

Responsabilité extracontractuelle et harcèlement sexuel : le modèle d'évaluation peut-il être neutre ?

Louise Langevin

Volume 36, numéro 1, 1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043325ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043325ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Langevin, L. (1995). Responsabilité extracontractuelle et harcèlement sexuel : le modèle d'évaluation peut-il être neutre ? *Les Cahiers de droit*, 36(1), 99–123. <https://doi.org/10.7202/043325ar>

Résumé de l'article

Le modèle du « bon père de famille », ou de la personne raisonnable, utilisé dans l'évaluation de la faute extracontractuelle est loin d'être un modèle neutre et objectif. Il s'agit plutôt d'une norme essentiellement masculine et inéquitable pour les femmes. Pour démontrer son hypothèse, l'auteure trace un parallèle entre ce modèle d'évaluation et celui qui est employé dans les affaires de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile ». Dans ces deux domaines, peu importe le modèle auquel ont recours les tribunaux, ils tombent dans le piège de la neutralité: le modèle neutre n'existe pas et l'évaluation du caractère raisonnable passe par la lorgnette du juge. Pour rendre des décisions qui tiennent compte des réalités des femmes, les juges doivent se débarrasser des modèles d'évaluation prétendument neutres, qui ne font que masquer la réalité, et prendre en considération l'opinion des victimes.

Responsabilité extracontractuelle et harcèlement sexuel : le modèle d'évaluation peut-il être neutre* ?

Louise LANGEVIN**

Le modèle du « bon père de famille », ou de la personne raisonnable, utilisé dans l'évaluation de la faute extracontractuelle est loin d'être un modèle neutre et objectif. Il s'agit plutôt d'une norme essentiellement masculine et inéquitable pour les femmes. Pour démontrer son hypothèse, l'auteure trace un parallèle entre ce modèle d'évaluation et celui qui est employé dans les affaires de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile ». Dans ces deux domaines, peu importe le modèle auquel ont recours les tribunaux, ils tombent dans le piège de la neutralité : le modèle neutre n'existe pas et l'évaluation du caractère raisonnable passe par la loupe du juge. Pour rendre des décisions qui tiennent compte des réalités des femmes, les juges doivent se débarrasser des modèles d'évaluation prétendument neutres, qui ne font que masquer la réalité, et prendre en considération l'opinion des victimes.

The model of the « paterfamilias » or the reasonable person used in civil liability is far from being a neutral and objective model. Rather it is an

* L'auteure désire remercier M^c Marie-Claude Rioux pour son aide à la recherche, les professeures Nathalie Des Rosiers, de la Faculté de droit de l'Université de Western Ontario, Ann Robinson, de la Faculté de droit de l'Université Laval, et Michelle Boivin, de la Faculté de droit, Section de droit civil, de l'Université d'Ottawa, et M^c Maurice Drapeau, de la Direction de la recherche de la Commission des droits de la personne du Québec, pour leurs judicieux conseils. La recherche pour le présent article a été en partie réalisée grâce à une subvention du Conseil de recherches en sciences humaines.

** Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

essentially masculine norm that disadvantages women. To prove her hypothesis, the author draws a parallel between this evaluation model and the one used in hostile work environment sexual harassment cases. In both areas, no matter the model chosen by courts, they all fall into the trap of neutrality: a neutral model does not exist; the evaluation of reasonableness depends on the judge. To render decisions that consider women's realities, judges must get rid of those supposedly neutral models that only hide reality then take into account the victim's point of view.

	Pages
1. Critique de la neutralité du modèle du « bon père de famille » en responsabilité extracontractuelle	102
1.1 La nature du modèle	103
1.2 Critique féministe du modèle.....	105
2. Le parallèle : critique de la neutralité du modèle d'évaluation dans les affaires de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile »	109
2.1 Critique des différents modèles d'évaluation.....	109
2.2 Le modèle proposé dans l'affaire <i>Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi</i> : progrès ou recul ?	116
2.3 Proposition : rejet du critère de la raisonnabilité	118
Conclusion.....	122

Certaines juristes ont soutenu que le *Code civil du Bas Canada* constituait un instrument de protection des droits et libertés bien avant l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ du Québec et les changements qu'elle a apportés dans le droit. Ainsi, le concept de faute de l'article 1053 C.c.B.C. a été qualifié de « véritable Charte des droits, puisqu'il fournit à la victime d'une atteinte à un droit fondamental le moyen d'obtenir la réparation du dommage subi² ».

1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

2. M. CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », (1978) 56 *R. du B. can.* 197, 199 ; voir aussi M. CARON, « Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés », (1985) 45 *R. du B.* 345 ; D. PINARD, « Les dix ans de la Charte canadienne des droits et libertés et le droit civil québécois : quelques réflexions », (1992) 24 *R.D. Ottawa* 193, 222 et suiv. ; *contra* : B. VIZKELETY, « Discrimination, the Right to Seek Redress and the Common Law: A Century-Old Debate », (1992) 15 *Dalhousie L.J.* 304.

Que le *Code civil du Bas Canada* eût le potentiel pour protéger les droits et libertés est indéniable, car les concepts de faute et d'ordre public étaient libellés de façon assez large pour remplir cette tâche. Cependant, tout autre est la question de son efficacité réelle dans ce domaine. Il serait inexact d'affirmer, aujourd'hui, que le *Code civil du Bas Canada*, et son interprétation par les tribunaux, a été un instrument de protection des droits des minorités³. Compte tenu de sa philosophie libérale, tel n'était pas son objectif, et les tribunaux ne lui ont pas accordé ce rôle⁴.

Plusieurs historiennes et juristes féministes ont d'ailleurs dénoncé le caractère oppressif du *Code civil du Bas Canada* envers les femmes, surtout en droit de la famille⁵. D'autres domaines du droit civil, comme le droit de la responsabilité extracontractuelle, ont aussi été discriminatoires envers les femmes. Parmi les différents problèmes que rencontrent les femmes dans ce domaine⁶ figure l'utilisation du modèle d'évaluation du « bon père de famille ». Cette règle de droit civil a-t-elle vraiment été pour les femmes un instrument de protection de leurs droits, cette « véritable Charte des droits⁷ » ?

À partir d'un cadre théorique féministe⁸, nous remettons en question le contenu du concept prétendument neutre et objectif du « bon père de fa-

-
3. Il existe bien certains jugements exceptionnels. Voir *Gooding c. Edlow Investment Corp.*, [1966] C.S. 436, où un locateur a été condamné en vertu de l'article 1053 C.c.B.C. pour avoir refusé de louer un logement à une femme de couleur noire.
 4. Ainsi l'affirme avec justesse M. Tancelin : « Le droit civil est une machine à reproduire les inégalités réelles au nom de l'égalité idéale » ; M. TANCELIN, *Des obligations : l'acte illégitime et les modes d'exécution*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 234, note 1489.
 5. Voir M. SINEAU et É. TARDY, *Droits des femmes en France et au Québec, 1940-1990*, Montréal, Les éditions du Remue-ménage, 1993 ; LE COLLECTIF CLIO, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, 2^e éd., Montréal, Le Jour, 1992, pp. 163-169 ; M.-F. BICH, « Pater Familias et Imbecillitus Sexus : vagabondages socio-juridiques et cri(s) du cœur », dans H. DUMONT (dir.), *Femmes et droit, 50 ans de vie commune... et tout un avenir, Les journées Maximilien-Caron 1991*, Montréal, Thémis, 1993, p. 245 ; M. BOIVIN, « L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique », (1986) 2 *R.J.F.D.* 53 ; M. CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », *loc. cit.*, note 2, 220.
 6. Sur les effets néfastes de certains principes de la responsabilité extracontractuelle sur les femmes, voir L. LANGEVIN, « Les difficultés d'indemnisation des femmes : l'indemnisation des frais d'entretien d'un enfant né à la suite d'une grossesse résultant d'une faute médicale », (1994) 19 *Queen's L.J.* 469.
 7. M. CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », *loc. cit.*, note 2.
 8. Par cadre théorique féministe, nous entendons le recours à une perspective qui tient compte des positions et des réalités des femmes dans la société, et qui propose des solutions de rechange. Ce cadre est spécialement important en matière de harcèlement

mille», maintenant remplacé par l'expression «personne raisonnable». Loin d'être un modèle neutre qui s'adapte aux circonstances particulières, cette norme se réfère à un modèle essentiellement masculin et est inéquitable pour les femmes. Pour démontrer notre hypothèse, nous analysons les différents modèles d'évaluation utilisés dans les cas de harcèlement sexuel du type «environnement de travail hostile».

