriel BOIS
Émile CHAMBERLAND
Marc CORDAHI
Marianne GUILLEMETTE
William PEDNEAULT
Félix TESSIER

Trimestre hiver 2020

Alice NIKOLOV, rédactrice en chef
Mohammadhossein BAHRAMDAYABEIGI
Amélie BOURGET
Sarah Maude JEAN
Antoine MASSIE
Émilie MORASSE
Jean-Nicolas TREMBLAY

TABLE DES MATIÈRES

La protection contre la discrimination fondée sur le poids offerte par la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> en matière d'emploi : possibilité de réforme pour mieux lutter contre la grossophobie? Josiane RIOUX COLLIN	1
Les droits de la personne, les différences ethnoculturelles et le rôle des institutions publiques dans la promotion quotidienne de l'égalité : l'exemple d'un Collège québécois Bertrand LAVOIE	41
La télésanté au Québec : quel est l'encadrement prévu pour la consultation vidéo? Emmanuel LÉVESQUE et Bartha Maria KNOPPERS	77
Chronique sectorielle	
Du <i>petit jury</i> au jury <i>de medietate linguae</i> en Amérique du Nord : la quête d'une institution représentative d'une liberté anglaise David GILLES	131

La protection contre la discrimination fondée sur le poids offerte par la *Charte des droits et libertés de la personne* en matière d'emploi : possibilité de réforme pour mieux lutter contre la grossophobie?

par Josiane RIOUX COLLIN*

Constatant l'absence de protection explicite contre la discrimination fondée sur le poids dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, l'autrice étudie la jurisprudence ayant mobilisé les motifs du handicap et du sexe dans des cas de discrimination fondée sur le poids en milieu de travail. Elle examine ensuite l'opportunité d'ajouter un nouveau motif de discrimination prohibée à l'article 10 de la Charte québécoise en discutant de la pertinence sociale d'une telle modification et en dressant certains parallèles avec l'ajout du motif de l'identité ou de l'expression de genre effectué en 2016.

Noting that there is no explicit protection against weight discrimination in the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms, this study analyzes the case law that has employed the grounds of disability and gender in cases of weight discrimination in the workplace. The merits of a potential addition of a new ground of discrimination to section 10 of the Quebec Charter is assessed by discussing the social relevance of such an amendment and by examining the analogous amendment of the Charter in 2016, when the ground of gender identity or gender expression was added.

*

Avocate, doctorante et chargée de cours, Université de Sherbrooke. L'autrice tient à souligner l'appui de la Fondation du Barreau du Québec. Elle veut aussi remercier Lolita Laperle-Forget, auxiliaire de recherche, pour ses recherches exhaustives, ainsi que la professeure Marie-Eve Couture Ménard et le professeur Finn Makela pour leurs conseils avisés.

SOMMAIRE

Introduction	5
I. La protection contre la discrimination fondée sur le poids et la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	11
A) Le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés	11
1. L'article 10 de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	12
2. Des dispositions additionnelles en matière d'emploi	15
B) Les motifs invoqués dans un contexte de discrimination fondée sur le poids en vertu de l'article 10 de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	17
1. La protection contre la discrimination fondée sur le handicap	17
2. La protection contre la discrimination fondée sur le sexe.....	26
C) Le droit à la sauvegarde de la dignité comme solution de rechange à l'article 10 de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	28
II. L'opportunité d'ajouter un motif de discrimination prohibée	31
A) La pertinence sociale.....	31
B) Les enseignements tirés d'une autre modification à la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> : l'ajout du motif de l'identité ou de l'expression de genre en 2016.....	34
III. Des remarques finales : poids ou apparence physique?	37
Conclusion	39

Introduction

L'une des premières données perçues par l'œil lorsqu'on rencontre une nouvelle personne est liée à l'apparence. En un instant, il est possible de reconnaître des caractéristiques physiques : la longueur et la couleur des cheveux, la couleur de la peau, la grandeur et la grosseur d'une personne, par exemple. Le poids fait partie des caractéristiques associées à certains traits de personnalité : plusieurs stéréotypes négatifs et discours stigmatisant les personnes grasses¹ ressortent de nombreuses études². La

¹ L'emploi du terme « gros ou grosse » à titre descriptif, et non discriminatoire, contribue en outre à façonner une conception de ce mot essentiellement neutre, tout comme c'est normalement le cas pour les adjectifs « petit » et « grand ». L'expression choisie ici s'oppose également au terme « surpoids » – et à son antonyme « sous-poids » – qui ignore la diversité corporelle en présupposant l'existence d'un poids normal et souhaitable pour tous et toutes. Aux yeux de plusieurs activistes, le recours à l'adjectif « gros ou grosse » constitue également une manière de se réapproprier positivement un terme qui revêtait jusqu'alors une connotation négative. Quant à sa définition, voici la proposition de Charlotte COOPER, « Fat Studies: Mapping the Field », (2010) 4-12 *Sociol. Compass* 1020, 1021 :

Fat Studies offers a complex definition of fat; the alarmist BMI is largely rejected as a means of mapping bodies because it fails to address human diversity (Campos 2005; Harding 2007), and concrete definitions of fat create in-group and out-group skirmishing (Schoenfelder and Wieser 1983). Instead, fat is a fluid subject position relative to social norms, it relates to shared experience, is ambiguous, has roots in identity politics and is thus generally self-defined.

Voir aussi Marilyn WANN, « Foreword. Fat Studies: An Invitation to Revolution », dans Esther ROTHBLUM et Sondra SOLOVAY (dir.), *The Fat Studies Reader*, New York University Press, New York, 2009, p. XII. Autrement, dans notre article, lorsqu'un cas se concentre précisément sur une personne diagnostiquée comme obèse, c'est-à-dire dont l'indice de masse corporelle (IMC) atteint 30 ou plus, nous emploierons l'expression « cliniquement obèse » ou « obésité clinique ».

² Voir notamment : Anne MARCELLINI et Juliette DUGNE, « La “vulnérabilité” : regards interdisciplinaires sur une notion et ses usages à propos des personnes obèses », dans Anne MARCELLINI et Vincente FORTIER (dir.), *L'obésité en question : analyse transdisciplinaire d'une épidémie*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 2014; Bradley S. GREENBERG et autres, « Portrayals of Overweight and Obese Individuals on Commercial Television », (2003) 93-8 *Am J Public Health* 1342; Deborah L. RHODE, *The Beauty Bias: The Injustice of Appearance in Life and Law*, New York, Oxford University Press, 2010; William A. BOGART, *Regulating Obesity? Government, Society, and Questions of Health*, New York, Oxford University Press, 2013. Voir aussi plusieurs histoires personnelles reprises dans Marie-Hélène PROULX, « Il faut changer

professeure Anna Kirkland l'exprime avec éloquence : « [M]ost people think that getting fat is primarily caused by bad behaviors like eating too much and failing to exercise. It is considered a garden-variety character flaw³ ».

Autant aux États-Unis qu'en Australie ou au Canada, les personnes grosses sont stigmatisées dans les médias⁴ comme dans la vie de tous les jours. Elles sont négativement perçues dans le domaine médical ainsi qu'en matière de logement⁵, et leur accès aux services se révèle parfois plus difficile, notamment en ce qui concerne le transport aérien⁶. Chez les jeunes du Québec, le poids constitue le premier motif d'intimidation⁷.

notre regard sur les gros », *L'actualité*, 10 juillet 2019, en ligne : <<https://lactualite.com/societe/il-faut-changer-notre-regard-sur-les-gros/>>.

³ Anna RUTHEFORD KIRKLAND, *Fat Rights: Dilemmas of Difference and Personhood*, New York, New York University Press, 2008, p. 110; voir aussi W.A. BOGART, préc., note 2, p. 90.

⁴ Eleanor AINGE ROY, « Disney Depiction of Obese Polynesian God in Film Moana Sparks Anger », 27 juin 2016, *The Guardian*, en ligne : <<https://www.theguardian.com/world/2016/jun/27/disney-depiction-of-obese-polynesian-god-in-film-moana-sparks-anger>>.

⁵ Emily LUTHER, « Justice for all Shapes and Sizes: Combatting Weight Discrimination in Canada », (2010) 48 *Alta L. Rev.* 167.

⁶ Voir notamment : Martin PENGELLY, « Hawaiian Airlines to Keep Assigning Flyers' Seats Based on Weight Distribution », 23 octobre 2016, *The Guardian*, en ligne : <<https://www.theguardian.com/us-news/2016/oct/23/hawaiian-airlines-american-samoa-weight-passengers>>; Marnie HUNTER, « Pay-as-you-weigh Airfares the “Next Step” », 3 avril 2013, *CNN*, en ligne : <<https://www.cnn.com/2013/04/02/travel/samoa-air-fare-by-weight/>>. Au Canada, depuis 2009, les compagnies Air Canada, Air Canada Jazz et Westjet doivent offrir un siège supplémentaire gratuitement aux passagers ou aux passagères cliniquement obèses si ces personnes remplissent certaines conditions : *Plainte relative aux transports accessibles : tarifs et frais additionnels* – « Une personne, un tarif », Décision n° 6-AT-A-2008, 2008 (Office des transports du Canada). Récemment, la Cour supérieure du Québec a d'ailleurs ordonné à Air Canada de rembourser les sommes exigées pour un siège additionnel (requis pour un accompagnateur ou une accompagnatrice ou encore pour un emplacement adapté à leur condition) sur un vol intérieur au Canada entre le 5 décembre 2005 et le 5 décembre 2008 : *P.A. c. Air Canada*, 2019 QCCS 606.

⁷ ASSOCIATION POUR LA SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, *La stigmatisation à l'égard du poids et ses conséquences sur la santé mentale des jeunes : un obstacle à*

Or, l'intimidation et la stigmatisation ont des conséquences dévastatrices sur les personnes qui en sont victimes, y compris une insatisfaction quant à leur image corporelle, une faible estime d'elles-mêmes, des troubles alimentaires, du stress, de l'anxiété et un état dépressif⁸. Et l'attention négative par rapport au poids n'affecte pas seulement les personnes ayant un indice de masse corporelle (IMC) associé à l'obésité : au Canada, en 2008, huit femmes sur dix souhaitaient perdre du poids, dont plus de la moitié de celles qui avaient un poids considéré comme « santé » selon leur IMC⁹.

En milieu de travail, les personnes grosses font l'objet de harcèlement verbal, de critiques ou de moqueries de leurs collègues et même de leurs supérieur·e·s¹⁰. Plus particulièrement, en matière d'emploi,

l'adoption de saines habitudes de vie, mémoire présenté à l'occasion de la consultation publique sur la lutte contre l'intimidation, 30 novembre 2014, en ligne : <<https://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/2014-11-30.4-Memoire.pdf>>; ASSOCIATION POUR LA SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC, « La première source d'intimidation à l'école : le poids! », (2014) 38-1 *Bulletin de santé publique* 1-12. Dans une étude menée auprès de 846 adolescents et adolescentes venant de 78 écoles secondaires du Québec, 90,1 % des jeunes ont affirmé avoir été témoins d'intimidation par rapport au poids dans leur établissement scolaire; 44,5 % considéraient le poids comme la caractéristique individuelle par rapport à laquelle une personne de leur âge était la plus à risque de se faire intimider sur les lieux de l'école.

⁸ Rebecca PUHL et Young SUH, « Health Consequences of Weight Stigma: Implications for Obesity Prevention and Treatment », (2015) 4-2 *Curr. Obes. Rep.* 182-190; A. Janet TOMIYAMA et autres, « How and Why Weight Stigma Drives the Obesity 'Epidemic' and Harms Health », (2018) 16-1 *BMC Med.* 123.

⁹ Selon un sondage mené auprès d'environ 3 000 Canadiennes et publié en 2008, 56 % des femmes ayant un poids considéré comme « santé » selon leur IMC souhaitaient perdre du poids : IPSOS REID, « Managing a Healthy Weight: Canadian Women Speak Out », 11 février 2008 (communiqué de presse), en ligne : <<https://www.ipsos.com/en-ca/managing-healthy-weight-canadian-women-speak-out>>; SECRÉTARIAT À LA CONDITION FÉMININE DU QUÉBEC, *Charte québécoise pour une image corporelle saine et diversifiée*, en ligne : <<http://www.scf.gouv.qc.ca/egalite/chic/>>.

¹⁰ Voir, par exemple, Lenny R. VARTANIAN, Rebecca T. PINKUS et Joshua M. SMYTH, « The Phenomenology of Weight Stigma in Everyday Life », (2014) 3-3 *J. Context. Behav. Sci.* 196. L'équipe de recherche a suivi durant deux semaines

on associera la grosseur au manque de productivité et de qualification, et l'on attribuera moins de confiance à ces personnes qu'à leurs collègues plus minces. Ces stéréotypes teintent le regard des employeurs au moment de l'embauche, des évaluations de performance et aussi des possibilités d'avancement¹¹. Ils peuvent par ailleurs influencer sur le salaire comme sur le nombre d'heures travaillées¹². Par exemple, une étude menée au Canada reposant sur des données de 2004 a observé que « l'IMC s'avère être en relation inverse avec le salaire tant chez les hommes que chez les femmes¹³ ». Notons par ailleurs que certaines études ont relevé un désavantage accru chez les femmes¹⁴. Dans un même ordre d'idées, une étude conduite en France en 2014 par le Défenseur des droits et

445 participantes et participants venant de l'Australie et s'identifiant comme des personnes grosses. Elle a observé notamment que 98 % étaient victimes de ces traitements désobligeants de la part de leur famille et de leurs amis ou amies.

¹¹ Cort W. RUDOLPH et autres, « A Meta-analysis of Empirical Studies of Weight-based Bias in the Workplace », (2009) 74-1 *J. Vocat. Behav.* 1.

¹² Franco SASSI, *L'obésité et l'économie de la prévention : objectif santé*, Paris, OECD Publishing, 2010, p. 108 :

Comme s'agissant de l'obésité et de l'éducation, la relation entre l'obésité et le salaire, ou la situation vis-à-vis du marché du travail, implique vraisemblablement des effets causals qui jouent dans les deux sens et qui se renforcent mutuellement pour produire un gradient social marqué et persistant. Ici encore, toutefois, le gradient est manifeste chez les femmes mais l'est beaucoup moins chez les hommes.

Voir aussi Charles A. REGISTER et Donald R. WILLIAMS, « Wage Effects of Obesity among Young Workers », (1990) 71-1 *Social Science Quarterly* 130. À l'égard du salaire, toutefois, voir à l'effet contraire Esther D. ROTHBLUM et autres, « The Relationship between Obesity, Employment, Discrimination and Employment Related Victimization », (1990) 37-3 *J. Vocat. Behav.* 251.

¹³ Sylvie THIEVENIN, *L'obésité et les salaires au Canada*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2010, p. 27.

¹⁴ Stuart W. FLINT et Jeremé SNOOK, « Disability Discrimination and Obesity: The Big Questions? », (2015) 4-4 *Curr. Obes. Repo.* 504, 505, où l'on se réfère notamment aux textes suivants : Euna HAN, Edward C. NORTON et Lisa M. POWELL, « Direct and Indirect Effects of Body Weight on Adult Wages », (2011) 9-4 *Econ. Hum. Biol.* 381; DÉFENSEUR DES DROITS ET ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « 9^e édition du Baromètre du Défenseur des droits et de l'OIT sur la perception des discriminations dans l'emploi. "Le physique de l'emploi" », (février 2016) *Études et résultats*, p. 5, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-paris/documents/publication/wcms_452486.pdf>. Voir aussi : *supra*, note 13.

l'Organisation internationale du travail observe que les répondantes cliniquement obèses se disent huit fois plus souvent victimes de discrimination que celles qui sont d'un poids inférieur¹⁵.

Ces épisodes de discrimination importants nous amènent à nous questionner sur la suffisance des protections actuellement offertes au Québec par la *Charte des droits et libertés de la personne* en matière de discrimination fondée sur le poids. Après avoir présenté l'étendue de l'application de la Charte québécoise, avec quelques exemples tirés du domaine du travail, plus particulièrement à l'embauche ou au moment du congédiement¹⁶, nous nous pencherons sur l'opportunité de modifier la Charte québécoise pour ajouter un nouveau motif de discrimination prohibée et, ainsi, mieux lutter contre la grossophobie dans la société québécoise¹⁷, ce qui comprend la discrimination et, par le fait même, la stigmatisation des personnes à cause de leur poids.

¹⁵ DÉFENSEUR DES DROITS ET ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, préc., note 14, p. 5, où l'on précise que c'est le cas trois fois plus souvent chez les hommes cliniquement obèses, et ce, malgré l'introduction de l'apparence physique à titre de motif de discrimination interdite en 2001 par la *Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, art. 1, modifiant le *Code pénal*, art. 225-1. Ce dernier se lit comme suit :

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

¹⁶ Précisions que d'autres recours propres au droit du travail sont également possibles lorsqu'une personne salariée est victime d'un traitement différencié dans son travail, par exemple en matière de harcèlement psychologique. Nous nous limiterons ici toutefois à l'application de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte québécoise »).

¹⁷ La grossophobie, ajoutée au *Petit Robert* en 2019, est définie ainsi : « Attitude de stigmatisation, de discrimination envers les personnes obèses ou en surpoids. » Voir Alain REY et Josette REY-DEBOVE (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2019, s.v. « Grossophobie ». Bien qu'elle ait été peu étudiée scientifiquement au Québec, la grossophobie n'en est pas moins présente, comme l'illustrent actuellement de nombreux reportages, témoignages

Afin d'étudier la manière dont la Charte québécoise est actuellement mobilisée lorsqu'une personne allègue être victime de discrimination fondée sur le poids, nous avons effectué une recherche sur la jurisprudence québécoise consultable dans différentes banques de données juridiques en date du 1^{er} janvier 2020. Nous intéressant particulièrement au domaine du travail, nous avons principalement utilisé les mots clés « discrimination » ou « discriminatoire », « poids », « travail » ou « emploi », ainsi que « obésité » ou « obèse », liés à la Charte québécoise, sans contrainte temporelle (44 résultats). Le nombre de décisions diminuait lorsque nous limitions notre recherche aux décisions liées à l'article 10 de la Charte (26 résultats). Nous avons aussi mené une recherche jumelant une référence à la Charte québécoise aux termes « travail » ou « emploi », « poids » ou « grosseur » et « apparence physique » ou « caractéristiques physiques » (45 résultats), dont les résultats baissaient notablement lorsque nous nous référions précisément à son article 10 (18 résultats). Finalement, nous avons tenté de repérer des décisions traitant plus particulièrement de discrimination fondée sur le poids d'une personne considérée comme trop maigre ou mince, mais nous n'avons obtenu aucun résultat pertinent à cet égard.

Sur le nombre de décisions répertoriées, nous avons retenu les cas où le poids constituait le facteur d'étude déterminant, c'est-à-dire pour lesquels une personne plaignante était traitée de façon différente principalement à cause de son poids, pour un total de huit. Les décisions répertoriées proviennent en majorité du Tribunal des droits de la personne ou encore d'un ou d'une arbitre, alors que d'autres émanent de la Commission des lésions professionnelles, du Tribunal administratif du travail ou de la Cour supérieure du Québec. En plus de ces décisions

et plaidoyers dans les médias québécois : M.-H. PROULX, préc., note 2; Gabrielle Lisa COLLARD, « Grossophobie: le poids de l'ignorance », *Elle Québec*, 23 août 2017, en ligne : <<https://www.ellequebec.com/societe/reportages/grossophobie-le-poids-de-l-ignorance/>>; Luc BOULANGER, « Discrimination et poids : le corps politique », *La Presse*, 20 juillet 2019, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/debats/editoriaux/201907/19/01-5234526-discrimination-et-poids-le-corps-politique.php>>; Marie ALLARD, « Mieux comprendre la grossophobie », *La Presse*, 13 septembre 2019, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/societe/sante/201909/12/01-5241030-mieux-comprendre-la-grossophobie.php>>.

traitant de manière principale le poids d'une plaignant-e, nous aborderons d'autres affaires s'inscrivant de manière plus générale dans notre objet d'étude.

I. La protection contre la discrimination fondée sur le poids et la *Charte des droits et libertés de la personne*

Lorsqu'une personne allègue avoir subi un traitement discriminatoire à cause de son poids, elle peut, sans frais, déposer une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse afin de faire respecter son droit à l'égalité s'il est possible de rattacher ce traitement discriminatoire à l'une des caractéristiques personnelles énumérées à l'article 10 de la Charte québécoise¹⁸. Dans les pages qui suivent, nous étudierons plus précisément le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés garanti par la Charte québécoise à ses articles 10, 16 et 18.1 (partie A); ainsi que deux motifs de discrimination prohibée pouvant trouver application lorsqu'il est question du poids d'une personne qui porte plainte, soit le handicap et le sexe (partie B). En marge de l'article 10, nous examinerons finalement l'article 4 de la Charte québécoise, qui protège le droit à la dignité (partie C).

A) Le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés

Dans la présente partie, nous verrons d'abord brièvement l'étendue de la protection accordée par l'article 10 de la Charte québécoise, ce qui permettra de comprendre que cette disposition protège le droit à l'égalité

¹⁸ Dans le domaine du travail, lorsque la discrimination a lieu durant le processus d'embauche, le mécanisme de plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est privilégié compte tenu du coût d'un recours de droit commun, ainsi que de l'inapplicabilité des procédures d'arbitrage de grief ou de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1 : Lysianne CLÉMENT-MAJOR, « La discrimination à l'embauche : développements récents au Québec », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. n° 190, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 38.

dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés protégés par cette charte en interdisant la discrimination basée sur certains motifs précisément énumérés. Comme l'article 10 ne protège pas le droit à l'égalité de manière autonome, les principales dispositions pouvant y être associées en matière d'emploi seront ensuite présentées, soit l'interdiction de discrimination à l'embauche et à la terminaison du lien d'emploi (art. 16), de même que l'interdiction de collecte de certains renseignements dans un formulaire de demande d'emploi ou durant une entrevue relative à un emploi (art. 18.1). Le droit à la dignité (art. 4), bien qu'il puisse être invoqué de pair avec l'article 10, fera plutôt l'objet d'une discussion subséquente distincte.

1. L'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*

La Charte québécoise est une loi quasi constitutionnelle qui s'applique aux rapports privés ainsi qu'au gouvernement, à l'organe législatif québécois et aux institutions québécoises¹⁹, dont l'objectif premier est « la protection du droit à la dignité et à l'égalité de tout être humain²⁰ ». La Charte québécoise vise à atteindre une « égalité réelle²¹ » et, de ce fait, prohibe la discrimination basée sur certains motifs qui y sont explicitement énumérés. Ils sont listés au premier alinéa de l'article 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, l'identité ou l'expression de genre, 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,

¹⁹ Charte québécoise, préc., note 16, art. 52, 54 et 55; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 908.

²⁰ *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, par. 34. Voir aussi : Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 128.

²¹ *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, par. 65.

l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Cette liste de motifs est exhaustive, ce qui signifie que « seules les différences de traitement fondées sur l'un des motifs énumérés exhaustivement à l'article 10 ou une combinaison de ceux-ci peuvent donner lieu à un recours en discrimination²² ».

Toujours selon l'article 10, il y a discrimination « lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre » ce droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés qui y sont protégés. En 1989, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* rendu dans le contexte de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada a ainsi défini la discrimination :

[U]ne distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des 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 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 société²³.

Un·e plaignant·e qui allègue avoir été victime de discrimination contrairement à l'article 10 de la Charte québécoise doit prouver, selon la balance des probabilités, trois éléments : « (1) une “distinction, exclusion

²² Daniel PROULX, « La Charte québécoise », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit à l'égalité », *Droit constitutionnel*, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} avril 2018 (LN/QL), faisant référence aux affaires suivantes : *Québec (C.D.P.D.J) c. Bombardier inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, par. 52; *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)*, préc., note 20, par. 69; *Procureure générale du Québec c. Association des juristes de l'État*, 2017 QCCA 103, par. 28; *Ruel c. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590, par. 128 (C.A.).

²³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174.

ou préférence”, (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et (3) qui “a pour effet de détruire ou de compromettre” le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne²⁴ », comme le droit à la dignité prévu par l'article 4 de la Charte québécoise.

La protection contre la discrimination trouve donc application dans différents contextes, par exemple lorsqu'une personne allègue avoir subi un traitement discriminatoire par un syndicat de copropriétaires. Plus précisément, dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des copropriétaires « Les Condominiums Sainte-Marie »*²⁵, le syndicat en question refusait de louer un espace de stationnement situé à côté de l'unité d'habitation d'une personne cliniquement obèse et ayant de la difficulté à se déplacer à cause de son poids. Après qu'il a été conclu que le syndicat avait contrevenu aux articles 4, 10 et 12 de la Charte québécoise en compromettant le droit de la copropriétaire à la sauvegarde de sa dignité et à être traitée en pleine égalité, sans distinction ni exclusion fondée sur son handicap, ledit syndicat a été condamné à verser à la plaignante 7 000 \$ à titre de dommages moraux et 3 000 \$ à titre de dommages punitifs.

Plusieurs dispositions peuvent ainsi être jumelées à l'article 10, tel l'article 12 qui prévoit ceci : « Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public. » Nous penchant plus particulièrement sur la discrimination dans un contexte d'emploi, nous aborderons certaines dispositions additionnelles précisément applicables.

²⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789, 805 et 806, faisant référence aux affaires suivantes : *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, 98; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 783 et 784; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, 817; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 538.

²⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des copropriétaires « Les Condominiums Sainte-Marie »*, 2010 QCTDP 1.

2. Des dispositions additionnelles en matière d'emploi

En matière d'emploi, la discrimination est prohibée par l'article 16 de la Charte québécoise autant à l'embauche qu'en ce qui concerne les promotions, les mutations, les mises à pied ou les renvois²⁶. En d'autres mots, l'employeur ne peut, du processus d'embauche jusqu'à la rupture du lien d'emploi, discriminer une personne sur la base d'un motif énuméré à l'article 10 dont nous avons traité précédemment.

Dans un même ordre d'idées, l'article 18.1 de la Charte québécoise prévoit que l'employeur ne peut, « dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 », sauf exception²⁷. L'article 18.1 veut « enrayer à la source la violation du droit à l'égalité en emploi²⁸ », et ce, en interdisant « les questions discriminatoires indépendamment de la possibilité qu'une personne soit ultérieurement pénalisée par ces dernières²⁹ ». Par ailleurs, un examen médical peut

²⁶ L'article 16 de la Charte québécoise, préc., note 16, prévoit plus précisément ceci :

Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

²⁷ L'article 18.1 de la Charte québécoise, préc., note 16, prévoit que les renseignements peuvent être recueillis s'ils « sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande ».

²⁸ *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur-du-Québec (SIIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, 2012 QCCA 1867, par. 63.

²⁹ *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.), inf. par 2005 QCCA 93, par. 174; *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur-du-Québec (SIIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, préc., note 28.

constituer le prolongement d'une entrevue et engendrer l'application de l'article 18.1 de la Charte québécoise³⁰.

L'employeur pourra requérir des renseignements sur les motifs visés à l'article 10 de la Charte québécoise s'il est établi que ces renseignements sont liés aux aptitudes ou aux qualités requises par l'emploi, comme le permet l'article 20³¹. Par exemple, il a été décidé qu'un établissement de soins de santé peut demander à toute personne qui pose sa candidature au poste d'infirmier-ère auxiliaire une vérification concernant la présence d'antécédents en matière de dépendance à l'alcool, aux drogues ou au jeu, l'usage régulier de médicaments et la présence de problèmes de santé mentale³².

Comme le poids n'est pas indiqué à l'article 10 de la Charte québécoise, une personne alléguant avoir subi un traitement discriminatoire pour cette raison doit s'appuyer sur un motif énuméré qui correspond à sa situation. C'est ce qu'explique le professeur Daniel Proulx :

[C]ertaines différences de traitement injustes et arbitraires comme celles qui *reposent sur l'apparence physique n'ont pas été ciblées par la Charte québécoise* et ne sont par conséquent pas interdites par l'article 10. Le législateur a donc fait des choix. En revanche [...] si le recours à une caractéristique non énumérée, comme le poids ou la taille, a pour effet indirect d'exclure ou de pénaliser de façon disproportionnée une

³⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bathium Canada inc.*, 2015 QCTDP 13.

³¹ L'article 20 de la Charte québécoise se lit comme suit :

Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

³² *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur-du-Québec (SIILACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, préc., note 28. Notons que, dans cette affaire, l'enjeu principal était les fausses déclarations du candidat à l'égard de ces questions.

catégorie de personnes protégée par l'article 10, comme les femmes ou certaines minorités ethniques, la différence de traitement sera néanmoins considérée comme discriminatoire au sens de la Charte québécoise³³.

En somme, le poids n'étant pas expressément nommé à l'article 10 de la Charte québécoise, la personne qui croit avoir été victime de discrimination pour ce motif doit s'appuyer sur un motif énuméré, particulièrement le handicap et le sexe, et démontrer qu'elle a subi une distinction, exclusion ou préférence sur la base de ce motif, le tout ayant eu pour effet de compromettre son droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit prévu dans cette charte. Dans la prochaine partie, nous nous pencherons d'abord sur la protection contre la discrimination fondée sur le handicap, puis sur la protection contre la discrimination fondée sur le sexe.

B) Les motifs invoqués dans un contexte de discrimination fondée sur le poids en vertu de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*

1. La protection contre la discrimination fondée sur le handicap

Le handicap constitue un motif de discrimination régulièrement étudié par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, particulièrement en matière d'emploi³⁴.

³³ Daniel PROULX, « La Charte québécoise », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit à l'égalité », Droit constitutionnel, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} avril 2018 (LN/QL), n° 97.

³⁴ En 2018-2019, le handicap constituait le premier motif de discrimination dans les dossiers ouverts par la Commission (36 %, soit 224 dossiers), suivi par la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale (24 %, soit 146 dossiers). De ces 224 dossiers en matière de discrimination fondée sur le handicap, 128 concernaient le domaine du travail. La majorité de ces derniers étaient liés au congédiement et à la mise à pied (76), suivi de l'embauche (32). Quelques autres étaient rattachés aux conditions de travail (11). COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Rapport d'activités et de gestion 2018-2019*, p. 29-30.

Le handicap a été ajouté à la Charte québécoise à titre de motif interdit de discrimination par la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*³⁵ en 1979. Ladite loi définissait alors la personne handicapée comme « toute personne limitée dans l'accomplissement d'activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d'une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout autre moyen pour pallier son handicap³⁶ ».

Suivant cette définition de l'époque, l'obésité clinique d'un·e plaignant·e devait être exclue de la notion de handicap lorsqu'elle ne causait pas de limitation fonctionnelle. Par exemple, dans la décision *Commission des droits de la personne du Québec c. Côte St-Luc (Cité)* rendue en 1982, il était question d'un pompier préventionniste qui avait été congédié en raison de son poids. Dans ce cas, la Cour supérieure du Québec avait déterminé que, puisque l'obésité clinique de l'employé ne constituait pas une limite « dans l'accomplissement d'activités normales³⁷ », il ne pouvait être question d'un handicap au sens de la définition prévue par la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* et, par conséquent, de l'article 10 de la Charte québécoise. En d'autres mots, le congédiement du pompier à cause de son poids n'était pas discriminatoire car son poids, ne le limitant pas dans ses activités, ne représentait pas un handicap. N'ayant pas été considéré comme une personne handicapée, le plaignant ne pouvait bénéficier de cette protection de la Charte québécoise. Il n'a donc pas pu être réintégré à son poste ni obtenir les dommages-intérêts demandés à la suite de son congédiement. Bref, il était trop lourd pour être pompier, mais pas assez pour être handicapé par son poids. Par ailleurs, la Cour supérieure mentionne que, même si le poids avait pu être assimilé à un handicap, la limite de poids

³⁵ *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q. 1978, c. 7, art. 112.

³⁶ *Id.*, art. 1g).

³⁷ *Commission des droits de la personne du Québec c. Côte St-Luc (Cité)*, [1982] C.S. 795, 12. La Cour supérieure notait à cet égard qu'« il y a lieu de retenir qu'à l'avis du docteur Boyer, M. Payette, qui a fait l'objet d'une évaluation par l'équipe médicale du Dr. Boyer, aurait actuellement la capacité d'un "mince", que son obésité "indiscutable" n'est pas en soi un empêchement à ce qu'il remplisse la fonction de pompier » (p. 5).

aurait été vue comme une exigence raisonnable compte tenu de la nature du poste de pompier³⁸.

La question de la responsabilité de la personne plaignante envers son poids s'est également avérée d'intérêt, particulièrement dans l'affaire *Corp. Stone-Consolidated, division Wayagamak et Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 216*, datant de 1998. Le tribunal d'arbitrage avait alors conclu que le poids de l'employée, qui s'était vu refuser son retour au travail à la suite d'une absence causée par des problèmes de dos, ne pouvait être assimilé à un handicap puisque ce dernier était « directement la conséquence de son manque de volonté de perdre du poids et de renforcer sa musculature³⁹ ».

Au tournant du XXI^e siècle, la Cour suprême a rendu une décision charnière portant sur la notion de handicap dans le contexte de l'application de l'article 10 de la Charte québécoise, où elle balayait les questions de limitation fonctionnelle et de volonté personnelle :

[U]n « handicap » peut résulter aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs. C'est l'effet de l'ensemble de ces circonstances qui détermine si l'individu est ou non affecté d'un « handicap » pour les fins de la Charte [...].

Il faut préciser qu'un « handicap » n'exige pas obligatoirement la preuve d'une limitation physique ou la présence d'une affection quelconque. Le « handicap » peut être soit réel ou perçu et, puisque l'accent est mis sur les effets de la distinction, exclusion

³⁸ *Id.*, p. 16, référant ici à l'article 20 de la Charte québécoise, préc., note 16.

³⁹ À ce sujet, le tribunal écrivait ceci dans l'affaire *Corp. Stone-Consolidated, division Wayagamak et Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 216*, [1999] R.J.D.T. 310 :

Rien n'indique que madame Thibodeau n'a pas le plein contrôle sur son poids et sa musculature. Il lui appartient de se prendre en charge en diminuant sensiblement son poids et en renforçant sa musculature. Sans une preuve au contraire, on ne peut que conclure que c'est là une question de volonté, c'est-à-dire un aspect de la vie de madame Thibodeau qui relève uniquement de sa volonté d'agir.

ou préférence plutôt que sur la nature précise du handicap, *la cause et l'origine du handicap sont sans importance*⁴⁰.

Il est intéressant de noter que, toujours selon la Cour suprême dans cette affaire, « une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes⁴¹ ». De nos jours, d'après les tribunaux, les conditions suivantes sont notamment susceptibles d'être protégées par la Charte québécoise en tant que handicaps : le diabète⁴², l'épilepsie⁴³, l'alcoolisme⁴⁴ et la toxicomanie⁴⁵. La Cour suprême inclut également dans sa liste l'« obésité⁴⁶ ».

Comme pour les autres conditions, le handicap associé au poids peut être réel ou perçu. Par exemple, dans la décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bathium Canada inc.*⁴⁷ rendue en 2015, l'employeur avait requis une évaluation médicale de la part d'un candidat à une offre d'emploi. Dans le rapport d'évaluation de ce

⁴⁰ *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)*, préc., note 20, par. 79 et 81. Cet arrêt regroupe les cas de trois personnes, deux s'étant vu refuser un emploi (un poste de jardinière horticultrice et un de policier) à cause d'une anomalie à la colonne vertébrale et une autre ayant été congédiée de son poste de policier à cause de sa maladie de Crohn. Dans tous les cas, la preuve médicale avait révélé une absence de limitation fonctionnelle.

⁴¹ *Id.*, par. 77.

⁴² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9054-2473 Québec Inc.*, J.E. 2002-1860 (T.D.P.Q.).

⁴³ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Emballage Graham*, [1999] R.J.Q. 897 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Drolet) c. Sûreté du Québec*, 2007 QCTDP 13.

⁴⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, 2009 QCTDP 18.

⁴⁵ *Section locale 143 du Syndicat canadien des communications c. Goodyear*, 2007 QCCA 1686.

⁴⁶ *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)*, préc., note 20, par. 48.

⁴⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bathium Canada inc.*, préc., note 30.

dernier, il était indiqué que son état de santé était excellent. Toutefois, une page du rapport portait la mention « obésité morbide⁴⁸ ». Le Tribunal des droits de la personne a conclu que l'employeur avait compromis le droit du candidat à un processus d'embauche exempt de discrimination contrairement aux articles 10 et 18.1 de la Charte québécoise : « En effet, le seul fait par ce représentant de tenir compte de “l'obésité morbide”, un handicap perçu, suffit pour générer la responsabilité⁴⁹ ».

Bien que les clarifications de la part de la plus haute cour du pays relativement à la notion de handicap semblent avoir été bien intégrées par les tribunaux, des discussions relatives à la question de la responsabilité personnelle subsistent dans certaines décisions contemporaines.

Dans l'affaire *Société des alcools du Québec et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Société des alcools du Québec, section locale 3535*⁵⁰ de 2004, par exemple, l'arbitre écrivait ceci :

L'obligation d'accommodement ne s'applique que s'il y a violation de la Charte des droits et discrimination dans l'emploi pour un des motifs interdits par la Charte, notamment un handicap. Ici, la preuve non contredite est que M. Larouche avait une condition personnelle, *qu'il ne s'est pas pris en main*, et qu'il n'était pas en mesure de fournir sa prestation de travail⁵¹.

Parallèlement, dans l'affaire *Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais – e.v. Pavillon de Hull et Syndicat des infirmières et infirmiers du Centre hospitalier régional de l'Outaouais (Josée-Alice Lefebvre)*⁵² de 2008, nous relevons le passage suivant :

⁴⁸ *Id.*, par. 21.

⁴⁹ *Id.*, par. 66. L'employeur a finalement été condamné à verser 2 000 \$ au plaignant à titre de dommages moraux.

⁵⁰ *Société des alcools du Québec et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Société des alcools du Québec, section locale 3535*, [2004] R.J.D.T. 836 (T.A.).

⁵¹ *Id.*, par. 123 (l'italique est de nous).

⁵² *Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais — e.v. Pavillon de Hull et Syndicat des infirmières et infirmiers du Centre hospitalier régional de l'Outaouais (Josée-Alice Lefebvre)*, [2008] R.J.D.T. 428 (T.A.) (ci-après

Rien dans la preuve ne permet de conclure que l'état d'obésité morbide et la sudation excessive, causée en partie par la prise d'un médicament devant permettre de contrôler l'état dépressif de la plaignante, *découle de la propre inertie de la plaignante ou que celle-ci n'ait pas tenté de prendre les moyens nécessaires pour contrôler son handicap.*

Or, comme l'a souligné la Cour suprême l'arrêt *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)*, la cause du handicap est sans importance. Ainsi, les décideur·se·s ne devraient pas s'intéresser aux raisons pour lesquelles une personne a un poids plus élevé que la moyenne. Malgré cela, il arrive encore que le tribunal aborde la responsabilité d'un·e plaignant·e dans sa prise de poids, comme dans les affaires précitées. La cause du gain de poids de la plaignante dans l'affaire *Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais* (la prise d'un médicament) et le fait que cette situation ne résulte pas « de la propre inertie de la plaignante » ne sont pas pertinents et ne devraient simplement pas être discutés. Ces commentaires peuvent avoir pour effet de justifier d'observer plus en détail les habitudes de vie d'une personne et entraîner un raisonnement *a contrario*, dans lequel il serait possible de juger des efforts d'une personne pour « se prendre en main » afin de déterminer si elle est handicapée. Or, ce raisonnement n'étant pas transposable à d'autres handicaps, il ne peut être valide lorsqu'il est question du poids d'une personne. Ainsi, on ne cherchera pas à connaître la raison pour laquelle une personne est amputée d'un membre.

Par ailleurs, rappelons que l'action d'un employeur, par exemple la rupture du lien d'emploi, peut être réputée non discriminatoire en vertu de « l'exigence professionnelle justifiée ». En effet, à la suite de la démonstration par la personne qui dépose une plainte de la présence d'un motif de discrimination prohibée (ex. le poids à titre de handicap réel ou perçu), d'un préjudice (ex. le congédiement) et d'un lien entre le préjudice et le motif de discrimination, la preuve *prima facie* de discrimination entraîne

« affaire *Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais* ») (l'italique est de nous).

le renversement du fardeau de la preuve sur les épaules de l'employeur, qui peut démontrer que la norme en vertu de laquelle la personne a été congédiée constitue une exigence professionnelle justifiée en vertu de l'article 20 de la Charte québécoise⁵³, c'est-à-dire une « distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi⁵⁴ ». Cette disposition offre ainsi à l'employeur la possibilité de « justifier ses exigences professionnelles par des raisons non discriminatoires valides⁵⁵ ». À cet égard, l'employeur doit plus particulièrement prouver que la norme a été adoptée dans un but lié, de manière rationnelle, à l'exécution du travail, et que cette norme est raisonnablement nécessaire et qu'il lui est impossible de composer avec les différences individuelles sans que cela lui impose une contrainte excessive⁵⁶.

Dans l'affaire *Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais*⁵⁷, l'employeur avait mis fin à la période d'essai d'une infirmière parce que son « obésité morbide » et sa « sudation excessive » l'empêchaient de se conformer aux exigences d'asepsie au bloc opératoire⁵⁸. Or, ces « limita-

⁵³ *Société des alcools du Québec et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Société des alcools du Québec, section locale 3535 (S.C.F.P.)*, [2004] R.J.D.T. 836, par. 172-173 (T.A.).

⁵⁴ Charte québécoise, préc., note 16, art. 20.

⁵⁵ D. PROULX, préc., note 33, p. 30.

⁵⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après « arrêt Meiorin »). Contrairement au test établi dans l'arrêt *Meiorin*, l'application de l'article 20 ne requiert pas de l'employeur qu'il démontre sa bonne foi dans l'adoption de la norme : *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 172, par. 22; *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur-du-Québec (SIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, préc., note 28, par. 52. Voici ce qu'explique D. PROULX, préc., note 33, p. 35 :

On ne lui permettra pas [à l'employeur], pour justifier ses décisions discriminatoires, de faire valoir des arguments de bonne foi qui, en raison de préjugés inconscients mais largement répandus, ne pourraient que contribuer à saper les objectifs mêmes de la Charte, à savoir précisément l'élimination de certains préjugés et stéréotypes entretenus de bonne foi à l'égard de certains groupes.

⁵⁷ *Affaire Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais*, préc., note 52.

⁵⁸ *Id.*, par. 174 :

tions fonctionnelles⁵⁹ » ont été considérées comme un handicap au sens de l'article 10 de la Charte québécoise. Pour cette infirmière, son exclusion du bloc opératoire constituait donc une atteinte à son droit à l'emploi sans discrimination, et l'employeur devait prouver « que l'application des normes ayant mené à l'exclusion discriminatoire de la plaignante du bloc opératoire [était] raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif général de prévention et de contrôle des infections des patients en salle d'opération⁶⁰ », ce qu'il a réussi à faire au moyen d'une preuve scientifique⁶¹. L'employeur a également démontré que les mesures d'accommodement proposées par la plaignante afin de ne pas être exclue du bloc opératoire auraient occasionné une contrainte excessive⁶² sur ses collègues

La preuve a donc été faite par l'employeur que la plaignante, en raison de son problème de sudation excessive, ne rencontrait pas les exigences et les normes d'asepsie au bloc opératoire au moment des événements pertinents. La preuve a également démontré, qu'en raison de son obésité, la plaignante ne rencontrait pas les exigences et les normes d'asepsie dans ses déplacements lorsqu'elle occupait les fonctions d'infirmière interne au bloc opératoire.

⁵⁹ *Id.*, par. 177.

⁶⁰ *Id.*, par. 186.

⁶¹ *Id.*, par. 200 :

Compte tenu du contexte particulier du bloc opératoire dans lequel ce litige s'inscrit et de la preuve scientifique démontrant les risques non négligeables d'infections lors d'une intervention chirurgicale, l'ensemble de la preuve et des témoignages démontre qu'il s'agit en l'espèce de normes dont l'application doit répondre aux exigences les plus élevées, allant au-delà du critère de sécurité raisonnable établi dans les arrêts *Grismer, Meiorin* et *Multani*.

⁶² En matière de droits de la personne, la jurisprudence de la Cour suprême est explicite dans l'affaire *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada inc.*, 2007 CSC 15, par. 130 :

[La jurisprudence] révèle que l'existence d'une contrainte excessive peut être établie lorsque la norme ou l'obstacle est « raisonnablement nécessaire » dans la mesure où il existe un « risque suffisant » qu'un objectif légitime comme la sécurité soit assez compromis pour justifier le maintien de la norme discriminatoire (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202), lorsqu'on a pris « les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs » (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*

de même que sur les patient·e·s qui devaient subir une chirurgie⁶³. Ainsi, les qualités requises par l'emploi peuvent justifier une distinction, et la protection contre la discrimination ne garantit pas l'instauration d'une mesure d'accommodement si celle-ci entraîne une contrainte excessive chez l'employeur.

Somme toute, la protection contre la discrimination fondée sur le handicap peut parfois englober la question de la discrimination en raison du poids, grâce à l'évolution de la conception de la notion de handicap. Les décisions étudiées précédemment permettent de constater que les cas de discrimination prohibée mettant en cause une masse pondérale assimilée à un handicap concernent des personnes diagnostiquées « cliniquement obèses », c'est-à-dire dont l'IMC dépasse 30 et souvent 35⁶⁴. En outre, même si la conception de la notion de handicap s'est élargie, certains préjugés continuent d'être véhiculés lorsque les autorités discutent de la responsabilité personnelle des individus envers leur poids.

Qu'en est-il de la protection offerte contre la discrimination fondée sur le poids lorsque le poids d'une personne n'est pas perçu comme un handicap mais plutôt comme étant inesthétique ou ne s'harmonisant pas avec l'image que souhaite projeter l'entreprise? Dans de tels cas, la protection contre la discrimination fondée sur le sexe, garantie par la

Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536, 555), lorsqu'il n'existe aucune autre solution raisonnable (*Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970), lorsque l'exercice d'un droit est seulement assujéti à des « limites raisonnables » (*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 79), et, plus récemment, lorsque l'employeur ou le fournisseur de services démontre « qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l'individu » (*Meiorin*, par. 38). Il y a contrainte excessive lorsque les moyens raisonnables d'accommoder ont été épuisés et qu'il ne reste que des options d'accommodement déraisonnables ou irréalistes.

⁶³ Affaire *Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais*, préc., note 52, par. 226.

⁶⁴ Pour un autre cas où l'« obésité morbide » est considérée comme un handicap, voir l'affaire *Commission scolaire des Hautes-Rivières et Syndicat de l'enseignement du Haut-Richelieu*, [2012] R.J.D.T. 1182 (T.A.) (« usure extrême du cartilage des genoux » et « obésité morbide » qualifiés de handicaps; voir le paragraphe 41).

Charte québécoise, peut potentiellement être invoquée, ainsi que le droit à la sauvegarde de la dignité.

2. La protection contre la discrimination fondée sur le sexe

En matière de discrimination fondée sur le sexe, l'apparence physique des femmes cisgenres retiendra ici plus particulièrement notre attention, car cet aspect ressort inévitablement de la jurisprudence. Au sujet de cette forme de discrimination, le Tribunal des droits de la personne affirmait ce qui suit à la fin des années 90 :

Il y a des gens qui pensent qu'une personne n'est pas une femme à moins de rencontrer l'image stéréotypée qu'ils ont des femmes. Pour eux, une femme est une personne dont les attributs physiques et les caractéristiques sexuelles sont particulièrement évidents. À l'inverse, ces mêmes gens vont jusqu'à croire que les personnes qui ne sont pas ainsi pourvues, ne sont pas des « vraies femmes ». Cette façon de voir repose sur des préjugés et des stéréotypes; elle conduit à une forme de discrimination fondée sur le sexe. Si un employé était exclu d'un emploi parce qu'il n'était pas « suffisamment blanc », « suffisamment catholique » ou « suffisamment français », personne ne contesterait le lien entre son exclusion et sa couleur, sa religion ou son origine ethnique ou nationale⁶⁵.

Dans cette affaire, où il n'était pas question du poids de la plaignante, le congédiement d'une serveuse de restaurant résultait du fait que l'employeur avait décidé que cette dernière « ne possédait pas les attributs physiques requis pour porter avantageusement la nouvelle tenue

⁶⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2632-1661 Québec inc.*, J.E. 97-1517 (T.D.P.Q.). Ces caractéristiques physiques « idéales » sont encore recherchées aujourd'hui comme l'ont montré dans une étude récente Isabelle WALLACH et autres, *Normes de beauté, perceptions de l'apparence et vie intime des femmes âgées hétérosexuelles et lesbiennes au Québec : une étude qualitative exploratoire*, Montréal, Chaire de recherche sur l'homophobie, Université du Québec à Montréal, 2019.

vestimentaire des serveuses⁶⁶ », le tout en dérogation aux articles 10 et 16 de la Charte québécoise.

Dans un même ordre d'idées, le tribunal avait conclu, dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, que le congédiement d'une plaignante basé sur ses caractéristiques physiques, y compris le volume de ses seins considéré comme insuffisant par l'employeur, constituait une atteinte à sa dignité en plus d'une forme de discrimination fondée sur le sexe :

Apprendre qu'on est congédié pour la simple raison qu'on ne correspond pas à l'exigence physiologique imposée ou à une vision étreiquée de la femme est profondément humiliant, il s'agit -là d'une grave atteinte à la dignité humaine, à la dignité en tant que femme, atteinte qui ne saurait être tolérée et [est] contraire aux prescriptions de la Charte⁶⁷.

Cette affaire – qui ne traitait pas non plus du poids de la plaignante, mais de son apparence physique de manière générale – permet par ailleurs de constater qu'il est possible d'invoquer de concert les articles 4 et 10 de la Charte québécoise.

Malgré la pertinence du motif du sexe lorsqu'il est question de la discrimination fondée sur l'apparence physique d'une femme, tel que cela est illustré par la jurisprudence, aucune décision répertoriée en matière de discrimination fondée plus particulièrement sur le poids ne s'appuyait explicitement sur ce motif. En effet, les décisions recensées à cet effet mettaient en jeu le droit à la sauvegarde de la dignité seul, sans qu'il soit lié à l'article 10 de la Charte québécoise.

⁶⁶ *Id.*, p. 5, par. 7.

⁶⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, [1999] R.J.Q. 1875 (T.D.P.Q.), par. 40.

C) Le droit à la sauvegarde de la dignité comme solution de rechange à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*

Le droit à la sauvegarde de la dignité, tel qu'il est garanti par l'article 4 de la Charte québécoise, constitue une solution de rechange pour la personne qui se croit victime de discrimination fondée sur son poids. C'est un droit autonome qui peut, ou non, être jumelé à un motif de discrimination prohibée⁶⁸. La Cour suprême définit la dignité humaine ainsi :

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne⁶⁹.

Pour le Tribunal des droits de la personne, cette définition, produite dans le contexte de l'application de la Charte canadienne, est « tout à fait transposable⁷⁰ » à la notion de dignité telle qu'elle est comprise dans l'article 4 de la Charte québécoise.

La décision *Bouchard et 9019-6718 Québec inc.*⁷¹ illustre l'atteinte du droit à la sauvegarde de la dignité d'une employée à la réception d'un hôtel en mettant notamment en cause son poids. Dans cette affaire, la réceptionniste avait déposé une plainte à la suite de son congédiement, son employeur l'ayant informée « qu'elle ne correspondait plus au profil et à

⁶⁸ Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) 63-5 *R. du B.* 487, 500.

⁶⁹ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 53.

⁷⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc inc.*, préc., note 67.

⁷¹ *Bouchard et 9019-6718 Québec inc.*, D.T.E. 2000T-1198 (C.T.) (requête en révision judiciaire rejetée, C.S., D.T.E. 2001T-435).

l'image que l'employeur voulait donner au public⁷² ». Elle alléguait avoir été congédiée « en raison de son apparence et de son embonpoint [...] car elle n'avait jamais reçu de reproches ou d'avertissements concernant sa compétence et la qualité de son travail⁷³ ».

Selon le Commissaire du travail de l'époque, le fait de préférer « une jeune fille mince et jolie n'est pas un motif valable de congédiement. Il s'agit, dans les circonstances, d'un geste discriminatoire qui repose sur des considérations subjectives et arbitraires liées à l'apparence physique⁷⁴ ». Précisons que, bien que le décideur considère le geste comme « discriminatoire », il s'appuie sur le droit à la sauvegarde de la dignité en vertu de l'article 4 de la Charte québécoise pour ordonner la réintégration de la plaignante à son poste et son indemnisation à la suite de son congédiement et de la perte de salaire subie. L'article 10 de la Charte québécoise, quant à lui, n'est pas mentionné. À cet effet, le motif du sexe aurait pu trouver application, mais le motif « handicap » prévu par l'article 10 de la Charte québécoise n'aurait été ici d'aucune utilité puisque le poids de la plaignante ne pouvait être assimilé à un handicap réel ou perçu. Le décideur note ceci :

Madame Bouchard fait de l'embonpoint et elle le reconnaît mais elle n'est pas une personne obèse. Elle ne souffre d'aucune anomalie anatomique ou physiologique lui occasionnant une incapacité fonctionnelle au travail. [...] Si sa seule présence à la réception du Lindbergh entraîne la perte de clients pour l'employeur, il n'en a pas fait la preuve⁷⁵.

Dans l'affaire *Verreault et 9075-7154 Québec inc.*, la Commission des relations du travail a également appliqué l'article 4 de la Charte québécoise. Dans ce cas précis, l'employeur avait congédié une serveuse qui, de retour au travail après un accident, présentait un boitement et un gain de poids. Ce dernier alléguait notamment que l'apparence de la serveuse ne lui permettait pas de « satisfaire raisonnablement aux

⁷² *Id.*, par. 8.

⁷³ *Id.*, par. 10.

⁷⁴ *Id.*, par. 15.

⁷⁵ *Id.*, par. 17.

exigences de l'emploi de serveuse au bar et aux tables qui requièrent « *d'être mince et sexy* »⁷⁶ » et nuisait « [à] la fréquentation et [au] chiffre d'affaires de l'entreprise »⁷⁷ ».

La Commission des relations du travail a alors soulevé le fait que la plaignante n'était « pas obèse » : « Josée Verreault fait de l'embonpoint, mais elle n'est pas obèse. Elle ne souffre d'aucune anomalie anatomique ou physiologique l'empêchant de remplir de façon adéquate les exigences de la tâche »⁷⁸ ». La Commission a constaté l'atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité de la victime contrairement à l'article 4. Elle a aussi mentionné l'existence de l'article 16 de la Charte québécoise, mais n'a pas abordé l'article 10⁷⁹.

Les décisions que nous venons de présenter illustrent la possibilité pour une personne discriminée à cause de son poids d'obtenir réparation en vertu de l'article 10 et des articles 16 ou 18.1 de la Charte québécoise, ou encore de son article 4, lorsque les circonstances s'y prêtent. Or, ces dispositions sont insuffisantes pour englober tous les cas de discrimination fondée sur le poids, vécue par une diversité de personnes de tous genres et de tous poids, et ces clauses ne parviennent pas à marquer l'imaginaire collectif. Il est ainsi nécessaire d'affirmer le droit de toute personne d'être protégée contre la discrimination fondée sur le poids de façon claire, comme cela a été fait récemment en matière d'identité ou d'expression de genre.

⁷⁶ Verreault et 9075-7154 Québec inc., 2003 QCCRT 0342, par. 42.

⁷⁷ Id., par. 24.

⁷⁸ Id., par. 51.

⁷⁹ Id., par. 53 :

La Charte des droits de la personne assure une protection à l'encontre de tels agissements. L'article 4 prévoit que « toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation » et l'article 16, cité en partie, « que nul ne peut exercer de discrimination dans le renvoi d'une personne ».

II. L'opportunité d'ajouter un motif de discrimination prohibée

Si quelques recours sont possibles pour les personnes victimes de discrimination fondée sur le poids, ceux-ci sont rarement mobilisés. En effet, la jurisprudence récente relatant une telle forme de discrimination se fait discrète. Il est difficile pour toute personne croyant subir une forme de discrimination de prouver qu'elle a été victime d'une distinction à l'embauche ou au congédiement fondée sur un motif énuméré à l'article 10 de la Charte québécoise, mais une difficulté supplémentaire existe pour les personnes jugées en fonction de leur poids. Or, l'ajout d'un motif lié au poids à la Charte québécoise permettrait de refléter les préoccupations actuelles de la société aux prises avec des enjeux de grossophobie (partie A), laquelle a des répercussions dévastatrices sur les victimes. L'actualisation de la Charte québécoise a déjà eu cours à quelques reprises, notamment lors de l'ajout du motif de handicap à la fin des années 70, comme nous l'avons indiqué plus haut, mais aussi de manière beaucoup plus récente, avec l'ajout du motif de l'identité ou de l'expression de genre en 2016 (partie B).

