

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Droits et libertés de la personne

Chartes et tribunaux des droits de la personne: *rondo alla Meiorin*. Recension critique de l'ouvrage TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 536 pages.

Samuel BACHAND

Étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

La fédération canadienne a subi, au cours des dernières décennies, une métamorphose dont nous commençons à peine à récolter les fruits. Faut-il en remercier la libéralisation des mœurs? le *rock'n roll*? la cybernétique? Non, c'est pour les chartes qu'il faut allumer un lampion. Autrefois un pion sur l'échiquier du droit, le citoyen occupe désormais la case d'une pièce maîtresse. C'est qu'il a fait de la Reine son alliée. Pierre Elliott Trudeau n'aura eu que peu à y faire, car c'était dans l'air du temps et Québec, comme on le sait, avait déjà adopté une *Charte des droits de la personne* fort généreuse.

Aussi le 21^e siècle canadien se conjuguera-t-il à la première personne du singulier. Observez plutôt. Le vieillard, les yeux encore rougis des pleurs qu'il a versés sur

la tombe de son époux, revendique une pension de conjoint survivant. Et il a bien raison. L'homme tronc, lui, se promet de décrocher le poste d'astronaute qu'il convoite depuis l'âge tendre. L'Agence spatiale canadienne aura fort à faire pour démontrer contrainte excessive devant les tribunaux. Bravo! Un journaliste, en parlant de civilisation, froisse au passage un groupe religieux qui contribue grandement au bien-être de nos sociétés. Qu'on le traîne en justice, que dis-je, dans la boue!

Pardonnez ce préambule caricatural. Il faut nous comprendre: à la lecture du récent ouvrage *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, on est à tel point convaincu de la centralité de ces questions constitutionnelles – quasi-constitutionnelles, devrions-nous dire – que seule une salutaire

dérision peut nous ramener à nos sens. En effet, le jeune juriste contemple les chartes comme on admire la Voie lactée, par une nuit claire d'été, à Mont-Laurier ou à Churchill Falls. C'est-à-dire bouche bée et les yeux pleins d'étoiles.

On doit à l'honorable Michèle Rivet, présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec, et au Barreau du Québec, l'initiative du colloque dont le livre ici étudié rassemble les travaux. Y sont exposées les grandes questions qui ont marqué les quinze années d'existence du TDPQ.

Les premières mesures donnent le ton. Le juge, « arbitre de valeurs », « fiduciaire du contrat social » et « citoyen du monde », étend à des réalités nouvelles le concept qu'on croyait étriqué. Il porte au monde la lumière, mais non content de son œuvre prométhéenne, il veut en plus nous convaincre de son essence divine. Tel Hercule, il « interprète les droits fondamentaux en constant équilibre à la fois fluide et stable », ce qui le distingue de son vaporeux cousin Hermès, simple bouche du droit « neutre et rigide ». Vraiment, la métaphore de Dworkin rappelle l'arbre vivant de l'affaire *Edwards*: elle n'a pas encore rencontré ses limites naturelles.

Tout n'est pas rose, pourtant, au pays de la Charte. Comme au temps de la chute de Rome, le morcellement des juridictions fait craindre le retour du Wisigoth. Sur ce point, les auteurs sont unanimes : la cohésion du système judiciaire exige le bannissement du *forum shopping*.

De son côté, le doyen Frémont joue les trouble-fête. Il se dit sceptique quant à la nature quasi-

constitutionnelle de la Charte québécoise et déplore que l'on traite ce texte comme faisant partie du droit commun québécois, ce qui provoque une certaine confusion dans son rapport au Code civil. Jacques Frémont rappelle que le TDPQ ne jouit pas d'une exclusivité de compétence, compétence qui a d'ailleurs été restreinte par les décisions de la Cour d'appel. Au surplus, le Tribunal semble incapable d'établir un *stare decisis* solide.

Le justiciable peut néanmoins se réjouir des efforts qu'ont déployés les artisans du TDPQ afin d'assouplir la procédure, notamment au chapitre de l'intérêt suffisant des intervenants. Par ailleurs, l'omission de faire parvenir au Procureur général un avis d'intention ne mène plus de façon automatique au rejet de la cause; on suspendra plutôt l'audition, tempérant ainsi la rigueur de l'article 95 C.p.c.