Le traitement judiciaire de ces cas constitue un excellent terrain d'enquête pour démontrer le caractère androcentrique du modèle d'évaluation dans ce domaine et en matière de responsabilité extracontractuelle, puisque les deux matières partagent plusieurs aspects communs. D'abord, le harcèlement sexuel constitue un comportement jugé fautif en vertu de l'article 1457 du *Code civil du Québec*. Ensuite, ce secteur des droits et libertés en plein essor fait appel à un modèle d'évaluation universel et connaît les mêmes tergiversations que le modèle du «bon père de famille» en responsabilité extracontractuelle. Les difficultés que rencontrent les tribunaux dans la recherche d'un modèle d'évaluation adéquat nous éclairent donc sur la véritable nature du modèle d'évaluation. Dans ces deux domaines, les tribunaux sont à la recherche d'un modèle universel d'évaluation des comportements qui ne soit ni trop abstrait, ni trop subjectif. Et dans cette quête de l'équilibre, les tribunaux tombent dans le piège de la neutralité : comme un modèle neutre n'existe pas, la raisonabilité passe nécessairement par la lorgnette du juge. Les femmes doivent donc être conscientes de cet état de fait et ne pas se laisser leurrer par la nouvelle sensibilité des tribunaux à leur égard. Il n'est pas certain que leurs réalités fassent vraiment partie de la norme juridique. Afin d'éviter le piège de la neutralité, nous proposons que les tribunaux laissent tomber tous les modèles d'évaluation basés sur la raisonabilité et qu'ils tiennent compte de l'opinion des victimes.

Après avoir remis en question le caractère neutre du modèle du «bon père de famille» utilisé dans l'évaluation de la faute extracontractuelle, nous traçons un parallèle avec les différents modèles d'évaluation employés dans les cas de harcèlement sexuel du type «environnement de travail hostile».

1. Critique de la neutralité du modèle du «bon père de famille» en responsabilité extracontractuelle

Dans l'évaluation du comportement fautif en matière de responsabilité extracontractuelle, le droit civil a recours au modèle du «bon père de famille», maintenant rebaptisé «personne raisonnable», comme standard

sexuel, puisque ce sont les femmes qui ont dénoncé ce comportement fautif et en ont décrit les paramètres à partir de leurs expériences personnelles.

de référence⁹. Ce changement de forme ne fait toutefois que masquer son caractère androcentrique.

1.1 La nature du modèle

Le modèle du « bon père de famille », ou de la personne raisonnable, sert à déterminer quel comportement aurait dû adopter l'auteur du préjudice¹⁰. Par « bon père de famille », on entend cet homme prudent, normal et avisé, et non un homme parfait¹¹.

Comme pour plusieurs standards juridiques¹², le modèle du « bon père de famille » prétend être un modèle universel, neutre et abstrait. Ce modèle neutre répondrait mieux aux objectifs d'indemnisation de la responsabilité extracontractuelle qu'un modèle subjectif. Si l'on retient un modèle concret, qui prend en considération toutes les circonstances particulières, tant externes qu'internes, une personne habituellement négligente agirait de façon cohérente par rapport à son comportement habituel et ne serait jamais tenue responsable. On préfère donc un modèle abstrait plutôt que concret et le comportement donné d'une personne est comparé à un comportement modèle généralement accepté dans la société.

Malgré son caractère à première vue abstrait, ce modèle sait faire preuve de flexibilité. D'abord, il s'adapte dans le temps, car il tient compte de l'évolution sociale. Il fait référence à des comportements socialement

-
9. Notons que le *Code civil du Québec* ne fait plus référence à cette norme, rectitude politique oblige. Il emploie plutôt l'expression « personne prudente et diligente ». Voir, entre autres, l'article 2138 C.c.Q. en matière de mandat. Le C.c.B.C. avait recours à cette norme. Voir, entre autres, l'article 1710 C.c.B.C. en matière de mandat, l'article 464 C.c.B.C. en matière d'usufruit. Elle apparaît aussi dans le code Napoléon, entre autres, à l'article 1137.
 10. La common law fait appel au modèle de l'homme raisonnable. Voir A.M. LINDEN, *Canadian Tort Law*, 5^e éd., Toronto, Butterworths, 1993, p. 117 et suiv. Pour une critique de ce modèle, voir O. REYNOLDS, « The Reasonable Man of Negligence Law : A Health Report on the Odious Creature », (1970) 23 *Okla. L. Rev.* 410. Pour une caricature de ce modèle, voir A.P. HERBERT, « Fardell v. Potts », dans *Uncommon Law, Being Sixty-six Misleading Cases Revised and Collected in one Volume*, Londres, Methuen, 1969, p. 1.
 11. Le passage suivant du juge Taschereau dans l'affaire *Ouellet c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521, 526, est certainement le plus cité pour décrire ce modèle : « Il se peut qu'il était possible qu'un accident semblable arrivât. Mais ce n'est pas là le critère qui doit servir à déterminer s'il y a eu oui ou non négligence. La loi n'exige pas qu'un homme prévoie tout ce qui est possible. On doit se prémunir contre un danger à la condition que celui-ci soit assez probable, qu'il entre ainsi dans la catégorie des éventualités normalement prévisibles. Exiger davantage et prétendre que l'homme prudent doit prévoir toute possibilité, quelque vague qu'elle puisse être, rendrait impossible toute activité pratique. »
 12. Pensons, par exemple, au modèle classique de l'égalité (les semblables traités de façon semblable), aux concepts de bonne foi et d'ordre public.

acceptables dans la société à un moment donné. Ainsi, un comportement jugé non fautif au début du siècle peut maintenant retenir la responsabilité de l'auteur ou de l'auteure. Par exemple, pensons aux poursuites pour harcèlement sexuel¹³ ou aux poursuites civiles pour agressions sexuelles¹⁴. Ainsi, la notion de faute ne serait pas définie en vase clos, mais elle tiendrait compte de la société :

La notion de faute, constamment façonnée et définie par la loi et la jurisprudence à travers chaque cas d'espèce, est ainsi soumise à une évolution dynamique, fonction des transformations de la société elle-même. Elle est le reflet relativement fidèle de la norme de conduite socialement acceptée à un moment précis de l'histoire d'un peuple¹⁵.

Outre qu'il s'adapte dans le temps, ce modèle s'adapte aussi à chaque cas particulier. Ainsi, le comportement de la personne ayant causé un préjudice est évalué en comparaison avec celui d'un bon père de famille abstrait, mais placé dans les mêmes circonstances¹⁶. Le comportement d'un médecin est évalué en fonction du comportement d'un médecin « bon père de famille » placé dans les mêmes circonstances¹⁷. De même, le comportement d'un enfant est comparé à celui d'un enfant du même âge placé dans les mêmes circonstances¹⁸.

Donc, malgré son caractère abstrait, il s'agirait en fait d'un modèle assez individualisé et souple, puisqu'il tient compte des circonstances particulières de chaque cas et des valeurs d'une société à un moment donné¹⁹.

13. Voir la partie 2 du présent texte.

14. *Gagnon c. Bécharde*, J.E. 89-590 (C.S.), J.E. 93-1326 (C.A.).

15. J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 82, n^o 110. L'auteur ne précise cependant pas quel segment de la société accepte cette norme de conduite.

16. Voir N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965.

17. Voir, entre autres, *Engstrom c. Courteau*, [1986] R.J.Q. 3048 (C.S.).

18. Contrairement au droit civil français (Cour de cassation, assemblée plénière, le 9 mai 1984, D. 1984. 525), le droit civil québécois exige la capacité de discernement pour retenir la responsabilité extracontractuelle d'une personne (art. 1457, al. 2 C.c.Q.). Voir : *Laverdure c. Bélanger*, [1975] C.S. 612 ; N. KASIRER, « The infans as bon père de famille : « Objectively Wrongful Conduct » in the Civil Law Tradition », (1992) 40 *Am. J. Comp. L.* 343.

19. « Cette méthode d'appréciation fait de la faute une notion extrêmement souple, dans laquelle le juge trouve un précieux instrument de contrôle de l'activité des hommes, et la possibilité de rendre une justice, non pas automatique comme il y serait conduit par la théorie du risque, mais humaine » : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 8^e éd. par F. Chabas, t. 2, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1991, p. 455, n^o 453.

1.2 Critique féministe du modèle

Malgré la neutralité relative du modèle²⁰, ses possibilités d'adaptation aux réalités sociales et sa nouvelle appellation de « personne raisonnable », éléments aussi présents chez la « personne raisonnable » de common law, il est bien difficile de croire à la neutralité de ce modèle juridique, qui ne fait qu'en masquer l'androcentricité²¹, car, en droit comme dans d'autres domaines du savoir, les femmes ont été mises à l'écart de la vie publique. Historiquement, il était dans l'ordre des choses que les hommes retiennent ce standard. Comme les femmes figuraient parmi les incapables²², assimilées aux faibles d'esprit, et ne pouvaient participer à la vie publique, le modèle de la « bonne mère de famille²³ », ou de la femme raisonnable, était une impossibilité, voire une aberration. Ainsi, elles n'ont pu participer à