A) La pertinence sociale

Plusieurs raisons nous poussent à proposer l'ajout d'un motif de discrimination distinct relatif au poids à l'article 10 de la Charte québécoise. Premièrement, plusieurs défenseur·se·s des droits des personnes dont le poids est supérieur à la norme sociale acceptable ne veulent pas assimiler l'obésité clinique à un handicap. Ces dernier·ère·s soutiennent que le seul poids d'une personne n'en fait pas une personne handicapée et s'opposent au raisonnement confondant automatiquement obésité clinique et maladie ou déficience⁸⁰. On milite ainsi pour que le poids, ou encore l'apparence physique, soit un motif de discrimination prohibée distinct du handicap, ce qui permettrait à toute personne discriminée en fonction de son poids d'être protégée par la Charte québécoise, et non seulement aux personnes cliniquement diagnostiquées comme obèses ou perçues comme handicapées du fait de leur poids⁸¹.

⁸⁰ W.A. BOGART, préc., note 2, p. 87.

⁸¹ Voir notamment E. LUTHER, préc., note 5, par. 45.

D'ailleurs, au Canada, la protection explicite contre la discrimination fondée sur le poids retient davantage l'appui du public qu'une mesure qui assimilerait plus précisément l'obésité à un handicap⁸².

Deuxièmement, l'ajout du poids comme motif de discrimination permettrait aux personnes dont le contexte ne permet pas l'application du motif « sexe » de bénéficier d'un motif parfaitement adapté à leur situation.

Troisièmement, l'intégration d'un motif additionnel de discrimination permettrait au législateur d'affirmer que le poids d'une personne a aussi valablement le droit d'être respecté que son sexe, son orientation sexuelle ou sa religion, notamment, et de combattre la discrimination et les stéréotypes liés au poids.

À cet effet, bien qu'elle ne possède pas de statut constitutionnel comme la Charte canadienne, la Charte québécoise est « considérée comme une loi de nature spéciale, fondamentale, quasi constitutionnelle⁸³ », « un texte symbolique et fondateur en droit québécois, affir-

⁸² Consulter l'étude de Rebecca M. PUHL et autres, « Potential Policies and Laws to Prohibit Weight Discrimination: Public Views from 4 Countries », (2015) 93-4 *Milbank Q.* 691, menée auprès de 2 866 adultes aux États-Unis, au Canada, en Australie et en Islande en 2013. Au Canada, 64,2 % des personnes interrogées étaient d'accord avec l'affirmation suivante : « My country should include body weight in our civil rights law in order to protect people from discrimination based on their body weight », et 69,7 % avec l'énoncé qui suit : « The government should have specific laws in place to protect people from weight discrimination. » Au contraire, seulement 28,9 % appuyaient la proposition suivante : « Obesity should be considered a disability so that people will be protected from weight discrimination in the workplace. »

⁸³ France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'"harmonie ambiguë" », (2006) 66-5 *R. du B.* 33, 47. Voir aussi l'affaire *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 42 (j. L'Heureux-Dubé) :

La Charte n'est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que n'importe quel autre texte législatif. Il s'agit plutôt d'une loi bénéficiant d'un statut spécial, d'une loi

mant l'importance dans ce droit de la protection des droits de la personne dans tous les champs du droit⁸⁴ » Le juge Jacques affirmait en 1978 que les droits prévus par la Charte québécoise, qui s'applique aux rapports privés, constituent en quelque sorte des « conditions de vie en société⁸⁵ ». Selon le professeur Sébastien Grammond, c'est « la vitrine de la conception québécoise des droits de la personne⁸⁶ ». En ce sens, l'ajout d'un motif de discrimination prohibée permettrait au législateur d'affirmer de manière explicite le droit à l'égalité pour toutes les personnes, peu importe leur poids⁸⁷. L'un des objectifs de la Charte québécoise étant de contribuer à l'élimination de préjugés et de stéréotypes visant certains groupes⁸⁸, on peut espérer qu'une telle prise de position formelle aura une

fondamentale, d'ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation large et libérale.

⁸⁴ F. ALLARD, préc., note 83, 52.

⁸⁵ *Ateliers d'ingénierie Dominion ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1980] R.P. 209, 216 (C.A.); Pierre BOSSET, « Les mouvements racistes et la Charte des droits et libertés de la personne », (1994) 35-3 *C. de D.* 583, 609. Voir aussi Pierre NOREAU, *Le droit en partage : le monde juridique face à la diversité ethnoculturelle*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 10 :

[L]e droit constitue moins un ensemble d'énoncés fixés d'avance qu'une référence perpétuellement mise en action et constamment en rapport avec d'autres références et d'autres contraintes sociales. Le discours devient du coup l'occasion, pour chaque collectivité, d'une délibération continue sur les conditions de vie en société.

⁸⁶ Sébastien GRAMMOND, « Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la Charte des droits et libertés de la personne », (2006) 66-5 *R. du B.* 295, 317.

⁸⁷ À cet égard, voir les travaux liés à la force symbolique du droit, notamment ceux de Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 137, à la p. 141, où l'auteur fait référence à Arnold W. THURMAN, « Law as Symbolism », dans Vilhelm AUBERT, *Sociology of Law*, Baltimore, Penguin Books, 1969, p. 46-51 :

La première expression de la force symbolique du droit réside dans le recours au droit en tant que métaphore sociale. C'est là la grande intuition du réaliste américain, Thurman Arnold, qui présente le droit comme l'expression d'un idéal (d'un imaginaire), sinon d'un devoir-être collectif [...] S'y trouvent affirmés les grands principes moraux du monde moderne : l'égalité juridique des sujets de droit, le châtement des comportements fautifs, la protection des libertés individuelles vis-à-vis des pouvoirs publics, la rationalisation d'un monde irrationnel, etc.

⁸⁸ D. PROULX, préc., note 33, p. 35.

incidence à long terme sur les représentations de la société québécoise liées au poids⁸⁹. Une récente modification à l'article 10 de la Charte québécoise illustre bien cet argument.

- B) Les enseignements tirés d'une autre modification à la *Charte des droits et libertés de la personne* : l'ajout du motif de l'identité ou de l'expression de genre en 2016

Depuis son entrée en vigueur en 1976, la Charte québécoise a subi quelques modifications, dont l'une des plus notables est l'ajout en 2016, à son article 10, du motif de distinction illicite suivant : « l'identité ou l'expression de genre ».

Le projet de loi n° 103, *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, a été présenté devant l'Assemblée nationale du Québec par la ministre de la Justice, Stéphanie Vallée, le 31 mai 2016. Lors de sa présentation, le projet visait seulement l'ajout de l'« identité de genre ». À la suite de son étude détaillée en commission, un amendement au projet de loi a été proposé pour que la Charte québécoise soit modifiée par l'insertion, après le terme « sexe », de la tournure « l'identité ou l'expression de genre », plutôt que seulement « l'identité de genre ». Proposé par la députée de Sainte-Marie–Saint-Jacques, Manon Massé, cet amendement a été adopté le 9 juin 2016⁹⁰, puis le projet de loi a été adopté à l'unanimité et sanctionné le lendemain⁹¹. L'article 10 de la Charte québécoise a ainsi été modifié le 10 juin 2016⁹².

⁸⁹ Dans un même ordre d'idées, D.L. RHODE, préc., note 2, p. 114, soumet ceci : « Even laws that are notoriously underenforced can serve a crucial role in designating public norms, deterring violations, and affirming social ideals »; W.A. BOGART, préc., note 2, p. 84.

⁹⁰ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des relations avec les citoyens*, 1^{re} sess., 41^e légis., 9 juin 2016, « Étude détaillée du projet de loi n° 103, Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres ».

⁹¹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{re} session, 41^e légis. 10 juin 2016.

⁹² *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, L.Q. 2016, c. 19, art. 21.

L'expression de genre renvoie à « la façon dont une personne sera perçue⁹³ ». Celle-ci est distincte pour chacun·e. Comme l'expliquait la ministre Vallée lors de l'étude détaillée du projet de loi n° 103, ce qui, pour une personne, « peut être une expression du genre féminin n'est peut-être pas, aux yeux d'une autre personne, une expression de genre féminin⁹⁴ ». L'ajout d'un tel motif a pour objet d'interdire la discrimination « envers quelqu'un qui, en fonction de son apparence, ne correspond pas à ce qu'un homme doit avoir l'air ou à ce qu'une femme doit avoir l'air » aux yeux d'une tierce partie⁹⁵.

Bien que l'identité et l'expression de genre aient auparavant été traitées sous le motif du sexe dans la Charte québécoise⁹⁶, leur ajout n'est pas redondant. En effet, la modification d'un texte charnière telle la Charte québécoise constitue une prise de position importante du gouvernement. Même si beaucoup de travail reste encore à accomplir sur le terrain pour enrayer toute discrimination, ce changement représente une forme de validation de l'existence de groupes marginalisés et le point de départ d'un projet de société plus grand. D'un point de vue pratique, il permet aussi d'évacuer toute incertitude relative au motif à invoquer par une personne

⁹³ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 90, 12h20, Mme Stéphanie Vallée.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ En 1998, le Tribunal des droits de la personne écrivait ce qui suit dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Maison des jeunes A...*, [1998] R.J.Q. 2549, par. 114-117 (T.D.P.Q.) :

La discrimination, même fondée sur le processus d'unification des critères sexuels disparates et contradictoires peut aussi, alors que le sexe est à son plus flou, constituer de la discrimination fondée sur le sexe. Reprenant par analogie la question posée par le juge en chef Dickson, dans l'affaire *Brooks*, à propos de la grossesse, nous pouvons affirmer que nous ne voyons pas comment la discrimination fondée sur l'état de transsexuel ou sur le processus de transsexualisme pourrait être autre chose finalement que de la discrimination fondée sur le sexe [...] Qui plus est, cette atteinte constitue une contravention au droit à la sauvegarde de sa dignité, tel que stipulé à l'article 4 de la Charte. L'identité sexuelle d'une personne participe sûrement de ce qu'elle a de plus intime. C'est ainsi d'ailleurs que l'atteinte à la dignité a constitué un des fondements juridiques reconnus par la Cour suprême, en tout premier, au recours pour harcèlement sexuel.

qui porte plainte (par exemple, la discrimination fondée sur le sexe), le tout comme l'a mis en avant la députée Manon Massé lors des débats liés à l'adoption du projet de loi⁹⁷.

Dans un même ordre d'idées, soulignons également les propos de la députée Véronique Hivon au moment de l'adoption du projet de loi, relativement au « signal fort » envoyé par l'Assemblée nationale par cette modification :

[L]e geste que nous posons aujourd'hui en adoptant ce projet de loi, c'est de montrer que nous, les 125 élus de l'Assemblée nationale, nous le portons haut et fort, ce combat-là, nous posons ce geste très significatif pour faire lutter la... pour faire reculer la discrimination, l'exclusion et la souffrance de ces jeunes, et que donc c'est maintenant au tour de toute la société d'emboîter le pas, parce que nous avons décidé d'en faire une priorité, et c'est un signal fort que nous envoyons⁹⁸.

Une justification similaire s'applique à l'ajout d'un motif lié au poids à l'article 10 de la Charte québécoise. Un tel ajout enverrait un message fort et clair selon lequel la valeur des personnes n'est pas définie par cette caractéristique physique et que les actes discriminatoires envers les personnes grosses ne sont pas acceptables, autant socialement que juridiquement. De plus, cela aurait le potentiel d'insuffler, chez le-la justiciable victime de discrimination à cause de son poids, une confiance nouvelle envers le système de justice québécois⁹⁹.

⁹⁷ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 91, 12h50 (Mme Manon Massé).

⁹⁸ *Id.*, 12h50 (Mme Véronique Hivon).

⁹⁹ Voici un exemple de témoignage en rapport avec la grossophobie au travail, propos recueillis par Gabrielle Lisa COLLARD, « Grossophobie au travail – Vos témoignages », *Dix octobre* (blogue), 18 octobre 2018, en ligne : <<https://www.dixoctobre.com/dix-octobre/2018/10/18/grossophobie-au-travail-vos-temoignages>> :

Plusieurs clients du resto où je travaillais ont dit devant mon patron que ça donnait pas trop trop envie de manger en me voyant. Il ne m'a jamais défendue et il a même parfois ri avec eux. Quand j'ai démissionné, je lui ai expliqué que c'était un peu pour ça, et il m'a dit « Ben à quoi tu t'attends? » Je m'attends au respect de base, le cave. J'aurais dû porter plainte, mais je suis sûre que ça aurait rien donné.

III. Des remarques finales : poids ou apparence physique?

En novembre 2019, pour lutter contre « la discrimination envers les personnes grosses », une pétition a été déposée à l'Assemblée nationale afin que soit ajoutée à la Charte québécoise la prohibition de « la discrimination basée sur tout critère lié à l'apparence physique¹⁰⁰ ».

Au cours des pages précédentes, nous avons mis l'accent sur le motif du poids plutôt que sur celui, plus large, de l'apparence physique, puisque l'objectif avoué de notre intervention était la lutte contre la grossophobie. Le poids constitue en fait une des nombreuses composantes de l'apparence physique qui inclut l'apparence personnelle et la tenue vestimentaire¹⁰¹ :

L'apparence physique ou corporelle est définie dans la littérature sociologique « comme le corps et les objets portés par lui, [...] sa présentation, sa représentation, c'est-à-dire l'ensemble des caractères physiques constants ou variant lentement (poids, taille, traits du visage), d'attitudes corporelles (postures, expressions, mimiques) et d'attributs (habits, coiffures, maquillages, accessoires)¹⁰² ».

Selon le cas, les pressions exercées sur l'apparence physique d'une personne peuvent faire intervenir différents droits et libertés protégés par la Charte québécoise, comme la liberté de religion et la liberté d'expression (art. 3), le droit au respect de la vie privée (art. 5), le droit à l'intégrité de la personne (art. 1 et 46) et le droit à la sauvegarde de la

¹⁰⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, « Pétition : Modification de la Charte des droits et libertés de la personne afin d'y inclure la discrimination basée sur tout critère lié à l'apparence physique », en ligne : <<https://www.assnat.qc.ca/en/exprimez-votre-opinion/petition/Petition-8145/index.html>>.

¹⁰¹ Anne-Marie DELAGRAVE, *Le contrôle de l'apparence physique du salarié*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 11 : « L'apparence physique inclut tout ce qui est visible chez une personne. »

¹⁰² *Id.*, p. 12, où l'autrice fait référence à Marie-Thérèse DUFLOS-PRIOET, *Étude sociologique de l'apparence individuelle*, thèse de 3^e cycle de sociologie, Paris, 1978, p. 1, citée dans Michèle PAGÈS-DELON, *Le corps et ses apparences – L'envers du look*, Paris, Éditions l'Harmattan, 1989, p. 9.

dignité (art. 4). En outre, plusieurs motifs de discrimination prévus dans l'article 10 peuvent être pertinents en matière d'apparence physique, soit la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale, le sexe, la grosseur, l'âge, la religion et le handicap¹⁰³ ainsi que, désormais, l'expression de genre.

Bien que certains motifs puissent trouver application dans un contexte de discrimination liée à l'apparence physique, l'insertion d'un motif distinct à cet égard mérite réflexion. Selon M^e Anne-Marie Delagrave, « une telle insertion pourrait contribuer à simplifier l'état du droit en cette matière et faciliter la démonstration pour la victime potentielle », « l'apparence physique [touchant] des questions d'une importance fondamentale pour l'individu et, à titre de caractéristique personnelle "sensible", elle peut être source de nombreux préjugés¹⁰⁴ ».

La discrimination basée sur le poids ou encore sur l'apparence physique est déjà prohibée à quelques endroits, dont la France¹⁰⁵ et l'État du Michigan¹⁰⁶, de même que dans certaines villes aux États-Unis¹⁰⁷. Lorsque le poids est choisi au détriment de l'apparence physique, la taille peut y être associée. Le motif du poids a l'avantage d'être plus précis que celui de l'« apparence physique », mais il se révèle davantage restrictif. Dans une perspective de lutte contre la grossophobie, le choix du motif du poids permettrait de nommer, sans équivoque, une caractéristique physique précise qui fait l'objet d'une attention négative importante, alors

¹⁰³ A.-M. DELAGRAVE, préc., note 101, p. 69.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 121.

¹⁰⁵ *Code pénal*, art. 225-1 (apparence physique).

¹⁰⁶ *Elliot-Larson Civil Rights Act*, 46. Mich. Comp. Laws 37.2202 (taille et poids).

¹⁰⁷ Notamment, ayant choisi l'apparence physique : Washington, DC (*Code of the District of Columbia*); Madison, Wisconsin (*Madison Equal Opportunities Ordinance*); Harford, Maryland (*Harford County Code*); Prince George's County, Maryland (*Prince George's County Code of Ordinances*); Urbana, Illinois (*Urbana Human Rights Ordinance*). Notamment, ayant choisi la taille et le poids : Binghamton, New York (*Binghamton Human Rights Law*); San Francisco, Californie (*San Francisco Police Code*). Voir aussi : Jennifer Bennett SHINALL, « Distaste or Disability? Evaluating the Legal Framework for Protecting Obese Workers », (2016) 37-1 *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* 101, 103.

que la question plus large de l'apparence physique bénéficie déjà d'un éventail intéressant – quoiqu'il soit incomplet – de motifs de discrimination prohibée. Une étude plus détaillée pourrait être menée sur cette question.

Conclusion

À l'heure actuelle, aucun code, charte ou loi sur les droits de la personne, que ce soit à l'échelle provinciale ou territoriale, ne protège explicitement le droit à la protection contre la discrimination fondée sur le poids ou l'apparence physique au Canada, bien que tous incluent désormais le motif de l'identité ou de l'expression de genre, ou des deux à la fois¹⁰⁸. Tout de même, il serait faux de dire que la discrimination des personnes grasses est permise par la Charte québécoise¹⁰⁹. Dans le domaine du travail particulièrement, nous avons pu voir que les personnes qui posent leur candidature à un poste ou les travailleurs·se·s qui se sentent victimes de discrimination à cause de leur poids peuvent parfois alléguer une atteinte illicite à leur droit à la reconnaissance et à l'exercice de leurs droits et libertés – sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur le handicap ou sur le sexe – ou encore une atteinte illicite à leur droit à la

¹⁰⁸ *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H-19 (Ontario); *The Human Rights Code*, C.C.S.M. c. H-175 (Manitoba); *Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5 (Alberta); *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210 (Colombie-Britannique); *Human Rights Act*, R.S.N.B. 2011, c. 171 (Nouveau-Brunswick); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12 (Île-du-Prince-Édouard); *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214 (Nouvelle-Écosse); *The Saskatchewan Human Rights Code*, 2018, SS 2018, c. S-24.2 (Saskatchewan); *Human Rights Act*, 2010, S.N.L. 2010, c. H-13.1 (Terre-Neuve-et-Labrador); *Human Rights Act*, R.S.Y. 2002, c. 116 (Yukon); *Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18 (Territoires du Nord-Ouest); *Human Rights Act*, S.Nu. 2003, c. 12 (Nunavut).

¹⁰⁹ Relevons toutefois une exception notable prévue par l'article 20.1 de la Charte québécoise, préc., note 16. En effet, depuis 1996, celle-ci énonce expressément que « l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10 », dans certains contrats précis tels celui de rente ou d'assurance. Dans le domaine des assurances particulièrement, ces informations permettent à l'assureur d'apprécier le risque de la personne assurée, de décider s'il l'accepte et, le cas échéant, d'établir le montant de la prime à payer : voir l'article 2408 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

sauvegarde de leur dignité. Malgré tout, ces véhicules sont insuffisants. Rarement utilisés, compte tenu de l'ampleur du phénomène de grossophobie, ils peuvent comporter certains défis et des limites dans leur application, ce qui mine ainsi la pleine protection contre la discrimination des personnes en raison de leur poids.

La modification récente de la Charte québécoise pour inclure l'identité et l'expression de genre à titre de motifs de discrimination illicite fournit une base de réflexion inspirante afin de rendre la société québécoise encore plus inclusive à l'égard de toutes les silhouettes. Dans la foulée des divers événements et témoignages liés à la lutte contre la grossophobie au Québec, dont la rédaction de la *Charte québécoise pour une image corporelle saine et diversifiée* par la ministre de la Culture, des Communications et de la Condition féminine en 2010 et le dépôt d'une pétition à l'Assemblée nationale en 2019 afin que la Charte québécoise inclue « la discrimination basée sur tout critère lié à l'apparence physique¹¹⁰ », la société québécoise apparaît prête à passer à la prochaine étape et à cristalliser le droit de tou·te·s à l'égalité, peu importe leur poids. Comme l'a affirmé le professeur Grammond, l'originalité et la portée généreuse de la Charte québécoise en font un instrument de protection des droits et libertés souvent vanté : « Il importe donc, dans cette perspective, que la *Charte québécoise* demeure à la fine pointe de la protection des droits¹¹¹ ».

¹¹⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, préc., note 100.

¹¹¹ S. GRAMMOND, préc., note 87, 317.

Les droits de la personne, les différences ethnoculturelles et le rôle des institutions publiques dans la promotion quotidienne de l'égalité : l'exemple d'un Collège québécois

par Bertrand LAVOIE*

Afin de contribuer à l'amélioration des connaissances sur la réalité de la discrimination au Québec, l'auteur propose d'explorer l'hypothèse selon laquelle un établissement public, plus précisément un établissement d'enseignement collégial au Québec, peut représenter un espace d'atténuation des discriminations, en ce sens où les personnes qui le fréquentent seraient moins exposées à des situations de discrimination quand elles s'y trouvent. La démarche s'appuie sur une étude empirique quantitative réalisée dans un Collège d'enseignement général et professionnel situé à Montréal, au printemps 2018, auprès de plus de 600 étudiants. Les résultats obtenus révèlent d'abord un écart important entre les situations de discrimination vécues à l'intérieur de l'établissement (moins fréquentes) par comparaison avec celles qui surviennent à l'extérieur de celui-ci (plus fréquentes). Ensuite, les mêmes résultats permettent d'établir une différence notable entre l'ensemble des situations de discrimination vécues (tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'établissement) entre les étudiants issus de l'immigration (plus fréquentes) et ceux qui ne le sont pas (moins fréquentes).

*

Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

This article seeks to give a fuller picture of the reality of discrimination in Québec by testing the theory that public educational institutions, and more specifically Quebec Cegeps, can be considered as zones with a mitigating effect on the incidence of discrimination, in that students attending such institutions are less likely to experience discrimination. In order to test this theory, a quantitative empirical study was carried out of over 600 students in the spring of 2018 at a general and vocational college in Montreal. The results obtained: (1) highlight a significant disparity between the intra-institutional incidence of discrimination (less frequent) compared to the extra-institutional incidence (more frequent), and (2) allow us to identify a significant difference between the incidence of intra- and extra-institutional discrimination encountered by students from immigrant backgrounds (more frequent) and those from non-immigrant backgrounds (less frequent).

SOMMAIRE

I.	Le droit à l'égalité et le contexte québécois	53
II.	Le droit à l'égalité sous tension : la diversité québécoise mise en débat.....	58
III.	Le Collège comme rempart de l'égalité	61
	A) La méthodologie du sondage effectué au printemps 2018.....	64
	B) Les perceptions de la diversité, les inégalités vécues et les opinions à l'égard de l'établissement	65
IV.	La quotidienneté, source d'égalité profonde?	70
	Conclusion	75

Dans une société pluraliste, la composition démographique d'une population est appelée à se transformer de manière importante au fil des années. La diversification qui s'opère quotidiennement tend à modifier la texture sociale de la collectivité, que ce soit sur le plan culturel, ethnique, religieux, linguistique ou autre. Au Québec, elle prend notamment sa source dans les engagements de l'État québécois en matière d'immigration. La province de Québec exerce un rôle particulier au sein du Canada, en étant la seule à avoir un ministère de l'Immigration, qui sélectionne les nouveaux arrivants en fonction des besoins économiques de la collectivité¹. Près de 70 % des immigrants reçus au Québec le sont après avoir été sélectionnés sur la base de critères précis, spécialement en rapport avec la maîtrise de la langue française². Si l'immigration québécoise a été surtout marquée par des vagues migratoires européennes au cours du XX^e siècle – pensons, par exemple, à l'immigration écossaise, irlandaise ou italienne –, l'immigration québécoise du XXI^e siècle, pour sa part, se distingue par l'arrivée de personnes venant de tous les continents.

La diversification de la population survient à l'intérieur d'une société où les principales institutions publiques (écoles, hôpitaux, prisons, services publics) sont soumises à des exigences juridiques en matière de protection des droits de la personne. En 1975, l'Assemblée nationale du Québec a adopté, à l'unanimité, la *Charte des droits et libertés de la personne*³, loi quasi constitutionnelle protégeant les droits de la personne. De l'avis de plusieurs juristes et politologues, l'adoption de la Charte québécoise a eu des incidences considérables, en particulier sur la

¹ À partir de la signature, en 1991, de l'Entente Canada-Québec autorisant le Québec à sélectionner ses personnes immigrantes et à mettre en œuvre des programmes pour les intégrer dans la réalité québécoise, la population du Québec s'est nettement diversifiée sur le plan linguistique, ethnique et religieux. Depuis 1991, plus d'un million d'immigrantes et d'immigrants ont été reçus dans la société québécoise, et ils représentent aujourd'hui autour de 13 % de la population totale : voir MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE LA DIVERSITÉ ET DE L'INCLUSION (aujourd'hui le « ministère de l'Immigration, de la Francisation et de l'Intégration »), *Recueil de statistiques sur l'immigration et la diversité au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2015.

² Les autres immigrants reçus au Québec (30 %) font partie des catégories de regroupement familial ou de réfugiés, de compétence fédérale.

³ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

« culture organisationnelle⁴ » des établissements publics québécois⁵. Plusieurs études ont démontré l'effet majeur qu'a engendré l'adoption de divers instruments juridiques protégeant les droits de la personne, soumettant les institutions publiques à un contrôle judiciaire rendu possible pour tout citoyen s'estimant lésé dans ses droits⁶.

⁴ Selon la définition d'Edgar H. SCHEIN, *Organizational Culture and Leadership*, 4^e éd., San Francisco, Jossey-Bass, 2010, p. 17, reprise régulièrement en études des organisations, la culture organisationnelle est considérée comme « un ensemble de prémisses et de croyances partagées que le groupe a apprises quand il a résolu ses problèmes d'adaptation externe et d'intégration interne, qui ont fonctionné assez bien pour être considérées valides, et, par conséquent, sont enseignées aux nouveaux membres comme la façon appropriée de percevoir, de penser et de ressentir par rapport à ces problèmes ».

⁵ Voir notamment : Michel COUTU et Pierre BOSSET, « La Charte des droits et libertés de la personne et la culture publique commune au Québec : une quasi-absence? », dans Stéphan GERVAIS, Dimitrios KARMIS et Diane LAMOUREUX (dir.), *Du tricoté serré au métissé serré? La culture publique commune au Québec en débats*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 183; Pierre BOSSET et Michel COUTU, « Acte fondateur ou loi ordinaire? Le statut de la Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre juridique québécois », (2015) hors-série *R.Q.D.I.* 37.

⁶ Paul EID, « Entre modernité et postmodernité : la Cour suprême canadienne et la notion de discrimination inscrite dans la Charte des droits et libertés (1986-1993) », (2001) 33-1 *Sociologie et sociétés* 205; Mary T. MOREAU, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de dialogue entre le tribunal et le législateur », (2007) 36 *Revue internationale d'études canadiennes* 319. Des études ont été menées, notamment au Québec, pour mesurer la présence de discriminations vécues à l'occasion des processus d'embauche : Devah PAGER et Hana SHEPERD, « The Sociology of Discrimination: Racial Discrimination in Employment, Housing, Credit, and Consumer Markets », (2008) 34-1 *Annual Review of Sociology* 181; Nong ZHU et Saïd ABOUBACAR, « La discrimination dans le revenu et l'intégration des immigrants au Canada », dans Florence DEGAVRE (dir.) et al., *Transformations et innovations économiques et sociales en Europe : quelles sorties de crise?*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2010; Paul EID, *Mesurer la discrimination à l'embauche subie par les minorités racisées : résultats d'un « testing » mené dans le grand Montréal*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2012. La littérature scientifique portant sur les discriminations établit bien des distinctions entre les sources de discrimination en fonction, entre autres, de l'origine ethnique ou raciale : voir Maryse POTVIN, « The Role of Statistic on Ethnic Origin and "Race" in Canadian Anti-discrimination Policy », (2005) 57-183 *International Social Science Journal* 27; Olivette OTELE et Rim LATRACHE,

Selon Denis Laforge, après avoir été soumises aux impératifs de la nouvelle gouvernance publique (*new public management*), les institutions publiques contemporaines sont à la recherche de nouvelles

« Does Discrimination Shape Identity? Identity Politics and Minorities in the English-Speaking World and in France: Rhetoric and Reality », (2011) 32-3 *Journal of Intercultural Studies* 199; Alana LENTIN, « Eliminating Race Obscures its Trace – Theories of Race and Ethnicity Symposium », (2016) 39-3 *Ethnic and Racial Studies* 383; en ce qui concerne la religion, voir : Valérie AMIRAUX, « Existe-t-il une discrimination religieuse des musulmans en France? », (2005) 183-2 *Maghreb-Machrek* 67; David KOUSSENS, « Le port de signes religieux dans les écoles québécoises et françaises. Accommodements (dé)raisonnables ou interdiction (dé)raisonnée? », (2008) 11-1 *Globe : revue internationale d'études québécoises* 115; Julie BILLAUD, « Visible under the Veil: Discrimination, Performance and Agency in an Islamic Public Space », (2009) 11-1 *Journal of International Women's Studies* 120; Anne FORNEROD, « Intégration et discriminations religieuses », dans Élisabeth LAMBERT et Thierry RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 213; Joyce Marie MUSHABEN, « Women between a Rock and a Hard Place State Neutrality vs EU Anti-discrimination Mandates in the German Headscarf Debate », (2013) 14-09 *German Law Journal* 1757; pour ce qui est de l'identité de genre ou du sexe, voir : Catharine MACKINNON, « Différence et domination. De la discrimination de sexe », dans *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, Paris, Des Femmes-Antoinette Fouque, 2005, p. 39; Natalie BENELLI et al., « Les approches postcoloniales : apports pour un féminisme antiraciste », (2006) 25-3 *Nouvelles Questions féministes* 4; Duncan KENNEDY, *Sexy Dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, Paris, Flammarion, 2008; Réjane SÉNAC-SLAWINSKI, « De la parité à la diversité: entre Deuxième Sexe et discrimination », (2010) 18-4 *Modern & Contemporary France* 431; Marie-Blanche TAHON, « Égalité des sexes et stigmatisation », (2013) 763 *Relations* 22; en matière de handicap physique ou mental, voir : Rachid MERZOUK, « Travail, handicap et discrimination: lorsque le travail devient aussi un espace de production du handicap », (2008) 14-1 *Reflets* 155; Sylvie LIRETTE et al., « Handicap et monde du travail : pratiques et perceptions », (2015) 21-2 *Reflets* 131; au sujet de l'origine autochtone, voir : Norbert ROULAND, Stéphane PIERRÉ-CAPS et Jacques POUMARÈDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses universitaires de France, 1996; David ROBITAILLE et Sébastien GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes: quelques comparaisons », (2009) 50-1 *C. de D.* 75.

orientations, souhaitant le plus souvent se rapprocher de leurs usagers⁷. Parmi l'ensemble des institutions publiques, les établissements scolaires font partie de celles qui ont vu leur mission se transformer de manière importante au cours des dernières années. D'après Laforgue, les établissements scolaires ont eu pour but, dès leur origine, de « travailler *sur* autrui », désirant agir comme agents de contrôle social par l'imposition de règles et de conduites en vue d'orienter les parcours de vie des élèves⁸. Pour lui, ce schème vertical et autoritaire a laissé progressivement place à une nouvelle conception de la relation entre institution et usagers, ce qu'il nomme le « travail *avec* autrui », soit une nouvelle culture organisationnelle où l'institution considère l'utilisateur comme un acteur capable et valable en l'incluant dans les processus à l'interne, notamment par le respect de ses droits⁹. Dans un contexte québécois de diversification culturelle et ethnique, le rapprochement des établissements scolaires envers les élèves se traduit, entre autres choses, par le fait que de nombreux établissements publics ont adopté un « code de conduite » ou une « charte des usagers », ces documents reprenant pour l'essentiel les droits et libertés énoncés dans la Charte québécoise ou dans la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰.

Au Québec, les établissements d'enseignement collégial, qui accueillent des étudiants âgés en moyenne de 17 à 19 ans, sont à ce sujet des espaces étatiques où les enjeux identitaires, particulièrement pour les jeunes issus de l'immigration, ont une importance certaine dans leur parcours social. Comme l'ont montré Marie-Hélène Chastenay et Michel Pagé à partir d'une étude portant sur le rapport à la citoyenneté vécu par de jeunes collégiens immigrants au Québec, une double volonté d'appartenance à la culture familiale, d'une part, et à la culture nationale,

⁷ Denis LAFORGUE, « Pour une sociologie des institutions publiques contemporaines. Pluralité, hybridation et fragmentation du travail institutionnel », (2009) 4 *Socio-logos* [En ligne] : Socio-logos <<http://journals.openedition.org/socio-logos/2317>>.

⁸ *Id.*, par. 16-17.

⁹ *Id.*, par. 20-21.

¹⁰ La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après « Charte canadienne ») est contenue dans la partie 1 (art. 1-34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

d'autre part, s'installe au cœur du processus de construction identitaire¹¹. Certaines études ont relevé en ce sens l'importance du sentiment d'appartenance à l'établissement scolaire comme facteur de socialisation, sentiment directement lié au sentiment d'inclusion et de respect des droits de la personne¹².

Cependant, à l'extérieur des institutions publiques progresse un contexte sociétal qui semble moins favorable à une pleine promotion des droits de la personne dans plusieurs pays occidentaux. En effet, au cours des 20 dernières années, il y a eu un accroissement de conditions plus difficiles relativement à la promotion, à la protection et à la défense des droits de la personne¹³. Le Québec n'échappe pas à cette dynamique, laquelle est plus souvent désavantageuse pour les minorités ethniques, religieuses et culturelles. Selon Statistique Canada, on remarque une augmentation importante des crimes haineux au pays, de 2009 à 2017, où le taux a même bondi de 47 % en 2017¹⁴. C'est le Québec qui représente d'ailleurs la province où le taux a été le plus élevé en 2017 (majoration de plus de 50 %)¹⁵. À noter que ce sont les crimes haineux ciblant la religion qui ont connu la plus forte hausse, soit 83 % pendant la période 2009-

¹¹ Marie-Hélène CHASTENAY et Michel PAGÉ, « Le rapport à la citoyenneté et à la diversité chez les jeunes collégiens québécois : comment se distingue la deuxième génération d'origine immigrée? », dans Maryse POTVIN, Paul EID et Nancy VENEL (dir.), *La 2^e génération issue de l'immigration. Une comparaison France-Québec*, Montréal, Athéna éditions, 2007, p. 239.

¹² Rebecca GANEM et Ghaya HASSAN, « Identité, fratrie et immigration : étude exploratoire sur les contributions des relations fraternelles à la construction identitaire de jeunes adultes immigrants au Québec », (2013) 1-19 *Enfances Familles Générations* 108; Marilyn STEINBACH et Naomi GRENIER, « “Nous autres aussi on aimerait ça garder notre culture” : les attitudes des élèves d'origine québécoise envers les élèves issus de l'immigration », (2013) 48-1 *Revue des sciences de l'éducation de McGill* 183.

¹³ Voir notamment : Christian JOPPE, « The Retreat of Multiculturalism in the Liberal State: Theory and Policy », (2004) 2 *British Journal of Sociology* 237; Steven VERTOVEC, *The Multiculturalism Backlash: European Discourses, Policies and Practices*, Oxon, Routledge, 2010.

¹⁴ STATISTIQUE CANADA, *Les crimes haineux déclarés par la police, 2015, 2017*, [En ligne] : <<http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/170613/dq170613b-fra.htm?HPA=1>>.

¹⁵ *Id.*

2017, concernant en grande partie (83 %) les personnes qui se disent musulmanes¹⁶. Situation plus fréquente en France, mais plutôt rare au Québec jusqu'alors, des personnes ayant un prénom à consonance musulmane ont sollicité le Directeur de l'état civil du Québec afin de changer de nom dans le but d'éviter de subir de la discrimination à l'embauche¹⁷.

On a aussi connu une accumulation de gestes haineux de nature publique, ciblant le plus souvent les personnes de confession musulmane au Québec, que l'on pense au sang de porc versé sur la façade de la mosquée de Saguenay en août 2013¹⁸, au dépôt d'une tête de porc emballée dans un emballage-cadeau devant la grande mosquée de Québec en juin 2016¹⁹ ou encore à la distribution d'affiches indiquant « Saguenay ville blanche » en juillet 2017²⁰. De manière plus dramatique, un attentat a ciblé les personnes de confession musulmane, le 29 janvier 2017, à la grande mosquée de Québec, où six personnes ont été tuées alors qu'elles étaient en train de prier. Au dire du premier ministre du Québec en poste à ce moment-là, cet événement tragique devait être un moment décisif vers une prise de conscience collective sur l'urgence d'améliorer les rapports interculturels. Depuis, au contraire, la situation n'a fait que régresser. Dans la ville de Québec seulement, la police municipale a rapporté un accrois-

¹⁶ Pierre-André NORMANDIN, « Forte hausse des crimes haineux au Canada », *La Presse*, 29 novembre 2018, [En ligne] : <<https://www.lapresse.ca/actualites/national/201811/29/01-5206094-forte-hausse-des-crimes-haineux-au-canada.php>>.

¹⁷ Isabelle DUCAS, « Un Montréalais veut changer de prénom pour ne plus être discriminé », *La Presse*, 8 janvier 2019, [En ligne] : <https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/actualites-judiciaires/201901/08/01-5210248-un-montrealais-veut-changer-de-prenom-pour-ne-plus-etre-discrimine.php>.

¹⁸ Mélissa SAVOIE-SOULIÈRES, « Geste haineux à la mosquée de Saguenay », *Radio-Canada*, 1^{er} septembre 2013, [En ligne] : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/630169/mosquee-islamophobe-sang>>.

¹⁹ Pierre-Paul BIRON, « Une tête de porc devant la grande mosquée », *Le Journal de Montréal*, 19 juin 2016, [En ligne] : <<https://www.journaldequebec.com/2016/06/19/une-tete-de-porc-devant-la-grande-mosquee>>.

²⁰ Steeven TREMBLAY, « Une affiche indiquant “Saguenay ville blanche” près du cimetière de Saguenay », *Radio-Canada* (20 juillet 2017), [En ligne] : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1046237/affiche-indiquant-saguenay-ville-blanche-cimetiere>>.

sement des crimes haineux durant l'année qui a suivi l'attaque de janvier 2017 (de 25 en 2015 à 71 en 2017), où plus de la moitié des crimes (42 sur 71) ciblait les personnes de confession musulmane²¹.

En outre, à l'hiver 2017, certaines personnes ont exprimé des craintes concernant l'implantation d'un cimetière musulman dans un village de la région de Québec. Plus tôt à Montréal, en mai 2016, les habitants de l'arrondissement d'Achuntsic-Cartierville ont voté contre l'usage d'un centre communautaire comme lieu de culte par des musulmans²². En novembre 2016 cette fois, les habitants de l'arrondissement d'Outremont se sont prononcés en faveur d'un règlement voulant interdire tout nouveau lieu de culte dans l'avenue Bernard²³. Ainsi, de manière générale, le contexte sociétal québécois relativement aux relations interculturelles ne s'est pas amélioré au cours de la dernière décennie : et même, il semble y avoir mise en place d'une dynamique restrictive en matière de droits de la personne²⁴.

Dans ce contexte, beaucoup d'études portant sur les droits de la personne se sont penchées soit sur la dimension politique de cette dyna-

²¹ Stéphanie MARIN, « Les crimes haineux en hausse depuis l'attentat de Québec », *Le Soleil*, 29 janvier 2018, [En ligne] : <<https://www.lesoleil.com/actualite/la-capitale/les-crimes-haineux-en-hausse-depuis-lattentat-de-quebec-513147f9236d762a109762e990bf97c3>>.

²² *LE DEVOIR*, « Achuntsic-Cartierville dit non à une mosquée », *Le Devoir*, 6 juin 2016, [En ligne] : <<http://www.ledevoir.com/politique/montreal/472696/ahuntsic-cartierville-dit-non-a-une-mosquee>>.

²³ LA PRESSE CANADIENNE, « Référendum à Outremont : pas de nouveaux lieux de culte sur Bernard », *La Presse*, 20 novembre 2016, [En ligne] : <<https://www.lapresse.ca/actualites/grand-montreal/201611/20/01-5043492-referendum-a-outremont-pas-de-nouveaux-lieux-de-culte-sur-bernard.php>>.

²⁴ Conséquemment, il n'est pas surprenant de constater que, selon un sondage réalisé auprès de 1 501 personnes au Québec, pour le compte de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, plus de 45 % des répondants estiment que la religion constitue une « réalité globalement négative » et que 43 % se méfient « des personnes qui affirment trop clairement leur religion ». Voir à ce sujet : Pierre NOREAU, *Droits de la personne et diversité*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la Jeunesse, 2015, [En ligne] : <<https://www.crdp.umontreal.ca/nouvelles/2016/01/14/rapport-sur-la-perception-des-quebecois-a-legard-de-la-diversite/>>.

mique restrictive, en s'intéressant aux débats philosophiques ou politiques sur les modèles d'administration publique de la diversité (études normatives sur le multiculturalisme ou l'interculturalisme québécois²⁵), soit sur la dimension narrative de cette dynamique (études sur les conditions de la parole publique relativement au rapport majorité(s)-minorités²⁶). Nous croyons qu'une autre dimension, plus descriptive et empirique, n'a pas été amplement explorée : elle concerne la réalité de la discrimination vécue au cœur même des établissements publics. Alors que le contexte sociétal paraît moins favorable à la promotion des droits de la personne, qu'en est-il de la quotidienneté des relations interpersonnelles au sein des institutions publiques, plus particulièrement des établissements scolaires? Nous pensons que ces derniers peuvent constituer des espaces où l'étude quotidienne des discriminations y est propice, et ce, en raison du nombre important de citoyens qui les fréquentent chaque jour.

Afin de contribuer à l'amélioration des connaissances sur la réalité de la discrimination au Québec, nous proposons d'explorer l'hypothèse selon laquelle un établissement public, plus précisément un établissement

²⁵ Laurent DE BRIEY, « Multiculturalisme libéral vs. interculturalisme républicain », (2013) 34-1 *La Revue Tocqueville* 89; Gérard BOUCHARD, *L'interculturalisme. Un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2012; Geoffrey BRAHM LEVEY, « Interculturalism vs. Multiculturalism: A Distinction without a Difference? », (2012) 33-2 *Journal of Intercultural Studies* 217; François ROCHER et Bob W. WHITE, « L'interculturalisme québécois dans le contexte du multiculturalisme canadien », (2014) 49 *Institut de recherche en politiques publiques* 1; Luc B. TREMBLAY, « The Bouchard-Taylor Report on Cultural and Religious Accommodation: Multiculturalism by any other Name? », (2010) 15-1 *Revue d'études constitutionnelles* 35.

²⁶ Sirma BILGE, « "...alors que nous, Québécois, nos femmes sont égales à nous et nous les aimons ainsi" : la patrouille des frontières au nom de l'égalité de genre dans une "nation" en quête de souveraineté », (2010) 42-1 *Sociologie et sociétés* 197; Maryse POTVIN, Geneviève AUDET et Marie MCANDREW, « Les discours d'opinion à l'égard du jugement sur le port du kirpan à l'école dans la presse québécoise », dans Marie MCANDREW (dir.) et al., *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique*, Montréal, Fides, 2008, p. 243; Samuel DALPÉ et David KOUSSENS, « Les discours sur la laïcité pendant le débat sur la «Charte des valeurs de la laïcité». Une analyse lexicométrique de la presse francophone québécoise », (2016) 57-2-3 *Recherches sociographiques* 455.

d'enseignement collégial au Québec, peut représenter un *espace d'atténuation des discriminations*, en ce sens où les personnes qui le fréquentent seraient moins exposées à des situations de discrimination quand elles s'y trouvent. La démarche s'appuie sur une étude empirique quantitative réalisée dans un Collège d'enseignement général et professionnel situé à Montréal, au printemps 2018, auprès de plus de 600 étudiants. Les résultats obtenus révèlent d'abord un écart important entre les situations de discrimination vécues à l'intérieur de l'établissement (moins fréquentes) par comparaison avec celles qui surviennent à l'extérieur de celui-ci (plus fréquentes). Ensuite, les mêmes résultats permettent d'établir une différence notable entre l'ensemble des situations de discrimination vécues (tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'établissement) entre les étudiants issus de l'immigration (plus fréquentes) et ceux qui ne le sont pas (moins fréquentes).

Notre propos se présente de la manière suivante : nous discuterons d'abord du droit à l'égalité au Québec, afin de bien situer notre étude dans les contextes juridique et sociopolitique québécois (partie I). Ensuite, nous exposerons les résultats détaillés de l'enquête réalisée dans le Collège (partie II). Enfin, nous proposerons une discussion afin d'éclairer les données récoltées en nous intéressant à la quotidienneté et à la promotion de l'égalité au sein des établissements publics, dans le but d'alimenter les recherches futures en rapport avec le droit à l'égalité au Québec et ailleurs (partie III).

I. Le droit à l'égalité et le contexte québécois

Au Québec, le droit à l'égalité est prévu par l'article 15 de la Charte canadienne²⁷ et l'article 10²⁸ de la Charte québécoise²⁹. Le cadre

²⁷ Article 15 de la Charte canadienne :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

²⁸ Article 10 de la Charte québécoise :

d'analyse en matière de droit à l'égalité proposé par la Cour suprême du Canada d'abord dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'Immigration)* en 1999 et ensuite simplifié dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)* en 2011, se présente comme un test à deux volets :

- La loi crée-t-elle une distinction fondée un motif énuméré ou analogue?
- La distinction entraîne-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes³⁰?

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, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans les mesures prévues 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.

²⁹ Toutefois, la Charte québécoise ne fait pas de l'égalité un droit fondamental. Contrairement à la Charte canadienne, la Charte québécoise ne protège pas le droit à l'égalité en soi, mais plutôt comme une modalité des droits et libertés. Ce droit n'est protégé que dans l'exercice des autres droits et libertés garantis par la Charte québécoise. Le droit à l'absence de discrimination ne peut donc pas à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit : *Québec (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.); *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.). De plus, il faut dire que la législation en matière de droit de la personne en vertu de la Charte québécoise, laquelle s'applique dans le contexte des Collèges québécois, est assujettie à l'obligation de conformité aux normes constitutionnelles, dont celles qui sont énoncées dans la Charte canadienne. La Charte québécoise s'interprète à la lumière de la Charte canadienne et des autres lois canadiennes en matière de droit de la personne : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665; Henri BRUN, Pierre BRUN et Fannie LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne. Législation. Jurisprudence. Doctrine*, 31^e éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 2018, p. 915.

³⁰ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12 :

Il convient de préciser que le recours entrepris en cas de plainte fondée sur la Charte québécoise, qui concerne les établissements d'enseignement collégial, comporte une démarche à deux volets qui impose successivement au demandeur et au défendeur un fardeau de

De manière générale, ce cadre d'analyse se fonde plutôt sur des principes fondamentaux liés à l'égalité, et non sur des critères précis qui ne tiendraient pas compte de facteurs contextuels, notamment³¹.

Dans l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci mentionne ceci :

[Le but de l'article 15 (1) est de] préserver la dignité humaine au moyen de l'élimination du traitement discriminatoire. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique ou psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne [...] La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes ou des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés³².

Suivant cette conception de la dignité humaine, la garantie d'égalité énoncée dans la Charte canadienne invite alors à tenir compte de la « conduite discriminatoire ». C'est donc la réalité de la discrimination

preuve distinct. Dans un premier temps, l'article 10 de la Charte requiert du demandeur qu'il apporte la preuve de trois éléments: (1) une distinction, exclusion ou préférence; (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'article 10; (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Si ces trois éléments sont établis, il y a alors « discrimination *prima facie* » ou « à première vue ». Dans un second temps, le défendeur peut justifier sa décision ou sa conduite en invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence. S'il échoue, le tribunal conclura alors à l'existence de discrimination. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, (2015) 2 R.C.S. 789; 2015 CSC 39.

³¹ H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, préc., note 29, p. 635.

³² *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 30, par. 53.

que vise le droit à l'égalité, non l'attitude ni le mobile derrière la conduite. En d'autres termes, c'est l'effet qui compte³³.

D'ailleurs, la distinction entre égalité formelle et égalité réelle est maintenant bien connue en droit canadien. S'éloignant d'une conception formelle de l'égalité, la Cour suprême a spécifié que le droit à l'égalité « ne garantit pas le droit à un traitement identique. Il garantit plutôt à chacun le droit d'être protégé contre toute discrimination³⁴ ». L'égalité réelle nécessite de s'intéresser aux facteurs contextuels, à la réalité sociale des individus et des groupes, et même aux dynamiques de pouvoir qui s'opèrent entre eux dans la société canadienne³⁵. En ce sens, ce que l'on considère en droit canadien comme de la discrimination (une *inégalité réelle*) doit tenir compte de « la situation véritable du groupe et [du] risque que la mesure contestée aggrave sa situation³⁶ ».

En ce sens, lorsqu'on s'intéresse aux situations de discrimination liées aux différences ethnoculturelles³⁷, une approche contextuelle semble pertinente, laquelle invite à considérer le droit à l'égalité d'une manière plus étendue. L'étude sur le contexte du droit³⁸ vise ainsi le double

³³ *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, par. 61; H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, préc., note 29, p. 638.

³⁴ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 30, par. 31.

³⁵ Plus précisément, l'article 15 impose une analyse contextuelle et le rejet de l'approche formaliste d'un traitement analogue : *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 30; H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, préc., note 29, p. 637.

³⁶ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 30, par. 37.

³⁷ *Stricto sensu*, l'expression « différence ethnoculturelle » renvoie, selon nous, aux motifs de la race (ou de l'origine) ou de la religion. Il serait trop long d'expliciter la jurisprudence de ces deux motifs ici. Contentons-nous de dire que le point commun de ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions et de pratiques stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle : *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, préc., note 29, p. 640.

³⁸ Selon Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la*

examen du droit « des textes » et le droit « en contexte ». Par l'expression « droit des textes », nous entendons, au sens du juriste français Jean Carbonnier, les « références formalisées du droit », à savoir les textes de lois, les raisonnements légaux et les tests jurisprudentiels³⁹. L'idée est de comprendre de l'intérieur le droit, de réfléchir sur l'esprit juridique par l'intermédiaire des sources étatiques du droit, où la juridicité commence et se termine à l'épicentre de la normativité : l'État⁴⁰. Par la tournure « droit en contexte », nous voulons signifier, à l'instar du juriste canadien Jean-Guy Belley, l'ensemble des relations et des pratiques qui « interfèrent » avec le droit⁴¹. Suivant cette perspective, l'étude du droit à l'égalité dans le contexte d'un établissement scolaire invite à prendre en considération

pratique des juristes, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 9 et 10, le contexte social du droit comprend un ensemble d'éléments parfois entrecroisés qui contribuent à orienter la mobilisation publique du droit. On peut alors penser à « toute une série de faits, de pratiques sociales, de présupposés idéologiques explicites ou implicites, de normes dites « extrajuridiques », d'opinions, d'attitudes, de croyances et de perceptions ».

³⁹ Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 1988; voir également, sur le même sujet, Jacques COMMAILLE, « Les nouveaux enjeux épistémologiques de la mise en contexte du droit », (2013) 70-1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 62.

⁴⁰ Dans une perspective positiviste, la valeur épistémologique accordée aux sources formelles est en phase avec le projet disciplinaire du droit moderne, soit de « servir la volonté de gouvernance d'un État de droit regardé comme légitime à l'intérieur d'une nation » : voir Violaine LEMAY et Benjamin PRUD'HOMME, « Former l'apprenti-juriste à une approche du droit réflexive et critique, mais aussi sereinement positiviste: l'heureux exemple d'une revisite du cours "Fondements du droit" à l'Université de Montréal », (2011) 52 *C. de D.* 581, 608.

⁴¹ Selon la perspective du pluralisme juridique, l'étude du droit se fait selon une approche plus large que celle qui est défendue par le positivisme juridique, celui-ci refusant de dissocier le terme « droit » du droit de l'État, en étant ouvert notamment à l'infra-droit (le droit de l'autonomie juridique conférée ou reconnue, ou les deux à la fois, par l'État) et au non-droit (des normes et des pratiques extra-étatiques, comme des normes religieuses) : voir Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26-2 *Revue Canadienne Droit et Société* 257, 260; voir également : Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 28-1 *C. de D.* 91; Guy ROCHER, « Les "phénomènes d'internormativité" : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 14.

les conduites pouvant représenter une atteinte aux droits de la personne, de même qu'à la dignité humaine sous-jacente au droit à l'égalité.

II. Le droit à l'égalité sous tension : la diversité québécoise mise en débat

Depuis 2006, les enjeux liés au droit à l'égalité sont discutés publiquement de manière plus aiguë qu'auparavant. À la suite de l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*⁴², qui autorise conditionnellement le port du kirpan dans les écoles publiques, une « crise des accommodements raisonnables » dans la société québécoise a forcé le gouvernement du Québec à créer une commission d'enquête sur le sujet, laquelle a déposé en 2008 un rapport recommandant notamment l'adoption de l'interculturalisme comme politique d'intégration⁴³. Après le dépôt du rapport, lequel contenait une trentaine de recommandations⁴⁴, le gouvernement du Québec a choisi de soumettre, trois ans plus tard, le projet de loi n° 94⁴⁵. Celui-ci prévoyait en particulier l'obligation de

⁴² *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6.

⁴³ Selon le rapport issu des travaux de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, la « crise des accommodements » est d'abord et avant tout une crise des perceptions. En vertu des analyses spécialisées commandées par la Commission, la situation concernant les pratiques d'accommodement dans les institutions publiques est jugée contrôlée. La nature de la crise se fonde sur l'impression d'une absence de balises juridiques et sur la constitution d'un malaise chez la majorité francophone relativement à l'expression du religieux minoritaire : voir Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, rapport, Québec, Gouvernement du Québec, 2008.

⁴⁴ *Id.*; les recommandations s'orientaient sur cinq axes :

- définitions de politiques publiques (interculturalisme et laïcité);
- amélioration des programmes d'intégration (reconnaissance des diplômes des immigrants);
- bonification de la formation des employés de l'État et des décideurs locaux (formation à la gestion de la diversité culturelle et religieuse);
- clarification des balises en matière d'accommodements;
- lutte active contre les discriminations.

⁴⁵ *Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements*, projet de loi n° 94 (étude détaillée – 28 septembre 2011), 1^{re} sess., 39^e légis. (Qc).

fournir et de recevoir des services publics à visage découvert, ciblant ainsi directement la pratique religieuse de certaines musulmanes⁴⁶. Au lendemain des élections de septembre 2012, le nouveau gouvernement minoritaire du Parti québécois a abandonné le projet de loi n° 94 et déposé, en novembre 2013, le projet de loi n° 60, où il reprenait l'obligation de prestation et de réception des services publics à visage découvert. Ce sera cependant l'interdiction de porter un signe religieux pour l'ensemble des employés de l'État qui suscitera un débat intense et polarisant dans la société québécoise, divisé entre deux positions antagonistes : pour ou contre le projet de loi⁴⁷.

⁴⁶ Sur le sujet du voile intégral, consulter notamment : Valérie AMIRAUX, « The “Illegal Covering” Saga: What’s Next? Sociological Perspectives », (2013) 19-6 *Social Identities: Journal for the Study of Race, Nation and Culture* 794; Chantal MAILLÉ et Daniel SALÉE, « Quebec, Secularism and Women’s Rights. On Feminism and Bill 94 », dans Chantal MAILLÉ et Daniel SALÉE (dir.), *Revealing Democracy. Secularism and Religion in Liberal Democratic States*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2013, p. 11; David KOUSSENS, Stéphane BERNATCHEZ et Marie-Pierre ROBERT, « Le voile intégral : analyse juridique d’un objet religieux », (2014) 29-1 *Revue Canadienne Droit et Société* 77; Pascale FOURNIER, « Headscarf and Burqa Controversies at the Crossroad of Politics, Society and Law », (2013) 19-6 *Social Identities: Journal for the Study of Race, Nation and Culture* 689; David KOUSSENS et Olivier ROY (dir.), *Quand la burqa passe à l’ouest. Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014.