Certes, les tribunaux des droits de la personne du pays ont le vent dans les voiles aujourd'hui, mais ils n'ont pas connu qu'un long âge d'or. Avec les changements de gouvernements et les budgets serrés naquirent des contraintes nouvelles, propres à aggraver les retards déjà importants dans le traitement des dossiers, et les haut-fonctionnaires en charge ont dû rivaliser d'imagination pour y faire face. Les solutions apportées vont du refus de prendre en charge certains types de dossiers à l'abolition pure et simple d'une commission (en Colombie-Britannique).

En provenance de la Colombie-Britannique, les résultats préliminaires d'une étude statistique menée par William Black révèlent que la

médiation devant le Tribunal des droits de la personne de cette province est un succès. Le procédé s'avère plus rapide, moins coûteux, très efficace, et affiche un haut taux de satisfaction chez les parties.

Dans une perspective plus vaste, on assiste à une appropriation des chartes par le citoyen. Il est désormais possible de réclamer des réparations constitutionnelles devant les tribunaux administratifs. Cette accessibilité accrue des recours n'ouvre pas la porte à tous les excès, par contre, car les remèdes disponibles excluent les déclarations générales d'invalidité. Le décideur doit donc se restreindre à la déclaration d'inopérabilité d'une disposition donnée dans un cas particulier. De plus, la norme de décision correcte s'applique à la révision des décisions des tribunaux administratifs en matière de chartes.

Denis Nadeau, professeur à la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa, fait le récit des bouleversements qu'ont provoqués les *Human Rights Codes* dans le domaine du droit du travail. Au cœur de sa réflexion, l'arrêt *Parry Sound*¹ qui sonne le glas des mentalités contractualistes étroites : quelle que soit l'intention subjective des parties, les droits de la personne s'imposent pleinement à elles, et l'arbitre, autrefois confiné au cadre de la convention, doit contraindre l'employeur au respect de la Charte.

Plus loin, le lecteur est invité à s'interroger sur la coexistence, en jurisprudence, de plusieurs schèmes d'analyse en matière de discrimination, suivant la spécialité des instances dont on sollicite l'intervention. « Celles-ci deviennent en effet exposées à l'interférence des principes et des règles qui sont particulières à leur propre domaine d'expertise »². Un exemple de cet état de fait nous est donné par le traitement, en droit du travail, des tests de sélection à l'embauche. À titre de spécialistes en relations du travail, les arbitres de griefs auront tendance à se préoccuper davantage de l'équité du processus d'embauche que de sa substance. Aussi légitime que soit ce souci d'assurer l'équilibre formel des droits des parties, cette approche risque d'occulter les problèmes de discrimination systémique que certains tests de sélection engendrent. Seul un tribunal comme le TDPQ place les droits fondamentaux de la personne au centre de son schème de référence.

Pour illustrer la chose, la professeure Diane L. Demers compare l'affaire *Grismer*³ et l'affaire *Cadieux*⁴, l'une focalisant sur l'atteinte à un droit protégé, l'autre sur l'immunité des corps publics. Dans la première, le *Superintendent of Motor Vehicles* de Colombie-Britannique édicte une exigence de champ visuel pour les conducteurs, qui est jugée discriminatoire à sa face même. Par

¹ *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157.

² Rapport de synthèse par le professeur Gilles Trudeau, p. 502.

³ *Terry Grismer (Succession) c. Superintendent of Motor Vehicles de la Colombie-Britannique*, [1999] 3 R.C.S. 868.

⁴ *Montréal (Communauté urbaine) c. Cadieux, C.A. Montréal*, n° 500-09-007230-980.

conséquent, le fardeau de preuve a été transféré au Surintendant qui devait alors « prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la norme discriminatoire avait une justification réelle et raisonnable » et « [qu']il était impossible d'incorporer dans la norme des aspects d'accommodement individuel sans qu'il en résulte une contrainte excessive ». Dans l'affaire *Cadieux*, la Cour d'appel s'est campée sur l'immunité traditionnelle des organismes publics dans l'adoption des normes. Des dommages-intérêts ne peuvent être réclamés pour l'application licite d'une norme d'embauche discriminatoire que lorsque celle-ci a été adoptée de mauvaise foi ou dans un contexte qui amène la Cour à conclure à un abus de droit.