-
20. J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 15, p. 96, n° 134, affirme : « Cette opération [tenir compte des circonstances particulières à l'espèce] n'a pas pour effet, comme on pourrait le croire, de détruire le caractère abstrait du type de comparaison, mais simplement de le *relativiser* » (l'italique est de nous).
21. Sur ce sujet, voir L.M. FINLEY, « A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course », (1989) 1 *Yale Journal of Law and Feminism* 41, 63 ; L. BENDER, « A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort », (1988) 38 *J. Legal Educ.* 3, 20-25 ; L. BENDER, « An Overview of Feminist Torts Scholarship », (1993) 78 *Cornell L. Rev.* 575, 579-580 ; « Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities », (1990) 39 *Duke L.J.* 848 ; A.C. SCALES, « Feminists in the Field of Time », (1990) 42 *Fla. L. Rev.* 95 ; T. DECOSTE, « Taking Torts Progressively », dans K. COOPER-STEPHENSON et E. GIBSON (dir.), *Torts Theory*, Toronto, Captus Press Publications, 1993, p. 240, 269 et suiv. Voir aussi R. UNIKEL, « Reasonable Doubts: A Critique of the Reasonable Woman Standard in American Jurisprudence », (1992) 87 *Nw. U.L. Rev.* 326 ; W. PARKER, « The Reasonable Person: A Gendered Concept ? », (1993) 23 *Vict. U. Wellington L. Rev.* 105 ; N.R. CAHN, « The Looseness of Legal Language: The Reasonable Woman Standard in Theory and in Practice », (1992) 77 *Cornell L. Rev.* 1398 ; R.K.L. COLLINS, « Language, History and the Legal Process: A Profile of the Reasonable Man », (1977) 8 *Rutgers-Camden L.J.* 311. Très peu de juristes du Québec se sont penchés sur cette question, ce qui est surprenant, compte tenu du biais évident de la norme et de ses conséquences néfastes pour les femmes. S'agit-il d'une norme tellement omniprésente que les juristes ne la voient plus ? Voir M.-F. BICH, *loc. cit.*, note 5, 247, 263 ; N. KASIRER, *loc. cit.*, note 18, n^{os} 33-37 ; M. BOIVIN, « Le féminisme en capsule : un aperçu critique du droit », (1992) 5 *R.F.D.* 357, 384. Du côté de la France, nous n'avons trouvé aucun auteur ni auteure remettant en question le contenu de cette norme.
22. En France, les femmes ont été considérées comme des incapables juridiques jusqu'au début des années 1940 (loi de 1938 et de 1942). Au Québec, il faudra attendre les années 1960 pour que les femmes acquièrent la capacité juridique : *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1963-1964, c. 66. Et ce n'est qu'en 1930 que les Canadiennes ont été incluses dans le terme « personne ». Voir *Edwards & Others c. Attorney General for Canada*, [1930] A.C. 124.
23. Sur le modèle de la bonne mère de famille, voir N. DES ROSIERS, « La responsabilité de la mère pour le préjudice causé par son enfant », (1995) 36 *C. de D.* 61.

l'élaboration des concepts juridiques. Il n'est pas surprenant que le modèle du « bon père de famille », ou de la personne raisonnable, dicte un modèle masculin d'évaluation des comportements sociaux et qu'il rejette par le fait même les réalités des femmes.

C'est d'abord en droit pénal que des juristes féministes ont dénoncé le caractère essentiellement masculin du modèle de la personne raisonnable et son incapacité à comprendre la réalité des femmes. Dans le cas des femmes battues qui tuent leur conjoint violent, les tribunaux leur avaient traditionnellement refusé d'invoquer la légitime défense car, du point de vue de l'homme raisonnable, la menace pour leur vie n'était pas considérée comme imminente. Dans l'affaire *R. c. Lavallée*, la juge Wilson établit bien la partialité du modèle de l'homme raisonnable dans cette situation particulière aux femmes et son effet préjudiciable pour celles-ci :

S'il est difficile d'imaginer ce qu'un « homme ordinaire » ferait à la place d'un conjoint battu, cela tient probablement au fait que, normalement, les hommes ne se trouvent pas dans cette situation. Cela arrive cependant à certaines femmes. La définition de ce qui est raisonnable doit donc être adaptée à des circonstances qui, somme toute, sont étrangères au monde habité par l'hypothétique « homme raisonnable »²⁴.

Dans la même foulée, dans l'affaire *R. c. McCraw*²⁵, où il s'agissait de déterminer si une menace de viol constituait une menace de causer des blessures graves au sens de l'article 264.1 (1) a du *Code criminel*, le juge Cory de la Cour suprême a précisé que le « merveilleux personnage juridique fictif qu'est la personne raisonnable ordinaire » est constitué d'au moins 50 p. 100 de femmes²⁶. Il faut donc tenir compte du point de vue des femmes lorsqu'il s'agit de déterminer si une menace de viol constitue une menace de causer des blessures graves pour une personne raisonnable.

Ces deux affaires de la Cour suprême ne constituent-elles pas la preuve que la réalité sociale et juridique a évolué ? Plusieurs manifestations nous laissent croire que le modèle de la personne raisonnable connaît une évolution favorable aux femmes. La nouvelle place qu'occupent les femmes dans la société l'a certainement influencé. Comme le droit provoque rarement des changements fondamentaux dans la société et qu'il est plutôt à leur remorque, on peut penser que le modèle de la personne raisonnable est à l'image de la société et qu'il est maintenant moins sexiste et moins teinté par les

24. *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 874.

25. *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.

26. *Id.*, 85.

stéréotypes²⁷. Le modèle du bon père de famille ne fait-il pas maintenant partie du musée des bizarreries et « dinosaures » juridiques²⁸ ?

D'abord, il ne faut pas se laisser séduire par la nouvelle appellation. Quoiqu'elle dénote certainement le caractère anachronique et les préjugés de l'ancienne appellation et une certaine ouverture envers la réalité des femmes — rectitude politique oblige —²⁹, on peut se demander s'il s'agit d'un maquillage plutôt que d'un véritable changement de fond. Il est intéressant de noter que, pour certains auteurs civilistes français, il ne fait aucun doute que le bon père de famille était un homme. Ainsi, dans leur édition de 1947³⁰, H. Mazeaud et L. Mazeaud sont on ne peut plus directs dans la description du modèle d'évaluation de la faute extracontractuelle :

On comparera donc la conduite d'une femme ou d'un enfant à celle d'un individu avisé ; on déclarera cette femme ou cet enfant en faute alors même qu'une autre femme ou qu'un autre enfant de même âge aurait suivi la même ligne de conduite, du moment qu'un individu avisé se serait comporté autrement.

-
27. Voir M. BOIVIN, « Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne », (1995) 36 *C. de D.* 27, où l'auteur analyse certaines décisions de la Cour suprême du Canada qui ont reconceptualisé l'image de la femme, à partir des expériences des femmes et non à partir du paradigme masculin de la femme.
28. Cette expression est aussi employée par D. PINARD, « Le langage et l'interprétation dans le droit : au masculin seulement », dans H. DUMONT (dir.), *op. cit.*, note 5, pp. 199, 214.
29. J.-L. BAUDOIN a changé d'expression dans l'édition de 1985 de son ouvrage *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 65, n° 110 : « La faute civile est constituée par l'écart séparant le comportement de l'agent de celui du type abstrait et objectif de la personne raisonnable, prudente et diligente, du bon citoyen (du « bon père de famille », disait-on auparavant). » Quant à M. Tancelin, dans sa nouvelle édition de 1993, *Des obligations : l'acte illégitime et les modes d'exécution*, *op. cit.*, note 4, n° 427, il utilise des guillemets en employant l'expression « bon père de famille ». F. Chabas, dans la 8^e édition des *Leçons de droit civil* de H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 19, met l'expression entre guillemets (n° 448). Quant à G. Viney, *Les obligations : la responsabilité : conditions*, *Traité de droit civil*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 462, elle souligne le caractère désuet de l'expression « bon père de famille ». Voir *Houle c. B.C.N.*, [1990] 3 R.C.S. 122, 151, où la juge L'Heureux-Dubé emploie l'expression « personne raisonnable et prudente » comme synonyme du concept de « bon père de famille ». Voir le juge Hugessen qui dénonce le stéréotype de l'homme raisonnable et du bon père de famille : *Thibaudeau c. Ministre du revenu national*, [1994] 2 C.F. 189 (C.A.). Voir aussi *Faucher-Grenier c. Laurence*, [1987] R.J.Q. 1109, 1115 (C.S.), où la juge remplace le test objectif de l'homme raisonnable par celui de la femme raisonnable, ou encore *Augustus c. Gosset*, [1990] R.J.Q. 2641, 2653 (C.S.), où le juge remplace l'expression *reasonable man* par *reasonable person*.
30. H. MAZEAUD et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4^e éd., t. 1, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 451, n° 485. Ce passage est disparu dans la 5^e édition de 1957.

Le sexe de cet « individu avisé » ne crée aucun doute. Le changement d'appellation aurait pu être significatif, mais un passé si lourd ne s'efface pas en le maquillant.

Ensuite, il ne faut pas se laisser bernier par le caractère individualisé du modèle. Puisqu'on tient compte de circonstances particulières à chaque affaire, comme l'âge, le modèle peut sembler facilement adaptable et il peut même faire preuve de tolérance à l'égard des différences³¹. Ainsi, dans l'évaluation du caractère fautif du comportement d'une femme, les tribunaux se réfèrent au comportement de la « femme » raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Cependant, même si les tribunaux peuvent tenir compte du sexe et évaluent le comportement d'une femme à celui d'une femme prudente et diligente, il s'agit du comportement de la femme prudente et diligente telle qu'elle a été définie par les hommes³². Donc, que le modèle soit concret ou abstrait, le standard demeure toujours masculin.

Les auteurs Marty et Raynaud délimitent bien la nature du modèle de la personne avisée : « [Le juge] risque de s'interroger beaucoup lui-même, lorsqu'il a une opinion à se former sur le modèle normal de conduite³³. »

Malgré une certaine prise de conscience des préjugés derrière le modèle du « bon père de famille », le changement de forme en faveur du modèle de la personne raisonnable ne fait que souligner davantage son caractère androcentrique.