⁴⁷ Nous ne pouvons pas ici rendre compte de l'ensemble de la littérature portant sur le projet de loi n° 60, aussi appelé la « Charte des valeurs ». Pour l’instant, citons : Marie-Claude HAINCE, Yara EL-GHADBAN et Leïla BENHADJOUJIA (dir.), *Le Québec, la Charte, l’Autre. Et après?*, Montréal, Éditions Mémoire d’encrier, 2014; Jocelyn MACLURE, « Charte des valeurs et liberté de conscience », (2013) Novembre-décembre 2013 *Policy Options* 49; Bertrand LAVOIE, « S’approprier la laïcité malgré la tourmente sociale : la présence d’une posture “optimiste critique” chez des femmes musulmanes portant le hijab au Québec », (2018) 47-1 *Sciences religieuses* 25; Ryoa CHUNG, « Un regard féministe sur le projet de loi 60 selon l’approche des capacités de Martha Nussbaum », dans Marie-Claude HAINCE, Yara EL-GHADBAN et Leïla BENHADJOUJIA (dir.), *id.*, p. 9; S. DALPÉ et D. KOUSSENS, préc., note 26; Janique JOHNSON-LAFLEUR et al., « L’espace québécois du vivre-ensemble mis à l’épreuve par le débat sur la Charte des valeurs : expériences et perceptions d’intervenants du domaine de la santé et des services sociaux œuvrant en contexte de pluriethnicité », (2016) 28-1 *Nouvelles Pratiques sociales* 175; Jocelyn MACLURE, « Charte des valeurs et liberté de conscience », dans Denis

Après la défaite du Parti québécois aux élections d'avril 2014, le nouveau gouvernement majoritaire du Parti libéral a délaissé le projet de loi n° 60. Il a opté plutôt pour un autre projet de loi, devenu le 18 octobre 2017 la *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour motif religieux dans certains organismes*⁴⁸. Cette loi, qui codifie pour la première fois au Québec le principe de neutralité religieuse de l'État, prévoit spécialement, à l'article 10, l'obligation de se découvrir le visage à l'occasion de la prestation et de la réception de services publics, obligation suspendue par la Cour supérieure du Québec le 1^{er} décembre 2017 mais reconfirmée le 28 juin 2018⁴⁹. Or, à la suite des élections du 1^{er} octobre 2018, le nouveau gouvernement du Québec, majoritaire et représenté par la Coalition Avenir Québec, a fait adopter le 16 juin 2019 la *Loi sur la laïcité de l'État*, contenant en particulier l'interdiction de porter des signes religieux visibles pour les employés de l'État en position d'autorité, ce qui inclut, entre autres, les policiers, les gardiens de prisons et les enseignants du primaire et du secondaire⁵⁰.

JEFFREY (dir.), *Laïcité et signes religieux à l'école*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2015, p. 51; Guillaume LAMY, *Laïcité et valeurs québécoises. Les sources d'une controverse*, Montréal, Québec Amérique, 2015.

⁴⁸ *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes*, RLRQ, c. R-26.2.01. Concernant la neutralité religieuse de l'État en droit canadien, consulter notamment : Pierre BOSSET, « La neutralité de l'État en matière religieuse : méandres d'une notion », (2017) 51-2-3 *RJTUM* 305; Benjamin L. BERGER, « Religious Diversity, Education, and the "Crisis" in State Neutrality », (2014) 29-1 *Revue Canadienne Droit et Société* 103; Bruce RYDER, « State Neutrality and Freedom of Conscience and Religion », (2005) 29-2 *Supreme Court Law Review* 171; David M. BROWN, « Neutrality of Privilege? A Comment on Religious Freedom », (2005) 29 *Supreme Court Law Review* 221.

⁴⁹ *National Council of Canadian Muslim (NCCM) c. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 5459; *National Council of Canadian Muslims (NCCM) c. Attorney General of Quebec*, 2018 QCCS 2766.

⁵⁰ En plus de cette interdiction, la *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3, reprend l'obligation de prestation et la réception de services publics à visage découvert, de même que la modification de la Charte québécoise en y incluant la laïcité à l'article 9.1.

III. Le Collège comme rempart de l'égalité

Au Québec, les Collèges d'enseignement général et professionnel ont été créés en 1967 en vertu de la *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*⁵¹. Implantés dans toutes les régions du Québec et uniques au Canada, les 48 Collèges publics sont des établissements d'enseignement supérieur. Les frais de scolarité représentent environ 150 \$ par trimestre, et les étudiants y ont accès après six années d'études primaires et cinq années d'études secondaires : ils doivent terminer leur programme d'études préuniversitaires ou techniques afin d'accéder à l'université ou au marché du travail⁵². En août 2018, 172 814 étudiants se sont inscrits dans l'un ou l'autre des 48 établissements d'enseignement collégial québécois, dont 57 581 dans un des 12 Collèges de la région de Montréal⁵³. C'est d'ailleurs là que la diversification ethnoculturelle est la plus marquée dans la province de Québec, près de 80 % des personnes immigrantes s'y installant⁵⁴.

Le Collège à l'étude, qui voit sa population étudiante se diversifier de manière importante depuis le début du XXI^e siècle, est un établissement d'enseignement supérieur public, dont la mission est de contribuer à la formation d'une personne qualifiée, responsable et engagée qui participera activement à la vie de la communauté. Les données compilées par l'organisation scolaire de l'établissement ayant pris part à notre étude nous permettent de tracer un portrait de la période 2008-2017 concernant le

⁵¹ *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, RLRQ, c. C-29.

⁵² En 2017, 46,1 % des étudiants inscrits à un programme menant à l'obtention d'un diplôme d'études collégiales (DEC) fréquentent un programme préuniversitaire : FÉDÉRATION DES CÉGEPS, « Formation préuniversitaire », *Fédération des cégeps*, [En ligne] : <<https://www.fedecegeps.qc.ca/cegeps/formation-pre-universitaire/>>.

⁵³ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION ET DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR, « Prévisions de l'effectif étudiant au collégial », Québec, Gouvernement du Québec, 2019 [En ligne] : <<http://www.education.gouv.qc.ca/references/tx-solrtperecherche/publicationtx-solrpublicationnouveau/resultats-de-la-recherche/detail/article/previsions-de-leffectif-etudiant-au-collegial/>>.

⁵⁴ Simon BÉZY, « Migrations internationales et interprovinciales », dans INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec*, Québec, ISQ, 2019, [En ligne] : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/migration/internationales-interprovinciales/index.html>>.

pays de naissance des étudiants qui fréquentent alors le Collège. Depuis 2008, on constate une augmentation croissante des étudiants nés à l'extérieur du Canada (voir le tableau 1).

Tableau 1 Répartition des étudiants du Collège inscrits pendant la période 2008-2017 selon leur pays de naissance

Nous remarquons en effet une progression constante des étudiants nés à l'extérieur du Canada depuis l'automne 2008 (20,3 %) jusqu'à l'automne 2017 (34,2 %). Cette croissance est stable depuis 2008. C'est là un changement appréciable de la composition démographique de la population étudiante du Collège, modification qui s'annonce durable. Plus précisément, on observe une diversification de la population cible selon le pays de naissance. En effet, d'après les tableaux 2 et 3, la proportion des étudiants nés au Québec était de 76 % en 2008, tandis qu'elle se situait à 65 % en 2017. Les principaux changements de 2008 à 2017 sont les suivants : alors que l'on voit une baisse significative des étudiants nés au Québec (- 11 %), on note une augmentation des étudiants originaires de l'Afrique du Nord et de l'Asie du Sud-Ouest (+ 3 %), de l'Afrique subsaharienne (+ 6 %) et de l'Amérique centrale et du Sud (+ 3 %). Parmi les dix pays de naissance autres que le Canada, ce sont Haïti, la France et

l’Algérie qui se révèlent être les plus présents au sein de la population étudiante du Collège.

Tableau 2 Répartition des étudiants du Collège à l'automne 2008 selon leur région de naissance

Tableau 3 Répartition des étudiants du Collège à l'automne 2017 selon leur région de naissance

A) La méthodologie du sondage effectué au printemps 2018

Nous avons sélectionné le Collège comme établissement participant en grande partie en raison de la diversification croissante de sa population étudiante selon le pays de naissance, à l'instar de la population québécoise en général. Nous avons collaboré avec la Direction des études afin d'élaborer un mandat de recherche, lequel visait à fournir à l'administration du Collège des données probantes relativement à sa population étudiante en matière de relations interculturelles, afin de soutenir l'élaboration d'une politique interne sur le « vivre-ensemble ». Pour mener à bien notre mandat, nous avons mis sur pied un comité de recherche, composé de neuf membres du personnel du Collège (conseillers pédagogiques, enseignants, travailleurs sociaux et techniciens) et de deux membres externes, soit deux professeurs venant de facultés de droit. Échelonnés de janvier 2017 à décembre 2018, les travaux de ce comité de recherche ont conduit à l'élaboration d'un sondage en français portant sur les relations interculturelles, distribué aux étudiants entre le 3 et le 20 avril 2018, par l'entremise de leur compte personnel d'étudiant⁵⁵. Au total, 611 répondants se sont rendus jusqu'à la fin du sondage (voir le portrait détaillé de leur répartition au tableau 4⁵⁶).

⁵⁵ Pour s'assurer du caractère scientifique de l'exercice, le comité de recherche a décidé d'entreprendre les démarches auprès du comité d'éthique de la recherche afin d'obtenir un certificat d'approbation éthique; certificat obtenu le 26 février 2018.

⁵⁶ Parmi les 611 répondants, 63,5 % ont dit s'identifier à la catégorie « Femme »; 34,6 %, à la catégorie « Homme »; et 1,9 %, à la catégorie « Autre ».

Tableau 4 Répartition des répondants selon le genre, l'âge et la génération d'immigration

Genre				
Féminin	Masculin	Autre	Refus de répondre	
63,1%	34,2%	1,5%	1,5%	
Âge				
16-17 ans	18-19 ans	20 à 24 ans	25 ans et plus	Refus de répondre
11,5%	33,6%	32,0%	20,5%	2,2%
Génération d'immigration				
Né au Canada, 2 parents né au Canada	Né au Canada, 1 ou 2 parents nés à l'étranger (2 ^e génération)	Né à l'étranger (1 ^{re} génération)		
54,8%	16,7%	28,5%		

B) Les perceptions de la diversité, les inégalités vécues et les opinions à l'égard de l'établissement

Trois types de données nous intéressent quant à la documentation de notre hypothèse relative aux institutions publiques comme espaces d'atténuation des discriminations : 1) les perceptions de la diversité ethnoculturelle chez les répondants; 2) les situations d'inégalités vécues à l'intérieur et à l'extérieur de l'établissement; et 3) les opinions à l'égard de l'établissement.

D'abord, concernant les perceptions relatives à la diversité, près de 60 % des répondants considèrent qu'étudier dans un établissement où il y a des nationalités différentes est enrichissant pour eux, dans une proportion plus élevée chez les étudiantes (63 %) par comparaison avec les étudiants (48 %) (voir le tableau 5). En outre, le taux augmente de manière notable chez les étudiants issus de l'immigration, où il se situe à 57 % pour les étudiants de deuxième génération et à 81 % pour les étudiants de première génération.

Tableau 5 Perception de la diversité chez les étudiants du Collège

« Étudier dans un Cégep où il y a des pays différents, c'est... »				
	Enrichissant	Neutre	Nuisible	Refus de répondre
Moyenne générale	59,1%	36,8%	0,5%	3,6%
Genre				
Féminin	63,2%	34,2%	0,0%	2,6%
Masculin	48,7%	45,2%	1,3%	4,8%
Génération d'immigration				
Né au Canada, 2 parents nés au Canada	46,3%	49,0%	0,6%	4,2%
Né au Canada, 1 ou 2 parents nés à l'étranger (2e génération)	56,9%	41,2%	0,0%	2,0%

Ensuite, plusieurs questions ont été posées sur les situations d'inégalité présentes à l'intérieur et à l'extérieur du Collège, où l'on faisait référence soit à des *pratiques associables à de la discrimination au sens de la loi*⁵⁷, soit à des *conduites ou pratiques discriminantes*⁵⁸. En ce qui a trait aux premières, par référence à la couleur de peau, à la nationalité ou aux croyances religieuses des étudiants, nous leur avons demandé s'ils avaient déjà été victimes d'un traitement défavorable⁵⁹ de la part d'un enseignant ou d'un membre du personnel non enseignant. Pour ce qui est des conduites ou des pratiques discriminantes, trois situations liées à des conduites ou pratiques discriminantes liées aux mêmes trois motifs ont fait

⁵⁷ Par l'expression « pratiques associables à de la discrimination au sens de la loi », nous faisons référence à des situations où c'est l'établissement, notamment par l'entremise de son personnel, qui est l'auteur de la pratique impliquant une distinction liée à un préjugé ou à un stéréotype, suivant le cadre d'analyse préconisé dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Éducation)*, préc., note 30; *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 30.

⁵⁸ Par l'expression « conduites ou pratiques discriminantes », nous nous reportons à des situations où ce sont des personnes autres que les membres du personnel de l'établissement qui sont à l'origine de la pratique impliquant une distinction liée à un préjugé ou à un stéréotype, suivant le cadre d'analyse préconisé en droit canadien, ou encore qui implique une violation de l'intégrité physique ou mentale d'une personne motivée par un des motifs prévus par l'article 15 de la Charte canadienne ou à l'article 10 de la Charte québécoise.

⁵⁹ Par l'expression « traitement défavorable », nous entendons l'impression d'un traitement différent et désavantageux au moment de la réception d'un service de la part d'un enseignant (par exemple, à l'occasion de la correction d'une évaluation) ou de la part d'un membre du personnel (par exemple, un manque de considération durant une rencontre avec un travailleur social).

l'objet de questions, soit le fait d'avoir été victimes d'insultes verbales, de moqueries ou de blagues douteuses ou d'une agression physique (voir le tableau 6).

Tableau 6 Perception des étudiants selon des situations d'inégalité vécues personnellement au Collège sur la base de leur nationalité, de leur couleur de peau ou de leurs croyances religieuses

	Présence d'insultes verbales	Présence de moqueries et blagues douteuses	Présence d'agression physique	Présence d'un traitement défavorable de la part d'un enseignant	Présence d'un traitement défavorable de la part d'un membre du personnel
Moyenne générale	15,1%	30,3%	2,3%	23,5%	12,0%
Genre					
Féminin	14,5%	29,0%	2,1%	24,9%	12,6%
Masculin	16,2%	31,6%	1,8%	17,1%	7,5%
Génération d'immigration					
Né au Canada, 2 parents né au Canada	13,7%	24,2%	2,7%	14,6%	7,8%
Né au Canada, 1 ou 2 parents nés à l'étranger (2e génération)	11,8%	31,4%	2,0%	20,6%	12,7%
Né à l'étranger (1re génération)	17,2%	39,7%	1,7%	32,8%	16,7%

À propos de la présence d'un traitement défavorable de la part d'un enseignant, 23,5 % des personnes interrogées disent avoir vécu cette situation : on constate une proportion légèrement plus élevée chez les étudiantes (24,9 %) comparativement aux étudiants (17,1 %). Les étudiants issus de l'immigration risquent davantage de vivre une situation impliquant, à leur avis, un traitement défavorable de la part d'un enseignant, soit 20,6 % pour les étudiants de deuxième génération d'immigration et 32,8 % pour les étudiants de première génération. En ce qui concerne la présence d'un traitement défavorable de la part d'un membre du personnel, en moyenne 12 % des personnes interrogées disent avoir connu cette situation : la proportion est plus élevée chez les étudiantes (12,6 %) que chez les étudiants (7,5 %). De même, la probabilité de vivre cette situation s'accroît chez les étudiants issus de l'immigration (12,7 % pour ceux qui sont issus de la deuxième génération et 16,7 % pour la première génération).

Relativement aux trois autres types de situations, soit la présence d'insultes verbales, 15 % des étudiants en moyenne disent avoir vécu des situations où ils ont enduré des insultes verbales en rapport avec leur

nationalité, leur couleur de peau ou leurs croyances religieuses. Cette proportion est similaire chez les hommes et les femmes, et légèrement plus élevée chez les étudiants de première génération d'immigration (17,1 %). Au sujet de la présence de moqueries ou de blagues douteuses, 30 % des étudiants en moyenne disent avoir déjà connu cette situation, et ce, dans une proportion légèrement plus élevée pour les hommes (31,6 %) par comparaison avec les femmes (29 %). On constate une probabilité plus élevée (39,7 %) chez les étudiants de première génération d'immigration comparativement à ceux qui ne sont pas issus de l'immigration (24,2 %). Quant à l'agression physique, 2 % des étudiants en moyenne disent en avoir subi une dans le Collège, ce qui correspond par ailleurs à l'ensemble des indicateurs analysés dans la présente étude.

Nous nous intéressons ici également aux données compilées relativement aux situations d'inégalité vécues à l'extérieur du Collège (voir le tableau 7).

Tableau 7 Perception des étudiants selon des situations d'inégalité vécues personnellement à l'extérieur du Collège sur la base de leur nationalité, de leur couleur de peau ou de leurs croyances religieuses

	Présence d'insultes verbales	Présence de moqueries et blagues douteuses	Présence d'agression physique	Présence d'un traitement défavorable de la part d'une personne en position d'autorité (employeur, propriétaire de logement, agents de l'État)
Moyenne générale	36,2%	44,3%	12,5%	33,3%
Genre				
Féminin	33,7%	43,2%	11,2%	33,3%
Masculin	40,8%	46,1%	15,4%	31,1%
Génération d'immigration				
Né au Canada, 2 parents né au Canada	30,4%	35,5%	12,5%	23,6%
Né au Canada, 1 ou 2 parents nés à l'étranger (2e génération)	45,1%	54,9%	14,7%	45,1%
Né à l'étranger (1re génération)	40,2%	51,7%	11,5%	39,7%

En comparant les données des tableaux 6 et 7, on remarque la présence d'un décalage entre les situations d'inégalité vécue à l'intérieur et à l'extérieur du Collège. En effet, il y a une augmentation de près de 10 % entre les situations impliquant un traitement défavorable auprès d'un enseignant et auprès d'une personne en position d'autorité à l'extérieur de

l'établissement et de plus de 20 % dans le cas d'un membre du personnel non enseignant. Cette hausse concerne autant les étudiants immigrants que les étudiants non immigrants :

- 11 % de plus pour les étudiants non immigrants;
- 33 % de plus pour les étudiants immigrants de deuxième génération;
- 23 % de plus pour les étudiants immigrants de première génération.

On note aussi un accroissement marqué des cas de conduites ou de pratiques discriminatoires à l'extérieur du Collège selon les trois indicateurs mentionnés plus haut :

- de 15 % qui ont subi des insultes à l'intérieur du Collège, on passe à 36 % à l'extérieur de celui-ci;
- de 30 % qui ont été la cible de moqueries ou de blagues douteuses dans le Collège, le taux atteint 44 % à l'extérieur de l'établissement;
- de 2 % qui ont été victimes d'une agression physique dans le Collège, le taux se situe à près de 13 % à l'extérieur de l'établissement.

Ce décalage est particulièrement significatif pour les étudiants immigrants, car la probabilité d'être victime d'un traitement défavorable de la part d'une personne en situation d'autorité à l'extérieur de l'établissement est alors trois fois plus importante si l'on compare avec la même situation impliquant le personnel non enseignant :

- de 45,1 %, on chute à 16,7 % pour les étudiants immigrants de première génération;
- de 45,1 %, le taux descend à 12,7 % pour les étudiants immigrants de deuxième génération.

La probabilité est près de deux fois plus importante si l'on compare avec la même situation impliquant le personnel enseignant :

- de 45,1 %, on passe à 32,8 % pour les étudiants immigrants de première génération;
- et de 45,1 %, on diminue jusqu'à 20,6 % pour les étudiants de deuxième génération.

De même, il y a une hausse appréciable des cas de conduites ou de pratiques discriminatoires vécues par des étudiants immigrants de première génération à l'extérieur du Collège selon les trois indicateurs mentionnés plus haut :

- de 17,2 % qui ont subi des insultes à l'intérieur du Collège, le taux se chiffre à 40,2 % à l'extérieur de celui-ci;
- de 39,7 % qui ont été la cible de moqueries ou de blagues douteuses dans le Collège, le taux augmente à 51,7 % à l'extérieur de l'établissement;
- de 1,7 % qui ont été victimes d'une agression physique dans le Collège, le taux s'élève à 11,5 % à l'extérieur de l'établissement.

Nous observons le même accroissement impressionnant des cas de conduites ou de pratiques discriminatoires vécues par des étudiants immigrants de deuxième génération à l'extérieur du Collège selon les trois indicateurs mentionnés plus haut :

- de 11,8 % qui ont subi des insultes à l'intérieur du Collège, le taux passe à 45,1 % à l'extérieur de celui-ci;
- de 31,4 % qui ont été la cible de moqueries ou de blagues douteuses dans le Collège, le taux se situe à 54,9 % à l'extérieur de l'établissement;
- de 2 % qui ont été victimes d'une agression physique dans le Collège, le taux atteint 14,7 % à l'extérieur de l'établissement.

IV. La quotidienneté, source d'égalité profonde?

Considérant tous les indicateurs, la probabilité de vivre des situations d'inégalité est plus importante à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'établissement. Ces données alimentent la thèse selon laquelle le Collège,

en tant qu'institution publique, joue le rôle d'un « rempart » contre la discrimination vécue de la part des étudiants et des étudiantes qui fréquentent l'établissement, en particulier pour les personnes issues de l'immigration. Conséquemment, il n'est pas étonnant de constater que, de manière très majoritaire (89,3 %), les étudiants considèrent que le Collège est un environnement respectueux de leur nationalité, de leur couleur de peau ou de leurs croyances religieuses, et ce, dans une proportion légèrement plus élevée pour les étudiantes (92,4 %) par comparaison avec les étudiants (87,7%) (voir le tableau 8). Fait intéressant, les étudiants de première génération d'immigration convergent, dans une proportion plus élevée (94,8 %), vers la même opinion.

Tableau 8 Opinions concernant l'appréciation du Collège en tant qu'environnement respectueux de la diversité

	En accord	En désaccord	Refus de répondre
Moyenne générale	89,3%	4,8%	5,9%
Genre			
Féminin	92,4%	2,9%	4,8%
Masculin	87,7%	6,1%	6,1%
Génération d'immigration			
Né au Canada, 2 parents né au Canada	89,9%	4,8%	5,4%
Né au Canada, 1 ou 2 parents nés à l'étranger (2e génération)	89,2%	4,9%	5,9%
Né à l'étranger (1re génération)	94,8%	3,4%	1,7%

Selon ces résultats, l'établissement d'enseignement représenterait ainsi un espace d'atténuation des situations de discrimination ou des situations qui s'apparentent à de la discrimination au sens de la loi. Trois facteurs importants peuvent expliquer ces résultats. Premièrement, il est fort probable que le fait de se côtoyer de manière régulière (presque tous les jours durant l'année scolaire) et pendant une longue période de temps (les programmes d'études ont une durée de deux à trois années) favorise la *familiarité* entre les étudiants. Le contraste avec le fait de croiser des personnes dans la rue ou dans l'espace public est évident : alors que l'anonymat des rapports interpersonnels caractérise l'espace public, l'établissement public, pour sa part, est marqué par la familiarité. Une pratique ou une conduite discriminante est susceptible d'être moins fréquente si l'auteur sait qu'il risque de revoir à nouveau sa victime, ce qui est le cas dans un Collège mais non dans la rue.

Deuxièmement, les étudiants d'un même Collège partagent sensiblement *le même objectif*, soit celui de la réussite scolaire. À notre avis, ce fait peut favoriser les rapprochements entre les étudiants, ce qui n'est pas le cas pour des citoyens dans la rue. Que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de la classe, un but commun peut engendrer un sentiment de similarité et de complémentarité, qui contribuera éventuellement à réduire la distance interculturelle entre des personnes ayant des parcours de vie différents sur le plan de la culture ou de la religion.

Troisièmement, rappelons que le Collège est un établissement public ayant adopté des politiques internes qui encadrent et protègent les droits de la personne. Pour les étudiants, il est fort probable que le respect de ces politiques, assuré par la direction du Collège, représentent pour eux une instance plus *accessible* que dans le contexte de l'espace public.

Les trois facteurs que nous venons de soulever, soit la familiarité, un objectif commun partagé et l'accessibilité des autorités chargées de respecter des politiques internes, correspondent bien au concept élaboré par Lori Beaman, celui d'égalité profonde. Cette professeure s'intéresse aux microprocessus qui fondent la négociation quotidienne des différences, notamment dans les institutions publiques⁶⁰. Le concept d'égalité profonde renvoie à une dimension souvent inexplorée de l'égalité, laquelle considère les microprocessus interpersonnels qui fondent la négociation quotidienne des différences en contexte pluraliste. Ledit concept aborde les mécanismes sociaux souvent insoupçonnés qui se construisent dans une certaine horizontalité entre des personnes dans leur vie quotidienne⁶¹. Ayant pour objet, entre autres choses, de critiquer les

⁶⁰ Lori G. BEAMAN, *Deep Equality in an Era of Religious Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2017; voir aussi Lori G. BEAMAN, « Deep Equality as an Alternative to Accommodation and Tolerance », (2014) 27-2 *Nordic Journal of Religion and Society* 89.

⁶¹ L. G. BEAMAN, préc., note 60, p. 13 :

Deep equality is a vision of equality that transcends law, politics, and social policy, and that relocated equality as a process rather than a definition, and as lived rather than prescribed. It recognizes equality as an achievement of day-to-day interaction, and is traceable through agonistic respect, recognition of similarity, and a concomitant acceptance of difference, creation of community, and neighborliness. It

approches souvent préconisées en matière de gestion de la diversité, inspirée de l'analogie de l'accommodement raisonnable, l'égalité profonde est en porte-à-faux avec une certaine verticalité des rapports de pouvoirs entre les personnes qui acceptent ou non d'accommoder et de tolérer de même que celles qui se trouvent ainsi à être ou non accommodées et tolérées⁶².

Nous pensons que les établissements publics sont des espaces où la probabilité de rencontrer ces microprocessus interpersonnels se révèle plus importante que dans la sphère publique marquée par l'anonymat des relations entre les citoyennes et les citoyens. En effet, dans un établissement public, les personnes sont appelées à se côtoyer de manière régulière pendant une longue période dans un environnement réglementé où tout le monde partage sensiblement le même objectif⁶³. Cet environnement nous semble propice à la présence de manifestations de cette égalité profonde, laquelle pourrait participer aux raisons expliquant une atténuation des discriminations. Le concept d'égalité profonde nous paraît ainsi utile afin d'alimenter notre hypothèse selon laquelle les

circulated through micro-processes of individual action and inaction and through group demonstrations of caring.

⁶² Cette approche consiste à regarder les pratiques innovantes, non répertoriées, en rapport avec la poursuite d'un idéal d'égalité : voir Lori G. BEAMAN, « Alternatives to Reasonable Accommodation », dans Lori G. BEAMAN (dir.), *Reasonable Accommodation. Managing Religious Diversity*, Vancouver, UBC Press, 2012, p. 208, à la p. 213. L'approche liée à l'égalité profonde favorise un modèle d'analyse des différences ethnoculturelles qui fait une place importante à la « navigation » entre les identités, de même qu'à la « négociation » qu'entreprennent les personnes dans leur quotidien, afin d'interagir en contexte multiculturel : voir, à ce sujet, Jennifer A. SELBY, Lori G. BEAMAN et Amélie BARRAS, « L'angle mort de la "laïcité ouverte" : les processus de navigation et négociations dans le vécu religieux au Canada », (2020) 67-1 *Social Compass* 45.

⁶³ La réalisation de l'égalité profonde se situe dans une perspective mitoyenne critique, entre une posture de conformité et une posture qui essentialise les différences. Selon L. G. BEAMAN, préc., note 60, p. 72, la recherche – négociée – des points que deux individus peuvent avoir en commun (tels des étudiants du collégial) vise à trouver des terrains d'entente et à former des espaces collaboratifs permettant la poursuite d'un idéal d'égalité.

établissements publics peuvent représenter des espaces d'atténuation des discriminations.

Par l'entremise du concept d'égalité profonde, Beaman tente de mieux comprendre ce qu'elle nomme des « non-événements » qui surviennent au sein des rapports interpersonnels. La tendance habituelle est plutôt de s'intéresser à la diversité culturelle et religieuse en considérant ce qui pose problème. Les politiques de gestion de la diversité se fondent ainsi sur la nécessité de « régler des problèmes », de prévenir des situations problématiques⁶⁴. Cependant, cette orientation néglige les rapports interpersonnels qui se déroulent bien entre individus ayant des parcours de vie différents. Bref, on délaisse régulièrement les non-événements de la diversité, justement parce qu'ils ne créent aucune difficulté. C'est le paradoxe des rapports sociaux de diversité : ils deviennent invisibles parce qu'ils n'engendrent pas de problèmes⁶⁵. Beaman insiste également pour dire que l'aspect problématique dans le cas de la diversité est l'utilisation de catégories rigides et fixes, qui tendent à stigmatiser les individus⁶⁶. En s'inspirant des travaux de Dorothy Smith, Beaman propose un véritable programme de recherches sur la diversité et l'égalité, où l'accent est mis sur le quotidien, afin de repérer ce qui est non problématique⁶⁷. L'absence de problématique serait, aux yeux de Beaman, une des traces de l'égalité profonde, en ce sens que les individus apprennent à vivre ensemble malgré

⁶⁴ Le fait de s'intéresser ainsi à la dimension quotidienne de l'égalité (notamment dans les micro événements tels des échanges informels comme il s'en trouve dans une salle de classe ou à la cafétéria d'un Collège) permet de prêter attention à ce *qui va de soi*, à ce qui ne pose pas de problème, à ce qui n'est pas relevé ni revendiqué. J. A. SELBY, L. G. BEAMAN et A. BARRAS, préc., note 62, proposent ceci aux chercheurs : au lieu de se pencher sur ce qui est négatif, sur le conflit, le danger, ceux-ci devraient étudier les expériences positives, la compassion, gentillesse et l'affection qui caractérisent l'action humaine.

⁶⁵ L. G. BEAMAN, préc., note 62, p. 208; Jennifer A. SELBY, Amélie BARRAS et Lori G. BEAMAN, *Beyond Accommodation. Everyday Narratives of Muslim Canadians*, Vancouver, UBC Press, 2018.

⁶⁶ Lori G. BEAMAN, « The Difference "Difference" Makes », dans Lori G. BEAMAN, *Deep Equality in an Era of Religious Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 18.

⁶⁷ L. G. BEAMAN, préc., note 60, p. 23.

leurs différences, et le plus souvent sans écueils⁶⁸. D'après nous, c'est une des raisons principales pour lesquelles les situations de discrimination sont moins importantes à l'intérieur du Collège qu'à l'extérieur de celui-ci.

Conclusion

Dans notre article, nous avons discuté de l'idée selon laquelle les établissements publics, et en particulier les établissements d'enseignement collégial au Québec, peuvent représenter des espaces d'atténuation des discriminations. Alors que nous sommes dans un contexte social et politique marqué par la progression d'une dynamique restrictive en matière de droits de la personne, les établissements publics pourraient devenir des lieux où la probabilité de vivre des discriminations serait moindre. Au sein d'une société libre et démocratique, les institutions publiques sont appelées à jouer un rôle important quant à la préservation des valeurs commune : elles servent d'exemples en matière d'administration des différences de toutes sortes. Le principal constat qui se dégage de nos résultats est que les établissements publics, à l'instar du Collège à l'étude, sont appelés à relever ce défi.

Sans prétendre à une généralisation, nous estimons que notre portrait des relations interculturelles est généralement positif, en ce sens que la grande majorité des étudiants semblent apprécier le travail effectué par l'administration du Collège, bien que certains problèmes soient toujours à résoudre, notamment au sujet des situations d'inégalité vécues dans l'établissement. En définitive, il convient de rappeler que les institutions publiques constituent, au sein des sociétés actuelles traversées par la montée de discours haineux, des remparts protégeant les valeurs communes les plus chères dans une société libre et démocratique. Devant le brouhaha de la vie publique, marqué par l'anonymat des rapports

⁶⁸ Nous proposons ici d'entreprendre un déplacement théorique à partir de l'intérêt porté aux aspects *distinctifs* de la diversité, de ce qui se remarque, de ce qui fait débat, de ce qui se voit comme étant *différent*, vers un intérêt porté à la diversité comme étant inhérente aux relations humaines. L'idée est de voir les différences ethnoculturelles sous l'angle de leur mixité, et non de leur pureté. Nous suggérons par-là de poser un regard sur les navigations quotidiennes des différences, au travers de l'humour, du pardon et de l'humilité.

sociaux, les institutions publiques comme les Collèges peuvent alors symboliser des forteresses dans lesquelles tous les étudiants se sentiront respectés et protégés, quelles que soient leurs différences.

La télésanté au Québec : quel est l'encadrement prévu pour la consultation vidéo?

par **Emmanuelle LÉVESQUE***
et **Bartha Maria KNOPPERS****

La consultation vidéo est de plus en plus utilisée pour prodiguer des services de télésanté aux patients. Or, si l'offre en télésanté augmente, les normes juridiques et déontologiques qui ont précisément pour objet de l'encadrer se font rares. La difficulté liée à la mise en évidence des normes applicables pourrait avoir été un frein à la mise en œuvre des services de télésanté. Nous avons mené une analyse qui permet de dégager certains standards applicables à une consultation vidéo. D'abord, nous expliquons la similarité des obligations pour les professionnels entre la pratique en présence et la pratique par télésanté. Ensuite, nous précisons les normes applicables dans le cas de sept thèmes qui soulèvent des enjeux particuliers en matière de télésanté, soit le lieu où les services sont rendus, la confidentialité, le consentement, la pertinence de la rencontre en personne, les compétences et les habiletés technologiques, le dossier médical ainsi que la continuité des services.

* Avocate et associée académique, Centre de génomique et politiques, Faculté de médecine, Université McGill. La rédaction du présent article a été rendue possible dans le contexte du projet PERSPECTIVE I&I financé par Génome Canada, les Instituts de recherche en santé du Canada, Génome Québec, la Fondation du cancer du sein du Québec, la Fondation du CHU de Québec, le Centre de recherche du CHU de Québec-Université Laval, le ministère de l'Économie et de l'Innovation du Québec de même que le Fonds pour la recherche en Ontario. Aucun de ces organismes n'est intervenu dans le contenu du texte qui suit.

** Directrice, Centre de génomique et politiques, Université McGill et professeure, Faculté de médecine, Université McGill.

Video consultation is increasingly being used to provide telehealth services to patients. However, while the supply of telehealth services is increasing, there are few legal and deontological standards aimed specifically at regulating it. The difficulty in identifying applicable standards may have been a barrier to the deployment of telehealth services. We have conducted an analysis that allows us to identify certain standards applicable to a video consultation. First, we explain the similarity of obligations for professionals between face-to-face practice and telehealth practice. Next, we identify the standards applicable to seven themes that raise particular issues in telehealth, namely: the place where services are provided; confidentiality; consent; the relevance of face-to-face practice; the technological skills and abilities; the medical record, and; the continuity of services.

SOMMAIRE

Introduction	81
I. Similarité des obligations professionnelles	86
II. Lieu de prestation des services	88
III. Confidentialité	92
A) Médecins et infirmières.....	95
B) Choix du lieu.....	97
C) Choix de l'environnement technologique	98
IV. Consentement	102
V. Pertinence de la rencontre en personne	111
VI. Compétences et habiletés technologiques	116
VII. Dossier médical	119
A) Services de télésanté hors Établissement.....	120
B) Services de télésanté en Établissement	122
VIII. Continuité des services	124
Conclusion	128

Introduction

La télésanté, qui regroupe l'ensemble des services de santé fournis par des moyens de communication électronique¹, fait de plus en plus partie de la réalité des citoyens. Une entreprise privée offrant des consultations médicales vidéo annonçait récemment qu'elle atteindrait bientôt 400 000 clients, soit 1 % de la population canadienne². À l'heure actuelle, la télésanté est considérée comme une avenue ayant beaucoup de potentiel, notamment quant à l'amélioration de l'accès aux soins pour les populations géographiquement éloignées³.

Depuis quelques années, la consultation vidéo est utilisée couramment pour prodiguer des services de télésanté aux patients, ce qui inclut d'avoir recours à des plateformes de communication grand public comme Skype et FaceTime⁴. Malgré tout, une enquête menée en 2016 auprès de professionnels de la santé et des relations humaines a conclu qu'environ 90 % des personnes sondées au Québec n'utilisaient jamais de système vidéo pour communiquer avec leurs patients⁵. Depuis le mois de mars

¹ Frédéric PÉRODEAU, « La télémédecine : enjeux juridiques et déontologiques », (2008) 287 *Tendances en droit de la santé* 45, 46-47.

² Mathieu PERREAULT, « Télémédecine privée: une brèche dans le système public? », *La Presse*, 23 janvier 2020, en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/sante/202001/22/01-5257901-telemedecine-privée-une-breche-dans-le-systeme-public.php>.

³ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, *Avis. La télésanté clinique au Québec : un regard éthique*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014, p. 12; ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, *Prise de position de l'AMM sur l'éthique en télémédecine*, éd. amendée, Reykjavik, 2018, préambule; CENTRE FACILITANT LA RECHERCHE ET L'INNOVATION DANS LES ORGANISATIONS, À L'AIDE DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION, *Ma première ligne numérique en santé – Rapport du CEFRIO*, CEFRIO, 2016, p. 6 (ci-après « CEFRIO »); COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *Le médecin, la télémédecine et les technologies de l'information et de la communication*, Montréal, CMQ, 2015, p. 23.

⁴ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, *Les communications électroniques et les renseignements personnels*, éd. révisée, 2016, en ligne : <https://www.cmpa-acpm.ca/fr/advice-publications/browse-articles/2013/using-electronic-communications-protecting-privacy>; CEFRIO, préc., note 3, p. 14.

⁵ CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC et CEFRIO, *Percées du numérique dans la pratique professionnelle en santé et relations humaines*, 2016, en ligne :

2020, la pandémie de coronavirus a toutefois donné un élan inespéré pour changer radicalement cette situation, certaines plateformes de consultation vidéo ayant été implantées à la grandeur du Québec en un temps record⁶. La création du Réseau québécois de la télésanté⁷, la publication d'un guide sur les téléconsultations adapté à la pandémie⁸ et la mise en place de la consultation vidéo par l'entremise des plateformes commerciales recommandées par le ministère de la Santé et des Services sociaux, en quelques mois, témoignent de l'essor qu'a connu la télésanté en 2020⁹.

Le Québec a été un précurseur en matière de télésanté¹⁰. Les premières initiatives à ce sujet ont vu le jour, de façon ponctuelle, au courant des années 90¹¹. Au début des années 2000, l'offre de services de télésanté des Établissements du réseau de la santé et des services sociaux (ci-après « Établissements »)¹² s'est ensuite formellement organisée par l'intermédiaire des réseaux universitaires intégrés de santé (RUIS) du Québec¹³. En 2005, le législateur a introduit le concept de télésanté dans

<<https://cefrio.qc.ca/media/1444/percees-numerique-pratique-professionnelle-sante.pdf>>, p. 10 et 21.

⁶ Agathe BEAUDOUIN, « Téléconsultation : quand demain devient (vite) aujourd'hui », *Santé inc.*, 1^{er} mai 2020, en ligne : <<https://santeinc.com/2020/05/teleconsultation-quand-demain-devient-vite-aujourd'hui/>>; Matthieu PERREAULT, « La télémedecine à la rescousse », *La Presse*, 19 mars 2020, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/covid-19/2020-03-19/la-telemedecine-a-la-rescousse>>.

⁷ RÉSEAU QUÉBÉCOIS DE LA TÉLÉSANTÉ, en ligne : <<https://telesante.quebec/>>.

⁸ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *Les téléconsultations réalisées par les médecins durant la pandémie de COVID-19 – Guide à l'intention des médecins*, CMQ, 2020, en ligne : <<http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2020-03-31-fr-les-teleconsultations-realisees-par-les-medecins-durant-la-pandemie-de-covid-19.pdf?t=1602332683557>>.

⁹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Guide de soutien pour la mise en œuvre des téléconsultations dans les établissements de santé du Québec dans le contexte de pandémie*, éd. 14 mai 2020, Québec, Gouvernement du Québec, 2020.

¹⁰ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 6.

¹¹ *Id.*, p. 25-26.

¹² *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, art. 79 (ci-après « LSSSS »).

¹³ CEFRIO, préc., note 3, p. 24.

la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (LSSSS)¹⁴, qui a été modifiée en 2005¹⁵ :

Art. 108.1 On entend par « services de télésanté » une activité, un service ou un système lié à la santé ou aux services sociaux, pratiqué au Québec, à distance, au moyen des technologies de l'information et des communications, à des fins éducatives, de diagnostic ou de traitement, de recherche, de gestion clinique ou de formation. Toutefois, cette expression ne comprend pas les consultations par téléphone¹⁶.

Ce faisant, le Québec a été la première province canadienne à adopter un cadre juridique spécifique sur la télésanté¹⁷. L'offre de services numériques à domicile devrait s'accélérer au cours des prochaines années, notamment en raison de la *Stratégie de transformation numérique gouvernementale 2019-2023* qui souhaite proposer plus de services numériques aux citoyens « à partir des appareils qu'ils utilisent au quotidien¹⁸ ». La présidente de la Fédération des médecins spécialistes du Québec disait d'ailleurs en décembre 2019 vouloir « offrir davantage de solutions de téléconsultation et de télémedecine¹⁹ ». C'était sans savoir le virage rapide que prendrait trois mois plus tard le système de santé québécois devant la pandémie de coronavirus.

¹⁴ LSSSS, préc., note 12.

¹⁵ *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2005, c. 32.

¹⁶ LSSSS, préc., note 12, art. 108.1 al. 2.

¹⁷ F. PÉRODEAU, préc., note 1, p. 48; Mylène BEAUPRÉ, « Réflexions sur l'encadrement juridique de la télésanté après la loi 83 », dans S.F.C.B.Q., *Après le projet de loi 83 : un nouveau réseau de la santé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 83, à la p. 85.

¹⁸ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Stratégie de transformation numérique gouvernementale 2019-2023*, Québec, Gouvernement du Québec, 2019, p. 15.

¹⁹ Diane FRANCOEUR, « Entente avec les médecins spécialistes : c'est très pertinent, la pertinence », *La Presse*, 18 décembre 2019, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/debats/opinions/201912/17/01-5254112-entente-avec-les-medecins-specialistes-cest-tres-pertinent-la-pertinence-.php>>.

Or, si l'offre de consultations par télé santé augmente, les normes juridiques et déontologiques qui ont précisément pour objet de l'encadrer se font rares. Il faut toutefois noter l'élaboration dans l'urgence de quelques normes québécoises, et ce, dans la foulée de la pandémie de coronavirus pour encadrer de manière particulière cette situation d'exception²⁰. Pourtant, la télé santé soulève des enjeux spécifiques au regard, par exemple, de la détermination du lieu où les services sont rendus, des compétences technologiques exigées des utilisateurs et de la continuité des services. La difficulté d'identifier les normes d'encadrement applicables pourrait avoir été un frein au déploiement des services de télé santé²¹, bien que dans le contexte de la pandémie de coronavirus « les services liés à la COVID-19 fournis par correspondance ou par voie de télécommunication par des professionnels de la santé [soient] considérés comme des services assurés²² ». L'implantation de la télé santé requiert parfois d'adapter les normes de pratique²³. Or, même lorsque l'évaluation des aspects juridiques fait partie du modèle d'évaluation multidisciplinaire de la télé santé retenu, ces aspects sont rarement analysés²⁴.

L'instauration de balises légales et déontologiques pour soutenir les professionnels de la santé dans l'implantation de la télé santé est ainsi un besoin réel et immédiat. En 2014, la Commission de l'éthique en science et en technologie recommandait la formulation de lignes directrices et de normes technologiques pour les différents contextes cliniques de la télé santé²⁵. En 2017, l'Association médicale mondiale préconisait « l'élaboration de normes éthiques, de guides pratiques, de

²⁰ Voir, par exemple, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Règles de bonnes pratiques dans le contexte pandémique*, en ligne : <<https://telesante.quebec/bonnepratique.html>>.

²¹ Geneviève TREMBLAY MCCAIG, « L'influence du droit constitutionnel à la vie privée dans le domaine de la télé médecine », (2003) 29 *Queen's L.J.* 326, 328.

²² Décret 177-2020 du 13 mars 2020, G.O. II, 18 mars 2020, 12A.

²³ CEFRIO, préc., note 3, p. 6.

²⁴ Kristian KIDHOLM et al., « The Model for Assessment of Telemedicine (MAST): A Scoping Review of Empirical Studies », (2017) 23-9 *Journal of Telemedicine and Telecare* 803.

²⁵ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 60.

législations nationales et d'accords internationaux sur des sujets relatifs à la télémédecine²⁶ ».

Étant engagées dans le projet PERSPECTIVE²⁷ sur l'évaluation du risque du cancer du sein, nous avons été interpellées par l'encadrement juridique et déontologique de la consultation vidéo dans le contexte québécois. Nos précédents travaux de recherche ont démontré que la consultation vidéo devrait être un moyen à prioriser pour permettre aux médecins (spécialistes ou non) et aux infirmières d'offrir des consultations au sujet du dépistage du cancer du sein²⁸. Selon le scénario priorisé, les femmes de la population générale (sans diagnostic de cancer du sein) se verraient offrir une consultation vidéo afin d'estimer leur risque et de se faire prescrire un dépistage adapté en conséquence, c'est-à-dire des examens d'imagerie médicale. Devant la rareté des normes juridiques et déontologiques encadrant cette pratique au Québec, nous avons mené une analyse qui permet de dégager certains standards applicables à une consultation vidéo de ce type. Nous avons effectué une recherche des normes légales et déontologiques existantes, sans inclure toutefois les décisions judiciaires.

Dans le présent texte, nous expliquerons d'abord la similarité des obligations pour les professionnels entre la pratique en présence et la pratique par télésanté. Ensuite, nous préciserons les normes applicables dans le cas de sept thèmes qui soulèvent des enjeux particuliers lorsque des consultations sont menées au moyen d'une offre de télésanté, soit le lieu où les services sont rendus, la confidentialité, le consentement, la pertinence de la rencontre en personne, les compétences et les habiletés technologiques, le dossier médical de même que la continuité des services.

²⁶ ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3.

²⁷ GÉNOME CANADA, *Évaluation personnalisée du risque pour la prévention et le dépistage précoces du cancer du sein : intégration et mise en œuvre*, en ligne : <<https://www.genomecanada.ca/fr/evaluation-personnalisee-du-risque-pour-la-prevention-et-le-depistage-precoces-du-cancer-du-sein>>.

²⁸ Emmanuelle LÉVESQUE et al., « Organizational Challenges to Equity in the Delivery of Services within a New Personalized Risk-based Approach to Breast Cancer Screening », (2018) *New Genetics and Society* 13-16.

I. Similarité des obligations professionnelles

L'un des premiers constats au sujet de la télésanté est que la nature intrinsèque de la prestation des soins n'est pas modifiée par l'ajout d'une interface électronique de communication. La télésanté constitue une modalité, parmi d'autres, de la prestation des soins. Le téléphone et le télécopieur ont d'ailleurs été intégrés aux services de santé il y a plusieurs années et ils ont été considérés « comme [de] simples accessoires à la pratique médicale²⁹ ». Bien que la télésanté permette de prodiguer des soins à distance par l'entremise d'une communication virtuelle, son essence première demeure le soutien et la prise en charge de la santé d'un patient. La télésanté n'est donc « qu'un nouveau moyen de délivrer l'acte médical en tant que tel³⁰ ».

Les normes actuelles indiquent que les obligations professionnelles des prestataires de soins ne seraient pas modifiées en raison de la télésanté³¹. Le Conseil interprofessionnel du Québec précise ce qui suit : « Le professionnel qui utilise la télépratique est régi par les mêmes lignes directrices, protocoles, normes et standards de pratique généralement reconnus pour la pratique en présentiel³² ».

²⁹ G. TREMBLAY MCCAIG, préc., note 21, p. 329.

³⁰ Sophie BRISSON, *L'évolution de l'obligation de soigner du médecin qui pratique la télémédecine*, mémoire de maîtrise, Sherbrooke, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2005, p. 37, en ligne : <<https://savoirs.usherbrooke.ca/handle/11143/10696>>.

³¹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 13; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 97; ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3; FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, *Référentiel sur la télémédecine*, FMRAC, 2019, préambule, en ligne : <<http://fmrac.ca/fmrac-framework-on-telemedicine/>>; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, *Un outil d'aide à la décision : télépratique et gestion du dossier numérique en santé et en relations humaines*, Montréal, CIQ, 2016, p. 7, en ligne : <<https://www.professions-quebec.org/fr/principaux-dossiers-encadrement/outil-d-aide-a-la-decision-telepratique-et-gestion-du-dossier-numerique-en-sante-et-en-relations-humaines>>; voir aussi S. BRISSON, préc., note 30, p. 114.

³² CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 31, p. 7.

Lorsqu'une relation de soins s'engage avec un patient, « les obligations habituelles qui découlent d'une telle relation s'imposent aux parties, que les activités médicales se déroulent dans un environnement physique ou dans un environnement électronique³³ ». Le médecin qui pratique la télésanté « se trouve généralement soumis aux mêmes standards de pratique que le médecin "ordinaire"³⁴ », y compris les « principes d'éthique médicale³⁵ ». De l'avis du Collège des médecins, « les mêmes normes déontologiques s'imposent aux médecins qui exercent par télémedecine³⁶ ».

Bien que la similarité des obligations professionnelles entre la rencontre en personne et la télésanté touche toutes les obligations, certains aspects sont nommés précisément, par exemple : la qualité de la relation³⁷, la confidentialité³⁸, le consentement³⁹, le suivi du patient⁴⁰, la tenue du dossier médical⁴¹, la compétence⁴² et l'établissement du diagnostic⁴³.

Puisque les obligations professionnelles se révèlent identiques, peu importe le type de pratique privilégiée, « la majorité des questions soulevées par l'exercice de la télémedecine pourront être résolues en appliquant et en adaptant les principes juridiques connus et appliqués à la

³³ M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 97.

³⁴ S. BRISSON, préc., note 30, p. 114.

³⁵ ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3.

³⁶ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 13.

³⁷ *Id.*, p. 13; M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 97.

³⁸ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 13; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 97; FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, préambule.

³⁹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 13; M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 97.

⁴⁰ *Id.*; FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, préambule.

⁴¹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 13; M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 97; FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, art. 3.

⁴² FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, préambule.

⁴³ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 13.

pratique traditionnelle de la médecine⁴⁴ ». Toutefois, comme nous le verrons dans notre analyse, ces principes doivent être modulés et adaptés pour bien répondre aux spécificités d'une communication virtuelle.

II. Lieu de prestation des services

La télésanté se distingue par le fait que c'est une activité « délocalisée (le médecin et le patient ne sont pas situés au même endroit) et dématérialisée (le médecin et le patient ne sont pas en présence physique l'un de l'autre)⁴⁵ ». Cette double caractéristique apporte des défis importants sur le plan juridique⁴⁶. Rappelons que, traditionnellement, la détermination des règles juridiques applicables à une situation dépend du lieu où les actes juridiques se produisent.

Déterminer le lieu où des services de télésanté sont réputés être rendus s'avère essentiel parce que la réponse ainsi obtenue a un impact direct sur la façon d'établir les normes applicables, notamment « les règles entourant la pratique médicale, les privilèges de pratique selon le lieu d'exercice (en établissement ou en pratique privée), les standards de pratique applicables eu égard à l'exercice de la médecine ainsi que les tribunaux compétents lors de poursuites en responsabilité⁴⁷ ».

Lorsqu'une consultation vidéo met en scène des participants installés dans des pays différents, il peut être plus complexe de déterminer les normes applicables. Dans ces cas, différentes normes s'appliqueront parfois de façon concurrente. Par exemple, la Fédération des ordres de médecins du Canada s'attend qu'un médecin se conforme aux normes de la province qui lui a délivré son permis d'exercice, en plus des normes de

⁴⁴ F. PÉRODEAU, préc., note 1, p. 81.

⁴⁵ M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 87.

⁴⁶ Geneviève TREMBLAY, « Le phénomène d'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine : du pluralisme juridique au constructivisme », (2000-2001) 32 *Revue de droit de l'Université d'Ottawa* 155, 161.

⁴⁷ Suzanne PHILIPS-NOOTENS, Robert P. KOURI et Pauline LESAGE-JARJOURA, *Éléments de responsabilité civile médicale : le droit dans le quotidien de la médecine*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, par. 349.

la province où réside le patient⁴⁸. Une autre approche proposée serait que chaque juridiction délivre une accréditation permettant expressément de pratiquer la télésanté sur son territoire⁴⁹. Dans un contexte transfrontalier, doubler les exigences réglementaires pour exercer la télésanté peut toutefois constituer une contrainte qui complexifie l'offre de service et pourrait dissuader d'offrir les services de télésanté⁵⁰.

Selon le scénario de consultation vidéo que nous étudions, le patient et le professionnel de la santé seraient tous deux situés dans la même juridiction, soit au Québec.

En vertu de l'article 108.2 de la LSSSS, les services de télésanté fournis par un Établissement sont considérés comme étant rendus « à l'endroit où exerce le professionnel de la santé ou des services sociaux consulté⁵¹ ». Ainsi, dans la mesure où un professionnel de la santé d'un Établissement est engagé dans la prestation de services de télésanté, ces derniers sont réputés être rendus à l'endroit où exerce celui qui offre la téléconsultation⁵². Cette position du législateur aurait été motivée par la volonté de régler la question de la facturation et d'encadrer la qualité du travail des professionnels par les instances en place dans les Établis-

⁴⁸ FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, préambule.

⁴⁹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION SECTION ON LEGAL PRACTICE, *Draft International Convention on Telemedicine and Telehealth*, 1999, en ligne : <<http://medicalawfirm.com/2018/01/02/draft-international-convention-on-telemedicine-and-telehealth/>>.

⁵⁰ Raymond W. PONG et John C. HOGENBIRK, « Licensing Physicians for Telehealth Practice: Issues and Policy Options », (1999) 8 *Health Law Review* 3, 8.

⁵¹ LSSSS, art. 108.2 al. 1.

⁵² *Id.*, art. 108.2. L'endroit où exerce le professionnel signifie, à notre avis, le rattachement juridique du professionnel avec un lieu d'exercice, et non le lieu physique d'exercice. Ainsi, les services de télésanté rendus aux patients d'un établissement par un professionnel de la santé lié contractuellement à cet établissement, mais qui se trouve physiquement ailleurs (par exemple chez lui ou dans sa clinique privée), seraient considérés comme étant rendus à l'établissement. Cette interprétation permet de respecter l'esprit de la LSSSS qui cherche à encadrer, de façon spécifique et au bénéfice des patients, les soins fournis par les établissements.

sements, comme par le Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens⁵³. Ainsi, les professionnels de la santé devront respecter toutes les normes applicables dans l'Établissement en question, comme si les soins étaient donnés de façon traditionnelle à l'intérieur de cet Établissement. Le rattachement avec un Établissement fera notamment en sorte que le patient sera considéré comme un usager de l'Établissement visé et pourra donc bénéficier des droits consentis à cet égard⁵⁴.

Une lecture trop rapide des articles de la LSSSS portant sur la télésanté pourrait amener à penser que l'objectif est d'encadrer tous les services de télésanté, même ceux qui sont donnés sans rattachement avec un Établissement. En effet, l'article 108.2 de la LSSSS prévoit des normes sur la tenue du dossier médical lorsqu'« un professionnel qui exerce ailleurs que dans une installation maintenue par un établissement » participe aux services de télésanté. Malgré cette allusion à la participation d'un professionnel non rattaché à un Établissement, nous croyons que l'objectif de cet article est de superviser uniquement la télésanté qui a cours dans un Établissement. D'abord, la LSSSS prévoit que les soins de santé et les services sociaux sous son autorité sont ceux qui sont fournis par les Établissements qui relèvent du gouvernement⁵⁵, à l'exclusion des cabinets privés de professionnels ou des centres médicaux spécialisés privés⁵⁶. Ensuite, l'allusion à la présence d'un professionnel non affilié à un Établissement dans l'article 108.2 LSSSS concerne uniquement l'obligation d'avoir un dossier médical distinct du dossier ouvert par l'Établissement. Nous verrons plus loin que la constitution d'un dossier médical par *chacun* des intervenants d'une téléconsultation est une obligation en soi. Pour notre part, nous estimons que l'intention du législa-

⁵³ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales de l'Assemblée nationale*, 2^e sess., 37^e légis., 5 décembre 2006, « Étude détaillée du projet de loi n° 33 - Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives », p. 20-21 (M. Philippe Couillard, ministre de la Santé et des Services sociaux).

⁵⁴ Par exemple, le droit à l'information (LSSSS, art. 4) et le droit de porter plainte au commissaire local aux plaintes et à la qualité des services (LSSSS, art. 34).

⁵⁵ LSSSS, art. 79.