On voit par là à quel point il est épuisant d'exercer sa profession au sein de la magistrature canadienne.

Bien que l'objet du litige fût différent dans *Grismer* et dans *Cadieux*, on peut souhaiter l'avènement d'une grille d'analyse unique en ces matières. Pour l'instant, les corps publics ne sont pas tenus par une obligation de diligence dans la prise de règlements, et le recours en dommages-intérêts est généralement exclu dans les cas d'invalidation par le biais des articles 52 des Chartes québécoise ou canadienne.

Selon Pierre-Yves Bourdeau, il y aurait lieu de distinguer les normes suivant leur nature politique ou opérationnelle, de telle sorte que l'adoption d'une norme purement

opérationnelle, par exemple un critère d'embauche, puisse faire l'objet d'un recours en dommages-intérêts sans qu'il soit nécessaire de démontrer la mauvaise foi de l'autorité réglementaire. Voilà qui achèverait une synthèse opportune des défenses de droit privé, notamment celle du caractère juste et raisonnable des normes d'embauche, et des méthodes de droit public. Ne prenons, à titre d'exemple, que l'article premier de la Charte canadienne : « [...] dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société juste et démocratique ».

Le parallèle établi avec l'article premier de la Charte canadienne est développé plus avant par M^e Christian Brunelle, de l'Université Laval. Au lieu de faire appel à un *balancing test* lorsque deux droits protégés par la Charte québécoise entrent en conflit, les tribunaux gagneraient à adopter l'analyse en deux temps du test d'*Oakes*⁵ : 1^o Y a-t-il atteinte à un droit protégé dont jouit le plaignant ? 2^o Est-elle justifiée ? L'avantage évident d'une telle approche réside dans la possibilité d'éviter la hiérarchisation des droits de la personne tout en opérant un renversement du fardeau de preuve lorsque la partie demanderesse subit *prima facie* une atteinte à un droit garanti. Le trio dissident, dans l'affaire *Amsellem*⁶, a choisi cette voie.

Si la grille d'analyse empruntée à l'arrêt *Oakes* a le mérite d'être claire et éprouvée, elle laisse en plan la

⁵ R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁶ *Syndicat Northcrest c. Amsellem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

difficile question des renonciations. Dans l'ordre privé, celles-ci sont monnaie courante. Sans doute est-ce cela qui a fait pencher la Cour suprême, dans *Amselem*, en faveur d'une comparaison des inconvénients que pourrait subir chaque partie dans l'éventualité où on ferait triompher le droit de l'autre. La majorité semble toutefois avoir omis d'étudier l'article 9.1 de la Charte québécoise, équivalent fonctionnel de l'article premier de la Charte canadienne.

D'aucuns se disent préoccupés par la disparité des remèdes accordés par les divers décideurs, relativement aux mêmes droits protégés. L'honorable Pierre J. Dalphond apporte un éclairage différent sur cette question : les réparations *demandées* sont très différentes d'une instance à l'autre ; que l'on ne se surprenne donc pas que les réparations *accordées* varient elles aussi. En tous les cas, la Cour d'appel du Québec veille au grain. Elle reste là pour s'assurer qu'en bout de ligne, la jurisprudence maintienne une certaine cohérence tout en respectant les compétences spécialisées des tribunaux administratifs.

Faisant écho aux propos de Jacques Frémont, l'avocate Sylvie Gagnon dit mal s'expliquer l'inféodation de la Charte québécoise, une loi fondamentale, au régime de responsabilité civile du Code civil. Les tribunaux québécois ont assimilé la discrimination à un délit ou à un quasi-délit, selon le cas, alors que les juridictions de common law

ont toujours refusé d'en faire un *tort*. Or, la Cour suprême a pris le contre-pied de la jurisprudence du Canada anglais dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*⁷, où les réparations accordées sous l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* sont soumises au régime général de la responsabilité civile avec sa triade classique : faute, dommage, lien de causalité. Cela ne va pas sans causer son lot de problèmes : comment s'astreindre à la notion traditionnelle de causalité lorsqu'on a affaire à un préjudice global, dont la source est plus diffuse ? M^c Gagnon résume la pensée de plusieurs de ses collègues lorsqu'elle affirme que la finalité régulatrice de la Charte, quant à certains comportements sociaux prohibés, doit conduire les cours à « écarter les principes axés sur la faute ». Les réparations fondées sur l'article 49 de la Charte doivent être conçues comme un droit autonome et prépondérant, distinct des remèdes de droit civil.