-
31. Cependant, tel ne semble pas être le cas pour les différences ethniques. Voir l'affaire *Goodwin c. Commission scolaire Laurenlval*, [1991] R.R.A. 673 (C.S.), où le juge refuse de tenir compte de l'origine ethnique du défendeur et lui applique le modèle de la personne raisonnable nord-américaine, et non cambodgienne. Cet arrêt soulève aussi la question du conflit entre les valeurs de la société québécoise et celles des immigrants, et la diversité culturelle.
32. Voir C. MACKINNON, « Difference and Dominance: On Sex Discrimination », dans C. MACKINNON, *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 32. Cette idée est reprise dans T. DECOSTE, *loc. cit.*, note 21. Voir la discussion, *infra*, sur les problèmes que soulève le modèle de la femme raisonnable.
33. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 2, vol. 1: *Les obligations*, Paris, Sirey, 1962, p. 391, n° 400. La même idée est reprise par C.M. AUBRY et C.F. RAU, *Droit civil français*, 7^e éd., t. 6, Paris, Litec, 1975, p. 529, n° 353 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 19, p. 450, n° 450 ; et M. TANCELIN, *op. cit.*, note 4, p. 26, n° 427. Voir aussi O. REYNOLDS, *op. cit.*, note 10, 416, qui partage cette idée, mais voir l'opinion contraire de A.M. LINDEN, *op. cit.*, note 10, p. 120.

2. Le parallèle : critique de la neutralité du modèle d'évaluation dans les affaires de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile »

La question de la neutralité du modèle d'évaluation est aussi soulevée en matière de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile ». L'analyse de l'utilisation de ce type de modèle dans un domaine des droits et libertés en pleine évolution est pertinente, car elle nous éclaire sur la vraie nature de ce modèle et nous permet d'en voir les limites. Peu importe le modèle d'évaluation retenu, celui de la personne raisonnable, de la femme raisonnable ou de la victime raisonnable, nous y retrouvons le même piège qu'en matière d'évaluation de la faute extracontractuelle : la neutralité n'existe pas et les opinions personnelles du ou de la juge priment.

À la lumière de la critique des différents modèles d'évaluation qui peuvent être retenus et du modèle élaboré dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, nous proposons de rejeter tout critère d'évaluation basé sur la raisonnable. Seuls les effets subis par la victime et son opinion doivent être considérés par les tribunaux.

2.1 Critique des différents modèles d'évaluation

Comme les affinités entre la responsabilité extracontractuelle et le harcèlement sexuel sont grandes, il ne faut pas s'étonner que les tribunaux aient recours en matière de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile » au même modèle d'évaluation qu'en cas de faute extracontractuelle. D'abord, le harcèlement sexuel, peu importe le type³⁴, constitue une faute extracontractuelle au sens des articles 1053 C.c.B.C.³⁵ et 1457

34. Dans l'affaire *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, 1283, le juge Dickson a reconnu que tant le harcèlement sexuel avec des conséquences économiques que celui sans conséquences économiques, mais qui empoisonne le climat de travail, constituent du harcèlement sexuel : « À mon sens, il n'est plus besoin de qualifier le harcèlement en fonction de l'une de ces catégories. Ce qui importe surtout dans les allégations de harcèlement sexuel, c'est qu'une conduite de nature sexuelle non sollicitée existe en milieu de travail, indépendamment du fait que le harcèlement ait eu ou non parmi ses conséquences la privation d'avantages concrets reliés au travail comme sanction du refus de participer à des activités sexuelles. »

35. Dans l'affaire *Foisy c. Bell Canada*, [1984] C.S. 1164, la juge a déclaré que le harcèlement sexuel du type « donnant, donnant » constitue une faute en vertu de l'article 1053 C.c.B.C. Voir aussi *M. (M.) c. P. (Y.)*, [1992] R.R.A. 333, 340 (C.Q.), qui reconnaît que la Charte québécoise « crée des obligations légales dont il s'ensuit que leurs manquements constituent des délits ou des quasi-délits auxquels on peut appliquer le régime de responsabilité extracontractuelle prévu à l'article 1053 C.c.B.-C. ». Le harcèlement sexuel constitue aussi un accident du travail, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les accidents du travail et les*

C.c.Q. La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* et la nouvelle rédaction de l'article 1457 C.c.Q. renforcent cette interprétation jurisprudentielle. Comme l'article 10.1 de la Charte québécoise interdit le harcèlement sexuel³⁶ et la Disposition préliminaire prévoit que le Code civil doit s'interpréter en harmonie avec la Charte, il s'agit donc d'un comportement prohibé par une règle de conduite imposée par la loi et qui constitue une faute, selon les termes de l'article 1457 C.c.Q.

Ensuite, tout comme en matière d'évaluation de la faute extracontractuelle, le harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile » soulève le problème de l'évaluation de la nature des gestes et des paroles reprochés. Des études révèlent que les hommes et les femmes expriment des différences de perception sur la nature et les effets de certains gestes à caractère sexuel posés dans le cadre du travail³⁷. Pour les femmes, certains gestes équivaudront clairement à du harcèlement sexuel ; pour les hommes, il s'agira au pire d'un comportement de mauvais goût. Les tribunaux doivent-ils alors retenir un modèle d'évaluation abstrait ou concret ? Le point de vue du prétendu harceleur³⁸, de l'homme raisonnable, de la per-

maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3.001. Voir, entre autres, *Fédération des employés et employées de services publics Inc. (C.S.N.) c. Béliveau Saint-Jacques*, [1991] R.J.Q. 279 (C.A.). Le rapprochement ici tracé entre le harcèlement sexuel comme comportement fautif en vertu de l'article 1457 C.c.Q. et le harcèlement sexuel comme violation d'un droit protégé par la Charte québécoise ne cherche pas à nier l'autonomie formelle de celle-ci et de ses recours, mais plutôt à éclairer la nature du modèle d'évaluation. Voir M. DRAPEAU, *infra*, note 93 ; G. OTIS, *infra*, note 94. Il est à noter que le principe élaboré dans l'affaire *Seneca College c. Bhaduria*, [1981] 2 R.C.S. 181, voulant que les lois sur les droits de la personne empêchent toute action civile fondée sur une violation des dispositions de la loi et sur toute action découlant de la common law ne s'applique pas au Québec.

36. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, art. 14.
37. Voir, entre autres, COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Attentions sexuelles non sollicitées et harcèlement sexuel, résultats d'un sondage auprès des Canadiens*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983. Plusieurs études américaines sur le harcèlement sexuel ont signalé les différences de perception entre les hommes et les femmes. Voir, entre autres, les études citées par W. POLLACK, « Sexual Harassment: Women's Experience vs. Legal Definitions », (1990) 13 *Harv. Women's L.J.* 35, 52, note 56.
38. Ce point de vue n'a pas été officiellement retenu par la jurisprudence et la doctrine en matière de violation des droits et libertés, puisque la perception et l'intention du défendeur ne sont pas pertinentes. Il s'agit plutôt de mesurer l'effet du comportement du défendeur sur les droits de la victime. Voir *Commission des droits de la personne du Québec c. L'Homme*, (1980) 3 C.H.R.R. 849 (C.A.) ; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. Cependant, dans la mesure où l'attitude du prétendu harceleur peut représenter un comportement acceptable pour un certain segment de la société et pour le juge, le point de vue du harceleur pourra être indirectement retenu.

sonne raisonnable, de la femme raisonnable, ou encore de la victime raisonnable ?

Aux États-Unis³⁹, en cas de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile », la question du modèle à adopter pour évaluer la nature des comportements reprochés a suscité beaucoup d'intérêt⁴⁰. La Cour suprême des États-Unis s'est d'ailleurs prononcée dernièrement sur ce standard, précisant ainsi le test qu'elle avait déjà élaboré dans l'affaire *Meritor Savings Bank v. Vinson*⁴¹. À la suite de cette affaire, où la Cour suprême n'avait cependant pas clairement spécifié le standard à adopter, les tribunaux avaient élaboré deux modèles d'évaluation. Certains avaient appliqué le critère de la personne raisonnable⁴². Ce critère avait été critiqué parce qu'il maintenait le *statu quo* en raison de son incapacité à comprendre les réalités des femmes victimes de harcèlement sexuel. D'autres tribunaux avaient plutôt eu recours au modèle de la femme raisonnable ou de la victime raisonnable⁴³. Dans la récente affaire *Harris c. Forklift Systems Inc.*⁴⁴, la Cour suprême a imposé un modèle à la fois objectif et subjectif : le comportement reproché doit être suffisamment grave pour créer un environnement de travail hostile ou abusif, un environnement qu'une personne

39. L'expérience américaine dans ce domaine est pertinente, car le phénomène du harcèlement sexuel y a été reconnu plus tôt qu'au Canada, et les décisions jurisprudentielles américaines ont eu une influence sur les tribunaux canadiens. Catherine MacKinnon a été la première à identifier ce genre de harcèlement sexuel : voir C. MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women, A Case of Sex Discrimination*, New Haven, Yale University Press, 1979. Pour un résumé de l'état de la question aux États-Unis, voir A.P. AGGARWAL, *Sexual Harassment in the Workplace*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1992, p. 16.