⁵⁶ LSSSS, art. 95 et 333.1.

teur était de régir les situations où un professionnel de la santé non affilié à un Établissement s'ajoute à une consultation organisée par ce dernier, par exemple un médecin spécialiste fournissant une expertise additionnelle, ou un médecin de famille se joignant à une téléconsultation organisée par un médecin spécialiste d'un Établissement. Le scénario où un médecin de famille et son patient (tous deux en région éloignée) rejoignent ensemble par consultation vidéo un médecin spécialiste (situé dans un centre urbain) est d'ailleurs celui qui avait été mentionné par le ministre lors des discussions sur le projet de loi qui a mené à l'adoption de l'article 108.2⁵⁷. L'interprétation de ce dernier, qui fait dépendre son applicabilité de la participation d'un Établissement, est aussi celle qu'a retenue le Collège des médecins du Québec⁵⁸.

En ce qui concerne les services de télésanté fournis hors Établissement, il n'existe pas de disposition dans les lois québécoises, comme on en relève dans la LSSSS, qui établirait précisément le lieu où les services sont présumés avoir été rendus. S'appuyant sur sa mission de protection du public⁵⁹, le Collège des médecins du Québec considère que les services médicaux rendus hors Établissement le sont au lieu où se trouve le patient :

Ainsi, le Collège est d'avis que, lorsqu'un médecin exerce en télémedecine, le territoire où l'acte médical est réputé comme posé est celui où se trouve le patient, et non celui où le médecin exerce, sauf dans la situation où les services rendus à distance sont offerts par un établissement de santé du Québec⁶⁰.

⁵⁷ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, 1^{re} sess., 37^e légis., 12 octobre 2005, « Étude détaillée du projet de loi n° 83 – Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives », p. 45-47 (M. Philippe Couillard, ministre de la Santé et de Services sociaux).

⁵⁸ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 10-12.

⁵⁹ *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 23.

⁶⁰ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 10; réitéré dans COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 9.

III. Confidentialité

Assurer la confidentialité et protéger la vie privée des patients sont des enjeux cruciaux associés à l'utilisation de toute technologie de communication électronique dans le domaine de la santé. Il n'est pas surprenant de lire que ces enjeux sont des considérations « incontournables pour l'acceptabilité de la télésanté⁶¹ ». Dans un rapport de 2010 sur l'utilisation des technologies électroniques en santé, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) mentionnait que les « questions relatives à la sécurité et à la protection de la vie privée ont été le plus grand défi à relever » dans toutes les études de cas analysés⁶².

Les attentes en matière de protection de la vie privée peuvent varier selon le type d'information transmise et les circonstances de l'échange. En règle générale, les attentes quant à la confidentialité des renseignements personnels touchant la santé « sont très élevées en raison de la nature de cette information⁶³ ». Cette nature, c'est-à-dire le caractère hautement sensible de l'information médicale, les classerait dans une catégorie à part⁶⁴. Les attentes de protection de la vie privée seraient tout aussi élevées à l'égard de l'information divulguée en contexte de télésanté qu'en contexte médical traditionnel⁶⁵. Toutefois, une plus grande vigilance serait nécessaire dans le cas de la télésanté en raison des « risques auxquels la dématérialisation, la délocalisation et, particulièrement, la mise en réseaux de l'information télé médicale l'exposent⁶⁶ ».

⁶¹ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 37.

⁶² ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Améliorer l'efficacité du secteur de la santé, Le rôle des technologies de l'information et des communications*, 2010, p. 114, en ligne : <https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/ameliorer-l-efficacite-du-secteur-de-la-sante_9789264084636-fr>.

⁶³ G. TREMBLAY MCCAIG, préc., note 21, p. 342.

⁶⁴ Geneviève TREMBLAY, « Télémédecine : l'intégration des TIC à la pratique médicale versus la protection de la vie privée, la confidentialité et la sécurité des renseignements personnels », dans S.F.C.B.Q., vol. 184, *Développements récents en droits administratif et constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 89, à la p. 114.

⁶⁵ *Id.*, p. 106.

⁶⁶ *Id.*

Plusieurs normes spécifiques sur la télésanté soulignent la nécessité de protéger la confidentialité au moment de la prestation de soins⁶⁷. Au Québec, l'information échangée entre les patients et les professionnels de la santé, et détenue par ceux-ci, bénéficie d'une protection solide découlant de plusieurs dispositions juridiques.

D'abord, le respect de la vie privée est un principe fondamental inscrit dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶⁸ et dans le *Code civil du Québec*⁶⁹. Les organismes publics (par exemple, les Établissements)⁷⁰ et les entreprises privées (par exemple, les cliniques médicales)⁷¹ doivent protéger les renseignements personnels provenant du patient qu'ils utilisent ou ceux qu'ils obtiennent d'un accès non autorisé

⁶⁷ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 16; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 31, p. 11 et 12; COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 67-72; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 20; ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, *La consultation par vidéoconférence : quand est-ce le bon choix?*, 2015, en ligne : <<https://www.cmpa-acpm.ca/fr/advice-publications/browse-articles/2015/videoconferencing-consultation-when-is-it-the-right-choice>>; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, p. 1-4; NATIONAL INITIATIVE FOR TELEHEALTH, *National Initiative for Telehealth Framework of Guidelines*, 2003, p. 37; voir, par analogie, ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, *Guide de pratique concernant l'exercice de la télépsychologie*, p. 14, en ligne : <<https://www.ordrepsy.qc.ca/documents/26707/63191/Guide+de+pratique+concernant+l'exercice+de+la+télépsychologie/5175fd35-d45b-4cbe-99e3-e46ff5079552>>; voir, par analogie, ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, *Normes de télépratique pour les travailleurs sociaux et les thérapeutes conjugaux et familiaux*, 2017, art. 3.02, en ligne : <https://www1.otstcfq.org/wp-content/uploads/2017/06/normes_de_telepratique_pour_les_travailleurs_sociaux_et_les_therapeutes_conjuguux_et_familiaux.pdf>; ACCRÉDITATION CANADA, *Trousse COVID-19 – Télésanté*, 2020, p. 4.

⁶⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 5.

⁶⁹ *Code civil du Québec*, art. 35.

⁷⁰ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1, art. 3, 7 et 53.

⁷¹ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, c. P-39.1, art. 3, 10 et 13.

par un tiers. Ils sont aussi tenus d'adapter leurs mesures de sécurité à la *sensibilité* des renseignements personnels et au *support* utilisé :

[Il leur faut] prendre les mesures de sécurité propres à assurer la protection des renseignements personnels collectés, utilisés, communiqués, conservés ou détruits et qui sont raisonnables compte tenu, notamment, de leur sensibilité, de la finalité de leur utilisation, de leur quantité, de leur répartition et de leur support⁷².

En milieu hospitalier, il est également établi que « le dossier d'un usager est confidentiel⁷³ ». La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁷⁴ dispose que la confidentialité des renseignements d'un document doit être protégée par « un moyen approprié au mode de transmission, y compris sur des réseaux de communication⁷⁵ ». En contexte de télésanté, les mesures de sécurité devraient donc être appropriées à la nature spécifique des renseignements médicaux – qui peuvent être parmi les plus sensibles – et au support électronique utilisé pour les recueillir et les communiquer.

Par ailleurs, une consultation vidéo pourrait amener un échange de renseignements personnels avec un organisme de l'extérieur du Québec, et ce, même si la consultation avait lieu entre un patient et un médecin se trouvant tous deux au Québec. Cette situation pourrait se produire lorsque l'interface de communication enregistre certains renseignements personnels sur des serveurs situés dans une autre province ou un autre pays, par exemple en utilisant des services infonuagiques. Dans cette situation, les organismes publics et les entreprises privées possèdent des obligations particulières au regard de la protection des renseignements personnels à l'extérieur du Québec. Avant de confier le mandat à une

⁷² *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 70, art. 63.1; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 71, art. 10.

⁷³ LSSSS, art. 19.

⁷⁴ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1.

⁷⁵ *Id.*, art. 34 al. 1.

entreprise de l'extérieur du Québec de détenir ou d'utiliser des renseignements personnels, un organisme public doit s'assurer que les renseignements en question bénéficieront d'une protection équivalente à celle qu'offre la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁷⁶. Quant aux entreprises privées, leurs obligations sont moins larges⁷⁷. Elles doivent tout de même obtenir des garanties que les renseignements personnels ne seront pas utilisés à des fins non pertinentes par rapport à l'objet du mandat et qu'ils ne seront pas communiqués à des tiers sans le consentement des personnes visées (sauf exceptions prévues par la loi)⁷⁸.

Il est intéressant de regarder plus en profondeur trois aspects de la confidentialité en télésanté : les obligations des médecins et des infirmières, le choix du lieu pour tenir la consultation vidéo et le choix de l'environnement technologique.

A) Médecins et infirmières

Les professionnels de la santé possèdent des obligations spécifiques découlant de leur statut au regard de la confidentialité de l'infor-

⁷⁶ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 70, art. 70.1. Au sujet des enjeux découlant de l'hébergement de données dans des pays qui n'offrent pas des garanties suffisantes de confidentialité, il est intéressant de noter qu'un projet de loi présentement à l'étude propose de raffermir les critères actuels et de publier une liste des États qui offrent une protection équivalente à celle du Québec : *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, projet de loi n° 64, 1^{re} sess., 42^e légis. (Qc), art. 27.

⁷⁷ Jean-François DE RICO, « L'infonuagique, la protection des renseignements personnels et les droits d'accès des gouvernements », (2014) *Repères* 243, en ligne : <<https://www.lccjti.ca/files/sites/105/2014/11/DeRicoJFInfonuagiqueEYB2014REP1480.pdf>>.

⁷⁸ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 71, art. 17, al. 1. Nous n'avons pas abordé la situation de la communication de listes nominatives aux fins de prospection commerciale et philanthropique puisqu'ici les renseignements ne seraient pas fournis dans cet objectif.

mation. Ils doivent prioritairement protéger le secret professionnel de l'information qui leur est communiquée⁷⁹.

En ce qui concerne le médecin, le contrat médical qui existe entre lui et son patient inclut l'obligation de respecter le secret médical⁸⁰. Le médecin doit notamment « prendre les moyens raisonnables pour que soit préservé le secret professionnel lorsqu'il utilise [...] les technologies de l'information⁸¹ » et agir prudemment « en s'informant et en mesurant les risques de l'utilisation d'une technologie de l'information par rapport au degré de sensibilité de l'information à transmettre⁸² ». Les exigences s'étendent même au choix des appareils et des systèmes de communication électroniques utilisés par le médecin. Ainsi, lorsque ce dernier transmet des informations contenues dans des dossiers médicaux, « incluant par des moyens technologiques, [il] doit utiliser des méthodes, des appareils ou des systèmes protégeant la confidentialité de ces informations⁸³ ». Il importe que la technologie utilisée par le médecin « soit sécuritaire et qu'elle permette que la consultation se déroule dans un environnement où la confidentialité des échanges sera protégée⁸⁴ ».

L'infirmière est aussi tenue de préserver le secret des « renseignements de nature confidentielle qui viennent à sa connaissance dans l'exercice de sa profession⁸⁵ ». Le *Code de déontologie des infirmières et infirmiers* prévoit des exigences spécifiques lorsque l'infirmière souhaite faire un enregistrement vidéo ou audio d'un patient : celle-ci doit obtenir

⁷⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 68, art. 9; *Code des professions*, préc., note 59, art. 60.4.

⁸⁰ Pierre TRUDEL et France ABRAN, « Les enjeux et risques juridiques des échanges d'information dans la relation patient-médecin dans l'espace santé TELUS », Montréal, Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, 2016, p. 55, en ligne : <<http://pierretrudel.openum.ca/files/sites/6/2018/05/crdpEspaceSante%CC%811-2-16.2.pdf>>, (page consultée le 8 février 2020); *Code de déontologie des médecins*, RLRQ c. M-9, r. 17, art. 20.

⁸¹ *Id.*, art. 20 al. 8.

⁸² P. TRUDEL et F. ABRAN, préc., note 80, p. 58.

⁸³ *Règlement sur les dossiers, les lieux d'exercice et la cessation d'exercice d'un médecin*, RLRQ, c. M-9, r. 20.3, art. 11.

⁸⁴ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 23.

⁸⁵ *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, RLRQ, c. I-8, r. 9, art. 31.

une autorisation écrite dudit patient, qui spécifie l'usage projeté⁸⁶. En fait, la technologie utilisée au moment d'une consultation vidéo offre souvent l'opportunité d'enregistrer son contenu, audio ou vidéo. Ce type d'information médicale, plutôt nouveau, pourrait d'ailleurs susciter chez le patient « des inquiétudes particulières relatives à la confidentialité de la scène de consultation, à la sécurité de la scène, de même qu'à son intégrité⁸⁷ ».

B) Choix du lieu

Les lieux où sont situés le professionnel de la santé et le patient qui participent à une consultation vidéo sont susceptibles d'influer sur la confidentialité. Le caractère hautement mobile des technologies de communication sans fil permet actuellement, tant au médecin qu'au patient, de participer à une consultation de leur domicile, de leur lieu de travail ou d'un lieu public. Une technologie de communication sécuritaire devient peu utile si, au point d'origine, la consultation peut être entendue par des tiers non autorisés.

Dans le domaine de la télésanté, les installations physiques où les actes sont accomplis « doivent aussi faire l'objet d'une attention particulière⁸⁸ ». Comme le choix des locaux pour tenir une consultation vidéo peut compromettre la confidentialité, les participants doivent « se trouver dans un endroit privé où le patient peut communiquer confortablement des renseignements confidentiels et où le médecin peut donner des conseils et évaluer le patient⁸⁹ ». La façon dont une salle de consultation vidéo est organisée et son insonorisation sont des éléments à considérer pour assurer la confidentialité⁹⁰. Évidemment, dans un contexte d'exception comme la pandémie de coronavirus, certaines de ces exigences peuvent devenir difficiles à maintenir. Malgré tout, il est recommandé d'encourager les patients à « prendre des mesures pour

⁸⁶ *Id.*, art. 32.1.

⁸⁷ M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 100.

⁸⁸ F. PÉRODEAU, préc., note 1, p. 78.

⁸⁹ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67.

⁹⁰ NATIONAL INITIATIVE FOR TELEHEALTH, préc., note 67, p. 37.

participer aux consultations de soins virtuels dans un espace facilitant le maintien de la confidentialité⁹¹ », et il est demandé de choisir les salles utilisées en Établissement en s'assurant du respect de la confidentialité⁹².

De la même manière que tout médecin a l'obligation d'aménager son cabinet de consultation « de façon à ce que les conversations entre lui, son personnel et la personne qui le consulte ne puissent être perçues par d'autres⁹³ », il devrait tenir la consultation vidéo dans un lieu qui en assure le caractère confidentiel. Le Collège des médecins suggère que le médecin participe à la consultation vidéo à partir d'« un lieu avec le caractère professionnel qui s'impose, un lieu où la confidentialité est respectée⁹⁴ ».

C) Choix de l'environnement technologique

Déterminer si la configuration technologique (ordinateur, connexion à Internet, réseau sans fil, etc.) utilisée par chaque patient protège correctement la confidentialité n'est pas à la portée de tous. La complexité des connaissances requises pour y arriver s'avère impressionnante. Par exemple, il faudrait que les patients soient capables de déterminer si leur réseau sans fil comporte un protocole de chiffrement, et si celui-ci convient dans les circonstances⁹⁵. Il ne serait pas suffisant de supposer que, puisque les patients se servent de la configuration sans fil de leur domicile, ils ont nécessairement la sécurité requise. Leur réseau domestique n'est peut-être pas chiffré de façon idéale, ou encore ils pourraient avoir recours à un réseau sans fil public mais sans y prêter attention (par exemple, un réseau ouvert offert par une Ville⁹⁶). Même les

⁹¹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 20.

⁹² MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 9, p. 3.

⁹³ *Règlement sur les dossiers, les lieux d'exercice et la cessation d'exercice d'un médecin*, préc., note 83, art. 37 al. 1.

⁹⁴ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 13-14.

⁹⁵ BARREAU DU QUÉBEC, *Guide des TI – Gestion et sécurité des technologies de l'information pour l'avocat et son équipe*, section « Réseautique », en ligne : <<http://guideti.barreau.qc.ca>>.

⁹⁶ Voir, par exemple, le réseau public sans fil implanté par la VILLE DE MONTRÉAL, « Mtl-WiFi Accès sans fil et gratuit », *Ville de Montréal*, 7

outils simplifiés sur la sécurisation des réseaux sans fil, et qui ont été conçus pour un large public par des organismes gouvernementaux⁹⁷, sont complexes et font référence à des concepts technologiques qui freineront la compréhension chez de nombreux patients. Quand on consulte les statistiques produites à ce jour sur le sujet, il faut conclure qu'une proportion importante de patients n'auraient pas les compétences technologiques nécessaires. En ce qui concerne la littératie dans des environnements technologiques, 19 % des Québécois ne réussiraient pas à dépasser le niveau 1 (qui consiste, par exemple, à repérer dans des textes relativement courts une information identique ou analogue à celle qui figure dans la question d'évaluation)⁹⁸. Cette proportion monterait à 29 % chez les immigrants récents et à 49 % chez les personnes n'ayant pas de diplôme d'études secondaires⁹⁹. Quant à la résolution de problèmes dans des environnements technologiques, 50 % des personnes interrogées ne dépasseraient pas le niveau 1 (où l'on doit, par exemple, savoir résoudre des problèmes simples et bien définis, sans inférence ni transformation de l'information)¹⁰⁰.

Pour pallier ces enjeux, il semble déraisonnable de demander au professionnel de la santé de devenir un expert en technologies de communication électronique et de soutenir chaque patient dans l'évaluation de la sécurité de sa configuration technologique. Le temps et l'expertise requis pour faire ce type d'évaluation sont incompatibles avec le rôle des professionnels de la santé. Il n'est pas non plus pensable de

décembre 2019, en ligne : <http://ville.montreal.qc.ca/portal/page?pageid=5798,142082927&_dad=portal&_schema=PORTAL>.

⁹⁷ U.S. FEDERATED TRADE COMMISSION, « Securing your Wireless Network », *Federal Trade Commission*, septembre 2015, en ligne : <<https://www.consumer.ftc.gov/articles/0013-securing-your-wireless-network>>; PENSEZ CYBERSÉCURITÉ, « La protection de votre réseau sans fil à domicile », Gouvernement du Canada, 6 mars 2020, en ligne : <<https://www.pensezcybersecurite.gc.ca/cnt/prtct-dvcs/hm-ntwrks-fr.aspx>>.

⁹⁸ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Les compétences en littératie, en numératie et en résolution de problèmes dans des environnements technologiques : des clefs pour relever les défis du XXI^e siècle*, Québec, Gouvernement du Québec, 2015, p. 69.

⁹⁹ *Id.*, p. 81 et 187.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 69 et 70.

privilégier une approche où les patients accepteraient volontairement la situation la plus à risque, par exemple que l'information puisse être facilement captée par des tiers. Le médecin ne peut s'en remettre entièrement à l'acceptation des risques par le patient¹⁰¹. En effet, cela reviendrait à n'offrir presque aucune expectative de confidentialité, ce qui serait incompatible avec les devoirs des professionnels de la santé. Il appartient donc au médecin d'évaluer si les technologies de l'information utilisées permettent de préserver le secret professionnel¹⁰². Lorsque l'utilisation de réseaux non protégés peut compromettre la vie privée de patients, il est d'ailleurs suggéré au médecin d'« éviter d'utiliser la vidéoconférence¹⁰³ » et d'« envisager de tenir une consultation en personne¹⁰⁴ ». Nous discuterons plus en détail de l'acceptation des risques par le patient dans la section IV de notre texte et des obligations du médecin en regard de la technologie dans la section VI.

Tous ces éléments nous amènent au constat que la sécurité des échanges électroniques ne devrait pas s'appuyer sur des évaluations individuelles de la sécurité, mais plutôt sur des moyens de communication électronique offerts de façon standard par les prestataires de services de santé. C'est d'ailleurs l'approche adoptée par le Québec pendant la pandémie à coronavirus¹⁰⁵ ainsi que par le Réseau de télémédecine de l'Ontario¹⁰⁶ et la Haute Autorité de santé en France¹⁰⁷, où l'on demande

¹⁰¹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 17-18.

¹⁰² P. TRUDEL et F. ABRAN, préc., note 80, p. 58.

¹⁰³ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67.

¹⁰⁴ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4.

¹⁰⁵ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 9, p. 2, 9 et 10; RÉSEAU QUÉBÉCOIS DE LA TÉLÉSANTÉ, *Guide de l'utilisateur pour une rencontre virtuelle à domicile – REACTS*, en ligne : <https://telesante.quebec/guidereacts/pdf/info/Reacts_guide_usagers_vf.pdf>; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Téléconsultation – Procédure d'utilisation de l'application Teams en tant qu'invité sur ordinateur ou appareil mobile*, Québec, Gouvernement du Québec, 27 avril 2020; COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 4.

¹⁰⁶ ONTARIO TELEMEDICINE NETWORK, « Your eVisit Appointment », Government of Ontario, janvier 2019, en ligne : <https://support.otn.ca/sites/default/files/your-evisit-appointment.pdf>.

simplement aux patients d'avoir un ordinateur connecté à Internet, sans exigence de configuration touchant la sécurité¹⁰⁸.

Or, le choix de moyens de communication électronique qui protègent bien la confidentialité nécessite la vérification de nombreux éléments de sécurité ainsi qu'un audit régulier pour s'assurer de la fiabilité des mesures en place¹⁰⁹. Bien que les professionnels de la santé puissent avoir certaines obligations relativement à leurs compétences technologiques de base, comme nous le verrons plus loin, ces compétences n'incluent certainement pas l'évaluation technologique détaillée des plateformes de communications sur le marché. Toutefois, les professionnels de la santé pourraient respecter leur obligation de confidentialité en choisissant des interfaces qui sont offertes par les Établissements de santé¹¹⁰, et dont la sécurité a déjà été évaluée, ou qui sont certifiées par les

¹⁰⁷ HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, *Téléconsultation. Fiche d'information du patient*, Saint-Denis (France), Haute Autorité de santé, mai 2019, en ligne : <https://www.has-sante.fr/jcms/p_3058481/fr/teleconsultation-fiche-d-information-du-patient>.

¹⁰⁸ Le cryptage des télécommunications est un moyen utilisé pour offrir un niveau acceptable de protection de la confidentialité pendant des téléconsultations à domicile, selon l'ONTARIO TELEMEDICINE NETWORK, *Position Paper on Wireless Communications Technology in a Telemedicine Environment*, 2010 (mis à jour en 2012), p. 2, en ligne : <https://support.otn.ca/sites/default/files/otn_position_statement_on_wireless_technology_in_the_tm_environmentl.pdf>; ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, préc., note 67, art. 3.02. De telles interfaces qui cryptent toute l'information échangée (voix, image, documents) et la rendent inutilisable pour des tiers existent sur le marché. Par exemple, la plateforme Reacts se présente comme offrant une consultation vidéo cryptée de bout en bout : REACTS, *Reacts – Remote Augmented Communication, Training and Supervision*, Montréal, REACTS, 2017, p. 10 et 19, en ligne : <https://www.iitreacts.com/Content/documents/Reacts_collaboration_securitaire_FR.pdf>.

¹⁰⁹ ONTARIO TELEMEDICINE NETWORK, préc., note 108, p. 5.

¹¹⁰ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 23. Les professionnels de la santé n'ont souvent pas de balises précises dans le choix de la technologie; par exemple, le Collège des médecins du Québec indique ceci (p. 23) : « Dans cette perspective, sans être proscrits, les applications ou les logiciels du type Skype ou FaceTime, par exemple, doivent être utilisés avec prudence. À l'opposé, les visioconférences supportées par les Réseaux universitaires intégrés de santé

autorités de santé¹¹¹. Pour favoriser la tenue de consultations vidéo pendant la pandémie de coronavirus, le ministère de la Santé et des Services sociaux a demandé de faire usage des plateformes qu'il avait retenues¹¹². La certification des technologies de l'information est d'ailleurs un outil à la disposition des pouvoirs publics, qui « atténu[e] les risques et renforce la confiance des utilisateurs¹¹³ ». Lorsque la télésanté est offerte par un Établissement, on peut imaginer une situation où il y aurait une responsabilité complémentaire de la part des professionnels de la santé qui y exercent et de l'Établissement lui-même quant aux options technologiques utilisées.

IV. Consentement

La prestation de soins de santé nécessite, sauf exception, que le patient fournisse préalablement son consentement éclairé¹¹⁴. Traditionnellement, cette autorisation porte sur les examens et les traitements que les professionnels de la santé prodiguent au patient. En matière de télésanté, le processus de consentement doit être adapté aux spécificités de la prestation de soins à distance¹¹⁵. Un nouvel aspect s'ajoute dès lors : le consentement doit aussi porter sur l'utilisation d'un moyen de communication électronique¹¹⁶.

(RUIS), qui utilisent la plateforme (RTSS), font appel à une technologie beaucoup plus sécuritaire ».

¹¹¹ Par exemple, le Bureau de certification et d'homologation du ministère de la Santé et des Services sociaux évalue les services technologiques afin d'assurer notamment la protection de la sécurité de l'information et des renseignements personnels : BUREAU DE CERTIFICATION ET D'HOMOLOGATION, *Cadre de gestion de la certification et de l'homologation des produits et services technologiques du secteur de la santé et des services sociaux*, Québec, MSSS, 2013, p. 7 et 10, en ligne : <[http://msssa4.msss.gouv.qc.ca/fr/document/d26ngest.nsf/_1f71b4b2831203278525656b0004f8bf/400b3e56c01aaf9985257c5a006cb0e8/\\$FILE/2013-026_Annexe%20\(2013-12-30\).pdf](http://msssa4.msss.gouv.qc.ca/fr/document/d26ngest.nsf/_1f71b4b2831203278525656b0004f8bf/400b3e56c01aaf9985257c5a006cb0e8/$FILE/2013-026_Annexe%20(2013-12-30).pdf)>.

¹¹² MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 20.

¹¹³ OCDE, préc., note 62, p. 108.

¹¹⁴ C.c.Q., art. 11; LSSSS, art 9.

¹¹⁵ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 40.

¹¹⁶ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 14; COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 5; COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN

Le recours à un moyen de communication électronique implique d'obtenir l'accord du patient quant à une modalité inhabituelle de la prestation de soins. En comparaison de la consultation en personne – qui est familière aux patients –, la télésanté entraîne des risques additionnels à la confidentialité. En ce sens, il est nécessaire de s'assurer que le patient est d'accord pour s'exposer à ces risques supplémentaires. Le risque accru en matière de sécurité de l'information constitue un des éléments principaux qui distinguent la télésanté de la prestation de soins en personne¹¹⁷.

SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 50; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 20; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 9, p. 4; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67; ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3, art. 4; ONTARIO TELEMEDICINE NETWORK, *Consent to Participate in a Telemedicine Consultation Checklist*, p. 1, en ligne : <https://support.otn.ca/sites/default/files/consent_to_participate_in_a_telemedicine_consultation_checklist_-_english.pdf>; FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, p. 2; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, *Un outil d'aide à la décision : télépratique et gestion du dossier numérique en santé et en relations humaines*, Montréal, CIQ, 2016, p. 10-11, en ligne : <https://cdn.ca.yapla.com/company/CPYY3Q7Y2h7Qix1Qmll4X3Rf/asset/files/CIQ_telepratique_dossier_numerique_vf_2016-10-06.pdf>; HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, *Fiche mémo. Qualité et sécurité des actes de téléconsultation et de téléexpertise*, Saint-Denis (France), Haute Autorité de santé, 2018, en ligne : <https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2018-04/fiche_memo_qualite_et_securite_des_actes_de_teleconsultation_et_de_teleexpertise_avril_2018_2018-04-20_11-05-33_441.pdf>; voir aussi, par analogie, ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 11. ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 5.

Normalement, un médecin doit obtenir un consentement éclairé en s'assurant que le patient a « reçu les explications pertinentes [en vue de sa] compréhension de la nature, du but et des conséquences possibles » des soins qu'il s'apprête à recevoir¹¹⁸. Le contrat médical qui se forme entre le médecin et le patient suppose « l'obligation de renseigner¹¹⁹ ». Cette dernière « a pour but premier le respect de l'autonomie du patient », celui-ci fournissant ensuite un consentement éclairé¹²⁰. S'agissant d'une obligation positive, elle force le médecin à prendre l'initiative de fournir les renseignements appropriés : c'est dire qu'il ne doit pas attendre les questions du patient. Cette obligation s'accorde parfaitement avec l'obligation complémentaire du médecin de « faciliter la prise de décision du patient¹²¹ ». Quant à l'infirmière, lorsqu'elle est responsable d'obtenir un consentement, elle doit « fournir au client toutes les informations requises¹²² ».

Il existe une jurisprudence et une doctrine abondantes quant aux risques associés aux soins que les professionnels de la santé sont tenus, ou non, de divulguer à chaque patient¹²³. Bien qu'aucun consensus ne se dessine sur les pourtours précis de cette obligation délicate et complexe¹²⁴, il faut noter que la nature, la probabilité et la gravité des risques constituent des éléments toujours pris en considération au moment d'évaluer l'obligation d'informer¹²⁵. Le Collège des médecins du Québec recommande ainsi à ses membres de dévoiler :

¹¹⁸ *Code de déontologie des médecins*, préc., note 80, art. 28 et 29.

¹¹⁹ P. TRUDEL et F. ABRAN, préc., note 80, p. 55.

¹²⁰ S. PHILIPS-NOOTENS, R.P. KOURI, et P. LESAGE-JARJOURA, préc., note 47, par. 180.

¹²¹ *Code de déontologie des médecins*, préc., note 80, art. 29.

¹²² *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, préc., note 85, art. 41.

¹²³ Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, par. 315-329.

¹²⁴ Pour un aperçu des différentes positions sur la divulgation des risques aux patients, voir Patrice DESLAURIERS et Emmanuel PRÉVILLE-RATELLE, « La responsabilité médicale et hospitalière », dans *Collection de droit 2019-2020*, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 155, aux p. 165-170.

¹²⁵ Préc., note 123, par. 317.

- les risques probables et prévisibles, en toutes circonstances;
- les risques rares, si graves et particuliers au patient;
- les risques connus de tous, si particuliers au patient;
- les risques importants, si graves et déterminants dans la décision;
- les risques accrus, lorsqu'un choix est possible¹²⁶.

Tous ces critères ont bien sûr été mis au point essentiellement dans le contexte d'une divulgation du risque d'atteinte à l'intégrité physique, comme lors d'un traitement médical invasif. En effet, les dispositions sur lesquelles s'appuie l'obligation d'obtenir le consentement font habituellement écho à la protection de l'intégrité et de l'inviolabilité de la personne humaine¹²⁷. Bien que ces critères n'aient pas été déterminés au regard du risque à la confidentialité ou à la sécurité de l'information, ils nous semblent tout de même pertinents dans le contexte de la télésanté.

D'abord, il faut mentionner que le droit à l'intégrité de la personne dépasse la sphère corporelle : il s'étend à l'intégrité « physique, psychologique, morale et sociale¹²⁸ ». Bien que l'atteinte dans la sphère psychologique, morale ou sociale doive présenter une certaine intensité et une apparente durabilité pour affecter le droit à l'intégrité¹²⁹, il est possible d'envisager des situations où un bris de confidentialité en matière de télésanté serait de nature à porter atteinte à l'intégrité du patient. Par exemple, la révélation non intentionnelle d'une condition médicale stigmatisante, comme le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), pourrait avoir des impacts majeurs et durables sur plusieurs sphères de la

¹²⁶ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *Le médecin et le consentement aux soins*, document de référence, Collège des médecins du Québec et Barreau du Québec, 2018, p. 25, en ligne : <<http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2018-09-11-fr-medecin-consentement-aux-soins.pdf>>.

¹²⁷ R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 123, par. 424; voir dans le *Code civil du Québec* le chapitre premier (« De l'intégrité de la personne ») du titre deuxième (« De certains droits de la personnalité »).

¹²⁸ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 95.

¹²⁹ Emmanuelle LÉVESQUE, « Les exigences légales entourant le consentement dans la recherche avec des enfants et des adultes inaptes : une piste de solution aux difficultés posées par les articles 21 et 24 C.c.Q. », (2006) 51 *R.D. McGill*. 385, 396-398.

vie d'un patient. Des conséquences similaires pourraient découler advenant la révélation non intentionnelle d'événements victimisants, comme le fait d'avoir subi des abus sexuels ou de la violence psychologique. On doit également considérer que la captation et la rediffusion non autorisées de la consultation vidéo pourraient influencer sur l'intégrité psychologique, morale ou sociale du patient.

En plus, bien que les critères actuels de divulgation des risques médicaux n'aient pas été élaborés dans le contexte de risques rattachés à la confidentialité, les obligations du professionnel de la santé au regard du secret professionnel forcent aussi la révélation de risques accrus liés à la confidentialité. Comme nous l'avons vu, le professionnel de la santé assume des obligations importantes relativement à la protection du secret professionnel et de la confidentialité de l'information que lui confie son patient. Si le professionnel de la santé exerce dans des conditions qui ne lui permettent pas d'assurer le même niveau de protection que d'habitude aux informations qui lui sont confiées, il devrait en informer son patient et obtenir son consentement éclairé. Les sources que nous avons consultées sont d'avis que le recours à la télésanté augmente les risques liés à la confidentialité¹³⁰ ou pose des risques spécifiques¹³¹. Seul un patient correctement informé que la prestation de soins par télésanté pose un risque additionnel quant à la confidentialité sera en mesure d'accepter ou de refuser la modalité de la télésanté.

Les sources qui s'expriment au sujet du consentement en matière de la télésanté suggèrent de renseigner le patient sur une variété d'éléments, parfois différents de l'un à l'autre. Ainsi, plusieurs aspects sont liés au contexte des soins : par exemple, la prise en charge à distance de patients avec de sérieux bouleversements émotionnels nécessite de les

¹³⁰ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 67; ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 5; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, *Formulaire type de consentement à l'utilisation d'un moyen de communication électronique*, p. 2, en ligne : <https://www.cmpa-acpm.ca/static-assets/pdf/advice-and-publications/risk-management-toolbox/com_16_consent_to_use_electronic_communication_form-f.pdf>.

¹³¹ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67.

informer des services accessibles en cas de crise¹³². Aux fins de notre analyse, nous avons retenu seulement les éléments pertinents relativement à une consultation vidéo dans un contexte d'évaluation du risque de cancer du sein. Toute patiente qui reçoit des services de télésanté devrait être informée :

- des avantages et des risques liés à l'utilisation de la technologie¹³³;
- de la protection de sa confidentialité ou de sa vie privée¹³⁴;
- du risque d'accès par des tiers non autorisés¹³⁵;
- de l'emplacement où exerce le professionnel de la santé¹³⁶;
- de l'éventualité d'une défaillance technique qui empêcherait la consultation¹³⁷;

¹³² ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹³³ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 17-18; COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 5-6; COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 50; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 116, p. 10-11; voir, par analogie, ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹³⁴ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 15; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 20; ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3, art. 4; COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 50; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 116, p. 10-11; HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 116; HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, *Téléconsultation et téléexpertise : guide de bonnes pratiques*, 2019, p. 12, en ligne : <https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2019-07/guide_teleconsultation_et_teleexpertise.pdf>; voir par analogie : ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9; ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 5.

¹³⁵ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 15; COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 50; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 130, p. 2; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION SECTION ON LEGAL PRACTICE, préc., note 49.

¹³⁶ FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, art. 2.

¹³⁷ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 9, p. 4; ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3, art. 4; voir aussi lorsqu'un

- des modalités de coordination des soins avec d'autres professionnels de santé¹³⁸, y compris la transmission de renseignements à d'autres professionnels de la santé¹³⁹;
- de l'enregistrement de la consultation¹⁴⁰ ou de l'absence d'enregistrement¹⁴¹;
- de l'importance d'éviter de discuter de sujets plus délicats (ex. : maladies stigmatisantes comme le VIH)¹⁴²;
- des autres façons d'avoir une consultation (ex. : en personne)¹⁴³;
- du type de technologie utilisée et de ses limites¹⁴⁴ ou des modalités pratiques de la téléconsultation¹⁴⁵.

Comme la télésanté est, par sa nature même, une pratique qui s'effectue loin des patients, le consentement verbal à cet égard semble une façon de faire largement acceptée¹⁴⁶. Il est alors approprié de documenter dans le dossier médical le consentement verbal obtenu et les outils ayant

auteur soulève l'enjeu sans prendre position : F. PÉRODEAU, préc., note 1, p. 70-71.

¹³⁸ ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3, art. 4; HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 116.

¹³⁹ NATIONAL INITIATIVE FOR TELEHEALTH, préc., note 67; F. PÉRODEAU, préc., note 1, p. 70-71; voir, par analogie, ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹⁴⁰ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 49-50; *Code de déontologie des infirmières et des infirmiers*, préc., note 85, art. 32.1.

¹⁴¹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 20.

¹⁴² ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 130, p. 2.

¹⁴³ HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 116; voir, par analogie, ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹⁴⁴ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 5; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 116, p. 10-11.

¹⁴⁵ HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 134, p. 12.

¹⁴⁶ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 20; COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 6; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 116, p. 10-11; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; ONTARIO TELEMEDICINE NETWORK, préc., note 116, p. 1; HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 116.

servi à ce sujet¹⁴⁷, par exemple un aide-mémoire. Toutefois, lorsqu'une infirmière souhaite effectuer un enregistrement vidéo d'une consultation, elle est tenue d'obtenir le consentement écrit du patient¹⁴⁸. Par ailleurs, lorsqu'il n'est pas prévu d'enregistrer la consultation vidéo, il est utile d'en informer le patient, car cela diminue les risques¹⁴⁹. Cette manière de procéder peut aussi rassurer les patients qui craignent que l'enregistrement vidéo ne soit visionné par d'autres professionnels de la santé qui ont accès à son dossier médical.

Prenant en considération les éléments mentionnés ci-dessus, l'ensemble de notre analyse et les formulaires de consentement consultés, nous avons conçu un modèle de formulaire de consentement qui pourrait servir en contexte québécois. Le modèle proposé dans l'encadré ci-dessous pourrait être utilisé de multiples façons, par exemple en format électronique (à remplir à l'écran), en format verbal ou en format imprimable (à remplir et à envoyer par courriel).

¹⁴⁷ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67.

¹⁴⁸ *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, préc., note 85, art. 32.1.

¹⁴⁹ ONTARIO TELEMEDICINE NETWORK, préc., note 116.

Modèle de formulaire de consentement pour consultation vidéo

Consentement à utiliser une technologie électronique pour une consultation

Nous vous proposons une consultation vidéo avec un professionnel de la santé. La technologie électronique utilisée permet de se voir et de se parler en direct.

Cette technologie, qui utilise Internet, pourrait entraîner des risques additionnels à votre confidentialité.

Nous avons mis en place des mécanismes afin de protéger votre confidentialité. Cependant, il existe toujours un faible risque que des personnes non autorisées interceptent et enregistrent la consultation.

Si vous n'êtes pas à l'aise pour faire une consultation vidéo, vous pouvez demander une consultation en personne.

Au moment d'une consultation vidéo, vous devez :

- être dans un endroit où vous pouvez discuter d'aspects privés (par exemple: votre chambre) :
- considérer une consultation en personne si des sujets plus sensibles doivent être discutés (par exemple: sida, abus de drogues, maladie mentale).

Veuillez indiquer votre choix ci-dessous:

☐

J'accepte d'utiliser cette technologie électronique.

☐

Je refuse d'utiliser cette technologie électronique et je demande une consultation en personne.

Information supplémentaire:

- Cette consultation vidéo est offerte par [nom de l'établissement]. Un dossier médical à votre nom y sera détenu.
- La consultation **ne sera pas** enregistrée. Un résumé de la consultation sera transmis à votre médecin de famille ou à votre infirmière praticienne spécialisée.
- Si un problème technique interrompt la consultation, nous vous joindrons par téléphone pour continuer la consultation de cette façon.

Dans certains cas d'exception, il pourrait être approprié d'enregistrer la conversation et de modifier le formulaire en conséquence. Source des images : téléconsultation par Bold Yellow, du Noun Project; cadenas par Maxim Kulikov, du Noun Project ([https:// thenounproject.com/](https://thenounproject.com/)).

V. Pertinence de la rencontre en personne

Souvent considérée comme un désavantage de la télésanté, l'absence de contact réel entre le patient et le professionnel de la santé ferait obstacle à une communication efficace. Cependant, il n'est pas clair à savoir si l'absence de contact réel en matière de télésanté nuit à la qualité de la relation entre le professionnel de la santé et le patient¹⁵⁰. De nombreuses autres raisons pourraient expliquer que l'absence de contact en personne soit perçue comme désavantageuse, par exemple lorsque le patient n'a pas les compétences technologiques requises¹⁵¹. Il est primordial de reconnaître que la télésanté pourrait apporter aux patients à la fois des avantages et des désavantages, lesquels dépendront largement du contexte et des caractéristiques de chaque personne¹⁵². Ainsi, les avantages ou les désavantages ressentis par certains patients pourraient ne pas trouver écho chez d'autres qui évoluent dans un contexte différent ou qui présentent des caractéristiques diverses.

Devant l'incertitude liée aux avantages et aux inconvénients de la prestation virtuelle de soins, les rédacteurs des normes de conduite sont réticents à la voir comme équivalente à la prestation de soins en personne : dans certains cas, on va même jusqu'à privilégier fortement la consultation en personne. Ainsi, affirmant que « [la] consultation par un patient en présence du médecin demeure la norme à privilégier¹⁵³ », l'Association médicale mondiale a formulé la recommandation suivante : « La télémédecine ne devrait pas être considérée comme équivalente aux soins dispensés en personne et ne devrait pas être utilisée dans le seul but de diminuer les coûts¹⁵⁴. »

¹⁵⁰ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Medical Profiling and Online Medicine: The Ethics of "Personalized Healthcare" in a Consumer Age*, Londres, 2010, p. 138; ROSS D. SILVERMAN, « Current Legal and Ethical Concerns in Telemedicine and e-Medicine », (2003) 9 *Journal of Telemedicine and Telecare* 67; COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 37.

¹⁵¹ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 57-59.

¹⁵² NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, préc., note 150, p. 138.

¹⁵³ ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3.

¹⁵⁴ *Id.*, 3^e recommandation.

Le Collège des médecins du Québec a adopté une position similaire en estimant « préférable » que la consultation vidéo soit une étape subséquente à la première évaluation faite en personne par un autre professionnel de la santé¹⁵⁵. Il rappelle à cet égard que les mêmes normes s'imposent aux médecins qui exercent la télésanté, et que celle-ci ne supplée pas l'examen physique¹⁵⁶. Pour la Commission de l'éthique en science et en technologie, la télésanté « ne remplace pas la prestation de soins en personne, mais en est un complément¹⁵⁷ ». Dans une approche plus audacieuse, certains organismes n'hésitent pas à énumérer aux patients, sans nuancer, des situations où ils considèrent que « les soins virtuels sont appropriés », comme la « santé mentale » et les « infections urinaires [et les] sinusites »¹⁵⁸.

Comme conséquence des réticences de la majorité des organismes, les normes exigent d'évaluer la pertinence de recourir à la télésanté avant de l'utiliser avec un patient¹⁵⁹. Le professionnel de la santé qui songe à recourir à la télésanté devrait donc préalablement « juger de la pertinence d'une téléconsultation¹⁶⁰ ». Ainsi, le médecin devrait évaluer « la pertinence de la télémedecine pour prodiguer des soins¹⁶¹ » et « décider s'il est avisé de s'en servir dans chaque situation précise¹⁶² ». On lui demande de se baser sur son jugement professionnel pour déterminer

¹⁵⁵ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 13.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 4.

¹⁵⁸ ASSOCIATION MÉDICALE CANADIENNE, COLLÈGE DES MÉDECINS DE FAMILLE DU CANADA et COLLÈGE ROYAL DES MÉDECINS ET CHIRURGIENS DU CANADA, « Guide sur les soins virtuels à l'intention des patients », juin 2020, p. 5, en ligne : <https://www.cma.ca/sites/default/files/pdf/Guide-sur-les-soins-virtuels_mar2020_F.pdf>.

¹⁵⁹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 6-7; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 116, p. 9; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67; FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, art. 4; HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., notes 116 et 134, p. 13; voir, par analogie, ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹⁶⁰ HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 134, p. 13.

¹⁶¹ FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, art. 4 b).

¹⁶² ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4.

« quand il convient de prodiguer des soins en mode virtuel et quand il est souhaitable ou nécessaire de voir leur patient en personne¹⁶³ » et pour évaluer « quand les rencontres virtuelles peuvent se substituer aux rencontres en personne¹⁶⁴ ». Dans le contexte de la pandémie de coronavirus, la rencontre virtuelle semble avoir été envisagée plus facilement comme une solution de rechange acceptable à la rencontre en personne vu l'importance de diminuer les possibilités de contamination¹⁶⁵. En tout temps, le médecin devrait être « conscient des difficultés spécifiques et des incertitudes éventuelles qui se posent lorsqu'il est en contact avec le patient par télécommunication¹⁶⁶ » et « être prêt à recommander une consultation en sa présence s'il estime qu'elle est dans l'intérêt du patient¹⁶⁷ ». Il faut évidemment que le médecin qui évalue « la pertinence de délivrer l'acte médical au moyen des technologies de l'information et des communications [possède] une compétence suffisante pour le faire¹⁶⁸ ».

À vrai dire, le professionnel de la santé devrait s'assurer que les avantages de la consultation vidéo et ses désavantages s'équilibrent. Pour effectuer cette évaluation, le professionnel de la santé pourrait notamment prendre en considération les éléments suivants :

- la situation clinique du patient¹⁶⁹;
- la capacité du patient à utiliser les outils informatiques¹⁷⁰;

¹⁶³ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67.

¹⁶⁴ RÉSEAU QUÉBÉCOIS DE LA TÉLÉSANTÉ, *Guide du professionnel – Rencontre virtuelle REACTS*, p. 1, en ligne : <https://telesante.quebec/guidereacts/pdf/info/Reacts_guide_professionnel_vf.pdf>.

¹⁶⁵ Voir, par exemple, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 9.

¹⁶⁶ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 4; ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3, art. 14.

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ S. BRISSON, préc., note 30, p. 114.

¹⁶⁹ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67; HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 134, p. 13; voir, par analogie, ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹⁷⁰ RÉSEAU QUÉBÉCOIS DE LA TÉLÉSANTÉ, préc., note 164, p. 1; CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 116, p. 8; HAUTE AUTORITÉ DE

- l'accès à d'autres ressources pour le suivi¹⁷¹;
- la cohérence avec les services rendus en personne¹⁷²;
- les difficultés à saisir la communication non verbale¹⁷³;
- la nature de la consultation¹⁷⁴;
- l'endroit où se trouve le patient¹⁷⁵;
- la capacité du patient à communiquer à distance¹⁷⁶.

Enfin, l'un des éléments primordiaux à retenir concernant la pertinence d'offrir la télésanté est son impact éventuel sur les personnes vulnérables. Bien qu'elle ait le potentiel de remédier à des situations d'inégalités (ex. : meilleur accès aux soins pour des populations isolées¹⁷⁷), cette forme de prestation des soins pourrait accentuer des vulnérabilités existantes chez certains groupes (ex. : moins d'accès aux soins dans le cas des personnes ayant des difficultés cognitives¹⁷⁸). Pensons également à des personnes plus âgées, marginalisées ou moins à l'aise avec la technologie. La Commission de l'éthique en science et en technologie a proposé quelques questions pour tenir compte des situations de vulnérabilité en matière de télésanté; plusieurs sont pertinentes dans le contexte de notre analyse :

- La personne a-t-elle les capacités cognitives nécessaires pour bien comprendre les avantages et les inconvénients de l'intervention en télésanté qui lui est proposée?

SANTÉ, préc., note 134, p. 13; voir, par analogie, ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹⁷¹ FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, art. 4 c); voir, par analogie, ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹⁷² ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3.

¹⁷³ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, préc., note 150, p. 131.

¹⁷⁴ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 67.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 134, p. 13.

¹⁷⁷ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 12; COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 23; CEFRIO, préc., note 3, p. 6; ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, préc., note 3, préambule;

¹⁷⁸ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 57-59; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, préc., note 150, p. 136; OCDE, préc., note 62, p. 46.

- La personne a-t-elle le niveau de littératie nécessaire pour bien utiliser la technologie sur le plan technique et bien comprendre comment agir dans le nouveau contexte, sur le plan clinique?
[...]
- La personne pourrait-elle accepter une intervention en télésanté parce que cela lui semble être la seule manière d’obtenir des soins dont elle a besoin, même si elle est mal à l’aise par rapport à la technologie, qu’elle souffre du manque de proximité physique, etc.¹⁷⁹?

Le professionnel de la santé devrait donc être sensible aux situations de vulnérabilité et s’assurer que le patient possède les capacités lui permettant de tirer bénéfice d’une consultation qui n’a pas lieu en personne. Les capacités touchant la communication à distance et le recours à des outils informatiques s’avèrent cruciales : pour bien les évaluer, il importe de considérer l’état cognitif, l’état psychique, l’état physique (vue, audition, etc.) et la langue d’usage¹⁸⁰. De façon similaire, les travailleurs sociaux qui utilisent la télésanté se font recommander de prendre en considération « la capacité intellectuelle, émotionnelle et physique du client d’utiliser les technologies numériques et électroniques dans le cadre de la prestation de services, mais également sa capacité de comprendre les risques potentiels et les limites de ces services¹⁸¹ ». Pour pallier l’impact négatif de la télésanté sur les personnes vulnérables, il pourrait être pertinent que « des mesures adaptées aux niveaux cognitifs des différents usagers soient mises en place afin de les informer adéquatement et de façon significative des enjeux et risques¹⁸² ».

¹⁷⁹ COMMISSION DE L’ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, préc., note 3, p. 58.
¹⁸⁰ *Id.*, p. 14.

¹⁸¹ ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 9.

¹⁸² P. TRUDEL et F. ABRAN, préc., note 80, p. 53 et 73.

VI. Compétences et habiletés technologiques

En vertu de son code de déontologie, le médecin doit « s’acquitter de ses obligations professionnelles avec compétence¹⁸³ ». Il assume presque en toutes circonstances une obligation de *moyen* à l’égard de ses propres actions professionnelles¹⁸⁴. Le médecin serait exceptionnellement à une obligation de *résultat*, c’est-à-dire qu’il devrait obligatoirement produire le résultat escompté¹⁸⁵, à l’égard des appareils qu’il utilise, bien que ni la doctrine ni la jurisprudence ne soient constantes sur les critères d’application de cette exception¹⁸⁶. Il faut donc garder à l’esprit que les règles pourraient différer si un appareil de télécommunication était impliqué dans un préjudice causé à un patient, par exemple en cas de mal fonctionnement d’un serveur informatique.

Ainsi, la norme de conduite qui s’applique habituellement au médecin est objective. Pour évaluer si ce dernier a correctement agi, il sera comparé à un praticien raisonnablement compétent et habile placé dans les mêmes circonstances que le médecin en cause¹⁸⁷ ou, autrement dit, à un médecin raisonnablement prudent, diligent et compétent¹⁸⁸. Cette norme s’applique, en règle générale, à toutes les facettes de sa pratique médicale :

¹⁸³ *Code de déontologie des médecins*, préc., note 80, art. 5.

¹⁸⁴ S. PHILIPS-NOOTENS, R.P. KOURI et P. LESAGE-JARJOURA, préc., note 47, par. 55; Patrice DESLAURIERS et Emmanuel PRÉVILLE-RATELLE, « La responsabilité des professionnels », dans *Collection de droit 2020-2021*, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 155, aux p. 157-159.

¹⁸⁵ P. DESLAURIERS et E. PRÉVILLE-RATELLE, préc., note 184, p. 157.

¹⁸⁶ S. PHILIPS-NOOTENS, R.P. KOURI et P. LESAGE-JARJOURA, préc., note 47, aux par. 159-174; Luc de la SABLONNIÈRE et Marie Nancy PAQUET, « La responsabilité hospitalière et l’utilisation du matériel », dans S.F.P.B.Q., vol. 343, *Développements récents en droit médico-légal et responsabilité des chirurgiens (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 104-109, 113 et 122; M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 100-101; Robert P. KOURI et Catherine RÉGIS, « La limite de l’accès aux soins telle que posée par l’article 13 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux : véritable exutoire ou simple mise en garde? », (2013) 72 *R. du B.* 177.

¹⁸⁷ S. PHILIPS-NOOTENS, R.P. KOURI et P. LESAGE-JARJOURA, préc., note 47, par. 66.

¹⁸⁸ P. DESLAURIERS et E. PRÉVILLE-RATELLE, préc., note 184.

l'obligation de renseigner, l'obligation de soigner, l'obligation de suivre et l'obligation de protéger le secret professionnel¹⁸⁹. Ainsi, le médecin doit respecter les règles de l'art reconnues¹⁹⁰ et « recourir à la bonne pratique médicale, se conformer aux données acquises de la science ou encore aux standards généralement reconnus dans le milieu¹⁹¹ ».

Transféré dans le contexte de la télésanté, ce principe signifie que le médecin devrait agir comme un médecin raisonnablement compétent qui applique les standards généralement reconnus du milieu médical touchant l'utilisation des technologies de communication. Les sources consultées nous indiquent que les standards auxquels doit se conformer le médecin ne concernent pas uniquement la façon de fournir la prestation de soins à distance, mais incluent en outre ses compétences et les habiletés technologiques¹⁹².

Premièrement, deux normes générales sur la conduite du médecin peuvent aider à clarifier son rôle concernant les compétences et les habiletés technologiques en matière de télésanté. Dans sa pratique usuelle, le médecin doit « tenir compte de ses capacités, de ses limites ainsi que des moyens dont il dispose. Il doit, si l'intérêt du patient l'exige, consulter [...] toute personne compétente¹⁹³ ». Dans le contexte de la télésanté, cette exigence force le médecin à prendre en considération ses compétences technologiques et les moyens technologiques mis à sa disposition afin de décider des modalités de la consultation à distance (par exemple, le choix du système de télécommunication). Le médecin doit « respecter la limite de ses connaissances technologiques et ne pas hésiter à contacter un

¹⁸⁹ S. PHILIPS-NOOTENS, R.P. KOURI et P. LESAGE-JARJOURA, préc., note 47, par. 66.

¹⁹⁰ P. DESLAURIERS et E. PRÉVILLE-RATELLE, préc., note 184, p. 156.

¹⁹¹ S. PHILIPS-NOOTENS, R.P. KOURI et P. LESAGE-JARJOURA, préc., note 47, par. 62.

¹⁹² CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 116, p. 15; ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4; S. BRISSON, préc., note 30, p. 128; F. PÉRODEAU, préc., note 1, p. 82; voir, par analogie, ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 6.

¹⁹³ *Code de déontologie des médecins*, préc., note 80, art. 42.

professionnel des télécommunications » au besoin¹⁹⁴. Lorsque ses compétences technologiques ne sont pas suffisantes pour s'assurer qu'il respecte ses obligations légales et déontologiques, il devrait notamment consulter une personne compétente dans le domaine des technologies de communication. Par ailleurs, le médecin doit aussi en tout temps « s'abstenir d'exercer sa profession dans des circonstances [...] susceptibles de compromettre la qualité de son exercice¹⁹⁵ ». Suivant cette obligation déontologique, le médecin devrait éviter d'offrir des services de télésanté s'il ne possède pas les compétences et les habiletés technologiques permettant de garantir la qualité de sa pratique.

Deuxièmement, des normes élaborées précisément pour l'exercice de la télésanté permettent d'éclairer la conduite du médecin raisonnablement compétent et habile en matière de consultation à distance. D'abord, tout médecin devrait se renseigner afin de bien connaître la technologie qu'il s'apprête à utiliser et de déterminer les risques posés par celle-ci :

[Les médecins qui comptent utiliser la télésanté devraient] s'informer adéquatement sur les technologies qu'ils comptent utiliser, sur les risques inhérents à leur utilisation ainsi que sur les méthodes ou les solutions assurant la prévention ou la réduction de ces risques [...] Le médecin porte la responsabilité de mesurer les avantages et les risques à échanger de l'information avec un patient ou un collègue en utilisant des moyens technologiques¹⁹⁶.

Ainsi, les médecins devraient « se tenir au courant des nouveautés et se renseigner au sujet des questions de sécurité et de protection des renseignements personnels propres à leur milieu de pratique¹⁹⁷ ». Par analogie, il est demandé aux psychologues qui utilisent la télépsychologie d'analyser les risques liés à cette approche et de « chercher à obtenir une formation appropriée ou à consulter des experts en la matière lorsqu'ils

¹⁹⁴ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 5.

¹⁹⁵ *Code de déontologie des médecins*, préc., note 80, art. 43.

¹⁹⁶ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 17-18.

¹⁹⁷ ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4.

ont besoin de connaissances supplémentaires pour mener une analyse des risque¹⁹⁸ ».