Et la famille ? Il manquait, dans ce tableau, l'élément par lequel la discrimination faite aux femmes se manifeste de la manière la plus insidieuse : la conciliation travail-famille. Bien des entreprises font la promotion d'une politique de façade sans pour autant apporter de changements substantiels dans les aménagements offerts aux nouveaux parents. Colleen Sheppard, de McGill, exprime un profond scepticisme quant à l'efficacité des solutions individuelles que peuvent offrir les tribunaux des droits de la personne.

⁷ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

Une transformation institutionnelle s'impose; avant tout, des services socialisés de garde d'enfants (le Québec est à l'avant-garde) afin de tuer dans l'œuf les arguments de contrainte excessive qui ne manquent jamais d'être soulevés dans le cadre d'un débat portant sur l'accommodement raisonnable de l'employée. En outre, la professeure Sheppard prône la syndicalisation du secteur des services (vente au détail, restauration, etc.), ce qui aurait pour effet d'étendre à une tranche plutôt démunie de la main-d'œuvre canadienne des conditions supérieures à ce que les lois du travail exigent.

En conclusion, nous dirons que tous les articles rassemblés au sein de l'ouvrage à l'étude, s'ils traitent de sujets variés, demeurent unis par un même esprit. Leurs auteurs se prononcent sans détour en faveur d'une extension toujours plus grande des concepts contenus dans les chartes, et se font les apôtres d'un État que l'observateur externe pourrait qualifier de *judge-ruled State*. Rien n'est trop beau pour faire respecter les droits de la personne: qu'un tribunal reste saisi d'une cause pour s'assurer que le gouvernement se plie à ses ordonnances, qu'il oblige la police à tenir des registres et des statistiques sur la race des prévenus, qu'il condamne à des dommages exorbitants dans un cas de discrimination multiple (sexe et âge, sexe et race, etc.). Pearl

Eliadis cite même les recommandations du rapport *Paying the Price*⁸, publié par la Commission ontarienne des droits de la personne dont elle a été présidente: établissement d'un Secrétariat à la diversité raciale, campagnes de sensibilisation et programmes subventionnés de formation en milieu de travail. Toutes ces pistes de solutions ont pour dénominateur commun une influence accrue des tribunaux là où, jusqu'à maintenant, l'Administration et les particuliers régnaient en maîtres.

La jurisprudence des droits fondamentaux de la personne a fait avancer la cause des minorités et pris la part du faible là où nul autre ne l'aurait fait. Ce sont là des bienfaits indéniables, mais même dans le domaine des relations industrielles, où les chartes ont eu et ont toujours un rôle antidiscriminatoire essentiel, le foisonnement des recours individuels risque d'affaiblir les institutions traditionnelles, à savoir «le syndicalisme et la négociation collective»⁹. Peut-être n'y a-t-il pas d'alternative.

Les journaux conservateurs jouent sans doute les populistes lorsqu'ils dénoncent la pratique de ces tribunaux spécialisés qui seraient la nouvelle chasse gardée d'une bande de professeurs de droit en mal d'un *power trip*. Il subsiste néanmoins une crainte que les thuriféraires des chartes ne réussissent jamais à dissiper: jusqu'où peut-on harna-

⁸ ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION, «Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling Inquiry Report», 2003.

⁹ Voir à ce sujet BRUNELLE, Christian, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, «La constitutionnalisation du droit du travail, un nouveau paradigme», (2007) 48 *Les Cahiers de droit* 5, 39-42.

cher les législatures et entraver les rapports privés sans exposer la société à des risques plus graves que les maux que l'on tente de prévenir par ces moyens ? Les tribunaux, en matière de droits de la personne, ont tant étendu le champ de leur activité qu'ils se tiennent aujourd'hui à la frontière du judiciaire et de l'ingénierie sociale. Souhaitons que les décideurs virent à gauche ou à droite, mais se gardent bien de faire un pas... *en avant*.