40. Voir, entre autres, la doctrine citée aux notes 21, 43 et 44, qui ne représente qu'une petite partie de la documentation publiée sur ce sujet.

41. *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986). Cette affaire a reconnu le harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile », sans conséquences économiques immédiates. La Cour a décidé que le harcèlement sexuel constituait de la discrimination basée sur le sexe contrairement au Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, 42 U.S.C., par. 2000 e) et suiv.

42. Voir *Rabidue c. Osceola Refining Co.*, 805 F.2nd 611 (6th Cir. 1986).

43. Voir l'opinion dissidente dans *Rabidue c. Osceola Refining Co.*, précité, note 42 ; *Ellison c. Brady*, 924 F.2nd 872 (9th Cir. 1991). Voir T. LESTER, « The Reasonable Woman Test in Sexual Harassment Law — Will it Really Make a Difference? », (1993) 26 *Ind. L. Rev.* 227 ; L. DENNISON, « An Argument for the Reasonable Woman Standard in Hostile Environment Claims », (1993) 54 *Ohio St. L.J.* 473 ; N.S. EHRENREICH, « Pluralist Myths and Powerless Men : The Ideology of Reasonableness in Sexual Harassment Law », (1990) 99 *Yale L.J.* 1177 ; W. POLLACK, *loc. cit.*, note 37.

44. *Harris v. Forklift Systems Inc.*, 114 S.Ct. 371 (9 novembre 1993). Pour un commentaire sur cette affaire, voir J.L. DOLKART, « Hostile Environment Harassment : Equality, Objectivity, and The Shaping of Legal Standards », (1994) 43 *Emory L.J.* 151.

raisonnable trouverait hostile ou abusif, et la victime doit subjectivement percevoir cet environnement comme abusif⁴⁵.

Dès le début des années 1980, cette question a retenu l'attention autant en doctrine⁴⁶ qu'en jurisprudence canadiennes⁴⁷. Dans ce domaine au Canada et au Québec, de façon générale, deux éléments doivent être prouvés : le caractère non désiré des gestes à connotation sexuelle de même que leur caractère continu et répétitif, qui contribuent à créer un environnement de travail hostile pour la victime. Pour évaluer le caractère non désiré des gestes, les tribunaux ont appliqué un standard objectif, soit celui de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que le défendeur⁴⁸. Ce standard est-il avantageux pour les plaignantes ?

Il le semble, puisqu'il met de côté le modèle de l'homme raisonnable, qui n'a pas vécu ce genre de situation et ne peut comprendre la réalité des femmes victimes. Cependant, même si ce standard objectif est plus sensible aux réalités des femmes, il est loin d'être avantageux pour les plaignantes. Le modèle asexué de la personne raisonnable existe-t-il vraiment, surtout dans ce domaine où les perceptions varient en fonction du sexe ? Qui se cache derrière cette personne raisonnable ? À qui les juges font-ils référence en appliquant ce modèle ? L'affaire *Lamers c. Pacific Building Maintenance Ltd.*⁴⁹ constitue un bon exemple du piège de la neutralité que présente le

-
45. « The harassing conduct must be sufficiently « severe or pervasive enough to create an objectively hostile or abusive work environment — an environment that a reasonable person would find hostile or abusive », and that the victim must « subjectively perceive the environment to be abusive » » : *Morris v. Forklift Systems Inc.*, précité, note 44, 370.
46. Voir C. BACKHOUSE, « Comments — Bell v. The Flaming Steer Steak House Tavern : Canada's First Sexual Harassment Decision », (1981) 19 *U.W.O.L. Rev.* 141, 145 ; L. LAMARCHE, « Définition du harcèlement sexuel prohibé sur les lieux du travail en droit canadien », (1986-88) 2 *R.J.F.D.* 113, 131 ; G. EDEN, « Sexual Harassment at Arbitration », (1993) *Labour Arbitration Year Book* 117, 126 ; M. DRAPEAU, *Le harcèlement sexuel au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 93 ; A.P. AGGARWAL, *op. cit.*, note 39, p. 70.
47. Voir *Re C.U.P.E. and Office & Professional Employees*, (1982) 4 L.A.C. (3d) 385, 402 (Ont.) ; *Cuff c. Gypsy Restaurant*, (1987) 8 C.H.R.R. D/3972, D/3981 (Commission des enquêtes, Ont.).
48. Une personne raisonnable, ayant posé les mêmes gestes que le défendeur, aurait dû savoir que ceux-ci étaient non désirés de la part de la plaignante, compte tenu de sa réaction. Voir, entre autres, *Butt c. Smith*, (1994) 20 C.H.R.R. D/39 (Commission des enquêtes, T.-N.) ; *Contenti c. Gold Seats Inc.*, (1994) 20 C.H.R.R. D/74 (Commission des enquêtes, Alb.) ; *Bauer c. Crossroads Family Restaurant Ltd.*, (1988) 9 C.H.R.R. D/4951 (Commission des enquêtes, Sask.). Voir S. TOUPIN, « Le harcèlement sexuel en milieu de travail », *Relations industrielles*, vol. 43, 1988, p. 531.
49. *Lamers c. Pacific Building Maintenance Ltd.*, (1991) 14 C.H.R.R. D/235 (Commission des enquêtes, Sask.).

modèle objectif de la personne raisonnable. En affirmant appliquer un standard objectif pour évaluer la nature des gestes du défendeur, le juge rejette la plainte de harcèlement sexuel du type « environnement hostile », puisque le collègue de la victime, aussi visé par les commentaires reprochés, ne s'est pas senti atteint dans sa dignité contrairement à la victime⁵⁰. Le juge se trouve alors à recourir au modèle d'un homme soumis aux mêmes gestes et non à celui d'une personne raisonnable. De toute façon, comment aurait-il pu prévoir la réaction de la personne raisonnable devant de tels gestes ? La mise en œuvre de ce modèle comporte donc des difficultés, qui ont des conséquences négatives sur les plaignantes.

En réponse aux problèmes soulevés par le modèle de la personne raisonnable, des auteures et des auteurs ont proposé le modèle de la femme raisonnable⁵¹. Ce modèle semble favorable aux femmes à première vue. D'abord, par l'adoption de ce modèle, le harcèlement sexuel est reconnu comme une réalité féminine et l'accent est mis sur les perceptions des femmes. Ainsi, grâce à ce modèle, les tribunaux n'exigent plus un refus clair ou un avertissement sérieux de la victime devant les comportements du harceleur pour considérer qu'il s'agit de harcèlement sexuel, puisqu'ils ont compris que certaines victimes ne répondent pas aux gestes du harceleur, à cause de la peur ou de leur position d'infériorité⁵². Ensuite, le parti pris du modèle de l'homme raisonnable est admis et le piège de la neutralité de la personne raisonnable est évité. De plus, ce modèle sensibilise les juges aux différences de perception entre les hommes et les femmes : le modèle de la femme raisonnable ne peut avoir le même contenu que celui de la personne raisonnable. Ce modèle semble donc répondre aux réalités des femmes.

Le modèle de la femme raisonnable n'est pourtant pas sans reproche. D'abord, quelles sont les caractéristiques de cette femme raisonnable ? Il est très probable que ce modèle incorpore des stéréotypes féminins qui ont maintenu les femmes dans l'oppression. De plus, le modèle de la femme raisonnable, en imposant un standard uniforme, souffre d'essentialisme⁵³. Les plaignantes doivent donc se conformer au modèle de « la femme raisonnable » pour gagner leur cause. Quel sort sera réservé à la plainte

50. *Id.*, D/241.

51. Voir K. SWINTON, « Sexual Harassment in the Workplace », dans *Le contrat de travail : problèmes et perspectives, Conférences commémoratives Meredith 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 190, 197. Voir aussi les textes cités, *supra*, note 43.

52. Sur l'attitude passive de la victime, *Bundy c. Jackson*, 641 F.2d 934, 946 (1981), cité dans *Cuff c. Gypsy Restaurant*, précité, note 47, D/3982 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, [1992] R.J.Q. 1439, 1450 (T.D.P.Q.).