Troisièmement, le médecin devrait être en mesure d'utiliser correctement la technologie de communication envisagée. En faisant écho à l'obligation de moyen qui incombe au médecin, on peut dire que « l'utilisation de la technologie requiert un degré de compétence raisonnable à l'égard du maniement de l'équipement¹⁹⁹ ». Le médecin qui exerce la télésanté doit « s'assurer qu'il a la compétence, les capacités et les connaissances nécessaires afin de respecter les obligations déontologiques et juridiques qui lui sont imposées²⁰⁰ ». Il « doit notamment acquérir des compétences technologiques afin d'utiliser adéquatement le matériel technique²⁰¹ ». Par exemple, le médecin devrait se former « à l'utilisation des outils de communication à distance [et] à la gestion des pannes en cas d'incidents techniques sur le réseau ou sur le matériel de télémedecine²⁰² ». D'une façon similaire, il est demandé aux psychologues qui exercent la télépsychologie de connaître les gestes à accomplir pour avoir recours à la technologie de façon sécuritaire, comme « crypter les données confidentielles [et] utiliser des mots de passe impossibles à déchiffrer²⁰³ ».

VII. Dossier médical

Comme la télésanté dématérialise en quelque sorte la prestation de soins, cette situation soulève des questions quant à la création et à la conservation du dossier médical. Traditionnellement, ce dossier est créé et conservé au lieu où le patient se trouve lorsqu'il reçoit des soins. Or, lorsque ce dernier participe à une consultation vidéo à partir de son domicile, et ne se déplace peut-être jamais dans le lieu où le professionnel de la santé pratique, des adaptations à cette règle sont nécessaires. D'une

¹⁹⁸ ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 15.

¹⁹⁹ S. BRISSON, préc., note 30, p. 128.

²⁰⁰ F. PÉRODEAU, préc., note 1, p. 82.

²⁰¹ CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, préc., note 116, p. 15.

²⁰² HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 134, p. 11.

²⁰³ ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, préc., note 67, p. 15.

façon générale, la constitution d'un dossier médical pour chaque patient qui bénéficie de services de télésanté est un standard basé sur la similarité des principes applicables à la prestation de soins en personne et à distance²⁰⁴. Une véritable relation médecin-patient s'établissant avec la consultation à distance, « les informations médicales, quelles qu'elles soient, recueillies lors de la pratique de la *télémédecine*, font partie du dossier médical du patient²⁰⁵ ». Dans le cas de la prestation de soins à distance, la tenue des dossiers doit se dérouler « de façon équivalente à ce qui est fait en médecine traditionnelle en tenant compte des éléments particuliers à la télémédecine et avec les adaptations nécessaires²⁰⁶ ».

Nous verrons ci-dessous les distinctions qui s'imposent au regard de la constitution du dossier médical selon que les services de télésanté sont fournis hors Établissement ou en Établissement.

A) Services de télésanté hors Établissement

Des services de télésanté peuvent être offerts sans la participation d'un Établissement : ce sera le cas, par exemple, par l'entremise d'un cabinet privé de professionnels ou d'un centre médical spécialisé (comme ceux qui offrent des services de chirurgie de la hanche)²⁰⁷. Dans ce contexte, comme nous l'avons expliqué plus haut, l'article 108.2 de la LSSSS²⁰⁸ ne s'applique pas. Il faut alors s'en remettre aux règles générales qui encadrent les professionnels de la santé.

Le médecin doit constituer un dossier médical « pour toute personne qui le consulte, qu'elle s'adresse directement à lui, lui soit dirigée ou soit rejointe par lui, peu importe l'endroit de la consul-

²⁰⁴ FÉDÉRATION DES ORDRES DES MÉDECINS DU CANADA, préc., note 31, p. 3.

²⁰⁵ M. BEAUPRÉ, préc., note 17, p. 97.

²⁰⁶ F. PÉRODEAU, préc., note 1, p. 72. Voir aussi COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 9.

²⁰⁷ LSSSS, art. 79, 94, 95 et 333.1.

²⁰⁸ *Id.*, art. 108.1 et 108.2.

tation²⁰⁹ ». Les dispositions de la LSSSS sont assez englobantes pour inclure toute consultation vidéo à partir du domicile du patient, peu importe la façon dont le patient a été dirigé vers le médecin. Celui-ci pourrait notamment être tenu de verser au dossier médical les autorisations légales obtenues au moment de la consultation vidéo et un compte rendu de toute communication avec le patient²¹⁰. En effet, toute « communication écrite, téléphonique ou électronique avec le patient devrait être soigneusement notée au dossier²¹¹ ». Le processus d'obtention du consentement à utiliser un moyen de communication électronique doit être documenté dans le dossier médical, peu importe la forme de ce consentement :

Le médecin devrait obtenir le consentement éclairé du patient à la communication électronique, et documenter ce consentement dans le dossier médical du patient au moyen d'une note, d'un formulaire de consentement signé ou d'une entente stipulant les conditions d'utilisation de ce mode de communication²¹².

Enfin, lorsque des images radiologiques sont échangées ou lorsque des consultations vidéo sont enregistrées, le médecin doit aussi les ajouter au dossier médical²¹³.

Quant à l'infirmière, elle est tenue de constituer un dossier pour chacun de ses patients²¹⁴. Toutefois, si elle exerce au sein d'un organisme du gouvernement ou d'une personne morale, le dossier conçu par cet organisme ou cette personne morale sert de dossier officiel et elle peut

²⁰⁹ *Règlement sur les dossiers, les lieux d'exercice et la cessation d'exercice d'un médecin*, préc., note 83, art. 4.

²¹⁰ *Id.*, art. 6.

²¹¹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *La rédaction et la tenue des dossiers par le médecin en milieu extrahospitalier*, (2013), p. 14, en ligne : <<http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2013-04-01-fr-redaction-et-tenue-des-dossiers-milieu-extrahospitalier.pdf>>.

²¹² ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE, préc., note 4.

²¹³ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 3, p. 28.

²¹⁴ *Règlement sur les effets, les cabinets de consultation et autres bureaux des membres de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec*, RLRQ, c. I-8, r. 14, art. 2.

simplement y ajouter des éléments²¹⁵. Il pourrait s'agir du dossier médical déjà tenu par la clinique médicale où elle travaille. L'infirmière pourrait devoir joindre au dossier « une copie de tout contrat de service ou la description de toute entente particulière concernant la nature et les modalités d'une intervention de soins²¹⁶ ». Au sujet de ce dernier élément, on peut penser que le résumé de l'entente conclue avec le patient relativement aux modalités des services de télésanté constitue précisément un élément qui devrait être inclus au dossier.

B) Services de télésanté en Établissement²¹⁷

Lorsqu'un Établissement participe à la prestation de services de télésanté, celui-ci doit tenir un dossier d'usager pour chaque personne ayant reçu de tels services²¹⁸. Les professionnels de la santé doivent « consigner toutes les consultations de soins virtuels au dossier des patients », y compris le consentement²¹⁹.

Les éléments devant minimalement figurer au dossier d'usager sont listés dans un règlement²²⁰ qui en établit le contenu en fonction du type d'Établissement prestataire de services (centre hospitalier, centre de services sociaux, etc.)²²¹. Les éléments suivants devraient notamment apparaître dans le dossier d'usager : le résumé des entrevues par des

²¹⁵ *Id.*, art. 3 (1).

²¹⁶ *Id.*, art. 2 (6).

²¹⁷ Il nous paraît peu pertinent de nous référer au document rédigé en 2005 par le Collège des médecins qui fait référence à des normes adoptées avant l'inclusion de la télésanté dans la LSSSS, même si ce texte comporte certaines précisions sur la télémedecine. Cette publication demande notamment de noter l'équipement informatique utilisé au moment de la consultation : COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *La tenue des dossiers par le médecin en centre hospitalier de soins généraux et spécialisés*, (2005), p. 35, en ligne : <<http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2005-12-01-fr-tenue-des-dossiers-par-medecin-en-centre-hospitalier-de-soins-generaux-et-specialises.pdf>>.

²¹⁸ LSSSS, art. 108.2 et 505 al. 1 (24).

²¹⁹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 20.

²²⁰ *Id.*

²²¹ *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, RLRQ, c. S-5, r. 5, art. 53-59.

professionnels, le document confirmant l'obtention du consentement pour des services offerts par l'Établissement et « le document attestant le consentement du bénéficiaire à la prise par l'établissement de photographies, films ou enregistrements le concernant²²² ».

Lorsqu'un médecin affilié à un Établissement participe à des services de télésanté, il n'a pas à produire de son côté le dossier d'utilisateur, car celui-ci tient lieu de dossier médical²²³. Le médecin doit toutefois y ajouter les éléments que nous avons vus plus haut au sujet du médecin qui exerce hors Établissement, cette obligation ne dépendant pas du lieu d'exercice²²⁴. La situation est la même pour l'infirmière affiliée à un Établissement lorsqu'elle prend part à des services de télésanté : il ne lui est pas nécessaire de créer un dossier du patient en parallèle. En effet, le dossier tenu par l'organisme ou la personne morale pour qui elle travaille joue ce rôle²²⁵. L'infirmière devra donc intégrer simplement au dossier d'utilisateur les éléments que nous avons vus plus haut au sujet de l'infirmière qui exerce hors établissement car ces obligations ne dépendent pas du lieu d'exercice²²⁶.

Il reste donc la situation d'un professionnel de la santé qui n'est rattaché à aucun Établissement, mais qui participe aux services de télésanté offerts par un Établissement. Cela peut être, par exemple, le médecin de famille (exerçant exclusivement en cabinet) qui est invité à se joindre à une téléconsultation organisée entre le médecin d'un Établissement et leur patiente à tous les deux. La LSSSS prévoit que le profes-

²²² *Id.*, art. 53 (22).

²²³ *Règlement sur les dossiers, les lieux d'exercice et la cessation d'exercice d'un médecin*, préc., note 83, art 2 al. 2.

²²⁴ *Id.*, art. 4 et 6.

²²⁵ *Règlement sur les effets, les cabinets de consultation et autres bureaux des membres de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec*, préc., note 214, art. 3(1).

²²⁶ *Id.*, art. 2; ORDRE DES INFIRMIÈRES ET INFIRMIERS DU QUÉBEC, *Pratique infirmière dans le secteur privé Balises professionnelles, déontologiques et juridiques*, 2017, p. 14, en ligne : <<https://www.oiiq.org/documents/20147/1306047/1477-pratique-inf-secteur-prive-balises-web.pdf/9c2f1291-e345-f70f-a93f-8156327b871a>>.

sionnel de la santé doit tenir un dossier pour chaque « personne à qui sont rendus de tels services, conformément [...] aux normes relatives à la tenue des dossiers adoptées par règlement pris par le Conseil d'administration de l'ordre auquel ce professionnel appartient²²⁷ ». Ainsi, que ce soit un médecin ou une infirmière, le professionnel de la santé devra constituer un dossier sur le patient conformément aux règles exposées plus haut.

VIII. Continuité des services

Le professionnel qui offre une consultation vidéo n'est pas nécessairement celui qui accompagne le patient sur une base régulière; il peut apparaître ponctuellement pour un épisode de soins. C'est le cas lorsque la consultation vidéo est offerte par quelqu'un qui n'est pas le médecin omnipraticien désigné par le patient pour le « prendre en charge et assurer le suivi de [ses] problèmes de santé²²⁸ », habituellement appelé « médecin de famille²²⁹ », ni l'infirmière praticienne spécialisée qui effectue la prise en charge en partenariat avec l'omnipraticien²³⁰. Dans ce contexte particulier de télésanté, l'enjeu de la continuité des soins apparaît clairement.

La LSSSS prévoit que chaque patient a le droit d'obtenir la continuité des services de santé qui sont délivrés par un Établissement²³¹ : « Toute personne a le droit de recevoir des services de santé et des

²²⁷ LSSSS, art. 108.2.

²²⁸ RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE DU QUÉBEC, *Inscription auprès d'un médecin de famille (document d'information)*, formulaire n° 4107, en ligne : <<http://www.ramq.gouv.qc.ca/SiteCollectionDocuments/professionnels/formulaires/4107.pdf>>.

²²⁹ RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE DU QUÉBEC, *Inscription auprès d'un médecin de famille*, formulaire n° 4096, en ligne : <<http://www.ramq.gouv.qc.ca/SiteCollectionDocuments/professionnels/formulaires/4096.pdf>>.

²³⁰ RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE DU QUÉBEC, *Démarches pour l'inscription d'un patient*, en ligne : <<http://www.ramq.gouv.qc.ca/fr/professionnels/medecins-omnipraticiens/facturation/inscription-clientele/Pages/demarche-inscription-patient.aspx>>.

²³¹ LSSSS, art. 100.

services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, *avec continuité* et de façon personnalisée et sécuritaire²³². »

Précisons que le droit à la continuité s'applique également lorsque les services de télésanté sont offerts par un professionnel de la santé juridiquement rattaché à un Établissement, mais qui n'y est pas physiquement au moment d'offrir les services de télésanté à un usager.

L'exercice du droit à la continuité des services doit toutefois tenir compte « des ressources humaines, matérielles et financières²³³ » dont dispose l'Établissement, y compris les ressources « informationnelles et technologiques » dans le cas de la télésanté²³⁴.

En vertu de son code de déontologie, le médecin qui a examiné un patient est responsable du suivi médical requis, « à moins de s'être assuré qu'un autre médecin, un autre professionnel ou une autre personne habilitée puisse le faire à sa place²³⁵ ». Quand le médecin dirige son patient vers un collègue, il doit « assumer la responsabilité de ce patient aussi longtemps que cet autre médecin n'a pas pris celui-ci en charge²³⁶ ». Le médecin s'acquitte ainsi, auprès de son patient, d'une obligation de suivi jusqu'à ce « qu'il ait pris des mesures pour qu'un suivi de qualité soit assuré au patient²³⁷ ». Le médecin doit de plus « faire preuve d'une disponibilité raisonnable envers son patient²³⁸ ».

Quant à l'infirmière, elle n'a traditionnellement pas l'obligation d'effectuer un « suivi médical » au même titre que le médecin. Toutefois, elle semble devoir se conformer à une certaine obligation quant au suivi et à la continuité des soins infirmiers qu'elle procure au patient. En effet, en vertu de son code de déontologie, l'infirmière doit :

²³² LSSSS, art. 5 (l'italique est de nous).

²³³ LSSSS, art. 13.

²³⁴ P. TRUDEL et F. ABRAN, préc., note 80, p. 55-56.

²³⁵ *Code de déontologie des médecins*, préc., note 80, art. 32.

²³⁶ *Id.*, art. 33.

²³⁷ P. TRUDEL et F. ABRAN, préc., note 80, p. 55-56.

²³⁸ *Code de déontologie des médecins*, préc., note 80, art. 37.

- assurer la surveillance clinique et le suivi requis par l'état de santé du patient;
- prendre les moyens raisonnables pour assurer la continuité des soins et les traitements du patient²³⁹.

Il faut toutefois considérer que certaines infirmières ont un champ d'exercice qui inclut des activités médicales habituellement exercées par un médecin, comme l'infirmière autorisée à prescrire²⁴⁰ et l'infirmière praticienne spécialisée²⁴¹.

D'abord, certaines infirmières sont autorisées à prescrire des examens, des pansements, des produits, des médicaments ou de la contraception²⁴². Elles doivent alors avoir rempli des exigences particulières concernant leur formation et obtenu une attestation spécifique de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec²⁴³. L'infirmière autorisée à prescrire doit satisfaire à des obligations quant au suivi et à la continuité des soins liés à la prescription. Lorsqu'elle prescrit un examen ou une analyse de laboratoire, elle doit « assurer le suivi requis par l'état du client, à moins de s'être assuré[e] qu'une autre infirmière ou un autre infirmier, un autre professionnel ou une autre personne habilitée puisse le faire à sa place²⁴⁴ ».

Ensuite, certaines infirmières ont un certificat de spécialiste d'« infirmière praticienne spécialisée » qui les autorise à exercer des actes autrement réservés aux médecins, comme prescrire (des examens, des médicaments ou des traitements) et amorcer le traitement de maladies

²³⁹ *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, préc., note 85, art. 44.

²⁴⁰ *Règlement sur certaines activités professionnelles qui peuvent être exercées par une infirmière et un infirmier*, RLRQ, c. M-9, r. 12.001, art. 1.

²⁴¹ *Règlement sur les infirmières praticiennes spécialisées*, RLRQ, c. M-9, r. 23.1, art. 1.

²⁴² *Règlement sur certaines activités professionnelles qui peuvent être exercées par une infirmière et un infirmier*, préc., note 240, art. 2-5.

²⁴³ *Id.*, art. 7 et 8.

²⁴⁴ *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, préc., note 85, art. 44.1.

chroniques²⁴⁵. À titre d'illustration, la « prise en charge » et le « suivi » font partie des responsabilités de l'infirmière praticienne spécialisée en soins de première ligne :

Conformément aux objectifs poursuivis par la réglementation applicable à cette spécialité, [l'infirmière praticienne spécialisée en soins de première ligne] assume de façon autonome *l'entière responsabilité de la prise en charge et du suivi des cas cliniques* qui relèvent de sa compétence, sous réserve de son obligation d'orienter la personne vers un médecin partenaire²⁴⁶.

Il semble donc se dessiner, pour l'infirmière autorisée à prescrire et l'infirmière praticienne spécialisée, une obligation de suivi à l'égard des activités médicales qu'elles exercent, c'est-à-dire les activités habituellement réservées au médecin. Cela constitue la suite logique de l'exercice, par une autre catégorie de professionnels, d'activités qui confèrent au médecin une obligation de suivi. Peu importe qui exerce les activités médicales auprès d'un patient, le besoin de suivi s'avère toujours présent, et ce, dans l'optique d'assurer la sécurité du patient et de lui offrir des soins de qualité.

Dans le contexte de la télésanté, les médecins et les infirmières auront l'obligation d'assurer un certain suivi ou la continuité des soins, en fonction du type d'activité qu'ils exerceront. La continuité des soins est une exigence qui existe aussi en matière de télésanté, où elle inclut de garantir « une consultation en personne en temps opportun lorsque cela est

²⁴⁵ *Règlement sur les classes de spécialités d'infirmière praticienne spécialisée*, RLRQ, c. I-8, r. 8, art. 1; *Loi sur les infirmières et les infirmiers*, RLRQ, c. I-8, art. 36.1; *Règlement sur les infirmières praticiennes spécialisées*, préc., note 241, art. 4.

²⁴⁶ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC et ORDRE DES INFIRMIÈRES ET INFIRMIERS DU QUÉBEC, *Pratique clinique de l'infirmière praticienne spécialisée en soins de première. Lignes directrices*, 2019, p. 47, en ligne : <<http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2019-07-23-fr-lignes-dir-ips-premiere-ligne.pdf>> (l'italique est de nous).

cliniquement indiqué dans un environnement de soins approprié, des suivis, des analyses de laboratoires²⁴⁷ ».

Cette obligation à l'égard du patient peut être remplie lorsque le professionnel de la santé se charge lui-même du suivi rendu nécessaire après la consultation vidéo ou encore lorsqu'il s'assure que d'autres ressources effectueront ce suivi. En outre, ces professionnels devront communiquer les informations nécessaires aux autres professionnels de la santé engagés dans la prise en charge du patient, comme le médecin de famille²⁴⁸.

Conclusion

Un établissement hospitalier de la région de Montréal a annoncé récemment qu'il allait implanter une plateforme de consultation vidéo dans le but « d'intensifier son virage numérique²⁴⁹ ». Certaines entreprises privées offrent déjà aux Québécois des consultations vidéo²⁵⁰, tandis que d'autres planifient de le faire prochainement²⁵¹.

La pandémie de coronavirus a donné un essor inattendu à l'implantation de la vidéo consultation dans le système de santé québécois²⁵². Pourtant, la couverture par la Régie de l'assurance maladie

²⁴⁷ ACCRÉDITATION CANADA, préc., note 67, p. 4. Voir aussi COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 6 et 9.

²⁴⁸ HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 134, p. 13.

²⁴⁹ « Le CIUSSS du Nord-de-l'Île de Montréal déploie la plateforme Reacts comme outil de communication sécurisé », communiqué, en ligne : <<https://www.newswire.ca/fr/news-releases/le-ciusss-du-nord-de-l-ile-de-montreal-deploie-la-plateforme-reacts-comme-outil-de-communication-securise-899579779.html>>.

²⁵⁰ Clinique Go, en ligne : <<https://cliniquego.com/teleconsultation-sante/>>; Mapple, en ligne : <www.getmapple.ca>.

²⁵¹ « Un service de télémédecine propulsé par l'IA maintenant offert aux Canadiens », en ligne : <<https://www.newswire.ca/fr/news-releases/un-service-de-telemedecine-propulse-par-l-ia-maintenant-offert-aux-canadiens-891435498.html>>.

²⁵² A. BEAUDOUIN, préc., note 6; M. PERREAULT, préc., note 6.

du Québec des soins offerts par télésanté est encadrée depuis 2007²⁵³. Si le remboursement des services de télésanté ne causait pas problème, des éléments ont certainement freiné sa mise en œuvre. Le besoin d'avoir des balises juridiques et déontologiques claires fait assurément partie de ces obstacles, comme nous l'avons vu plus haut.

Notre analyse a démontré que les principes généraux – en droit médical et en déontologie – qui sont connus des professionnels de la santé et des juristes trouvent application dans le domaine de la télésanté. Cette dernière exige surtout une mise en application en contexte nouveau de principes existants et bien ancrés dans la pratique des professionnels.

Nous avons tenté dans notre texte de dégager certaines balises pour des enjeux juridiques et déontologiques soulevés par l'implantation de la consultation vidéo avec des médecins ou des infirmières au Québec. Évidemment, en fonction du contexte, la télésanté peut donner lieu à beaucoup d'autres enjeux qui n'ont pas été abordés ici, par exemple le droit d'exercice dans une relation médecin-patient transfrontalière et la détermination du droit applicable en cas de litige²⁵⁴. D'autres travaux seront utiles pour éclairer les praticiens et les décideurs quant à la mise en place d'une offre de services élargie en matière de télésanté.

²⁵³ *Décret 329-2007 concernant le Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, (2007) 139 G.O. II, 1991, art. 1. Ce décret a modifié l'alinéa (d) de l'article 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, RLRQ, c. A-29, r. 5.

²⁵⁴ Robert P. KOURI et Sophie BRISSON, « Les incertitudes juridictionnelles en télé-médecine, où est posé l'acte médical? », (2004-2005) 35 *R.D.U.S.* 521; G. TREMBLAY, préc., note 46.

Du *petit jury* au jury de *medietate linguae* en Amérique du Nord : la quête d'une institution représentative d'une liberté anglaise

par David GILLES*

L'institution du jury, née au sein de la common law en reprenant les pratiques saxonnes, s'affirme très tôt, dès la Magna Carta, comme l'une des libertés anglaises. Diverse dans ses formes et dans son évolution, elle est transposée naturellement dans le contexte colonial par des colons qui en font un objet d'attachement culturel autant qu'un mécanisme procédural. Particulièrement adapté au contexte colonial, particulièrement souple au regard de la diversité culturelle des colonies américaines, le jury joue un rôle important dans l'affirmation des intérêts des colons tout au long du XVIII^e siècle. Capable de résoudre des différends dans un contexte multi culturel, le jury, notamment dans sa forme de medietate linguae, permet lors de la conquête de la Nouvelle-France de créer une justice équitable, ouverte tant aux intérêts des Britanniques que des nouveaux sujets francophones. Critiqué, mise en discussion au moment de l'Acte de Québec, la procédure du jury constitue néanmoins l'un des gains pour la communauté canadienne dans les premiers temps de la colonie britannique, au même titre que l'habeas corpus, qui sera introduit plus tardivement.

* Professeur titulaire, Université de Sherbrooke. Outre les évaluateurs anonymes de son texte, l'auteur tient à remercier chaleureusement Chantal Racette (LL B.), pour sa contribution à la recherche et son excellent travail de recherche dans le cours *Histoire du droit privé*, ainsi que Marie-Ève Plamondon (LL. B., titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisées de deuxième cycle en common law et droit transnational (*Juris Doctor*)), étudiante de deuxième cycle, pour son apport à cette réflexion.

The establishment of the jury system, which originated in an Anglo-Saxon custom, introduced a procedure that took hold very early on – even before the grant of the Magna Carta – as one of the most basic of English freedoms. This multi-varied and eclectic legal transplant in the colonial context can be viewed both as an object of cultural attachment and as a procedural mechanism. The malleability of the jury system with respect to the cultural diversity of the American colonies enabled it to play an important role in affirming the interests of settlers throughout the 18th century. A tool for resolving disputes in a multi-cultural context, the jury de medietate linguae in particular – assured justice during the Conquest of New France for both the British and new French-speaking subjects. The jury system, although much criticized and often impugned at the time of the introduction of the Quebec Act, can nevertheless be considered as a benefit the Canadian people reaped from the early days of the British colony, much like Habeas Corpus, a procedure which was introduced subsequently.

SOMMAIRE

I.	L'affirmation de la procédure du jury comme une « liberté britannique »	145
A)	La genèse de la procédure	147
1.	La formalisation de la procédure par le pouvoir royal	147
2.	L'affirmation judiciaire et politique de l'institution	151
B)	« The liberties of England cannot but subsist, so long as palladium remains sacred and inviolate » : la représentativité comme fer de lance de l'équité	155
1.	La représentativité des pairs comme gage d'équité	156
2.	La procédure <i>de medietate linguae</i>	158
II.	La consécration des jurys comme outil politique dans le contexte colonial des treize colonies	163
A)	Le jury comme outil d'autonomisation coloniale	165
B)	L'appropriation de la dimension politique des jurys par les colons des treize colonies	169
1.	L'adaptation au contexte colonial : mixité, représentativité et sélection	171
2.	La récusation des jurés en contexte colonial : instrument « impartial » mais politique	177
3.	« The jury is adapted to the investigation of truth beyond any other system the world can produce »	179
III.	L'implantation des jurys dans la Province de Québec : le jury <i>de medietate linguae</i> comme <i>deus ex machina</i> de la Conquête et de l'accommodement culturel	187
A)	Le jury, « droit dont le citoyen anglais ne peut jamais se départir »... en contexte colonial	189
B)	Les débats autour de l'affirmation et de la critique d'un outil de justice populaire et identitaire	196
	Conclusion	220

[H]ow admirably this constitution is adapted and framed for the investigation of truth, beyond any other method of trial in the world.

Parmi les institutions que l'on conserve uniquement parce qu'elles sont vieilles figure au premier rang l'institution du jury. Rien n'est plus utile que cette balance-là pour empêcher que la justice ait son cours [...] Il n'y a que dans le cas où un pauvre diable de criminel canadien a bel et bien mérité la corde qu'il peut s'attendre à ce qu'on lui applique tout le bénéfice de la loi. Parmi les jurés, ses compatriotes le condamneront parce qu'ils le croiront coupable, et les autres l'auraient condamné quand même. Mais s'il s'agit d'un homme qui n'a pas de poil aux pattes, aurait-il été convaincu [d'avoir] assassiné 20 Canayousses [*sic*] il y aura toujours sur les douze quelqu'un qui dira que c'est l'accusé qui a été assassiné. Les jurés sont juges du fait, et vous aurez beau prouver qu'il fait clair en plein jour, si l'un des douze s'obstine à dire le contraire, légalement parlant, il fera aussi noir partout que dans sa propre intelligence¹.

Le terme « jury » est employé de nos jours pour désigner toute instance collective chargée de délibérer sur une question donnée pour rendre une décision commune. Dans le domaine judiciaire, il désigne un groupe de personnes, les jurés, en principe non professionnels, qui siègent aux côtés de magistrats professionnels et qui délibèrent soit en présence des juges, soit en formation séparée pour rendre une décision. Simples citoyens – *a priori* dépourvus de toute formation juridique –, les jurés incarnent, à l'instar des juges professionnels, une sorte de justice « populaire ». Formellement, le rôle du jury est de peser les éléments de preuve afin de déterminer les véritables faits, c'est-à-dire ce qui s'est réellement produit, notamment en matière criminelle². Le juge donne la

¹ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 9^e éd. par W. STRAHAN et T. CADELL, New York, Garland, 1978, p. 355. A. FILIATREAU, « Une excellente institution », *Le Canard*, 19 novembre 1881, p. 2.

² Thomas A. GREEN, « Jury Trial and its Critics in the Eighteenth Century », dans Thomas A. GREEN (dir.), *Verdict According to Conscience. Perspectives on the*

direction au jury pour ce qui est du droit applicable que celui-ci doit ensuite transposer aux faits de l'affaire afin de parvenir à un verdict³. Envisagé comme un droit propre à la tradition constitutionnelle britannique, le jury se doit d'être représentatif de la population canadienne, archétype de la justice par les pairs. Cette dimension trouve une acuité particulière dans le contexte des sociétés contemporaines multiculturelles et plus encore néocoloniales. Le 9 août 2016, un jeune Cri âgé de 22 ans, Colten Boushie, appartenant à la Première Nation des Red Pheasant, est abattu par Gerald Stanley, fermier blanc. Au début de février 2018, ce dernier est acquitté après 13 heures de délibération par un jury entièrement composé de Blancs à Battleford, sous la présidence d'un juge blanc⁴. Le jury est convaincu de la non-culpabilité de Gerald Stanley aux accusations de meurtre au second degré et le dit également innocent des charges mineures d'homicide involontaire. À la suite de cet événement, de nombreuses voix s'élèvent contre la dimension partielle, voire raciste, d'un jury entièrement composé de Blancs dans une cause où un Autochtone se trouve impliqué, au sein de la communauté amérindienne⁵ et plus largement du grand public. Isadore Day, chef de l'Assemblée des Premières Nations de l'Ontario, qualifie ce jugement d'outrage et de

English Criminal Trial Jury, 1200-1800, Chicago, University of Chicago Press, 1985, p. 267-317; Thomas A. GREEN, « A Retrospective on the Criminal Trial Jury, 1200-1800 » dans James S. COCKBURN et Thomas A. GREEN (dir.), *Twelve Good Men and True. The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 358-400; Peter KING, *Crime, Justice, and Discretion in England, 1740-1820*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 246-252.

³ *R. v. Stanley*, 2018 SKQB 27.

⁴ *Id.*

⁵ Voir, par exemple, les publications de Gina Starblanket, Cri/Sulteaux et membre de la communauté crie Star Blanket signataire du Traité 4 en Saskatchewan, et de Dallas Hunt, Cri également et membre de la Première Nation Swan River, signataire du Traité 8 au Nord de l'Alberta : Gina STARBLANKET et Dallas HUNT, « How the Death of Colten Boushie Became Recast as the Story of a Knight Protecting his Castle », *The Globe and Mail*, 13 février 2018, en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/how-the-death-of-colten-boushie-became-recast-as-the-story-of-a-knight-protecting-his-castle/article37958746/>>.

« black eye for Canada »⁶. Ce type de cause en rappelle certaines autres d’Afrique du Sud où, dans le système d’apartheid, de telles configurations et sentences étaient monnaie courante. Bien évidemment, le Canada de 2018 et l’Afrique du Sud de l’apartheid n’ont rien à voir. Toutefois, dans ces deux réalités, l’héritage du jury issu de la common law se trouve placé devant des oppositions sociologiques et anthropologiques issues de la colonisation. Celles-ci, il faut bien l’écrire, reposent sur des processus de spoliation de terres par des communautés⁷ ainsi que sur des marginalisations sociologiques, anthropologiques et économiques des populations implantées sur ces terres. Le territoire sur lequel Boushie trouve la mort est régi par le Traité 6, négocié entre 1876 et 1898 entre la Couronne et les communautés crie et assiniboines⁸. Devant la dégradation de leurs conditions de vie, la prolifération des maladies ainsi que les pressions du fédéral et des autorités locales⁹, plusieurs communautés finissent par signer le Traité 6, mais elles doivent rapidement se tourner vers de menus larcins¹⁰ afin de subvenir à leurs besoins¹¹. Après la révolte autochtone de

⁶ Cité par Dan TAEKEMA, « Chief of Six Nations Calls for Indigenous Jury Members as Trial with Echoes of Colten Boushie Case Begins », *CBC News*, 10 juin 2018, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/hamilton/jon-styres-peter-khill-trial-colten-boushie-1.4698209>>.

⁷ John TOBIAS, « Canada’s Subjugation of the Plains Cree, 1879–1885 », (1985) 64-4 *Canadian Historical Review* 519.

⁸ Historiquement, dès la signature de ce traité, plusieurs dirigeants autochtones s’opposent à la spoliation qui en est la cause, le chef crie Wuttunee envoie d’ailleurs son frère cadet, Red Pheasant – qui donne son nom à la Première Nation – signer à sa place. De même, le chef cri Mistahimaskwa, dit Big Bear, dissident, affirme à l’époque ceci : « It was not given to us to have the rope about our necks », cité dans Roger L. NICHOLS, *The American Indian: Past and Present*, 4^e éd., New York, VNR AG, 1992, p. 194.

⁹ Voir Jeffrey MONAGHAN, « Settler Governmentality and Racializing Surveillance in Canada’s North-West », (2013) 38-4 *Canadian Journal of Sociology* 487.

¹⁰ Brian HUBNER, « Horse Stealing and the Borderline: The NWMP and the Control of Indian Movement, 1874–1900 », dans W.M. Baker (dir.), *The Mounted Police and Prairie Society, 1873–1919*, Regina, University of Regina, 1998, p. 53-70.

¹¹ Julian BRAVE NOISECAT, « I am Colten Boushie. Canada is the All-White Jury that Acquitted his Killer », *The Guardian*, 28 février 2018, en ligne :

1885, notamment menée par les chefs Pounmaker et Big Bear¹² pour obtenir l'application de la part du gouvernement de ses obligations issues du Traité 6, la répression est sanglante. La Couronne fait pendre huit Cris à Battleford, en Saskatchewan¹³. John A. Macdonald, premier ministre de l'époque, affirme alors au commissaire aux Affaires indiennes Edgar Dewdney : « The executions of the Indians ought to convince the Red Man that the White Man governs »¹⁴. La situation conflictuelle perdure pendant de longues années sur ces territoires¹⁵, la justice blanche particulièrement partielle semblant durablement colorer les relations avec les Premières Nations¹⁶. Dans ce contexte, les conditions de vie des communautés amérindiennes restent très fragiles, une paupérisation et un développement des activités semi-clandestines se développant au début du XX^e siècle¹⁷. C'est en marge du système juridique impérialiste que les

<<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/feb/28/colten-boushie-canada-all-white-jury-acquitted>>.

¹² Sandra BINGAMAN, « The Trials of Poundmaker and Big Bear, 1885 », (1975) 28-3 *Saskatchewan History* 81-102.

¹³ Bob BEAL et Barry WRIGHT, « Summary and Incompetent Justice: Legal Responses to the 1885 Crisis », dans Barry WRIGHT et Susan BINNIE (dir.), *Canadian State Trials Volume III, 1840-1914*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 353-410.

¹⁴ Il ajoute notamment que « [i]t is a peculiarity of their race to be extremely susceptible to influence, to care little for tomorrow if the day satisfies their wants » : Blair STONECHILD, *The New Buffalo: The Struggle for Aboriginal Post-secondary Education*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 2006, p. 25.

¹⁵ John JENNINGS, « The North West Mounted Police and Indian Policy after the 1885 Rebellion », dans F. Laurie BARRON et James B. WALDRAM (dir.), *1885 and After: Native Society in Transition*, Regina, Canadian Plains Research Centre, University of Regina, 1986, p. 225-240.

¹⁶ Bill WAISER, « The White Man Governs: The 1885 Indian Trials », dans B. WRIGHT et S. BINNIE (dir.), *Canadian State Trials Volume III: Political Trials and Security Measures, 1840-1914*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 451-480.

¹⁷ Resina MAWANI, « Legalities of Nature: Law, Empire, and Wilderness Landscapes in Canada », (2007) 13-6 *Social Identities* 715.

communautés amérindiennes prennent leur essor¹⁸, en quête de droits, de porte-voix¹⁹, d'interlocuteur impartiaux, ainsi que d'engagement à titre de citoyens au sein du système des communautés dominantes de la province²⁰. L'appartenance au jury et la présence dans le système de justice traditionnel en qualité de pair se pose en ces termes pour les membres des Premières Nations. Naturellement, la justice criminelle se trouve particulièrement mise en cause par cette problématique ethnique, anthropologique et juridique. Pourtant, l'instrument du jury figure à bien des égards au panthéon des institutions vecteurs de libertés et d'équité.

Dépassant ce cadre colonial, la Cour suprême du Canada, depuis 1991, a balisé la question de la représentativité du jury en tant que principe constitutionnel, les jurys devant représenter les communautés aussi largement que les circonstances le permettent :

L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la Charte, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ²¹.

En 2015, dans l'affaire *R. c. Kokopenace*²², la Cour suprême précise les cadres selon lesquels la législation provinciale peut assurer la

¹⁸ Richard SMITH, « Rule-by-records and Rule-by-reports: Complementary Aspects of the British Imperial Rule of Law », (1985) 19-1 *Contributions to Indian Sociology* 153.

¹⁹ Emma LAROCQUE, *When the Other is Me: Native Resistance Discourse, 1850-1990*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 2011, p. 85-86.

²⁰ Voir, par exemple, Keith SMITH, *Liberalism, Surveillance, and Resistance: Indigenous Communities in Western Canada, 1877-1927*, Edmonton, University of Alberta Press, 2009.

²¹ *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, 525.

²² *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28.

représentativité des jurys, notamment dans le contexte autochtone, à travers l'inscription des habitants des réserves sur les listes de jurés. L'obligation de représentativité en la matière est remplie si l'État a donné « à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés²³ ». Dans ce contexte, la province est soumise à une simple obligation de moyen, relativement large et peu contraignante quant au caractère effectivement représentatif des jurys, alors même qu'il existe dans l'histoire de la common law des exemples, comme le jury *de medietate linguae*, obligeant à une représentativité effective de la moitié des membres des jurys.

La question du jury, de la mixité de ce dernier, de sa représentativité et du recours aux jurys mixtes est soulevée par la population canadienne. Parmi la doctrine, plusieurs voix s'élèvent, comme celle de Kent Roach²⁴, afin de remettre en cause l'avenir des procès criminels devant jury²⁵, en particulier sur la question de la mixité et de la représentativité de ceux-ci²⁶. Évidemment, la capacité pour les avocats d'interroger d'éventuels jurés sur leurs préjugés raciaux qui pourraient contaminer leur capacité de prise de décision est au premier plan. Si la jurisprudence admet ce type d'interrogation, encore faut-il que le juge du procès autorise de telles questions, et leur forme peut poser problème. S'agirait-il de questions frontales ou de questions plus subtiles en vue d'amener de futurs jurés à dévoiler le fait qu'ils souscrivent à des préjugés raciaux? Quel serait le rôle de la Couronne dans une telle perspective?

²³ *Id.*, par. 2 : « Une telle possibilité est fournie lorsque l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la liste des jurés est représentative ».

²⁴ D. TAEKEMA, préc., note 7.

²⁵ Christopher GALLARDO-GANABAN, « The Lack of Representation of Indigenous People in Canadian Juries », *LawNow*, 3 janv. 2019, en ligne : <<https://www.lawnow.org/the-lack-of-representation-of-indigenous-people-in-canadian-juries/>>.

²⁶ Steven PENNEY et Kelly DAWSON, « Should Jury Selection be Changed? », *Alberta Views*, 1^{er} décembre 2018, en ligne : <<https://albertaviews.ca/jury-selection-changed/>>.

Dépassant cette problématique, la question de la représentativité du jury, dans le contexte d'un pays singulièrement multiculturel et comportant une forte communauté de Premières Nations surgit naturellement²⁷. Leur sélection pour faire partie des jurys par les avocats peut être utilisée pour garder les peuples autochtones ou d'autres minorités radicalisées à l'écart du jury. Le projet de loi n° C-75, présenté après le verdict de l'affaire *R. v. Stanley*, vise notamment cette procédure dont l'objet est de réformer la sélection des jurés pour obtenir des jurys plus représentatifs de la population canadienne²⁸. À l'inverse, le même choix des potentiels jurés pourrait être un outil en vue de promouvoir la diversité. Cette réflexion doit être menée naturellement dans un contexte historique plus large, qui mérite d'être rappelé. En effet, tournés vers l'avenir, dans l'idée de réformer un système jugé partiellement obsolète, les regards gagnaient également à revenir sur le passé, l'histoire offrant des modèles de jury mixtes quelque peu oubliés. Dans la procédure de common law, dans un contexte d'abord de droit privé puis de droit criminel, les juges britanniques et leurs homologues en Amérique du Nord s'adaptent graduellement à la question de la diversité culturelle et normative en développant la procédure du jury, particulièrement par la forme du jury *de medietate linguae*, afin d'assurer une plus grande représentativité de celui-ci. Sans prétendre apporter de nouvelles analyses historiques et archivistiques de la pratique de cette institution, nous voulons aborder de manière synthétique et globale la genèse du jury de common law en rappelant les quelques fondamentaux et adaptations historiques au contexte multiculturel qu'a connus l'institution en Angleterre et en Amérique du Nord.

²⁷ C'est le cas depuis déjà une longue période, comme le souligne la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le jury en droit pénal*, document de travail 27, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 45-55.

²⁸ *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, projet de loi n° C-75 (1^{re} lecture – 29 mars 2018), 1^{re} sess., 42^e légis. (Can.).

Cette institution, aux origines fort anciennes²⁹, sera formalisée comme l'un des éléments caractérisant le procès de common law, propre aux régimes d'origine britannique³⁰. Blackstone affirmant que le jury est « the glory of the English law³¹ », celle-ci est, sans conteste, une institution de common law au sens strict, propre au peuple anglais. Ainsi, la procédure du jury civil n'est introduite, en Écosse, dans la sphère d'influence anglaise, qu'en 1816³². Si les études relatives au jury en matière criminelle sont très nombreuses à l'heure actuelle³³, celles qui concernent le domaine civil se font plus rares³⁴, notamment en langue française, bien que les recherches universitaires traitant de points ou de périodes spécifiques s'avèrent courantes.

²⁹ Sur ce point, voir : Dafydd JENKINS, « Towards the Jury in Medieval Wales », dans John W. CAIRNS et Grant McLEOD (dir.), *The Dearest Birth Right of the People of England. The Jury in the History of the Common Law*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2002, p. 17-46; dans le même ouvrage : Maureen MULHOLLAND, « The Jury in English Manorial Courts », p. 63-74; Roger D. GROOT, « The Early-thirteenth-century Criminal Jury », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 3-35; Edward POWELL, « Jury Trial at Gaol Delivery in the Late Middle Ages: The Midland Circuit, 1400-1429 », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 78-116; John B. POST, « Jury Lists and Juries in the Late Fourteenth Century », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 65-77.

³⁰ « A trial that hath been used time out of mind in this nation and seems to have been co-eval with the first civil government thereof » : W. BLACKSTONE, préc., note 1, p. 349.

³¹ *Id.*, p. 379.

³² John W. CAIRNS, « The Dearest Birth Right of the People of England: The Civil Jury in Modern Scottish Legal History », dans J.W. CAIRNS et G. McLEOD (dir.), préc., note 30, p. 14.

³³ Voir notamment : Antonio PADOA SCHIOPPA (dir.), *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, vol. 4, Berlin, Dunker & Humblot, 1987; dans le même ouvrage, voir les contributions de : John H. LANGBEIN, « The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution », p. 13-39 et T. A. GREEN, « The English Criminal Trial Jury and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution », p. 41-73.

³⁴ « For an institution absolutely central to the common law, there has been surprisingly little recent work on the civil jury, in comparison with the level of interest displayed in the criminal » : J.W. CAIRNS et G. McLEOD (dir.), préc., note 30, p. vi et vii.

Profondément ancrée dans la tradition juridique anglaise³⁵, la pratique du jury se répand ainsi naturellement dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord³⁶ et au sein de l'Empire colonial britannique³⁷. La procédure du jury est traditionnellement considérée comme la pierre angulaire de la démocratie et de la primauté du droit en Angleterre. Pour Lord Devlin, dans son célèbre ouvrage portant sur le procès par jury, ce dernier constitue « [TRADUCTION] davantage qu'un instrument de justice et davantage qu'une seule roue de la Constitution : il est la lumière qui prouve que la liberté subsiste toujours³⁸ ». Le jury anglais fait ainsi figure de principe essentiel des libertés publiques anglaises et est reconnu comme un élément symbolique du caractère libéral de la justice de common law. L'importance des jurés en Angleterre est telle que leur présence a amené le droit anglais à construire tout un réseau d'exclusions en matière de preuve. Ainsi, le ministère public ne doit pas introduire devant eux certaines catégories d'indices, comme l'enquête de personnalité de l'accusé, en raison de la crainte d'une erreur

³⁵ Douglas G. SMITH, « The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform », (1996) 25 *Hofstra Law Review* 377, 421; St. George TUCKER, *Blackstone's Commentaries: With Notes of Reference, to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the United States; and of the Commonwealth of Virginia*, vol. 4, Philadelphia, William Young Birch and Abraham Small, 1803, p. 349.

³⁶ John M. MURRIN, « Magistrates, Sinners, and a Precarious Liberty: Trial by Jury in Seventeenth-Century New England », dans David D. HALL, John M. MURRIN et Thad W. TATE (dir.), *Saints and Revolutionaries. Essays on Early American History*, New York, Norton, 1984, p. 152-206; Jack R. POLE, « A Quest of Thoughts: Representation and Moral Agency in the Early Anglo-american Jury », dans J.W. CAIRNS et G. McLEOD (dir.), préc., note 30, p. 101-130; Richard D. YOUNGER, *The People's Panel: The Grand Jury in the United States, 1634-1941*, Providence, Brown University Press, 1963; Daniel J. HULSEBOSCH, « Imperia in Imperio: The Multiple Constitutions of Empire in New York, 1750-1777 », (1998) 16-2 *Law & History Review* 319.

³⁷ Voir Ken MacMILLAN, *Sovereignty and Possession in the English New World. The Legal Foundations of Empire 1576-1640*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 34-58.

³⁸ « [Trial] by jury is more than an instrument of Justice and more than one wheel of the constitution: it is the lamp that shows that freedom lives » : Lord DEVLIN, *Trial by Jury*, Londres, Steven and Sons, 1956, p. 164.

judiciaire qui pourrait résulter du préjugé de jurés informés que l'accusé possède, par exemple, un casier judiciaire. Toutefois, si l'historiographie ancienne, de Forsyth à Devlin³⁹, s'est portée vers une lecture politique du recours au jury comme fanal des libertés anglaises, l'historiographie moderne conteste cette caractéristique dans le contexte anglais⁴⁰. D'autant, entre autres choses, du fondement de la procédure au sein de la *Magna Carta*, les partisans d'une relativisation du jury comme outil fondamental des libertés mettent en avant, d'une part, la distinction claire entre jugement par les pairs, garanti par cette charte, et l'institutionnalisation du jury⁴¹; d'autre part, ces auteurs remettent en cause la lecture d'une opposition entre procédure de jugement « étatique » confiée au juge, par nature oppressive, et l'établissement du jury, par nature protecteur des libertés. Ainsi, le jury se trouve écartelé entre un continuum historique valorisant « the little parliament⁴² », mentionné par Lord Devlin, où se trouvent les « petites gens » et le sens commun et une institution analysée de manière plus critique par l'historiographie moderne, où le jury apparaît comme une sorte d'anachronisme coûteux, facilement perverti par les criminels⁴³, emporté par la folie de la multitude ou simplement une procédure inefficace, lourde, longue et trop chère pour un résultat incertain. Sans vouloir trancher le débat pour l'Angleterre, le recours au comparatisme colonial, peu utilisé curieusement à la défense de la première thèse, permet toutefois d'illustrer cette adaptation d'une institution anglaise au contexte colonial et plurisystémique des colonies.

³⁹ Voir, parmi la riche bibliographie en la matière, les ouvrages fondateurs suivants, bien qu'ils soient anciens : William FORSYTH, *History of Trial by Jury*, New York, Crowforft & Company, 1875; L. DEVLIN, préc., note 39; William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 7^e éd., vol. 1, 1903, 1956, p. 59.

⁴⁰ Voir Penny DARBYSHIRE, « The Lamp that Shows that Freedom Lives – Is It Worth the Candle? », (1991) *Criminal Law Review* 740-752.

⁴¹ Voir : Zenon BANKOWSKI, et Geoff MUNGHAM, « The Jury in the Legal System », (1975) 23-1 suppl. *The Sociology of Law* 202; Michael D.A. FREEMAN, « The Jury on Trial », (1981) 34-1 *Current Legal Problems*, 65-111.

⁴² L. DEVLIN, préc., note 39.

⁴³ Sally LLOYD-BOSTOCK et Cheryl THOMAS, « Decline of the “Little Parliament”: Juries and Jury Reform in England and Wales », (1999) 62-2 *Law and Contemporary Problems* 7.

Fondement des procès civils et criminels de common law, les différentes formes de jurys caractérisées dans le système de justice anglais (partie I) se diffusent ainsi à l'intérieur des colonies américaines possédées par l'Angleterre au XVII^e et au XVIII^e siècle. Liberté du sujet anglais, au même rang que le droit à l'*habeas corpus*, la tradition du jury de common law voit sa nature représentative et potentiellement contestataire s'affirmer dans les mains des colons américains (partie II). Faisant de la tenue des jurys un outil de représentation de la pluralité démographique des colonies, là où les colons ne sont pas représentés à la Chambre des communes de Westminster, ceux-ci l'utilisent également tel un instrument de résistance à la Couronne et de lutte contre l'arbitraire étatique. La « fonction civique du jury possède aussi un aspect très concret, car les jurys élargissent la participation à la gouvernance offerte par les structures politiques régulières⁴⁴ ». Devant cette nouvelle réalité coloniale, l'Angleterre s'interroge sur les formes et l'importance que doit prendre le jury lors de la prise de possession de la Province de Québec par le Traité de Paris en 1763. Favorisant le jury *de medietate linguae*, les autorités se voient obligées de composer avec les revendications contradictoires des communautés canadienne et britannique (partie III). La dimension libérale et identitaire du recours au jury, notamment civil, s'exacerbe alors, après l'Acte de Québec, par l'arrivée des colons loyalistes qui quittent les treize colonies par fidélité aux valeurs britanniques et à la « constitution anglaise », dont fait partie le jury.

I. L'affirmation de la procédure du jury comme une « liberté britannique »

Née des traditions germaniques et scandinaves⁴⁵, le jury commence à se formaliser dès la Conquête normande en 1066. Toutefois, il faut attendre le renforcement de l'État Plantagenêt pour qu'il prenne peu à peu

⁴⁴ Donald FYSON, « Jurys, participation civique et représentation au Québec et au Bas-Canada : les grands jurys du district de Montréal (1764-1832) », (2001) 55-1 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 85, 87.

⁴⁵ Jean-Marie CARBASSE, « Jury », *Dictionnaire de la culture juridique*, dans Stéphane RIALS et Denis ALLAND (dir.), Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 888-891.

son envergure institutionnelle, d'abord sous la forme du *petit jury*, puis du *grand jury*. Du XII^e au XVIII^e siècle, le recours au jury est prépondérant dans la vie judiciaire anglaise, en particulier lors des *assizes*⁴⁶, que ce soit parmi les juridictions locales ou dans les prétoires des cours des plaidoyers communs ou du Banc du Roi à Westminster Hall⁴⁷. Agissant d'abord à titre de témoins et d'enquêteurs⁴⁸, les jurés anglais acquièrent, à partir du XII^e siècle, un pouvoir collectif en matière de résolution de différends⁴⁹. Un second type de jury (*grand jury*) apparaît deux siècles plus tard⁵⁰. Celui-ci intervient avant le procès afin d'évaluer la pertinence de porter des accusations, alors que le jury du procès (*petit jury*) décide de la culpabilité de l'accusé⁵¹. L'une des principales fonctions des grands jurys est de présenter leurs constatations, leurs avis sur l'état de leur communauté, afin de guider l'intervention judiciaire, administrative ou législative des comtés (partie A)⁵². La nature du jury, purement judiciaire au départ, devient rapidement un symbole de la liberté du sujet anglais. Structuré efficacement autour de règles de procédure évolutive, le jury se

⁴⁶ Voir James S. COCKBURN, *A History of English Assizes, 1558-1714*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972.

⁴⁷ Sur ces cours, voir : Michel MORIN, *Introduction historique aux droits romain, anglais et français*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 253-257, 260-263, 267-269 et 314-315; David GILLES, *Essais d'histoire du droit, de la Nouvelle-France à la Province de Québec*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 71-92.

⁴⁸ Lisa E. ALEXANDER, « Vicinage, Venue, and Community Cross-section: Obstacles to a State Defendant's Right to a Trial by a Representative Jury », (1991-92) 19 *Hastings Const. L.Q.* 261, 263.

⁴⁹ Stephen LANDSMAN et James F. HOLDERMAN, « The Evolution of the Jury Trial in America », (2010) 37 *Litigation* 32, 32; Stephan LANDSMAN, « The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History », (1992) 44 *Hastings L.J.* 579, 583; Hilary WEDDELL, « A Jury of Whose Peers? Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures », (2013) 33 *Boston College Journal of Law & Social Justice* 453, 461.

⁵⁰ Mark KADISH, « Behind the Locked Door of an American Grand Jury: Its History, Its Secrecy, and Its Process », (1996-97) 24-1 *Florida State University Law Review* 1, 8.

⁵¹ *Id.*, p. 8-9.

⁵² D. FYSON, préc., note 45.

cristallise dans la sphère anglaise comme un élément de la « constitution » du régime britannique (partie B).

A) La genèse de la procédure

Issu de la pratique, le recours au jury s'intègre rapidement dans le royaume normand, mais est formalisé législativement par le royaume Plantagenêt (partie 1). Développant petit à petit leur spectre sur une assise législative, les cadres des jurys s'imposent à travers la pratique et la jurisprudence comme une institution propre au droit anglais. Chargés symboliquement dès lors d'une légitimité populaire marquée, les jurys deviennent un outil judiciaire à dimension politique, élément de la constitution coutumière de l'Angleterre (partie 2).

1. La formalisation de la procédure par le pouvoir royal

Comme le souligne William Forsyth, les origines de l'institution du jury sont quelque peu troubles, certains voyant dans son institutionnalisation une institution scandinave, d'autres saxonne :

Few writers, when speculating on the rise of the jury, have kept this principle of its being separate from the court and employed solely to determine questions of fact, steadily in view. They have generally confounded the jurors with the court and have thus imagined an identity between the former and those ancient tribunals of Europe where a select number of persons – often twelve – were taken from the community and appointed to try causes, but who did so in the capacity of Judges, and when satisfied of the evidence awarded and pronounced the doom⁵³.

Dès les royaumes saxons, on trouve certaines mentions d'un recours à des groupes collectifs qui annonce le jury. Ainsi, les *Laws of Aethelberht*⁵⁴ (formulées vers 602-603) établissent des formes de recours à

⁵³ W. FORSYTH, préc., note 40, p. 7.

⁵⁴ Douglas H. YARN, « Commercial Arbitration in Olde England (602-1698) », (1995) 50 *Dispute Resolution Journal* 68, 68.

la procédure d'arbitrage et de recours au jury⁵⁵. Avant la Conquête normande, le droit commun est constitué par des procès faisant appel à l'ordalie, aux procès par témoignages ou aux procès par combat, où l'on laisse le jugement divin trancher le différend⁵⁶. L'ancienne tradition rapportée par John Reeves, historien du XVIII^e siècle, dans son *History of the English Law*, mentionne le recours au jury en Normandie dans des affaires de faible importance⁵⁷. Une telle forme de tribunaux est, selon lui, introduite en Angleterre pour venir supplanter les tribunaux traditionnels saxons⁵⁸. Si les origines de la procédure du jury sont à rechercher du côté des traditions scandinaves⁵⁹ et de la Conquête normande⁶⁰, elle devient un outil privilégié du système de justice sous le règne d'Henri II (1154-1189). La première mention législative du jury intervint dans les Constitutions de Clarendon (1164). Ce texte régleme la procédure criminelle et introduit un groupe de citoyens dont la tâche est d'identifier des personnes soupçonnées de crimes et de déposer des actes d'accusation. Cet acte législatif est adopté après consultation de la noblesse d'Angleterre et approuvé par un synode des évêques d'Angleterre, même si le texte est contesté par Thomas Becket, archevêque de Cantorbury. L'Assize de Clarendon de 1166 confirme cette procédure, qui sera à l'origine du grand jury. Pour sa part, la formalisation du jury en tant qu'institution donnant une décision irrévocable quant à la culpabilité ou à l'innocence, qui sera

⁵⁵ Voir Mary RAMBARAN-OLM, « Trial by History's Jury: Examining II Æthelred's Legislative and Literary Legacy, AD 993-1006 », (2014) 95-7 *English Studies* 777.

⁵⁶ John A. MURLEY et Sean D. SUTTON, *The Supreme Court against the Criminal Jury: Social Science and the Palladium of Liberty*, Lanham, Lexington Books, 2014, p. 4.

⁵⁷ Voir John REEVES, *History of the English Law from the Time of the Saxons to the End of the Reign of Philip and Mary*, 2^e éd., 4 vol., Dublin, Luke White, 1787.