53. Voir N.R. CAHN, *loc. cit.*, note 21, 1415 et suiv., qui dénonce le danger de l'essentialisme du modèle de la femme raisonnable.

d'une femme qui se dit victime de harcèlement sexuel, mais qui aurait utilisé le même langage à connotation sexuelle que le harceleur comme technique de défense, contrairement au comportement de la femme raisonnable ? Ensuite, le modèle de la femme raisonnable souligne encore davantage les différences des femmes par rapport au modèle régulier, normal, celui de l'homme raisonnable⁵⁴. Ce modèle peut mener à croire que les différences de perception entre les hommes et les femmes sont d'origine biologique, alors qu'elles dépendent plutôt du rôle social de la femme. Y aurait-il deux formes de raisonnabilité, la raisonnabilité standard des hommes et celle des femmes, exceptionnelle et moins raisonnable ? Le même dilemme s'est posé dans le débat en matière d'égalité des sexes : que les femmes soient traitées comme les hommes ou d'une façon différente, elles sont perdantes, car le standard est toujours masculin. L'égalité ne se formule pas en termes de ressemblances ou de différences, comme l'a précisé la Cour suprême dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁵⁵. Il s'agit plutôt d'évaluer les effets préjudiciables de certaines décisions, politiques ou de certains gestes envers les minorités. L'expérience dans ce domaine devrait servir en matière de harcèlement sexuel⁵⁶, qui est une forme de discrimination basée sur le sexe⁵⁷. De plus, comment les juges, qui sont en majorité des hommes et à qui les femmes reprochent leur manque d'ouverture envers leur réalité, pourront-ils appliquer ce standard ? Pourront-ils vraiment « se mettre dans la peau » de la femme raisonnable ? Ils ne peuvent pas analyser les faits sans faire appel à leurs opinions personnelles. Et enfin, par un effet pervers de ce critère, le tribunal n'évalue pas réellement le comportement du harceleur ; il fait plutôt le procès de la victime en décortiquant et en analysant ses moindres gestes par rapport au comportement standard raisonnable retenu⁵⁸. Ainsi, le défendeur tentera de prouver que la victime est hypersensible, ou qu'elle n'a pas subi de dommages puisqu'elle était habituée à ce genre de climat de travail et qu'elle tenait le même genre de langage. Bref, bien qu'il

54. Pour une critique de ce modèle, voir R. UNIKEL, *loc. cit.*, note 21 ; R.S. ADLER et E.R. PIERCE, « The Legal, Ethical, and Social Implications of the « Reasonable Woman » Standard in Sexual Harassment Cases », (1991) 61 *Fordham L. Rev.* 77 ; P.B. JOHNSON, « The Reasonable Woman in Sexual Harassment Law : Progress or Illusion ? », (1993) 28 *Wake Forest L. Rev.* 619 ; J.L. DOLKART, *loc. cit.*, note 44 ; J. CHILDERS, « Is there a Place for a Reasonable Women in the Law ? A Discussion of Recent Developments in Hostile Environment Sexual Harassment », (1993) 42 *Duke L.J.* 854, 888 et suiv.

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

56. Voir, *infra*, notre proposition de tenir compte de l'opinion de la victime.

57. *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, précité, note 34, 1290-1291.

58. Le même effet se produit dans les procès pour agressions sexuelles : toute l'attention est portée non pas sur le comportement de l'accusé mais sur celui de la victime. S'agit-il d'une pure coïncidence ?

soit préférable au modèle de la personne raisonnable ou de l'homme raisonnable, le modèle de la femme raisonnable crée malheureusement autant de problèmes qu'il en règle.

Quant au modèle de la victime raisonnable⁵⁹, même s'il offre l'avantage de ne pas mettre l'accent sur les différences entre les sexes comme le fait le modèle de la femme raisonnable, il présente les mêmes problèmes que ce dernier, soit la détermination des caractéristiques de la victime raisonnable et le danger de l'essentialisme. De plus, il affiche le même défaut que le modèle de la personne raisonnable : le modèle asexué de la victime raisonnable n'existe pas. Comme les femmes sont les principales victimes de harcèlement sexuel, le modèle de la victime raisonnable ne fait que maquiller le modèle de la femme raisonnable. Ce modèle ne nous semble donc pas plus avantageux.

Des auteurs ont suggéré d'autres modèles qui combleraient les lacunes mentionnées plus haut. Certains ont proposé un modèle qui allierait les valeurs féminines et masculines, et qui représenterait ainsi un certain consensus social⁶⁰. Cependant, lesquelles prévaudront en cas d'opposition entre ces valeurs ? Les consensus sociaux, qui protègent le *statu quo*, tiennent rarement compte des points de vue des minorités. Le même problème se présente avec le modèle proposé par Aggarwal, qui s'apparente à celui qui a été adopté dans la récente décision *Harris v. Forklift Systems Inc.* de la Cour suprême des États-Unis⁶¹. Il adopte le modèle objectif de la personne raisonnable, mais placée dans les mêmes conditions, tout en considérant le point de vue de la victime⁶². Et si le point de vue de la personne raisonnable est différent de celui de la victime, comme dans l'affaire *Lamers*⁶³ ?

59. Voir M. DRAPEAU, *op. cit.*, note 46, p. 94, qui propose la perception du groupe-victime. Voir l'opinion de K. Gallivan qui suggère d'adopter le modèle de la victime raisonnable puisqu'il tient compte de la position de vulnérabilité des femmes relativement au harcèlement sexuel : K. GALLIVAN, « Sexual Harassment After *Janzen v. Platy* : The Transformative Possibilities », (1991) 49 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 27, 56. Voir aussi ANONYME, « Sexual Harassment Claims of Abusive Work Environment Under Title VII », (1984) 97 *Harv. L. Rev.* 1449 ; J. CHILDERS, *loc. cit.*, note 54 ; M. CHAMALLAS, « Feminist Constructions of Objectivity : Multiple Perspectives in Sexual and Racial Harassment Litigation », (1992) 1 *Texas J. of Woman and the Law* 95.

60. Voir W.S. TARNOPOLSKY et W.F. PENTNEY, *Discrimination and the Law, Including Equality Rights Under the Charter*, Toronto, Carswell, 1985, pp. 8-32. Voir la critique de ce modèle par M. DRAPEAU, *op. cit.*, note 46, p. 94.

61. *Supra*, note 44.

62. A.P. AGGARWAL, *op. cit.*, note 39, p. 73.

63. *Supra*, note 49.

2.2 Le modèle proposé dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi* : progrès ou recul ?

Dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*⁶⁴, première décision du Tribunal des droits de la personne du Québec en matière de harcèlement sexuel⁶⁵, la juge propose un nouveau modèle d'évaluation qui éviterait les écueils des modèles précédents. Cette affaire est intéressante sous plusieurs aspects. D'abord, il s'agit d'un cas de harcèlement sexuel du type « environnement hostile » non en milieu de travail, mais en milieu scolaire. Ensuite, ce jugement soulève la question du modèle d'évaluation à adopter. Très consciente du piège de la neutralité dans le domaine du harcèlement sexuel, la juge cherche un nouveau modèle d'évaluation qui en sera à l'abri :

Il ne faut pas sous-estimer l'ampleur des préjugés et stéréotypes qui continuent d'influer sur les perceptions et certaines normes sociales neutres en apparence. Par analogie avec la discrimination indirecte infligée à certains groupes vulnérables ou minoritaires, il faut souligner en effet que, dans la mesure où une norme de référence est elle-même souvent teintée par les habitudes du milieu tributaires du sexisme ambiant, ce qui est « socialement acceptable » doit être examiné et défini avec prudence⁶⁶.

Pour ne pas appliquer le modèle faussement neutre de la personne raisonnable dans l'évaluation du caractère non désiré du comportement, la juge retient un modèle qu'elle considère comme moins teinté par les stéréotypes, soit le seuil de la tolérance qu'une personne raisonnable peut éprouver envers des actes pouvant constituer du harcèlement sexuel commis à l'endroit d'une femme qui lui est chère, comme sa sœur, sa fille ou sa mère⁶⁷. Elle justifie aussi ce choix parce qu'il est moins subjectif que celui qui reposerait exclusivement sur les perceptions de la victime⁶⁸.

64. *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, [1992] R.J.Q. 1439 (T.D.P.Q., j. Rivet), porté en appel n° 500-09-000724-922.

65. Le Tribunal des droits de la personne du Québec s'est aussi prononcé sur cette question dans les affaires suivantes : *Commission des droits de la personne du Québec c. Latreille*, J.E. 94-545 ; *Gervais c. Vaillancourt*, J.E. 93-1148 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. S. (G.)*, J.E. 94-252 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Larouche*, (1994) 20 C.H.R.R. D/1 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. L'imprimerie L'Équipe professionnelle (I.L.P.) Inc.*, J.E. 93-876.

66. *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, précité, note 64, 1451.

67. Ce modèle est repris dans : *Gervais c. Vaillancourt*, précité, note 65 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Marotte*, [1993] R.J.Q. 203 (C.Q.) ; *Commission des droits de la personne du Québec c. S. (G.)*, précité, note 65 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Larouche*, précité, note 65.

68. Voir son opinion dans *Commission des droits de la personne du Québec c. S. (G.)*, précité, note 65, 9.

Quant au caractère continu des gestes, elle applique un test objectif et subjectif : « s'il importe de prendre en compte la nature et l'intensité du geste importun lui-même, il faut aussi considérer son impact auprès de la victime⁶⁹ ».

Ce nouveau modèle d'évaluation du caractère non désiré des gestes suscite de l'intérêt. D'abord, il ne tombe pas dans le piège de la neutralité comme le modèle de la personne raisonnable, car il est plus contextualisé. Il ne s'agit pas de n'importe quelle personne raisonnable, mais d'une personne raisonnable qui connaît une femme, qui lui est chère, victime de harcèlement. De plus, grâce à ce modèle, les hommes, qui sont les principaux auteurs de harcèlement sexuel, se sentiraient certainement personnellement touchés en imaginant leur réaction devant de tels gestes si la victime était leur conjointe. Bien que la majorité des hommes ne puissent vivre la situation de la victime⁷⁰, ils peuvent vivre par ricochet les réactions de cette dernière. Ensuite, ce modèle ne met pas l'accent sur l'analyse du comportement de la femme ou de la victime, comme dans le cas du modèle de la femme raisonnable.