⁵⁸ W. FORSYTH, préc., note 40, p. 45-76.

⁵⁹ En Norvège, les causes étaient déterminées et les délits évalués par un corps de jury qui prêtait serment devant les Norwégien Laugrettomen; en Suède, c'était le Swedish Nämnd; en Islande, l'Icelandic Tólfar-quidr : W. FORSYTH, préc., note 40, p. 13-20.

⁶⁰ Mark HAGGER, « Secular Law and Custom in Ducal Normandy, c. 1000-1144 », (2010) 85 *Speculum* 827.

appelée le « petit jury », connaît un développement progressif. Dans sa forme criminelle, cette procédure fait appel à un nombre très variable de jurés, et leur présence dans les jurys de présentation (grand jury) se révèle très fluctuante. Le nombre de jurés peut aller jusqu'à 70 personnes. Dans les Assize Rolls et Somerset Pleas, on trouve, de 1219 à 1243, un grand nombre de petits jurys dont les membres ont participé au grand jury⁶¹. C'est à la fin du règne d'Henry III et au début du règne d'Édouard I^{er} que le recours à douze jurés semble se stabiliser⁶².

En matière de droit privé, l'Assize of Novel Disseisin met sur pied de petits jurys pour trancher des litiges privés portant sur la possession d'une terre, ce qui garantit notamment une célérité accrue de la procédure⁶³. Le *writ of novel disseisin*, fort populaire, consiste dans la soumission aux jurés de deux questions : le plaignant a-t-il été dessaisi sans jugement et injustement ? Le défendeur a-t-il commis ce dessaisissement ? Ils prononcent par la suite leur décision, aboutissant au *statu quo ante*. L'Assize of Northampton de 1176 institue le recours en matière de saisine foncière. On fait appel à douze hommes pour surmonter le refus d'un seigneur d'accorder la saisine d'une terre aux héritiers d'un défunt ensaisiné⁶⁴. *In fine*, Henri II, s'appuyant sur son chancelier Glanville, fait du jury une institution de droit commun. Ayant institué en 1178 cinq membres de la cour, soit deux prêtres et trois laïcs, « [afin] d'entendre toutes les plaintes du royaume et [de] faire le bien », Henry II Plantagenêt décide d'institutionnaliser le recours à des jurés qui étaient jusqu'alors davantage des témoins que de véritables « juges » ayant pouvoir de décision. On présente sa preuve à travers l'*assize*, comme on le faisait jusqu'à ce moment par l'intermédiaire ordalies. À partir de 1215-1219,

⁶¹ Charles WELLS, « The Origin of the Petty Jury », (1911) 107 *Law Quarterly Review* 347, 351.

⁶² Felix FRANKFURTER et Thomas G. CORCORAN, « Petty Federal Offenses and the Constitutional Guarantee of Trial by Jury », (1926) 8 *Harvard Law Review* 921, 937.

⁶³ Voir Donald W. SUTHERLAND, *The Assize of Novel Disseisin*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 126.

⁶⁴ Derek BAKER, *Portraits and Documents. England in the Early Middle Ages*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1995, p. 149-152.

l'Église prohibera le recours aux ordalies de feu et d'eau, ce qui développera parallèlement le recours aux « petits » jurys en matière criminelle.

Dans le contexte du rapport de force entre les souverains plantagenêts et les nobles du royaume d'Angleterre qui aboutira en 1215 à la *Magna Carta*, les barons du royaume obtiennent le droit, pour un sujet anglais, d'être jugé par ses pairs, ce qui serait à l'origine, si l'on en croit l'historiographie ancienne, d'un droit constitutionnel au jury. Dès lors, des poursuites judiciaires ne devraient plus se faire devant la cour royale foraine, mais être introduites dans un endroit fixe. Pour ce faire, le roi doit envoyer dans chaque comté deux justiciers quatre fois par année, qui, avec quatre chevaliers du même comté, doivent « prendre les assises » et convoquer les parties et les jurés. Les jurys de procès sont traditionnellement composés de 12 hommes⁶⁵, alors que les grands jurys regroupent 24 chevaliers⁶⁶. Seuls les hommes âgés de 21 à 70 ans, propriétaires percevant une certaine somme de revenus annuels, peuvent en principe devenir jurés⁶⁷. En fait, il est désormais communément admis que le chapitre 39 de la *Magna Carta*, plutôt que de sacraliser le droit au jury pour tout Britannique, est simplement le rappel, pour les nobles, du droit normand leur permettant, lorsqu'ils sont en conflit avec la loi, de laisser leurs pairs choisir le mode de procès auquel ils se soumettront plutôt que s'en remettre au roi. Toutefois, la geste juridique et constitutionnelle autour du jury a clairement retenu symboliquement ce moment comme la cristallisation du droit au jury dans la tradition juridique de common law.

⁶⁵ Douglas G. SMITH, « The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform », (1996) 25 *Hofstra Law Review* 377, 396.

⁶⁶ M. KADISH, préc., note 51, 8.

⁶⁷ Les apothicaires, les hommes d'Église et les avocats sont normalement exclus de l'exercice des fonctions de jurés : John H. LANGBEIN, « The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution », dans A. PADOA SCHIOPPA (dir.), préc., note 34, p. 24 et 25.

2. L'affirmation judiciaire et politique de l'institution

Les grands jurys anglais exercent des fonctions administratives en sus de leur rôle en matière d'inculpation. Ceux-ci peuvent ainsi déposer des rapports publics portant sur les agissements de certains individus ou titulaires de charge publique⁶⁸ et, à partir du XII^e ou XIII^e siècle, ils s'occupent également d'impôts et de travaux publics⁶⁹. Comme ce sera le cas dans les colonies américaines, le grand jury en Angleterre aura plusieurs autres fonctions en rapport notamment avec les impôts, les travaux publics, la nomination des autorités locales, la gestion des affaires publiques, la surveillance des titulaires de charge publique et la proposition de nouvelles mesures législatives⁷⁰.

La compétence du *petit jury*, au moment du procès, est plus limitée⁷¹. Seul le juge a la compétence requise pour se prononcer sur des questions de droit, le jury devant s'en tenir aux questions de fait⁷². Si le jury outrepassa sa compétence, le juge dispose de mesures de coercition permettant l'obtention du verdict désiré⁷³. Il peut en particulier demander à un jury de poursuivre ses délibérations jusqu'à ce qu'il en arrive à la « bonne » décision. Un *writ of attain* peut également être déposé en vue de convoquer un grand jury de révision⁷⁴. Si celui-ci est d'avis que le premier jury a erré dans ses conclusions, les jurés sont passibles de sanctions telles que l'emprisonnement et la confiscation de leurs biens⁷⁵.

⁶⁸ Ronald F. WRIGHT, « Why not Administrative Grand Juries? », (1992) 44 *Administrative Law Review* 465, 468.

⁶⁹ M. KADISH, préc., note 51, 7.

⁷⁰ Harold D. HAZELTINE, « The Influence of Magna Carta on American Constitutional Development », (1917) 17 *Columbia Law Review* 1, 10; R.F. WRIGHT, préc., note 69, 468-474.

⁷¹ Charles L. WELLS, « The Origin of the Petty Jury », (1911) 107 *Law Quarterly Review* 347.

⁷² *Id.*

⁷³ John P. MCCLANAHAN, « The “True” Right to Trial by Jury: The Founders’ Formulation and Its Demise », (2009) 111 *West Virginia Law Review* 791, 796; M. KADISH, préc., note 51, 8-9.

⁷⁴ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, 798; St.G. TUCKER, préc., note 36, p. 351.

⁷⁵ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, 798.

Les jurés anglais sont choisis à l'origine en fonction de leurs connaissances⁷⁶ et de leur loyauté envers la monarchie⁷⁷. Ils rendent leurs décisions en se fondant essentiellement sur leur connaissance personnelle des événements et des individus impliqués plutôt que sur des éléments de preuve⁷⁸. Cette pratique sera abandonnée à partir du XIV^e siècle, en faveur d'un jury plus impartial. Ainsi, l'interdiction de communiquer avec les jurés au sujet d'un procès à venir s'affirme progressivement à la fin du XVII^e siècle⁷⁹.

À partir des décisions judiciaires des XIV^e et XV^e siècles, les jurys seront considérés collectivement. En outre, la nature du jury est également appréhendée par la doctrine. Celle-ci cherche à déterminer si les jurés doivent être traités comme des témoins, et individuellement examinés, ou en tant que corps collectif. On établit rapidement la quasi-interdiction de toute communication avec les jurés après la prestation de serment, et ce, afin d'assurer l'impartialité de l'institution. Dans la pratique, le shérif du comté est chargé de préparer une liste de jurés potentiels (*veniremen*) contenant un minimum de 48 noms et un maximum de 72. D'essence jurisprudentielle, le droit au jury est formalisé à intervalles réguliers par le législateur. La loi de 1696 prévoit la confection d'une liste de 48 jurés⁸⁰ potentiels pour établir un jury spécial⁸¹, convoqué notamment à l'occasion

⁷⁶ D.G. SMITH, préc., note 66, 460-461; R.F. WRIGHT, préc., note 69, 467-468; H. WEDDELL, préc., note 50, 461.

⁷⁷ D.G. SMITH, préc., note 66, 397.

⁷⁸ Morris B. HOFFMAN, « The Case for Jury Sentencing », (2003) 52 *Duke Law Journal* 951, 956-957.

⁷⁹ S. LANDSMAN, préc., note 50, 586.

⁸⁰ W. BLACKSTONE, préc., note 1, p. 377 et 378.

⁸¹ Voir : James C. OLDHAM, « The Origins of the Special Jury », (1983) 50 *University of Chicago Law Review* 137, 171; James C. OLDHAM, « The History of the Special (Struck) Jury in the United States and Its Relation to Voir Dire Practices, the Reasonable Cross-Section Requirement, and Peremptory Challenges », (1997-98) 6-3 *William and Mary Bill of Rights Journal* 623, 675; James C. OLDHAM, « Special Juries in England: Nineteenth Century Usage and Reform », (1987) 8-2 *Journal of Legal History* 148; James C. OLDHAM, « The Seventh Amendment Right to Jury Trial: Late Eighteenth-century Practice Reconsidered », dans Katherine O'DONOVAN et Gerry R. RUBIN (dir.), *Human Rights and Legal History: Essays in Honours of Brian Simpson*, Oxford, Oxford

de causes complexes⁸², et de dix listes, comprenant chacune 24 jurés, pour les causes civiles ordinaires⁸³ dont la procédure de sélection est fixée en 1730 par l'*Act for the better Regulation of Juries*⁸⁴. Ces textes seront complétés par une série de *Jury's Acts* tout au long du XIX^e siècle puis du XX^e siècle⁸⁵.

Le droit anglais prévoit qu'un juré ne peut être appelé à exercer cette fonction à de courts intervalles⁸⁶. Ainsi, la loi de 1696 établit la nécessité de respecter un délai théorique de quatre ans⁸⁷, tandis que celle de 1730 envisage un délai d'un, de deux ou de quatre ans selon les situations⁸⁸. Dans la pratique, au XVIII^e siècle, on observe que beaucoup de

University Press, 2000, p. 225, à la p. 253; James C. OLDHAM, *Trial by Jury: The Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries*, New York, New York University Press, 2006, p. 23.

⁸² Sur cette notion de jury spécial : *An Act for the better Regulation of Trials by Jury; and for enlarging the Time for Trials by Nisi Prius in the County of Middlesex*, 24 Geo II, c. 18 (1751).

⁸³ *An Act for the Ease of Jurors, and better regulating of Juries*, 7-8 William III, c. 32, par. 8 (1696).

⁸⁴ *An Act for the better Regulation of Juries* 3 Geo II, c. 25, par. 11 (1730).

⁸⁵ Soit en 1825, 1850, 1949 et 1974; Conor HANLY, « The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth-century England », (2005) 26-3 *The Journal of Legal History* 253.

⁸⁶ Arnaud DECROIX, David GILLES et Michel MORIN, *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*, Montréal, Thémis, 2012, p. 255.

⁸⁷ *An Act for the Ease of Jurors, and better regulating of Juries*, 7-8 William III, c. 32 par. 7 (1696) : « no Person shall be returned or summoned to serve upon any Jury at the Assizes, or General Gaol Delivery, to be holden for the said County of York, or at any Sessions of the Peace to be holden for any Part thereof (the City of York, and County of the said City, and Town and County of Kingston upon Hull excepted) above once in four Years ».

⁸⁸ *An Act for the better Regulation of Juries*, 3 Geo II, c. 25, par. 4 (1730) : « no Persons shall be returned as Jurors to serve on Trials at any Assizes or Nisi prius, or at the said Great Sessions, or at the Sessions for the said Counties Palatine, who have served within the Space of one Year before in the County of Rutland, or four Years in the County of York, or of two Years before in any other County, not being a County of a City or Town ».

jurés interviennent à des intervalles beaucoup plus rapprochés⁸⁹, cette pratique contribuant à faire des jurés de véritables notables locaux⁹⁰ et des juges semi-professionnels. De plus, afin de rendre plus efficace l'institution, la pratique, reprise par Blackstone, établit la désignation d'un seul jury pour examiner toutes les causes présentées au cours de la même session⁹¹. À l'origine, en cas de désaccord chez les membres du jury, un nouveau procès peut être réuni à l'occasion d'une prochaine session. La pratique analysée par John H. Langbein témoigne toutefois de peu de cas, ce qui laisse supposer que l'unanimité règne alors largement⁹². Toutefois, selon cet auteur, il y a une certaine évolution durant le XVIII^e siècle⁹³. Au début de celui-ci, le jury entend toutes les affaires à la suite avant de se retirer afin de délibérer puis il revient rendre son verdict pour l'ensemble des causes entendues. Or, à partir des années 1730, la pratique semble se modifier, le jury se prononçant sur chaque cas examiné, après l'audition des parties, sans que les jurés se retirent pour délibérer. Ce n'est qu'exceptionnellement alors, lorsque la cause présente un certain degré de complexité, que le jury peut demander à se retirer afin de prendre le temps de délibérer. Au regard de la procédure, les délibérations des jurés se déroulent rapidement, et la décision doit, en principe, être unanime⁹⁴. En première instance, si les jurés n'expriment pas un seul et même avis, le juge peut intervenir pour trancher dans un sens ou un autre. C'est dès 1367 que la jurisprudence affirme avec force que les verdicts unanimes sont une nécessité. Il faut donc s'entendre sur le plus petit dénominateur commun, susceptible de favoriser la constatation de l'unanimité. Enfin, les cas d'appel de décisions prononcées par des jurys sont peu nombreux, notamment au XVIII^e siècle. En matière pénale, il est clairement établi que

⁸⁹ John H. LANGBEIN, « The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution », dans A. PADOA SCHIOPPA (dir.), préc., note 34, p. 26 et 27; Pete J.R. KING, « "Illiterate Plebeians, Easily Misled": Jury Composition, Experience, and Behavior in Essex, 1735-1815 », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 254-304, p. 260.

⁹⁰ Thomas A. GREEN, « A Retrospective on the Criminal Trial Jury, 1200-1800 », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 358-400, p. 396.

⁹¹ W. BLACKSTONE, préc., note 81, p. 358.

⁹² J.H. LANGBEIN, préc., note 90, p. 38.

⁹³ *Id.*, p. 27.

⁹⁴ W. BLACKSTONE, préc., note 81, p. 375.

l'appel ne peut avoir lieu à l'encontre d'un acquittement⁹⁵. Seules une procédure non respectée ou une erreur de droit paraissent susceptibles de justifier la mise en œuvre d'une telle action judiciaire⁹⁶.

Une fois généralisée, l'institution du jury fait rapidement l'objet d'un attachement de la part des populations, et elle s'inscrit à l'intérieur des droits et libertés que les sujets anglais gagnent à partir du XIII^e siècle. Si l'action des jurys n'est pas unanimement appréciée, sa dimension politique s'affirme dans le même temps où la représentativité de l'institution progresse.

B) « The liberties of England cannot but subsist, so long as palladium remains sacred and inviolate »⁹⁷ : la représentativité comme fer de lance de l'équité

Au XVIII^e siècle, Blackstone souligne les nombreux avantages du procès par jury qui, tout en favorisant une résolution rapide des litiges, constitue, selon lui, un véritable rempart contre les interventions abusives de la puissance publique⁹⁸. Ainsi, le sujet « cannot be affected either in his property, his liberty, or his person, but by the unanimous consent of twelve of his neighbours and equals⁹⁹ ». La dimension politique des jurys s'incarne à travers deux aspects principaux. On trouve, d'une part, la représentativité toujours plus grande des jurys au regard des communautés dans lesquels ils se tiennent; d'autre part, dans le prolongement de cette nécessité, il y a un phénomène d'appropriation par les communautés de l'institution à titre d'instrument de représentation politique contre la justice monarchique perçue comme « arbitraire » ou autoritaire.

⁹⁵ J.H. LANGBEIN, préc., note 90, p. 37 et 38.

⁹⁶ Voir M. MORIN, préc., note 48, p. 257 et 314-318.

⁹⁷ W. BLACKSTONE, préc., note 81, p. 349-385.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*, p. 379.

1. La représentativité des pairs comme gage d'équité

La sélection et la composition des jurys ont fait l'objet de nombreuses études en Angleterre pour déterminer s'il faut voir dans ces institutions des expressions populaires ou des cénacles oligarchiques. Afin d'indiquer des pistes de réponse, les chercheurs présentent, en règle générale, la composition sociale des jurys, analysent le processus de sélection ou relèvent la participation répétée de certains jurés. À noter que cette dernière est une question de propriétaires fonciers (*freeholders*) ou exceptionnellement locataires à long terme (*life lease*), et concerne essentiellement des hommes (à l'exception des jurys de matrones dont nous traiterons plus loin). Dès la mise en place de l'institution du jury, la dimension de représentativité y est présente¹⁰⁰. Bien évidemment, l'idée de justice des pairs induit une représentativité, l'institution s'incarnant au Moyen Âge dans des hommes libres, propriétaires et exploitants terriens, ou bourgeois, par opposition aux serfs rattachés à une terre (*villeins*) : « Des listes de propriétaires masculins éligibles sont confectionnées par les connétables de chaque "hundred" (une subdivision administrative), puis affichées sur les portes des églises paroissiales et éventuellement transmises au shérif du comté, qui convoque les jurés¹⁰¹ ».

La question de la représentativité des jurys sera explorée d'abord notamment par Thomas A. Green, Cynthia Herrup¹⁰² et, plus récemment, par Marianne Constable¹⁰³. La dimension politique et représentative des

¹⁰⁰ Sur la procédure de nomination des jurés, voir : John B. POST, « Jury Lists and Juries in the Late Fourteenth Century », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 65, à la p. 71; Keith WRIGHTSON, « Two Concepts of Order: Justices, Constables, and Jurymen in Seventeenth-century England », dans John BREWER et John STYLES (dir.), *An Ungovernable People: The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1980, p. 21, à la p. 46.

¹⁰¹ D. FYSON, préc., note 45, 91.

¹⁰² Cynthia B. HERRUP, *The Common Peace: Participation and the Criminal Law in Early Modern England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 7.

¹⁰³ Marianne CONSTABLE, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 4-8.

tribunaux dans l'Angleterre médiévale¹⁰⁴ puis dans les temps modernes est bien connue¹⁰⁵. Plus proches des comtés que le Parlement et la Chambre des communes, les *assizes* jouent un rôle politique important pour les communautés locales¹⁰⁶ et méritent ainsi la dénomination de « parliament of the shires¹⁰⁷ ». La question de la représentativité apparaît également dans le contexte de la procédure de sélection des jurés mise en place. Celle-ci accorde aux parties un certain contrôle quant à la composition du jury qui entendra leur cause. Ils peuvent ainsi s'assurer de l'impartialité des jurés à l'égard de l'autre partie, particulièrement en matière criminelle. En effet, une fois les jurés potentiels convoqués, d'autres mécanismes permettent le retrait de tous ceux qui ne sont pas impartiaux. La partialité d'un juré peut être soulevée par les parties durant une audience préliminaire appelée le « voir-dire¹⁰⁸ ». Durant cette audience, les jurés potentiels sont interrogés quant à leurs liens familiaux et à leurs relations économiques avec les parties¹⁰⁹. Les questions ne doivent toutefois pas porter sur leurs croyances et leurs opinions politiques. Le cas en Angleterre de Peter Cook en 1696 a fait jurisprudence en la matière. Dans un procès portant sur des accusations de conspiration en faveur du roi catholique exilé et dans un contexte de forts préjugés envers les catholiques, Cook cherche à questionner les jurés potentiels quant à leurs opinions politiques et leurs préjugés : « you may ask upon a *Voyer Dire*, whether he have any interest in the cause; nor shall we deny you liberty to ask whether he be fitly qualified, according to law, by having a freehold of

¹⁰⁴ Notamment dans le contexte des procès pour trahison, voir John G. BELLAMY, *The Law of Treason in England in the Later Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

¹⁰⁵ Jack R. POLE, « "A Quest of Thoughts": Representation and Moral Agency in The Early Anglo-American Jury », dans John W. CAIRNS et Grant MCLEOD (dir.), *The Dearest Birth Right of the People of England: The Jury in the History of the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 110.

¹⁰⁶ Sally LLOYD-BOSTOCK et Cheryl THOMAS, « Decline of the "Little Parliament": Juries and Jury Reform in England and Wales », (1999) 62-2 *Law and Contemporary Problems* 7, 40.

¹⁰⁷ C.B. HERRUP, préc., note 103, p. 7.

¹⁰⁸ Valerie P. HANS et Neil VIDMAR, *Judging the Jury*, Cambridge, Perseus Publishing, 1986, p. 37-38.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 35; H. WEDDELL, préc., note 50, 462 et 463.

sufficient value; but that you can ask a juror or a witness every question that will not make him criminous, that is too large¹¹⁰ ». Le tribunal refuse sa requête, car « such questions would bring discredit to the jurors who, after all, were not on trial¹¹¹ ». C'est essentiellement dans ce contexte de luttes religieuses¹¹² et de procès pour trahison¹¹³ contre la Couronne¹¹⁴ que la dimension contestataire et politique s'incarne dans l'Angleterre des XVII^e et XVIII^e siècles¹¹⁵. Dans ce contexte, les jurés majoritairement protestants se montrent habituellement sans pitié envers les accusés de trahison¹¹⁶, même si certains cas exceptionnels donnent l'occasion d'une opposition entre jurés et juges professionnels.

2. La procédure *de medietate linguae*

Cette procédure *de medietate linguae* a pour objet de corriger les risques de partialité dans les différends où les pairs ne peuvent nécessairement pas représenter l'une des parties, notamment lorsqu'il est question d'étrangers. La procédure est tout d'abord mise en place au profit des populations juives¹¹⁷, très présentes dans l'Angleterre des Plantagenêts. Durant cette période, la notion de pairs doit être comprise comme un rapport social, de propriété et de nationalité¹¹⁸. Ce « jury of the

¹¹⁰ Thomas B. HOWELL, *A Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and other Crimes and Misdemeanors from the Earliest Period to the Year 1783*, vol. 13, Londres, T.C. Hansard, 1816, p. 324.

¹¹¹ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35.

¹¹² Lacey B. SMITH, « English Treason Trials and Confessions in the Sixteenth Century » (1954) 15-4 *Journal of the History of Ideas* 471, 498.

¹¹³ James R. PHIFER, « Law, Politics, and Violence: The Treason Trials Act of 1696 », (1980) 12-3 *Albion* 235.

¹¹⁴ John M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England, 1660–1800*, Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 356-362.

¹¹⁵ Alexander H. SHAPIRO, « Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in Criminal Procedure: The Origins of the Treason Trials Act of 1696 », (1993) 11-2 *Law and History Review* 215, 255.

¹¹⁶ Thomas A. GREEN, préc., note 3, p. 106-118.

¹¹⁷ M. CONSTABLE, préc., note 104, p. 18-21.

¹¹⁸ Deborah A. RAMIREZ, « The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury *De Medietate Linguae*: A History and Proposal for Change », (1994) 74 *Boston University Law Review* 777, 785.

half tongue » reflète l'idée que le jury mixte doit être ouvert à partir du moment où l'une des parties est étrangère, et qu'elle ne maîtrise pas, *a priori*, la langue. Une moitié du jury est alors constitué avec des personnes étrangères, non nationales. Ce ne sont pas les normes de common law et les actes de procédure qui sont altérés ici, mais simplement une sorte de reconnaissance des logiques et de traditions juridiques au sein des communautés étrangères. La logique de la représentativité est ainsi étendue lorsqu'un étranger est partie à une cause, où un jury dit *de medietate linguae*¹¹⁹, « de demi-langue » dans une traduction littérale, est rassemblé, les membres étrangers du jury n'étant pas alors nommés uniquement en leur qualité individuelle, mais collective, comme membres de leurs communautés¹²⁰. Un tel jury est composé pour moitié d'Anglais et pour moitié d'étrangers, même si ces derniers ne sont pas de la même nationalité que celle de l'intimé¹²¹.

Dans le contexte de l'implantation de la population juive, il faut se souvenir que les juifs sont à la fois l'objet d'une très grande animosité et d'un fort antisémitisme dans l'Angleterre des XII^e et XIII^e siècles,¹²² mais que, dans le même temps, ils sont la « propriété » du roi et protégés par celui-ci. De plus, évidemment, leur implication forcée dans le système monétaire, financier et économique de l'Angleterre de cette époque rend leur situation particulièrement cruciale, être le créancier de son roi n'étant pas une situation favorable à long terme. De plus, agissant comme créanciers, les juifs se trouvent de nombreuses fois en conflit avec des débiteurs créanciers, ce qui représente une problématique épineuse pour le

¹¹⁹ Deborah A. RAMIREZ, « A Brief Historical Overview of the Use of the Mixed Jury », (1994) 31-4 *American Criminal Law Review* 1213; John H. LANGBEIN, « Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need? », (1981) 6-1 *American Bar Foundation Research Journal* 195, 219.

¹²⁰ M. CONSTABLE, préc., note 104, p. 13-15.

¹²¹ J.H. LANGBEIN, préc., note 90, p. 28.

¹²² Harold E. QUINLEY et Charles Y. GLOCK, *Anti-semitism in America*, New York, The Free Press, 1992, p. 94-109.

roi. Si les procès s'avèrent favorables aux débiteurs chrétiens, les juifs dont il est le « propriétaire » perdent leurs créances, ce qui l'appauvrit¹²³.

Il convient donc de rétablir l'équité afin que des justiciables juifs ne soient pas trop stigmatisés par des jurés anglais. Après une période de pogrome et d'émeute qui les touche durement en 1190, les juifs du roi d'Angleterre demandent sa protection et le roi Richard I^{er} leur accorde le 10 avril 1201 une charte, où il leur consent, entre autres, le droit à des jurys *de medietate linguae*, composé à moitié de juifs et d'Anglais quand le litige oppose deux hommes de ces communautés, et même des jurys uniquement composés de juifs pour les litiges opposant deux membres de cette communauté. Le jury est concédé aux juifs pour protéger les droits de la Couronne qui interfèrent avec les droits de la communauté juive¹²⁴.

Toutefois, l'expulsion de l'ensemble de la communauté juive de l'Angleterre en 1290 entraîne la substitution des intérêts juifs dans les mains des marchands étrangers, Lombards, marchands de la Hanse, ou marchands hollandais. Dans l'Angleterre du XIII^e siècle, les marchés et les comptoirs appuyant l'essor du commerce international occasionnent une forte présence dans les grandes villes commerçantes de populations étrangères essentiellement mercantiles. Les autorités anglaises acceptent alors l'établissement de modes de justice internes à ces communautés pour les litiges qui concernent uniquement des membres de celles-ci¹²⁵ dans des tribunaux appliquant la *lex mercatoria*. Toutefois, dans le cas de différends opposant un sujet anglais et un étranger, la nécessaire équité oblige les autorités à aménager la procédure des jurys afin de permettre une représentation des étrangers au sein des tribunaux, en matière de droit tant privé que public. Les marchands obtiennent donc immédiatement le bénéfice du jury *de medietate linguae*, afin notamment qu'ils maintiennent le commerce sur le territoire, et qu'ils ne s'estiment pas lésés par des jurys

¹²³ Andrew McCALL, *The Medieval Underworld*, Londres, Stroud Sutton, 2006, p. 281.

¹²⁴ Seymour WISHMAN, *Anatomy of the Jury: The System on Trial*, New York, Times Books, 1986, p. 550.

¹²⁵ Voir James MASSCHAELE, *Jury, State, and Society in Medieval England*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 45-89.

uniquement anglais, ceux-ci faisant peut-être preuve d'une certaine xénophobie dans leur jugement. Le principe s'étend des cours royales au Parlement, puisque dès 1354 Édouard III édicte un statut garantissant le recours pour les marchands étrangers au jury *de medietate linguae*. La première intervention législative à destination des étrangers au sens large et cristallisant cette réalité est le *Statute of the Staples* de 1353, afin de donner un droit aux communautés étrangères d'être représentées dans les jurys : « And that in all Manner of Inquests and Proofs which be to be taken or made amongst Aliens and Denizens, be they Merchants or other, as well before the Mayor of the Staple as before any other Justices or Ministers, although the King be Party, the one half of the Inquest or Proof shall be Denizens, and other half of Aliens, if so many Aliens be in the Town or Place where such Inquest or Proof is to be taken¹²⁶ ».

Ce statut mettant également en place des tribunaux spécialisés, appelés « Staples Court », où les litiges en matière commerciale peuvent être entendus, de préférence aux tribunaux de première instance de common law, ce sera devant les Staples Court que les jurys *de medietate linguae* seront d'abord en action. C'est bel et bien une volonté d'équité qui pousse à ces aménagements, l'idée étant qu'un jury représentatif des cultures différentes en cause serait plus à même de rendre « a fair sentence ». En 1475, le chancelier décrit ainsi cette procédure :

This suit is brought by an alien merchant who has come to conduct his case here; and he ought not to be held to sue according to the law of the land, to await trial by twelve men and other solemnities of the law of the land, but ought to sue here, and it ought to be determined according to the law of nature in the chancery, and he ought to be able to sue there from hour to hour and day to day for the speed of merchants [...] And he said besides the merchants, etc., shall not be bound by our statutes where statutes introduce new law, unless they are declaratory of ancient law, that is to say nature, etc. [...] but that will be

126

Statute of the Staples, 28 Edw. III, c. 13 (1353).

according to the law of nature which is called by some the law merchant, which is universal law throughout the world¹²⁷.

Comme le relève Hiroshi Fukurai, le concept connaît une lente extension, dans des contextes différents, en matière d'université, de propriété religieuse, etc.¹²⁸. Au XVI^e siècle, puis surtout au XVII^e et au XVIII^e, l'afflux d'importantes communautés étrangères en Angleterre et à Londres entraîne une extension du mécanisme et du droit au jury *de medietate linguae* devant l'ensemble des cours anglaises, tant en droit criminel qu'en droit privé. Devant l'Old Bailey de Londres, la procédure du jury *de medietate linguae* devient fréquente, même si elle demeure exceptionnelle, dans les litiges opposant les Anglais et les étrangers au tournant du XVII^e et du XVIII^e siècle. Dans une très belle étude archivistique publiée en 2014, Matthew Lockwood relève que, pendant la période 1675-1750, il s'est tenu 147 procès donnant lieu à des procès criminels devant l'Old Bailey de Londres, pour une population étrangère d'environ 30 000 individus (5 p. 100 de la population totale, essentiellement des huguenots)¹²⁹.

À cette période, le droit à un jury *de medietate linguae* peut être invoqué devant les tribunaux, mais la demande d'un jury mixte doit être faite avant la nomination de tout juré anglais. De plus, des doutes existent sur la connaissance parmi les justiciables des communautés étrangères de l'avantage que peut représenter une telle procédure, même si de nombreux traités de doctrine de common law en font état. La procédure des jurys mixtes va donc perdurer dans la pratique de common law jusqu'au XIX^e siècle, époque à partir de laquelle le système de justice considère que l'ouverture des jurys aux personnes résidentes en Angleterre ne justifie plus la pratique du jury *de medietate linguae*. Naturellement proche des

¹²⁷ Harold POTTER, *Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions*, rééd., Londres, Sweet & Maxwell, 1958, p. 188.

¹²⁸ Hiroshi FUKURAI, « A Quota Jury: Affirmative Action in Jury Selection », (1997) 25-6 *Journal of Criminal Justice* 477, p. 481.

¹²⁹ Matthew LOCKWOOD, « "Love ye therefore the Strangers": Immigration and the Criminal Law in Early Modern England », (2014) 29 *Continuity and Change* 349, 360.

intérêts locaux, l'institution du jury est aussi nécessairement un outil politique, qui peut être envisagé comme une institution favorable au peuple devant les pouvoirs centraux, ou protectrice d'un pouvoir judiciaire envisagé comme corrompu. C'est donc très logiquement que le petit jury et le grand jury se trouvent dans les bagages des colons qui se rendent en Amérique du Nord et vont être rapidement utilisés comme palliatif des représentants au Parlement ou comme complément des assemblées locales.

II. La consécration des jurys comme outil politique dans le contexte colonial des treize colonies

La mise en place des colonies nord-américaines se fait d'abord par l'octroi de chartes accordées par le roi d'Angleterre à des compagnies de commerce ou à des propriétaires individuels (William Penn), puis par différents modèles de colonisation, plus ou moins rattachés à la Couronne¹³⁰. Le choix dans la totalité des treize colonies est d'adopter la matrice du système institutionnel, juridique et judiciaire de l'Angleterre. On crée des chambres basses sur le modèle de la Chambre des communes, des conseils législatifs de propriétaires terriens sous l'autorité des gouverneurs reflétant la logique sociologique de la Chambre des Lords, des juridictions en se basant sur les juridictions royales de common law londoniennes... et l'on adopte la procédure du jury britannique. Dans le contexte colonial¹³¹, l'histoire du jury est alors jalonnée par la mise en

¹³⁰ À la fin du XVII^e siècle, une transformation institutionnelle, juridique et administrative fait passer la plupart des colonies privées sous la tutelle de la puissance royale, sans qu'un modèle homogène s'affirme totalement. Ainsi, le Rhodes Island et le Connecticut restent des colonies autonomes à charte, alors que la Pennsylvanie et le Maryland, colonies de propriétaires privés, deviennent colonies royales entre 1689 et 1714.

¹³¹ Sur les jurys en contexte colonial, voir, parmi l'abondante bibliographie, essentiellement : John PROFATT, *A Treatise on Trial By Jury*, Cambridge, The Riverside Press, 1877; James B. THAYER, « The Jury and its Development », (1892) 5 *Harvard Law Review* 265; H.H. GROOMS, « The Origin and Development of Trial by Jury », (1965) 26 *Alabama Lawyer* 173; Harold C. WARNER, « The Development of Trial by Jury », (1959) 26 *Tennessee Law Review* 464; Albert E. WILSON EASTMAN, « The History of Trial by Jury »,

place de mécanismes permettant d'assurer l'impartialité de ce dernier à l'égard de la Grande-Bretagne¹³². En restreignant le rôle de la Couronne dans la sélection des jurés, les colonies en arrivent à transformer l'ancien jury anglais et à le modeler afin qu'il reflète leurs valeurs et protège leurs intérêts¹³³. En effet, en contrôlant la composition du jury, les colons américains peuvent ainsi décider de l'application des lois et donc contourner les dispositions anglaises qu'ils contestent parfois.

Les deux types de jurys anglais sont implantés en Amérique du Nord avec l'arrivée des premiers colons¹³⁴, puis intégrés au droit applicable dans les colonies – constitué par la common law anglaise et dans les lois du Parlement britannique¹³⁵ – au cours des XVII^e et XVIII^e siècles¹³⁶ (partie A). La Virginie adopte le jury en 1606; le Massachusetts, en 1628; le New Jersey, en 1677; et la Pennsylvanie, en 1682. Le Connecticut fait de même peu après le Massachusetts, alors que le Rhodes Island l'imite en 1647; l'État de New York, en 1683; le Maryland, en

(1945) 3 *National Bar Journal* 88. Sur les grands jurys coloniaux, voir précisément : Neal GRAHAM, *The Courts, Crime and the Criminal Law in Ireland, 1692-1760*, Dublin, Irish Academic Press, 1996; Gwenda MORGAN, « Law and Social Change in Colonial Virginia: The Role of the Grand Jury in Richmond County, 1692-1776 », (1987) 95-4 *Virginia Magazine of History and Biography* 453; Christopher WALDREP, « Egalitarianism in the Oligarchy: The Grand Jury and Criminal Justice in Livingston County, 1799-1808 », (1981) 55-3 *Filson Club History Quarterly* 253; Elise Histed, « The Introduction and Use of the Grand Jury in Victoria », (1987) 8-2 *Journal of Legal History* 167; Y.K. LEE, « The Grand Jury in Early Singapore (1819-1873) », (1973) 46-2 *Journal of the Malaysian Branch of the Royal Asiatic Society* 55.

¹³² Douglas G. SMITH, « The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform », (1996) 25 *Hofstra Law Review* 377, p. 431.

¹³³ Nancy GERTNER, « From "Rites" to "Rights": The Decline of the Criminal Jury Trial », (2013) 24 *Yale Journal of Law & the Humanities* 433, 434.

¹³⁴ S. LANDSMAN, préc., note 50, p. 592; S. LANDSMAN et J.F. HOLDERMAN, préc., note 50, p. 34.

¹³⁵ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 32; Francis R. AUMANN, *The Changing American Legal System: Some Selected Phases*, New York, Da Capo Press, 1969, p. 4 et 5.

¹³⁶ Simeon E. BALDWIN, *American Judiciary*, New York, The Century Co., 1905, p. 184.

1638; la Caroline du Sud, en 1712; et, enfin, la Caroline du Nord, en 1715¹³⁷. Comme le soulignent Arnaud Decroix, David Gilles et Michel Morin, on peut estimer que, dans le contexte colonial, la convocation des jurés pallie utilement les défaillances dans l'organisation judiciaire et le manque de formation juridique des juges¹³⁸. Au XVIII^e siècle, les colons ont une raison particulière de vouloir conserver le principe des procès devant juge et jury : c'est pour eux un moyen de faire face aux poursuites judiciaires entamées par les Britanniques, qu'ils jugent oppressives. À maintes reprises, les autorités britanniques mettent en accusation des Américains pour avoir enfreint la loi en expédiant des marchandises dans des vaisseaux ne battant pas pavillon de la Couronne, mais des jurys locaux acquittent les accusés et démontrent la dimension politique des jurys, tout en adaptant la procédure au contexte colonial (B).

A) Le jury comme outil d'autonomisation coloniale

Le premier grand jury des colonies américaines est constitué en 1635, en réponse aux abus de pouvoir des représentants de la Couronne anglaise¹³⁹. En effet, le grand jury a le pouvoir de déposer des accusations contre ces derniers¹⁴⁰. Dans le contexte colonial, les grands jurys comptent jusqu'à 23 grands jurés. Ils prennent leurs décisions à la majorité simple et agissent à huis clos en vue de préserver la réputation des personnes qui n'ont pas encore été inculpées. De plus, seul le procureur général présente ses preuves : il n'y a donc ni juge ni avocat de la défense devant le grand jury. Les preuves qui seraient illégales au procès sont recevables devant le grand jury qui peut questionner les témoins, ce que ne sont pas en mesure de faire les jurés d'un procès. Conservant le modèle anglais des jurys de procès¹⁴¹, plusieurs colonies (notamment la Pennsylvanie, l'État de New York et les Carolines) limitent alors le pouvoir du jury aux questions de

¹³⁷ S. LANDSMAN, préc., note 50, p. 592; H.D. HAZELTINE, « Influence of Magna Carta on American Constitutional Development », (1917) 17 *Colum. L. Rev* 1, 11-12.

¹³⁸ A. DECROIX, D. GILLES, M. MORIN, préc., note 87, p. 255.

¹³⁹ H.D. HAZELTINE, préc., note 138, p. 9-10.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 796.

fait¹⁴². D'autres colonies (par exemple, les colonies de la Nouvelle-Angleterre et la Virginie) préfèrent écarter les pratiques anglaises¹⁴³ et permettre au jury de se prononcer sur des questions de droit¹⁴⁴.

À partir de 1764, chaque colonie américaine est pourvue d'un droit à un procès devant jury. Des jurys puissants sont considérés comme davantage aptes à protéger les colons de la Couronne britannique. Les deux types de jury acquièrent rapidement un rôle politique d'importance dans le contexte des treize colonies¹⁴⁵. Comme les colons américains n'ont aucun contrôle sur les institutions britanniques, ils se tournent plutôt vers les jurys locaux pour la protection de leurs intérêts¹⁴⁶. En effet, le jury permet une représentation locale au sein du système judiciaire¹⁴⁷ et ainsi un certain contrôle des actes de la Couronne et de ses représentants¹⁴⁸. Le grand jury, par exemple, a compétence pour enquêter sur les agissements des titulaires de charge publique¹⁴⁹. Il peut également refuser les accusations déposées par le procureur général¹⁵⁰, précisément lorsque

¹⁴² William E. NELSON, « The Lawfinding Power of Colonial American Juries », (2010) 71-5 *Ohio State Law Journal* 1003; *The Common Law in Colonial America*, vol. 1, vol. 2, vol. 3, vol. 4, Cambridge, Oxford University Press, 2008, 2012, 2016, 2018.

¹⁴³ William E. NELSON, « The Eighteenth-century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence », (1978) 76-6 *Michigan Law Review* 893, 913.

¹⁴⁴ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 796; Alfredo GARCIA, « The Jury Trial in the Criminal Context: The Link between the Defendant and the Community », (1992) 4 *St. Thomas L. Rev* 81, 83; V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 36 et 37; Nancy GERTNER, « Juries and Originalism: Giving "Intelligible Content" to the Right to a Jury Trial », (2010) 71 *Ohio State Law Journal* 935, 937, 939 et 940.

¹⁴⁵ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 32.

¹⁴⁶ Akhil Reed AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 2008, p. 109-110.

¹⁴⁷ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 421-422.

¹⁴⁸ N. GERTNER, préc., note 145, p. 941.

¹⁴⁹ A.R. AMAR, préc., note 147, p. 83 et 85; N. GERTNER, préc., note 134, p. 434; J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 792.

¹⁵⁰ R.F. WRIGHT, préc., note 69, p. 470.

celles-ci sont empreintes de malice ou visent à faire taire les voix critiques¹⁵¹.

Le jury du procès, quant à lui, peut atténuer la sévérité des lois criminelles anglaises¹⁵². Les jurys permettent de ce fait aux colonies de résister aux lois anglaises avec lesquelles elles sont en désaccord¹⁵³. En réaction, le Parlement britannique restreint le droit à un procès devant jury¹⁵⁴. Ainsi, la compétence des cours d'amirauté et de vice-amirauté, où les procès ont lieu devant juge seul, est élargie. De plus, les fonctionnaires et les responsables britanniques peuvent choisir de subir leur procès en Angleterre plutôt que dans les colonies. Enfin, les colons américains accusés de trahison doivent dorénavant subir leur procès en Angleterre¹⁵⁵. Le recours aux jurys et les contours de ses pouvoirs deviennent rapidement l'un des enjeux clés de la révolution américaine¹⁵⁶.

Au regard de la composition des jurys américains, on trouve les mêmes proportions de membres que dans le cas des jurys britanniques¹⁵⁷, même si les jurys civils peuvent être composés de six membres dans certaines colonies¹⁵⁸. En 1645, le Connecticut permet des jurys civils de six personnes. Au Massachusetts, il est possible de convoquer un jury civil de six membres lorsque la valeur de la cause est inférieure à 10 livres et qu'il n'y a pas suffisamment de personnes pour un jury de douze

¹⁵¹ A.R. AMAR, préc., note 147, p. 84 et 85; R.F. WRIGHT, préc., note 69, p. 469; Albert W. ALSCHULER et Andrew G. DEISS, « A Brief History of the Criminal Jury in the United States », (1994) 61-3 *The University of Chicago Law Review* 867, 874.

¹⁵² S.E. BALDWIN, préc., note 137, p. 188; N. GERTNER, préc., note 134, p. 434.

¹⁵³ H. WEDDELL, préc., note 50, p. 461; R.F. WRIGHT, préc., note 69, p. 469; J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 799; M. KADISH, préc., note 51, p. 10-11.

¹⁵⁴ J.P. MCCLANAHAN, préc., note 74, p. 792, 802-803; A.W. ALSCHULER et A.G. DEISS, préc., note 152, p. 875; S. LANDSMAN, préc., note 50, p. 594-595.

¹⁵⁵ A.R. AMAR, préc., note 147, p. 110.

¹⁵⁶ S. LANDSMAN et J.F. HOLDERMAN, préc., note 50, p. 34.

¹⁵⁷ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 427.

¹⁵⁸ Douglas HAY, « The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century », dans J.S. COCKBURN et T. A. GREEN (dir.), préc., note 3, p. 305, à la p. 308; D.G. SMITH, préc., note 133, p. 428.

membres¹⁵⁹. Bien que la notion de représentativité des jurys soit importante, le rôle de juré n'est pas accessible à tous les habitants des colonies américaines. Les femmes, les Noirs, les servants et les plus démunis sont généralement exclus des jurys¹⁶⁰. Sauf exception, seuls les propriétaires masculins de la région où a pris naissance la cause d'action peuvent agir en tant que juré¹⁶¹. Ils sont alors, *a priori*, en mesure de bien connaître la région et ses normes sociales¹⁶². Le critère de propriété sert à réduire le risque de corruption (les gens aisés étant perçus comme moins corrompibles que les démunis¹⁶³) et à recruter les hommes les mieux éduqués de la région¹⁶⁴ : « As John Adams stated, although jurors were the “voice of the people”, the “people” were not “the vile populace or a rabble of the country, nor the cabal of a small number of factious persons”, but rather the more “judicious part” of the citizenry¹⁶⁵ ».

Près de deux tiers des hommes blancs sont donc inadmissibles à siéger dans un jury¹⁶⁶. Malgré cela, il semblerait que les classes supérieures n'étaient pas surreprésentées parmi les membres des jurys. En effet, les plus riches préfèrent payer l'amende et ainsi échapper à ces tâches¹⁶⁷. Les jurys sont donc surtout composés de membres de la classe moyenne¹⁶⁸, c'est-à-dire d'agriculteurs, d'artisans et de marchands¹⁶⁹. Une telle composition, locale et marchande, s'avère avoir une influence sur le

¹⁵⁹ William E. NELSON, « The Utopian Legal Order of the Massachusetts Bay Colony, 1630-1686 », (2005) 47-2 *The American Journal of Legal History* 183, 196.

¹⁶⁰ W.E. NELSON, préc., note 144, p. 919.

¹⁶¹ N. GERTNER, préc., note 145, p. 939-940; H. WEDDELL, préc., note 50, p. 461.

¹⁶² N. GERTNER, préc., note 134, p. 435.

¹⁶³ Arthur T. VANDERBILT, *Judges and Jurors: Their Functions, Qualifications and Selection*, Boston, Boston University Press, 1956, p. 62; D.G. SMITH, préc., note 133, p. 399 et 400.

¹⁶⁴ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 399, 400, 434 et 458-460.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 432.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 432-433; W.E. NELSON, préc., note 144, p. 919.

¹⁶⁷ R.F. WRIGHT, préc., note 69, p. 475; S. LANDSMAN, préc., note 50, p. 588-589; S. LANDSMAN et J.F. HOLDERMAN, préc., note 50, p. 33; W.E. NELSON, préc., note 144, p. 918-919.

¹⁶⁸ S. LANDSMAN et J.F. HOLDERMAN, préc., note 50, p. 33.

¹⁶⁹ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 432-433.

déroulement des actes de procédure. Ainsi, les accusés « anglais » en matière criminelle, durant la période prérévolutionnaire, subissent largement la montée du sentiment anti-Angleterre et sont soumis à des délibérations sévères de jurys acquis à la cause révolutionnaire. C'est pour cette raison que la Grande-Bretagne permet notamment que les officiers britanniques accusés subissent leur procès en Angleterre plutôt que dans les colonies lorsqu'ils sont accusés de meurtre¹⁷⁰ à travers l'un des célèbres *Intolerable Acts*¹⁷¹, soit l'*Impartial Administration of Justice Act*¹⁷².

B) L'appropriation de la dimension politique des jurys par les colons des treize colonies

Il est donc de la nature même des jurys d'élargir la participation à la gouvernance offerte par les structures politiques courantes, ce qui s'avère d'autant plus crucial dans le contexte colonial. Pour certains¹⁷³, le début de la révolution américaine se situe au moment de l'introduction du procès de John Peter Zenger¹⁷⁴, éditeur du *New York Weekly Journal*.

¹⁷⁰ A.R. AMAR, préc., note 147, p. 106.

¹⁷¹ Sur ces textes et le contexte institutionnel américain à la veille de la révolution américaine, voir David GILLES, « Le modèle colonial britannique en question : variations autour de la transplantation des droits (Amérique du Nord XVII^e-XVIII^e siècles) », dans Éric GOJOSSE, Arnaud VERGNE et David KREMER (dir.), *Les colonies. Approches juridiques et institutionnelles de la colonisation de la Rome antique à nos jours*, Poitiers, Université de Poitiers, Faculté de droit et sciences sociales, 2014, p. 395.

¹⁷² 14 Geo III c. 39. Ce texte permet à un gouverneur de déplacer un procès criminel vers une autre colonie ou vers l'Angleterre s'il craint que les jurys ne soient impartiaux dans la colonie où les faits relatifs au procès ont eu lieu. Les témoins des deux parties sont tenus de suivre la tenue du procès et sont indemnisés pour ce faire. Concernant les textes relatifs à cette question, voir J. Michael WALLER, *Founding Political Warfare Documents of the United States*, sl., éd. Lulu.com, 2009, p. 175.

¹⁷³ Voir, par exemple, WEST VIRGINIA ASSOCIATION FOR JUSTICE, *Trial by Jury*, en ligne : <<https://www.wvaj.org/index.cfm?pg=HistoryTrialbyJury>>.

¹⁷⁴ Paul FINKELMAN, « Politics, the Press, and the Law: The Trial of John Peter Zenger » dans Michael R. BELKNAP (dir.), *American Political Trials*, Albany, Greenwood, 1994, p. 25-26.

C'est l'un des exemples les plus emblématiques de la confrontation entre colons, Couronne et juges, autour de l'institution du jury. En 1734, le journal publie un article critiquant le gouverneur royal William Crosby pour avoir destitué le juge Lewis Morris¹⁷⁵. Indigné, Crosby fait arrêter et emprisonner Zenger pour diffamation séditieuse¹⁷⁶. Un jury de ses pairs l'acquitte rapidement, en dépit des instructions du juge¹⁷⁷, Zenger ayant publié une vérité. Cette cause illustre l'enjeu relatif à la liberté de la presse : les rédacteurs en chef et les éditeurs ne peuvent plus être reconnus coupables de diffamation lorsqu'ils impriment la vérité¹⁷⁸. À la suite de cette décision, les journaux coloniaux sont libres de critiquer ouvertement la Couronne britannique, et c'est dans la presse que la ferveur révolutionnaire s'accroît durant les décennies suivant la décision *Zenger*. Ce cas est un exemple frappant de la puissance du jury colonial et de son instrumentalisation comme rempart contre les abus d'un gouvernement déconnecté de sa population. Plusieurs situations similaires donnent l'occasion aux protagonistes de la colonie de s'affronter à travers les jurys. Cette tension obligera à une adaptation coloniale qui, sans être suffisante, permettra une appropriation de l'institution et une montée en puissance de sa dimension politique, en droite ligne des écrits de Blackstone portant sur les libertés des sujets britanniques. Adoptant l'angle de la question de la récusation des jurés, la dimension politique du jury finit par incarner un outil de contestation du pouvoir colonial avant de le caractériser. À la veille de la guerre de l'Indépendance, les colons américains reprochent au roi d'Angleterre de les priver du bénéfice de la procédure par jurés dans plusieurs situations, alors que ce dernier constate le détournement de plus en plus politique de certains de ces jurys.

¹⁷⁵ Voir William Lowell PUTNAM, *John Peter Zenger and the Fundamental Freedom*, Jefferson, North Carolina, McFarland, 1997.

¹⁷⁶ Voir Peter ZENGER, *The Tryal of John Peter Zenger, of New-York, Printer, Who was lately Try'd and Acquitted for Printing and Publishing a Libel against the Government*, Londres, J. Wilford, 1738.

¹⁷⁷ Sur ce sujet, voir Valerie P. HANS et Neil VIDMAR, *Judging the Jury*, Cambridge, Perseus Publishing, 1986, p. 32-34.

¹⁷⁸ Eben MOGLEN, « Considering Zenger: Partisan Politics and the Legal Profession in Provincial New York », (1994) 94-5 *Columbia Law Review* 1495.

1. L'adaptation au contexte colonial : mixité, représentativité et sélection

Dans certaines causes de l'époque, il est préférable, pour assurer l'équité du procès, de convoquer un jury spécial composés d'individus ayant une expertise particulière¹⁷⁹. Il s'avère important que le processus soit perçu comme juste et équitable pour éviter des tensions sociales¹⁸⁰. Ainsi, lorsque le procès implique un étranger ou un Autochtone, le jury est à moitié composé de ses compatriotes, dans la mesure du possible¹⁸¹ : par exemple, en 1674, « an Indian, Sassamon, was murdered [...] Accordingly, six Indians were added to the jury¹⁸² ». Le droit à un tel jury *de medietate linguae* est reconnu dans plusieurs colonies¹⁸³, dont le Massachusetts¹⁸⁴. C'est aussi le cas en Pennsylvanie où William Penn négocie des jurys de ce type avec la nation Lenni Lenape¹⁸⁵. Dans ce contexte, Penn détermine que toute contestation de terre entre les colons et les Indiens installés dans le Delaware doit se régler devant des jurys comportant au moins six Amérindiens¹⁸⁶. De plus, il souligne une certaine connaissance et aisance des Amérindiens avec les outils juridiques occidentaux, considérant en 1683 que « [they] are not disquieted with bills of lading and exchange, nor

¹⁷⁹ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 404.

¹⁸⁰ Deborah A. RAMIREZ, « The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury *De Medietate Linguae*: A History and a Proposal for Change », (1994) 74 *B.U. L. Rev.* 777, 791.

¹⁸¹ J. OLDHAM, « The History of the Special (Struck) Jury in the United States and Its Relation to Voir Dire Practices, the Reasonable Cross-Section Requirement, and Peremptory Challenges », préc., note 82, 626; D.G. SMITH, préc., note 133, p. 404; Deborah A. RAMIREZ, « A Brief Historical Overview of the Use of the Mixed Jury », (1993-94) 31 *Am. Crim. L. Rev.* 1213, 1214.

¹⁸² D.A. RAMIREZ, préc., note 182, p. 1220-1221.

¹⁸³ D.G. SMITH, préc., note 133, p. 438-439.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 438-439.

¹⁸⁵ Katherine HERMES, « Justice will be Done to Us: Algonquin Demands for Reciprocity in the Courts of European Settlers », dans Bruce H. MANN et Christopher L. TOMLINS (dir.), *The Many Legalities of Early America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2001, p. 113, n. 28.

¹⁸⁶ William PENN et Albert Cook MYERS, *William Penn's Own Account of the Lenni Lenape or Delaware Indians*, rééd., Boston, Middle Atlantic Press, 1970, p. 10.

perplexed with chancery suits¹⁸⁷ ». Globalement, les Amérindiens reconnaissent la pratique des jurys de common law lorsqu'un acte criminel met en cause un Blanc et un Amérindien, le jury étant alors composé de six Blancs et de six Indiens de la tribu¹⁸⁸. Cotton Mather et Thomas Robbins relèvent le recours à un jury mixte dans le procès controversé des trois Wanpanoag pour le meurtre de l'Indien christianisé John Sassamon¹⁸⁹. Globalement, de tels jurys mixtes sont réservés aux questions pénales et criminelles. Le Rhode Island introduit lui aussi de tels jurys mixtes¹⁹⁰. De même, des jurys spéciaux peuvent être composés de membres des classes supérieures (*blue ribbon jury*)¹⁹¹ ou de marchands, spécialement dans les causes en matière de commerce¹⁹². Enfin, des jurys composés de femmes (*matrons' jury*)¹⁹³ peuvent être convoqués dans deux cas particuliers¹⁹⁴, soit lorsqu'il est nécessaire de déterminer si une femme

¹⁸⁷ William PENN, « Letter from William Penn to the Free Society of Traders (Aug. 16, 1683) », réimprimé dans Robert PROUD, *The History of Pennsylvania in North America*, vol. 246, Philadelphie, Zachariah Poulson, 1797, p. 255.

¹⁸⁸ K. HERMES, préc., note 186, p. 133.

¹⁸⁹ Voir Cotton MATHER et Thomas ROBBINS (dir.), *Magnalia Christi Americana, or, The Ecclesiastical History of New-England from its First Planting in the Year 1620, unto the Year of Our Lord: In Seven Books*, Hartford, S. Andrus, 1855, p. 34-67.

¹⁹⁰ *Rhode Island Record Book*, Newport County, Rhode Island Judicial Archives, A, 1674, p. 37, 38 et 1702, p. 209.

¹⁹¹ D.G. SMITH, préc., note 36, 402-403; J. OLDHAM, « The History of the Special (Struck) Jury in the United States and Its Relation to Voir Dire Practices, the Reasonable Cross-Section Requirement, and Peremptory Challenges », préc., note 82, 627 et 631.

¹⁹² J. OLDHAM, « The History of the Special (Struck) Jury in the United States and Its Relation to Voir Dire Practices, the Reasonable Cross-Section Requirement, and Peremptory Challenges », préc., note 82, 627 et 632.

¹⁹³ Susan A. LENTZ, « Without Peers: A History of Women and Trial by Jury Part One – From the Women's Sphere to Suffrage », (2000) 11-3 *Women & Criminal Justice* 83; Susan A. LENTZ, « Without Peers: A History of Women and Trial by Jury Part Two – The Law of Jury Service in the Twentieth Century », (2000) 11-4 *Women & Criminal Justice* 81.

¹⁹⁴ S.G. TUCKER, préc., note 36, p. 362; Linda MCCLAIN et Joanna L. GROSSMAN (dir.), *Gender Equality: Dimensions of Women's Equal Citizenship*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 78; James C. OLDHAM, « On Pleading the

est enceinte ou non et dans les procès pour sorcellerie¹⁹⁵. Ainsi, on relève un jury composé de femmes en Virginie en 1633 : « A woman, Margaret Hatch, indicted for murdering her child. Petit jury find her guilty of manslaughter. Sentenced to be hanged; pleads pregnancy; and jury of Matrons finds her not pregnant¹⁹⁶ ». Selon des périodes variables, à partir de 1674, de nombreuses colonies britanniques puis des États américains vont introduire la pratique du jury *de medietate linguae*. Ainsi, le Kentucky, le Maryland, le Massachusetts, la Pennsylvanie, l'État de New York, la Virginie et la Caroline du Sud ont tous recours au jury *de medietate linguae*, à des degrés divers. Dès 1674, les tribunaux de la toute jeune colonie de Plymouth intègrent des jurys mixtes entre Autochtones et colons, lorsqu'un litige oppose des membres des deux communautés. Là encore, la perception de l'équité et de la justice du procès est en cause, ce qui nécessite une acceptation de communautés très différentes. Ce faisant, on assure l'équité et l'on réaffirme la légitimité de la procédure, d'une justice coloniale en mal de légitimité par définition. Comme le souligne Deborah A. Ramirez, le jury mixte « was important to the colonists as the natives' perception of unfairness may have triggered bloody unrest or, at least, social tension¹⁹⁷ ».

Somme toute, hors du cas du jury *de medietate linguae*, le recours au jury s'avère simple. Dans un litige impliquant deux parties, A et B, le shérif¹⁹⁸ a la tâche de convoquer « twelve free and lawful men [...] who are neither of kin to the aforesaid A, nor the aforesaid B¹⁹⁹ ». Cette tâche est confiée au shérif, « a man of some fortune and consequence: that so he

Belly: A History of the Jury of Matrons », dans Louis A. KNAFLA (dir.), *Criminal Justice History*, vol. 6, Londres, Meckler, 1985, p. 1-64.

¹⁹⁵ L. MCCLAIN et J.L. GROSSMAN (dir.), préc., note 195, p. 78; Carol WEISBROD, « Images of the Woman Juror », (1986) 9 *Harvard Women's Law Journal* 59, 60.

¹⁹⁶ « Ancient Records », vol. 3, par. 224, cité dans William Waller HENING, *The Statutes at Large; Being a Collection of all the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619*, vol. 1, New York, R. & W. & G. Bartow, 1823, p. 209.

¹⁹⁷ Deborah A. RAMIREZ, préc., note 120, 790.

¹⁹⁸ S.G. TUCKER, préc., note 36, p. 355.

¹⁹⁹ *Id.*, p. 352.

may be not only the less tempted to commit wilful errors, but likewise be responsible for the faults of either himself or his officers; and he is also bound by the obligation of an oath faithfully to execute his duty » ou, si le shérif a un intérêt dans l'affaire, au coroner²⁰⁰. Toutefois, en matière criminelle, il est toujours acceptable, et même louable, de convoquer des hommes favorables à la Couronne²⁰¹. Au regard du choix des jurés, la sélection sur le fondement des connaissances et d'une certaine impartialité se maintient dans les colonies américaines²⁰², mais son utilisation s'en trouve orientée. La fidélité à la Couronne, critère traditionnel de la composition des jurys, devient un enjeu de tension dans le contexte colonial. Les colonies optent au contraire, au fil des années, pour divers mécanismes permettant d'assurer l'impartialité des jurés à l'égard des autorités britanniques et une meilleure représentativité des intérêts coloniaux. Au Massachusetts, les jurys de procès sont d'abord convoqués par les autorités britanniques : « all criminal facts, and also all matters of trespasses and debts between man and man should be tried by the verdict of twelve honest men to be impaneled by authority in form of a jury upon their oath²⁰³ ». De plus, « it be lawful for the Governor as well to panel such the king subjects of good report that are freeholders & no freeman upon Jewry to doe service to his Majesty as well as such as have taken up their freedom if thought convenient²⁰⁴ ». Dès le milieu du XVII^e siècle, la tendance est plutôt à une élection des jurés par des assemblées locales :

[T]he Secretary or Clerk of every Court, shall in convenient time before the sitting of the Court, send Warrants to the Constables of the several Towns of the Jurisdiction of that Court, for Jury

²⁰⁰ *Id.*, p. 354-355.

²⁰¹ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35; Nancy S. MARDER, « Justice Stevens, the Peremptory Challenge, and the Jury », (2006) 74-4 *Fordham Law Review* 1683, 1690.

²⁰² N.S. MARDER, préc., note 202, 1690.

²⁰³ « Laws of the Colony of New Plymouth », dans William BRIGHAM, *The Compact with the Charter and Laws of the Colony of New Plymouth: Together with the Charter of the Council at Plymouth, and an Appendix, Containing the Articles of Confederation of the United Colonies of New England, and other Valuable Documents*, Boston, Dutton and Wentworth, 1836, p. 28.

²⁰⁴ *Id.*, p. 42 : « Who to be panel in juries » (1636).

men proportional to the Inhabitants of each Town : And the Constable upon the receipt of such Warrant, shall give timely notice to the Freemen of their respective Towns, to choose so many able, discreet men as the Warrant shall require, which men so chosen, he shall warn to attend the Court whereto they are appointed, and shall make return of the Warrant unto the Clerk aforesaid²⁰⁵.

Cette méthode est toutefois jugée inefficace et remplacée, en 1736, par un simple tirage au sort²⁰⁶. La Caroline du Sud adopte également le tirage au sort comme méthode de sélection des jurés²⁰⁷. Par la suite, les

²⁰⁵ « The General Laws of the Massachusetts Colony, Revised and Published, by Order of the General Court in October 1658 », dans William H. WHITMORE (dir.), *The Colonial Laws of Massachusetts: Reprinted from the Edition of 1672, with the Supplements through 1686*, Boston, Rockwell and Churchill, 1890, p. 86.

²⁰⁶ *An Act for The Regular Appointment of Petit Jurors* (Massachusetts), 1736-37, c. 10, art. 1 et 2 :

That the selectmen of each town within this province to whom *venires* shall be sent for petit jurors [...] shall [...] take a list of the names of all the inhabitants of their respective towns, liable by law and qualified to serve on the petit jury, and the said list shall lay before their respective towns, at a meeting [...] and shall make out distinct tickets [...] with one of the person's name[s] contained in such a list, fairly written on each ticket; and such tickets shall be kept by the town clerk, in a convenient box, under lock and key.

Les noms étaient ensuite tirés au hasard.

²⁰⁷ *An Act confirming and establishing the ancient and approved Method of Drawing Juries by Ballot in this Province, and for the better Administration of Justice in criminal Causes, and for appointing of Special Courts for the Trial of the Causes of Transient Persons, declaring the Power of the Provost Marshal, for allowing the Proof of Deeds beyond the Seas as Evidence, and for Repealing the several Acts of the General Assembly therein mentioned* (Caroline du Sud), 1731, art. II et III :

The Chief Justice of this Province shall [...] cause to be written on small pieces of parchment or paper, of an equal size and bigness, the names of all the persons hereby appointed to serve as jury-men, and having first diligently compared them with the lists or schedules hereto annexed, shall cause them to be put into a box or chest, to be prepared for that purpose, with 6 divisions made therein, with the number of

noms sont tirés au sort « by a child under the age of 10 years²⁰⁸ ». La même procédure est retenue par la Pennsylvanie²⁰⁹. Quant à la Virginie, elle permet plutôt, en raison de contraintes géographiques, le recrutement de jurés parmi les spectateurs et les passants : « Immediately after the commitment of any person found criminal to the grand inquest [...] the

each division marked upon the cover thereof, observing the method following, that is to say, the names of all the persons mentioned in the schedule hereunto annexed, entitled, A list of grand jury-men, shall be put into the division in the said box numbered 1 and the names of all the persons mentioned in the schedule or list hereunto annexed, entitled, A list of petit jury-men, shall be put into the division of the said box numbered 3 and the names of the persons mentioned in the schedule or list, entitled, A list of special jury-men, shall be put into the division of the said box numbered 5.

John Faucheraud GRIMKÉ, *The public laws of the state of South-Carolina, from its first establishment as a British province down to the year 1790, inclusive, in which is comprehended such of the statutes of Great Britain as were made of force by the act of assembly of 1712, with an appendix containing such other statutes as have been enacted or declared to be of force in this state, either virtually or expressly, to which is added the titles of all the laws (with their respective dates) which have been passed in South-Carolina down to the present time, also the Constitution of the United States with the amendments thereto, and likewise the newly adopted Constitution of the state of South-Carolina, together with a copious index to the whole*, Philadelphie, R. Aitken & Son, 1790, p. 123.

208

Id.

209

The great law or the body of laws, of the Province of Pennsylvania & Territories thereunto belonging, Past At an Assembly held at Chester, alias Upland, the 7th day of the 10th Month called December, 1682, c. LXIX :

And that all possible Care and tenderness may be shoven about the life of men, and to prevent Corruption, – *By the authority aforesaid Be it Enacted*, That in all Causes Capital, and Criminal, The freemen of the County shall be summoned by the Sheriffs, and the names of the freemen shall be writ in small pieces of paper, and put into a hat and shaken; forty eight of whom shall be drawn by a Child, and those so drawn, shall stand for the Sheriffs Returns; And the first twelve, not reasonably excepted against, shall Stand and Serve for the trial.

Staughton GEORGE, Benjamin M. NEAD et Thomas MCCAMANT (rééd.), sous la dir. de John Blair LINN, *Charter to William Penn, and Laws of the Province of Pennsylvania, Passed between the years 1682 and 1700*, Harrisburg, Lane S. Hart, 1879, p. 129.

clerk of that office shall presently send a *venire facias* to the said sheriff to impanels six men of the ablest and nearest of the inhabitants of his county to that place where the fact was committed [...] and that the rest of the jury be made up of the by slanders²¹⁰ ».

Pour ce qui est des grands jurys, les membres sont élus par les assemblées locales jusqu'en 1774²¹¹. Dans cette perspective politique, en 1751, l'Assemblée générale de la Caroline du Sud déclare que « toute personne qui s'efforcerait de nous priver d'un privilège aussi glorieux de procès avec jury » est un ennemi du peuple de la colonie. La *Stamp Act Congress* dès 1765 établit que le droit au jury comme un droit inhérent à la qualité de citoyen britannique. À l'occasion de ce texte, John Jay, qui deviendra plus tard le premier juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, revendique les avantages de la Constitution anglaise et le droit « inestimable au procès devant jury²¹² ».

2. La récusation des jurés en contexte colonial : instrument « impartial » mais politique

Dans le contexte colonial, les mêmes règles de common law relatives à la récusation des jurés sont en vigueur, comme nous l'avons mentionné plus haut. Toutefois, là où en Angleterre la dimension politique de la partialité des jurys joue davantage sur les questions religieuses, car les autorités visent les catholiques, la problématique est différente dans les treize colonies où le creuset (*melting-pot*) religieux est plus marqué. Selon la common law, il n'est pas possible de questionner les jurés potentiels quant à leurs opinions politiques et à leurs préjugés. Toutefois, dans un

²¹⁰ « Criminal causes to be tried at the General Court (Virginie) », 1661-62, Act XXIV, dans William Waller HENING, *The Statutes at Large; being a collection of all the laws of Virginia, from the first session of the legislature, in the year 1619*, vol. 2, Richmond, Samuel Pleasants, 1809-23, p. 63.

²¹¹ R.F. WRIGHT, préc., note 69, 475.

²¹² « Know then that we claim all the benefits secured to the subject by the English Constitution, and particularly the inestimable right of trial by jury »: William JAY, *The Life of John Jay: With Selections from his Correspondence and Miscellaneous Papers*, vol. 1, New York, Harper, 1833, p. 466.

contexte de tensions politiques, le Massachusetts tente de contourner cette règle en permettant l'interrogation des jurés potentiels lors d'assemblées municipales en 1760²¹³, mais le Parlement britannique abroge cette loi coloniale dès 1774²¹⁴.

Toutefois, si des éléments de partialité sont décelés durant un procès, les parties peuvent demander la récusation du juré. Il existe deux types de récusation, soit la récusation motivée et la récusation péremptoire. Dans le premier type, si un juré invoque des liens familiaux ou économiques avec l'une des parties, il revient alors au juge ou aux jurés déjà retenus de décider d'exclure ou non le juré en question²¹⁵. Le second type, soit la récusation péremptoire, permet l'exclusion d'un certain nombre de jurés potentiels²¹⁶ sans avoir à le justifier. Alors que le droit de récusation péremptoire de la Couronne est illimité en Angleterre²¹⁷, les colonies américaines préfèrent le restreindre²¹⁸. L'accusé a également le droit d'exclure un certain nombre de jurés²¹⁹. Le nombre de récusations péremptoires permises varie selon la colonie et le type de cause. Par exemple, au Massachusetts en 1671, lorsque l'accusé s'expose à la peine capitale, il peut exclure 6 ou 8 jurés sans avoir à motiver ses choix. Ce nombre sera augmenté à 20 en 1685²²⁰. En Caroline du Sud, les accusés

²¹³ *An Act for the Better Regulating the Choice of Petit Jurors* (Massachusetts), 1760, c. 29, art. 1; V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35-36.

²¹⁴ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 36.

²¹⁵ D.G. SMITH, préc., note 36, p. 435; V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35.

²¹⁶ D.G. SMITH, préc., note 36, p. 435-436.

²¹⁷ Callie WILLIAMS, « Jury Discrimination: The Peremptory Challenge as a Racially Discriminatory Device », (1986) 12 *Southern University Law Review* 189, 190-191.

²¹⁸ David Everett MARKO, « The Case against Gender-based Peremptory Challenges », (1993) 4-1 *Hastings Women's Law Journal* 109, 110-111.

²¹⁹ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35.

²²⁰ *The General Fundamentals* (Massachusetts), 1671, c. 1, art. 5; W. BRIGHAM, préc., note 204, p. 241 et 293.

ont droit à 35 récusations péremptoires dans les procès pour haute trahison à partir de 1712 et à 20 dans les procès pour d'autres crimes²²¹.

En participant à la mise en œuvre des lois britanniques, en les adaptant puis en se les appropriant, les habitants des colonies, à travers le jury, feront de cette institution de common law un outil reflétant leurs réalités et leurs valeurs, finalisant la substitution du simple objectif judiciaire au double objectif à la fois judiciaire et politique. Ainsi, même s'ils ne sont pas représentés au Parlement britannique, ils disposent d'un moyen efficace pour résister aux lois qu'ils jugent injustes. Conscient de l'importance croissante du jury colonial et de son utilité pour contourner les lois britanniques²²², le Parlement de Londres cherche à en reprendre le contrôle à partir des années 1760²²³. Toutefois, bien que la pratique de convoquer des jurés favorables à la Couronne ait été acceptable durant les premiers temps coloniaux²²⁴, la notion du jury comme organe représentatif des habitants locaux est maintenant profondément ancrée dans la culture américaine. Il est donc trop tard pour une reprise de contrôle britannique.

3. « The jury is adapted to the investigation of truth beyond any other system the world can produce²²⁵ »

C'est ainsi que le jury se présente, dans la perspective des jeunes États américains, « as the “bulwark”²²⁶, the protector, the “very palladium

²²¹ *An Act to put in force in this Province the several Statutes of the Kingdom of England or South Britain, therein particularly mentioned* (Caroline du Sud), 1712; Thomas COOPER, *The Statutes at Large of South Carolina*, vol. 2, Columbia, A. S. Johnston, 1837, p. 459 et 540.

²²² A.W. ALSCHULER et A.G. DEISS, préc., note 152, 874.

²²³ V.P. HANS et N. VIDMAR, préc., note 109, p. 35.

²²⁴ *Id.*; N.S. MARDER, préc., note 202, 1690.

²²⁵ Elbridge GERRY, « Observations by Elbridge Gerry », dans Paul Leicester FORD (dir.), *Pamphlets on the Constitution of the United States: Published during Its Discussion by the People 1787-1788*, s. l., s. n., 1888, p. 10.

²²⁶ Tels sont les mots de Richard Henry Lee : Charles PINNEGAR, *Virginia and State Rights, 1750-1861: The Genesis and Promotion of a Doctrine*, Jefferson, MacFarland, 2009, p. 32.

of our liberties and of free governments”²²⁷ ». À vrai dire, la Déclaration d’indépendance de 1776, la Constitution de 1787 et le *Bill of Rights* de 1791 sacralisent l’institution. Lors du 1^{er} Congrès continental tenu à Philadelphie en 1774, les représentants présents déclarent déjà que les colons américains ont droit au « grand et précieux privilège d’être jugé par un jury composé de leurs pairs ». L’année suivante, les efforts des dirigeants britanniques pour priver les coloniaux de leur droit à un procès devant jury sont cités comme l’une des causes de la révolution américaine. Dans la Déclaration sur les causes et la nécessité de prendre les armes, le second Congrès continental mentionne le déni du « privilège habituel et inestimable du procès par jury, tant dans le cas de la vie que dans celui de la propriété²²⁸ ». En 1776, dans la Déclaration d’indépendance, on fait grief au roi George III de priver ses sujets « du procès avec jury ». Après la Déclaration d’indépendance, chaque colonie rédige une nouvelle constitution et inscrit le droit au jury dans ses statuts fondamentaux. Ainsi, dans la *Déclaration des droits de Virginie* de juin 1776, George Mason écrit que « l’ancien procès avec jury est préférable à tout autre et doit être tenu pour sacré »²²⁹ [notre traduction]. Il préservera ce droit dans la Constitution de la Virginie qu’il formulera plus tard au cours de cette année. La Constitution de New York, quant à elle, est rédigée ainsi : « Et cette convention ordonne, détermine et déclare, au nom et par l’autorité du peuple de cet État, ce procès avec jury, dans tous les cas où il a été utilisé jusqu’à présent dans la colonie de New York, sera établi et restera inviolable pour toujours ». On trouve un langage similaire dans toutes les constitutions des États, de même que dans la charte des Territoires du

²²⁷ Alexander HAMILTON et autres (dir.), *The Federalist Papers*, Middleton, Wesleyan University Press, 1961, n° 83, p. 562.

²²⁸ Voir Julian P. Boyd, « L’auteur contesté de la Déclaration sur les causes et la nécessité de prendre les armes, 1775 », (1950) 74 *Revue d’histoire et de biographie de Pennsylvanie* 51.

²²⁹ THE VIRGINIA DECLARATION OF RIGHTS, art. 11 : « That in controversies respecting property, and in suits between man and man, the ancient trial by jury is preferable to any other, and ought to be held sacred »; « The Proceedings of the Convention of Delegates, Held at the Capitol, in the City of Williamsburg, in the Colony of Virginia, on Monday the 6th of May, 1776 », Williamsburg (1776), p. 100-103, dans William W. HENING (dir.), *The Statutes at Large*, IX, 1890-1923, p. 109-112.

Nord-Ouest. Les normes des différents États affirment également l'importance du droit au jugement par jury²³⁰.

Lors du Congrès de Philadelphie en 1787, nécessaire afin de rédiger une nouvelle constitution, les débats autour du jury notamment se révèlent houleux. Le projet présenté le 12 septembre 1787 autorise les procès avec jury dans les affaires pénales, mais pas dans les affaires civiles. Elbridge Gerry, délégué du Massachusetts, relève notamment cette omission en soulignant que : « The jury is adapted to the investigation of truth beyond any other system the world can produce. A tribunal without juries would be a Star Chamber in civil cases²³¹ ». Il ajoute que le jury protège des juges corrompus²³². Cette position sera appuyée par George Mason, soutenant la nécessité de compléter le document d'une déclaration des droits garantissant à la fois la liberté de la presse et un procès par jury. Les délégués tentent alors de modifier la constitution pour inclure les procès avec jury dans les affaires civiles, mais certains opposants font valoir que le droit est déjà constitutionnalisé dans les États fédérés. L'amendement déposé est rejeté le 15 septembre 1787. Signée le 17 septembre, la nouvelle Constitution des États-Unis doit encore être ratifiée par les États fédérés, et plusieurs États du Sud refusent de le faire en l'absence de déclaration des droits, ce qui cristallise l'opposition entre fédéralistes et antifédéralistes, en particulier autour de la question de la garantie du procès par jury. Les fédéralistes, dirigés par des personnalités comme Alexander Hamilton et James Madison, défendent un gouvernement fort et centralisé, alors que les antifédéralistes, parmi qui figurent George Mason, Pinckney, Patrick Henry et Samuel Adams, craignent qu'un gouvernement national fort l'emporte sur les droits des États et des citoyens et plaident en faveur d'un *Bill of Rights* incluant le droit au jury constitutionnalisé au niveau fédéral. Durant cette période

²³⁰ Il en est ainsi dans la Virginia Constitution (Bill of Rights) art. I, §8 (1776); la Massachusetts Constitution (Bill of Rights) art. XV (1780) et la Northwest Ordinance, art. 2 (1787).

²³¹ E. GERRY, préc., note 226, p. 10.

²³² Leonard W. LEVY, *Origins of the Bill of Rights*, New Haven, Yale University Press, 2001, p. 228.

intense de débat²³³, le Pennsylvanien John Dickinson précise ceci : « Trial by jury is the cornerstone of our liberty. It is our birthright; who is in opposition to the genius of America shall dare to attempt its subversion »²³⁴? Il est rejoint par James Madison qui ajoute : « Trial by jury is essential to secure the liberty of the people as any one of the pre-existent rights of nature »²³⁵. Pour le représentant au Congrès Patrick Henry, devant la Convention constitutionnelle de Virginie, « [t]rial by jury is the best appendage of freedom. I hope that we shall never be induced to part with that excellent mode of trial »²³⁶. En 1787, son confrère de Virginie, Richard Henry Lee, abonde dans le même sens : « The right to trial by jury is a fundamental right of free and enlightened people and an essential part of a free government »²³⁷. Celui-ci renchérit sur le sujet : « We might as well have attempted to move Mount Atlas on our shoulders [...] The great points of free election, jury trial in criminal cases, and the unlimited rights of taxation, and standing armies remain as they were. The most essential danger [...] arises [...] from its tendency to a consolidated government instead of a union of confederated states »²³⁸. La section 2 de l'article III de la Constitution des États-Unis affirme alors que « [t]he trial of all Crimes except in Cases of Impeachment shall be by jury; and such Trial shall be held in the State where the said crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by law have directed »²³⁹.

233

Id.

234

Voir UNITED STATES OF AMERICA, *Congressional Records: Proceedings and Debates of the Congress*, Washington, US Government Printing Office, 1938, p. 232.

235

« Madison Proposes Amendment » : Robert A. LICHT (dir.), *The Framers and Fundamental Rights*, Washington, American Enterprise Institute, 1991, p. 80.

236

Commentary on the Proposed Constitution and a Side by Side, Delaware, Constitution Revision Commission, 1970, p. 46.

237

Cit dans Harlow Giles UNGER, *First Founding Father: Richard Henry Lee and the Call to Independence*, Boston, Da Capo Press, 2017, p. 145.

238

Richard Henry LEE (the Younger), *Memoir of the Life of R. H. Lee, and his Correspondence with the most distinguished men in America and Europe, by his grandson*, vol. 2, Philadelphie, Carey and Lea, 1825, p. 98.

239

Constitution of the United States, 1787, en ligne : <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_3_>.

Poussés par les antifédéralistes, de nombreux États, dont les États majeurs du Massachusetts et de la Virginie, refusent de ratifier la Constitution des États-Unis, à moins que le document ne soit modifié pour inclure un *Bill of Rights*. Après la ratification de cinq États seulement, John Adams et John Hancock négocient un compromis pour le Massachusetts. Celui-ci permet aux délégués des États de signer le document en ajoutant une disposition qui demande à l'État de faire pression sur le Congrès américain afin que celui-ci le modifie. Ratifiée en 1788, la Constitution des États-Unis entre finalement en vigueur le 4 mars 1789, et ses membres conviennent de la nécessité d'une déclaration des droits. James Madison, qui dirige la délégation de Virginie, rédige le projet de loi formulant le *Bill of Rights*. Fondé en grande partie sur la Charte des droits de Virginie de 1776 de George Mason, ce projet de loi énonce les dix premiers amendements à la Constitution et est adopté par le Congrès le 25 septembre 1789.

Le droit au jury est donc finalement sacralisé en 1791 comme une liberté fondamentale, dans les cinquième²⁴⁰, sixième²⁴¹ et septième amen-

240

U.S. CONST. amend. V, en ligne : https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_3_ :

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

241

U.S. CONST. amend. VI, en ligne : https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_6_ :

[TRADUCTION] Dans toute procédure criminelle, l'accusé jouira du droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'État et du district dans lequel le crime aura été commis, district dont les limites auront été tracées par une loi préalable; il sera informé de la nature et du motif de l'accusation; il sera confronté avec les témoins à charge; il aura la faculté de faire comparaître des témoins en sa faveur, et il aura l'assistance d'un conseil pour sa défense..

dements. Le sixième amendement énonce les droits à un procès avec jury rapide et impartial dans les affaires pénales, et garantit ainsi le droit dont Zenger avait profité 80 ans plus tôt. Le droit à un jury impartial en matière de droit privé est consacré précisément dans le septième amendement²⁴². Celui-ci prévoit en matière civile que dans les causes qui devront être décidées selon la common law, le jugement par jury sera conservé dès que la valeur des biens en litige excédera 20 dollars. Il ajoute que tout fait jugé par un jury ne pourra être soumis à l'examen d'une autre cour des États-Unis que conformément à la common law²⁴³. Dans ce contexte, la référence à la common law englobe la distinction traditionnelle du droit britannique entre les actions civiles que sont les actions en justice (*actions at law*) et les actions en équité (*actions in equity*). Cela signifie que le droit au jury est essentiellement garanti pour les premières, même si le recours au jury peut également exister pour les secondes, mais ne constitue pas un droit garanti constitutionnellement dans ces domaines. La formulation de cette déclaration des droits (*Bill of Rights*) de 1791 représente donc une occasion pour renforcer le recours au jury comme pierre angulaire et fondamentalement politique du nouveau cadre normatif américain²⁴⁴ : on y affirme que, dans toutes poursuites criminelles, « l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial ». C'est bien en ces termes fédérateurs que l'auteur fictif des « *Federalist Papers* », Publius (alias Hamilton) se réfère au procès par jury et témoigne d'une certaine unanimité autour du sentiment colonial favorable à cette institution, malgré l'opposition viscérale entre fédéralistes et non-fédéralistes :

²⁴² Martin H. REDISH, « Seventh Amendment Right to Jury Trial: A Study in the Irrationality of Rational Decision Making », (1975–1976) 70 *Northwestern University Law Review* 486.

²⁴³ U.S. CONST. amend. VII, en ligne : https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_7 :

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

²⁴⁴ James FLEMING Jr., « Right to a Jury Trial in Civil Actions », (1962-1963) 72-4 *Yale Law Journal* 655.

The friends and adversaries of the plan of the convention, if they agree in nothing else, concur at least in the value they set upon trial by jury. Or if there is a difference between them, it consists in this: the former regard it as a valuable safeguard to liberty, the latter represent it as the very palladium of free government. For my own part, the more the operation of the institution has fallen under my observation, the more reason I have discovered for holding it in high estimation; and it would be altogether superfluous to examine to what extent it deserves to be esteemed useful or essential in a representative republic, or how much merit it may be entitled to as a defence against the oppression of an hereditary monarch, than as a barrier to the tyranny of popular magistrates in a popular government²⁴⁵.

À travers le grand jury, le citoyen américain participera aux actes de procédure préliminaire du jugement, ce qui permettra d'encadrer en amont et en aval le procès criminel. De nos jours, en vertu des sixième et septième amendements, ainsi que de l'article III de la Constitution américaine, toute personne susceptible d'une peine d'emprisonnement de plus de 6 mois jouit du droit à être jugée par jury, alors que de nombreux États américains garantissent ce droit pour des peines de moindre importance²⁴⁶. Dans la célèbre affaire *Duncan v. Louisiana* en 1968²⁴⁷, le juge White, apportant sa pierre à la doctrine de l'incorporation (selon laquelle le *Bill of Rights* américain s'applique aux États fédérés), souligne que : « Because we believe that trial by jury in criminal cases is fundamental to the American scheme of justice, we hold that the Fourteenth Amendment guarantees a right of jury trial in all criminal cases which – were they to be tried in a federal court – would come with – in the Sixth Amendment's guarantee²⁴⁸ ».

²⁴⁵ A. HAMILTON et autres, préc., note 228, p. 562.

²⁴⁶ Sur la place du jury comme liberté fondamentale du citoyen américain, voir George ANASTAPLO, *The Constitutionalist: Notes on the First Amendment*, Dallas, Texas Southern Methodist University Press, 1971, p. 205-219.

²⁴⁷ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 149 n° 14 (1968).

²⁴⁸ *Id.*, p. 149.

Si le jury apparaît dans la perspective américaine, comme the « very palladium of our liberties and of free governments²⁴⁹ », à la fin du XVIII^e siècle on constate un lent désamour de l'institution²⁵⁰, du fait d'une plus grande compétence des juges, d'un formalisme accru et de l'utilisation fréquente d'obligations constatées par un acte authentique. Si, comme l'affirment John A. Murley et Sean D. Sutton, « trial by jury retained its traditional function and scope based on past and present usage as fundamental to the American schema of justice²⁵¹ », l'action de la Cour suprême des États-Unis est perçue aujourd'hui parfois comme opposée idéologiquement au jury criminel²⁵², de même que le jury civil est parfois contesté²⁵³. Cette question figure en quelque sorte une perpétuation de la défiance entre juges²⁵⁴ et jurys susceptibles de « politisation » ou de perte d'influence, qui va trouver à s'exprimer également dans le contexte du Canada. Néanmoins, la dimension *de medietate linguae* est encore virulente dans les débats autour du jury contemporain, à travers la dimension communautaire et raciale, de nombreux auteurs faisant valoir, notamment dans le cas de certains crimes raciaux, qu'il serait nécessaire de garantir une représentativité communautaire ou raciale des jurys, sur la base de la procédure *de medietate linguae*.

C'est dans cette dynamique communautaire plutôt que raciale que la Conquête de la Nouvelle-France par l'Empire britannique amène une nouvelle perspective relativement à l'implantation coloniale des jurys. Dans la Province de Québec créée en 1763, le choix de l'implantation de

²⁴⁹ A. HAMILTON et autres, préc., note 228, p. 562.

²⁵⁰ David T. KONIG, *Law and Society in Puritan Massachusetts: Essex County 1629-1692*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1979, p. 45-56; William E. NELSON, *Dispute and Conflict Resolution in Plymouth County, Massachusetts 1725-1825*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1981, p. 162-165.

²⁵¹ *Id.*, p. 10.

²⁵² J.A. MURLEY et S.D. SUTTON, préc., note 57, p. 6-19.

²⁵³ Stanley E. SACKS, « Preservation of The Civil Jury System », (1965) 22-1 *Wash. and Lee Law Rev.* 76, 76-88.

²⁵⁴ Voir Joshua GETZLER et Paul BRAND, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law: From Antiquity to Modern Times*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 25-47.

jurys, de leur composition et de leur poids dans l'institutionnalisation d'un nouvel État est marqué par sa mixité. Durant une quarantaine d'années, les jurys se trouveront au cœur des débats doctrinaux, juridiques et politiques qui agitent la nouvelle colonie, dernier rempart de l'Empire britannique en Amérique du Nord après 1783.

III. L'implantation des jurys dans la Province de Québec : le jury *de medietate linguae* comme *deus ex machina* de la Conquête et de l'accommodement culturel

Après la Conquête et la mise en place du régime civil par la Proclamation royale de 1763, la possibilité de faire trancher les procès de droit privé et de droit criminel au moyen de jurés est accordée aux parties par l'ordonnance du 17 septembre 1764. En effet, celle-ci précise que les procès peuvent être décidés par jury « si l'une ou l'autre partie le demande²⁵⁵ ». Donald Fyson démontre que les francophones n'hésitent pas alors à utiliser les institutions britanniques provinciales et locales (particulièrement les jurys d'accusation et de jugement) et participent dans leurs paroisses, de 1764 à 1775, à l'élection de candidats aux postes de baillis, le gouvernement procédant ensuite à la sélection finale. Cette situation a certainement contribué à faire échouer les tentatives d'assimilation forcée des autorités britanniques²⁵⁶. Selon l'ordonnance de 1777, pour établir la preuve des faits, « en matière commerciale, l'on aura recours dans toutes les cours de juridiction civile dans la province de Québec, aux règles

²⁵⁵ Ordonnance établissant des cours civiles (17 septembre 1764), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, publié dans Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY, Ottawa, T. MULVEY, Ottawa, 1921, 2 vol., vol. 1 (ci-après « DCI »), p. 181. Par conséquent, il semble en résulter que la demande d'une partie de convoquer des jurés doit être systématiquement accordée, même en cas d'opposition de la partie adverse.

²⁵⁶ Charles-Philippe COURTOIS (dir.), *La Conquête, une anthologie*, Montréal, Typo, 2009, p. 446; Donald FYSON, « The Canadiens and British Institutions of Local Governance in Quebec, from the Conquest to the Rebellions », dans Nancy CHRISTIE (dir.), *Transatlantic Subjects: Ideas, Institutions and Identities in Post-Revolutionary British North America*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008, p. 45-82.

régissant la preuve prescrite par les lois anglaises²⁵⁷ ». L'article 10 de l'ordonnance de 1785 instituant les procès par jury en matière civile précise aussi que, « dans la preuve de tous faits concernant les affaires de commerce, on aura recours dans toutes les cours de juridiction civile en cette Province, aux formes admises, quant aux témoignages dans les lois anglaises²⁵⁸ ». Tandis que l'Acte de Québec ne prévoit pas le maintien du jury, les causes commerciales et les demandes résultant de lésions corporelles peuvent faire l'objet d'une procédure devant un jury à compter de l'ordonnance de 1785²⁵⁹, où l'on précise ceci :

[T]ous et chaque particulier, qui auront des procès dans aucune des Cours des Plaidoyers communs fondés sur dettes, promesses, engagements et conventions, concernant le commerce seulement, entre négociants et négociants et entre marchands et marchands réputés et connus comme tels, suivant la loi, et aussi, concernant les injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, pourront à l'option et choix de l'une des parties, avoir et obtenir qu'elles seront plaidées devant un corps de jurés pour avoir un verdict, tant pour déterminer le fait qui doit être établi, dans telles actions de commerce, que pour constater les dommages dans celles d'injures personnelles [atteinte au droit]²⁶⁰.

Dans cette perspective, nous nous sommes essentiellement concentré sur les débats et le fonctionnement des petits jurys en matière civile, puisque les jurys criminels et les grands jurys ont fait l'objet récemment d'excellentes études de grande ampleur²⁶¹. Institué notamment sous la

²⁵⁷ *Ordonnance pour régler la procédure dans les cours de judicature civile de la province de Québec*, 17 Geo. III, c. 2, art. 7 (1777).

²⁵⁸ DCI, préc., note 256, p. 768.

²⁵⁹ *Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours civiles de Judicature, et qui établit les procès par jurés dans les affaires de commerce, et d'injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, en la Province de Québec*, 25 Geo. III, c. 2 (1785), DCI, préc., note 256, p. 765.

²⁶⁰ *Id.*, p. 768, art. IX.

²⁶¹ Outre l'article de Donald FYSON, préc., note 45, p. 90-104, voir notamment Nancy KAY PARKER, *Reaching a Verdict: The Changing Structure of Decision Making in the Canadian Criminal Courts, 1867-1905*, thèse de doctorat, York,

forme du jury *de medietate linguae* en raison du contexte démographique de la nouvelle colonie (partie A), la notion de jury donne lieu à d'intenses débats dans le territoire et en métropole, essentiellement autour de la procédure et de la représentativité de l'institution, envisagée comme l'un des principaux acquis de la « citoyenneté » des sujets de Sa Majesté (partie B).

- A) Le jury, « droit dont le citoyen anglais ne peut jamais se départir²⁶² »... en contexte colonial

Dans un texte paru en 2009, Philip Girard souligne ce qui suit :

As the new rulers wished to treat Canada as a British colony, liberty was to be granted to its subjects. Liberty for England, at that time, connoted three things: representative institutions, British law and justice, and freedom of conscience that meant the exclusion of all Roman Catholics from political offices. The Canadians having inherited a long tradition of laws, customs, religion and language that were the absolute opposite of England's, were neither willing nor ready to change their ways²⁶³.

Devant des juges entièrement britanniques, qui maîtrisent mal la langue et la culture juridique française, le recours au jury composé partiellement de francophones pour les Canadiens français peut s'avérer rassurant. Avant l'Acte de Québec, le recours au jury dans des causes opposant des parties canadiennes, le plus souvent pour déterminer des

York University, 1999; F. MURRAY GREENWOOD et Barry WRIGHT (dir.), *Canadian State Trials: Law, Politics, and Security Measures, 1608-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 1997; Jim PHILLIPS, « Halifax Juries in the Eighteenth Century », dans Greg T. SMITH et autres (dir.), *Criminal Justice in the Old World and the New*, Toronto, Centre for Criminology, University of Toronto, 1998, p. 135-182.

²⁶² *Ordonnance instituant les procès par jury, 1785*, DCI, préc., note 256, p. 732.

²⁶³ Philip GIRARD, « Liberty, Order, and Pluralism: The Canadian Experience », dans Jack P. GREENE (dir.), *Exclusionary Empire: English Liberty Overseas, 1600-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 160-190.

partages de dettes et fixer des dommages-intérêts, est courant²⁶⁴. Comme le font remarquer les auteurs de l'ouvrage *A History of Law in Canada*, publié en 2019, c'est très naturellement que s'implante la vieille institution de common law du jury, et plus particulièrement le jury *de medietate linguae*, qui constitue l'une des innovations idoines pour le contexte de la nouvelle colonie britannique²⁶⁵. Ce type de jury devient dès lors si commun qu'il constitue quasiment une forme de droit coutumier de la province naissante²⁶⁶. La plupart du temps, lorsque le défendeur est absent de la province et n'est pas représenté, la partie demanderesse obtient systématiquement gain de cause. Fort logiquement, le recours à un jury se révèle encore plus fréquent lorsque l'une des parties est d'origine britannique²⁶⁷. Il arrive aussi que la convocation d'un jury s'avère une procédure intéressante dans des circonstances délicates. Ainsi, une affaire dans laquelle le demandeur est le beau-père de John Fraser, l'un des juges de la Cour des plaidoyers communs, sera finalement renvoyée devant des jurés²⁶⁸.

Dans le domaine pénal, les grands jurys sont chargés d'examiner les preuves à charge avant le procès, tandis que les petits jurys ont pour mission de déterminer la culpabilité de l'accusé²⁶⁹. Une étude récente montre que sociologiquement les critères pour appartenir au jury ont peu évolué²⁷⁰ : la propriété et le sexe priment toujours. Toutefois, « les critères

²⁶⁴ Voir par exemple : BAnQ-Mtl, TL275, S4, mardi 3 juillet 1770 : *Françoise Danis Vve Lefebvre c. Louis Delaunay et Françoise Fortier*; BAnQ-Mtl TL275, S4, mardi 11 septembre 1770 et mardi 18 septembre 1770 : *Prud'homme père, comme héritier de Prud'homme son fils, c. Daniel Joncaire de Chabert*.

²⁶⁵ Philip GIRARD, Jim PHILIPS et R. Blacke BROWN, *A History of Law in Canada: Beginnings to 1866*, Toronto, Toronto University Press, Osgoode Law Society, 2019, p. 222.

²⁶⁶ *Id.*, p. 301.

²⁶⁷ Voir A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 87, p. 260 et suiv.

²⁶⁸ BAnQ-Mtl, TP5, S2, 21 et 25 février 1767 : *Joseph Fleury Dechambault c. Madame de Beaujeu*. En l'espèce, la Cour, en confirmant le verdict rendu par les jurés « pour être exécuté selon sa forme et teneur », prend soin de préciser qu'il appartient encore « au demandeur à se pourvoir contre qui il appartiendra ».

²⁶⁹ D. FYSON, préc., note 45, p. 86.

²⁷⁰ *Id.*, p. 90-96.

de £10 de propriété ou £15 de loyer sont certainement plus restrictifs que les critères pour être électeur à partir de 1791. Fixé à £2 de propriété dans les districts ruraux et £5 de propriété ou £10 de loyer dans les villes, le cens électoral fait appel à un électorat constitué de la très grande majorité des propriétaires ruraux et de la majorité des chefs de ménage urbains²⁷¹ ». Au Québec, l'ordonnance de 1764 ne prescrit aucune exigence au regard de la capacité de devenir jurés, pas plus que les modifications ultérieures. Ce ne sera qu'en 1785 que l'article 15 de l'ordonnance de 1785 établira « que tous négociants ou marchands majeurs, et aussi tous majeurs qui tiendront maison ou appartement de la valeur de 15 livres courant de rente par an, seront censés légalement capables d'être jurés et serviront comme petits jurés²⁷² ». Selon Decroix, Gilles et Morin²⁷³, ce n'est pas le cas au Québec, où les règles de sélection anglaises ne sont pas appliquées intégralement²⁷⁴. À partir de ces listes, et au fur et à mesure que les causes

²⁷¹ *Id.*, p. 92.

²⁷² *Ordonnance instituant les procès par jury, 1785*, DCI, préc., note 256, p. 770. Dans les fonds, il est possible de consulter plusieurs listes de jurés protestants pour Montréal, constituées le 26 septembre 1765, parmi lesquelles figurent les noms de 29 protestants qualifiés pour servir de grands jurés dans le district de Montréal (B.A.C., GG4 A1, 5417-5419) et de 21 protestants qualifiés pour composer les petits jurys à Montréal. On y trouve également « The Quebec Grand Jurys List of British Subjects Supposed to Be in the District of Montreal », qui comprend 110 noms : B.A.C., RG1 E1, vol. B (31 mai 1765-28 décembre 1767), fol. 72-73; ainsi qu'une liste pour 1785 : B.A.C., RG4 A1, 9000-9007.

²⁷³ A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 87, p. 256.

²⁷⁴ *Id.*, p. 254, où l'on peut lire ceci :

Dans les fonds de la Cour des Plaidoyers communs de Québec, il nous a, par exemple, été possible de trouver une feuille volante, qui mentionne les noms de 24 individus constituant un panel de jurés. En face de 12 de ces noms, un chiffre allant de 1 à 12 indique les personnes qui ont été retenues pour faire effectivement partie du jury, dans B.A.N.Q.-Q., TL15, P1114 : *Thomas Venture vs. John Woolsey*, 23 avril 1771 [...] En l'occurrence, il est possible d'observer que les jurés choisis semblent d'origine tant britannique que française (sans toutefois représenter une proportion égale), alors qu'il eût paru possible, au regard des noms des parties, de ne désigner que des anglophones.

sont entendues, douze personnes sont désignées²⁷⁵. Elles doivent alors prêter serment, à moins qu'elles ne se trouvent préalablement récusées²⁷⁶. Les critères de choix de ces douze hommes jurés restent aujourd'hui encore mal connus²⁷⁷. Pour une période plus tardive, au début du XIX^e siècle, Fyson indique une sous-représentation des jurés ruraux, qui existe également pour le XIX^e siècle, la plupart des « jurés ruraux étant en outre jugés trop ignorants pour servir comme jurés²⁷⁸ » et les contraintes administratives modifiant mécaniquement la représentativité des jurés. Dans la Province de Québec, où la démographie est favorable aux francophones, le jury *de medietate linguae* trouve naturellement à s'appliquer. Ainsi, l'ordonnance du 1^{er} juillet 1766, dont l'objet est de rendre l'administration de la justice « plus uniforme et plus impartiale », porte sur trois situations possibles :

1. Si le litige concerne seulement des « sujets-nés britanniques », seuls ces derniers composent le jury;
2. Il en est de même pour les litiges opposant des Canadiens français, où seuls ces derniers siègent;
3. Enfin « dans toute cause ou action entre sujets-nés britanniques et Canadiens, le jury devra se composer d'un nombre égal de chaque nationalité si l'une ou l'autre partie en fait la demande »²⁷⁹.

²⁷⁵ « Suivant la procédure dictée pour les jurys dans les causes civiles, les shérifs du district de Montréal, comme ceux des autres districts, créent des listes de chefs de ménage, à partir desquelles ils sélectionnent les jurés criminels » : D. FYSON, préc., note 45, p. 94.

²⁷⁶ Malgré l'existence de ce serment, l'ordonnance du 1^{er} juillet 1766 a clairement et définitivement établi que les habitants d'origine française peuvent être jurés devant toutes les cours de la Province de Québec.

²⁷⁷ T. A. GREEN, *Verdict According to Conscience. Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800*, préc., note 3, p. 310; J.H. LANGBEIN, préc., note 90.

²⁷⁸ D. FYSON, préc., note 45, p. 94.

²⁷⁹ *Ordonnance pour modifier et amender une ordonnance de Son Excellence le gouverneur et du Conseil de Sa Majesté de cette province, rendue le dix-septième jour de septembre 1764, 1^{er} juillet 1766*, DCI, préc., note 256, p. 220. Il a été possible d'observer, parmi les affaires examinées par la Cour des plaidoyers communs, que des jurys sont souvent convoqués lorsque les litiges

L'article 9 de l'ordonnance de 1785 reprendra ce principe²⁸⁰. Les parties sont donc à la manœuvre et se trouvent à demander la composition mixte du jury. Comme le précise Decroix, il existe de nombreuses situations, devant les juridictions de common law mises en place dans la Province de Québec, où les jurys sont mixtes, selon la procédure *de medietate linguae*²⁸¹. Par exemple, le litige qui oppose en 1788 Richard Dobie à Maurice Blondeau est renvoyé devant des jurés mixtes, ce qui laisse supposer que les parties sont anglophone et francophone²⁸². On constate que les Britanniques ont davantage recours à la procédure du jury qui leur est plus familière. Ainsi, lorsque les deux parties au litige sont d'origine anglaise, leur différend est très souvent réglé au moyen d'une convocation de jurés, notamment devant la Cour des plaidoyers communs de Québec, où les marchands anglais forment une communauté importante²⁸³. Le recours aux jurys est encore davantage accentué au début des années 1770, après l'abolition de la compétence des juges de paix en matière civile²⁸⁴.

Dans le contexte colonial de la Province de Québec, on s'écarte de l'unanimité du jury, l'ordonnance de 1785 prévoyant que l'accord de neuf des douze jurés vaudra unanimité en matière civile²⁸⁵. Comme le relèvent Decroix, Gilles et Morin, dans le contexte de la Province de Québec, et en

sont mixtes, c'est-à-dire quand ils opposent, pour moitié, parties d'origines française et britannique.

²⁸⁰ *Ordonnance instituant les procès par jury, 1785*, DCI, préc., note 256, p. 768.

²⁸¹ A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 87, p. 271.

²⁸² *Id.*, p. 271: la composition mixte du jury (George Haufil, Étienne Fournier, Isaac Todd, Jean-Baptiste Ademard, Robert Fruckshauk, Nicolas Berthelet, Simon McTavish, Jean-Baptiste Durocher, James Turner l'aîné, Louis Laville, Laurent Ermatinger et Étienne Dumeynier) accrédite l'idée d'une mise en présence de parties francophone et anglophone.

²⁸³ *Id.*, p. 291 et suiv.

²⁸⁴ *Id.*

²⁸⁵ « Pourvu toujours que l'opinion de neuf des douze jurés qui en composeront le corps, soit suffisante pour faire le rapport d'un verdict, et que le dit verdict, ainsi fait et rapporté, sera tenu comme légal et effectif, à toutes fins et à tous égards, comme si les douze jurés avaient été unanimes en opinion » : *Ordonnance instituant les procès par jury, 1785*, DCI, préc., note 256, p. 768.

matière de droit privé, le recours au jury concerne « essentiellement les matières commerciales qu'il s'agisse d'une créance, d'une livraison de blé ou du paiement d'un billet à ordre. Lorsqu'un renvoi au jury a lieu, la Cour des Plaidoyers communs se contente alors, dans la plupart des cas, de confirmer la sentence rendue par le jury, qui se compose habituellement de "notables" et de commerçants²⁸⁶ ».

Selon l'ordonnance du 17 septembre 1764, il est en principe impossible de refuser le recours à un jury après une décision arbitrale. Cette ordonnance établit que tous les procès, instruits devant la Cour des plaidoyers communs, peuvent être décidés au moyen de jurés, « si l'une ou l'autre partie le demande²⁸⁷ ». La possibilité de réclamer un procès devant jury et la composition variable de celui-ci, en fonction de l'origine nationale des parties, permettent donc aux anciens sujets britanniques de continuer à utiliser une institution qui leur est familière et leur inspire confiance. La constitution de jurys spéciaux leur garantit également que les membres de ceux-ci feront partie d'une catégorie socioprofessionnelle supérieure, qui comprend généralement les commerçants. Les nouveaux sujets de Sa Majesté se familiarisent avec cette institution nouvelle, sans doute dans le contexte initial de procès mixtes. Ces derniers ont recours, ainsi que l'indiquent Hilda Neatby et plusieurs auteurs²⁸⁸, à l'arbitrage comme « a kind of French substitute for the English jury²⁸⁹ ». Decroix, Gilles et Morin ont caractérisé toute la réalité du recours à l'arbitrage, tant de la part des nouveaux sujets que, dans une moindre mesure, des anciens sujets, mais il aurait été nécessaire de développer notre étude sur une période plus longue afin d'établir le rapport des communautés au regard

²⁸⁶ A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 87, p. 324.

²⁸⁷ *Ordonnance établissant des cours civiles, 17 septembre 1764*, DCI, préc., note 256, p. 181.

²⁸⁸ Jean-Philippe GARNEAU, « Une masquerade de jurisprudence française? Droit civil et pratique judiciaire dans la province de Québec à la fin du XVIII^e siècle », dans Benoît GARNOT (dir.), *Normes juridiques et pratiques judiciaires du Moyen Âge à l'époque moderne*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2007, p. 431-440, à la page 434.

²⁸⁹ Hilda NEATBY, *The Administration of Justice under the Quebec Act*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1937, p. 112 et 210.

de la procédure du jury *de medietate linguae*. Toutefois, l'Acte de Québec met fin au recours au jury en matière civile le 1^{er} mai 1775, ce qui rend impossible cette étude dans une perspective continue. La pratique sera toutefois réintroduite de manière éphémère après maints débats en 1785. Au XIX^e siècle, la *Common Law Procedure Act* de 1854 donnera aux parties en matière civile la possibilité de choisir le jugement par jury même si, durant le reste du siècle, la proportion des plaideurs ayant recours à ce type de procédure déclinera régulièrement²⁹⁰. Si sa nature mixte s'affirme après la Conquête, le jury perd, avec l'arrivée des loyalistes, une croissance économique et une certaine urbanisation, sa capacité contestataire et sa pleine représentativité. Il est l'objet d'un embourgeoisement et d'une institutionnalisation qui diminuent sa puissance politique du XVIII^e siècle. Durant la première moitié du XIX^e siècle, Fyson relève fort judicieusement que les grands jurés ainsi sélectionnés font partie de la classe la plus aisée de la population, la valeur de leurs propriétés s'élevant à 80 livres pour les jurés criminels et à 60 livres pour les jurés civils en 1813²⁹¹. Le shérif déclarant, en 1817, que les membres du grand jury doivent être « men of the first distinction in the county²⁹² », la moitié des grands jurés ruraux jouent également le rôle de juges de paix.

²⁹⁰ En 1861, l'article 18 du chapitre 82 des statuts refondus reproduit la loi de 1858 et deviendra la source de l'article 2260.5 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.B.C.). La même année, la loi canadienne de 1845 reprenant la *Lord Tenterden's Act* devient le chapitre 67 des Statuts refondus de 1861 (10 & 11 Vict., c. 11, S.R.C. 1861, c. 67) et constituera le fondement de l'article 1235 C.c.B.C. aboli lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991. « Art. 1235. Dans les matières commerciales où la somme de deniers ou la valeur dont il s'agit excède 1 000 \$, aucune action ou exception ne peut être maintenue contre une personne ou ses représentants sans un écrit signé par elle dans les cas suivants : [...] 4. De tout contrat pour la vente d'effets, à moins que l'acheteur n'en ait accepté ou reçu une partie ou n'ait donné des arrhes » : *Code civil du Bas Canada*, Ottawa, Malcolm Cameron, 1866.

²⁹¹ D. FYSON, préc., note 45, p. 98.

²⁹² JCABC 26 (1817), appendice K, cité par D. FYSON, préc., note 45, p. 98.

B) Les débats autour de l'affirmation et de la critique d'un outil de justice populaire et identitaire

Après la Conquête, la population de la Province de Québec et les acteurs de l'administration coloniale se trouvent devant un choix qui apparaît cornélien et politique²⁹³ : l'introduction du jury en matière civile et l'influence de cette pratique sur la procédure judiciaire dépassent largement le cadre procédural et englobent même l'identité culturelle et la défense des droits²⁹⁴. Nécessairement, comme le souligne Fyson fort justement, la question de la représentativité est immédiatement au cœur des discussions, revendiquée de part et d'autre du jury, chacune des communautés ne pouvant imaginer que l'autre estime être représentative : « Nous ne pouvons [...] concevoir comment un petit nombre d'habitants, dont quelques-uns ne font qu'arriver, puissent avoir assez d'influence, d'intérêt ou de connaissance dans la Province, pour se regarder eux-mêmes, ou pour être regardés par d'autres, comme les représentants d'icelle²⁹⁵ ». En octobre 1764, quelques semaines à peine après l'inauguration de l'administration civile britannique en octobre 1764, le grand jury des sessions trimestrielles de la paix de Québec fait sa première intervention politique et juridique (*presentment*) en établissant une liste des réformes de l'administration coloniale. Les grands jurés affirment que, « le grand jury étant la seule institution représentative dans la colonie, ses membres devraient être consultés sur toute loi et recevoir la reddition des comptes publics. En d'autres termes, le grand jury se

²⁹³ Voir Sylvio NORMAND, « La publication de procès et la constitution d'une opinion publique au Québec / Bas-Canada », (2011) 42 *Revue de droit d'Ottawa* 1-27.

²⁹⁴ Voir : Alfred LeRoy BURT, *The Old Province of Quebec*, Toronto, McClelland and Stewart, 1968, vol. I, p. 99-100; André MOREL, « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) », (2016) 13 *Revue Juridique Thémis* 449, 459-460 et 483-484.

²⁹⁵ Voir *Représentation des jurés, réponse des magistrats et réplique des jurés britanniques, publiées dans deux brochures anonymes*, en particulier les numéros 41562 (en anglais) et 50683 (en français) de la collection de l'Institut canadien de microreproductions historiques cité par D. FYSON, préc., note 45, p. 87, à la note 6.

propose de prendre la place de l'Assemblée promise, mais restée lettre morte²⁹⁶ ».