Cependant, malgré ses qualités, ce modèle prête le flanc à la critique, et la juge en était consciente : « *Bien que difficilement neutre ou universelle*, cette norme comporte cependant l'avantage d'être moins biaisée par divers préjugés que d'autres standards de référence communément utilisés⁷¹. » Elle ne réussit pas à éviter le piège de la neutralité, car elle se réfère en définitive à un standard faussement neutre, soit celui de la personne raisonnable, derrière laquelle se profile vraisemblablement un modèle masculin. Comme le démontrent les études sur ce sujet⁷², si cette personne raisonnable, qui connaît une sœur, sa fille ou sa mère qui a subi des gestes équivalant à du harcèlement sexuel au travail, est un homme, il se peut qu'il n'éprouve pas le même seuil de tolérance qu'une femme raisonnable dont une sœur, sa fille ou sa mère a été victime de ce genre de comportement. La personne raisonnable ne peut être asexuée et son identité sexuelle est donc primordiale. L'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Larouche*⁷³, qui reprend le modèle élaboré dans l'affaire *Habachi*, illustre bien les difficultés d'application d'un modèle neutre. Le juge cite avec

69. *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, précité, note 64, 1452.

70. Voir cependant *Bertrand c. Hôpital général juif*, J.E. 94-1175 (T.D.P.Q.), où le plaignant se considère victime de harcèlement en raison de son orientation sexuelle.

71. *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, précité, note 64, 1451 ; l'italique est de nous.

72. *Supra*, note 37.

73. *Commission des droits de la personne du Québec c. Larouche*, précité, note 65, D/5.

approbation le test élaboré dans l'affaire *Habachi*, mais il ne l'applique pas vraiment. Il retient plutôt le seuil de tolérance de la victime à l'égard des gestes du défendeur. De plus, le modèle proposé dans l'affaire *Habachi* ne tient pas compte du point de vue de la victime, malgré le désir clairement exprimé par la juge de le faire⁷⁴ : c'est la réaction d'une personne — certes visée par la situation — mais qui a une vue externe que le tribunal retient⁷⁵. Ce test pêche aussi par son côté paternaliste et protecteur. Bien qu'il propose le seuil de tolérance d'une personne raisonnable, on ne peut s'empêcher de penser au seuil de tolérance d'un homme raisonnable, dont la fille, la sœur ou la mère est victime de harcèlement sexuel. Et, à la limite, ce test ajoutera-t-il au fardeau de la victime en exigeant de celle-ci qu'elle prouve la réaction de désapprobation d'une personne qui lui est proche ? Donc, malgré les bonnes intentions de la juge dans l'affaire *Habachi*, le modèle est piégé, car il aboutit à un modèle faussement neutre.

2.3 Proposition : rejet du critère de la raisonnable

Aucun des modèles proposés à ce jour n'est satisfaisant pour les femmes victimes de ces comportements, car un problème fondamental demeure : le recours au critère de la raisonnable⁷⁶.

Il n'est pas surprenant que les tribunaux recourent au critère de la raisonnable, car ils cherchent un critère neutre et objectif pour atteindre un résultat qui leur semble juste. Ainsi, par ce critère neutre, les juges pensent rendre jugement en dépit de leurs opinions personnelles et sans se baser sur les perceptions personnelles du défendeur ou sur les seules idiosyncrasies de la victime. Cependant, la neutralité dans une société basée sur des inégalités est une illusion, surtout en matière de harcèlement sexuel où le sexe de la personne influe directement sur sa perception des événements reprochés. En fait, en utilisant le critère de la raisonnable, les juges se réfèrent à un consensus social, comme pour le modèle de la personne raisonnable en responsabilité extracontractuelle. Et le recours au consensus social comme base de la raisonnable pose aussi un problème. À quel

74. Voir *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, précité, note 64, 1421.

75. Dans ce domaine, comme en matière d'avortement, les hommes ne peuvent qu'avoir une vue externe de la situation. La juge Wilson, dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 171, avait souligné l'importance de l'expérience personnelle en matière d'avortement : « Il est probablement impossible pour un homme d'imaginer une réponse à un tel dilemme, non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle (ce qui, bien entendu, est le cas), mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs, la psyché féminine qui sont au cœur du dilemme. »

76. Voir N.S. EHRENREICH, *loc. cit.*, note 43 ; J.L. Dolkart, *loc. cit.*, note 44.

consensus social font-ils référence ? Comment vérifier son existence sur un sujet donné ? Et s'il existe, des points de vue différents sont donc inévitablement occultés. Le recours au consensus social se trouve donc à maintenir le *statu quo* et à avaliser les comportements majoritaires.

Dès que le juge fait appel au critère de la raisonnabilité, il cherche un consensus social sur une question et, ce faisant, il choisit celui qui reflète ses propres opinions. Bref, peu importe l'habit que revêt la raisonnabilité, celui de la personne raisonnable, celui de la femme raisonnable ou celui de la victime raisonnable, les juges ne font que masquer leurs opinions personnelles. Bien peu de progrès a été accompli depuis le modèle du bon père de famille, qui avait au moins l'avantage d'être clair sur le contenu du standard !

Compte tenu du résultat de plusieurs études sur le harcèlement sexuel démontrant les divergences de points de vue entre les hommes et les femmes sur ce sujet⁷⁷ ainsi que de l'illusion du standard neutre, nous proposons de laisser tomber tous ces modèles d'évaluation basés sur la raisonnabilité et de considérer véritablement l'opinion de la victime⁷⁸. Notre proposition rejoint le test de l'effet des politiques ou des décisions sur la victime élaboré en matière de discrimination⁷⁹. La prise en considération de l'opinion de la victime et des effets des comportements reprochés sur celle-ci constitue les deux faces d'une seule pièce : pour vraiment mesurer les effets sur la victime, le tribunal doit nécessairement tenir compte de l'opinion de cette dernière⁸⁰.

77. *Supra*, note 37.

78. M. DRAPEAU, *op. cit.*, note 46, p. 93, rejette le modèle subjectif de la victime, sauf si cette dernière avait clairement fait connaître son refus.

79. *Commission des droits de la personne du Québec c. L'Homme*, précité, note 38 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité, note 38 ; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 55.

80. Voir l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. S. (G.)*, précitée, note 65, où le Tribunal des droits de la personne tient compte de l'opinion et de la situation particulière de la victime. La demanderesse, une jeune femme atteinte de névrose d'angoisse et d'anorexie, doit déménager à la suite du comportement ambigu de son locateur, un homme âgé de 80 ans, qui aurait répété les visites dans son logement. Elle présente une plainte pour harcèlement sexuel. Quoique la juge ne conclura pas au harcèlement sexuel à cause du manque d'intensité des gestes reprochés, elle décidera que son droit à la dignité, son droit au respect de sa vie privée ainsi qu'à la jouissance paisible et à la libre disposition de son logement ont été atteints. Pour ce faire, la juge tient compte de l'état particulier de la victime : « Pour le tribunal, il est certain que les réactions d'une autre personne que Mme R... auraient pu être différentes devant certaines attitudes de M. S. » Elle tient aussi compte de la réalité des femmes vivant seules, qui peuvent être encore plus vulnérables devant leur locateur.

Pour que notre proposition atteigne ses objectifs, et évite de faire le procès de la victime ou d'analyser les effets sur celle-ci à partir de critères externes, certaines conditions doivent cependant être réunies. D'abord, les juges doivent être issus des divers segments de la société. Ainsi, différents points de vue seront représentés. Les juges doivent aussi être conscients de leur subjectivité et de leurs préjugés. Des cours de formation pourront être nécessaires pour permettre cette prise de conscience. Ainsi, les juges n'aspireront plus à l'objectivité, et le piège de la neutralité sera évité. Plutôt que de tenter de se mettre dans la peau de la victime ou d'imaginer la réaction raisonnable d'une victime, ils devraient essayer de l'écouter. Ainsi, ils ne feront pas son procès. Ils doivent aussi être au courant des études scientifiques menées sur le sujet⁸¹ ou se faire aider par le témoignage d'experts ou d'expertes. Le recours à ces spécialistes peut être critiquable, car il perpétue l'idée que les propos des femmes sont peu crédibles et que leurs réalités doivent être filtrées pour être valides⁸². Il s'agit cependant d'un moyen temporaire : c'est grâce aux déclarations d'expertes dans l'affaire *Lavallée*⁸³ que le syndrome de la femme battue est maintenant reconnu en droit.

En somme, notre proposition retient les aspects positifs du modèle de la femme ou de la victime raisonnable, qui reconnaît que le harcèlement est une réalité féminine, tout en évitant l'illusion de la neutralité qui guette les modèles d'évaluation basés sur la raisonnable⁸⁴, et ne nie pas le rôle important de l'évaluation personnelle du juge. Il est certain que les juges continueront de s'interroger personnellement et de se référer à un consensus social dans leur prise de décision. Cependant, si les conditions mentionnées plus haut sont réunies, ils se reporteront à un consensus social plus large qui tiendra nécessairement compte du point de vue des femmes⁸⁵. Notre proposition répond aussi à l'argument du danger de la trop grande sensibilité de la victime. En s'appuyant sur un consensus social plus large, les juges pourront éviter ces situations. Cependant, la crainte de l'hypersensibilité des victimes

81. Voir J. BROCKMAN, « Social Authority, Legal Discourses, and Woman Voices », (1992) 21 *Man. L.J.* 213, où l'auteure souligne l'apport des études en sciences sociales comme moyen de preuve pour faire entendre la voix des femmes.