Ce sont les membres anglophones du grand jury qui ouvrent le bal : ils se plaignent du « grand nombre » de cours inférieures mais surtout du fait, paradoxalement, qu'ils sont submergés de demandes de participation aux jurys; toutefois, ils refusent que les francophones siègent, comme catholiques, au sein des jurys. Aux yeux des membres anglophones, l'admission de jurés catholiques « constitue une violation manifeste [des] lois et [des] libertés les plus sacrées », même s'ils précisent par la suite avoir contesté uniquement l'idée que ces individus seraient éventuellement autorisés à juger des litiges opposant des protestants²⁹⁷. Pour leur part, les jurés francophones remercient le gouverneur d'avoir reconnu « la nécessité d'établir une juridiction où les Nouveaux Sujets puissent trouver un asile pour y être jugés, de français à français suivant les usages anciens et dans leur langue²⁹⁸ ». Ils considèrent que les jurés anglais, par leurs revendications, cherchent « à changer tout de suite l'ordre de la Justice et son administration », ces derniers souhaitant « faire discuter [les] droits de famille [des francophones] en langues étrangères, et par là, [les] priver des personnes éclairées dans [leurs] coutumes, qui peuvent [les] entendre, [les] accommoder et rendre justice à peu de frais en faisant leurs efforts pour les empêcher même de conseiller leurs patriotes pour la différence de religion²⁹⁹ ». Au regard de la contribution de la doctrine et de l'administration, Francis Masères, procureur général de la Province de Québec, rédige un rapport adressé au comte d'Hillsborough pour le compte du gouverneur Guy, texte qui restera à l'état de brouillon³⁰⁰, et engage les hostilités sur ce point en traitant non

²⁹⁶ D. FYSON, préc., note 45, p. 87.

²⁹⁷ « Représentation du jury d'accusation de Québec » (1764), DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 187 et p. 191-192.

²⁹⁸ « Protestations des jurés français au sujet des représentations susmentionnées », DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 191.

²⁹⁹ *Id.*, p. 198.

³⁰⁰ Francis MASÈRES, « Brouillon d'un rapport préparé par l'honorable gouverneur en chef et le Conseil de la province de Québec pour être présenté à sa très excellente Majesté le Roi en son Conseil, au sujet des lois et de l'administration

seulement de la formation des juges et des avocats, mais aussi de la langue employée et des connaissances nécessaires pour agir dans ce système judiciaire en formation. Selon lui, lorsque le défendeur comparaît, il doit d'abord produire une réponse écrite en français ou anglais :

[L]e juge interrogera ensuite lui-même les parties sur les faits à l'égard desquels lesdites parties sembleront ne pas s'entendre [...] Après s'être rendu compte des faits importants pour la décision de la cause, à l'égard desquels les parties ne pourront s'entendre, il devra lui-même exposer ces faits par écrit [...] puis demander aux parties si l'une d'elles ou toutes les deux désirent qu'il ait recours à un jury pour s'enquérir de l'exactitude de ces faits ou qu'il examine lui-même les témoins et les autres preuves³⁰¹.

Masères souhaite constituer des listes de 48 personnes pour former des jurys, en reprenant la logique de la métropole en matière de nomination³⁰². Relativement critique à l'égard du fonctionnement du jury et de la règle de l'unanimité, il relève toutefois qu'une minorité agissante peut faire basculer une décision :

La majorité des jurés ainsi choisis devraient avoir le droit de rendre le verdict; la règle actuelle qui requiert pour cela que les

de la justice de cette province », DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 334. N'ayant pas satisfait Guy Carleton, ce rapport ne sera pas envoyé par ce dernier. Un autre rapport sera rédigé et adressé au secrétaire d'État de Sa Majesté pour l'Amérique. Figure à sa suite, dans les documents constitutionnels publiés en 1921, la « Critique du rapport du Gouverneur Carleton sur les lois de la Province par le Procureur Général Masères », DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 350 et suiv.

³⁰¹ *Id.*, p. 336.

³⁰² *Id.* :

Ces jurés devront être nommés autant que possible de la même façon que les jurés spéciaux en Angleterre, savoir : le fonctionnaire de la cour qui aura signifié l'assignation, devra fournir à ladite cour une liste comprenant quatre fois le nombre de personnes autorisées à remplir la charge de jurés et requises pour constituer un jury, c'est-à-dire que si un jury doit se composer de douze personnes, la liste devra renfermer les noms de 48 personnes autorisées à exercer cette charge.

jurés soient d'un avis absolument unanime est évidemment absurde et contraire à la nature; entre autres mauvais effets qui en résultent, il en est un très sérieux qui consiste dans le parjure dont quelques jurés se rendent coupables dans une cause sur trois ou quatre qu'ils sont appelés à juger. En effet, on constate au moins une fois sur trois ou quatre une réelle divergence d'opinion entre les jurés et quelques-uns adoptent l'avis des autres contre leur propre jugement et contrairement à leur serment de rendre un verdict conforme aux témoignages, ce qui équivaut, à notre sens, à rendre un verdict d'après leur manière d'apprécier ces témoignages. Il est aussi arrivé quelques fois que la petite minorité des jurés, par sa ténacité, a fini par avoir raison de la grande majorité³⁰³.

L'absence de la tradition du jury au sein de la population canadienne-française pose des difficultés aux juristes britanniques. En vue de pallier le manque d'enthousiasme des Canadiens français à l'idée d'assurer leurs fonctions de juré, il est alors nécessaire, selon James Marriott, d'assurer une mixité des jurys et une rémunération des jurés :

La réponse à la plainte sera rédigée en français ou en anglais et devra être ajoutée au dossier; le juge pourra interroger lui-même les parties, afin de décider s'il sera nécessaire d'entendre d'autres témoignages; si le juge décide qu'il est nécessaire d'entendre d'autres témoignages et que le procès doit avoir lieu, celle des parties qui demandera un jury devra payer les frais requis à cette fin et si les deux parties en ont fait la demande, elles seront de parts égales dans les frais. Si le litige a lieu entre un sujet originaire d'Angleterre et un Canadien, le jury devra être mixte si l'une ou l'autre des parties la demande et chaque membre du jury devra recevoir cinq schellings car l'on rapporte, et cette information provient de bonne source, que les Canadiens se plaignent de l'obligation de remplir la charge de juré dans les procès civils; cette tâche est pour eux un fardeau et les détourne de leurs occupations. Bien qu'ils aiment assez à être jugés par

303*Id.*, p. 337.

des jurés, ils n'aiment pas à remplir les fonctions de jurés sans rémunération³⁰⁴.

Après l'Acte de Québec, le procès par jury devient l'emblème, tout comme la demande du *writ d'habeas corpus*, de la revendication des colons britanniques dans la colonie, et notamment des colons loyalistes venant des treize colonies. *A contrario*, certains nobles canadiens-français répugnent toujours à être jugés par des commerçants britanniques. Ainsi, Edward Thurlow écrit : « Je viens d'être informé qu'un gentilhomme canadien estime qu'il se trouverait dégradé et traité plus durement par le fait de s'en rapporter au jugement de ses commerçants à l'égard de sa vie et de sa sûreté corporelle que d'être mis à la question et torturé par l'autorité du roi³⁰⁵ ». Les britanniques signent dès novembre 1774 une pétition demandant l'abrogation du texte, essentiellement pour des raisons religieuses³⁰⁶, commerciales et pénales : « les lois du Canada [...] nous sont complètement étrangères, nous inspirent de la répulsion comme Anglais et signifient la ruine de nos propriétés en nous enlevant le privilège du procès devant jury³⁰⁷ ». Clamant leur surprise et leur répugnance à appliquer l'Acte de Québec, les marchands britanniques demandent son abrogation pure et simple, et le retour au procès par jury en matière de droit privé :

En effet, ils se sont vus soudainement privés du procès par jury, cet inestimable privilège de la constitution anglaise qui constitue

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ Edward THURLOW, « Rapport du procureur Edward Thurlow, 22 janvier 1773 », DCI, préc., note 256, p. 422-423.

³⁰⁶ À la suite de ces plaintes, des instructions confidentielles sont adressées au nouveau gouverneur en janvier 1775, dans lesquelles on prévoit des dérogations aux principes proclamés l'année précédente, dont la mise en tutelle du clergé catholique par le gouverneur : « Instructions au Gouverneur Carleton », art. 20-21, DCI, préc., note 256, p. 578.

³⁰⁷ Ils demandent essentiellement la disparition de l'*habeas corpus* en matière criminelle, ainsi que le pouvoir du Conseil d'imposer des amendes et des peines d'emprisonnement : « Pétitions pour obtenir l'abrogation de l'Acte de Québec » : DCI, préc., note 256, p. 571, ainsi que « Pétition aux Lords » (p. 574) et « Pétition aux Communes » (p. 575).

un rempart contre l'injustice et l'oppression; et en même temps, des avantages des lois commerciales d'Angleterre si sagement élaborées pour donner de l'impulsion au commerce et à l'industrie et si généralement connues et comprises. D'autre part, ils se sont trouvés dans l'obligation d'avoir recours aux lois du Canada qui sont à peine, sinon du tout comprises par qui que ce soit dans la province et qui consistent principalement en des injonctions de circonstance émanées de temps à autres des gouverneurs français³⁰⁸.

Nommé en 1775 au Conseil législatif, Hugh Finlay³⁰⁹ – diligent avocat des intérêts des marchands britanniques – s'oppose à de nombreuses mesures formulées dans l'Acte de Québec. Il plaide « en faveur de l'introduction du jugement par jury dans certains types de causes » mais, devant l'opposition de la majorité du Conseil, ainsi que de celle du gouverneur Carleton, il renonce à cette proposition pour la durée de la guerre. Dans une lettre à Evan Nepean, sous-secrétaire d'État au Home

³⁰⁸ « Pétition des marchands pour obtenir l'abrogation de l'Acte de Québec », DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 682.

³⁰⁹ Arrivé à Québec en 1763, Finlay va jouer un grand rôle comme administrateur, notamment dans la mise en place d'une administration postale à l'échelle de la colonie. Désigné en octobre 1764 juge de paix pour le district de Québec, il sera nommé le 25 septembre 1765 au Conseil de Québec. Voici ce qu'en dit Ian K. STEELE, « Hugh Finlay », *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 5, Toronto, University of Toronto Press et Québec, Les Presses de l'université de Laval, 1983, p. 154-156 :

Finlay se fit rapidement l'avocat de la communauté des marchands britanniques, qui s'opposait souvent au gouverneur, et il appuya de façon particulièrement véhémement la demande de ce groupe visant à appliquer le droit anglais dans la colonie [...] Pendant la session de 1784, ce fut l'un des partisans les plus en vue de Hamilton. Ils obtinrent la réintroduction de l'*habeas corpus* dans le système judiciaire de la province, lequel était suspendu depuis 1774. [Finlay, un des rares membres du conseil] assez consciencieux pour étudier le droit, [rejetait la coutume] qu'adoptaient la plupart des conseillers de prononcer un jugement selon l'équité. Il voulait limiter le nombre des membres au sein des cours aux conseillers qui étaient bilingues et prêts à siéger régulièrement.

Office³¹⁰, datée du 22 octobre 1784, Finlay se fait le zéléateur actif de la mise en place du jury anglais dans la colonie, en matière de droit civil³¹¹. Le 18 août 1785, il demande au Conseil législatif, par l'entremise d'une lettre parue dans *La Gazette de Québec*, que soient établis le jugement par jury dans certaines causes civiles, « l'introduction du droit de commerce anglais et de la théorie anglaise des preuves dans les actions en dommages-intérêts ainsi que l'inscription dans les dossiers judiciaires de l'allocation du juge aux jurés ». Toutefois, le French Party dirigé par Adam Mabane ne permet que le recours limité au jugement par jury :

Le Conseil législatif a maintes fois refusé d'instituer des jurys dans les causes civiles. Il n'y a pas, dit le peuple, de juge sur le banc capable de décider en matière commerciale aussi bien qu'un jury composé de marchands, de même est-il absolument impossible que le sujet obtienne justice de juges non versés dans la connaissance des lois sous ce système anti-commercial et mal interprété de la coutume de Paris, sans l'intervention des jurés. Le jury est un droit de naissance du citoyen anglais. Pourquoi refusez-vous des jurys facultatifs? demande un ancien sujet. – Parce que, répondent les juges, ils sont trop onéreux pour le peuple. – *Non, réplique l'anglais, les jurys ne sont pas à charge là où les cours siègent en sessions régulières; mais ici vous avez des sessions hebdomadaires aussi désavantageuses que préjudiciables, puisque, par leur fréquence, elles tendent à priver les sujets d'un procès par jury, droit dont le citoyen anglais ne peut jamais se départir* et que Sa Majesté, dans la 13^e instruction, a fortement recommandé³¹².

Ainsi, les anciens sujets de sa Majesté et les marchands britanniques, dont Finlay se veut le porte-parole, considèrent que le système

³¹⁰ Baronnet et membre du Conseil privé du Royaume-Uni en 1804, Evan Nepean mènera une carrière honorable au sein de l'administration coloniale de Georges III et terminera sa carrière comme gouverneur de Bombay : voir Alan ATKINSON, « Beating the Bounds with Lord Sydney, Evan Nepean and others », (1992) 25-99 *Australian Historical Studies* p. 217-219.

³¹¹ « Lettre de Hugh Finlay à Nepean, 22 octobre 1784 », DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 729.

³¹² *Id.*, p. 732 (l'italique est de nous).

établi dans la Province de Québec souffre d'une trop grande influence des juges qui ont montré une réticence à introduire les jurys, y voyant vraisemblablement une perte de leurs pouvoirs et souhaitant une institution qui transposerait la balance du pouvoir des juges vers les notables :

Mais les juges, qui ont eu beaucoup d'influence auprès des gouverneurs, ont réussi à nous empêcher d'avoir des jurys dans les cours civiles, car on considère ceux-ci comme un frein pernicieux au pouvoir judiciaire. On a fait observer que les hommes ne désirent pas plus de pouvoirs que leur en donne la loi à moins de vouloir s'en servir. L'absence de jurys pourrait être vivement ressentie dans les procès pour dommages intérêts³¹³.

Le recours au procès par jury dans les causes civiles trouvera un nouvel opposant farouche dans la personne du gouverneur Frederick Haldimand. Il faudra attendre son remplacement par le lieutenant-gouverneur Henry Hamilton au printemps 1785 et l'adoption de l'ordonnance de 1785 pour voir le retour de cette procédure. Là encore, le clivage entre les anciens et les nouveaux sujets apparaît clairement. Les nouveaux sujets, les Canadiens français, adressent ainsi une réponse à la pétition de 1784, imprimée à 200 exemplaires par Fleury Mesplet³¹⁴, où ils abordent à nouveau la question du jury sous un angle économique cette fois-ci, ajoutant à la question identitaire une certaine revendication de classe. Ils jugent que la demande de réintroduction des jurys à la demande des parties en matière privée serait « entièrement en faveur du Riche, contre le Pauvre. Si ce sont des jurés ordinaires, pauvres que deviendront vos familles, lorsqu'il vous faudra laisser vos travaux, une partie de l'année, pour aller décider des causes qui ne vous regardent en rien³¹⁵ »?

³¹³

Id.

³¹⁴

Imprimeur et journaliste, Fleury Mesplet fera beaucoup pour le rayonnement culturel des Canadiens français au moment de la Conquête et de la guerre avec les États-Unis, notamment par la création de *La Gazette de Montréal* : voir Claude GALARNEAU, « Fleury Mesplet », *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 4, préc., note 310, 1980, p. 575-577.

³¹⁵

« Objections à la pétition de novembre 1784 », DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 746.

Ils font également une distinction entre le contexte métropolitain et le contexte colonial, où plus rares sont les sujets capables de siéger au sein des jurys :

Vous vous plaignez déjà d'être obligés de les interrompre [les travaux], lorsque vous êtes appelés pour les affaires criminelles, ce qui arrive six fois l'année. Que sera-ce donc, lorsque vous serez obligés d'assister à toutes les audiences? Quelqu'un dira peut-être que cela se fait à Londres, qu'en conséquence on le peut faire dans ce pays. Que ce quelqu'un compare le nombre de citoyens de Londres, se montant à trois cent mille hommes environ, avec douze cents, tout au plus, que vous êtes dans cette ville et ses faubourgs. Pour lors il verra que vous serez obligés de vous trouver 250 fois à l'audience, contre une fois que se trouve le citoyen de Londres. Jugez par là si vous avez d'autre métier à faire et que deviendront vos familles³¹⁶.

Les nouveaux sujets ajoutent, s'interrogeant à propos des jurys spéciaux, qu'à leurs yeux le jury introduirait une forme d'iniquité financière dans une cause opposant un nanti à un démuné :

Si ce sont des jurés spéciaux (en conséquence payés), quel est le pauvre qui pourra lutter contre un riche oppresseur, détenteur de son bien, qui, pour l'écraser, demandera des jurés (qu'on ne pourra lui refuser)? Ne sera-ce pas mettre le pauvre dans l'alternative d'abandonner sa cause, ou se voir totalement ruiner, s'il vient à succomber? On se plaint des frais qu'entraîne la Justice. Qui pourra y suffire lorsqu'il faudra y joindre la paie de douze jurés? N'est-ce pas fermer la porte du Sanctuaire de la Justice à l'indigent?³¹⁷

Malgré ces craintes exprimées avec véhémence, les autorités semblent s'orienter, dans une ébauche d'acte, vers le rétablissement du mode de procès par jury dans les affaires civiles, et ce, dans un souci d'équité et de meilleur fonctionnement de la justice, en décidant

³¹⁶ *Id.*, p. 746-747.

³¹⁷ *Id.*, p. 747.

néanmoins de rémunérer les jurés, ce qui a pour effet de restreindre cette procédure aux plus fortunés :

Et attendu qu'il y a tout lieu de croire que l'institution du procès par jury dans les causes civiles dans ladite province de Québec, quand l'une des parties en litige le demandera, comme cela s'y faisait depuis le mois de septembre de l'année de grâce mil sept cent soixante-quatre jusqu'au premier mai de l'an de grâce mil sept cent soixante-quinze, contribuerait grandement à l'administration équitable et impartiale de la justice dans ladite province; en conséquence, l'autorité susdite ordonne aussi que, à partir du premier jour de septembre de l'année de grâce actuellement en cours 1785, ladite méthode de procès par un jury de douze bons et honnêtes citoyens sera de nouveau établie dans toutes les actions civiles devant les cours de justice, toutes les fois que les deux plaideurs, ou l'un d'eux, le désireront, mais jamais autrement³¹⁸.

L'ordonnance du 21 avril 1785 instituant « les procès par jury dans les affaires commerciales et les injures personnelles devant être compensées en dommages-intérêts » cristallise ces orientations³¹⁹. Cette ordonnance doit demeurer en vigueur jusqu'à la fin de la session de 1787. Elle pose le cadre du recours aux preuves civiles et au jury. L'ordonnance de 1785³²⁰ introduit les parties du *Statute of Frauds* de 1677 relatif au droit commercial au Québec, à l'exception de certaines règles françaises

³¹⁸ « Ébauche d'un projet d'acte du parlement à l'effet de mieux assurer les libertés des sujets de sa majesté dans la province de Québec, Amérique du Nord », DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 757 :

Et afin que les citoyens choisis pour servir en qualité de jurés remplissent ce devoir avec plus de satisfaction, chacun d'eux recevra, comme indemnité pour sa présence et le dérangement subi, la somme d'une demi piastre espagnole; ce montant leur sera payé immédiatement en cour, après qu'ils auront prononcé leur verdict, par la partie qui aura demandé cette forme de procès ou – si les deux parties l'ont désiré – par les deux plaideurs également.

³¹⁹ *Ordonnance instituant les procès par jury*, DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 765 et suiv.

³²⁰ 25 Georges III, ch. 2.

spécifiques en matière commerciale. Elle intègre, contre les débiteurs d'une dette supérieure à 10 livres sterling et qui souhaitent quitter la Province, le *capias ad respondendum*³²¹. Elle vise à organiser le recours au jury selon un spectre relativement large, des questions commerciales aux questions de dommages ou d'injures personnelles³²². Ce sont donc bien les jurés qui détiennent alors le pouvoir, la logique identitaire ou culturelle venant colorer de manière significative cette institution :

Pourvu toujours que l'opinion de neuf des douze jurés qui en composeront le corps soit suffisante pour faire le rapport d'un verdict, et que le dit verdict, ainsi fait et rapporté, sera tenu comme légal et effectif, à toutes fins et à tous égards, comme si les douze jurés avaient été unanimes en opinion. Et le greffier de la Cour écrira les noms des jurés sur le registre de la Cour dans chaque cause, où les verdicts pourront être rapportés, comme ci-dessus.

Pourvu aussi que dans tous tels procès ou actions, qui seront entre les sujets de Sa Majesté nés dans la Grande-Bretagne, Irlande ou colonies et Provinces en Amérique, les jurés, en tels cas, seront composés de sujets nés, comme il est dit ci-dessus; et que dans tous procès ou actions entre les Canadiens et nouveaux sujets de Sa Majesté, les jurés seront composés de tels Canadiens

³²¹ « Le débiteur incarcéré peut donner caution pour son élargissement et dans ce cas le demandeur a droit après jugement à un *capias ad satisfaciendum* qui a pour effet de libérer les cautions » : Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien, depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, A. Périard, 1889, vol. 2, p. 166.

³²² *Ordonnance instituant les procès par jury*, DCI, préc., note 256, vol. 2, p. 768 : IX. Que tous et chaque particulier, qui auront des procès dans chacune des cours des plaidoyers communs fondées sur dettes, promesses, engagement et conventions, concernant le commerce seulement, entre négociants et négociants et entre marchands et marchands réputés et connus comme tels, suivant la loi, et aussi concernant les injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, pourront à l'option et choix de l'une des parties, avoir et obtenir qu'elles seront plaidées devant un corps de jurés pour avoir un verdict, tant pour déterminer le fait qui doit être établi, dans telles actions de commerce, que pour constater les dommages dans celles d'injures personnelles.

et nouveaux sujets; et que dans tous procès et actions entre les Canadiens ou nouveaux sujets, les jurés seront composés d'un nombre égal de chacun, s'il en est requis par l'une des parties, dans aucun des cas ci-dessus mentionnés³²³.

L'introduction du jury en matière commerciale et pour les injures personnelles est donc à l'initiative des parties; si le montant réclamé excède 50 livres, neuf jurés peuvent rendre le verdict.

En matière criminelle, les échos les plus critiques envers le jury criminel proviennent de Charles de Lotbinière, seigneur canadien-français, qui, lors des débats sur l'Acte de Québec, stigmatise le recours au jury comme néfaste. Si, « [a]u reste, [il] ne voit aucun inconvénient à accorder ces jurés à ceux qui les préféreraient³²⁴ », il demande la possibilité de faire appel à douze juges professionnel, capables de connaître, de comprendre et d'appliquer des lois n'appartenant pas forcément à leur acquis culturel :

[I]l ne reste donc à citer à l'avantage du criminel anglais que de se voir condamner par douze jurés que l'on nomme ses paires. Pense-t-on que le Canadien, ou tout autre qui voudra se dépouiller des préjugés de l'enfance, se croira exposé à plus de partialité, à plus d'injustice, à moins de lumière étant par une Cour composée de douze juges choisis dans la classe des plus honnêtes gens de la province, tous au fait de la loi (tel qu'était composé le conseil supérieur de ce pays sous le gouvernement français, et qu'un ne peut se dispenser de rétablir si l'on y veut assurer la vie, l'état, et la fortune des citoyens), crois-t-on [sic], dis-je, qu'il se croira moins bien jugé par un conseil pareil, que s'il l'était par douze jurés pris au hasard, qui même quelque fois aurait pu être ménagé de loin³²⁵?

323

Id.

324

Charles de LOTBINIÈRE, « Choses indispensables à considérer et à déterminer fixement, si le bill présenté pour la Province de Québec a lieu », DCI, préc., note 256, vol. 1, p. 548.

325

Id.

Au moment de la rébellion de 1837-1838, les jurys mixtes se trouvent stigmatisés en raison de l'influence culturelle dont peuvent être soupçonnés leurs membres. À la suite du mouvement des patriotes, en 1839, François Jalbert est accusé, avec ses complices, Jean-Baptiste Maillet, Joseph Pratte et Louis Lussier, d'avoir mis à mort, le 23 novembre 1837, le lieutenant George Weir, du 32^e régiment de Sa Majesté à la veille de la bataille de Saint-Denis, opposant patriotes et loyalistes. Jalbert, défendu en septembre 1839 par les avocats William Walker et Charles Mondelet, est accusé par le procureur général Charles Richard Ogden et le solliciteur général Andrew Stuart. Composé de huit Canadiens et de quatre Britanniques³²⁶, le jury va se trouver incapable de rendre une décision. Il commence à délibérer le 6 septembre, mais n'arrive pas à s'entendre; le lundi 9 septembre, l'un des membres, Edwin Atwater, déclare qu'ils sont dix en faveur de la clémence et deux pour le déclarer coupable. La Cour renvoie le jury en délibération³²⁷. Le juge Rolland déclare le 10 septembre que le jury est congédié. L'émotion publique est grande, la violence affleure, et les dix jurés qui se disent pour l'acquittement sont battus et subissent de graves blessures. Les deux jurés en faveur de la condamnation sont acclamés par la foule et portés en triomphe sur leurs épaules³²⁸. Pour la presse anglophone, l'issue de ce procès caractérise les défauts du système judiciaire et de la mixité des jurys. La *Montreal Gazette* écrit alors que c'est une « nouvelle preuve de l'extrême danger, de la grande folie et de l'absurde politique de confier le procès par jury, ce palladium de la liberté anglaise, à des individus qui n'apprécient pas la valeur de ce bienfait et qui ne possèdent pas l'intelligence nécessaire pour exercer les fonctions d'hommes libres³²⁹ ».

³²⁶ Robert RUMILLY, *Papineau et son temps*, t. 2, Montréal, Fides, 1977, p. 166.

³²⁷ André-Romuald CHERRIER, *Procès politique : La Reine vs Jalbert, accusé du meurtre du Lieutenant Weir du 32^e Régiment de sa Majesté*, Montréal, F. Cinq-Mars, 1839.

³²⁸ *Le Canada-Français*, vol. 3-4, Québec, Imprimerie Demers et Frères, 1890, p. 218.

³²⁹ Jacques LACOURSIÈRE, *Histoire populaire du Québec*, t. 2, Sillery, Septentrion, 1996, p. 416.

Malgré ces critiques et hors de ces situations politiques exceptionnelles, la pratique des cours criminelles jusqu'aux années 1830 est de composer les grands jurys à moitié d'anglophones et à moitié de francophones et que, au moins pour les procès impliquant les défendeurs canadiens-français, les jurys de jugement sont des jurys *de medietate linguae*³³⁰. Dans *La Gazette de Montréal*, du 21 mars 1850, les publications relatives aux questions légales rendent compte régulièrement de procès tenus par jury *de medietate linguae*³³¹. La cause de James Johnson est particulièrement intéressante. Cet Américain est accusé du crime de larcin. En l'occurrence, il invoque son statut étranger et demande par l'intermédiaire de son avocat la mise en place d'un procès par jury *de medietate linguae*, ce qu'il obtient. Cependant, une fois celui-ci convoqué, il se trouve qu'une seule personne membre du jury parle anglais. Le solliciteur général consulte alors les spectateurs pour parvenir à composer un jury avec six membres anglophones et six francophones, qui aboutira à la condamnation de Johnson *in fine*. On trouve régulièrement dans les journaux de la Province, au cours des années 1850 et 1860, des références aux jurys *de medietate linguae*, sans que la procédure pose de difficulté particulière³³².

Si le recours au jury devient un outil principal de résolution judiciaire des différends à partir du régime anglais, il ne fait pas l'objet d'une large codification législative. L'institution du jury *de medietate linguae* ne sera ainsi pas sacralisée par un texte législatif spécifique jusqu'à la codification de 1866³³³. Plus avant durant le XIX^e siècle, le recours aux jurys *de medietate linguae* existe encore, non plus de manière

³³⁰ Griet VERMEESCH, Manon van der HEJDEN et Jaco ZULJDERDUIN, *The Uses of Justice in Global Perspective, 1600-1900*, Londres, Routledge, 2019, p. 201-228.

³³¹ *Montreal Herald and Commercial Gazette*, 1834-1885, 21 mars 1850, BAnQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3130539?docpos=2>>.

³³² Voir par exemple : *Morning Chronicle and Commercial and Shipping Gazette*, 14 mars 1863, BAnQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3597142?docsearchtext=medietate>>; 5 avril 1864, BAnQ, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3597467>>.

³³³ P. GIRARD, J. PHILIPS et R.B. BROWN, préc., note 266, p. 435.

récurrente et importante, mais de façon épisodique et conjoncturelle. Ainsi, devant la Cour de révision de la Cour supérieure de Québec, le 31 janvier 1896, dans l'affaire *Bédart v. Hunt*³³⁴, concernant une action de dommages autour de l'application de l'article 543 du *Code de procédure civile*, les communautés anglophone et francophone sont sollicitées pour permettre à l'institution judiciaire de répondre à une demande de passage d'un jury classique au jury *de medietate linguae*. L'article 436 (1) et (2) du *Code de procédure civile* publié en 1920 prévoit cette forme de jury dans les cas de causes civiles opposant un francophone et un anglophone³³⁵. Dans un contexte biculturel, en Irlande à la fin du siècle, on trouve de la même manière le recours au jury *de medietate linguae* dans les procès où des étrangers sont accusés³³⁶, ce qui démontre ainsi la permanence de cette procédure d'accommodement et de représentativité à l'intérieur de la tradition de common law. On adapte durant le XIX^e siècle le recours aux jurys *de medietate linguae* aux districts moins diversifiés culturellement que ceux de Montréal et de Québec pour rendre la procédure disponible dans l'ensemble de la Province en 1884³³⁷.

La publication satyrique canadienne-française et nourrie au vitriol qu'est *Le Canard* fait paraître en 1881 un réquisitoire contre le jury, plus particulièrement le jury mixte qui donne la part belle, selon les auteurs, aux déviances humaines ainsi qu'aux nationalismes étrangers et qui se trouve instrumentalisé au détriment des Canadiens français :

Tout est possible pour un jury excepté de rendre justice dans les cas suivants : 1. Lorsque l'accusé est Irlandais, Écossais, Juif ou Anglais, et lorsqu'il se trouve un ou deux de ses compatriotes

³³⁴ CONSEIL GÉNÉRAL DU BARREAU DE LA PROVINCE DE QUÉBEC, *Les rapports judiciaires de Québec – Cour supérieur et Cour de circuit*, vol. 9, Montréal, Gazette Printing Company, 1896, p. 6-14.

³³⁵ A.-S. ARCHAMBAULT et Henri GÉRIN-LAJOIE, *Code de Procédure Civile de la Province de Québec, revu et mis au courant de la législation jusqu'au 14 février 1920*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1920.

³³⁶ Niamh HOWLIN, « Fenians, Foreigners and Jury Trials in Ireland, 1865-1870 », (2010) 45 *Irish Jurist* 51.

³³⁷ *An Act to amend the act respecting jurors and juries*, 47 Vic., c. 11 (1884), *Gazette officielle du Québec*, 21 juin 1884, Québec, éditeur officiel, p. 1230.

parmi les douze. 2. Lorsqu'il s'agit d'un procès politique [...] Dans notre pays, cette institution est devenue une véritable farce. Lorsqu'un Canadien craint de s'en rapporter à la décision franche et honnête de ses propres compatriotes, il imite les criminels d'origine étrangère qui ne manquent jamais de demander un jury mixte et d'en appeler aux préjugés de races, si fortement enracinés chez les populations qui nous entourent. On commence par demander un jury mixte, on tâche de le trier subrepticement, on en récite quelques-uns, et ce serait bien le diable si l'on ne parvenait pas à en acheter un ou deux au besoin³³⁸.

Henri Berthelot, fondateur de ce journal satirique qui publiera jusqu'à 10 000 exemplaires, est avocat³³⁹. Il sera à l'origine, plus tard, des publications du *Grogard* et du *Violon*, Toutefois, à la date de cette publication en 1881, il s'est départi de sa publication au profit d'Honoré Beaugrand, qui lui donne une connotation plus violente dont ces lignes sont un exemple. Caricaturale et même xénophobe, cette présentation du jury mixte montre toutefois que l'acceptation de la procédure n'est pas une évidence pour l'ensemble de la population; si elle apparaît comme un outil d'accommodement culturel et de meilleure représentativité, elle peut également incarner une forme d'instrumentalisation de la justice au profit de certaines communautés ou de regroupement culturels ou linguistiques, illustration de stratégies conjoncturelles ou permanentes.

Toujours dans un contexte politique tendu, le procès de Louis Riel en 1885 est l'occasion d'évoquer la possibilité de recourir au jury mixte. Le secrétaire d'État fédéral et ancien premier ministre du Québec, Joseph-Adolphe Chapleau, s'oppose à Wilfrid Laurier sur cette question et perd beaucoup de crédibilité au Québec pour avoir refusé de démissionner du Cabinet fédéral à la suite de la mort de Riel. On le sait, Riel est jugé à Regina par crainte qu'à Winnipeg se trouve un jury trop indulgent, le

³³⁸ A. FILIATREAU, préc., note 2.

³³⁹ Aurélien BOIVIN, « Hector Berthelot », *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, 1990, préc., note 310.

Manitoba prévoyant un procès devant jury et bilingue³⁴⁰. Au contraire, la *North West Territories Act* (1875) d'Alexander MacKenzie donne la possibilité de juger Riel pour haute trahison devant un simple fonctionnaire d'État et six jurés, sans aucune protection ni garantie de représentativité francophone (on comptera six protestants anglais et écossais de la région de Regina). Considérant le procès et l'exécution de Riel justifiée et pleinement légale, Chapleau répond à Laurier qui déplore qu'on ne lui ait pas donné un procès devant un jury composé de membres de sa nationalité, Riel étant de nationalité américaine. Laurier ne revendique pas en l'occurrence un procès devant un jury métis, mais simplement un jury composé d'Américains ou à tout le moins d'étrangers, arguant que c'était le droit pour un étranger arrivant au pays. Chapleau réplique ainsi : « Monsieur Laurier ne doit pas ignorer qu'aux Italiens on ne donne pas un jury mixte, composé moitié de sujets britanniques et d'étrangers³⁴¹ ».

En 1908, la *Loi amendant le Code de Procédure civile relativement aux procès par jury* prévoit le remplacement de l'article 436 du *Code de procédure civile* par une formulation plus adaptée à une société désormais ouverte à des parties venant du monde entier et ne pratiquant aucune des deux langues majoritaires :

436 1. Quand la langue des parties en cause est la langue française ou la langue anglaise, ou quand l'une des parties parle la langue française ou la langue anglaise et que la langue maternelle de l'autre partie n'est ni la langue française ni la langue anglaise, le juge, sur la demande de l'une des parties, peut ordonner que le jury soit composé exclusivement de personnes parlant la langue anglaise ou de personnes parlant la langue française, selon que la langue des parties ou de l'une d'elles est la langue française ou la langue anglaise.

³⁴⁰ Voir Thomas FLANAGAN, *Louis Riel*, Ottawa, Canadian Historical Association, 1992, p. 23-78.

³⁴¹ *La Presse*, jeudi 21 janvier 1886, BAnQ, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3217119>>.

2. Si l'une des parties parle la langue française et l'autre la langue anglaise et que l'une d'elles demande un jury *de medietate linguae*, ou si cette demande est faite par une corporation qui est partie à l'instance, le juge ordonne que le jury soit composé en égal nombre de personnes parlant la langue française et de personnes parlant la langue anglaise³⁴².

Cette disposition, adaptée à un contexte plus « multiculturel », montre que, derrière la logique de compréhension linguistique, la logique de la représentativité « d'un autre point de vue » sur le procès est présente également dans cette mise en œuvre des jurys *de medietate linguae*, même si elle aboutit, *de facto*, à une forme d'unilinguisme. Dans l'*Act respecting jurors* de 1925³⁴³, l'article 3449, reprenant la dynamique de 1884, prévoit que, dans les districts où les jurys mixtes ne peuvent être convoqués sans une ordonnance spéciale, un juge président la cour possède la capacité, s'il le juge nécessaire, d'autoriser le shérif à convoquer un jury mixte³⁴⁴. Cet acte prévoit que, dans les districts de Québec et de Montréal, le shérif doit assigner des jurys mixtes et former les tableaux en inscrivant de manière égale des jurés des deux langues. Il en est de même dans tout district dans lequel l'assignation « de jurys mixtes a été ou est autorisée par un arrêté du lieutenant-gouverneur en conseil, sur l'adresse du grand jury, constatant l'opportunité de cette mesure » (art. 3445). La situation est identique lorsque le jury mixte est autorisé par voie judiciaire en vertu des articles 3449 et 3450.

Malgré une certaine volonté d'ouvrir la procédure du jury mixte à d'autres cultures que les deux groupes majoritaires, la décision du juge Victor Allard en 1917, dans la cause *Chicoine c. Gordon et al.*, largement relatée dans la presse montréalaise, notamment *Le Devoir*, vient clore l'idée d'une procédure ouverte au multiculturalisme montréalais. En l'occurrence, E. Chicoine, demanderesse, d'origine canadienne-française,

³⁴² *Loi amendant le Code de Procédure civile relativement aux procès par jury*, Gazette officielle du Québec, 2 mai 1908 (entrée en vigueur le 14 avril 1908), Québec, Éditeur officiel du Québec, 1908, p. 895-896.

³⁴³ *An Act Respecting Jurors*, 15 George V, c. 51 (1925).

³⁴⁴ Québec, *Gazette officielle du Québec*, 18 avril 1925, p. 54.

est opposée à Harry Gordon, de langue hébraïque. Le 12 janvier, sur une motion de la demanderesse, le tribunal ordonne que le jury soit composé de « gens parlant exclusivement le français³⁴⁵ ». La motion ayant été faite en l'absence de l'avocat des défendeurs, celui-ci demande au tribunal de réviser le premier jugement et d'ordonner la formation d'un jury mixte. Le juge Allard considère l'article 436 qui prévoit que, si la langue maternelle de l'une des parties est l'anglais ou le français et que la langue de l'autre partie n'est ni l'anglais ni le français, le juge peut ordonner que le jury soit composé exclusivement de gens parlant l'une des deux langues, en l'occurrence celle de la partie au procès. En l'espèce, le juge déclare ceci : « je suis d'opinion que l'expression du code “la langue des parties” veut dire la langue maternelle des parties ». Sa conclusion est que, si une partie dans une cause est russe, italienne, juive ou de toute autre nationalité, et que langue maternelle n'est ni le français ni l'anglais, cette partie ne peut bénéficier du privilège accordé par l'article 436 du *Code de procédure civile* en demandant un jury mixte, le privilège de ce dernier appartenant uniquement aux personnes dont la langue maternelle est soit l'anglais, soit le français, même si ces personnes parlent l'une des deux langues majoritaires. La nationalité des jurés constitue en permanence une source de suspicion de partialité, comme le montre le procès de l'abbé Delorme en 1923, où Pierre Bayard, journaliste au journal *La Croix*, proche des milieux catholique et canadien-français, fustige la tenue d'un jury mixte en l'espèce, car parmi les douze jurés « il y avait un Juif, un Hollandais, et deux Anglais. Passe encore pour les deux Anglais. Mais qu'avons-nous besoin ici dans la province de Québec des Juifs et des Hollandais comme jurés [*sic*]³⁴⁶ ».

À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, des cas de jury *de medietate linguae* sont mentionnés encore largement par les journaux, que ce soit *Le Canada*, *Le Soleil* ou *La Presse*³⁴⁷. La procédure n'occupe

³⁴⁵ *Le Devoir*, 18 janvier 1917, BAnQ, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/2794514>>.

³⁴⁶ *La Croix*, 21 juillet 1923, BAnQ, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3682137>>.

³⁴⁷ Voir par exemple : *Le Canada*, 28 mai ou 5 juin 1936; *Le Soleil*, 3 mai 1933; *La Presse* 5 juin 1936 ou 11 janvier 1939, BAnQ, en ligne.

toutefois pas, d'un point de vue technique ou de l'importance des enjeux mis en branle par son recours, une place notable dans les recueils de jurisprudence ou en doctrine. On trouve ainsi peu de renvois dans le *Répertoire général de jurisprudence canadienne* de Jean-Joseph Beauchamps. On souligne cependant quelques éléments de la pratique. La dimension linguistique plutôt que nationale de la pratique est mise en exergue, la connaissance de la langue étant le critère de la qualification en vue de participer à un tel jury (*Dame Bernier v. The Montreal Light, Heat and Power Co.*)³⁴⁸. On réaffirme que, lorsqu'une des parties ne parle ni l'anglais ni le français et que l'autre partie est une corporation, seule cette dernière a le « droit absolu de demander un jury *de medietate linguae* » (*Les Frères de la Charité de St-Vincent de Paul de Montréal v. Martin*)³⁴⁹; dans la même logique, si une des parties est une corporation et se trouve devant un jury intervenant dans sa langue, face à une partie qui parle une autre langue, le tribunal doit ordonner la tenue d'un jury *de medietate linguae* (*Beaulieu v. The Montreal Street Railway Co.*)³⁵⁰. Toujours au bénéfice de la corporation, dans une cause soumise à un jury où la défenderesse est une corporation, le demandeur n'a pas le droit d'obtenir de jury mixte si la défenderesse s'y oppose, bien que, pour sa part, elle dispose de la possibilité d'en demander un (*Compagnie des Tramways de Montréal v. Crowe*)³⁵¹.

Le recours au jury *de medietate linguae* dans une action en dommages pour torts personnels contre la Cité de Montréal est relaté et validé en 1898 (*Cassidy v. Cité de Montréal*)³⁵². En matière criminelle, on relève

³⁴⁸ S.C. 1911, 13 Q. P. R., 116, cité dans Jean-Joseph BEAUCHAMPS, *Répertoire général de jurisprudence canadienne*, (1852-1923), vol. 3, n° 139, Montréal, Wilson & Lafleur, 1914, p. 1774.

³⁴⁹ *Id.*, nos 132 et 133, p. 1773 : B.R. 1908, Montréal, 9 R.P.Q. 381; 10 R.P.Q. 194; *The Canadian Rubber Co. v. Demetrius Karawokiris*, C. Sup. 1910, Montréal, 12 R.P.Q. 122; R.J.Q. 36 C.S., 425; 44 R.C. Supr. 303.

³⁵⁰ *Id.*, n° 138, p. 1774, S.C. 1911, 12 Q.P.R. 263.

³⁵¹ B.R., 26 févr. 1915, 24 B.R., 122, cité dans Joseph-Fortunat SAINT-CYR, *Supplément au Répertoire général de jurisprudence canadienne, mai 1913 à déc. 1925*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1927, vol. 2, n° 41, p. 641.

³⁵² C.S. 1898, Montréal, 1 R.P.Q. 535, cité dans J.J. BEAUCHAMPS, préc., note 349, n° 131, p. 1773.

qu'afin d'obtenir 6 jurés parlant le langage de la défense, et après que toutes les personnes parlant ce langage ont été appelées, la Couronne conserve la liberté d'instruire en se tenant à l'écart (*stand aside*) et qu'elle n'est pas obligée d'attendre la constitution d'un jury complet (*The Queen v. Dougall and Dougall*)³⁵³. Le fait de convoquer un juré dont le nom se trouve inscrit sur la liste des jurés francophones, qui ne comprend pas l'anglais, et qui a été appelé en tant que juré de langue anglaise, sans qu'il soit possible de demander finalement la présence d'un juré anglais dans un tel jury *de medietate linguae* ne constitue toutefois pas un cas de nullité de la convocation du jury ou de la composition de ce dernier (*Montreal Street Railway Co. v. Girard*)³⁵⁴. Dans l'affaire *Anna Yancey*, en mars 1899, une tentative de meurtre où l'accusée, Anna Yancey, plaide la maladie mentale, c'est la langue de l'avocat qui s'immisce dans le débat, l'accusée étant anglophone et l'avocat demandant le jury mixte, tandis que l'avocat francophone et peu convaincu de sa capacité à convaincre dans cette langue les jurés anglophones, souligne qu'« [i]l serait très préjudiciable à la cause de [sa] cliente de choisir un avocat de langue anglaise qui ne connaît pas sa cause, parce que la cour [lui] refuserait le droit d'être jugé[e] par un jury composé d'au moins six personnes de langue française³⁵⁵ ».

Pendant les années 30, la tendance défavorable au jury mixte, notamment en matière criminelle, se renforce. Le juge Lucien Cannon, dans l'affaire *R. v. Sinclair* devant la Cour du Banc du Roi, nie l'existence du droit au jury mixte. Mark Drouin, avocat de l'accusé Roland Sinclair, demande, en vertu des prescriptions de l'article 923 du *Code criminel*, un jury mixte :

Non pas que nous prétendons que cette section du Code criminel, dans ses termes mêmes, nous donnerait-il ce droit-là, mais d'après l'ensemble de l'économie du Code criminel nous avons

³⁵³ *Id.*, n° 130, p. 1772-1773 : Q.B. 1874, Montréal, 18 J. 242; 23 R.J.R.Q., 484, 573.

³⁵⁴ Q.J.R. K.B., 1911, Q.J.R., 21 K.B. 121.

³⁵⁵ *La Presse*, 3 mars 1899, p. 1, BAnQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3237753?docsearchtext=jury%20mixte>>.

le droit de choisir parmi douze de nos pairs parmi soixante jurés. Si cette motion nous est refusée et que nous ne pouvons choisir que parmi trente seulement, nous prétendons que les fins de la justice seraient mieux servies si la Cour nous accordait un jury mixte³⁵⁶.

La Couronne relève que l'article 923 ne fonde pas un tel droit, et la Cour argue de la modification législative de 1925 pour rejeter une telle demande. Jusqu'en 1925, la loi énonce que, dans les districts comme Québec où le shérif doit assigner des jurés mi-français et mi-anglais, les jurés doivent être appelés alternativement, et le jury composé tel qu'il aura été choisi après le jeu normal des récusations et des mises à l'écart³⁵⁷. La Cour ajoute qu'en sus de cette disposition la loi des règnes 27-28 de la Reine Victoria d'avant la Confédération donne le droit à la défense de faire motion afin d'obtenir au moins six jurés parlant la langue de l'accusé, ces dispositions existant pour deux provinces dans le pays, dont le Manitoba. L'article 924 du *Code criminel* contient encore en 1936 une disposition particulière pour le jury mixte dans la province du Manitoba. Après la réforme de 1925 du *Code criminel*, l'article 923 est modifié et le paragraphe 2 mentionne désormais qu'un accusé peut être jugé « by a jury entirely composed of jurors speaking the English, or entirely composed by jurors speaking the French language³⁵⁸ ». Le droit de la défense est donc d'obtenir un jury unilingue de sa langue et non un jury mixte, le droit à la mixité, et ainsi au choix parmi les 60 jurés convoqués, ayant disparu au profit d'un jury unilingue.

Dans la région de Sherbrooke, en décembre 1940, dans une affaire mettant en cause deux témoins de Jéhovah, c'est encore la dimension mixte que conteste l'avocat des deux Brilotti accusés de conspiration séditeuse, qui ont déjà été jugés l'année précédente, sans accord. M^e Calder déclare en l'espèce que, « l'année dernière, chaque fois qu'un juré de langue anglaise était appelé, la Couronne l'a mis de côté, bien que le

³⁵⁶ *Le Soleil*, 15 février 1936, p. 20, BAnQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3293463?docsearchtext=jury%20mixte>>.

³⁵⁷ *Id.*, p. 11.

³⁵⁸ *Id.*

juge a[it] accordé un jury mixte. Cette fois-ci, si nous avons un jury mixte, la Couronne fera le même jeu et ce sera un jury mixte “pour rire” [*sic*]. Nous voulons un jury de langue anglaise³⁵⁹ ». Malgré l’opposition de la Couronne, le président du tribunal accorde douze jurés de langue anglaise pour le second procès.

Dans la célèbre affaire *Coffin* au cours des années 1960, qui donnera lieu à la tenue de la Commission royale d’enquête sur l’affaire Coffin (aussi appelée « commission Brossard »), on relève à la fois la difficulté pratique de rendre réalisable le jury mixte dans certaines régions du Québec – les environs de Percé en l’occurrence – et la commission Brossard charge fortement l’institution du jury mixte, envisagé essentiellement sous son angle purement linguistique et comme une contrainte inutile pesant sur le juge :

[Le jury chargé de juger Wilbert Coffin] était composé pour moitié de gens choisis dans les listes de jurés de langue française et pour moitié de gens choisis dans les listes de jurés de langue anglaise préparées par le shérif du district de Gaspé. L’on sait que si Wilbert Coffin n’obtient pas un jury composé entièrement de gens de langue anglaise et ne put obtenir qu’un jury mixte, ce fut à cause de la difficulté, sinon l’impossibilité de trouver, conformément aux dispositions de la Loi des jurés, dans un rayon de 40 milles de la ville de Percé où siégeait le Tribunal, des personnes de langue anglaise possédant les qualifications requises pour agir comme jurés en nombre suffisant³⁶⁰.

La commission Brossard ajoute ceci :

Des difficultés identiques à celles qui se présentèrent à Percé au sujet de la constitution d’un jury sont susceptibles de se présenter, dans des circonstances analogues, dans certains autres

³⁵⁹ *La Tribune*, 11 décembre 1940, BAnQ, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3540628?docsearchtext=jury%20mixte>>.

³⁶⁰ COMMISSION ROYALE D’ENQUÊTE SUR L’AFFAIRE COFFIN, *Rapport de la Commission d’enquête Brossard sur l’affaire Coffin*, vol. 3, Montréal, Commission Royale, 1964, p. 671.

districts de la province. Je vous suggère que dans tous les cas et à tous points de vue un jury unilingue qu'il soit de langue française ou de langue anglaise est préférable à un jury mixte et que le choix de la langue de ce jury devrait être laissé entièrement à la discrétion de l'accusé, peu importe la langue de ce dernier, puisque dans notre province tout au moins les deux langues sont officielles. Si les autorités fédérales adoptaient, à votre suggestion, une loi en ce sens, on déchargerait le juge qui préside un procès devant jury de la pénible obligation d'être appelé, en certaines cas, à raison de difficultés purement administratives, à décider que les fins de la justice seront mieux servies par la constitution d'un jury mixte plutôt que par le jury unilingue que demande l'accusé³⁶¹ ».

La proposition faite dans le rapport de la commission Brossard, défavorable à la tenue des jurys mixtes sur des questions d'administration de la justice, ne répond en rien à la problématique de l'affaire *Coffin*, puisque celui-ci souhaite à l'origine un jury unilingue, mais dans un district à l'immense majorité francophone. Le souci qui s'exprime ici sous la plume de la commission Brossard se fonde essentiellement sur la volonté d'alléger la charge du juge dans son administration de la justice. La difficulté à constituer des jurys mixtes entraîne en effet, pendant les années 1960, plusieurs déplacements de procès criminel vers des districts plus diversifiés. Ainsi, Roger Lowry, accusé de négligence criminelle et demandant la tenue d'un jury mixte, devant l'impossibilité de le réunir dans le comté d'Arthabaska, obtient en avril 1969 le transfert de son procès dans le district de Québec³⁶². Les années 1970 connaissent encore plusieurs jurys mixtes en matière criminelle, dont les journaux font leurs manchettes³⁶³, sans que la procédure soit particulièrement mise en cause.

³⁶¹ *Id.*, p. 671-672.

³⁶² *La Tribune*, 29 avril 1969, p. 6, BAnQ, en ligne : <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3636211?docsearchtext=La%20Tribune,%2029%20avril%201969>.

³⁶³ Voir, par exemple, *La Tribune*, 2 janvier 1980, cahier 1, BAnQ, en ligne : <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3683149?>, qui relate les grandes affaires de la décennie précédente, notamment les *Marion*,

Le portrait général qui ressort de ces affaires de la fin du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e est celui d'un recours régulier aux jurys *de medietate linguae*, avec une procédure bien connue, limitée dans son spectre, qui permet une certaine représentativité communautaire fondée sur l'appartenance linguistique, mais pour laquelle la logique de représentativité est largement limitée aux deux grandes communautés, aucun mécanisme n'autorisant un autre type de représentativité. On ne trouve pas de recours aux jurys *de medietate linguae* pour la communauté juive, pour les marchands étrangers ou les groupes autochtones, alors que la procédure de common law est utilisée à l'époque, dans d'autres contextes historiques comme nous l'avons vu, au bénéfice de ces communautés.

Conclusion

Bien qu'il constitue une institution typiquement britannique, aux racines à la fois identitaires et monarchiques, le jury devient rapidement une institution dont les jurés, et le peuple au sens large, s'emparent et dont ils font une véritable « liberté britannique ». Si la dimension judiciaire des petits et des grands jurys n'est pas négligeable, c'est beaucoup dans leur mise en œuvre politique et identitaire que les jurys agitent l'opinion publique et judiciaire dans le contexte colonial, comme ils le font encore de nos jours³⁶⁴. Sans trop attendre, les colons des treize colonies s'approprient l'institution dans une optique de forte représentativité des intérêts coloniaux et d'opposition croissante à la Couronne britannique. Les lois britanniques adoptées en vue de restreindre le droit à un procès devant jury sont donc jugées intolérables par les colonies, ce qui exacerbe la volonté de ces dernières de prendre leurs distances par rapport à la Couronne. Aux prises avec la Conquête d'une colonie qui ne connaît pas l'institution du jury de common law, la Couronne britannique se trouve obligée d'adapter les mécanismes de cette institution intrinsèquement

Raymonde « le loup » Grimard ou encore celle de Ferland Laplante qui ont toutes donné lieu à des jurys mixtes.

³⁶⁴ Voir Laura Gaston DOOLEY, « Our Juries our Selves: The Power Perception and Politics of the Civil Jury », (1994-1995) 80-2 *Cornell Law Review* 325.

anglaise, à laquelle les populations d'origine française et britannique s'opposent dès les premières années du régime civil dans la Province de Québec. Le cadre du jury étant articulé autour de la composition de ses membres, de son champ d'intervention (entre droit privé et droit pénal) et de l'héritage de common law qu'il représente, chaque intervenant se l'approprié comme institution représentative de ses aspirations, de sa vision du droit et de sa communauté. C'est bien ainsi que les contemporains comprennent l'institution. Par exemple, à la suite des pétitions contre le gouverneur George Ramsay Dalhousie en 1828, le comité de l'Assemblée législative du Bas-Canada, chargé de traiter les plaintes formulées contre le shérif du district de Montréal, intervient en ce sens. Celui-ci est accusé de constituer les jurys criminels, y compris les grands jurys, exclusivement avec des gens de la ville plutôt qu'avec ceux de tout le district, ce qui crée un déficit de représentativité. Comme le rapporte Fyson, le rapport rédigé sous la présidence de Denis-Benjamin Viger en février 1829 conclut que la pratique courante dans les trois districts judiciaires principaux (Montréal, Québec et Trois-Rivières) est « évidemment contraire aux lois et aux principes d'impartialité » et que « sommer exclusivement les habitants d'un lieu particulier, d'une classe distincte, ne saurait être compatible avec la liberté plus qu'avec la justice impartiale. Il répugne à tous les principes de notre gouvernement et ne pourrait tendre qu'au renversement de la constitution du pays³⁶⁵ ».

Mis en œuvre dans une société multiethnique, postcoloniale et placée devant plusieurs réalités sources de discrimination, le jury issu de la tradition de common law doit être réinterprété au regard de ses sources et de son contexte historique de formation. S'il représente sans aucun doute possible un acquis favorable aux libertés « anglaises », il est la clef de voûte procédurale de l'équité et de la justice naturelle de common law. Loin d'être une institution rigide, ancrée dans ses certitudes, le jury de common law s'est continuellement adapté au contexte multiculturel dès ses origines, cherchant de manière pragmatique des types de représentativité, d'accommodement capable de réaliser une forme de justice par les

365

Journaux de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada 38 (1829), appendice EE, cité par D. FYSON, préc., note 45, p. 88.

pairs. S'appuyant sur cette souplesse et ces précédents historiques, particulièrement au regard des communautés autochtones, cette institution devrait être en mesure de répondre de manière cohérente au ressenti négatif éprouvé actuellement par certaines communautés. Plus largement, le jury mixte ou *de medietate linguae* doit permettre, parmi d'autres outils, de bâtir un pluralisme juridique global³⁶⁶ et ainsi constituer un pont entre des systèmes.

³⁶⁶ Voir la perspective de Paul Schiff BERMAN, « Can Global Legal Pluralism Be both “Global” and “Pluralist”? », (2019) 29 *Duke J. Comp. & Int’L* 381; Paul Schiff BERMAN « Global Legal Pluralism », (2007) 80 *Southern California Law Review* 1155; Paul Schiff BERMAN « Global Legal Pluralism as a Normative Project », (2018) 8 *UC Irvine Law Review* 149.

CYCLES SUPÉRIEURS EN DROIT

Des formations de pointe.
Un environnement remarquable.
Un équilibre parfait.

2^e cycle | Type cours

- Droit et politiques de la santé
- Prévention et règlement des différends
- Droit notarial
- Common law et droit transnational
- Droit international et politique internationale appliqués
- Pratique du droit criminel et pénal
- Droit des affaires et risques de l'entreprise

2^e et 3^e cycles | Type recherche

- Maîtrise en droit
- Maîtrise en droit et politiques de la santé
- Maîtrise en environnement
- Doctorat en droit

USherbrooke.ca/droit/programmes

UNIVERSITÉ DE
SHERBROOKE

Achevé d'imprimer
sur les presses de
Imprimerie H.L.N.
Imprimé au Canada - Printed in Canada