82. A.-M. BOISVERT, « Légitime défense et le « syndrome de la femme battue » : R. c. *Lavallée* », (1990-1991) 36 *R.D. McGill* 191.

83. R. c. *Lavallée*, précité, note 24.

84. D'ailleurs, dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, précitée, note 64, la juge Rivet admet que la norme qu'elle propose est difficilement neutre ou universelle. Voir la citation, *supra*, note 71.

85. Notre proposition, qui impose des conditions supplémentaires, va plus loin que le modèle suggéré par Tarnopolsky qui allierait les valeurs masculines et féminines : voir W.S. TARNOPOLSKY et W.F. PENTREY, *op. cit.*, note 60.

nous semble déplacée, car elle cache encore la peur de poursuites frivoles et de l'exagération des femmes⁸⁶. Ces arguments sont sans fondement, compte tenu des difficultés que rencontrent les plaignantes en déposant une plainte de harcèlement sexuel, comme les risques de représailles de la part de leurs collègues de travail⁸⁷, les répercussions sur leur travail et sur leur réputation. De plus, notre proposition dépasse le harcèlement sexuel dont sont victimes les femmes et peut s'appliquer à d'autres formes de harcèlement, comme le harcèlement racial ou basé sur l'orientation sexuelle⁸⁸.

La prise en considération de l'opinion de la victime de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile » rejoint la proposition de l'auteure Leslie Bender pour évaluer le comportement fautif en matière de *torts*. Elle propose un nouveau modèle qui serait davantage à l'écoute des victimes et qui assurerait une meilleure indemnisation de celles-ci que ne le fait l'actuel modèle de common law de l'homme raisonnable teinté par des considérations d'ordre économique⁸⁹. Elle s'inspire de la théorie de Carol Gilligan qui distingue entre une éthique de droits et une éthique de soins⁹⁰.

86. La peur que les femmes mentent est bien illustrée par toutes les règles de preuve élaborées en matière d'agressions sexuelles : plainte spontanée, critère de résistance de la victime, corroboration du témoignage de la victime, analyse du comportement antérieur de celle-ci. Voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Certaines de ces règles se retrouvent aussi, à un moindre degré, en matière de harcèlement sexuel : plainte spontanée et analyse du comportement antérieur de la victime. Il serait intéressant de tracer un parallèle entre les exigences de preuve dans ces deux domaines et leur évolution. Le rapprochement entre ces deux domaines rejoint le commentaire de L. LAMARCHE, *loc. cit.*, note 46, 114 : « [Le harcèlement sexuel] est une manifestation plus ou moins apparente d'agression à caractère sexuel [...] D'aucunes le qualifient de « viol civil ». » N.R. CAHN, *loc. cit.*, note 21, fait aussi le rapprochement entre ces deux domaines.

87. Voir D. SAVOIE et V. LAROUCHE, « Le harcèlement sexuel au travail, résultats de deux études québécoises », *Relations industrielles*, vol. 45, 1990, p. 48.

88. *Bertrand c. Hôpital général juif*, précité, note 70.

89. L. BENDER, « A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort », *loc. cit.*, note 21.

90. C. GILLIGAN, *In A Different Voice : Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982. Dans son ouvrage sur le développement moral des femmes, cette psychologue américaine discrédite le modèle de développement moral retenu par Kohlberg, psychologue américain, qui avait conclu que les femmes avaient un développement moral moins avancé que celui des hommes. Gilligan met au point une théorie pour expliquer la réaction différente des petites filles, ce qu'elle appelle la « voix différente », aux questions sur le développement moral posées par Kohlberg. Elle développe l'éthique de la sollicitude. Plutôt que d'être basée sur la rhétorique des droits, sur l'autonomie, sur l'individualisme abstrait et la compétition, l'éthique de la sollicitude est basée sur le désir d'aider les autres et de se sentir responsable à leur égard. Du point de vue juridique, l'approche de Gilligan est intéressante, car elle démontre que le jugement moral des hommes équivaut à la conception de la justice (impartialité, neutralité, objectivité, abstraction) et ne tiendrait pas compte de la voix des femmes. Bien

Sans en expliquer les origines, Gilligan remarque que les femmes s'expriment de façon différente, selon une éthique de soins. Dans la résolution de conflits moraux, elles font davantage appel à un langage de soins, de sollicitude, de responsabilité envers autrui, alors que les hommes ont recours aux notions de droit, d'autonomie, de hiérarchie. Ainsi, le modèle de l'homme raisonnable pourrait être remplacé par un standard de sollicitude qui élargirait le concept de faute et qui assurerait une meilleure indemnisation pour les victimes⁹¹ :

Tort law should begin with a premise of responsibility rather than rights, of interconnectedness rather than separation, and a priority of safety rather than profit or efficiency. The masculine voice of rights, autonomy, and abstraction has led to a standard that protects efficiency and profit ; the feminine voice can design a tort system that encourages behaviour that is caring about others' safety and responsive to others' needs or hurts, and that attends to human contexts and consequences⁹².

Seule une approche individualisée, qui tienne compte de l'opinion de la victime, sans référence à un quelconque modèle raisonnable, peut vraiment éviter le piège de la neutralité et permettre d'enrayer ce genre de harcèlement sexuel.

Conclusion

L'un des principaux apports des critiques féministes en droit a été de remettre en question la supposée neutralité de la norme juridique. Même si la justice est représentée par la déesse Thémis aux yeux bandés afin de rendre un jugement impartial, les juges ne peuvent faire abstraction de leurs valeurs personnelles et rendent nécessairement des décisions ayant subi l'influence de celles-ci. Le recours au modèle du bon père de famille ou à celui de la personne raisonnable ne fait pas exception à la règle. Malgré les tentatives d'adaptation, ou de camouflage, l'androcentricité du modèle ressort.

Le parallèle entre le modèle de la personne raisonnable utilisé en responsabilité extracontractuelle et dans les cas de harcèlement sexuel du type « environnement de travail hostile » est révélateur, parce qu'il en démasque justement le caractère androcentrique. D'abord, nous y remarquons le même genre d'évolution. Dans les deux domaines, afin de trouver un modèle adéquat, les tribunaux sont passés du modèle de l'homme raisonnable au

qu'elle ait été très critiquée, car elle est victime du piège de l'essentialisme et souligne des valeurs dites féminines qui ont maintenu les femmes dans l'oppression, cette théorie a beaucoup influé sur l'analyse féministe et spécialement l'analyse féministe du droit.

91. L. BENDER, « A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort », *loc. cit.*, note 21, 31.

92. *Id.*, 31-32.

modèle de la personne raisonnable à celui de la femme raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Nous y rencontrons aussi le même genre de problème : celui de la recherche de la neutralité. Dans les deux domaines, malgré le recours à un modèle moins rigide, les tribunaux ne réussissent pas à éviter le piège de la neutralité. Peu importe le qualificatif qu'ils accolent à la raisonnable — homme raisonnable, femme raisonnable, personne raisonnable, victime raisonnable —, ils se leurrent. En fait, comme le critère de la raisonnable est en lui-même vide, les juges se réfèrent à leurs valeurs qui représentent certains consensus sociaux, et qui occultent la réalité des femmes.

Ensuite, se profile un autre problème : les influences entre les concepts de droit privé et la protection des droits fondamentaux. Est-ce opportun d'avoir recours en matière de harcèlement sexuel à un modèle élaboré en droit privé qui a des objectifs différents⁹³ ? La responsabilité extracontractuelle cherche à indemniser la victime en cas de faute. En cas de harcèlement sexuel, bien que la victime ait droit à une indemnité, on veut plutôt reconnaître qu'un de ses droits a été atteint⁹⁴. De plus, il ne s'agit pas d'une affaire purement privée entre deux parties, mais plutôt d'un phénomène social qui découle de la hiérarchie des sexes.

Tant en responsabilité extracontractuelle qu'en cas de harcèlement sexuel, afin de rendre des décisions qui tiennent compte des réalités des femmes, les juges doivent donc se débarrasser des modèles d'évaluation prétendument neutres, qui ne font que masquer la réalité, et prendre en considération l'opinion de la victime.

93. Voir M. DRAPEAU, «La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne», (1994) 28 *R.J.T.* 31, 64, 91, qui soulève aussi cette question.

94. Le harcèlement sexuel constitue une faute en vertu de l'article 1457 C.c.Q. Par ailleurs, il constitue aussi une atteinte illicite à un droit protégé par la Charte québécoise à l'article 10.1. Dans ce cas, il ne s'agit pas de prouver le caractère fautif, mais plutôt le caractère illicite. Sur ce sujet et sur l'autonomie de la Charte québécoise par rapport au droit civil, voir : M. DRAPEAU, *loc. cit.*, note 93 ; G. OTIS, «Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise», (1991) 51 *R. du B.* 561 ; B. VIZKELETY, *loc. cit.*, note 2.